

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/793/2011

ATAS/731/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 16 août 2011

2^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur M_____, domicilié à Genève, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître SOLTERMANN Etienne

recourant

contre

ALLIANZ SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES SA, Contentieux;
sise Bleicherweg 19, 8022 Zürich

intimé

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et
Evelyne BOUCHAARA, Judges assessesurs**

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après l'assuré ou le recourant) né en 1975 a subi un accident le 26 août 2006.
2. L'assuré travaillait depuis février 1997 auprès de X_____ SA. A ce titre, il était assuré contre les accidents professionnels et non professionnels auprès de ALLIANZ SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES SA (ci-après l'assurance ou l'intimée).
3. L'assuré a subi une fracture du calcanéum droit. Il a été incapable de travailler jusqu'au 1^{er} mars 2007. Il a bénéficié de soins et de plusieurs examens médicaux auprès de divers spécialistes jusqu'en 2009 en tout cas. Sur la base de l'avis de son médecin-conseil, l'assurance a estimé le 16 octobre 2009 que les frais médicaux liés à la cure de varices du mollet droit est sans lien de causalité avec l'accident de 2006 et a refusé de verser les frais y relatifs, en particulier deux factures de la clinique des Grangettes.
4. Par pli du 16 mars 2010, l'assuré représenté par Me Etienne SOLTERMANN (ci-après l'avocat) a contesté les conclusions de l'assurance, indiquant que selon ses médecins-traitants, l'accident de 2006 constitue indubitablement un facteur aggravant ou accélérateur du développement du status variqueux, sollicitant une prise de position formelle.
5. Par pli du 13 juillet 2010 adressé à l'avocat, l'assurance confirme sa position et accorde à l'assuré un délai de 30 jours pour prendre position. A la demande de l'avocat, ce délai est prolongé.
6. Par pli du 10 septembre 2010, l'avocat de l'assuré communique à l'assurance ses observations, confirmant que les certificats médicaux démontrent que l'accident a aggravé, respectivement accéléré le développement de la pathologie dont souffre son client.
7. Par décision du 3 décembre 2010, notifiée par pli recommandé et reçue par l'avocat le 6 décembre 2010, l'assurance indique qu'aucune prestation ne sera versée dans le cas d'espèce. La décision est motivée par l'absence de lien de causalité naturelle entre l'accident et les soins querellés.
8. Par pli du 21 janvier 2011, l'avocat, pour le compte de l'assuré, forme opposition à la décision du 3 décembre 2010 et conclut à son annulation, à la prise en charge des suites de l'accident du 23 août 2006, subsidiairement à l'établissement d'une expertise médicale.
9. Par décision sur opposition du 11 février 2011, l'assurance déclare l'opposition irrecevable motif pris que le courrier de l'avocat daté du 21 janvier 2011, adressé en

courrier normal, a été reçu le 31 janvier 2011, alors que le délai d'opposition était échu le 21 janvier 2011. Or, aucun élément ne permet de démontrer que le courrier daté du 21 janvier 2011 a été remis ce jour-là à un bureau de poste helvétique, ce d'autant moins qu'il n'a été reçu que le 31 janvier 2011, soit 10 jours plus tard.

10. Par pli et télécopie du 18 février 2011, l'avocat invite l'assurance à reconsidérer sa position, annuler la décision sur opposition et en rendre une nouvelle. Il fait valoir que l'opposition a été rédigée et expédiée le 21 janvier 2011. En raison d'une surcharge de travail, habituelle dans une étude d'avocats, le document n'a pas pu être terminé avant l'heure de fermeture du bureau de poste de Montbrillant de Genève, à 19h.00, de sorte que l'avocat a déposé le pli dans une boîte aux lettres le 21 janvier 2011 vers 22h.30, en présence d'un témoin qui, en tant que de besoin, le confirmera.
11. Par pli du 21 février 2011, l'assurance rappelle à l'avocat qu'il lui appartient de démontrer qu'il a effectivement déposé l'opposition formée le 21 janvier 2011 et relève que le témoignage promis n'était pas joint à son dernier courrier, rappelant que l'opposition n'est parvenue à l'assurance que le 31 janvier 2011.
12. Par pli du 3 mars 2011, l'avocat admet qu'il n'a pas pris la précaution de faire signer l'enveloppe de l'opposition du 21 janvier 2011 avant de la glisser dans la boîte aux lettres, d'une part parce que, à sa connaissance, le Tribunal fédéral n'en fait pas une condition de validité de l'expédition et d'autre part parce que - en bientôt 30 années de Barreau - sa parole à ce sujet n'a jamais été remise en question. S'il est regrettable que la poste ait tardé à acheminer le courrier en question, ni son client ni lui-même ne sauraient en être tenus pour responsables. Il joint à son courrier une attestation qui a la teneur suivante :

"M. N_____
à Thônex

A QUI DE DROIT
Thônex, le 2 mars 2011

ATTESTATION

Par la présente, je soussigné N_____, domicilié à Thônex, Genève, confirme ce qui suit:

Le soir du 21 janvier 2011, vers 22:30 heures, j'ai accompagné Me Etienne Soltermann, avocat, à sa demande, vers une boîte à lettre, où il a posté un courrier destiné à la société ALLIANZ ASSURANCE.

