RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1968/2004 **ATAS/927/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

6ème Chambre

du 15 novembre 2004

En la cause

Monsieur S_____, représenté par Madame N_____ recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, rue de Lyon 97, 1211 GENEVE 13 intimé

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Karine STECK et Isabelle DUBOIS, Juges.

EN FAIT

1. Le 24 avril 2001, Monsieur S_____, né le 7 avril 1940, marié et père de N., née le 4 mai 1971 et M., née le 8 avril 1976, a saisi l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI) d'une demande de prestations.

2. Le 30 juillet 2002, l'OCAI a rendu à l'intention de la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse) un prononcé selon lequel il s'agissait dans le cas de l'assuré d'une maladie de longue durée, le degré d'invalidité était de 77% et le début du droit fixé « depuis 28.11.2000 ». Selon la motivation de la décision, il ressortait de l'instruction de la demande que l'incapacité de travail remontait au 28 novembre 2000. Suivait un calcul du degré d'invalidité arrêté à 77,47% et la mention :

   « Par conséquent, à l'échéance de l'année de carence, soit le 28 novembre 2001, vous avez droit à une rente entière de notre assurance, basée sur un degré d'invalidité de 77% ».

3. Par décision du 2 septembre 2002, l'OCAI a octroyé à l'assuré une rente entière d'invalidité fondée sur un degré d'invalidité de 77% ainsi qu'une rente complémentaire en faveur du conjoint, dès le 1er août 2002.

   La décision précisait que la répartition du rétroactif pour la période du 1er novembre 2000 au 31 juillet 2002 ferait ultérieurement l'objet d'une décision séparée.

4. Par décision du 10 octobre 2002, l'OCAI a versé rétroactivement à l'assuré des rentes du 1er novembre 2000 au 31 décembre 2000 pour un montant mensuel total de 1'630 fr. et du 1er janvier 2001 au 31 juillet 2002, par un montant mensuel total de 1'671 fr.

   Après compensation des montants dus à la « FTMH assurance-maladie » et au « service des mesures cantonales PCM » un montant de 28'119 fr. 30 était versé à l'assuré.

5. Par décision du 4 février 2003, l'OCAI a alloué rétroactivement à l'assuré une rente entière pour l'enfant M depuis le 1er novembre 2000 jusqu'au 30 avril 2001, soit un montant de 2'514 fr. 65, après compensation d'un montant de 545 fr. 35 en faveur du service des mesures cantonales PCM.

6. Le 23 décembre 2003, l'OCAI a écrit à la caisse qu'une erreur de plume s'était glissée dans le prononcé établi à son intention puisque ce document fixait le début du droit à la rente au 28 novembre 2000 au lieu du 28 novembre 2001. Cette erreur avait été relevée par la fondation institution supplétive LPP qui avait sollicité la consultation du dossier AI de l'assuré.

Celui-ci était en principe tenu à restitution. Cela étant, la question d'une éventuelle remise de l'obligation de restituer se posait. Ce point relevant de la compétence de la caisse, il était demandé à celle-ci d'examiner cette question.

7. Par décision du 31 mars 2004, la caisse a demandé à l'assuré le remboursement d'un montant de 15'592 fr. 95 correspondant aux rentes versées de novembre 2000 à octobre 2001, soit un montant de 23'028 fr., sous déduction des montants versés à la « caisse de chômage FTMH » et au « service des mesures cantonales PCM » soit 7'435 fr. 05.

8. Par décision du 2 avril 2004, l'OCAI a annulé ses précédentes décisions des 2 septembre 2002, 16 octobre 2002 et 4 février 2003 et octroyé à l'assuré de façon rétroactive une rente entière pour lui-même ainsi qu'une rente entière complémentaire en faveur du conjoint du 1er novembre 2001 au 31 mars 2004 soit un montant de 48'595 fr. Dès le 1er avril 2004, les rentes pour lui-même et pour son épouse se montaient à un total de 1'695 fr.

   L'assuré avait ainsi droit de novembre 2001 à avril 2004 à un montant de 50'290 fr., duquel étaient déduits 48'595 fr. de rentes déjà touchées, soit un solde de 1'695 fr., duquel était encore déduit 479 fr. en faveur de la caisse, ce qui aboutissait à une somme de 1'216 fr. due à l'assuré (le montant de 479 fr. correspondait selon l'OCAI à la différence des rentes trop perçues pour la période du 1er novembre 2001 au 31 mars 2004, suite au nouveau calcul de la rente AI dès le 1er novembre 2001).

9. Le 14 avril 2004, l'assuré s'est opposé à cette décision en relevant qu'elle était injustifiée dès lors que l'OCAI avait à l'époque décidé de lui accorder une rente pour les années 2000 et 2001.

10. Le 26 août 2004, l'OCAI a rejeté l'opposition. L'assuré était à même de se rendre compte de l'erreur de plume de l'OCAI puisque la décision intitulée « motivation », qui lui avait été notifiée le 2 septembre 2002, stipulait expressément qu'il avait droit à une rente entière à compter du 28 novembre 2001, soit à l'échéance du délai de carence. En recevant des prestations dès novembre 2000, il aurait dû s'interroger et signaler ce fait à l'administration. Ne l'ayant pas fait, il ne pouvait se prévaloir de sa bonne foi.

