RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1756/2004 **ATAS/652/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 6 juillet 2006

En la cause

HOIRIE de Madame G_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Suzette CHEVALIER	recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, rue de Lyon 97, case postale 425, 1211 GENEVE 13	intimé

Siégeant : Karine STECK, Présidente,
Valérie MONTANI et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. Madame G_____, née le 15 février 1960, a développé une activité d'avocate indépendante depuis 1995. Elle a en outre siégé en tant que juge suppléante auprès de la Commission de surveillance des offices des poursuites et faillites et a également exercé, depuis 1989, une activité salariée auprès de CARITAS.

2. En 1995, elle a été atteinte d'un cancer du sein gauche traité par tumorectomie et reprise axillaire.

3. Le 12 janvier 2006, elle a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (OCAI), visant à la prise en charge des frais d'un moyen auxiliaire (perruques). Il a été indiqué que le diagnostic de carcinome invasif avait été posé le 12 octobre 1995. Ont également été mentionnés les noms des Drs PIGUET (gynécologue), WYSS (chirurgien), FORNI (oncologue). Il a été donné suite à cette demande par décision du 26 janvier 2006.

4. Le traitement s'est achevé en juin 1996.

5. Des rechutes loco-régionales sont survenues en mai 1999 et juin 2000, qui ont été traitées par chirurgie. La mastectomie pratiquée en juin 2000 a entraîné deux interventions de chirurgie plastique et reconstructive en 2000 et 2001, dont ont découlé deux nouvelles périodes d'incapacité de gain.

6. Le 19 juin 2000, le Dr A_____, spécialiste en chirurgie plastique et reconstructive, a directement adressé à l'OCAI une demande de moyen auxiliaire sous la forme d'une ordonnance pour une prothèse de sein, à laquelle l'OCAI a donné suite par décision du 29 septembre 2000.

7. Le 19 juin 2002, il s'est avéré que l'assurée était atteinte de métastases à distance, non guérissables. Cette affection a entraîné l'instauration de traitements lourds dont la poursuite a pérennisé l'incapacité de travail.

8. Le 9 juin 2003, l'assurée a dû se rendre à l'évidence et a déposé une demande de rente auprès de l'OCAI.

9. Le 12 janvier 2004, un projet de décision lui a été adressé, qui lui reconnaissait une incapacité de travail de 100% dès le 1er avril 2004.

10. L'assurée a fait remarquer à l'OCAI qu'une incapacité de travail de 100% n'était peut-être pas à envisager en l'état et que l'évolution de ses traitements lui permettrait de reprendre son activité de 20% chez CARITAS et sa suppléance judiciaire. Elle a par ailleurs contesté la tardiveté de sa demande et demandé que l'effet rétroactif soit prolongé au-delà de l'année précédant le dépôt de sa demande. Elle a exposé notamment que la progression de sa maladie s'était manifestée

initialement sous la forme de rechutes loco-régionales et, depuis 2002, sous la forme de métastases à distance. Elle a fait valoir qu'il n'était ainsi pas possible de prévoir, en 1995 ou en 2000 déjà, que sa maladie ne serait pas réglée par la mastectomie, ainsi que cela se fait dans la plupart des cas.

11. Par décision du 4 mai 2004, l'OCAI a reconnu à l'assurée un degré d'invalidité :

    - de 50% dès le 11 juin 2002, ouvrant droit à une demi-rente,
    - de 40% dès le 1er décembre 2002, ouvrant droit à un quart de rente,
    - de 70% dès le 1er avril 2003, ouvrant droit à une rente entière
    - et enfin, de 100% dès le 1er avril 2004, ouvrant droit à une rente entière.

    Il a été précisé qu'un montant rétroactif lui serait versé pour la période du 1er juin 2002 au 30 avril 2004, qui ferait l'objet d'une décision ultérieure.

12. Le 1er juin 2004, l'assurée a formé opposition à cette décision en concluant à ce que son degré d'invalidité soit modifié partiellement (60% dès le 1er décembre 2002 en lieu et place de 40% et 80% dès le 1er mai 2004 - et non 100%) et à ce que sa demande ne soit pas considérée comme tardive.