Il m'a expliqué qu'il s'agissait d'un acte qui devait être expédié à cette date encore, mais qui n'avait pas pu être remis au guichet de la poste en raison de l'heure tardive

A faire valoir à qui de droit

N_____ "

13. Par acte du 16 mars 2011, l'assuré, représenté par son avocat, forme recours devant la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice contre la décision sur opposition du 11 février 2011. Il conclut à son annulation et à ce que l'intimée soit condamnée à verser les prestations prévues par la LAA suite au développement de son status variqueux du membre inférieur droit.

S'agissant de la recevabilité de l'opposition, l'avocat rappelle que l'opposition a été rédigée et expédiée le 21 janvier 2011, l'enveloppe ayant été glissée dans une boîte aux lettres, vers 22h.30, en présence d'un témoin, ce qui a fait l'objet d'une attestation. Malgré les explications détaillées données à l'intimée, celle-ci a persisté à mettre en doute - de façon soupçonneuse et peu bienséante - la véracité des explications données à ce sujet. Force est ainsi de constater que l'opposition du 21 janvier 2011 n'est pas tardive. Bien que la décision sur opposition ne tranche que la recevabilité de l'acte, l'assuré motive également son recours sur le fond.

14. Par mémoire réponse du 14 avril 2011, l'assurance conclut au rejet du recours. Elle fait valoir que l'attestation du témoin intervient plus d'un mois après l'évènement, et que ce dernier est domicilié chez l'avocat. Or, la jurisprudence exige que la preuve soit apportée par le témoignage de deux témoins dignes de confiance dans ce type de cas. De plus, l'opposition n'est parvenue à l'assurance que le 31 janvier, soit 10 jours après le dépôt allégué dans une boîte aux lettres suisse, de sorte que même si le courrier était adressé en courrier "B", il aurait été distribué au plus tard 3 à 5 jours après le dépôt dans la boîte aux lettres. Il est ainsi peu vraisemblable que le courrier litigieux ait été remis dans un office de poste ou une boîte aux lettres avant le lundi 24 janvier 2011, voire à une date ultérieure. L'assurance relève encore que les initiales figurant sur l'opposition (ES/CO/lm) sont identiques à celles figurant sur les correspondances précédentes et qui correspondent à celles de Me SOLTERMANN (ES) de son collaborateur, Me Cristobal ORJALES (CO) ainsi qu'à celle de sa secrétaire (lm). Si le courrier n'a pas pu être déposé dans un office de poste, cela suppose que la secrétaire a également travaillé fort tard le 21 janvier 2011. Compte tenu du retard pris pour proposer la production d'un seul témoignage, de la durée particulièrement longue entre le dépôt du courrier et sa réception par l'intimée, ainsi que du lien entre l'avocat et le témoin, il est peu vraisemblable que l'acte ait été déposé dans une boîte aux lettres le 21 janvier 2011.

Par ailleurs, il apparaît pour le moins surprenant que l'avocat, qui est particulièrement attentif à la problématique des délais de par sa profession, n'ait pas fait appel à un policier qui aurait pu attester du dépôt du courrier, ou n'ait pas décidé de déposer son acte auprès d'une autorité helvétique, comme une douane. Il est aussi étonnant que l'avocat n'ait pas adressé à l'intimée le lendemain du dépôt de son audition le témoignage qu'il n'a produit que le 3 mars 2011, soit plus d'un mois plus tard. Il est de même surprenant qu'il n'ait pas cité les coordonnées de son témoin dans sa missive à l'assurance du 18 février 2011.

