

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/401/2007

ATAS/600/2008

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 1**

**du 20 mai 2008**

En la cause

Monsieur L\_\_\_\_\_, domicilié aux AVANCHETS, comparant  
avec élection de domicile en l'étude de Maître MAUGUE Eric

demandeur

contre

CAISSE DE PENSION GASTROSOCIAL, sise Bahnhofstrasse  
86, Postfach, 5001 AARAU, comparant avec élection de domicile  
en l'étude de Maître SCHNEIDER Jacques-André

défenderesse

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Monique STOLLER FÜLLEMANN et  
Norbert HECK, Juges assesseurs**

---

### EN FAIT

1. Monsieur L\_\_\_\_\_, a travaillé comme serveur du 25 septembre 1998 au 31 juillet 2001 chez X\_\_\_\_\_. Dès le 18 septembre 2001 il a été engagé par le restaurant Y\_\_\_\_\_. A ce titre il a été assuré en matière de prévoyance professionnelle auprès de GASTROSOCIAL Caisse de pensions (ci-après la caisse).

L'intéressé a été licencié par le restaurant Y\_\_\_\_\_ le 27 juin 2002 avec effet au 31 juillet 2002.

2. Le 23 avril 2004, l'intéressé a déposé auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE (ci-après OCAI) une demande visant à la prise en charge d'un placement et à l'octroi d'une rente d'invalidité. Il a indiqué dans le formulaire ad hoc être en incapacité de travail depuis le 18 avril 2002.

Dans ce cadre, le Dr A\_\_\_\_\_ a, dans un rapport du 23 avril 2004, retenu les diagnostics de VIH et de dépression persistante, depuis 1996. Il a attesté de diverses périodes d'incapacité de travail à 100%, soit du 22 août au 9 septembre 2001, du 18 avril au 31 juillet 2002, du 2 octobre 2002 au 28 février 2003, du 1<sup>er</sup> avril au 30 septembre 2003, du 1<sup>er</sup> au 30 novembre 2003 et du 1<sup>er</sup> mars au 30 avril 2004. A la question de savoir si l'activité exercée jusqu'ici était encore exigible, il a indiqué : "peut-être quatre heures par jour si encadré".

Le Dr B\_\_\_\_\_, spécialiste FMH en psychiatrie, a confirmé, dans son rapport du 9 juin 2004 adressé à l'OCAI, les diagnostics de SIDA et de dépression majeure "depuis 1996 en s'aggravant", ajoutant que le patient souffrait d'un épisode dépressif majeur, sévère, sans symptôme psychotique. Selon lui, l'incapacité de travail est totale en raison des troubles psychiques depuis le 18 avril 2002.

3. Mandatés par l'OCAI, les Drs C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ du Département de psychiatrie des Hôpitaux universitaires de Genève - HUG ont établi un rapport d'expertise le 17 mai 2005. Ils ont constaté que l'intéressé avait une capacité résiduelle de travail nulle et que l'activité exercée jusqu'ici n'était plus exigible depuis 2001. Ils ont relevé une rupture initiale assez abrupte de laquelle le patient semble ne pas se remettre et reste stationnaire depuis lors. Selon eux, l'intéressé est incapable de s'adapter à un environnement professionnel, dès lors qu'il présente un état thymique effondré ainsi qu'une vulnérabilité au stress invalidants. L'état dépressif sévère de l'expertisé évolue en fonction de l'évolution de la maladie de base. Les symptômes subséquents à cette maladie (fatigabilité, nausées ...) compliquent l'évolution de l'état dépressif. Au vu de l'ampleur de la symptomatologie, il ne peut exercer le travail de serveur, ce peut-être de façon permanente, de ce fait une rente AI serait actuellement indiquée. Cependant son état dépressif pourrait s'améliorer en fonction de l'acceptation, voire de la bonne

évolution de la maladie de base. Dans ce sens il serait intéressant d'inclure le patient dans un programme de réadaptation professionnelle au sein de l'AI dès que son état de santé le lui permettrait, en vue d'explorer d'autres affinités et activités professionnelles qui pourraient l'aider à se réinsérer socioprofessionnellement".

4. Dans une note du 4 août 2005, le Dr E\_\_\_\_\_ du Service médical régional AI (ci-après SMR) a pris note de ce que la capacité de travail exigible de l'intéressé était nulle, quelle que soit l'activité envisagée, dès le 19 avril 2002, essentiellement pour des raisons psychiatriques.
5. Le 12 août 2005, l'OCAI a informé l'intéressé qu'il avait décidé de lui octroyer une rente entière dès le 23 avril 2003 (demande tardive), et a prié la caisse de compensation GASTROSUISSE à Aarau de calculer le montant de ladite rente.

