RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1825/2002 **ATAS/364/2003**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Du 16 décembre 2003

1ère Chambre

En la cause

Monsieur P_____ recourants
et
Enfant R_____
Représentés par la CAP protection juridique
Rue St-Martin 26
1005 LAUSANNE

contre

CAISSE DE COMPENSATION AVS DE LA FEDERATION DES ARTISANS ET COMMERCANTS (FACO) intimée
Chemin Rieu 18
1211 GENEVE 17

Siégeant : **Mme Doris WANGELER, Présidente**
Mme Giovanna DESCLOUX et Mr Pierre GUERINI, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Sa mère étant décédée, R_____, née en 1989, a été mise au bénéfice depuis le 1er juillet 1991, d'une rente d'orphelin double, versée à son tuteur, Monsieur B_____, par la Caisse de compensation AVS/AI/APG de la Fédération des artisans et commerçants (ci-après la Caisse).

2. Par jugement rendu par le Président du Tribunal de district de Lausanne le 30 avril 1993, un lien de filiation a été établi entre elle et Monsieur P_____, et par décision du 19 décembre 1996, la Justice de Paix du cercle de Lausanne a accordé à celui-ci l'autorité parentale et le droit de garde.

3. Le 9 juin 1997, le Service de Protection de la jeunesse de Lausanne a informé la Caisse que le versement de la rente devait dorénavant être effectué directement auprès du père de l'enfant, Monsieur P_____.

4. La Caisse a dûment changé l'adresse dans son dossier et a continué à verser la rente d'orphelin double. Elle précise à cet égard que « par inadvertance, la personne en charge des dossiers de rente à l'époque a simplement changé l'adresse du versement de la rente, sans effectuer une analyse approfondie du dossier » (cf. décision du 22 juillet 2002).

5. Le 11 mars 2002, le dossier de l'enfant R_____ a été transmis à l'Agence Communale des Assurances sociales de Lausanne ; ce n'est qu'alors que le prononcé de la constatation de filiation a été demandé.

6. Par décision du 22 juillet 2002, la Caisse a informé Monsieur P_____ que c'est à tort qu'elle avait poursuivi le versement de la rente d'orphelin double pour sa fille, puisque seul le droit à une rente d'orphelin simple

était ouvert depuis juillet 1997. Elle lui a dès lors réclamé le remboursement de la somme de Fr. 14'352,-- représentant les prestations versées à tort depuis juillet 1997.

7. Le 9 août 2002, Monsieur P_____, représenté par la CAP protection juridique, agissant par Me Philippe GROSCLAUDE, a interjeté recours, en son nom et au nom de sa fille, contre ladite décision.

8. Dans son préavis du 14 octobre 2002, la Caisse déclare avoir eu connaissance du fait que le versement était effectué à tort le 11 mars 2002 et admet que le droit de demander la restitution des rentes de juin et juillet 1997 est prescrit. Elle réduit en conséquence sa prétention de Fr. 480,--. Elle considère par ailleurs que la condition de bonne foi n'étant pas réalisée, la remise de l'obligation de remboursement est exclue.

9. Par courrier du 12 novembre 2002, Monsieur P_____ maintient son recours.

10. Les autres faits seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

EN DROIT

A la forme :

Le recours, interjeté auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI en temps utile, (art. 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) et 69 LAI), est recevable en la forme.

La cause a été transmise d'office au présent Tribunal conformément à l'article 3, al. 3 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ).

Au fond :

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS-AI. Le cas d'espèce reste toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467, consid. 1 ; 121 V 366).

Selon l'art 27 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) (teneur applicable au 1er janvier 1997), les enfants qui ont un rapport de filiation avec l'un des parents seulement, ont droit, à son décès, à une rente d'orphelin double.

C'est ainsi que dès le 1er juillet 1991, une rente d'orphelin double avait été versée en faveur de l'enfant R_____.

Monsieur P_____, reconnu le 30 avril 1993 comme étant le père de l'enfant, les conditions de l'article 27 LAVS, ancienne teneur, n'étaient plus réalisées. La Caisse a cependant continué à verser la rente d'orphelin double. Elle n'a réalisé son erreur que lors du transfert du dossier à l'Agence Communale des Assurances sociales de Lausanne en mars 2002.

Il n'est pas contesté que seule une rente simple d'orphelin devait dès 1993 être versée pour l'enfant.

Aux termes de l'article 47 al. 1 LAVS, les rentes et allocations pour impotents doivent être restituées (cf. également article 78 RAVS). En l'espèce, la différence entre les rentes d'orphelin double versées à tort et les rentes d'orphelin simple qui auraient dû l'être, à compter de la date à laquelle le lien de filiation entre Monsieur P_____ et l'enfant a été établi, devrait être ainsi restituée.

Selon l'article 47 al. 2 LAVS toutefois, « Le droit de demander la restitution se prescrit par une année à compter du moment où la caisse de compensation a eu connaissance du fait, mais au plus tard par cinq ans après le paiement de la rente. Si le droit de demander restitution naît d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant ».

Par « moment où la caisse de compensation a eu connaissance du fait » justifiant la restitution d'une prestation versée à tort, il faut entendre le moment où l'administration aurait dû s'apercevoir d'un tel fait en faisant preuve de l'attention que les circonstances permettaient raisonnablement d'exiger d'elle (RCC 1985, p. 543 ; cf. également N° 10322 des Directives de l'OFAS concernant les rentes).

La Caisse considère qu'elle n'a eu connaissance du versement effectué à tort au sens de l'article 47 al. 2 LAVS que lors du transfert du dossier de rentes le 11 mars 2002. Tel n'est pas l'avis du Tribunal. En effet, si la Caisse avait fait preuve, en juin 1997, de l'attention que les circonstances permettaient raisonnablement d'exiger d'elle, et ne s'était pas bornée à effectuer un changement d'adresse, elle n'aurait pas manqué de s'apercevoir que les conditions de l'article 27 LAVS ancienne teneur n'étaient plus réalisées. C'est à ce moment là qu'elle a indubitablement commis l'erreur qui l'a entraînée à verser, à tort, la rente d'orphelin double. Le Tribunal fédéral des assurances a précisé que pour ne pas rendre illusoire la possibilité d'exiger une restitution par suite d'une erreur de l'administration, la durée de prescription court non pas dès le jour où l'erreur a été commise, mais celui où l'administration aurait dû après coup (par exemple lors d'un contrôle) s'apercevoir d'une telle erreur en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle eu égard aux circonstances. Force dès lors est de

constater que le droit de demander la restitution est prescrit depuis juin 1998. Il n'y a ainsi pas lieu d'examiner si la remise de l'obligation de rembourser aurait pu ou non être accordée.

* * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Constate la recevabilité du recours;

Au fond :

1. Admet le recours et annule la décision du 11 juillet 2002 en tant qu'elle porte sur la demande de restitution;

2. Alloue au recourant la somme de Fr. 750.- à titre de participation à ses frais et dépens, ainsi qu'à ceux de son mandataire ;

3. 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. Ce mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs le recourant estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter la signature du recourant ou 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 au mémoire s'il s'agit de pièces en possession du recourant. Seront également jointes au mémoire la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :	La présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

Le présent arrêt est communiqué pour notification aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe