



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2383/2018

ATAS/105/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 17 février 2020

6^{ème} Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée au PETIT-LANCY, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Sarah BRAUNSCHMIDT
SCHEIDEGGER

recourante

contre

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITÉ DU CANTON DE
GENÈVE, sis rue des Gares 12, GENÈVE

intimé

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente ; Maria-Esther SPEDALIERO et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Le 30 avril 2003, Madame A_____ (ci-après : l'assurée), née le _____ 1960, mariée le _____ 1975, a déposé une demande de prestation d'invalidité, en mentionnant qu'elle était mariée avec Monsieur B_____, né le _____ 1953, et mère de trois enfants, C_____, né le _____ 1979, D_____, né le _____ 1976, et E_____, née le _____ 2000 (ci-après : E_____). Elle a notamment communiqué un extrait du registre des naissances du Sri Lanka attestant que E_____ était sa fille et celle de son époux, ainsi que les certificats de naissance de C_____ et D_____.
2. Le fichier de l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM) mentionne les identités de l'assurée et de MM. B_____ et D_____. Il ne contient aucune mention d'enfants sous la rubrique filiation de l'assurée et de M. B_____.
3. Le 27 juillet 2003, l'époux de l'assurée a écrit à l'administration des caisses d'allocation familiale et de prévoyance sociale de la Fédération des syndicats patronaux (ci-après : la caisse) qu'il vivait séparé de son épouse depuis deux ans et n'avait aucune responsabilité de ses trois enfants.
4. Le même jour, l'assurée a écrit à la caisse qu'elle vivait séparée de son époux depuis deux ans et qu'elle avait à sa charge ses trois enfants.
5. Le 21 août 2001, l'Office cantonal de la population (actuellement l'Office cantonal de la population et des migrations - OCPM) a attesté, d'une part, que l'assurée avait résidé en Suisse depuis octobre 1991, qu'elle venait du Sri Lanka et qu'une demande d'asile avait été rejetée le 26 mai 2000, d'autre part, que l'époux de l'assurée avait résidé en Suisse depuis le 14 juillet 1993 et qu'une demande d'asile avait été rejetée le 26 mai 2000 ; un permis B avait été délivré aux époux le 11 janvier 2001.
6. Selon une convention de divorce signée par les époux le 10 novembre 2006 et le jugement de divorce du Tribunal de première instance du 4 octobre 2007, deux enfants sont nés de leur mariage, âgés de 27 et 31 ans et mariés au Sri Lanka.
7. Par décisions du 24 novembre 2006, l'Office de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OAI) a alloué à l'assurée une demi-rente d'invalidité du 1^{er} novembre 2003 au 30 juin 2004 puis une rente entière d'invalidité dès le 1^{er} juillet 2004.
8. Le 6 février 2007, l'assurée, représentée par un avocat, a sollicité de l'OAI le versement d'une rente complémentaire pour sa fille mineure.
9. Le 13 février 2007, la caisse a répondu à l'assurée que, sa fille étant domiciliée hors de Suisse, elle n'avait pas droit à une rente complémentaire en faveur de cette dernière.
10. Par jugement du 4 octobre 2007, le Tribunal de première instance (ci-après : le TPI) a prononcé le divorce des époux et ratifié la convention du 10 novembre 2006.

L'assurée s'est remariée le 10 mars 2008 et est séparée depuis septembre 2016. Elle s'est naturalisée suisse le 17 septembre 2007.

11. Par décisions du 7 février 2008, l'OAI a effectué un recalcul de la rente à la suite du divorce de l'assurée et de l'obtention de la nationalité suisse. Dès le 1^{er} septembre 2007, une rente complémentaire pour la fille de l'assurée était allouée.
12. Par communications des 7 avril 2010, 11 juillet 2011 et 13 juin 2013, l'OAI a maintenu la rente entière d'invalidité de la recourante.
13. Par décision du 8 mars 2018, l'OAI a alloué à l'ex-époux de la recourante une rente entière d'invalidité dès le 1^{er} mars 2017.
14. Par décision du 8 mars 2018, l'OAI a alloué à l'assurée une rente en faveur de E_____ en mentionnant qu'il s'agissait de la rente pour enfant liée à la rente du père.
15. Le 24 mars 2018, l'ex-époux de l'assurée a écrit à la caisse en indiquant que le versement d'une rente pour E_____ devait être une erreur car il n'avait que deux enfants, D_____, né le _____ 1976, et C_____, né le _____ 1979. E_____ était la fille de C_____. Il a joint :
 - Un certificat de naissance du Sri Lanka, traduit en anglais, attestant que E_____ est née le _____ 2000 au Nawaloka hospital de Colombo et que son père est D_____, né le _____ 1976, et sa mère F_____.
 - Deux certificats de naissance pour D_____ et C_____.

Les trois certificats comprennent un tampon d'un « Sworn Translator District Court of Colombo - Sri Lanka ».

16. En réponse à une demande de renseignement de la caisse, l'OCPM a indiqué le 5 avril 2018 que la fille de l'assurée ne figurait pas dans le fichier central de la population.
17. Par décision du 18 juin 2018, l'OAI a requis de l'assurée la restitution de CHF 41'553.- correspondant aux rentes complémentaires pour enfant de mère invalide versées en faveur de E_____ du 1^{er} mars 2011 au 31 mars 2018, celle-ci n'étant pas sa fille mais sa petite-fille ; l'assurée avait communiqué, avec sa demande de prestation du 30 avril 2003, un acte de naissance de E_____ qui était un faux.
18. Le 10 juillet 2018, l'assurée, représentée par une avocate, a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision précitée en concluant à son annulation et a requis un délai pour compléter son recours.
19. Le 2 novembre 2018, l'assurée a fait valoir qu'elle-même et son ex époux avaient adopté leur petite-fille ; son fils était marié lorsqu'il avait eu une relation extraconjugale avec la mère de E_____ ; il avait été convenu, pour éviter des problèmes liés à la présence d'un enfant adultère, que E_____ soit adoptée par ses

grands-parents. E_____ avait été enregistrée dans le registre des naissances comme étant la fille de ses grands-parents ; ceux-ci l'avaient financièrement entretenue ; elle avait requis des autorités Sri Lankaise un document officiel confirmant ces faits ; E_____ avait vécu au Sri Lanka avec la mère de l'assurée ; elle-même étant retournée plusieurs fois par année au Sri Lanka pour l'éduquer et passer du temps avec elle. L'adoption Sri Lankaise devait être reconnue en Suisse.

20. Le 3 décembre 2018, l'OAI s'est rallié aux conclusions de la caisse du 27 novembre 2018 selon lesquelles la restitution était requise du 1^{er} mars 2011 au 31 mars 2018 en ce qui concernait la rente liée à celle de l'assurée et du 1^{er} mars 2017 au 31 mars 2018 en ce qui concernait celle liée à la rente de l'ex-époux de l'assurée ; l'adoption de E_____ n'était ni documentée ni prouvée et inconnue de l'OCPM et le jugement de divorce ne tenait pas compte de E_____.
21. Les 14 janvier, 19 février et 21 mars 2019, la recourante a sollicité un délai pour produire un document d'état civil Sri Lankais indiquant que E_____ était sa fille.
22. Le 17 juin 2019, la recourante a indiqué qu'elle avait, en vain, effectué de nombreuses démarches pour obtenir une confirmation de son lien de filiation juridique avec E_____ ; elle a sollicité son audition par la chambre de céans.
23. Le 1^{er} juillet 2019, la chambre de céans a entendu l'avocate de la recourante et l'intimé en audience de comparution personnelle des parties. La recourante, convoquée, ne s'est pas présentée, sans excuse.

L'avocate de la recourante a déclaré : « J'ai tenté de joindre ma cliente dès que j'ai reçu la convocation le 21 juin 2019. Ceci en vain. Elle est peut-être absente de Genève. Je sais que ma cliente a consulté un avocat sur place, qui lui a dit qu'il fallait entamer une procédure judiciaire pour obtenir le document prouvant l'adoption, laquelle pourrait durer jusqu'à des années. J'ai moi-même consulté le Consulat à Genève, qui m'a dit qu'effectivement il fallait passer par un avocat sur place.

Nous ne pouvons pas nous prononcer sur le document de naissance fourni par le mari. Je ne sais pas à quel moment ma cliente a obtenu le document intitulé "Register of birth", lequel indique qu'elle est la mère de E_____. Je n'ai connaissance que du document fourni par ma cliente et qui figure au dossier AI. Je ne sais pas si celle-ci en possède un original ou non. Ma cliente m'a expliqué qu'avant la naissance, la famille s'était mise d'accord pour qu'elle et son époux soient les parents de l'enfant E_____. Je sais que les ex-époux ne sont pas en très bons termes, mais nous ne savons pas pourquoi son ex-époux a indiqué qu'il n'était pas le père de E_____. Celle-ci a d'ailleurs été informée du fait que ses parents étaient ses grands-parents au moment où l'ex-époux a écrit à la Caisse en mars 2018.