Par décision du même jour, l'OCAI a refusé d'accorder à l'intéressé la prise en charge de mesures professionnelles, considérant que de telles mesures n'étaient pas envisageables pour le moment.

6. Par courrier du 26 août 2005, l'OCAI a indiqué à l'intéressé qu'une erreur s'était glissée dans sa communication du 12 août 2005, en ce sens que la caisse de compensation compétente pour le versement de la rente AI était la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après CCGC) et non pas la GASTROSUISSE.
7. Par décisions des 15 septembre et 9 décembre 2005, l'intéressé a été mis au bénéfice d'une rente entière d'invalidité à compter du 23 avril 2003, la demande de prestations AI ayant été déposée tardivement le 23 avril 2004.

Copie des décisions a été adressée à la CCGC, à l'Hospice général et à la MOBILIERE ASSURANCES.

8. Par courrier du 19 juin 2006, la caisse a constaté que le premier arrêt-maladie pour la cause ayant conduit l'intéressé à son invalidité datait du 22 août 2001; or celui-ci n'était assuré auprès d'elle par le restaurant Y\_\_\_\_\_ qu'à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2001. Elle lui a dès lors rappelé que dans le cadre du 2<sup>ème</sup> pilier, c'est l'institution de prévoyance à laquelle la personne invalide était affiliée lorsqu'est survenue l'incapacité de travail qui doit prester.
9. L'intéressé, représenté par Maître Eric MAUGUE, a saisi le Tribunal de céans le 1<sup>er</sup> février 2007 d'une demande en paiement d'une rente d'invalidité, dirigée contre la caisse. Il souligne qu'il ne peut être contesté que l'incapacité de travail à l'origine de son invalidité a débuté en avril 2002. La mention de l'année 2001 dans l'expertise psychiatrique du 17 mai 2005 résulte d'une inadvertance manifeste, l'expert faisant état de l'activité professionnelle du demandeur auprès du restaurant Y\_\_\_\_\_ comme étant un événement antérieur à son incapacité de travail durable. Du reste le

demandeur était au service de cet établissement avec une pleine capacité de travail de septembre 2001 à avril 2002. Le fait qu'il ait été en incapacité de travail durant deux semaines avant d'être assuré par la caisse n'est pas déterminant, dans la mesure où une telle incapacité de travail ne peut en aucun cas être qualifiée de sensible et durable au sens de la jurisprudence, d'autant moins qu'avant et après ces deux semaines, il a travaillé sans discontinuité avec une pleine capacité de travail

L'intéressé considère par ailleurs qu'il a droit à une rente d'invalidité à compter du 1<sup>er</sup> mars 2003, soit après le délai de carence d'une année suivant le début de son incapacité de travail durable, le moment de la naissance du droit à la rente AI ne se confondant pas avec le début du versement de cette prestation lorsque celui-ci est différé en raison de la tardiveté de la demande en application de l'art. 48 al. 2 LAI. Il conclut dès lors à ce que la caisse soit condamnée à lui verser une rente complète d'invalidité à compter du 1<sup>er</sup> mars 2003, avec intérêts moratoires à 5% à compter du 1<sup>er</sup> février 2007.

10. Dans sa réponse du 30 mars 2007, la caisse, représentée par Maître Jacques-André SCHNEIDER, a conclu au rejet de la demande. Elle relève préalablement que la décision de l'OCAI ne lui a pas été notifiée, la Caisse de compensation GASTROSUISSE étant distincte de la Caisse de pensions GASTROSOCIAL. Or, lorsqu'il n'est pas intégré à la procédure, l'assureur LPP n'est pas lié par l'évaluation de l'invalidité (principe, taux et début de droit) déterminée par l'OCAI, dès lors qu'il n'a pas le cas échéant de droit de recours.

Au fond, la caisse considère que l'intéressé n'était pas affilié auprès d'elle lors de la survenance de l'incapacité de travail qu'elle fixe, sur la base des conclusions des Drs A\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, à août 2001.

Elle constate également que le lien de connexité matérielle entre l'incapacité de travail et l'invalidité existe avec la précédente institution de prévoyance et considère que le travail exercé par l'intéressé au restaurant Y\_\_\_\_\_ en septembre 2001 ne constitue qu'une "vaine tentative de réinsertion" ne suffisant pas à rompre le lien de causalité temporelle avec la précédente incapacité de travail survenue alors qu'il était affilié auprès de sa précédente institution de prévoyance.

