RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2000/2005 **ATAS/595/2005**

ORDONNANCE SUR EFFET SUSPENSIF

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

6ème Chambre

du 5 juillet 2005

En la cause

Madame O_____, domiciliée à GENEVE, représentée par Maître MANFRINI Chantal	recourante
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, domicilié rue de Lyon 97, case postale 425, 1211 GENEVE 13	intimé

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente.

Vu en faits la demande de prestations AI déposée auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) le 13 décembre 1999 par Mme O_____ ;

Vu le rapport médical du 14 février 2000 du Dr L_____, spécialiste en médecine interne et médecin traitant de l'assurée, attestant de la présence d'un canal lombaire étroit, d'un status post foraminotomie L4-L5 bilatérale (intervention de décompression effectuée par le Dr M_____ le 7 septembre 1998), d'un syndrome lombo-vertébral persistant, de fibromyalgie et d'une incapacité de travail totale dès le 7 septembre 1998 ;

Vu la confirmation de l'incapacité de travail du 5 mars 2001 par le Dr L_____ en raison de douleurs d'origine fibromyalgique ;

Vu le rapport du 19 juin 2001 du Centre multidisciplinaire d'évaluation et de traitement de la douleur selon lequel l'assurée présentait des lombosciatalgies bilatérales non déficitaires à prédominance D, dont l'origine était nociceptive (sclérose importante des facettes articulaires, remaniement fibrotique), avec une probable composante neurogène (atteinte irritative sans compression objectivée) ;

Vu le rapport du 19 septembre 2001 du Centre multidisciplinaire d'évaluation et de traitement de la douleur relevant l'absence de déficit neurologique ;

Vu l'avis du médecin-conseil de l'OCAI, le Dr B_____, du 7 janvier 2002 selon lequel « les problèmes de colonne semblent s'insérer actuellement dans un contexte de fibromyalgie selon le Dr C_____ (avec des troubles fonctionnels divers). Cela peut entraîner un handicap dans le travail de concierge, mais encore assez modeste dans sa vie ménagère » ;

Vu l'enquête économique sur le ménage de l'OCAI du 18 février 2002 concluant à un taux d'invalidité de 36,5 % et tenant compte sous la rubrique « divers » d'un empêchement de 100 % dans une activité de 20 % d'aide au travail de nettoyeur du conjoint ;

Vu le courrier de l'OCAI du 7 mars 2002 informant l'assurée que l'instruction de sa demande est terminée et joignant un projet de décision selon lequel le degré d'invalidité de 36,5 % n'ouvrait pas droit à une rente ;

Vu la décision de l'OCAI du 8 avril 2002 confirmant le projet précité ;

Vu le recours de l'assurée déposé contre la décision précitée auprès de la Commission cantonale de recours AVS/AI ;

Vu la réponse de l'OCAI du 6 août 2002 confirmant sa décision, en particulier son enquête économique ;

Vu la transmission de la cause le 1er août 2003 au Tribunal cantonal des assurances sociales, enregistrée sous le numéro A/1847/2002 ;

Vu l'arrêt du Tribunal cantonal des assurances sociales du 19 novembre 2003 (ATAS/235/2003) annulant la décision de l'OCAI du 8 avril 2002 et renvoyant le dossier à l'OCAI pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants ;

Vu les considérants 18 et 20 dudit arrêt selon lesquels l'OCAI devait déterminer, d'une part, le type et le taux d'activité professionnelle exercés par la recourante entre 1990 et 1998 ainsi que l'incidence éventuelle de la détérioration de son état de santé sur l'évolution de sa situation professionnelle sur la même période et, d'autre part, si l'assurée devait être considérée comme une personne exerçant ou non une activité lucrative, à quel taux et, pour la part d'activité ménagère éventuellement retenue, évaluer à nouveau l'empêchement d'exercer les travaux habituels ;

Vu le courrier du 17 février 2004 de l'OCAI déclarant reprendre l'instruction du dossier ;

Vu le rapport du Dr L_____ du 7 décembre 2004 selon lequel l'état de santé de l'assurée était stationnaire et une reprise de travail paraissait impossible à long terme ;

Vu le rapport d'intervention du service d'accueil, d'urgences et de liaisons psychiatriques de mai 2004 attestant d'une hospitalisation de la recourante pour décompensation de fibromyalgie ;

Vu l'hospitalisation de la recourante dans le service de rhumatologie des Hôpitaux Universitaires de Genève du 25 mai au 4 juin 2004 pour forte exacerbation des douleurs ;

Vu l'enquête ménagère de l'OCAI du 20 décembre 2004 selon laquelle l'assurée subissait un degré d'invalidité de 21 % ;

