

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3213/2008

ATAS/517/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 5

du 6 mai 2009

En la cause

Monsieur G _____, domicilié c/o M. H _____, à
Genève, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître
MARTIN Jean-Jacques

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, sis rue
de Lyon 97, Genève

intimé

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Monique
STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur G _____, né le 20 mars 1972, a été mis au bénéfice d'une rente d'invalidité entière à compter du 1^{er} mars 1997.
2. Il est déclaré à l'Office cantonal de la population (ci-après: OCP) comme étant domicilié dans le canton de Genève.
3. Dans le cadre d'une précédente procédure de révision, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI) soumet l'assuré à une expertise multidisciplinaire au Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité (ci-après : COMAI) de la Polyclinique médicale universitaire de Lausanne. Il ressort du rapport y relatif du 13 mai 2002 que le recourant vit avec son épouse et ses deux enfants au Portugal, tout en ayant conservé à Genève un appartement.
4. Sur la base de cette expertise, l'OCAI informe l'assuré le 11 décembre 2002 que son degré d'invalidité n'a pas changé au point d'influencer son droit à la rente, de sorte que celle-ci est maintenue.
5. En juillet 2006, l'OCAI a initié une nouvelle procédure de révision.
6. Dans son rapport médical du 7 août 2006, la Dresse L _____ invite l'OCAI à s'adresser au Dr M _____.
7. Par courrier du 21 septembre 2006, le Dr M _____ informe l'OCAI qu'il n'a pas revu le patient depuis le mois de juin 2001.
8. Par courrier du 2 novembre 2006, l'OCAI demande au Dr N _____ de convoquer l'assuré pour procéder à un examen médical et de lui faire parvenir un rapport y relatif. Convoqué par ce médecin pour le 30 août 2007, l'assuré ne se présente pas.
9. Par courrier du 24 janvier 2008, l'OCAI somme l'assuré de convenir d'un nouveau rendez-vous avec ce médecin, tout en précisant qu'à défaut, il se prononcera en l'état du dossier.
10. Le 26 mars 2008, le Dr N _____ fait parvenir à l'OCAI le rapport médical requis.

11. Par décision non datée, envoyée sous pli simple et par courrier B le 8 juillet 2008 à l'assuré, l'OCAI supprime la rente entière, sur la base du rapport du Dr N_____, et la remplace par une demi-rente d'invalidité dès le 1^{er} jour du deuxième mois qui suit la notification de sa décision, tout en retirant l'effet suspensif d'un éventuel recours dirigé contre celle-ci.
12. Par acte du 8 septembre 2008, l'assuré recourt contre cette décision, par l'intermédiaire de son conseil, en concluant, préalablement, à la restitution de l'effet suspensif et, principalement, à l'annulation de la décision attaquée.
13. Par décision incidente du 20 octobre 2008, le Tribunal de céans restitue l'effet suspensif au recours, après que l'intimé ait conclu au rejet de cette requête et du recours. Sa décision est motivée par le fait que, selon l'expertise du COMAI du 13 mai 2002, le recourant vit avec son épouse et ses deux enfants au Portugal et que la décision litigieuse a ainsi été rendue par un Office AI incompetent, dans la mesure où elle aurait dû être rendue par l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger.
14. Par écritures du 24 octobre 2008, le recourant complète son recours et persiste dans ses conclusions. Il se prévaut de l'incompétence de l'intimé pour rendre la décision litigieuse, au vu de son domicile à l'étranger. Pour le surplus, il fait valoir qu'il n'y a aucun motif de révision de la rente.
15. Le 19 janvier 2009, l'intimé persiste dans ses conclusions. S'agissant de sa compétence de rendre la décision litigieuse, il fait valoir que tout bénéficiaire d'une autorisation de séjour de type C, dont bénéficie le recourant, peut s'absenter pendant six mois sans devoir s'annoncer à l'OCP, ou jusqu'à quatre ans après avoir obtenu une autorisation d'absence de cet office, sans que cela entraîne l'extinction de son autorisation. Selon l'intimé, l'expertise du COMAI ne précise par ailleurs pas la durée du séjour du recourant au Portugal, dans la mesure où il mentionne uniquement qu'il "vit lui aussi au Portugal de façon pratiquement stable". Il convient ainsi d'interpréter la notion de séjour stable. L'intimé se prévaut à cet égard de ce que le recourant était toujours assuré en 2008 à l'assurance obligatoire des soins en Suisse. Le recourant n'ayant pas annoncé son départ à l'OCP et ayant conservé un appartement à Genève, aucun élément ne permet ainsi de prouver qu'il avait son domicile effectif au Portugal en juin 2006, soit au début de la procédure de révision de rente. Or, il lui appartient de supporter le fardeau de la preuve. En outre, conformément à la loi, l'office AI compétent est celui qui l'était à la date du réexamen. L'intimé rappelle également que lorsque l'office AI compétent change, l'ancien office est consulté par le nouveau.

16. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 25 février 2009, le recourant n'a pas comparu en personne et s'est fait représenter par son avocat, lequel a déclaré ce qui suit :

"Selon mes informations, mon mandant habite au Portugal avec sa femme et ses deux enfants. A Genève, il habite chez quelqu'un. J'ignore s'il dispose d'une chambre. Il habite uniquement à cette adresse pour la correspondance.

Pour l'avertir de l'audience de ce jour, je lui ai téléphoné sur son N° de téléphone suisse chez la personne avec laquelle il habite, lorsqu'il séjourne à Genève. Celle-ci a informé, du moins je le suppose, mon mandant de cette audience.

Sur question de l'intimé, je précise que mon mandant est domicilié chez M. H_____ à Genève. Il n'a entrepris aucune démarche auprès de l'Office cantonal de la population pour annoncer son départ et le transfert de son domicile au Portugal.

A ma connaissance, il habite de façon stable au Portugal depuis avant 2002.

J'ignore où il est taxé."

A l'issue de cette audience, un délai est imparti au recourant pour produire les pièces établissant son domicile habituel au Portugal et la date depuis laquelle il y est domicilié.

17. Le 27 mars 2009, le recourant produit une déclaration en portugais de M. H_____ et Mme H_____, la traduction certifiée conforme de celle-ci et une facture d'électricité afférant à la période du 18 mars 2008 au 14 janvier 2009 au nom de M. H_____. Selon la traduction de la déclaration précitée, ce dernier déclare que le recourant est marié à sa fille et vit avec celle-ci, ainsi que leurs trois filles chez lui, à savoir à Famalicão.
18. Le 14 avril 2009, l'intimé se détermine sur les pièces précitées et maintient ses conclusions précédentes. Il fait valoir que les parties ont l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et les faits invoqués, faute de quoi, elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves. Or, le recourant n'a pas apporté la preuve qu'il a quitté son domicile en Suisse, dans la mesure il ne l'a pas annoncé à l'OCP, et que son domicile effectif est à l'étranger, les documents produits étant insuffisants pour l'établir. La facture produite a

uniquement trait à des frais de décembre 2008 au plus tôt. Par ailleurs, la déclaration des beaux-parents du recourant ne constitue pas un document officiel et n'est pas susceptible de démontrer l'existence d'un domicile permanent à l'étranger. Elle contredit en outre les propres déclarations du recourant quant à l'année d'arrivée au Portugal (2000, respectivement 2002). Enfin, le recourant ne saurait se prévaloir de l'existence de deux domiciles.

19. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont 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.

2. Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable, compte tenu de la suspension des délais de recours du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 56 ss et 38 al. 4 let. b) LPGA).
3. Se pose en premier lieu la question de la compétence de l'intimé pour rendre la décision litigieuse, laquelle dépend de la question de savoir si le recourant était domicilié dans le canton de Genève au moment déterminant.
4. Pour la procédure de révision, la compétence appartient à l'office AI qui, à la date du dépôt de la demande de révision ou celle du réexamen du cas, est compétent au sens de l'art. 40 RAI (art. 88 al. 1 RAI) . L'al. 3 de cette disposition prescrit que l'office AI compétent lors de l'enregistrement de la demande le demeure durant tout la procédure. Selon l'art. 40 al. 1 du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI), l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger est compétent pour enregistrer et examiner les demandes des assurés domiciliés à l'étranger.
5. Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir (art. 23 al. 1^{er} du code civil [CC]). La jurisprudence récente ne se fonde toutefois pas sur la volonté intime de l'intéressé, mais sur l'intention manifestée objectivement et reconnaissable pour les tiers (cf. ATF 127 V 238 consid. 1, 125 V 77 consid. 2a). L'intention de s'établir peut en outre se concrétiser sans égard au statut de la personne du point de vue de la police des étrangers, des autorités fiscales ou des assurances sociales (ATF 120 III 8 consid. 2b et les références). Toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé

un nouveau (art. 24 al. 1^{er} CC). 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 se trouvant à l'endroit, lieu ou pays, où se focalisent un maximum d'éléments concernant sa vie personnelle, sociale et professionnelle, de sorte que l'intensité des liens avec ce centre l'emporte sur les liens existant avec d'autres endroits ou pays (ATF 125 III 102 consid. 3 et les auteurs cités).

6. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).
7. En l'espèce, il est indiqué dans l'expertise du COMAI du 13 mai 2002 que toute la famille du recourant réside au Portugal et que lui aussi y vit "de façon pratiquement stable" depuis une année et demie. La famille habite par ailleurs dans la maison appartenant aux beaux-parents (p. 8). Il est également mentionné dans cette expertise que le recourant n'est plus suivi, sur le plan psychologique, depuis qu'il s'est établi au Portugal (p. 12). Plus loin, il est fait état de ce que, depuis que le patient s'est établi au Portugal, la prise en charge médicale a été extrêmement espacée, avec seulement une à deux consultations chez le Dr M_____ et aucune consultation médicale au Portugal. Il semble que le recourant ou un de ses amis demandent des ordonnances pour des médicaments antalgiques au Dr M_____, parfois personnellement à son cabinet, parfois par courrier. Il n'y a jamais eu de consultation médicale en urgence au Portugal ou en Suisse au cours de la dernière année et demie. Selon le résumé anamnestique de la consultation de psychiatrie, le recourant a déclaré qu'il y a deux ans, son épouse a décidé de rentrer au Portugal, afin que la scolarisation de leur fille s'effectue dans leur pays, et que la famille y vit dans la maison de sa belle-famille où résident également les beaux-parents, ainsi que trois frères. Le recourant a toutefois conservé un appartement à Genève et vient en Suisse essentiellement pour des problèmes liés à la rente d'invalidité. Dans le status psychiatrique, l'experte psychiatre relève que le recourant se sent mieux en Suisse qu'au Portugal, en raison d'un conflit conjugal actif, mais que sa femme refuse de revenir en Suisse. Cependant, le recourant "se sent parfaitement incapable de vivre seul et loin de sa famille." (p. 20).