11. Dans sa réplique du 4 juin 2007, l'intéressé a persisté dans ses conclusions. Il rappelle en effet que l'art. 88 a RAI, déterminant pour juger du caractère sensible et durable d'une modification de la capacité de travail, prévoit qu'une modification n'a une incidence sur le droit aux prestations que lorsqu'elle dure au moins trois mois. Or dans le cas présent, l'arrêt de travail de 19 jours est survenu après plus de trois années continues d'activité à plein temps et l'emploi a été poursuivi par la suite toujours à plein temps durant près de neuf mois. Ces 19 jours à l'évidence ne constituent dès lors pas une incapacité de travail sensible et durable au sens de la jurisprudence.

Il ajoute à cet égard qu'une infection au virus HIV, tant qu'elle demeure asymptomatique, n'est pas susceptible de diminuer la capacité de travail. A cet égard, il a toujours travaillé jusqu'au mois d'avril 2002 à l'entière satisfaction de ses employeurs.

12. Par ordonnance du 23 novembre 2007, le Tribunal de céans a ordonné l'apport du dossier de l'OCAI. Un délai a été accordé aux parties pour se déterminer.
13. Le 20 décembre 2007, l'intéressé a répété qu'il n'avait présenté aucune incapacité de travail de nature sensible et durable avant le 18 avril 2002 et persisté dans ses conclusions.
14. Le 20 décembre 2007, la caisse en a fait de même.
15. Les courriers ont été transmis aux parties et la cause gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. b de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (article 331 à 331e du code des obligations ; articles 52, 56a, alinéa 1, et article 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 ; article 142 code civil).

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

2. L'art. 73 LPP constitue une réglementation spéciale, dérogeant à l'OJ, dans la mesure où il supprime implicitement une des conditions ordinaires de recevabilité du recours de droit administratif, à savoir l'existence d'une décision fondée sur le droit public fédéral (arrêt non publié du 25 janvier 2000, B 37/99 Kt ; ATF 114 V 105 consid. 1b).

L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise comme telle à l'observation d'aucun délai (SPIRA, Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale, recueil de jurisprudence neuchâteloise 1984, p 19). La requête est dès lors recevable.

3. La nouvelle du 3 octobre 2003 modifiant la LPP (1<sup>ère</sup> révision) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005 (sous réserve de certaines dispositions dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1<sup>er</sup> avril 2004 et au 1<sup>er</sup> janvier 2006 [RO 2004 1700]), entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de la prévoyance professionnelle (RO 2004 1677). 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 126 V 136 consid. 4b et les références).

Sur le fond, le Tribunal de céans relève que l'état de fait juridiquement déterminant peut remonter à l'année 2001, le présent litige sera examiné à la lumière des anciennes dispositions légales pour la période s'étendant jusqu'au 31 décembre 2004 et, le cas échéant, au regard des nouvelles dispositions pour la période postérieure (ATF 130 V 332 consid. 2.2 et 2.3).

4. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, n'est pas applicable aux litiges en matière de prévoyance professionnelle.
5. Le litige porte sur le droit de l'intéressé à des prestations de la part de la caisse.
6. Conformément à l'art. 26 al. 1 LPP, les dispositions de la LAI (art. 29 LAI) s'appliquent par analogie à la naissance du droit aux prestations d'invalidité. Si une institution de prévoyance reprend - explicitement ou par renvoi - la définition de l'invalidité dans l'assurance-invalidité, elle est en principe liée, lors de la survenance du fait assuré, par l'estimation de l'invalidité des organes de l'assurance-invalidité, sauf lorsque cette estimation apparaît d'emblée insoutenable (ATF 126 V 311 consid. 1 in fine). Cette force contraignante vaut non seulement pour la fixation du degré d'invalidité (ATF 115 V 208), mais également pour la détermination du moment à partir duquel la capacité de travail de l'assuré s'est détériorée de manière sensible et durable (ATF 123 V 271 consid. 2a et les références citées).

Cependant, le Tribunal fédéral des assurances a précisé que l'office AI est tenu de notifier d'office une décision de rente à toutes les institutions de prévoyance entrant en considération. Lorsqu'il n'est pas intégré à la procédure, l'assureur LPP - qui dispose d'un droit de recours propre dans les procédures régies par la LAI - n'est pas lié par l'évaluation de l'invalidité (principe, taux et début du droit) à laquelle ont procédé les organes de l'assurance-invalidité. Son droit d'être entendu n'a pas été respecté. Les tribunaux sont dès lors autorisés à revoir librement les constatations d'une décision de l'assurance-invalidité non notifiée à l'institution de prévoyance, dans le cadre d'un litige relatif à la prévoyance professionnelle, et ne sont pas tenus à limiter leur pouvoir d'examen aux constatations manifestement insoutenables de cette assurance (ATF 129 V 73).