13. Par décision sur opposition du 15 juillet 2004, l'OCAI a partiellement admis l'opposition en ce sens qu'il a fixé le degré d'invalidité à 60% - en lieu et place de 40% - dès le 1er septembre 2002 - et non plus dès le 1er décembre 2002 -, ce qui a donné droit à l'assurée à une demi-rente (au lieu d'un quart de rente) pour cette période. Par ailleurs, l'OCAI a reconnu un degré d'invalidité de 80% et non de 100% dès le 1er avril 2004. Pour le reste, il a confirmé la tardiveté de la demande.

14. Par courrier du 21 août 2004, l'assurée a interjeté recours contre cette décision. Elle demande qu'il soit reconnu que sa demande de prestations n'était pas tardive et qu'en conséquence elle a droit aux prestations depuis le 1er juin 1998. Elle invoque l'avis du Professeur B_____, médecin chef du service d'oncologie, lequel a déclaré s'agissant de sa patiente :

    > "Elle souffre en effet depuis 1995 d'un cancer au sein lentement évolutif. Cette forme de maladie est rare mais classique. La progression de sa maladie s'est manifestée initialement sous la forme de métastases loco-régionales et depuis 2002 sous la forme de métastases à distance. Il est bien entendu impossible de prédire les organes susceptibles d'être affectés par des métastases à l'avance, et en conséquence les éventuelles altérations fonctionnelles qui pourraient en résulter".

    Au fond, l'assurée admet présenter une maladie de longue durée et non une invalidité permanente. Elle admet la conclusion de l'OCAI selon laquelle elle aurait pu bénéficier d'une rente basée sur un taux de 80% dès le 1er octobre 1996. En revanche, elle conteste que ce soit un motif subjectif qui l'a empêchée de déposer plus tôt sa demande de prestations. Elle fait valoir qu'elle n'a pu connaître

objectivement dès le départ les conséquences de sa maladie sur sa capacité de gain, qu'elle était fondée à croire, lors des premières manifestations en 1995 et 1996, que son mal ne serait que passager et qu'il pourrait être réglé par la médecine, qu'elle pensait durant les années 1996 à 2002 que la grande fatigue due aux opérations et au pénible traitement qui réduisait très fortement - voire totalement - sa capacité de gain allait prochainement disparaître, que ce n'est que le 19 juin 2002, alors qu'elle espérait pouvoir bientôt vivre et travailler normalement, que le mal s'est manifesté une nouvelle fois par le diagnostic de métastases dans la tête, que ce n'est qu'alors et alors seulement, qu'elle a eu connaissance des éléments utiles pour savoir objectivement qu'elle était atteinte d'une maladie de longue durée qui lui enlevait sa capacité de gain normale et fondait le droit à des prestations de l'assurance-invalidité. Elle en tire la conclusion que sa demande, déposée en juin 2003, soit dans les douze mois après qu'elle a eu connaissance des métastases décelées le 19 juin 2002, n'est pas tardive.

15. Suite au décès de la recourante, le 21 septembre 2004, le Tribunal de céans a, par ordonnance du 30 septembre 2004, ordonné la suspension de l'instruction de la cause.

16. Par courrier du 9 novembre 2004, Maître Suzette CHEVALIER, anciennement conseil de la recourante, a informé le Tribunal de céans que les héritiers de cette dernière (soit : Monsieur W_____, son époux, et W_____ et W_____, ses enfants mineurs) l'avaient mandatée pour reprendre l'instance en leur nom.

17. Le 19 octobre 2005, le Tribunal de céans a donc repris l'instance.

18. Invité à se prononcer, l'OCAI, dans sa réponse du 21 novembre 2005, a relevé, à titre préliminaire, qu'il n'avait pas procédé à une enquête économique pour indépendant en l'espèce alors même que la recourante exerçait trois activités lucratives différentes (avocate indépendante, juge suppléante et une activité salariée pour CARITAS). L'OCAI a constaté qu'en dépit des pièces comptables produites par l'assurée et de ses explications détaillées quant aux fluctuations de revenus imputables à son état de santé, il n'avait pas jugé utile d'évaluer son préjudice économique effectif par le biais d'une enquête et s'était contenté de retenir des taux d'invalidité équivalant aux incapacités de travail rencontrées par la recourante. L'OCAI a fait remarquer que ce constat pourrait entraîner l'annulation pure et simple des décisions des 4 mai et 3 décembre 2004 ainsi que de la décision sur opposition du 15 juillet 2004. Cela étant, étant donné les circonstances du cas particulier, l'OCAI a renoncé à se prévaloir de ce défaut et a proposé au tribunal de confirmer les taux d'invalidité reconnus à la recourante dans la décision sur opposition.

