



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 630, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00

www.fr.ch/tc

608 2023 32

Arrêt du 6 juillet 2023

II^e Cour des assurances sociales

Composition

Présidente : Daniela Kiener
Juges : Johannes Frölicher, Anne-Sophie Peyraud
Greffier-rapporteur : Michel Bays

Parties

A. _____, **recourant**, représenté par Me Elio Lopes, avocat
contre

**CAISSE DE COMPENSATION DU CANTON DE FRIBOURG,
autorité intimée**

Objet

Assurance-vieillesse et survivants – Calcul de la rente, cotisations à l'étranger

Recours du 24 février 2023 contre la décision sur opposition du 25 janvier 2023

considérant en fait

A. A. _____, veuf, domicilié à B. _____, est né en 1956 au Portugal, où il a travaillé jusque dans le courant de l'année 1987. Il a ensuite travaillé en Suisse et a cotisé à ce titre à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité auprès de la Caisse de compensation du canton de Fribourg (ci-après: la Caisse), à Givisiez.

Par décision du 15 décembre 1994, il s'est vu accorder une rente entière d'invalidité par l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Fribourg (ci-après: OAI), calculée en tenant compte des cotisations en Suisse et au Portugal. Par décision du 24 février 2021, le montant de la rente d'invalidité a été fixé à CHF 2'390.-, en se basant à nouveau sur les cotisations suisses et portugaises (échelle de rente complète).

Par décision du 5 octobre 2021, en lien avec le passage à la retraite de l'assuré, la Caisse a fixé à CHF 1'310.- par mois le montant de la rente de vieillesse auquel ce dernier avait droit à partir du 1^{er} novembre 2021. Pour ce faire, elle s'est fondée uniquement sur les cotisations payées en Suisse, ainsi que sur un revenu annuel moyen de CHF 24'378.-.

L'opposition formée le 11 octobre 2021 par l'assuré a été rejetée par décision du 25 janvier 2023.

B. Le 24 février 2023, A. _____, représenté par Me Elio Lopes, avocat, interjette recours au Tribunal cantonal contre la décision sur opposition susmentionnée. Il conclut, sous suite de dépens, principalement à ce que le montant de sa rente de vieillesse soit fixé à CHF 2'390.- par mois, respectivement à CHF 2'450.- par mois dès le 1^{er} janvier 2023 et, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'autorité intimée en la chargeant de procéder à un calcul de dite rente en tenant compte des cotisations acquittées au Portugal. Préliminairement, il invoque une violation de son droit d'être entendu, en alléguant avoir demandé, dans plusieurs courriers du mois d'octobre 2021, un entretien avec la Caisse afin de compléter son opposition, sans succès. Il conclut de ce fait à l'annulation de la décision et au renvoi de la cause pour que la Caisse organise un tel entretien. Sur le fond, il reproche tout d'abord à cette dernière de s'être référée à l'échelle de rente 34, en ne tenant compte que des cotisations perçues en Suisse. Il invoque qu'elle aurait dû également prendre en considération les cotisations au Portugal et, de ce fait, appliquer l'échelle 44 et lui octroyer une rente complète. Il critique ensuite le calcul du revenu annuel moyen déterminant, estimant que la Caisse aurait dû appliquer le même montant que celui retenu par l'OAI dans sa décision du 21 février 2021, soit CHF 88'200.-.

Dans ses observations du 24 mars 2023, la Caisse conteste tout d'abord avoir commis une violation du droit d'être entendu de l'assuré; tout en admettant que celui-ci avait requis à plusieurs reprises un entretien oral, elle note qu'il s'est ensuite fait représenter par un mandataire professionnel, lequel n'a pas réitéré cette requête. Elle ajoute qu'une telle violation a pu être réparée dans le cadre de la procédure d'opposition, puis celle judiciaire. S'agissant de la prise en compte des cotisations payées au Portugal, la Caisse campe sur sa position. Enfin, concernant le calcul de revenu annuel moyen, elle relève que celui-ci s'élève, dans la décision de l'OAI, à CHF 67'398.- et non à CHF 88'200.-. Elle ajoute avoir calculé la rente de vieillesse sur la base des mêmes éléments que la rente AI à laquelle elle succédait, mais sans tenir compte des cotisations étrangères. Elle a retenu le résultat le plus favorable à l'assuré, soit CHF 1'310.- par mois. Elle conclut dès lors au rejet du recours.

Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné entre les parties.

Il sera fait état des arguments développés par celles-ci à l'appui de leurs conclusions respectives, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

en droit

1.

Interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente par un assuré dûment représenté et directement touché par la décision attaquée, le recours est recevable.

2.

Par un premier argument, le recourant se plaint de ne pas avoir pu se déterminer oralement auprès de la Caisse alors qu'il en avait fait plusieurs fois la demande et invoque de ce fait une violation de son droit d'être entendu.

2.1. Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Cst., RS 101), dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond.

La jurisprudence a notamment déduit du droit d'être entendu, en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 II 218 consid. 2.3; 142 III 48 consid. 4.1.1; 141 V 557 consid. 3; 135 I 279 consid. 2.3; arrêt TAF A-8271/2015 du 29 août 2016 consid. 3.1.2). Le droit d'être entendu impose en outre à l'autorité de motiver clairement sa décision (ATF 134 I 83 consid. 4.1; 133 III 439 consid. 3.3; arrêt TF 4A_408/2010 du 7 octobre 2010 consid. 2.1; TAF A-5228/2016 du 25 avril 2017 consid. 3.2.1).

Pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière, la violation du droit d'être entendu est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 132 V 387 consid. 5.1 et les arrêts cités). Au demeurant, la réparation d'un vice éventuel ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2; 135 I 279 consid. 2.6.1). Toutefois, même dans l'hypothèse où la violation du droit d'être entendu serait d'une gravité particulière, un renvoi de la cause à l'administration dans le sens d'une réparation du droit d'être entendu ne saurait entrer en considération, si et dans la mesure où le renvoi conduit formellement à un temps mort ainsi qu'à des retards inutiles, incompatibles avec l'intérêt du justiciable à un jugement expéditif de la cause (ATF 132 V 387 consid. 5.1).

2.2. En l'espèce, il ressort du dossier que, suite à la décision rendue le 5 octobre 2021 par la Caisse, le recourant a effectivement adressé plusieurs courriers à cette dernière, dans lesquels il demandait notamment un entretien pour pouvoir exposer ses arguments à l'appui de son opposition.

La Cour constate que, par courrier du 25 octobre 2021, Me Elio Lopes a informé la Caisse que le recourant lui avait confié la défense de ses intérêts et avait fait élection de domicile chez lui. En réponse du 27 octobre suivant, celle-ci l'a informé du fait que son client avait formé opposition à

la décision du 5 octobre 2021, par différents courriers envoyés dans les semaines précédentes. Le 2 novembre 2021, la Caisse a informé l'assuré qu'elle correspondrait désormais directement avec son avocat. Le 30 novembre 2021, Me Lopes a complété l'opposition. En dépit de ce qui précède, l'assuré a continué à adresser des courriers à la Caisse.

A la lumière de ce qui précède, il apparaît que le recourant a valablement pu faire valoir ses droits dans le cadre de son opposition, par le biais de ses différents courriers mais également, et surtout, par l'intermédiaire de son avocat. Dès lors que ce dernier a annoncé son mandat de représentation, puis complété par écrit l'opposition de son client dans une écriture de 14 pages dûment argumentée, sans toutefois réitérer une telle requête, la Caisse pouvait légitimement en déduire qu'un entretien avec l'assuré ne faisait plus sens, respectivement n'était plus souhaité. Dans de telles conditions, on ne peut pas conclure à une violation du droit d'être entendu du recourant par l'autorité intimée, étant par ailleurs souligné que la jurisprudence ne permet pas aux assurés de prétendre à être entendu oralement avant qu'une décision ne soit prise à leur rencontre.

Ce grief doit par conséquent être rejeté.

3.