En l'occurrence, il ne ressort pas du dossier de l'Office AI que les décisions des 15 septembre et 9 décembre 2005 aient été notifiées à la caisse. Partant, celle-ci ne saurait être liée par ces décisions et le Tribunal de céans est habilité à revoir librement les constatations de la décision AI.

7. Aux termes de l'art. 23 LPP, ont droit aux prestations d'invalidité les personnes qui sont invalides à raison de 50% au moins, au sens de l'assurance-invalidité, et qui étaient assurées lorsqu'est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité. Selon l'art. 24 al. 1 LPP, l'assuré a droit à une rente entière d'invalidité s'il est invalide à raison des deux tiers au moins, au sens de l'assurance-invalidité, et à une demi-rente s'il est invalide à raison de 50% au moins.
8. L'invalidité, selon l'art. 4 LAI (art. 8 LPGGA) peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. Elle est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération. Selon la jurisprudence, la notion d'invalidité, au sens du droit des assurances sociales, est une notion économique et non médicale; ce sont les conséquences économiques objectives de l'incapacité fonctionnelle qu'il importe d'évaluer (ATF 110 V 275 consid. 4a, 105 V 207 consid. 2). Lorsqu'en raison de l'inactivité de l'assuré, les données économiques font défaut, il y a lieu de se fonder sur les données d'ordre médical, dans la mesure où elles permettent d'évaluer la capacité de travail de l'intéressé dans des activités raisonnablement exigibles (ATF 115 V 133 consid. 2, 105 V 158 consid. 1; ATFA non publié du 19 avril 2002, I 554/01).
9. Selon la jurisprudence, l'événement assuré au sens de l'art. 23 LPP est uniquement la survenance d'une incapacité de travail d'une certaine importance, indépendamment du point de savoir à partir de quel moment et dans quelle mesure un droit à une prestation d'invalidité est né. La qualité d'assuré doit exister au moment de la survenance de l'incapacité de travail, mais pas nécessairement lors de l'apparition ou de l'aggravation de l'invalidité. Cette interprétation littérale est conforme au sens et au but de la disposition légale en cause, laquelle vise à faire bénéficier de l'assurance le salarié qui, après une maladie d'une certaine durée, devient invalide alors qu'il n'est plus partie à un contrat de travail. Lorsqu'il existe un droit à une prestation d'invalidité fondée sur une incapacité de travail survenue durant la période d'assurance, l'institution de prévoyance concernée est tenue de prendre en charge le cas, même si le degré d'invalidité se modifie après la fin des rapports de prévoyance. Dans ce sens, la perte de la qualité d'assuré ne constitue pas un motif d'extinction du droit aux prestations au sens de l'art. 26 al. 3 LPP (ATF 115 V 214; RCC 1986, p. 525; ATF 123 V 263 consid. 1a, 118 V 45 consid. 5, ATFA non publié du 19 août 2003 en la cause B 57/02).
10. La caisse refuse de prester dans le cas d'espèce, considérant qu'au moment de la survenance de l'incapacité de travail, cause de l'invalidité, soit en août 2001, l'intéressé n'était pas encore assuré par le restaurant Y\_\_\_\_\_ auprès d'elle, puisqu'il ne l'a été qu'à compter du 18 septembre 2001. Elle se réfère à la première période d'incapacité de travail attestée par le Dr A\_\_\_\_\_, débutant le 22 août 2001, ainsi qu'aux conclusions du rapport d'expertise des Drs C\_\_\_\_\_ et

D\_\_\_\_\_, selon lesquelles l'activité exercée jusqu'ici n'était plus exigible de l'intéressé depuis 2001.

L'intéressé conteste que l'invalidité soit survenue en 2001. Selon lui l'incapacité de travail à l'origine de son invalidité n'a débuté qu'en avril 2002. Il considère que lorsque les experts font mention de l'année 2001, il s'agit d'une inadvertance manifeste puisqu'ils font ensuite allusion à son activité professionnelle au restaurant Y\_\_\_\_\_ comme étant un événement antérieur à son incapacité de travail durable. Par ailleurs, le fait qu'il ait été incapable de travailler du 22 août au 9 septembre 2001 ne saurait être déterminant dès lors qu'avant et après les deux semaines concernées, il a travaillé sans discontinuité à plein temps. Il considère dès lors qu'un droit à la rente d'invalidité doit lui être reconnu à compter du 1<sup>er</sup> mars 2003, soit à l'expiration du délai de carence d'une année suivant le début de son incapacité de travail durable.