15. Par observations du 10 mai 2011, l'avocat reprend les arguments déjà développés et précise que les références apparaissant sur les courriers sont exactes s'agissant de ES/ et CO. Toutefois, la mention "lm" se réfère à la personne ayant dactylographié le texte soit "lui-même", l'avocat n'employant pas de secrétaire, si bien que la seule personne qui, le 21 janvier 2011, a fait des heures supplémentaires pour rédiger l'opposition, est l'avocat lui-même. Il précise que le travail d'un avocat exerçant devant les tribunaux comporte régulièrement, voire systématiquement, des urgences, des imprévus, des surprises de dernière minute, rendant une planification chronologique du travail extrêmement difficile, de sorte que des écritures doivent souvent être rédigées en-dehors des horaires réguliers, et qu'il est donc fréquent de terminer une écriture au-delà de l'heure de fermeture du bureau de poste, empêchant ainsi l'expédition par courrier recommandé et obligeant l'avocat à déposer son écriture dans une boîte aux lettres. Il rappelle que jamais, à ce jour, sa parole d'avocat, exerçant depuis 1986, n'a été mise en doute dans ce contexte. L'avocat indique qu'il sait que la date de l'envoi d'un acte soumis à délai doit pouvoir être prouvée au besoin, raison pour laquelle en application de la jurisprudence du Tribunal fédéral, confronté à plusieurs reprises à cette situation, il a agi de la manière la plus naturelle et logique, en faisant appel à une personne qu'il connaît suffisamment bien pour pouvoir se permettre de la déranger après 21h le soir, en lui demandant de bien vouloir l'accompagner à une boîte aux lettres, afin de constater que le pli concerné est bien déposé à la date indiquée. Ce dépôt "accompagné" constitue une précaution élémentaire, indispensable et suffisante au sens de la jurisprudence. Rien n'obligeait l'avocat à expédier immédiatement un témoignage écrit à l'intimée. Dès réception de la décision d'irrecevabilité de l'opposition, l'avocat a immédiatement informé l'intimée par télécopie de l'existence d'un témoin. C'est lorsque l'assurance a maintenu ses doutes par pli du 21 février 2011 que l'avocat a demandé au témoin de confirmer ses constatations par écrit, ce qui explique que l'attestation date du 2 mars 2011. Ni la loi, ni la jurisprudence ne soumettent la production d'un témoignage à un délai de péremption au-delà duquel il perdrait sa validité. L'avocat précise que le témoin est domicilié chez lui, mais qu'il n'est ni parent, ni allié, ni lié par un partenariat enregistré au sens de la loi fédérale sur le partenariat, de sorte qu'il ne présente aucun empêchement d'être témoin.

16. Lors de l'audience 7 juin 2011, l'avocat a déclaré :

"J'étais conscient d'être en dernier délai pour l'opposition le 21 janvier 2011. J'ai personnellement dactylographié l'opposition, dans mon Etude. J'ai terminé aux alentours de 21h00 et, constatant que je ne parvenais plus à poster cet acte en recommandé à la poste de Montbrillant, qui ferme à 19h00, j'ai appelé le témoin pour qu'il vienne à l'Etude. Je suis avocat depuis vingt-cinq ans et j'ai déjà dû procéder de la même manière à deux ou trois reprises.

Ce soir-là, mon témoin et moi-même sommes passés par la boîte aux lettres proche de mon Etude, puis nous sommes rentrés. Mon collaborateur était déjà parti et je ne pouvais donc pas lui demander de témoigner.

Les autres occasions susmentionnées ont eu lieu alors que j'avais encore une secrétaire et je ne me souviens plus si c'est la secrétaire ou le stagiaire qui avait alors servi de témoin, en ce sens qu'il ou elle m'a accompagné à la boîte aux lettres. Dans la mesure où les destinataires de ces actes-là n'ont pas mis en cause la recevabilité, je n'ai pas eu besoin de leur faire signer une attestation.

Je n'ai pas pensé à mentionner au dos de l'enveloppe qu'il fallait la conserver comme preuve de l'envoi, ni à faxer l'opposition à l'assurance en précisant qu'elle était également postée le jour même. Je n'ai pas non plus téléphoné à l'assurance le lundi suivant pour préciser que l'enveloppe avait été glissée dans une boîte aux lettres.

C'est lorsque j'ai reçu la décision sur opposition du 11 février 2011 que j'ai réalisé que l'assurance estimait l'opposition tardive et que je lui ai adressé un courrier, le 18 février 2011, précisant que j'avais posté l'opposition, en présence d'un témoin, le soir du 21 janvier 2011. Le 3 mars 2011, j'ai envoyé à l'assurance l'attestation de mon témoin du 2 mars 2011, suite au courrier de celle-ci du 21 février 2011."

Le représentant de l'assurance a déclaré :

"Je confirme que seules les enveloppes recommandées ou avec une mention sont conservées. Lorsque nous avons réalisé le problème de recevabilité, j'ai demandé à notre centre à Zurich l'original du courrier (que j'avais en version scan), mais l'enveloppe n'avait pas été conservée.

La pièce 8 de mon chargé mentionne la date du scan (31.01.2011) et l'heure du scan (13:18:49), ce qui démontre que le courrier a été reçu le 31 janvier 2011, puisque s'il est adressé au centre à Zurich, il est scanné à son ouverture. J'en veux pour preuve ma pièce 5 où la date du scan correspondant à celle de la délivrance du pli recommandé. Le scan met automatiquement à jour l'heure et la date, qui ne sont pas manuellement manipulés, et il reconnaît le numéro de sinistre. A ma connaissance, l'ouverture du courrier et l'introduction dans le scan se fait manuellement par du personnel."

L'avocat a ajouté :

"Je ne me souviens pas précisément de l'heure, mais je pense avoir appelé le témoin entre 20h00 et 21h00. Si les initiales « ES/CO/lm » apparaissent sur le courrier, c'est que « ES » sont mes initiales et « lm » signifie « lui-même ». « CO » sont celles de mon collaborateur et si elles apparaissent, c'est que j'ai dû reprendre un

autre courrier et faire du « copié-collé », dès lors que mon collaborateur a lui-même rédigé des projets de courriers dans ce dossier.