Est ensuite litigieux le calcul du montant de la rente de vieillesse du recourant. Dans ce cadre, ce dernier reproche à la Caisse intimée de ne pas avoir tenu compte de ses cotisations payées au Portugal,

Selon lui, elle était tenue de le faire, que ce soit en application de la Convention du 11 septembre 1975 de sécurité sociale entre la Suisse et le Portugal (RS 0.831.109.654.1; ci-après: Convention Suisse-Portugal) ou des règlements d'application de l'ALCP, à savoir, jusqu'au 31 mars 2012, le Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (RO 2004 121; ci-après: règlement n° 1408/71), puis le Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, modifié par le Règlement (CE) n° 988/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 (RS 0.831.109.268.1; ci-après: règlement n° 883/2004).

3.1. Le recourant se fonde principalement sur l'arrêt publié aux ATF 142 V 112, portant sur un litige en matière d'assurance-invalidité, dans lequel le Tribunal fédéral avait admis que la jurisprudence, selon laquelle l'art. 20 de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (Accord sur la libre circulation des personnes, ALCP; RS 0.142.112.681), n'excluait pas qu'un assuré - qui a exercé son droit à la libre circulation avant l'entrée en vigueur de cet accord - soit mis au bénéfice d'une disposition plus favorable d'une convention bilatérale de sécurité sociale (ATF 133 V 329), était aussi applicable au calcul d'une rente d'invalidité suisse. Le Tribunal fédéral avait en revanche laissée ouverte la question de savoir si le principe qui prévalait sous l'angle du règlement n° 1408/71 est également valable dans le cadre du règlement n° 883/2004.

Il s'avère que le Tribunal fédéral a tranché tout dernièrement ce point dans un arrêt 9C_198/2022 du 30 mai 2023, également en matière d'assurance-invalidité. Il est parvenu à la conclusion que *"la jurisprudence développée sous le régime du règlement n° 1408/71 concernant l'applicabilité des dispositions des conventions bilatérales plus favorables reste applicable sous le régime du*

règlement n° 883/2004. [...] Par conséquent, un assuré, qui a exercé son droit à la libre circulation avant l'entrée en vigueur de l'ALCP et dont le droit à une rente de l'assurance-invalidité suisse est né après l'entrée en vigueur du règlement n° 883/2004, peut bénéficier d'une disposition plus favorable d'une convention de sécurité sociale aussi sous le régime du règlement n° 883/2004".

3.2. En l'espèce, il ressort du dossier que le recourant a exercé son droit à la libre circulation dans le courant de l'année 1987, soit bien avant l'entrée en vigueur de l'ALCP, au 1^{er} juin 2002. Il en va de même de son droit à une rente d'invalidité suisse, lequel a pris naissance en octobre 1992.

A l'aune de la jurisprudence fédérale rappelée ci-avant, il en découle que le cas doit effectivement être examiné à la lumière de la Convention Suisse-Portugal. Encore faut-il que dite Convention prévoie effectivement une réglementation plus favorable au recourant.

Ce dernier invoque l'art. 12 al. 2 de la Convention Suisse-Portugal, dont la teneur est la suivante: *"Les rentes ordinaires de vieillesse ou de survivants de l'assurance suisse venant se substituer à une rente d'invalidité, fixée selon le paragraphe précédent, sont calculées sur la base des dispositions légales suisses compte tenu exclusivement des périodes de cotisations suisses. Si toutefois les périodes d'assurance portugaise, compte tenu de l'article 20 de la Convention et des dispositions d'autres Conventions internationales, n'ouvrent exceptionnellement pas droit à une prestation portugaise analogue, elles sont également prises en compte pour déterminer les périodes de cotisations qui doivent servir de base au calcul des rentes suisses susmentionnées".*

L'art. 20 est libellé comme suit: *"Lorsqu'un ressortissant de l'une ou l'autre des Parties contractantes a été soumis successivement ou alternativement aux législations des deux Parties contractantes, les périodes de cotisations et les périodes assimilées accomplies selon chacune de ces législations, sont totalisées, du côté portugais, dans la mesure où c'est nécessaire, pour l'ouverture du droit aux prestations qui font l'objet de la présente section, en tant que lesdites périodes ne se superposent pas. Cette disposition ne s'applique que si la durée de cotisations dans les assurances portugaises est au moins égale à douze mois".*