Le Tribunal de céans rappelle que l'OCAI a fixé la date de la survenance de l'invalidité au 19 avril 2002 et mis l'intéressé au bénéfice d'une rente d'invalidité à compter du 23 avril 2003, la demande de prestations AI ayant été enregistrée le 23 avril 2004 (art. 48 al. 2 LAI).

Dans son rapport du 9 juin 2004, le Dr B\_\_\_\_\_ a indiqué que son patient présentait une incapacité de travail entière depuis le 18 avril 2002. Selon les Drs C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, l'intéressé souffre d'un trouble dépressif sévère depuis 2002. Il est vrai, ainsi que le souligne la caisse, que les deux experts, à la question de savoir depuis quand il y a une incapacité de travail de 20% au moins, répondent: depuis 2001. Il s'agit-là toutefois manifestement d'une inadvertance, puisque cette conclusion est en contradiction avec la date à laquelle est survenu, selon eux, le trouble dépressif sévère, d'une part, et puisqu'ils font précisément état de l'activité lucrative exercée à plein temps au restaurant Y\_\_\_\_\_ durant sept mois, jusqu'à avril 2002, d'autre part.

Rien ne permet de dire que l'activité de serveur au Y\_\_\_\_\_ n'ait été qu'une tentative de réinsertion. Le fait est que l'intéressé a alors travaillé à plein temps du 18 septembre 2001 au 18 avril 2002, soit durant sept mois, sans présenter aucune absence et qu'il n'a subi aucune diminution de salaire.

Il convient également d'ajouter qu'il est admis que l'atteinte HIV dont souffre l'intéressé n'influence pas nécessairement la capacité de travail (ATF du 25 août 2004, I 687/03).

Le Tribunal de céans considère ainsi qu'il n'y a pas de raison de s'écarter de la date retenue par l'OCAI. Il y a en conséquence lieu de constater que l'intéressé était bel et bien assuré auprès de la caisse, lorsque l'incapacité de travail, cause de l'invalidité, a débuté.

11. La jurisprudence a déduit de l'art. 23 LPP qu'il ne suffit pas, pour que l'ancienne institution de prévoyance reste tenue à prestations, que l'incapacité de travail ait débuté à une époque où l'assuré lui était affilié, mais qu'il devait en outre exister, entre cette incapacité de travail et l'invalidité, une relation d'étroite connexité, temporelle et matérielle.

Il y a connexité matérielle si l'affection à l'origine de l'invalidité est la même que celle qui s'est déjà manifestée durant l'affiliation à la précédente institution de prévoyance et qui a entraîné une incapacité de travail.

La connexité temporelle implique qu'il n'y ait pas eu une longue interruption de l'incapacité de travail; elle est rompue si, pendant une certaine période, l'assuré est à nouveau apte à travailler. L'ancienne institution de prévoyance ne saurait, en effet, répondre de rechutes lointaines ou de nouvelles manifestations de la maladie plusieurs années après que l'assuré a recouvré sa capacité de travail. Mais une brève période de rémission ne suffit pas pour interrompre le rapport de connexité temporelle. On ne saurait considérer qu'une interruption de trente jours consécutifs suffit déjà pour fonder la responsabilité de la nouvelle institution de prévoyance, du moins lorsqu'il est à prévoir que la diminution ou la disparition des symptômes de la maladie sera de courte durée. Cette interprétation de la loi restreindrait de manière inadmissible la portée de l'art. 23 LPP, notamment dans le cas d'assurés qui ne retrouvent pas immédiatement un emploi et qui, pour cette raison, ne sont plus affiliés à aucune institution de prévoyance. D'ailleurs, si l'on voulait s'inspirer des règles en matière d'assurance-invalidité, on devrait alors envisager une durée minimale d'interruption de l'activité de travail de trois mois, conformément à l'art. 88a al. 1 RAI: selon cette disposition, si la capacité de gain d'un assuré s'améliore ou que son impotence s'atténue, il y a lieu de considérer que ce changement supprime, le cas échéant, tout ou partie de son droit aux prestations dès qu'on peut s'attendre à ce que l'amélioration constatée se maintienne durant une assez longue période; il en va de même lorsqu'un tel changement déterminant a duré trois mois déjà, sans interruption notable et sans qu'une complication prochaine soit à craindre (ATF 123 V 264 consid. 1c, 120 V 117 consid. 2c/aa, ATFA non publié du 30 septembre 2003 en la cause B 67/02).

