RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1256/1999 **ATAS/168/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 23 mars 2004

1ère Chambre

En la cause

Madame et Monsieur B_____, comparant par Me Xavier LIENERT, avocat, sans élection de domicile — recourants

contre

OFFICE AI POUR LES ASSURES RESIDANT A L'ETRANGER, av. Edmond-Vaucher 18 à Genève — intimé

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente, Mmes Karine STECK et Nicole DOURNOW, Juges

---

EN FAIT

1. Madame B_____ et son mari, Monsieur B_____ ont deux enfants, nés les 19 juin 1976 et 31 janvier 1980.

2. L'intéressée a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité le 7 octobre 1985. Son mari a présenté une demande de prestations de l'assurance-invalidité le 30 décembre 1994.

3. Par décisions du 26 janvier 1987, la Caisse suisse de compensation a octroyé à l'assurée une demi-rente d'invalidité du 1er septembre 1985 au 31 mai 1986, puis une rente entière d'invalidité à partir du 1er juin 1986. Aucune rente complémentaire pour enfant n'a été versée.

4. En date du 27 novembre 1998, l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (ci-après l'Office) a rendu plusieurs décisions. Il a octroyé à l'assuré une rente d'invalidité de couple d'un montant mensuel de 1'645 fr. du 1er décembre 1995 au 31 décembre 1996, puis à partir du 1er janvier 1997, une rente ordinaire d'invalidité d'un montant mensuel de 135 fr. L'Office lui a également accordé une double rente d'invalidité pour enfant du 1er décembre 1995 au 31 décembre 1996 d'un montant mensuel de 79 fr. par enfant, puis à partir du 1er janvier 1997 des rentes complémentaires pour enfant (provenant de la rente du père) d'un montant mensuel de 53 fr. par enfant. Il a octroyé à l'assurée une rente entière d'invalidité à partir du 1er janvier 1997 d'un montant mensuel de 1'968 fr., ainsi que des rentes complémentaires pour enfant (provenant de la rente de la mère), d'un montant mensuel de 788 fr. par enfant.

5. Par courrier du 15 janvier 1999, Monsieur B_____, représenté par Maître LIENERT, a recouru auprès de la Commission fédérale de recours en matière d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité pour les personnes résidant à l'étranger (ci-après : la Commission) contre la décision de l'Office lui octroyant une rente de couple du 1er décembre 1995 au 31 décembre 1996, ainsi que contre celle lui octroyant une rente entière d'invalidité à partir du 1er janvier 1997. Il a contesté la compétence de l'intimé, demandé à ce que les rentes soient payées en Suisse et sollicité le versement d'une allocation pour impotent.

6. Le 15 janvier 1999 également, Monsieur et Madame B_____, toujours représentés par Maître LIENERT, ont interjeté recours contre les décisions de l'Office concernant les rentes complémentaires pour enfant. Ils ont contesté la compétence de l'intimé et conclu à l'octroi de demi-rentes complémentaires pour enfant du 1er septembre 1985 au 31 mai 1986, puis à l'octroi de rentes complémentaires entières pour enfant à partir du 1er juin 1986 sur la base des rentes de la recourante, qui ne leur avaient pas été versées à tort.

7. La Commission a rendu un jugement en date du 3 février 1999, par lequel elle a décliné sa compétence en raison du domicile genevois des recourants et renvoyé le dossier à la Commission de recours en matière d'assurance-invalidité de Genève.

8. Dans un préavis du 9 mars 1999, l'Office a conclu au rejet du recours. Il a expliqué que les recourants n'avaient jamais établi clairement leur domicile, raison pour laquelle il était intervenu. Par ailleurs, le paiement des rentes était déjà effectué en Suisse ; cette conclusion était par conséquent devenue sans objet. Enfin, la demande d'allocations pour impotent devait être examinée par l'Office cantonal de l'assurance-invalidité de Genève.