Je ne me souviens pas précisément de mon agenda de ce jour, mais il arrive fréquemment que des urgences viennent perturber ce dernier. Je peux vérifier ce qui était prévu ce jour-là.

A l'époque, je n'ai effectivement pas pensé à faire témoigner un policier ou à déposer l'acte auprès d'une autorité fédérale, comme la douane".

17. Entendu en qualité de témoin le 7 juin 2011, M. N_____ a déclaré :

"Je confirme avoir signé l'attestation du 2 mars 2011. C'est Me SOLTERMANN qui l'a dactylographiée. Lorsque j'ai signé l'attestation, le 2 mars, je me souvenais précisément que c'était bien le soir du 21 janvier que Me SOLTERMANN m'avait téléphoné pour que je vienne, car il était tard, il faisait froid et nuit et il était donc inhabituel que je sorte à cette heure-là. De plus, c'est la seule fois qu'il m'a demandé de venir pour poster une lettre. Il m'a appelé vers 21h00 et je me suis rendu à son Etude : le trajet m'a pris environ une heure. J'ai attendu qu'il ait fini son travail et nous nous sommes rendus ensemble à une boîte aux lettres proche de l'Etude, soit après le coin du bâtiment à gauche. Je sais uniquement qu'il était important pour Me SOLTERMANN que je l'accompagne car il avait besoin que quelqu'un puisse témoigner du dépôt de ce courrier dans une boîte aux lettres et je n'avais pas à l'interroger plus avant. Me SOLTERMANN a précisé que le courrier concernait le dossier d'un de ses clients, qui avait un nom étranger finissant par « IC » (prononcé "ich" par le témoin). S'il m'a montré le courrier, je ne m'en souviens pas, en particulier pas du destinataire.

Il m'arrive bien sûr de sortir l'hiver pour aller dîner chez des amis, mais je me souviens de l'événement car la demande de Me SOLTERMANN était inhabituelle, ce d'autant plus que je ne conduis pas.

J'entretiens une relation intime avec Me SOLTERMANN et nous vivons ensemble. Je regardais la télévision, comme tous les soirs, lorsqu'il m'a appelé. D'ordinaire, il rentre vers 20h00. En moyenne deux fois par semaine, il finit son travail plus tard. Il arrive que ce soit vraiment extrêmement tard.

Par contre, il rentre tous les soirs avec sa clef USB et travaille jusqu'à minuit fréquemment.

Vous m'informez des risques, sur le plan pénal, d'un faux témoignage et je confirme que ce que j'ai dit correspond à la vérité et n'est pas influencé par les liens particuliers qui m'unissent à Me SOLTERMANN."

18. A l'issue de l'audience, un délai a été fixé aux parties pour se déterminer sur la recevabilité de l'opposition.
19. Par conclusions sur recevabilité du 8 juillet 2011, l'avocat de l'assuré précise, pièces à l'appui, que son "taux d'occupation" s'est élevé à 12h.35 le 20 janvier 2011 et à 09h.10 le 21 janvier 2011, sans compter les activités qui, dans le feu de l'action, ne sont pas notées sur la fiche chronologique. L'agenda de l'avocat pour les journées des 19, 20 et 21 janvier 2011 est produit, les noms des clients, sauf l'assuré, étant caviardés. Il en ressort que la mention du dernier délai (ddl) pour l'opposition querellée est mentionnée dans l'agenda le 19, le 20 et le 21 janvier comme étant fixée au 21 janvier 2011. L'agenda mentionne, pour ces trois jours, plusieurs conférences avec des clients, audiences et rendez-vous à l'extérieur concernant l'avocat (ES). Outre le délai concernant le dossier de l'assuré, l'avocat a un dernier délai au 20 janvier 2011 pour la production d'une écriture et de pièces complémentaires dans une procédure civile; un dernier délai à une date illisible pour rédiger la réponse à une demande reconventionnelle et produire des pièces dans une procédure civile; un dernier délai à une date illisible pour un recours, sans autres précisions, ainsi qu'un dernier délai au 21 janvier 2011 pour un recours pour une cliente contre un arrêt du TCAS.

Il ressort du résumé chronologique des activités de l'avocat pour le 20 janvier 2011 (time-sheet) qu'il a consacré 60 minutes à une audience civile, 420 minutes à la rédaction d'un acte, 180 minutes à la rédaction d'un recours, 30 minutes à l'étude d'un dossier en vue d'une plainte, sans compter divers courriers et téléphones totalisant un peu plus de 60 minutes, soit 12h30. Le 21 janvier 2011, l'avocat a consacré 60 minutes à une audience civile, 45 minutes à une audience pénale. Pour un dossier (No 1681), il a consacré 90 minutes à une consultation du dossier au Parquet, 30 minutes à la préparation de ce dossier et 60 minutes à une vacation (audience) au Ministère public. S'agissant des écritures, dans le dossier N° 1638, il a consacré 60 minutes à l'étude du dossier et 90 minutes à la rédaction de l'opposition et la préparation du bordereau de pièces. En outre, il a eu deux conférences avec des clients, de 30 et 45 minutes et consacré environ 40 minutes à des entretiens téléphoniques avec des clients, soit 9h10 au total.

L'avocat produit encore un extrait, tiré le 7 juillet 2011, du répertoire des documents de son ordinateur, indiquant la date et l'heure de sauvegarde de l'acte d'opposition litigieux. Le numéro du dossier de l'assuré est 1638. Plusieurs documents intitulés M_____ contre ALLIANZ sont répertoriés dans le fichier, datés respectivement des 21 janvier, 19 février, 21 avril, 29 juin et 5 juillet 2011. Il s'agit de la date de la "dernière modification". Celui daté du 21 janvier 2011 mentionne comme heure 22h03.

Pour le surplus, l'avocat rappelle que le témoin a confirmé, sous la foi du serment, sa déclaration écrite du 2 mars 2011, ce qui démontre que l'enveloppe contenant

l'opposition litigieuse a bien été glissée dans la boîte aux lettres le soir du 21 janvier 2011. L'intimée n'a pas démontré par pièces que ce pli ne lui serait parvenu que le 31 janvier 2011. D'une part, elle n'a pas conservé l'enveloppe contenant l'opposition. D'autre part, l'intimée ne donne aucun élément qui indiquerait que l'enveloppe litigieuse n'aurait pas porté le sceau postal du lendemain du dépôt de l'envoi, soit samedi 22 ou dimanche 23 ou selon l'horaire de levée de la boîte en question. Rien ne permet d'exclure que l'envoi ait tardé plus que d'habitude dans son acheminement jusqu'à Zurich. D'ailleurs, l'ouverture du courrier se fait manuellement, de sorte qu'il se peut que, par inadvertance, il y ait un décalage entre l'arrivée physique du courrier, son ouverture et son enregistrement informatique. A titre d'exemple, il ressort du dossier déposé par l'intimée que, selon l'impression figurant sur les copies des lettres adressées par l'avocat à l'intimée, la mention de l'enregistrement, par scanner, fait état d'un décalage de 5 jours en ce qui concerne par exemple les lettres du 3 mars 2011 (scannée le 8 mars 2011) ou du 18 février 2011 (scannée le 23 février 2011). Pour finir, l'avocat précise qu'il n'y a aucun doute sérieux quant à la crédibilité du témoin, au sens de l'art. 61 LPGA, rien ne permettant d'affirmer qu'il s'agisse d'un témoignage de complaisance, comme l'insinue l'intimée. D'ailleurs, la jurisprudence du Tribunal fédéral estime que la présence d'un seul témoin est suffisante.

20. Par pli du 8 juillet 2011, l'intimée confirme les conclusions prises dans sa réponse du 14 avril 2011. S'il est vrai que l'assurance n'a pas conservé l'enveloppe qui contenait l'opposition, il ne lui appartient pas de démontrer que l'opposition est formée tardivement, dès lors que c'est au recourant de démontrer que l'opposition est faite à temps. Il est d'ailleurs inconcevable qu'une compagnie d'assurance doive conserver toutes les enveloppes, étant précisé que celles des plis recommandés sont gardées. Tout le courrier étant scanné dès sa réception, le courrier reçu le 31 janvier 2011 n'a très vraisemblablement pas été posté le 21 janvier 2011. D'ailleurs, le témoin entendu n'a rédigé son témoignage que le 2 mars 2011, les explications quant au froid et au caractère inhabituel ne permettent pas de dater avec exactitude le soir au cours duquel il aurait accompagné son concubin. D'ailleurs, l'avocat n'a pas montré au témoin le courrier, de sorte qu'il ne se souvenait pas du destinataire, ni du nom du client. De plus, le conseil n'a pas non plus fait apposer de témoignage sur l'enveloppe, ni informé l'assureur par fax ou par mail, ni déposé son acte auprès d'une autorité fédérale.
21. La cause a été gardée à juger, sur la question de la recevabilité de l'opposition, le 12 juillet 2011.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 5 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des

contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (LAA; RS 832.20).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 229 consid. 1.1 et les références). Les règles de procédure s'appliquent quant à elles sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 71 consid. 6b). La LPGA s'applique par conséquent au cas d'espèce.

3. Déposé dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).

4. a) Dans la procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. (ATF 131 V 164 consid. 2.1, 125 V 414 consid. 1a, 119 Ib 36 consid. 1b et les références citées).

b) En l'espèce, la décision sur opposition du 11 février 2011, contestée par recours du 16 mars 2011, ne tranche que la recevabilité de l'opposition, et ne se prononce pas sur le fond, soit sur le droit de l'assuré à des prestations de l'assurance. En conséquence, le litige ne porte que sur la recevabilité de l'opposition du 21 janvier 2011 contre la décision de l'intimée du 3 décembre 2010.