Le TFA a retenu que la connexité temporelle avait été rompue dans le cas d'un assuré souffrant de hernie, qui avait recouvré une totale capacité de travail durant six mois (ATF du 27 octobre 2006, B 77/05). En revanche, dans un arrêt B 127/04, le TFA a considéré qu'une capacité de travail recouvrée pour une période d'environ huit mois n'avait pas interrompu la connexité temporelle, car les douleurs somatiques diagnostiquées dans un premier temps s'étaient avérées constitutives de troubles de somatisation, qui sont des troubles chroniques mais fluctuants; le TFA a retenu que la maladie n'avait pas connu de périodes significatives de rémission.

12. En l'espèce, la caisse a nié l'existence d'un lien de connexité matérielle entre l'incapacité de travail et l'invalidité. Elle rappelle à cet égard que ce sont l'atteinte HIV et la dépression chronique présentes depuis 1996, qui ont causé l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité. Le lien de connexité matérielle existe dès lors avec l'ancienne institution de prévoyance à laquelle était affilié l'intéressé avant le 18 septembre 2001.

Certes l'incapacité de travail à l'origine de l'invalidité est-elle liée aux diagnostics posés en 1996, on ne saurait toutefois soutenir que l'intéressé a présenté une incapacité de travail durable avant son affiliation à la caisse.

La caisse considère enfin que l'activité exercée par l'intéressé au restaurant Y\_\_\_\_\_ depuis septembre 2001 n'a constitué qu'une "vaine tentative de réinsertion", qu'ainsi le lien de connexité temporelle n'a pas été rompu avec l'ancienne institution. L'intéressé relève au contraire qu'il a travaillé sans discontinuité et à plein temps jusqu'au 18 avril 2002, de sorte que son incapacité de travail du 22 août au 9 septembre 2001 ne saurait être prise en considération.

Bien qu'une dépression pourrait précisément être considérée comme une atteinte à la santé fluctuante au sens de l'arrêt du TF rendu dans la cause B 127/04 et cité plus haut, on ne saurait conclure en l'espèce que la première incapacité de travail du 21 août au 9 septembre 2001 constituait déjà une prémisse déterminante, puisque l'intéressé a ensuite travaillé jusqu'en avril 2002. Au demeurant, il a été admis que l'incapacité de travail durable était survenue en 2002.

Il y a lieu de rappeler que le juge ne doit pas fonder sa décision sur des faits qui peuvent être considérés seulement comme des hypothèses possibles. Dans le domaine des assurances sociales, et sauf dispositions contraires de la loi, il doit bien plutôt se fonder sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 s. consid. 3.2 et 3.3). Or, dans le cas d'espèce, l'intéressé a été en mesure de reprendre son activité de serveur à 100 % de septembre 2001 à avril 2002. Il s'est ainsi écoulé plus de sept mois, après son premier arrêt de travail, pendant lesquels il avait recouvré une totale capacité de travail. Cette période était suffisamment longue pour interrompre le lien de connexité temporelle avec l'ancienne institution de prévoyance (cf. RSAS 2002 p. 153 ss).

C'est ainsi la caisse qui est tenue à des prestations d'invalidité en faveur de l'intéressé (art. 23 LPP; art. 13 des statuts de Gastrosocial).

13. Reste à examiner si le degré d'invalidité déterminé par l'OCAI doit ou non être retenu.

---

Les médecins traitants, les experts mandatés par l'OCAI, ainsi que le Dr E\_\_\_\_\_ du SMR ont, à l'unanimité, posé les diagnostics de VIH et de dépression persistante, et considéré que l'intéressé était totalement incapable de travailler. Il se justifie en conséquence de prendre en considération un taux d'incapacité de travail de 100%, tel que l'a du reste retenu l'OCAI.

14. Aux termes de l'art. 41 al. 1 LPP, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004, les actions en recouvrement de créances se prescrivent par cinq ans quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par dix ans dans les autres cas. Les art. 129 à 142 du code des obligations (ci-après CO) sont applicables. Avec l'entrée en vigueur le 1er janvier 2005 de la première révision de la LPP (sous réserve des exceptions prévues par le Conseil fédéral, RO 2004 1700), l'art. 41 al. 1 LPP a été modifié en ce sens que "le droit aux prestations ne se prescrit pas pour autant que les assurés n'aient pas quitté l'institution de prévoyance lors de la survenance du cas d'assurance" et l'ancien al. 1 est devenu l'al 2 de l'art. 41 LPP. La LPP ne prévoit pas de disposition transitoire relative aux délais de prescription stipulés par l'ancien art. 41 al. 1 LPP. Cependant, la modification de cette disposition au 1er janvier 2005 n'est de toute façon pas applicable en l'espèce, car selon la jurisprudence, le juge des assurances sociales applique le droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467). En l'espèce, la survenance d'une incapacité de travail durable ouvre le droit à une rente en 2002. C'est donc l'ancien art. 41 al. 1 LPP qui s'applique.

La solution consacrée par l'art. 41 al. 1 LPP (ancien) qui s'inspire directement des art. 127 et 128 CO (lesquels sont applicables à la prévoyance plus étendue) a pour résultat, dans le cas d'une rente d'invalidité, que chacun des arrérages se prescrit par cinq ans dès l'exigibilité de la créance en application de l'art. 130 al. 1 CO, alors que le droit de percevoir les rentes comme tel, qui ne revêt pas de caractère périodique, se prescrit dans le délai ordinaire de dix ans dès le jour de l'exigibilité du premier terme demeuré impayé, conformément à l'art. 131 al. 1 CO (ATF 124 III 451, 117 V 332 ). L'exigibilité d'une prestation de la prévoyance professionnelle se situe lors de la naissance du droit à cette prestation selon les dispositions légales et réglementaires qui lui sont applicables (ATF 126 V 263, et SJ 2001 II, p. 214 n° 66).

Selon l'art. 29 al. 1 let. b LAI (dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002), applicable en vertu du renvoi de l'art. 26 al. 1 LPP, le droit à la rente au sens de l'art. 28 LAI prend naissance au plus tôt à la date dès laquelle l'assuré a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable. Or, si on admet que l'incapacité de travail déterminante a débuté le 19 avril 2002, le début du droit à la rente AI - et partant, à la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle - devrait être fixé le 19 avril 2003. L'OCAI n'a cependant commencé à verser la rente qu'à compter du 23 avril 2003, considérant que la demande déposée par l'intéressé le 23 avril 2004 était tardive au

sens de l'art. 48 al. 2 LAI. C'est donc au 19 avril 2003 qu'il y aurait lieu de faire remonter l'exigibilité du premier terme demeuré impayé, au sens de l'art. 131 al. 1 CO, si bien que le droit de l'assuré à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle de la part de la caisse n'est pas prescrit.

15. L'assuré soutient que la rente devrait lui être versée dès le 1<sup>er</sup> mars 2003 compte tenu du délai de carence.
16. La doctrine est partagée quant au point de savoir si le renvoi de l'art. 26 al. 1 LPP aux dispositions de la LAI englobe ou non l'art. 48 al. 2 LAI.

Selon Markus Moser, l'institution de prévoyance n'est pas fondée à invoquer le délai de péremption institué par l'art. 48 al. 2 LAI (sur la nature de ce délai, cf. ATF 115 V 24 consid. 3a, 102 V 113 consid. 1a) pour reporter la date de l'exigibilité de la rente de la prévoyance professionnelle (Markus Moser, *Die Zweite Säule und ihre Tragfähigkeit*, thèse Bâle 1992, p. 283). Selon Hans-Ulrich Stauffer, en revanche, l'art. 26 al. 1 LPP permet à l'institution de prévoyance de calquer le début du droit aux prestations sur celui du droit à la rente de l'assurance-invalidité même si celle-ci a été reportée en raison d'une demande tardive au sens de l'art. 48 al. 2 LAI (Hans-Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 287 § 772).

La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Selon la jurisprudence, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi (ATF 131 V 93 consid. 4.1, 128 consid. 5.1, 130 V 232 consid. 2.2, 129 II 118 consid. 3.1, 125 II 196 consid. 3a et les références).

Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer (ATF 130 II 71 consid. 4.2, 130 V 50 consid. 3.2.1, 232 consid. 2.2 et les références). Si la prise en compte d'éléments historiques n'est pas déterminante pour l'interprétation, cette dernière doit néanmoins s'appuyer en principe sur la volonté du législateur et sur les jugements de valeur qui la sous-tendent de manière reconnaissable, tant il est vrai que l'interprétation des normes légales selon leur finalité ne peut se justifier par elle-même, mais doit au contraire être déduite des intentions du législateur qu'il s'agit d'établir à l'aide des méthodes d'interprétation habituelles (ATF 131 III 35 consid. 2, 65 consid. 2.2, 128 I 40 consid. 3b).