11. Le 23 septembre 2004, l'assuré, représenté par sa fille, N. V., a saisi le Tribunal cantonal des assurances sociales d'un recours contre la décision précitée.

    Le recourant n'avait pas reçu la décision intitulée « motivation ». Le seul document relatif à l'année 2000 était la décision du 16 octobre 2002 qui stipulait bien qu'il avait droit à une rente rétroactive dès novembre 2000.

Il ne pouvait se rendre compte de l'erreur de plume de l'OCAI car il n'avait pas reçu la motivation datée du 2 septembre 2002 et n'était en plus pas de langue française. Il s'était fondé sur la décision de l'OCAI du 16 octobre 2002. Il était donc de bonne foi et le remboursement de 15'592 fr. 95 le mettrait dans une situation difficile puisqu'il ne possédait comme revenu que sa rente AI.

12. Le 15 octobre 2004, l'OCAI a persisté dans les termes et les conclusions de sa décision sur opposition.

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 (ATF 130 I 226).

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56 V al. 1 let. a ch. 2 LOJ et 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 - LPGA).

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-invalidité. Etant précisé qu'en matière de restitution de prestations, le Tribunal fédéral des assurances a relevé que la question du droit pertinent *ratione temporis* ne revêt pas une importance décisive du moment que les principes applicables à la restitution selon la LPGA sont issus de la réglementation et de la jurisprudence antérieures (KIESER, op. cit., n. 9 ad art. 82). En l'espèce, l'assuré ayant reçu les prestations litigieuses en 2002, selon les décisions de l'OCAI des 2 septembre et 16 octobre 2002, il sera fait référence aux dispositions de la loi fédérale sur l'assurance invalidité du 19 juin 1959 (LAI) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 sont applicables pour déterminer le bien fondé de la décision de restitution des prestations.

4. L'art. 49 LAI prévoit que l'art. 47 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS) est applicable par analogie à la restitution de prestations indûment touchées. Selon l'art. 47 LAVS :

> 1. Les rentes et allocations pour impotents indûment touchées doivent être restituées. La restitution peut ne pas être demandée lorsque l'intéressé était de bonne foi et serait mis dans une situation difficile.
> 2. 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.
> 3. Le Conseil fédéral réglera la procédure.

Aux termes de l'art. 78 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS) :

> « Si une caisse de compensation apprend qu'une personne ou son représentant légal à sa place a touché une rente à laquelle elle n'avait pas droit ou une rente d'un montant trop élevé, elle doit ordonner la restitution du montant indûment touché. Si la rente a été versée à un tiers ou à une autorité conformément à l'article 76, 1er alinéa, ce tiers ou autorité est tenu à restitution. La prescription prévue à l'article 47, 2ème alinéa LAVS est réservée ».

Par ailleurs, l'art. 79 RAVS prévoit que :

> 1. Lorsqu'une personne tenue à restitution ou son représentant légal pouvait de bonne foi admettre avoir le droit de toucher les rentes, il doit lui être fait remise de l'obligation de restituer tout ou partie du montant indûment touché, si cette restitution devait mettre la personne tenue à restitution dans une situation difficile en raison de ses conditions d'existence. Les autorités auxquelles les rentes ont été versées conformément à l'article 76, 1er alinéa, ne peuvent invoquer le fait qu'elles seraient mises dans une situation difficile.
> 1bis On admet qu'il y a situation difficile au sens de l'article 47, 1er alinéa LAVS, lorsque les dépenses reconnues par la loi fédérale du 15 mars 1965 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (LPC) sont supérieures aux revenus déterminants selon la LPC. Pour les personnes partiellement invalides, seul le revenu de l'activité lucrative effectivement réalisé est pris en compte.
> 1ter Les montants maximums prévus par le droit fédéral sont déterminants.
> 2. La remise est décidée par la caisse de compensation, sur demande écrite de la personne tenue à restitution. La demande doit être motivée et adressée à la caisse de compensation dan les trente jours dès la notification de la décision de restitution. Le 3ème alinéa est réservé.

3. Si les conditions posées par le 1er alinéa sont manifestement remplies, la caisse peut décider d'office la remise.
4. …
5. Les décisions de remise doivent être notifiées aux personnes ayant présenté la demande.

5. Selon la jurisprudence, la restitution de prestations selon l'art. 47 al. 1 LAVS suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 126 V 23 consid. 4b). Selon un principe général des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 126 V 23 consid. 4). En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptible de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 126 V 24 consid. 4b, 122 V 21 consid. 3a, 138 consid. 2c, 173 consid. 4a, 272 consid. 2).

