

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/450/2006

ATAS/876/2006

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 2**

**du 3 octobre 2006**

En la cause

**Madame M D** \_\_\_\_\_, domiciliée, à GENEVE, comparant  
avec élection de domicile en l'étude de Maître Laïtka DUBAIL

recourante

contre

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

intimé

et

**CAISSE INTERENTREPRISE AVS DE LA FEDERATION  
DES ENTREPRISES ROMANDES, FER CIAM 106.1**, sise rue  
de Saint-Jean 98, à GENEVE

appelée en  
cause

**Siégeant : Isabelle DUBOIS, Présidente; Valérie MONTANI et Juliana BALDE, Juges**

**EN FAIT**

1. Madame M D \_\_\_\_\_, née en 1951, employée de maison et nettoyeuse de profession, a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité en date du 10 juin 2004, en raison notamment d'une fibromyalgie et d'un état dépressif.
2. Par décision du 23 septembre 2005, l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE (ci-après l'OCAI) a octroyé à l'assurée une rente entière d'invalidité à partir du 1<sup>er</sup> juin 2004, sur la base d'un revenu annuel moyen déterminant de 39'990 fr. et de dix années et sept mois de cotisations (échelle de rente applicable : 16).
3. Par courrier du 12 octobre 2005, l'assurée a formé opposition à cette décision, concluant à ce que sa rente d'invalidité soit calculée en fonction des cotisations qui auraient dû être versées entre 1990 et 1993. Elle avait en effet travaillé depuis le début 1990 à fin juillet 2000 en qualité d'employée de maison chez Monsieur J \_\_\_\_\_, avocat. Or, elle avait constaté à la réception de la décision de l'assurance-invalidité que son employeur n'avait payé aucune cotisation sociale de janvier 1990 à fin juillet 1993, alors qu'elle était convaincue qu'il honorait ses obligations en matière de paiement des cotisations AVS.
4. Par décision du 9 janvier 2006, l'OCAI a rejeté l'opposition de l'assurée, se référant au préavis du 23 décembre 2005 de la CAISSE INTERENTREPRISE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES, FER CIAM 106.1 (ci-après la FER CIAM), qui avait calculé le montant de la rente d'invalidité de l'assurée. Dans son préavis, la caisse de compensation avait expliqué que l'assurée lui avait remis un certificat de travail de Monsieur J \_\_\_\_\_ du 16 août 2000, mentionnant qu'elle avait travaillé à son domicile privé en qualité d'employée de maison depuis 1990 environ jusqu'au 31 juillet 2000 avec un horaire de travail de 36 heures par semaine. Cependant, Monsieur J \_\_\_\_\_ avait indiqué, par courriers des 29 novembre et 5 décembre 2005, qu'il ne possédait plus d'archives personnelles concernant le contrat de travail avec l'assurée, mais qu'un salaire de 2'150 fr. par mois - ne tenant pas compte des prestations en nature - aurait été versé. Toutefois, à défaut de preuve formelle du versement des cotisations pendant la période litigieuse, les années de cotisations manquantes ne pouvaient plus être prises en considération.
5. Par courrier du 8 février 2006, l'assurée a recouru contre cette décision auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales, concluant, sous suite de dépens, à la prise en compte dans le calcul de sa rente des cotisations AVS pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 1990 au 31 juillet 1993 sur la base d'un salaire mensuel de 2'150 fr. Elle a rappelé qu'elle ignorait que son employeur, homme de loi, n'avait pas versé de cotisations de 1990 à 1993; en effet, percevant un salaire mensuel très bas, elle ne pouvait imaginer que son employeur n'y avait pas déjà prélevé les cotisations AVS.

Par ailleurs, les employeurs étaient tenus de verser des cotisations mensuelles à la caisse de compensation, selon une obligation de droit public. Elle n'était donc pas responsable du non paiement de ces cotisations et ne devait en subir les conséquences. Dans le cas d'espèce, il était prouvé qu'elle avait travaillé pour Monsieur J\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> janvier 1990 au 31 juillet 1993 et elle avait donc droit à la rectification de son compte individuel comme le permettait l'art. 141 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS).