En matière de prévoyance professionnelle obligatoire, il existe une relation étroite, voulue par le législateur, entre le droit à une rente d'invalidité en vertu du premier pilier et celui à une rente du même genre du deuxième pilier (Message du Conseil

---

fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 19 décembre 1975, FF 1976 I 142 et 200). Dans son commentaire de l'art. 24 al. 1 du projet de LPP, qui correspond à l'art. 26 al. 1 LPP, le Conseil fédéral a indiqué que cette réglementation a pour but de coordonner le début du droit aux prestations de la prévoyance professionnelle et le début du droit à la rente de l'assurance-invalidité. On part de l'idée que durant la période de carence prévue à l'art. 29 al. 1 (let. b) LAI, les indemnités journalières de l'assurance-maladie ou de l'assurance-accidents remplacent le salaire manquant, de sorte que l'octroi d'une rente de la prévoyance professionnelle n'est pas non plus nécessaire aux invalides pour maintenir leur niveau de vie antérieur de façon appropriée (message précité, FF 1976 I 125, 201).

Selon la jurisprudence, la date à laquelle la demande est déposée (art. 67 RAI) détermine le début du versement de la rente de l'assurance-invalidité mais non pas la naissance du droit qui peut fort bien être antérieure (ATF 117 V 26, 108 V 75 consid. 2a; RCC 1966 p. 56 consid. 2). C'est pourquoi le moment de la naissance du droit à la rente de l'assurance-invalidité ne se confond pas avec le début du versement de cette prestation lorsque celui-ci est différé en raison de la tardiveté de la demande, en application de l'art. 48 al. 2 LAI. Dans cette éventualité, la période de carence déterminant le début du droit à la rente de l'assurance-invalidité était déjà écoulée en tout ou en partie avant le début du versement de cette prestation, de sorte que les motifs qui ont présidé à l'adoption de l'art. 26 al. 1 LPP ne justifient pas de faire coïncider la naissance du droit à la rente de la prévoyance professionnelle avec le début du versement différé de la rente de l'assurance-invalidité.

Cela étant, il y a lieu d'interpréter l'art. 26 al. 1 LPP en ce sens que le renvoi aux dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (art. 29 LAI) applicables par analogie pour fixer la naissance du droit à la rente de la prévoyance professionnelle vise uniquement l'art. 29 LAI, à l'exclusion de l'art. 48 al. 2 LAI. Du reste, c'est bien ainsi que le Tribunal fédéral des assurances a interprété la disposition en cause dans un arrêt D. du 1er septembre 1999, B 51/98 (RSAS 2001 p. 82 et PJA 2001 p. 445), dans lequel le début de l'incapacité de travail déterminante pour la naissance du droit à la rente de la prévoyance professionnelle a été fixé à la lumière de l'art. 29 al. 1 LAI, quand bien même le versement de la rente de l'assurance-invalidité avait été différé bien au-delà du terme de la période de carence, en raison de la tardiveté de la demande.

17. En l'espèce, la naissance du droit à la rente de la prévoyance professionnelle - et son exigibilité (cf. consid. 3) - doit être fixée au 1<sup>er</sup> avril 2003, soit à l'expiration de la période de carence prévue à l'art. 29 al. 1 let. b LAI en ce qui concerne la rente de l'assurance-invalidité (arrêt I 356/00 consid. 3d).

18. Enfin, conformément à la jurisprudence, on admettra que la caisse est tenue de verser un intérêt moratoire à partir du 1<sup>er</sup> février 2007, date à laquelle le Tribunal de céans a été saisi, sur les prestations qui sont dues à l'intéressé; le taux de l'intérêt est fixé à 5 % en l'absence de dispositions statutaires du fonds sur ce point (cf. ATF 119 V 131; RSAS 1997 p. 470 consid. 4, ATF du 26 janvier 2004, B 25/04 consid. 4.4.).
19. Aussi l'intéressé a-t-il droit à une rente d'invalidité à compter du 1<sup>er</sup> avril 2003, avec intérêts à 5% depuis le 1<sup>er</sup> février 2007.

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

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare la demande recevable.

**Au fond :**

2. L'admet.
3. Dit que l'intéressé a droit à une rente d'invalidité à compter du 1<sup>er</sup> avril 2003, avec intérêts à 5% depuis le 1<sup>er</sup> février 2007.
4. Condamne la défenderesse à verser au demandeur la somme de 1'200 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.
5. Dit que la procédure est gratuite.
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

Marie-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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