A la lecture de cette disposition, il sied de constater que le principe est que les rentes de vieillesse se substituant à une rente d'invalidité se fondent en principe uniquement sur les périodes de cotisations réalisées en Suisse. Ce n'est que si les périodes d'assurance portugaises n'ouvrent pas de droit à une prestation analogue dans ce pays qu'elles sont alors exceptionnellement prises en compte en Suisse.

De l'avis de la Cour, cela ne peut se comprendre que dans le sens où une exception n'est aménagée que dans le cas où l'assuré n'a pas du tout la possibilité d'obtenir une prestation analogue au Portugal, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. Le recourant admet lui-même qu'il n'a pas droit à une rente ordinaire de vieillesse portugaise du fait qu'il n'a pas (encore) atteint l'âge de 66 ans et 6 mois. On ne saurait donc en conclure qu'il n'a pas droit, sur le principe, à une prestation analogue dans son pays d'origine, mais qu'il n'y a pas droit en même temps que naît la rente suisse.

Cette conclusion s'impose également du fait que le recourant a, le cas échéant, la possibilité de requérir une rente d'invalidité (transitoire) dans son pays d'origine si l'âge de la retraite prévu par cet Etat n'est pas encore atteint. Selon une jurisprudence rendue aux ATF 131 V 371, *"à partir du moment où une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité suisse, qui avait été allouée selon le principe du risque en tenant compte de périodes d'assurance accomplies à l'étranger conformément à une convention bilatérale de sécurité sociale, est remplacée par une rente de vieillesse de*

l'assurance-vieillesse et survivants suisse, elle-même calculée uniquement en fonction des périodes suisses, l'Etat qui avait été jusqu'alors libéré du versement d'une prestation, verse à son tour une rente de vieillesse ou - si l'âge de la retraite prévu par cet Etat n'est pas atteint - une rente d'invalidité". Le Tribunal fédéral a ensuite ajouté que "le principe de la protection de la situation acquise, prévu par [l'art. 33bis al. 1 LAVS], ne s'applique pas au montant d'une rente qui avait été calculé en tenant compte de périodes d'assurance accomplies à l'étranger; le calcul comparatif se fait en fonction des périodes suisses uniquement" (ATF 133 V 329 consid. 4.3).

Tout bien considéré, la Cour parvient à la conclusion qu'il ne se justifie pas de procéder au calcul de la rente de vieillesse du recourant en Suisse en tenant compte également des cotisations accumulées par celui-ci au Portugal. Ce grief doit par conséquent être rejeté.

4.

Il sied encore d'examiner le second grief du recourant, relatif au revenu annuel moyen (ci-après: RAM) déterminant.

4.1. Le recourant estime que la Caisse s'est à tort fondée sur un RAM de CHF 24'378.-, alors qu'elle aurait dû se baser sur celui retenu pour fixer la rente d'invalidité de CHF 88'200.-.

La Caisse relève d'une part que le RAM retenu par l'OAI était de CHF 67'398.-. Elle ajoute d'autre part avoir procédé à un calcul comparatif et avoir retenu le résultat le plus favorable au recourant, soit une rente de CHF 1'310.- (au lieu de CHF 326.-). Elle précise que, dans un cas comme dans l'autre, elle n'a pas tenu compte des périodes de cotisations étrangères.

4.2. D'après l'art. 29^{quater} LAVS de la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10), la rente est calculée sur la base du revenu annuel moyen. Celui-ci se compose des revenus de l'activité lucrative (let. a), des bonifications pour tâches éducatives (let. b) et des bonifications pour tâches d'assistance (let. c).

L'art. 30 al. 1 LAVS indique que la somme des revenus de l'activité lucrative est revalorisée en fonction de l'indice des rentes prévu à l'art. 33^{ter}. Le Conseil fédéral détermine annuellement les facteurs de revalorisation. L'al. 2 ajoute que la somme des revenus revalorisés provenant d'une activité lucrative et les bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance sont divisées par le nombre d'années de cotisations.