S'agissant de la tardiveté de la demande de prestations, l'OCAI s'en est remis à l'appréciation du tribunal de céans. Il a cependant fait remarquer que les arguments de la recourante concernant le caractère imprévisible de la maladie dont elle a été victime étaient sans pertinence car sans lien avec la notion d'impossibilité objective telle que définie par la loi. L'OCAI a relevé que, selon les éléments médicaux et économiques versés au dossier, la recourante aurait vraisemblablement eu droit à une rente dès le mois d'octobre 1996 et qu'à cette date, quand bien même l'évolution de la maladie qui l'affectait ne pouvait lui être connue, elle était objectivement en mesure de constater que le délai de carence d'une année consacré par la loi était d'ores et déjà venu à échéance. Cela étant, l'OCAI a reconnu que la question d'éventuelles prestations rétroactives versées pour la période antérieure au mois de juin 2002 pouvait se poser eu égard à la jurisprudence relative au principe inquisitoire régissant l'assurance-invalidité. En effet, en l'espèce, la recourante a sollicité des moyens auxiliaires en dates des 19 janvier 1996 (perruque) et 19 juin 2000 (prothèse). Dès lors, l'OCAI se demande si, conformément à la jurisprudence, il avait alors l'obligation d'examiner le droit de l'assurée à des prestations sous forme de rente. Le cas échéant, il fait remarquer que le délai de péremption de cinq ans consacré par la loi pourrait être appliqué rétroactivement à partir de la date de dépôt de la troisième demande de prestations, soit dès le 11 juin 2003, ce qui donnerait droit à des prestations dès le 11 juin 1998.

19. Dans sa réplique du 28 décembre 2005, l'hoirie a maintenu que jusqu'en juin 2002, la recourante ne pouvait savoir qu'elle était atteinte d'une maladie de longue durée et qu'elle ne souhaitait pas demander une rente d'invalidité pour un cancer du sein puisque la plupart des personnes atteintes d'une telle affection en guérissaient. L'hoirie fait valoir que, jusqu'en 2002, le caractère durable de l'incapacité de gain n'est pas apparu à la recourante; que, jusqu'alors, elle a mis ses faiblesses physiques sur le compte de la fatigue due au traitement post-opératoire, sans se douter que des métastases se développaient. Elle demande que le droit aux prestations soit reconnu à tout le moins depuis le 1er juin 1998.

20. Dans sa duplique du 10 janvier 2006, l'OCAI a maintenu sa position.

21. Une audience s'est tenue en date du 22 juin 2006, à l'issue de laquelle, chacune des parties persistant dans ses conclusions, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er 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 trois 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) 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 1er 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). En l'occurrence, la survenance de l'invalidité remonte à 1996. Ce sont les dispositions légales alors en vigueur qui sont applicables. 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. En l'occurrence, la question de la survenance de l'invalidité et de l'ouverture du droit n'est pas contestée. Seule demeure encore litigieuse à ce stade de la procédure la question de savoir à partir de quelle date la rente doit être versée et plus particulièrement si l'assurée peut bénéficier de prestations pour la période antérieure au douzième mois précédant sa demande.

6. Depuis le 1er janvier 2003, l'art. 24 al. 1 LPGA - applicable par renvoi de l'art. 48 al. 1 LAI dans sa nouvelle teneur - dispose que le droit aux prestations arriérées s'éteint cinq ans après la fin du mois pour lequel la prestation était due.

   Cependant, l'art. 48 al. 2 LAI précise que si l'assuré présente sa demande plus de douze mois après la naissance du droit, les prestations - en dérogation à l'art. 24 al. 1 LPGA - ne sont allouées que pour les douze mois précédant le dépôt de la demande; elles ne sont accordées pour une période antérieure que si l'assuré ne pouvait pas connaître les faits ouvrant droit à des prestations et qu'il présente sa demande dans les douze mois dès le moment où il en a eu connaissance.