5. a) Aux termes de l'art. 52 LPGA, les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnement de la procédure (al. 1^{er}).

b) L'art. 38 al. 1^{er} LPGA prévoit que si le délai, compté par jours ou par mois, doit être communiqué aux parties, il commence à courir le lendemain de la communication.

Selon l'art. 38 al. 3 LPGA, lorsque le délai échoit un samedi, un dimanche ou un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal, son terme est reporté au premier jour ouvrable qui suit. Le droit cantonal déterminant est celui du canton où la partie ou son mandataire a son domicile ou son siège.

L'art. 38 al. 4 LPGA prévoit que les délais en jours ou en mois fixés par la loi ou par l'autorité ne courent pas du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques

inclusivement (let. a), du 15 juillet au 15 août inclusivement (let. b), du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (let. c).

c) Conformément à l'art. 39 LPGA, les écrits doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai à l'assureur ou, à son adresse, à La Poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (al. 1^{er}). Lorsqu'une partie s'adresse en temps utile à un assureur incompetent, le délai est réputé observé (al. 2).

6. a) Selon l'art. 61 let. c LPGA, le tribunal établit avec la collaboration des parties les faits déterminants pour la solution du litige et administre les preuves nécessaires et les apprécie librement.

b) L'art. 34 LPA prévoit que le juge, après avoir demandé au témoin s'il est parent ou allié, employeur ou salarié, débiteur ou créancier de l'une des parties, ou s'il a quelque autre relation avec l'une de celles-ci, exhorte le témoin à dire toute la vérité, rien que la vérité, et, le cas échéant, le rend attentif aux sanctions que l'art. 307 du code pénal attache au faux témoignage.

c) 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. a) La preuve qu'un acte a été déposé en temps utile résulte en principe de la date de l'oblitération postale (ATF 109 Ia 183 consid. 3 b p. 184 ; arrêt 2C_711/2008 du 7 novembre 2008 consid. 3.1), même s'il est possible de l'établir par d'autres moyens de preuve, notamment en faisant appel à des témoins (ATF 109 Ib 343 consid. 2b p. 345; arrêt 2C_711/2008 du 7 novembre 2008 consid. 3.1 ; ATA/800/2010 du 16 novembre 2010).

b) Un arrêt non publié du Tribunal fédéral (5A_267/2008) rappelle que la partie qui doit accomplir un acte de procédure doit démontrer qu'elle l'a entrepris à temps. L'expéditeur doit ainsi prouver que son envoi a été expédié le dernier jour du délai à minuit au plus tard (ATF 92 I 253 consid. 3), peu importe que l'acte ait été remis au guichet de la poste ou déposé dans une boîte aux lettres (ATF 109 Ia 183 consid. 3a). Dans l'un et l'autre cas, la date de la remise ou du dépôt est présumée coïncider avec celle du sceau postal. La partie qui prétend avoir déposé son acte la veille de la date attestée par le sceau postal a cependant le droit de renverser cette présomption

par tous moyens de preuve appropriés (ATF 115 Ia 8 consid. 3a; 124 V 372 consid. 3b), l'autorité cantonale étant tenue de lui en donner l'occasion (Arrêt 1P.446/2004 du 28 septembre 2004, consid. 2). Le droit de faire administrer ces preuves suppose néanmoins que la demande soit présentée selon les formes et délais prescrits par le droit cantonal (ATF 119 Ib 492 consid. 5b/bb; 117 Ia 262 4b). La jurisprudence précise toutefois que l'avocat qui se contente de déposer son pli dans une boîte aux lettres n'est pas sans ignorer le risque qu'il court que ce pli ne soit pas enregistré le jour même de son dépôt, mais à une date ultérieure. S'il souhaite renverser la présomption résultant du sceau postal apposé sur l'enveloppe ayant contenu une pièce de procédure, on est en droit d'attendre de lui qu'il indique spontanément à l'autorité compétente avoir respecté le délai, en présentant les moyens de preuves en attestant (Arrêt 5P.113/2005 consid. 3.1). Dans cette affaire (5A_267/2008), l'avocat mandaté s'était fait accompagner jusqu'à la boîte aux lettres par un confrère, lequel avait attesté de la date et de l'heure du dépôt sur l'enveloppe. Il avait par ailleurs faxé l'acte judiciaire à la Cour cantonale le soir même. Le Tribunal fédéral a estimé, d'une part, qu'il n'est pas nécessaire que la mention figurant sur l'enveloppe soit également apposée dans la télécopie, car il suffit qu'elle soit inscrite sur l'enveloppe contenant l'acte original et d'autre part, que la présence d'un seul témoin doit être considérée comme suffisante, d'autant plus que, constatant la fermeture du bureau de poste, l'expéditeur mandaté a pris la peine de transmettre par téléfax une copie de l'acte d'appel à la Cour de justice.

c) Lorsqu'un assureur, en violation des règles sur l'obligation de constituer un dossier, ne verse pas une enveloppe dans celui-ci, l'opposant n'a pas à supporter les conséquences d'une absence éventuelle de preuve en ce qui concerne la sauvegarde d'un délai (ATF 124 V 372).