Il est également à relever que le recourant est domicilié à Genève chez un tiers comme l'indique son adresse.

Par ailleurs, lorsque l'intimé a entamé une nouvelle procédure de révision, en juillet 2006, il a eu beaucoup de problèmes pour obtenir les renseignements médicaux, le recourant n'ayant plus consulté des médecins à Genève pendant les années écoulées et n'ayant pas donné suite au rendez-vous fixé chez le Dr N_____. L'intimé était ainsi obligé de le sommer de prendre contact avec ce médecin, par courrier du 24 janvier 2008.

Dans la procédure de recours, le recourant ne s'est pas présenté à l'audience de comparution personnelle des parties du 25 février 2009, n'ayant probablement pas pu être atteint par la personne qui habite dans son appartement à Genève. Il ressort par ailleurs de la déclaration des beaux-parents, produite dans la procédure, qu'il habite avec ceux-ci. Il est vrai qu'ils ne sauraient être considérés comme des témoins. Néanmoins, il y a lieu de constater que leurs déclarations concordent avec celles du recourant. Toutefois, la facture d'électricité produite dans la procédure n'est pas propre à établir que le recourant habite avec sa famille à l'adresse indiquée au Portugal, dans la mesure où cette facture est au nom de son beau-père.

Il ressort des éléments susmentionnés qu'au degré de la vraisemblance prépondérante, le recourant habite au Portugal avec sa famille. A cet égard, il n'est guère contesté que sa femme et ses filles y sont domiciliées. Partant, il doit être admis que le centre d'intérêt du recourant se trouve au lieu de résidence de sa famille, d'autant plus qu'il est sans travail et parle mal le français. Lors de l'expertise du COMAI, il a en outre déclaré revenir en Suisse essentiellement pour des problèmes liés à la rente d'invalidité et qu'il a beaucoup de peine à se passer de la présence de sa famille, en dépit des conflits avec son épouse. Par ailleurs, comme relevé ci-dessus, l'intention de s'établir doit être déterminée sans égard au statut de la personne du point de vue de la police des étrangers, des autorités fiscales ou des assurances sociales. Ainsi, même si le recourant n'a pas annoncé son départ à l'OCP, il y a lieu de se fonder uniquement sur son intention de s'établir en un lieu donné, qui se trouve de toute évidence au Portugal.

Ainsi, contrairement à ce que fait valoir l'intimé, le recourant s'est bel et bien créé un nouveau domicile au sens de l'art. 24 al. 1 CC, en transférant sa résidence habituelle et son centre d'intérêts au Portugal, même s'il a gardé un appartement à Genève.

Le domicile du recourant étant à l'étranger, il convient de constater que la décision attaquée a été prise par une autorité incompétente.

8. a) Une décision rendue par un organe incompétent est soit nulle, soit annulable, la nullité étant retenue en cas d'incompétence fonctionnelle ou matérielle et dans les cas où l'importance déterminante de la violation de la loi l'emporte sur le principe de la sécurité du droit attaché au maintien des actes ayant précédé la décision contestée (IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung,

Bâle, 1976, pp. 242-243). Dans les autres hypothèses, notamment en cas d'incompétence locale, seule l'annulation est admissible (ATF 104 Ib 343, H. R. SCHWARZENBACH, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, Berne, 1980, p. 124). En cas de doute sur la nullité ou l'annulabilité d'une décision, l'autorité doit pencher pour cette dernière solution, dès lors que l'annulabilité d'un acte administratif vicié est la règle et sa nullité l'exception (ATF 104 Ia 176, RDAF 1977 p. 287).

b) En l'espèce, le recours étant recevable, la question de la nullité ou l'annulabilité de la décision litigieuse peut rester ouverte, comme relevé dans la décision incidente du 20 octobre 2008. Au vu de la jurisprudence précitée, il y lieu d'annuler la décision dont est recours.

9. Partant, le recours sera admis et la décision litigieuse annulée.
10. Le recourant obtenant gain de cause, une indemnité de 1'500 fr. lui est octroyée à titre de dépens, en tenant compte de son manque de collaboration.
11. L'émolument de justice, fixé à 200 fr., est mis à la charge de l'intimé.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision du 8 juillet 2008.
4. Condamne l'intimé à verser au recourant une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.
5. L'émolument de justice, fixé à 200 fr., est mis à la charge de l'intimé.
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

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