9. Dans des observations du 8 avril 1999, les recourants ont conclu à l'octroi de rentes complémentaires pour leurs deux enfants, découlant de la rente de la mère, à hauteur d'une demi-rente à partir du 1er septembre 1985 et d'une rente entière à partir du 1er juin 1986. Ils ont également sollicité le transfert de leur dossier à l'Office cantonal de l'assurance-invalidité de Genève. A l'appui de leur recours, ils ont indiqué que la Commission de l'assurance-invalidité du canton de Schwyz avait, dans sa séance du 11 septembre 1986, attribué à la recourante une demi-rente d'invalidité à partir du 1er septembre 1985 et une rente entière d'invalidité à partir du 1er juin 1986, en omettant d'octroyer des rentes complémentaires pour enfant, alors que la recourante avait déclaré, dans sa demande de prestations du 7 octobre 1985, être mère de deux enfants mineurs.

10. Par courrier du 28 août 2002 à la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-invalidité, les recourants ont confirmé que le versement de leurs rentes s'effectuait désormais sur un compte en Suisse.

11. Interrogée par le greffier alors en charge du dossier, la Caisse suisse de compensation a expliqué, dans un courrier du 18 septembre 2002, que les rentes complémentaires pour enfant litigieuses n'avaient pas été octroyées en raison d'un oubli.

EN DROIT

1. Il convient au préalable de préciser que la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) a été modifiée et qu'un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1er août 2003, statuant en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (cf. art. 1, let. r et 56V, al. 1, let. a, chiffre 2 LOJ). Conformément à l'art. 3, al. 3 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, entrée en vigueur le 1er août 2003, la présente cause pendante devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-invalidité a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales qui est dès lors compétent pour statuer.

2. Le Tribunal de céans constate en outre que les recours, interjetés en temps utile, sont recevables à la forme, conformément aux art. 69 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI) et 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 et a entraîné la modification de nombreuses dispositions dans le domaine de l'assurance-invalidité. La législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 demeure toutefois déterminante en l'espèce. En effet, d'après la jurisprudence, la législation applicable en cas de changement de règles de droit reste celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 125 V 467 consid. 1 ; 126 V 166 consid. 4b), les faits sur lesquels l'autorité de recours peut être amenée à se prononcer dans le cadre d'une procédure de recours de droit administratif étant par ailleurs ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision administrative litigieuse (ATF 121 V 366 consid. 1b).

4. En raison de leur connexité, il se justifie de joindre les deux recours interjetés le 15 janvier 1999 contre des décisions de l'Office du 27 novembre 1998.

5. En l'occurrence, Monsieur B_____ a recouru le 15 janvier 1999, contestant la compétence de l'intimé, sollicitant le versement d'une allocation pour impotent et demandant à ce que les rentes lui soient versées en Suisse.

6. Il s'agit dès lors d'examiner la compétence de l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger, contestée dans les deux recours.

   En vertu de l'art. 55 LAI, l'Office de l'assurance-invalidité compétent est, en règle générale, celui du canton dans lequel l'assuré est domicilié au moment où il exerce son droit aux prestations. Le Conseil fédéral règle la compétence dans les cas

spéciaux. L'art. 40 al. 3 du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI) dispose que l'Office de l'assurance-invalidité compétent lors de l'enregistrement de la demande le demeure durant toute la procédure. La procédure commence par l'enregistrement de la demande par l'Office de l'assurance-invalidité et se termine lorsque la décision entre en force (cf. circulaire sur la procédure dans l'assurance-invalidité (CPAI) de l'Office fédéral des assurances sociales, ch. 4010). Après l'achèvement de la procédure, en cas de changement de domicile, le dossier peut être transmis au nouvel office compétent.

La notion de domicile dans l'assurance-invalidité est basée sur le domicile au sens de l'art. 23 du code civil. Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir. La notion de domicile comporte deux éléments : d'une part, la volonté de rester dans un endroit de façon durable et d'autre part, la manifestation de cette volonté par une résidence effective dans ce lieu. La continuité de la résidence n'est pas un élément nécessaire de la notion de domicile ; le domicile en un lieu peut durer alors même que la résidence en ce lieu est interrompue pour un certain temps, pourvu que la volonté de conserver le lieu de la résidence actuelle comme le centre d'existence résulte de certains rapports avec celui-ci (ATF 41 III 51). Pour savoir quel est le domicile d'une personne, il faut tenir compte de l'ensemble de ses conditions de vie, le centre de son existence étant à l'endroit où se trouvent ses intérêts personnels, c'est-à-dire où vit sa famille (ATF 88 III 135).