La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances en la matière est très restrictive dans la mesure où par « faits ouvrant droit à des prestations », il faut entendre l'atteinte à la santé physique et mentale qui ouvre droit à des prestations et non pas la faculté subjective de l'assuré de se faire une idée de son état ; il s'agit bien plutôt de savoir si les faits ouvrant droit à prestations peuvent objectivement être constatés ou non. Ainsi, l'assuré qui connaissait les faits ouvrant droit à des prestations mais qui ignorait qu'ils lui donnaient droit à ces prestations ne peut se prévaloir de cette disposition (ATF 102 V consid. 1a p. 113).

Au surplus, il sied encore de relever que le TFA a constaté que l'absence, à l'art. 48 al. 2 LAI, d'une disposition relative à l'impossibilité d'agir pour cause de force majeure devait être considérée comme une véritable lacune due à une inadvertance du législateur et qu'il était par conséquent juste d'assimiler à la demande présentée dans l'année qui suit la naissance du droit celle que l'assuré empêché d'agir à temps par un cas de force majeure présente plus tard, dans un délai convenable – qui n'a pas été précisé - après la cessation de l'empêchement. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une impossibilité objective s'étendant sur la période au cours de laquelle l'assuré se serait vraisemblablement annoncé à l'assurance s'il l'avait pu et non d'une difficulté ou d'un motif subjectif comme d'ignorer son droit ou de mal concevoir ses intérêts (ATF 102 V consid. 2a p. 115).

7. En l'espèce et au vu de la jurisprudence restrictive rappelée supra, l'argument de la recourante selon lequel elle n'aurait objectivement eu connaissance des faits ouvrant droit à prestations qu'en juin 2002 semble difficilement soutenable. Il est certes admirable que l'assurée ait préféré renoncer à demander des prestations tant qu'elle a conservé un espoir de guérison. Il n'en demeure pas moins que, dès le moment où son incapacité de travail a duré plus d'une année - c'est-à-dire, selon l'OCAI, dès le mois d'octobre 1996 - elle savait, objectivement, que les conditions lui ouvrant droit à des prestations étaient réalisées. Peu importe à cet égard qu'elle ait pensé que ce droit pourrait éventuellement rapidement prendre fin. Cependant, cette question peut rester ouverte en l'espèce, car le recours doit être admis pour d'autres motifs, qui seront développés ci-dessous.

8. a) Il convient en effet d'examiner si les demandes présentées par l'assurée précédemment, en dates des 12 janvier 1996 et 19 juin 2000, étaient suffisamment concrètes pour justifier la sauvegarde de son droit dès cet instant.

   En effet, bien que les prestations sociales ne soient en principe servies qu'à la demande de l'ayant droit, le TFA a estimé - ainsi que le rappelle d'ailleurs l'intimée - qu'en s'annonçant à l'assurance-invalidité, l'assuré sauvegarde tous ses droits à des prestations d'assurance, même s'il n'en précise pas la nature exacte (VSI 1998 p. 212 consid. 2a).

En l'espèce, le fait que l'assurée ait limité ses deux premières demandes à des moyens auxiliaires n'est ainsi pas suffisant à nier son droit à une rente.

b) Cependant, cette jurisprudence ne vaut pas pour les prestations qui n'ont aucun rapport avec les indications fournies par le requérant et à propos desquelles il n'existe au dossier aucun indice suffisant permettant de croire qu'elles pourraient entrer en considération. En effet, l'obligation de l'administration d'examiner le cas s'étend seulement aux prestations qui, au vu des faits et pièces du dossier, peuvent normalement entrer en ligne de compte et non pas à toutes celles qu'un assuré peut revendiquer. En d'autres termes, cette obligation n'englobe que les prestations que l'on peut mettre, raisonnablement, en corrélation avec l'état de fait et avec des pièces figurant déjà au dossier ou ajoutées récemment à celui-ci (VSI 1998 p. 212 consid. 2a; RCC 1976 p. 47 consid. 3a). Lorsque l'assuré allègue, plus tard, qu'il a droit à une autre prestation que celles qui lui ont déjà été accordées ou refusées par décision, il faut examiner, en tenant compte de toutes les circonstances de son cas et en observant le principe de la bonne foi, si la première demande englobait déjà le droit concrétisé plus tard. Si tel n'est pas le cas, des prestations ne peuvent être accordées, rétroactivement, que dans les limites des douze mois précédant la nouvelle demande, selon l'art. 48 al. 2 LAI. Si, en revanche, l'ancienne demande paraît suffisamment concrète, c'est le délai de prescription de cinq ans à partir de cette demande qui sera déterminant (RCC 1976 p. 47 consid. 3a).