Vu le prononcé de l'OCAI du 20 décembre 2004 selon lequel le degré d'invalidité total de l'assurée étant de 50,5 % - soit un degré de 37,5 % dans l'activité de nettoyeuse professionnelle (que l'assurée aurait sans problème de santé exercée à raison de 15 heures par semaine, soit à 37,5 %) et fondé sur une incapacité de travail de 100 % ainsi qu'un degré de 13 % dans l'activité de ménagère exercé à 62,5 % et fondé sur un degré d'invalidité de 21 % - elle avait droit à une rente de 50 % dès le 1er janvier 2001 ;

Vu la décision de l'OCAI du 9 février 2005 allouant à l'assurée une rente de 50 % dès le 1er janvier 2001 en relevant notamment que la capacité de travail et l'aptitude à accomplir les travaux habituels étaient restreintes depuis septembre 1998 ;

Vu l'opposition de l'assurée du 28 février 2005 concluant à l'octroi d'une rente entière d'invalidité en contestant, en particulier, le taux d'invalidité de 21 % de l'enquête économique sur le ménage dès lors qu'il était inférieur à celui de 36,5 % précédemment admis ;

Vu la décision sur opposition de l'OCAI du 27 mai 2005 prononçant que :

1. « L'opposition formée le 28 février 2005 est rejetée en tant qu'elle demande le versement d'une rente entière de l'assurance-invalidité avec effet rétroactif et pour l'avenir ;
2. Il est constaté que la demi-rente servie à Mme O_____ l'a été de manière prématurée au vu des considérants cités ci-dessus ;
3. La décision du 9 février 2005 octroyant à Mme O_____ une demi-rente d'invalidité est annulée ;
4. La cause est renvoyée à l'OCAI pour mise en œuvre d'une expertise médicale pluridisciplinaire ainsi que tout autre acte d'instruction qui pourrait s'avérer encore utile et nécessaire ;
5. La demi-rente versée à ce jour à Mme O_____ sera supprimée le premier jour du deuxième mois qui suivra la notification de la présente décision (art. 88bis al. 2 let. a) ;
6. Il est dit qu'un éventuel recours dirigé contre la présente décision sur opposition n'aura pas d'effet suspensif » ;

Vu la motivation de ladite décision, selon laquelle l'instruction médicale du dossier est lacunaire et une expertise médicale est nécessaire pour évaluer si le trouble somatoforme douloureux est invalidant ;

Vu le recours de l'assurée à l'encontre de cette dernière décision formé par devant le Tribunal cantonal des assurances sociales et concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours ;

Vu la réponse de l'OCAI du 16 juin 2005 à la demande de restitution de l'effet suspensif concluant au rejet de celle-ci ;

Attendu en droit que 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) ;

Que 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 ;

Que le Tribunal de céans est ainsi compétent pour juger du cas d'espèce ;

Qu'interjeté en temps utile contre la décision litigieuse le recours est recevable (art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 et art. 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 – LPGA) ;

Que la LPGA ne contient pas de dispositions propres sur l'effet suspensif. Que selon l'art. 55 al. 1 LPGA, les points de procédure qui ne sont pas réglés de manière exhaustive aux art. 27 à 54 LPGA ou par les dispositions des lois spéciales sont régis par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021). Que l'art. 56 LPGA, qui concerne le droit de recours, ne règle pas l'effet suspensif éventuel du recours (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, p. 562 ch. m. 16 ad art. 56 et la référence; ATF 129 V 376 consid. 4.3 in fine). Que l'art. 61 LPGA pose des exigences auxquelles doit satisfaire la procédure devant le tribunal cantonal des assurances, laquelle est réglée par le droit cantonal, sous réserve de l'art. 1 al. 3 PA. Que selon l'art. 1 al. 3 PA, l'art. 55 al. 2 et 4 PA, concernant le retrait de l'effet suspensif, s'applique à la procédure devant les autorités cantonales de dernière instance qui ne statuent pas définitivement en vertu du droit public fédéral. Qu'est réservé l'art. 97 LAVS relatif au retrait de l'effet suspensif pour les recours formés contre les décisions des caisses de compensation. Qu'aux termes de l'art. 97 LAVS, applicable par analogie à l'assurance-invalidité en vertu de l'art. 66 LAI (dispositions applicables en l'espèce, dans leur nouvelle teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003 [arrêt précité P.-S. du 24 février 2004]), la caisse de compensation peut, dans sa décision, prévoir qu'un recours éventuel n'aura pas d'effet suspensif, même si la décision porte sur une prestation pécuniaire; qu'au surplus, l'art. 55 al. 2 à 4 PA est applicable ;