Dans sa demande d'invalidité du 30 décembre 1994, le recourant a indiqué être domicilié à Brunnen, en Suisse. Cependant, il ressort d'attestations de l'office cantonal de la population de Genève et de la commune de Mestrino, en Italie, que le recourant était inscrit à Brunnen (SZ) du 1er mars 1963 au 15 juillet 1976, à Mestrino depuis le 22 juillet 1986 et à Genève depuis le 13 janvier 1997 ; son épouse a quant à elle été inscrite sur les registres de Suisse du 30 mai 1963 au 16 avril 1964 à Silenen (UR), du 20 janvier 1965 à avril 1975 à Brunnen (SZ), puis à Genève à partir du 13 janvier 1997. Une communication de l'assurance-invalidité fait également mention du changement de domicile de la recourante, qui s'établit à Mestrino en date du 30 juin 1986. Il appert par ailleurs des pièces du dossier que les deux recourants ont régulièrement écrit depuis l'Italie, pour s'adresser aux autorités suisses de l'assurance-invalidité, mentionnant toujours Mestrino comme commune de domicile ; les rapports médicaux émanent en outre de médecins italiens domiciliés dans cette région. Il apparaît donc que depuis juillet 1986 au plus tard, les époux recourants ont été domiciliés dans la commune de Mestrino, ceci jusqu'au 13 janvier 1997, date à laquelle ils ont pris domicile à Genève.

Partant, les décisions de l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger du 27 novembre 1998 ont été rendues par un office compétent, compte tenu du fait que lors du dépôt de la demande de prestations, le recourant était

domicilié en Italie et que l'Office compétent lors de l'enregistrement de la demande le demeure durant toute la procédure.

7. Concernant le versement d'une allocation pour impotent, il convient de constater que cette prestation ne fait pas l'objet des décisions du 27 novembre 1998 de l'Office. Partant, le recourant devra déposer une demande auprès de l'Office AI compétent, soit actuellement l'Office AI du canton de Genève en raison du domicile genevois de l'assuré, qui, après instruction, rendra une décision relative à l'allocation pour impotent.

8. En ce qui concerne le versement des rentes à l'étranger, cette conclusion est devenue sans objet, puisque celles-ci sont actuellement versées en Suisse. Le recourant l'a d'ailleurs admis, dans un courrier du 28 août 2002.

9. Il reste donc à examiner le recours des deux époux concernant l'octroi de rentes complémentaires pour leurs enfants liées à celle de la mère, à partir du 1er septembre 1985.

   Aux termes de l'art. 35 al. 1 LAI, les hommes et les femmes qui peuvent prétendre une rente d'invalidité ont droit à une rente pour chacun des enfants, qui au décès de ces personnes, auraient droit à la rente d'orphelin de l'assurance-vieillesse et survivants.

   Le Tribunal de céans constate à titre liminaire que la recourante aurait dû avoir droit à des rentes pour enfant, au moment où sa propre rente a été servie en septembre 1985 et non seulement à partir du 1er janvier 1997.

   Il convient cependant de relever que les rentes pour enfant à partir de septembre 1985 n'ont pas fait l'objet des décisions de l'Office du 27 novembre 1998. C'est il est vrai la décision du 26 janvier 1987 de la Caisse suisse de compensation, concernant l'octroi d'une demi-rente d'invalidité du 1er septembre 1985 au 31 mai 1986, puis l'octroi d'une rente entière à partir du 1er juin 1986 à la recourante, qui aurait dû être contestée, puisqu'elle omettait d'octroyer des rentes pour enfant, alors même que la recourante avait mentionné dans sa demande de prestations être mère de deux enfants mineurs.

