

# **GE\_GERICHTE A/1675/2002 vom 1. Juni 2004**

GE Cour de justice, 2004-06-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1675\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1675_2002)

FR: GE\_GERICHTE A/1675/2002 du 1 juin 2004

IT: GE\_GERICHTE A/1675/2002 del 1 giugno 2004

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'AI.(cf. article 56 V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 3**

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après : LPGA) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-invalidité. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1 ; 121 V 386, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (ci-après : LAI) et du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (ci-après : RAI) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

### **E. 4**

Déposé dans les formes et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable à la forme, en vertu des art. 69 LAI et 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après LAVS).

### **E. 5**

Les étrangers ont droit aux prestations de l'assurance-invalidité s'ils sont assurés lors de la survenance de l'invalidité (art. 6 al. 1<sup>er</sup> LAI dans sa teneur en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001), et cela aussi longtemps qu'ils conservent leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse et, sous réserve de l'art. 9 al. 3 LAI, pour autant qu'ils comptent, lors de la survenance de l'invalidité, au moins une année entière de cotisations ou dix années de résidence ininterrompue en Suisse (art. 6 al. 2 LAI). Demeurent toutefois réservées les dispositions dérogatoires des conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse avec un certain nombre d'Etats pour leurs ressortissants respectifs. En l'occurrence, la Convention entre la Confédération suisse et la République Populaire Fédérative de Yougoslavie relative aux assurances sociales du 8 juin 1962 (ci-après la Convention) est applicable au cas d'espèce et déroge à l'art. 6 al. 2 LAI. A cet égard, l'art. 1<sup>er</sup> de la Convention prévoit que celle-ci s'applique, en Suisse et en Ex-Yougoslavie, à la législation fédérale sur l'assurance-invalidité [al. 1<sup>er</sup> let. a point (ii) et let. b point (ii)]. Selon l'art. 2

de la Convention, les ressortissants suisses et yougoslaves jouissent de l'égalité de traitement quant aux droits et aux obligations résultant des dispositions des législations énumérées à l'article premier. Sous réserve des dispositions de la Convention et de son Protocole final, les ressortissants suisses et yougoslaves qui peuvent prétendre des prestations au titre des législations énumérées à l'article premier reçoivent ces prestations intégralement et sans restriction aucune, aussi longtemps qu'ils habitent sur le territoire de l'une des Parties contractantes (art. 3). Dès lors, au vu de ce qui précède, le recourant a droit aux prestations de l'assurance-invalidité aux mêmes conditions que les ressortissants suisses.

#### **E. 6**

Ont droit aux rentes ordinaires les assurés qui, lors de la survenance de l'invalidité, comptent une année entière au moins de cotisations (art. 36 al. 1<sup>er</sup> LAI). Selon l'art. 36 al. 2 LAI, les dispositions de la LAVS sont (sous réserve de l'art. 36 al. 3 LAI) applicables par analogie au calcul des rentes ordinaires (voir à ce propos ATF 124 V 159); le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions complémentaires. Selon l'art. 32 al. 1 LAI en corrélation avec les art. 50 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après aRAVS) et 29<sup>ter</sup> al. 2 LAVS, une année de cotisations est entière lorsqu'une personne a été assurée au sens des art. 1<sup>er</sup> ou 2 LAVS pendant plus de onze mois au total et que, pendant ce temps-là, soit elle a versé la cotisation minimale (variante I), soit son conjoint au sens de l'art. 3 al. 3 LAVS a versé au moins le double de la cotisation minimale (variante II) ou, enfin, elle peut se prévaloir de bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance (variante III). A la différence de la situation qui existait avant l'entrée en vigueur de la dixième révision de l'AVS (cf. ATF 111 V 106 consid. 1b; 110 V 280 consid. 1a), un assuré peut donc, selon le nouveau droit, satisfaire à l'exigence de la période minimale de cotisations d'une année ouvrant droit à une rente ordinaire de l'AVS/AI, sans avoir payé personnellement des cotisations (ATF 125 V 253). Ces dispositions légales plus favorables introduites par la 10<sup>ème</sup> révision de l'AVS ne s'appliquent toutefois pas aux cas d'assurance survenus sous l'empire de l'ancien droit et pour lesquels le droit à une rente a été nié, parce que la condition de la durée minimale de cotisations (ancien art. 29 al. 1 LAVS; VSI 2000 p. 174) n'était pas réalisée (ATF 126 V 7 consid. 1).