6. Dans sa réponse du 31 mars 2006, l'OCAI, concluant au rejet du recours, s'est référé à la motivation de sa décision sur opposition.
7. Par courrier du 10 avril 2006, le Tribunal de céans a demandé à Monsieur J\_\_\_\_\_ si le contrat de travail le liant à la recourante avait été modifié entre 1990 et le 31 juillet 2000, à l'exception d'éventuelles augmentations de salaire.
8. Par courrier du 24 avril 2006, Monsieur J\_\_\_\_\_ a répondu n'avoir pas le souvenir que le contrat de travail conclu avec la recourante ait été modifié, si ce n'est par plusieurs augmentations successives de salaire.
9. Par ordonnance du 28 avril 2006, le Tribunal de céans a appelé en cause la FER CIAM, lui fixant un délai au 20 mai 2006 pour se déterminer.
10. Dans ses écritures du 17 mai 2006, l'appelée en cause a fait valoir que la recourante n'avait pas pu apporter la preuve que des salaires avaient été perçus de janvier 1990 à juillet 1993 ou que des cotisations avaient été retenues par son employeur pendant cette période. Dès lors, elle ne pouvait rectifier le compte individuel de l'assurée. A cet égard, le certificat de travail du 16 août 2000, ainsi que le montant des salaires approximatifs transmis par l'employeur n'étaient pas suffisants.
11. En date du 23 mai 2006, s'est tenue devant le Tribunal de céans une audience de comparution des mandataires. L'avocate de la recourante a indiqué qu'elle tenterait de demander les déclarations fiscales de sa cliente de 1990 à 1994 auprès de l'administration fiscale cantonale. La représentante de la FER CIAM a relevé que, selon elle, il fallait une preuve de ce que les cotisations sociales avaient été déduites du salaire pour pouvoir modifier le compte individuel; elle vérifierait ce point.
12. Par courrier du 15 juin 2006, la FER CIAM, concluant au rejet du recours, a précisé que seuls les revenus sur lesquels l'employeur avait retenu les cotisations sociales étaient inscrits sur le compte individuel. Lors de la réalisation du risque assuré, une rectification du compte individuel ne pouvait se faire que si l'inexactitude des inscriptions avait été pleinement prouvée. En l'occurrence, il n'existait aucune preuve du paiement de salaires pour la période litigieuse ni d'une éventuelle retenue des charges sociales, de sorte qu'il était impossible de rectifier le compte individuel de la recourante.

13. Par courrier du 30 juin 2006, la recourante a informé le Tribunal de céans qu'elle ne disposait pas de ses déclarations fiscales de 1990 à 1994 et que l'administration cantonale n'avait pas été en mesure de lui transmettre les éventuels avis de taxation étant donné qu'elle ne conservait ses archives que pendant 10 ans.
14. Sur ce, les différents courriers ont été transmis aux parties et la cause gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1<sup>er</sup> août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à 3 juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 2 LOJ, le Tribunal de céans connaît en instance unique des contestations prévues par l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI).

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

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, entraînant des modifications législatives notamment dans le droit de l'assurance-invalidité. Du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits et le juge des assurances sociales se fonde en principe, pour apprécier une cause, sur l'état de fait réalisé à la date déterminante de la décision sur opposition litigieuse (ATF 129 V 4 consid. 1.2; 169 consid. 1 ; 356 consid. 1 et les arrêts cités). Ces principes de droit intertemporel commandent ainsi l'examen du bien-fondé de la décision sur opposition du 9 janvier 2006 à la lumière des anciennes dispositions de la LAI et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS) pour la période s'étendant jusqu'au 31 décembre 2002 et, le cas échéant, au regard des nouvelles dispositions de la LPGA pour la période postérieure (ATF 130 V 332 consid. 2.2 et 2.3). En ce qui concerne la procédure et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b; 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

4. Déposé dans les formes et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 60 LPGA).
5. Le litige porte sur le point de savoir si l'on peut rectifier le compte individuel de la recourante en y inscrivant des cotisations sociales pour la période s'étendant de janvier 1990 à juillet 1993, alors que le risque assuré s'est réalisé.
6. a) Aux termes de l'art. 3 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase LAVS, les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative.

Selon l'art. 14 al. 1 LAVS, les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante sont retenues lors de chaque paie. Elles doivent être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation d'employeur. L'obligation de l'employeur de percevoir des cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi (ATF 111 V 173; 108 V 186; RCC 1985 p. 646).

En vertu de l'art. 30ter LAVS, il est établi pour chaque assuré tenu de payer des cotisations des comptes individuels où sont portées les indications nécessaires au calcul des rentes ordinaires. Le Conseil fédéral règle les détails. 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 (30ter al. 2 LAVS). L'art. 16 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase LAVS prévoit que les cotisations dont le montant n'a pas été fixé par décision notifiée dans un délai de cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues ne peuvent plus être exigées ni payées. Les dispositions 133 à 141 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS) précisent l'art. 30ter LAVS.

Selon l'art. 138 al. 1 RAVS, les revenus touchés par un salarié, sur lesquels l'employeur a retenu les cotisations, sont inscrits au compte individuel même si l'employeur n'a pas versé ces cotisations à la caisse de compensation. Cette disposition s'applique également lorsqu'un salaire net a été convenu entre les parties, c'est-à-dire lorsque l'employeur prend à sa charge la totalité des cotisations; il faut cependant que ces circonstances spéciales soient dûment prouvées. Tant qu'il n'est pas établi que l'employeur a réellement retenu les cotisations sur le salaire de son employé, ou aussi longtemps que l'existence d'une convention de salaire net n'est pas prouvée, une rectification du compte individuel ne saurait avoir lieu (RCC 1960 p. 359; 1969 p. 546). Après l'expiration du délai de prescription de l'art. 16 al. 1 LAVS, l'inscription des revenus du salarié effectuée en vertu de l'art. 138 al. 1 RAVS, n'est possible qu'aux conditions exposées à l'art. 141 al. 3 RAVS. Celui-ci prévoit que 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 a été pleinement prouvée. Selon la jurisprudence, il convient pour des motifs de sécurité juridique, de se montrer strict en matière d'appréciation des preuves, surtout lorsqu'une telle affirmation est faite après plusieurs années, à l'occasion d'un litige portant sur la fixation de rente (ATF 117 V 262 consid. 3 et les références ; 110 V 97 consid. 4a et la référence).