Le TFA a ainsi jugé, dans le cas d'une assurée souffrant d'une surdité sévère bilatérale sur dégénérescence neuro-sensorielle précoce ayant régulièrement demandé des mesures médicales et des moyens auxiliaires, que l'office disposait de suffisamment d'indices pour examiner d'office la question d'une éventuelle contribution aux frais de soins spéciaux dans la mesure où figuraient au dossier un rapport indiquant que l'assurée devait avoir recours au langage gestuel et un procès-verbal soulignant ses difficultés de compréhension (VSI 1998 p. 211ss).

Dans le cas d'une assurée qui avait demandé des mesures médicales et une rente, le TFA a estimé que l'administration aurait également dû examiner le droit à une allocation d'impotent dans la mesure où il ressortait du rapport d'un médecin que l'assurée avait besoin de l'aide d'autrui pour s'habiller, prendre ses repas et faire sa toilette (RCC 1976 p. 45ss).

En revanche, s'agissant d'une assurée atteinte d'épilepsie qui avait déposé une demande de mesures médicales, le TFA a considéré que cette première demande ne sauvegardait pas son droit à une rente car elle concernait manifestement seulement un séjour en clinique alors imminent et le médecin traitant avait expressément nié qu'il y eût incapacité de travail (RCC 1975 p. 136 consid. 1d).

Enfin, concernant un assuré souffrant de spondylose qui avait d'abord déposé une demande de moyen auxiliaire, le TFA a jugé que l'assuré avait sauvegardé son droit

à une rente parce que l'administration n'avait pas ouvert d'enquête sur la situation professionnelle et personnelle et que rien ne permettait d'exclure d'emblée le droit à une rente (RCC 1974 p. 92 consid 3b).

c) En l'espèce, le diagnostic de carcinome invasif a été clairement indiqué dans la première demande de prestations déjà. Par ailleurs, le nom des différents médecins a été mentionné. Il en ressort que l'assurée était à l'époque suivie non seulement par son gynécologue mais également par un chirurgien et un oncologue. Ces médecins traitants n'ayant pas été interrogés, aucune indication n'a été recueillie quant à la capacité de travail de l'assurée, si bien que rien ne permettait d'exclure le droit à une rente. Celui-ci n'apparaît pas, vu les circonstances, dénué de lien avec les indications fournies, au contraire, puisqu'il en ressort que l'assurée était atteinte d'une maladie grave, pour laquelle elle était d'ailleurs encore traitée en 2000, époque à laquelle elle a déposé une seconde demande de moyen auxiliaire.

Le tribunal de céans considère donc que la première demande était suffisamment concrète pour englober également le droit à une rente. L'élément déterminant ici est la nécessité de sauvegarder les droits de l'assuré en de telles circonstances. Ce dernier, par une première demande, préserve ses droits indépendamment de savoir si l'OCAI a véritablement commis une faute en n'investiguant alors pas davantage.

9. Si l'administration a omis une demande de prestations antérieure déjà suffisamment concrète, le paiement des prestations arriérées est soumis à un délai de péremption absolu de cinq ans à compter de la date du dépôt de la nouvelle demande (VSI 1997 p. 193 consid. 5d; VSI 1997 p. 197 consid. 4).

En l'espèce, la recourante ayant déposé sa nouvelle demande en date du 9 juin 2003, il en résulte que la rente doit lui être versée rétroactivement à compter du 1er juin 1998. Il convient dès lors d'admettre le recours et de renvoyer la cause à l'OCAI afin que ce dernier procède au calcul des prestations dues à titre rétroactif du 1er juin 1998 au 31 mai 2002, compte tenu du degré d'invalidité de l'assurée durant la période considérée.

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 partiellement au sens des considérants.

3. Renvoie la cause à l'intimé afin que ce dernier procède au calcul du rétroactif dû à l'hoirie pour la période du 1er juin 1998 au 31 mai 2002.

4. Condamne l'intimé à verser à la recourante la somme de Fr. 1'800,-- à titre de dépens ;

5. 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

Janine BOFFI — Karine STECK

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