#### **E. 7**

S'agissant des conditions de fond, l'invalidité est définie par la loi comme la diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique, ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident (art 4 al. 1<sup>er</sup> LAI). Selon l'art. 4 al. 2 LAI, l'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations entrant en considération. Ce moment doit être déterminé objectivement, d'après l'état de santé; des facteurs externes fortuits n'ont pas d'importance. Il ne dépend en particulier ni de la date à laquelle une demande a été présentée, ni de celle à partir de laquelle une prestation a été requise, et ne coïncide pas non plus nécessairement avec le moment où l'assuré apprend, pour la première fois, que l'atteinte à sa santé peut ouvrir droit à des prestations d'assurance (ATF 118 V 82 consid. 3a; ATFA du 25 janvier 2000 en la cause S., I 132/99). La survenance de l'invalidité se situe au moment où le droit à la rente prend naissance, conformément à l'art. 29 al. 1<sup>er</sup> LAI, soit dès que l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40 pour cent au moins (let. a) ou dès qu'il a présenté, en moyenne, une incapacité

de travail de 40 pour cent au moins pendant une année sans interruption notable (let. b), mais au plus tôt le 1er jour du mois qui suit le dix-huitième anniversaire de l'assuré (art. 29 al. 2 LAI; RCC 1984 p. 464). Le droit à la rente est déterminé par l'art. 28 al. 1<sup>er</sup> LAI qui dispose que l'assuré a droit à une rente s'il est invalide à 40 pour cent au moins. La rente est entière pour une invalidité de 66 2/3 pour cent au moins, elle est d'une demie pour une invalidité de 50 pour cent au moins et d'un quart pour une invalidité de 40 pour cent au moins. Dans le cadre de l'évaluation de l'invalidité, la tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré (ATF 125 V 261 consid. 4 ; 115 V 134 consid. 2 ; 114 V 314 consid. 3c ; 105 V 15 ).

#### **E. 8**

Il convient tout d'abord d'examiner si les conditions d'assurance sont réalisées dans le cas particulier, avant de déterminer si le recourant a droit à des prestations de l'assurance-invalidité.

#### **E. 9**

En l'espèce, s'agissant des conditions d'assurance, il ressort du dossier que le recourant n'a jamais cotisé à l'assurance-invalidité, de sorte qu'il ne peut pas prétendre remplir la condition de la durée minimale de cotisations personnelles durant plus de onze mois, conformément à la variante I. En effet, celui-ci est au bénéfice d'aides de la part de l'Hospice Général de Genève depuis le mois d'octobre 1993 et aucune cotisation sociale n'a jamais été prélevée sur ces montants. Par contre, on sait que son épouse exerce un emploi, sans qu'il soit précisé si celle-ci a cotisé de manière suffisante pour remplir les conditions de la variante II. Quoiqu'il en soit, l'intéressé est père de deux enfants nés respectivement en 1988 et 1994, de sorte qu'il peut se prévaloir de bonifications pour tâches éducatives dès son arrivée pour l'un de ses enfants et dès 1994 pour ses deux enfants. Il remplit ainsi les conditions de la variante III. En effet, aux termes de l'art. 29 sexies al. 1<sup>er</sup> LAVS, les assurés peuvent prétendre à des bonifications pour tâches éducatives pour les années durant lesquelles ils exercent l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de 16 ans. Ainsi, il apparaît que le recourant, bien que n'ayant jamais cotisé personnellement à l'assurance-invalidité, est tout de même en mesure de satisfaire à l'exigence de la période minimale de cotisations d'une année ouvrant droit à une rente ordinaire de l'assurance-invalidité. Il y a donc lieu de retenir que le recourant était assuré lors de son arrivée en Suisse.