Que s'agissant du retrait par l'administration de l'effet suspensif à une opposition ou à un recours ou de la restitution de l'effet suspensif, l'entrée en vigueur de la LPGA et de l'Ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA) n'a rien changé à la jurisprudence en la matière (arrêt précité P.-S. du 24 février 2004). Que d'après la jurisprudence, la possibilité de retirer l'effet suspensif au recours n'est pas subordonnée à la condition qu'il existe, dans le cas particulier, des circonstances tout à fait exceptionnelles qui justifient cette mesure. Qu'il incombe bien plutôt à l'autorité appelée à statuer, en application de l'art. 55 PA, d'examiner si les motifs qui parlent en faveur de l'exécution immédiate de la décision l'emportent sur ceux qui peuvent être invoqués à l'appui de la solution contraire. Que l'autorité dispose sur ce point d'une certaine liberté d'appréciation. Qu'en général, elle se fondera sur l'état de fait tel qu'il résulte du dossier, sans effectuer de longues investigations supplémentaires. Qu'en procédant à la pesée des intérêts en présence,

les prévisions sur l'issue du litige au fond peuvent également être prises en considération; qu'il faut cependant qu'elles ne fassent aucun doute. Que par ailleurs, l'autorité ne saurait retirer l'effet suspensif au recours lorsqu'elle n'a pas de raisons convaincantes pour le faire (ATF 124 V 88 s. consid. 6a, 117 V 191 consid. 2b et les références). Que ces principes s'appliquaient également dans le cadre de l'art. 97 al. 2 LAVS (teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002; ATF 110 V 46), applicable par analogie à l'assurance-invalidité en vertu de l'art. 81 LAI (abrogé par la LPGA) ;

Qu'en l'espèce, l'OCAI invoque à l'appui du prononcé du retrait de l'effet suspensif au recours, le fait que l'instruction médicale du dossier est lacunaire ;

Qu'à cet égard, le Tribunal de céans constate que les pièces médicales au dossier attestent de l'existence d'un canal lombaire étroit, d'un status post-foraminotomie L4-L5 bilatérale et d'une fibromyalgie ;

Que le médecin-conseil de l'OCAI lui-même a relevé le 1er janvier 2002 que les problèmes de colonne pouvaient entraîner un handicap dans l'activité professionnelle et assez modestement dans l'activité ménagère ;

Qu'à la suite de cette appréciation, l'OCAI a ordonné une enquête économique, suivant en cela l'appréciation de son médecin-conseil quant au caractère invalidant des affections en cause ;

Que l'OCAI, dans sa décision du 8 avril 2002 a reconnu le caractère invalidant des affections de la recourante dès lors qu'il a évalué le degré d'invalidité de celle-ci en se fondant sur sa propre enquête économique sur le ménage du 18 février 2002 laquelle arrivait à la conclusion qu'un degré d'invalidité de 36,5 % était réalisé ;

Que suite au recours de l'assurée (A/1847/2002), le Tribunal cantonal des assurances sociales a annulé le 19 novembre 2003 la décision de l'OCAI du 8 avril 2002, tout en renvoyant la cause pour instruction complémentaire ;

Qu'à cet égard, en requérant de l'OCAI une nouvelle enquête économique et la détermination de l'existence ou non d'une activité lucrative de la recourante, le Tribunal de céans s'est borné à renvoyer la cause pour nouveau calcul du degré d'invalidité, à l'exclusion de toute instruction médicale sur la question du caractère invalidant des affections en cause ;

Qu'en conséquence, ledit caractère invalidant a été admis par le Tribunal de céans dans son jugement du 19 novembre 2003 ;

Que si l'OCAI entendait le contester, il se devait de recourir contre ledit jugement ;

Que ce jugement est entré en force ;

Que l'OCAI ne saurait dès lors revenir sur cette question ;

Qu'en conséquence l'argument de l'OCAI visant à supprimer la rente au motif que des investigations médicales doivent encore être effectuées, doit être rejeté ;

Que le degré d'invalidité de 50,5 % calculé par l'OCAI le 20 décembre 2004 apparaît en tous les cas réalisé, l'OCAI n'invoquant aucune erreur de calcul relativement à l'activité lucrative de l'assurée ou à l'enquête économique sur le ménage ;

Qu'en conséquence, les prévisions sur l'issue du litige au fond devraient sans aucun doute confirmer au moins l'octroi d'une demi-rente d'invalidité à la recourante ;

Que l'intérêt de la recourante à l'exécution immédiate de la décision du 9 février 2005 apparaît ainsi prépondérant ;

Qu'au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans restituera l'effet suspensif au recours, de telle manière que la décision sur opposition - laquelle supprime l'octroi de la demi-rente AI - n'entrera pas en force tant que dure la présente procédure ;

Qu'un délai au 5 août 2005 sera fixé à l'OCAI pour répondre au recours ;

Qu'il se justifie d'allouer des dépens à la recourante, qui obtient gain de cause.

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 ;

Préalablement :

2. Restitue l'effet suspensif au recours ;

3. Fixe un délai au 5 août 2005 à l'OCAI pour répondre au recours ;

4. Alloue à la recourante une indemnité de fr. 500.- à charge de l'intimé ;

5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 10 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 :
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

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