RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2500/2003 **ATAS/625/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

6ème Chambre

du 16 août 2004

En la cause

Madame O_____, comparant par Me Karin Baertschi en l'étude de recourante
laquelle elle élit domicile

contre

OFFICE AI POUR LES ASSURES RESIDANT A L'ETRANGER, intimé
avenue Edmond-Vaucher 18, Genève

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Juliana BALDE et Karine STECK, Juges.

EN FAIT

1. Par décision du 23 juin 2003, l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (l'OAI) a octroyé à Mme O_____, domiciliée en France, rue R_____, une rente entière d'invalidité du 1er juin 2001 au 20 avril 2002 ainsi que des rentes complémentaires pour conjoint et pour ses trois enfants. Madame O_____ travaillait, avant son incapacité de travail, dans le canton de Genève.

2. La voie de l'opposition à l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) était mentionnée au bas de la décision.

3. Par courrier du 5 septembre 2003, Assuas, mandataire de l'assurée, a informé l'OCAI qu'elle « maintenait l'opposition faire par courrier du 4 septembre 2003 ».

4. Le 23 octobre 2003, Assuas a transmis à la Commission cantonale de recours en matière d'AVS/AI un certificat médical concernant Mme O_____ « en complément au recours déposé contre la décision de l'OCAI ». Ce courrier est parvenu au Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS) le 28 octobre 2003.

5. Le 31 octobre 2003, Assuas a transmis au TCAS, à la demande de ce dernier, copie de ses différents courriers adressés à l'OCAI ainsi que des pièces médicales concernant Mme O_____.

6. En réponse à une demande d'Assuas du 31 octobre 2003 concernant son « opposition du 4 septembre 2003 », l'OCAI a répondu le 6 novembre 2003 qu'aucune opposition recevable n'avait été déposée à ce jour contre sa décision du 23 juin 2003.

7. Le 15 novembre 2003, Assuas a demandé à l'OCAI de bien vouloir reconnaître la recevabilité du recours déposé le 4 septembre 2003. Elle a joint une copie d'un courrier, non signé, daté du 4 septembre 2003, adressé par elle-même à l'OCAI et mentionnant qu'il était fait recours contre la décision du 23 juin 2003, laquelle avait été reçue par l'assurée le 4 juillet 2003.

8. Le 29 décembre 2003, Assuas a transmis au TCAS une copie d'un courrier adressé à l'OCAI concernant une expertise médicale.

9. Le 6 janvier 2004, le TCAS a enregistré un recours au nom de Mme O_____ et fixé un délai à l'OCAI pour répondre (cause A/2500/2003).

10. Le 20 janvier 2004, l'OAI a rendu une décision sur opposition par laquelle il déclarait l'opposition du 5 septembre 2003 contre la décision du 23 juin 2003 de Mme O_____ irrecevable en raison de sa tardiveté. Même si la décision litigieuse avait été reçue le 4 juillet 2003 par la recourante, le délai de recours venait à échéance le 4 septembre 2003. Dès lors, l'envoi du 5 septembre 2003, reçu

par l'OAI le 12 septembre 2003, était tardif. La décision mentionnait un recours possible auprès de la Commission fédérale de recours AVS/AI pour les personnes résidant à l'étranger (la Commission fédérale).

11. Le 14 février 2004, Assuas a interjeté recours à l'encontre de cette dernière décision auprès de la Commission fédérale en concluant à son annulation.

12. Le 1er mars 2004, l'OCAI a conclu devant le TCAS à l'irrecevabilité du recours dès lors qu'Assuas avait déposé un recours antérieurement à la décision sur opposition du 20 janvier 2004. Par ailleurs, un recours contre cette décision devait être formulé auprès de la Commission fédérale.

13. Assuas n'a pas répliqué dans le délai qui lui avait été imparti au 16 avril 2004.

14. Le 23 avril 2004, l'OCAI a écrit spontanément au TCAS pour l'informer qu'il considérait cette dernière juridiction comme compétente en lieu et place de la Commission fédérale, l'assurée ayant repris en février 2002 une activité lucrative à 30 % dans le canton de Genève.

15. Le 10 mai 2004, la Commission fédérale a rendu une décision de refus d'entrée en matière sur le recours du 14 février 2004 et transmis le dossier au TCAS au motif que la recourante, bien que domiciliée en France, exerçait une activité salariée à temps partiel dans le canton de Genève.

16. Le 7 juin 2004, le TCAS a demandé à l'OAI la preuve de la notification de sa décision du 23 juin 2003 et à la recourante, désormais représentée par Me Karin BAERTSCHI, la preuve de ses envois des 4 et 5 septembre 2003 ainsi que la date à laquelle cette dernière avait reçu la décision du 23 juin 2003.

17. Le 16 juin 2004, l'OAI a répondu que l'enquête postale effectuée n'avait donné aucun résultat. Etait joint un courrier de la poste suisse du 7 avril 2004 selon lequel aucune trace de l'envoi à l'assurée n'avait été trouvé.