Je vérifierai si je peux trouver le document "Register of birth" en original. Je sais que ma cliente a essayé de l'obtenir au Sri Lanka, mais elle n'a pas réussi. E_____

a toujours vécu au Sri Lanka avec la mère de ma cliente et les deux enfants de celle-ci. Ma cliente retournait régulièrement au Sri Lanka.

La représentante de l'intimé a déclaré : « Nous sommes en présence de deux documents contradictoires. Elle a parfois indiqué qu'elle avait deux enfants, parfois trois. C'est par exemple le cas dans le jugement de divorce qui ne cite que deux enfants. Nous sommes d'accord pour dire qu'il n'y a plus de problème de recevabilité du recours, Mme A_____ ayant déposé le recours ».

24. Le 2 septembre 2019, l'assurée a indiqué qu'elle ne possédait plus le document original « register of birth » et a communiqué une copie du verso de ce document, lequel manquait au dossier AI.
25. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), 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-invalidité du 19 juin 1959 (LAI - RS 831.20).

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

2. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).
3. Le litige porte sur le bien-fondé de la demande de restitution à la recourante de CHF 41'553.-, singulièrement sur la question de savoir si une rente pour l'enfant E_____ était due du 1^{er} mars 2011 au 31 mars 2018.
4. Selon l'art. 35 al. 1 LAI, les hommes et les femmes qui peuvent prétendre une rente d'invalidité ont droit à une rente pour chacun des enfants qui, au décès de ces personnes, auraient droit à la rente d'orphelin de l'assurance-vieillesse et survivants.

Selon l'art. 38 al. 1 LAI, la rente pour enfant s'élève à 40 % de la rente d'invalidité correspondant au revenu annuel moyen déterminant. Si les deux parents ont droit à une rente pour enfant, les deux rentes pour enfants doivent être réduites dans la mesure où leur montant excède 60 % de la rente d'invalidité maximale. L'art. 35 de la LAVS est applicable par analogie au calcul de la réduction.

A teneur de l'art. 25 al. 1 à 3 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10), les enfants dont le père ou la mère est décédé ont droit à une rente d'orphelin. En cas de décès des deux parents, ils ont droit à deux rentes d'orphelin (al. 1). Les enfants trouvés ont droit à une rente d'orphelin (al. 2). Le Conseil fédéral règle le droit à la rente d'orphelin pour les enfants recueillis (al. 3).

-
5. L'art. 25 al. 1 et 2 LPGA prévoit que les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (al. 1). Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (al. 2).

Selon l'art. 4 al. 1 et 4 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002 (OPGA - RS 830.11), la restitution entière ou partielle des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, ne peut être exigée si l'intéressé se trouve dans une situation difficile (al. 1). La demande de remise doit être présentée par écrit. Elle doit être motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposée au plus tard trente jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution (al. 4).

6. a. En l'occurrence, la recourante prétend que E_____, la fille de son fils D_____, a été adoptée par elle-même et son ex-époux au Sri Lanka. Toutefois, au regard des pièces du dossier ce fait n'est pas établi, au degré de la vraisemblance prépondérante.

En effet, le certificat de naissance de E_____ (traduction anglaise) fourni par l'ex-époux de la recourante, mentionne que le père de E_____ est D_____ et la mère F_____. Le jugement de divorce du _____ 2007 du TPI et la convention de divorce du 10 novembre 2006 mentionnent que les ex-époux sont parents de deux enfants majeurs. Il n'est pas fait allusion à E_____. La convention de divorce mentionne que les enfants sont mariés et que les ex-époux sont devenus eux-mêmes grands-parents.

Le document « register of birth » transmis par la recourante, sur lequel figure le nom de E_____ ainsi que celui de la recourante et de son ex-époux comme parents de cette dernière, ne comprend aucun tampon du district register's office, ni du/de la traducteur/trice, contrairement au certificat de naissance traduit et communiqué par l'ex-époux de la recourante. Ce document « register of birth » n'est pas à même de démontrer une adoption de E_____ par ses grands-parents.

Dans ces conditions, il convient d'admettre que la recourante n'a pas été en mesure de prouver que E_____ est sa fille et celle de son ex-époux, de sorte que ceux-ci n'ont pas droit à une rente pour enfant ou enfant recueilli au sens de l'art. 35 LAI, étant relevé qu'elle n'allègue pas avoir recueilli l'enfant E_____.

Au vu de ce qui précède, les prestations touchées par la recourante à ce titre l'ont été indûment, de sorte qu'elles doivent être restituées.