6. En ce qui concerne la notion de bonne foi (art. 47 al. 1 LAVS et 79 al. 1 RAVS), l'ignorance, par le bénéficiaire, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations ne suffit pas pour admettre qu'il était de bonne foi. Il faut bien plutôt que le bénéficiaire des prestations ne se soit rendu coupable, non seulement d'aucune intention malicieuse, mais aussi d'aucune négligence grave. Il s'ensuit que la bonne foi, en tant que condition de la remise, est exclue d'emblée lorsque les faits qui conduisent à l'obligation de restituer (violation du devoir d'annoncer ou de renseigner) sont imputables à un comportement dolosif ou à une négligence grave. En revanche, l'intéressé peut invoquer sa bonne foi lorsque l'acte ou l'omission fautifs ne constituent qu'une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner (ATF 112 V 103 consid. 2c et les références ; DTA 2002 n° 38 p. 258 consid. 2a, 2001 n° 18 p. 162 consid. 3a).

7. En l'espèce, l'intimé était en droit de reconsidérer ses décisions du 2 septembre 2002, 16 octobre 2002 et 4 février 2003 dès lors, d'une part, qu'elles contenaient une erreur manifeste, dont l'existence n'est pas contestée, quant au départ du droit aux prestations d'invalidité du recourant, soit le 1er novembre 2000 au lieu du 1er novembre 2001 et que, d'autre part, cette rectification revêt une importance notable puisqu'elle porte sur l'octroi par l'intimé d'une rente entière ordinaire et d'une rente entière complémentaire pour conjoint durant une année ainsi que d'une rente entière complémentaire pour enfant durant six mois.

8. S'agissant de la remise, celle-ci a été refusée d'office par l'OCAI dans sa décision sur opposition. Il y a donc lieu d'examiner si les conditions d'une telle remise sont

en l'espèce remplies, soit en premier lieu si le recourant peut se prévaloir de sa bonne foi, et, ensuite, si la restitution le mettrait dans une situation difficile.

9. Le recourant affirme ne pas avoir reçu la décision intitulée « motivation » mentionnant un délai de carence d'une année, de novembre 2000 à novembre 2001. A cet égard, la question de la preuve de la notification de cette décision peut rester ouverte dès lors qu'il convient, en toute hypothèse, d'admettre la bonne foi du recourant.

   En effet, les décisions des 2 septembre 2002, 16 octobre 2002 et 4 février 2003, que le recourant a reçues, indiquent clairement un début du droit aux prestations au 1er novembre 2000. Or, cette date correspond bien au début de l'incapacité de travail à 100 % du recourant (cf. avis médical SMR LEMAN du 18 octobre 2001). Il n'était donc pas aisé pour le recourant, qui ne dispose pas de connaissances juridiques et ne maîtrise pas bien la langue française, de se rendre compte que la date du 1er novembre 2000 constituait une erreur manifeste de l'OCAI quant au départ de son droit à la rente. Ceci reste vrai même si le recourant avait eu connaissance de la « motivation » de l'OCAI, dès lors que figure sur la première page de ce document la date du 28 novembre 2000 comme début du droit à la rente et qu'il n'apparaît pas clairement que cette date-ci serait erronée au regard de la date du 28 novembre 2001 mentionnée dans le paragraphe concernant le délai de carence d'une année, lequel est par ailleurs sommairement rappelé. Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher au recourant un comportement dolosif ou une négligence grave.

   Le cas d'espèce peut ainsi être comparé à celui de l'assurée dont une inscription rétroactive au chômage, avec timbrage rétroactif des cartes de contrôle, avait été admise à tort par un office communal du travail et avait entraîné le versement d'indemnités de chômage. Le Tribunal fédéral des assurances a, dans ce cas, considéré que dans la mesure où l'autorité administrative avait admis la demande l'assuré, on ne pouvait lui reprocher un comportement dolosif ou une négligence grave, même s'il était vrai qu'elle devait, au vu du contexte, douter que sa démarche soit acceptée (ATFA du 29 juin 2004, cause C 260/03).

   En conséquence, il y a lieu d'admettre en l'espèce que le recourant était de bonne foi en recevant les prestations indues.

10. S'agissant de la condition de la situation difficile, le tribunal de céans constate qu'il ne dispose pas des éléments pertinents dans le dossier pour l'examiner.

11. En conséquence, le recours sera partiellement admis et la cause renvoyée à l'OCAI pour examiner la condition précitée et rendre une nouvelle décision concernant la remise du montant de 15'592 fr. 95 réclamé au recourant. La décision sur opposition du 26 août 2004 ainsi que la décision du 31 mars 2004 seront annulées. La décision du 2 avril 2004 sera également annulée dans la mesure où elle prévoit

un nouveau calcul du solde dû à l'assuré, de 1'216 fr., qui se fonde sur les prestations versées indûment de novembre 2000 à novembre 2001.

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 ;

Au fond :

2. L'admet partiellement;

3. Annule les décisions de l'OCAI des 26 août 2004 et 31 mars 2004 ainsi que la décision du 2 avril 2004 dans la mesure où elle fixe le solde dû à l'assuré à 1'216 fr. ;

4. Renvoie la cause à l'OCAI pour nouvelle décision au sens des considérants;

5. 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 le