18. Le 29 juin 2004, la recourante a répondu qu'elle ne possédait pas la preuve de ses envois. Elle joignait une photocopie d'une enveloppe mentionnant un avis de présentation du 4 juillet et indiquait qu'il semblait correspondre à la date de la notification de la décision du 23 juin 2003. Toutefois, elle considérait s'être opposée au projet de décision de l'OCAI du 23 décembre 2002 en date du 10 janvier 2003. Ce projet indiquait à tort qu'elle avait recouvré une capacité de gain de 85 % dans son ancienne activité et de 100 % dans une autre activité adaptée.

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.

   Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

   Egalement saisi de la question de l'inconstitutionnalité du Tribunal cantonal des assurances sociales, il a déclaré que la création de ce tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, soit en l'occurrence l'art. 57 LPGA.

2. Les art. 56 LAI et 43 RAI prévoient qu'il est institué un OAI auprès de la centrale de compensation.

   Est compétent pour enregistrer et examiner les demandes, l'OAI sous réserve de l'al. 2, si les assurés sont domiciliés à l'étranger (art. 40 al. 1 lett. b RAI). L'Office AI du secteur d'activité dans lequel le frontalier exerce une activité lucrative est compétent pour enregistrer et examiner les demandes présentées par les frontaliers. L'OAI notifie les décisions (art. 40 al. 2 RAI).

   La Commission fédérale connaît des recours interjetés par les personnes résidant à l'étranger, en dérogation à l'art. 58 al. 2 LPGA. Le Conseil fédéral peut régler différemment cette compétence. Les art. 85bis et 86 LAVS sont applicables par analogie (art. 69 al. 2 LAI).

   Si un recourant qui est obligatoirement assuré est domicilié à l'étranger, le Tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur de l'assuré a son siège est compétent pour connaître du recours (art. 200 RAVS).

3. En l'espèce, et conformément à la décision de la Commission fédérale du 10 mai 2004, le TCAS est compétent pour connaître du recours dirigé contre la décision sur opposition de l'OAI du 20 janvier 2004.

   La question de la recevabilité du recours interjeté prématurément, soit le 23 octobre 2003 et complété le 31 octobre 2003, à l'encontre de la décision du 20 janvier 2004 de l'OAI peut ainsi rester ouverte dès lors que le TCAS est de toute

façon saisi du recours déposé par devant la Commission fédérale à l'encontre de la décision sur opposition et transmis par cette juridiction, dans le cadre de la même procédure A/2500/2003.

En conséquence, interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable.

4. Aux termes de l'art. 52 al. 1 LPGA, l'opposition à la décision doit être déposée dans les 30 jours auprès de l'assureur. Selon l'art. 38 al. 4 let. b LPGA, ce délai ne court pas du 15 juillet au 15 août inclusivement.

Le fardeau de la preuve de la notification d'un acte et de sa date incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique (ATF 124 V 402 consid. 2a, 122 I 100 consid. 3b, 114 III 53 consid. 3c et 4, 103 V 65 consid. 2a). En ce qui concerne plus particulièrement la notification d'une décision ou d'une communication de l'administration adressée par courrier ordinaire, elle doit au moins être établie au degré de la vraisemblance prépondérante requis en matière d'assurance sociale (ATF 124 V 402 consid. 2b, 121 V 6 consid. 3b). L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuve (ou de vraisemblance prépondérante) en ce sens que si la notification ou sa date sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (arrêt du TFA du 2 mars 2000, cause C 387/99).

5. En l'espèce, dès lors que l'OAI n'a pas été en mesure de prouver la notification de sa décision du 23 juin 2003 et qu'il admet avoir reçu le 12 septembre 2003 l'opposition de la recourante du 5 septembre 2003, il y a lieu de considérer, compte tenu des suspensions de délai précitées, que l'opposition de la recourante a bien été déposée dans le délai de 30 jours de l'art. 52 al. 1 LPGA. En effet, la date de réception du 4 juillet 2003 suggérée par la recourante ne saurait non plus être retenue dès lors que l'assurée a un doute à ce sujet et que la photocopie de l'enveloppe qu'elle a jointe, dont l'adresse de l'expéditeur est illisible, ne permet pas de savoir si la recourante a effectivement reçu la décision litigieuse à cette date.

La version la plus favorable à la recourante sera en conséquence retenue, soit une notification de la décision courant juillet 2003, au plus tôt le 11 juillet 2003, ce qui porte le délai de recours au 11 septembre 2003, date à laquelle le pli du 5 septembre 2003 a pu, au plus tard, être déposé auprès d'un office postal, pour arriver à l'OAI le 12 septembre 2003.

Partant, c'est à tort que l'OAI a déclaré irrecevable l'opposition de la recourante.

7. Le recours sera en conséquence admis et la décision du 20 janvier 2004 annulée, la cause étant renvoyée à l'OAI pour qu'il se prononce sur le fond du litige. Une

indemnité de fr. 500.- sera allouée à la recourante qui obtient gain de cause, à charge de l'intimé.

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 recevable le recours.

Au fond :

2. L'admet.

3. Annule la décision sur opposition du 20 janvier 2004.

4. Renvoie la cause à l'OAI pour nouvelle décision dans le sens de considérants.

5. Alloue à la recourante une indemnité de fr. 500.- à charge de l'OAI.

6. 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 :
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