Cependant, la règle de preuve posée à l'art. 141 al. 3 RAVS n'exclut 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 ss consid. 3d). Autrement dit, si malgré les moyens mis en œuvre par le juge pour établir la réalité d'un fait allégué par une partie, la preuve de ce fait ne peut être rapportée avec une vraisemblance suffisante pour emporter la conviction du tribunal, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (SPIRA, Le contentieux de la sécurité sociale, in : 100 ans de sécurité sociale en Suisse, Cahiers genevois de la sécurité sociale 1990 n° 7, p. 131). La production d'un certificat de travail établissant que l'assuré a travaillé pour une entreprise donnée durant la période considérée ne suffit pas à prouver l'existence d'une activité lucrative ayant donné lieu à la perception de cotisations. A défaut de décomptes de salaire ou de fiches de paie, il doit être considéré que l'assuré n'a pas apporté la preuve idoine (ATFA non publié du 26 août 1999 en la cause H 81/99).

b) Comme pour tout contrat de droit privé, la manifestation concordante de volontés des cocontractants est nécessaire à la conclusion du contrat de travail. Il faut que le travailleur et l'employeur se mettent d'accord sur les rapports de travail qu'ils entendent nouer et que chaque partie le manifeste clairement à l'autre. Même si le contrat de travail est fréquemment conclu en la forme écrite, il peut aussi être conclu oralement ou résulter d'actes concluants. Les modifications intervenant après la conclusion du contrat de travail doivent également résulter de la manifestation concordante de volonté des cocontractants (cf. art. 320 du code des obligations).

7. a) En l'espèce, comme le délai de prescription de paiement des cotisations de l'art. 16 al. 1 LAVS est échu, l'inscription de revenus sur le compte individuel, effectuée en vertu de l'art. 138 al. 1 RAVS, n'est possible qu'aux conditions posées par l'art. 141 al. 3 RAVS : l'inexactitude des inscriptions du compte individuel doit être manifeste ou pleinement prouvée pour qu'une inscription au compte individuel puisse être rectifiée.

b) La recourante a travaillé pour Monsieur J\_\_\_\_\_ depuis 1990 et jusqu'au 31 juillet 2000; cependant, la date exacte du début des rapports de travail n'est pas connue, puisque l'employeur mentionne sur le certificat de travail établi le 16 août

2000 que la recourante a été employée à son service "depuis environ 1990 jusqu'au 31 juillet 2000". L'assurée allègue quant à elle que les rapports de travail ont débuté en janvier 1990, ce qui paraît plausible et sera retenu en vertu du principe de la vraisemblance prépondérante valable en droit des assurances sociales.

Depuis le 1<sup>er</sup> août 1993, alors que le contrat de travail n'a pas été modifié, si ce n'est par d'éventuelles augmentations de salaire, des cotisations sociales ont été prélevées sur le salaire de la recourante et versées à la caisse de compensation. Or, en l'absence de modification du contrat de travail, il y a lieu de considérer que les cotisations sociales ont été prélevées du 1<sup>er</sup> janvier 1990 au 31 juillet 1993 - comme cela a été fait par la suite -, même si l'employeur ne les a pas reversées à la caisse de compensation, contrairement à son obligation. Il convient donc d'admettre en l'espèce que la preuve du prélèvement de cotisations pendant les années 1990 à 1993 a été rapportée, même si les fiches de salaires font défaut.

Reste à déterminer le montant du salaire mensuel de janvier 1990 à juillet 1993. D'août à décembre 1993, 10'500 fr. ont été versés sur le compte individuel de la recourante, ce qui correspond à un salaire brut de 2'100 fr. par mois. C'est par conséquent ce salaire brut qui doit être retenu et qui est réputé avoir donné lieu au prélèvement de cotisations pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 1991 au 31 juillet 1993.

c) Le recours, bien fondé, sera donc admis dans le sens des considérants et la recourante qui obtient gain de cause aura droit à des dépens, fixés en l'espèce à 1'500 fr.

\*\*\*\*\*

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

**Statuant**

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

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet.

3. Annule la décision de l'OCAI du 9 janvier 2006 en tant qu'elle ne prend pas en compte dans le calcul de la rente les cotisations prélevées du 1<sup>er</sup> janvier 1990 au 31 juillet 1993 et la confirme pour le surplus.
4. Dit que des cotisations sociales sont réputées avoir été prélevées sur un salaire mensuel brut de 2'100 fr. du 1<sup>er</sup> janvier 1990 au 31 juillet 1993.
5. Condamne en conséquence la FER-CIAM à inscrire sur le compte individuel de l'assurée lesdits revenus.
6. Renvoie le dossier à l'OCAI pour nouvelle décision.
7. Condamne l'OCAI à verser à la recourante une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.
8. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier

La Présidente

Pierre RIES

Isabelle DUBOIS

La secrétaire-juriste :  
Frédérique GLAUSER

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