Selon l'art. 33^{bis} al. 1 LAVS, les rentes de vieillesse ou de survivants sont calculées sur la base des mêmes éléments que la rente d'invalidité à laquelle elles succèdent, s'il en résulte un avantage pour l'ayant droit.

Selon les ch. 5001 à 5003 de la Circulaire de l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après: OFAS) sur la procédure pour la fixation des prestations dans l'AVS/AI/PC (CIBIL), dans sa teneur valable à partir du 1^{er} janvier 2022, lorsqu'une rente AI, calculée compte tenu des périodes d'assurance étrangères, a été remplacée après le 1^{er} juin 2002 par une rente de l'AVS, la rente AVS est calculée en fonction des dispositions générales, sans tenir compte des périodes d'assurance étrangères. La rente AI – hors périodes étrangères – est entièrement recalculée au moyen d'un calcul comparatif. Demeure réservée la réglementation inhérente aux rentes transférées. Est versée la rente la plus élevée.

4.3. En l'espèce, il convient tout d'abord de relever que le revenu annuel moyen retenu par l'OAI dans sa décision du 24 février 2021 était effectivement de CHF 67'398.-, et non de CHF 88'200.- comme indiqué par le recourant.

Cela étant, il appert que la Caisse a procédé à un calcul comparatif, basé d'un côté sur les données de l'assurance-invalidité (revenu annuel moyen de CHF 67'398.- et échelle de rente 6) et, de l'autre, sur celles de l'assurance-vieillesse et survivants (revenu annuel moyen de CHF 24'378.- et échelle de rente 34). Ce faisant, elle n'a, à juste titre, pas tenu compte des cotisations étrangères. Ce mode de procéder est conforme aux exigences prévues par le droit suisse mais également au droit européen, que ce soit sous l'angle des règlements relatifs à la libre circulation des personnes ou de la Convention Suisse-Portugal qui les précédait. Il ressort notamment du message y relatif que, si l'assurance-invalidité est une assurance-risque, tel n'est pas le cas de l'assurance-vieillesse. Pour la rente d'invalidité, *"on tient compte, pour la détermination de l'échelle de rente, des périodes accomplies dans les assurances portugaises. Pour établir le revenu annuel moyen, on ne prend en considération que les revenus réalisés en Suisse"*. En revanche, pour la rente de vieillesse, *"[...] le principe de l'assurance-risque n'est plus applicable; l'assurance de chacun des Etats accorde une prestation et la calcule selon ses propres règles"* (FF 1976 II 1283).

L'assuré est arrivé en Suisse en 1987 et est invalide depuis 1992, de sorte que le recours à l'échelle de rente 6 paraît correct (l'assuré n'ayant cotisé à l'AI que jusqu'à la survenance du risque assuré); il en va de même du revenu annuel moyen de CHF 67'398.-, tel que retenu par l'OAI dans sa dernière décision. Sous l'angle de l'AVS, l'échelle 34 paraît elle aussi adéquate, si l'on tient compte du fait que l'assuré a atteint l'âge de la retraite en octobre 2021, soit 34 ans après son arrivée en Suisse. On ne voit nul motif de remettre en question le revenu annuel moyen de CHF 24'378.- retenu dans le calcul AVS.

Ce grief doit par conséquent être également écarté.

5.

Le recours doit dès lors être entièrement rejeté et la décision sur opposition confirmée.

Conformément au principe de la gratuité valant en la matière pour les procédures portant sur des prestations, il n'est pas perçu de frais de justice.

Vu l'issue du recours, il n'est pas accordé de dépens.

(dispositif en page suivante)

la Cour arrête :

- I. Le recours est rejeté.
- II. Il n'est pas perçu de frais de justice.
- III. Il n'est pas alloué de dépens.
- IV. Notification.

Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite.

Fribourg, le 6 juillet 2023/mba

La Présidente

Le Greffier-rapporteur