d) Examinant la recevabilité d'un acte déposé dans une boîte aux lettres, le Tribunal administratif a entendu une employée de la Poste qui a indiqué que toutes les boîtes aux lettres indiquent des heures de levées. Si un envoi est déposé avant l'heure limite indiquée, il sera oblitéré soit du jour même, mais sur 24h00, soit du lendemain. (ATA/49272008 du 24 septembre 2008).

e) Dans un affaire civile de recherche en paternité, dans laquelle la mère de l'enfant a été entendue en qualité de témoin, le Tribunal Fédéral retient que la seule perspective d'être prévenu du crime de faux témoignage est de nature à détourner le témoin de faire de fausses déclarations, quel que soit son intérêt à l'issue du procès (ATF 98 Ia 140). Se fondant sur cet arrêt et sur l'arrêt non publié 5P.297/2000 du 11 janvier 2001, la Cour cantonale civile genevoise a jugé n'avoir aucune raison de mettre en doute les déclarations de la mère d'un enfant du seul fait du lien de parenté entre la mère et le demandeur, ce que le Tribunal fédéral a admis (arrêt 5P.125/2003 du 29 octobre 2003).

8. En l'espèce, il n'est pas contesté qu'en raison de la suspension des délais durant les fêtes de fin d'année, le délai de 30 jours pour former opposition à la décision de l'intimée reçue le 6 décembre 2010 a expiré le vendredi 21 janvier 2011. L'avocat de l'assuré affirme avoir déposé le pli contenant l'opposition dans une boîte aux lettres proche de son étude le soir même entre 22h et 22h30 en présence d'un témoin, en raison d'une surcharge de travail l'ayant empêché de poster l'acte en recommandé avant 19h, heure de fermeture du dernier bureau de poste de Genève.

En premier lieu, l'importance de la charge de travail de l'avocat durant les journées des 20 et 21 janvier 2011 a été démontrée par la production de son agenda et de son fichier chronologique ("time-sheet"). Il est à cet égard notoire que le "time-sheet" des avocats mentionne en moyenne 5 à 6 heures d'activité pour 8 heures effectives de travail, de sorte que si l'avocat de l'assuré a noté 9h 30 d'activité le 21 janvier 2011, il est probable qu'il ait en fait travaillé près de 12 heures et ainsi terminé vers 22h le soir. Cette surcharge chronique a de plus été confirmée par le témoin. D'ailleurs, la rédaction de l'acte d'opposition est mentionnée dans le fichier chronologique pour la journée du 21 janvier 2011, et l'avocat y a consacré 2 heures (30 minutes pour l'étude du dossier et 90 minutes pour la rédaction). S'agissant des initiales mentionnées sur l'acte (ES/OR/lm), les explications données par l'avocat sont convaincantes: il est en effet fréquent de reprendre un précédent courrier, qui contient déjà l'adresse du destinataire, sans penser à modifier les références. Il n'est plus contesté que la mention "lm" signifie "lui-même", à savoir que c'est l'avocat qui a dactylographié l'acte.

En second lieu, le témoin a confirmé sous la foi du serment avoir accompagné l'avocat le 21 janvier 2011 pour poster le pli litigieux et il a précisé la chronologie des faits: il a été appelé vers 21 h, le trajet en bus a pris une heure, de sorte qu'il est arrivé vers 22h. Il a attendu à l'étude que l'avocat finisse son travail, puis ils se sont rendus à la boîte aux lettres située au coin de la rue. Cet horaire corrobore les allégations de l'avocat et correspond aux données ressortant de son ordinateur, le document en question ayant été modifié et enregistré à 22h 03 ce soir-là. Certes, le témoin n'a pas relaté de fait marquant survenu le soir du 21 janvier 2011 (sortie au cinéma, souper chez des amis, etc.) qui permettrait d'expliquer qu'il se souvient précisément de cette date lors de l'établissement de l'attestation, plus d'un mois plus tard, sans risque de la confondre avec n'importe quel autre soir du mois de janvier, soit une soirée froide, sombre et lors de laquelle il regardait la télévision. Cependant, le témoin a confirmé, après que son attention ait été expressément attirée sur les conséquences pénales d'un faux témoignage, qu'il se souvenait précisément de la date du 21 janvier 2011, car c'est l'unique fois où l'avocat lui a demandé cela et en raison du caractère totalement inhabituel pour lui de cet événement, le soir, tard, dans le froid, etc.

Ainsi, rien ne permet de remettre en doute la véracité de ce témoignage, confirmé sous la menace de sanctions pénales, après que le témoin ait précisé que les liens de

couple l'unissant à l'avocat n'avaient pas influencé ses déclarations, qui correspondent de plus aux éléments ressortant des pièces produites. Pour le surplus, la jurisprudence n'exige pas la présence de deux témoins et on comprend que l'avocat ait fait appel à son compagnon, vu l'heure tardive.