   En vertu de l'art. 41 LAI, les rentes en cours doivent être, pour l'avenir, augmentées, réduites ou supprimées si le degré d'invalidité se modifie de manière à influencer le droit à ces prestations. Si les conditions de l'art. 41 font défaut, la décision de rente peut éventuellement être modifiée d'après les règles applicables à la reconsidération de décisions administratives passées en force. Conformément à ces règles, l'administration peut en tout temps revenir sur une décision formellement passée en force de chose jugée, et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. Pour juger s'il est admissible de reconsidérer la décision pour le motif qu'elle est sans nul doute erronée, il faut se

fonder sur la situation juridique existant au moment où cette décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque (ATF 119 V 479 consid. 1b/cc et les références). Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'application des faits (ATF 117 V 17 consid. 2c ; 115 V 314 consid. 4a/cc). Une inexactitude manifeste ne saurait être admise lorsque l'octroi de la prestation dépend de conditions matérielles dont l'examen suppose un pouvoir d'appréciation quant à certains de leurs aspects ou de leurs éléments et que la décision paraît admissible compte tenu de la situation de fait et de droit.

En l'occurrence, l'on ne se trouve pas dans un cas de révision au sens de l'art. 41 LAI ; en effet, l'état de fait ne s'est pas modifié depuis la demande de la recourante, dans laquelle elle mentionnait expressément qu'elle était mère de deux enfants. La caisse suisse de compensation a d'ailleurs admis, dans un courrier du 18 septembre 2002, que la seule cause plausible concernant l'absence de rentes complémentaires pour enfant dans ses décisions du 21 janvier 1987, semblait être un oubli pur et simple. Il reste dès lors à déterminer si l'on est en présence d'un cas de reconsidération et si l'art. 85 RAI peut être applicable.

L'art. 85 al. 1 RAI dispose que l'art. 77 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS) est applicable par analogie au paiement après coup d'indemnités journalières, de rentes et d'allocations pour impotent, les forclusions de l'art. 48 LAI étant réservées. Aux termes de l'art. 77 RAVS, celui qui n'a pas touché la rente à laquelle il avait droit, ou qui a reçu une rente inférieure à celle à laquelle il pouvait prétendre, peut réclamer le paiement de son dû à la caisse de compensation. Si une caisse de compensation apprend qu'un ayant droit n'a pas touché sa rente ou n'a touché qu'une rente d'un montant trop faible, elle doit payer le montant arriéré. La prescription prévue à l'art. 46 LAVS est réservée.

Selon l'art. 48 LAI al. 1, le droit à des prestations arriérées s'éteint cinq ans après la fin du mois pour lequel elles étaient dues.

Pour que l'art. 85 al. 1 RAI trouve application, l'erreur de l'administration ne doit pas porter sur une question spécifique du droit de l'assurance-invalidité, mais bien sur une question analogue à celle de l'assurance-vieillesse et survivants (ATFA non publié I 692/00 Mh du 29 janvier 2002). En l'occurrence, l'erreur de la caisse de compensation concernait des rentes complémentaires pour enfant ayant été oubliées, soit une question spécifique du droit de l'assurance-vieillesse et survivants. L'art. 85 RAI qui renvoie à l'art. 77 RAVS est par conséquent applicable au cas d'espèce.

Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après le TFA) avait jadis laissé la question ouverte de savoir si l'art. 77 RAVS conférait à l'assuré le droit d'exiger la reconsidération d'une décision entrée en force (ATF 119 V 187 consid. 4a). Par la suite, il a considéré qu'en vertu de l'art. 77 RAVS, l'assuré bénéficiait d'un droit,

qu'il pouvait invoquer en justice, à la rectification d'une décision formellement passée en force de chose jugée ; toutefois, ce droit ne visait pas le réexamen de la décision administrative dans son ensemble, mais permettait simplement à l'assuré d'obtenir la rectification - sur le plan mathématique - d'une décision de rente entrée en force, sans que l'administration soit liée par les considérations spécifiques de la révision ou de la reconsidération (ATF 124 V 325 consid. 2c). Dans un arrêt ultérieur (VSI 2000 p. 87, spéc. p. 91 consid. 2d). Le TFA a précisé que le droit de l'assuré à la correction d'une décision et fondé sur l'art. 85 al. 1 RAI, impliquait également celui d'obtenir que la rectification porte effet rétroactif (ex. tunc) (ATFA non publié I 692/00 Mh du 29 janvier 2002).

Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette solution dans le cas d'espèce et il convient dès lors d'admettre que la recourante a droit à la rectification de la décision de la caisse de compensation passée en force, en application des art. 85 RAI et 77 RAVS et sans égard aux principes de la reconsidération pure, qui ne permettent pas à l'autorité judiciaire de contraindre l'administration à revoir sa décision. Il faut donc déterminer depuis quelle date la recourante a droit aux prestations arriérées, compte tenu de la péremption de l'art. 48 al. 1 LAI.

Le TFA s'est penché plusieurs fois sur la question de l'application de cette disposition. Dans un arrêt du 19 septembre 1995 en la cause V. G. (VSI 1997 p. 186 ss.), il est revenu sur sa jurisprudence précédente (ATF 116 V 273) et a considéré que si l'administration avait omis une demande de prestation antérieure déjà suffisamment concrète, le paiement des prestations arriérées était soumis à un délai de péremption absolu de cinq ans à compter de la date du dépôt de la nouvelle demande. L'art. 48 al. 1 LAI se rapporte justement à tous les cas où l'administration - malgré une demande déposée en temps voulu et toujours pour quelque raison que ce soit - n'a pas octroyé la prestation en question : le droit à la prestation s'éteint alors lorsque la période pour laquelle elle est due dépasse cinq années (à compter d'une demande ultérieure). En effet, le paiement rétroactif n'aurait plus pour fonction que d'alimenter une fortune plus ou moins importante, ce qui n'est pas le rôle d'une assurance sociale. C'est pourquoi il s'impose de fixer une échéance absolue en matière de prestations arriérées (VSI 1997 p. 186 ss.).

En l'occurrence, la recourante ignorait que sa rente donnait droit à des rentes complémentaires pour enfant et ce n'est qu'à la réception de la décision de l'assurance-invalidité du 27 novembre 1998 qu'elle s'est rendue compte de l'erreur de l'administration. Ainsi, seul son recours du 15 janvier 1999, dans lequel elle sollicite pour la première fois les prestations arriérées, peut être considéré comme une nouvelle demande. Le délai de péremption de cinq ans doit donc courir de cette date. Il convient dès lors d'octroyer les rentes complémentaires pour les deux enfants de la recourante à compter du 1er février 1994 et jusqu'à la date à partir de laquelle

les enfants de la recourante ont touché des rentes complémentaires liées à celle de leur mère.

10. Au vu de ce qui précède, le recours de Monsieur B_____ est rejeté quant à ses conclusions concernant la compétence de l'Office intimé et l'octroi d'une allocation pour impotent; il est devenu sans objet concernant le versement des rentes en Suisse.

    Quant au recours des deux époux, il est partiellement admis, dans le sens des considérants.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

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

A la forme :

1. Joint les recours interjetés par Monsieur B_____, d'une part, et par Monsieur et Madame B_____, d'autre part, selon l'art. 70 de la loi sur la procédure administrative ;
2. Déclare les recours recevables ;

Au fond :

3. Rejette le recours de Monsieur B_____ ;
4. Constate que la conclusion concernant le versement des rentes en Suisse est devenue sans objet ;
5. Octroie à Madame B_____ des rentes complémentaires entières pour ses deux enfants du 1er février 1994 à la date à partir de laquelle les enfants de la recourante ont touché des rentes complémentaires liées à celle de leur mère ;
6. Dit que la procédure est gratuite ;
7. Condamne l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger à verser aux recourants la somme de 700 fr. à titre de participation à leurs frais et 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).

La greffière :	La Présidente :
Marie-Louise Queloz	Doris Wangeler

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