#### **E. 10**

Il s'agit maintenant d'examiner le droit aux prestations du recourant et de déterminer la date de survenance de l'invalidité. L'OCAI a conclu à la lecture des éléments figurant au dossier que la survenance de l'invalidité devait être fixée avant l'arrivée du recourant en Suisse, le 28 septembre 1993. Cette appréciation se basait sur l'avis du médecin-traitant de l'OCAI, le Dr F, lequel déclarait que l'assuré devait être considéré comme invalide entre septembre et décembre 1993. Pour ce médecin, l'incapacité de travail devait à ce moment précis dépasser le taux de 40% depuis une année en moyenne. Il indiquait que s'il avait pu y avoir une amélioration après la première opération, celle-ci n'avait pas duré. Le Dr F soulignait que dire que l'assuré était capable de travailler en janvier 1994 alors qu'il avait récidivé de son hernie discale en décembre 1993 relevait de l'hypothèse, cela d'autant plus que le Dr C ne

le connaissait pas à cette période. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne 1984, p. 136; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, 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. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. 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). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322). Il ressort du dossier que le recourant a été opéré à deux reprises par le Dr A, soit en décembre 1993 et en décembre 1998. La première opération lui a valu une incapacité totale de travailler du 25 novembre 1993 au 30 janvier 1994. Par la suite, contrairement à ce que soutient l'OCAI, le recourant a été capable de travailler, puisqu'il a précisément été employé dans le cadre d'une participation aux programmes d'utilité communautaire entre le 4 octobre 1993 jusqu'au 3 octobre 1994 et qu'il a pu s'acquitter de ses tâches à la satisfaction de son employeur, hormis la période d'incapacité de travail précitée. A cet égard, on remarquera que le Dr F, qui n'a jamais personnellement examiné l'assuré, se base sur ses propres hypothèses pour fixer la date de survenance de l'invalidité, alors que le dossier contient les avis de deux médecins, principalement celui du chirurgien ayant opéré ce patient à deux reprises. Le médecin-traitant de l'assuré, le Dr C, a tout d'abord indiqué dans son rapport du 14 août 2000 que son patient subissait une incapacité totale de travailler depuis le mois de septembre 1993. Il a ensuite corrigé ce rapport par courrier du 27 mai 2002, indiquant qu'une reprise du travail à 100% avait été possible dès le mois de janvier 1994. Cette correction se basait sur un entretien téléphonique avec le Dr A, le Dr C n'ayant personnellement suivi l'assuré que depuis le mois de février 1998, soit peu après sa deuxième opération, alors que le Dr A a traité ce patient dès 1993. Ainsi, s'agissant des dates des incapacités de travail dans le temps et faute d'autres éléments, il convient de se référer aux informations reçues de la part du Dr A, neurochirurgien ayant suivi l'assuré dès son arrivée en Suisse. Le dossier contient des certificats d'incapacité de travail précisant les dates pour les années 1993 et 1994, mais aucune information précise pour 1998. Le Dr A a indiqué dans un résumé d'observation du 15 décembre 1998 que le patient présentait à nouveau des lombosciatalgies dès le 18 octobre 1998 et qu'il était admis pour un traitement chirurgical. Il ne précisait pas à partir de quelle date exacte celui-ci se trouverait en incapacité totale de travail. Dans son rapport à l'attention de l'OCAI concernant les capacités professionnelles du 5 juin 2001, le Dr A indiquait que la capacité de travail du patient était de 0% sans préciser non plus à partir de quelle date, le champ à cet effet étant laissé libre. Interrogé sur ce point par le Tribunal de céans, le Dr A a indiqué, dans un rapport du 26 février 2004, qu'il fallait admettre une incapacité totale de travail depuis 1998, tout en relevant que ce patient pourrait exercer un emploi adapté à 50 % à certaines conditions. Si l'on ajoute à cet avis médical du Dr A celui du Dr C, qui confirme l'incapacité totale de travail depuis la récurrence de hernie discale, l'OCAI ne pouvait tenir pour avéré que l'assuré avait, à fin 1993, présenté en moyenne une incapacité de travail de 40 % au moins depuis un an sans interruption notable, alors qu'aucun certificat médical ni aucun avis de médecin ayant traité le recourant ne l'atteste. Il y a dès lors lieu de considérer

que l'assuré était capable de travailler à son arrivée en Suisse. Le seul avis médical du Dr F, médecin-conseil de l'OCAI, dont le rapport médical ne répond pas aux exigences de la jurisprudence pour lui accorder pleine force probante, n'est pas suffisant à lui seul pour infirmer les avis exprimés par les médecins ayant examiné le recourant. Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis et la décision du 30 juillet 2002 de l'OCAI annulée. Le dossier est renvoyé à l'OCAI pour nouvelle décision, compte tenu du fait que l'assuré doit être considéré comme capable de travailler à son arrivée en Suisse.

#### **E. 11**

Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens à titre de participation à ses frais ainsi qu'à ceux de son mandataire, qui seront fixés en l'espèce à fr. 1'500.-.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.