- b. La caisse a été informée par l'ex-époux de la recourante le 26 mars 2018 (date de la réception du courrier du 24 mars 2018) que E_____ n'était pas sa fille ni celle de la recourante. La décision de restitution du 18 juin 2018 respecte ainsi le délai de prescription d'un an à partir de la connaissance du fait (art. 25 al. 2 LPGA). Par

ailleurs, en réclamant à la recourante la restitution des prestations versées du 1^{er} mars 2011 au 31 mars 2018, l'intimé a appliqué un délai de prescription de sept ans, soit issu de la prescription pénale.

Il revient à l'administration, de même qu'au juge en cas de recours, d'examiner à titre préjudiciel si les circonstances correspondant à une infraction pénale sont réunies et, partant, si un délai de péremption plus long que le délai de cinq ans est applicable dans le cas particulier. Pour que le délai de péremption plus long prévu par le droit pénal s'applique, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'infraction ait été condamné (ATF 140 IV 206 consid. 6.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_592/2007 du 20 août 2008 consid. 5.3 et les références). Les exigences constitutionnelles en matière d'appréciation des preuves en procédure pénale s'appliquent ; une vraisemblance même prépondérante ne suffit pas (ATF 138 V 74 consid. 7 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_592/2007 du 10 août 2008 consid. 5.3).

L'intimé se prévaut de la violation des art. 87 al. 1 LAVS et 148a CP.

A teneur de l'art 87 LAVS, notamment celui qui, par des indications fausses ou incomplètes, ou de toute autre manière, aura obtenu, pour lui-même ou pour autrui, sur la base de la présente loi, une prestation qui ne lui revient pas, et celui qui aura manqué à son obligation de communiquer (art. 31, al. 1, LPGA), sera puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou d'un délit frappé d'une peine plus lourde.

Selon l'art 148a du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0 - CP), quiconque, par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon, induit une personne en erreur ou la conforte dans son erreur, et obtient de la sorte pour lui-même ou pour un tiers des prestations indues d'une assurance sociale ou de l'aide sociale, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1). Dans les cas de peu de gravité, la peine est l'amende (al. 2).

Selon l'art. 97 al. 1 let. b à d CP (abstraction faite de la let. a, visant des infractions passibles d'une peine privative de liberté à vie), l'action pénale se prescrit par quinze ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté de plus de trois ans (let. a), par dix ans si la peine maximale encourue est une peine privative de liberté de trois ans (let. c), et par sept ans si la peine maximale encourue est une autre peine (let. d). Cette disposition s'applique depuis le 1^{er} janvier 2014, date d'entrée en vigueur de la « prorogation des délais de prescription » adoptée par la modification du CP du 21 juin 2013 (RO 2013 4417 ; FF 2012 8533). Antérieurement, l'action pénale se prescrivait par quinze ans pour les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans et par sept ans pour les infractions passibles d'une autre peine (abstraction faite, là aussi, des infractions passibles d'une peine privative de liberté à vie).

En l'occurrence, si, à l'examen des documents d'état civil Sri-Lankais fournis au dossier il apparaît, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'une adoption de

E_____ par la recourante et son ex-époux ne peut être démontrée, il n'est pas établi, au degré de preuve requis en procédure pénale, que le document « register of birth » est un faux ou que les ex-époux n'ont, avec certitude, pas adopté E_____ au Sri Lanka.

Partant, la condition pour admettre une violation des art. 87 al. 1 LAVS et/ou 148a CP ne sont pas remplies et la prescription applicable doit être celle de cinq ans, issue de l'art. 25 al. 2 LPGA, et non pas celle de sept ans issue de l'art. 97 CP.

7. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la décision litigieuse réformée dans le sens que la restitution devra respecter un délai de prescription de cinq ans. La cause sera renvoyée à l'intimé pour nouveau calcul du montant à restituer.
8. Vu l'issue du litige, une indemnité de CHF 1'200.- sera alloué à la recourante.

Etant donné que, depuis le 1^{er} juillet 2006, la procédure n'est plus gratuite (art. 69 al. 1bis LAI), au vu du sort du recours, il y a lieu de condamner l'intimé au paiement d'un émolument de CHF 200.-.

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Réforme la décision de l'intimé du 18 juin 2018, dans le sens des considérants.
4. Renvoie la cause à l'intimé, dans le sens des considérants.
5. Alloue une indemnité de CHF 1'200.- à la recourante, à la charge de l'intimé.
6. Met un émolument de CHF 200.- à la charge de l'intimé.
7. 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

Julia BARRY

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