9. Reste à examiner si la valeur probante de ce témoignage est ébranlée par d'autres éléments du dossier.

D'une part, l'intimée n'a pas conservé l'enveloppe contenant l'opposition, ce qui est incompréhensible. Certes, il n'est pas exigé d'une assurance qu'elle garde toutes les enveloppes, mais seulement celles contenant des actes soumis à délai. Or, l'acte litigieux mentionne en caractère gras au deuxième paragraphe qu'il s'agit d'une opposition et l'assurance devait donc conserver l'enveloppe, ce qui aurait permis d'y retrouver la date d'enregistrement. Cet élément est en effet déterminant, car les boîtes situées en ville de Genève sont levées le samedi, mais pas après 18h, de sorte que la date du sceau postal du samedi 22 janvier 2011 démontrait alors que le dépôt a eu lieu après la dernière levée du vendredi soir et avant la levée du samedi. Ainsi, seule une date d'oblitération du dimanche 23 ou du lundi 24 janvier était une preuve que le témoin se trompait de date et que l'enveloppe n'avait pas été postée le soir du vendredi 21 janvier 2011, mais le soir d'un jour ultérieur.

D'autre part, la date du scan figurant sur l'opposition du 21 janvier 2011 (lundi 31 janvier 2011) est certes troublante, eu égard aux dates de scan ressortant des autres courriers. Ceux postés en recommandé sont scannés le jour de réception, prouvé par pièce. Les autres sont scannés trois à cinq jours après la date des courriers, sans que l'on sache s'ils ont été postés le jour-même et en courrier "A" ou "B". Les écarts entre la date du pli et le scan sont les suivants: mardi 16.3.2010-vendredi 19.3.2010; mardi 22.6.2010-vendredi 25.6.2010; vendredi 18.2.2011-mercredi 23.2.2011 et jeudi 3.3.2011-mardi 8.3.2011). Toutefois, cet élément ne permet pas, au vu de l'écart de 5 jours pour des courriers envoyés et des délais notoirement aléatoires des courriers "B", de retenir au degré de la vraisemblance prépondérante que le pli a été glissé dans la boîte au lettre postérieurement au 21 janvier 2011.

Ces éléments ne permettent donc pas de remettre en cause le témoignage recueilli.

10. Certes, il aurait été plus prudent de prendre les précautions usuelles dans ce genre de situation, en faisant mentionner par le témoin au dos de l'enveloppe la date et l'heure de l'envoi, soit le 21 janvier à 22h30, puis en faxant ou en adressant par courriel l'acte le soir même à l'assurance, en attirant son attention sur la nécessité de conserver l'enveloppe. L'avocat n'y a pas pensé et cette attitude presque candide est en définitive un indice supplémentaire de son honnêteté. En effet, l'assurance déduit de la date du scan que l'opposition n'a pas été postée avant le lundi 24 janvier 2011, ce qui impliquerait un mensonge crasse de l'avocat et un faux témoignage de son

compagnon. Dans ce cas, l'avocat aurait alors certainement pris la peine de demander à son témoin de rédiger pour lui immédiatement une fausse attestation antidatée, étant alors conscient du risque d'irrecevabilité. Or, ce n'est qu'après réception de la décision sur opposition le 14 février 2011 que l'avocat réagit et fait valoir qu'il a posté le pli devant un témoin, puis, face à la persistance de l'assurance de mettre en doute sa parole, qu'il demande à son témoin, le 2 mars 2011, d'attester par écrit du déroulement des faits du 21 janvier 2011.

Surtout, en agissant comme le prétend l'assurance, l'avocat ferait non seulement courir à son compagnon le risque d'une condamnation pénale pour faux témoignage mais risquerait lui-même une très lourde sanction disciplinaire, voire une condamnation pénale pour infraction à l'article 307 CPP, alors que le dommage causé à un client par l'erreur professionnelle consistant à manquer un délai de recours est couvert par l'assurance RC d'un avocat.

Pour l'ensemble des motifs qui précèdent, la Cour admet que l'opposition du 21 janvier 2011 à la décision du 3 décembre 2010 a été déposée dans une boîte aux lettres suisse le 21 janvier 2011 avant minuit et qu'elle a donc été formée en temps utile et, partant, est recevable.

11. Ainsi, le recours est partiellement admis, l'opposition formée le 21 janvier 2011 est recevable et la décision sur opposition du 11 février 2011 est annulée. La cause est renvoyée à l'intimée pour qu'elle statue sur le fond de l'opposition, soit sur la prise en charge des prestations d'assurance réclamées par l'assuré. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que la Cour fixe en l'espèce à 2'000 fr., pour tenir compte du nombre d'écritures et d'audiences (art. 89H al. 3 LPA; art. 61 let. g LPGA).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement, annule la décision du 3 décembre 2010, dit que l'opposition du 21 janvier 2011 est recevable et renvoie la cause à l'intimé pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
3. Condamne l'intimée à verser une indemnité de procédure de 2'000 fr. en faveur du recourant.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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; RS 173.110); 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

Irène PONCET

Sabina MASCOTTO

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique par le greffe le