

## **GE\_GERICHTE ATAS/438/2015 vom 17. Juni 2015**

GE Cour de justice, 2015-06-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_438\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_438_2015)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/438/2015 du 17 juin 2015

IT: GE\_GERICHTE ATAS/438/2015 del 17 giugno 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 et 7 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1er 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-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) et de la loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile (LAPG - RS 834.1). Elle connaît en outre des contestations prévues à l'art. 20 de la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat - J 5 07) (art. 134 al. 3 let. f LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

#### **E. 2**

La LPGA, entrée en force le 1er janvier 2003, est applicable à la LAPG (art. 1 LAPG).

#### **E. 3**

Déposé en la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56ss LPGA).

#### **E. 4**

Le litige porte sur l'obligation de la recourante de restituer à l'intimée un montant de CHF 55'964.- perçu à titre d'allocations de maternité fédérales et cantonales. En effet, l'opposition de la recourante était dirigée contre les deux décisions de l'intimée, laquelle n'a d'ailleurs pas distingué entre les prestations fédérales et cantonales dans sa décision sur opposition. Dans la mesure où la demande de remise ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force, la remise et son étendue font l'objet d'une procédure distincte (cf. art. 4 al. 2 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales [OPGA - RS 830.11], arrêt du Tribunal fédéral 8C\_602/2007 du 13 décembre 2007 consid. 3). Ce point ne sera ainsi pas examiné dans le cadre de la présente procédure.

A/872/2014 - 7/14 -

#### **E. 5**

Selon l'art. 16b al. 1 LAPG, ont droit à l'allocation les femmes qui ont été assurées obligatoirement au sens de la LAVS durant les neuf mois précédant l'accouchement (let. a); ont, au cours de cette période, exercé une activité lucrative durant cinq mois (let. b); et à la date de l'accouchement sont salariées au sens de l'art. 10 LPGA (ch. 1), exercent une activité indépendante au sens de l'art. 12 LPGA, ou (ch. 2) travaillent dans l'entreprise de leur mari contre un salaire en espèces (ch. 3) (let. c). Au plan cantonal, l'art. 4 LAMat

reprend le cercle des bénéficiaires défini à l'art. 16b al. 1 LPGA, moyennant certaines adaptations sans portée en l'espèce.

#### **E. 6**

Selon l'art. 1a al. 1 LAVS, sont assurés conformément à la présente loi: les personnes physiques domiciliées en Suisse (let. a); les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative (let. b); les ressortissants suisses qui travaillent à l'étranger: au service de la Confédération (ch. 1), au service d'organisations internationales avec lesquelles le Conseil fédéral a conclu un accord de siège et qui sont considérées comme employeurs au sens de l'art. 12 (ch. 2), au service d'organisations d'entraide privées soutenues de manière substantielle par la Confédération en vertu de l'art. 11 de la loi fédérale du 19 mars 1976 sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales (ch. 3) (let. c). Selon l'alinéa deuxième de cette disposition, ne sont pas assurés: les ressortissants étrangers qui bénéficient de privilèges et d'immunités, conformément aux règles du droit international public (let. a); les personnes affiliées à une institution officielle étrangère d'assurance-vieillesse et survivants si l'assujettissement à la présente loi constituait pour elles un cumul de charges trop lourdes (let. b); les indépendants et les salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations, lorsqu'ils ne remplissent les conditions énumérées à l'al. 1 que pour une période relativement courte; le Conseil fédéral règle les modalités (let. c). L'art. 1a al. 4 LAVS précise que peuvent adhérer à l'assurance: les personnes domiciliées en Suisse qui ne sont pas assurées en raison d'une convention internationale (let. a); les membres du personnel de nationalité suisse d'un bénéficiaire institutionnel de privilèges, d'immunités et de facilités visé à l'art. 2, al. 1, de la loi du 22 juin 2007 sur l'Etat hôte, qui ne sont pas obligatoirement assurés en Suisse en raison d'un accord conclu avec ledit bénéficiaire (let. b); les conjoints sans activité lucrative, domiciliés à l'étranger, de personnes qui exercent une activité lucrative et qui sont assurées en vertu de l'al. 1, let. c, ou al. 3, let. a, ou en vertu d'une convention internationale (let. c).

#### **E. 7**

Selon l'art. 12 al. 2 LAVS, sont tenus de payer des cotisations tous les employeurs ayant un établissement stable en Suisse ou occupant dans leur ménage des personnes obligatoirement assurées. L'art. 6 LAVS dispose que les salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations versent des cotisations de 8,4 % sur leur salaire déterminant (al. 1). Les cotisations des assurés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations peuvent être perçues conformément à l'art. 14, al. 1, si l'employeur y consent. Le taux de cotisation s'élève alors à 4,2 % du salaire déterminant pour chacune des parties (al. 2). Aux termes de l'art. 14 al. 1

A/872/2014 - 8/14 - LAVS, les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante sont retenues lors de chaque paie. Elles doivent être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation d'employeur.

#### **E. 8**

L'art. 1b let. a du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS – RS 831.101) précise que sont notamment considérés comme ressortissants étrangers bénéficiant de privilèges et d'immunités au sens de l'art. 1a al. 2 let. a LAVS, les membres du personnel des missions diplomatiques, des missions permanentes ou autres représentations auprès des organisations intergouvernementales et des missions spéciales visées à l'art. 2 de la loi du 22 juin 2007 sur l'Etat hôte, ainsi que les membres de leur famille sans activité lucrative.

L'art. 33 par. 1 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) prévoit que sous réserve des dispositions du par. 3 du présent article, l'agent diplomatique est, pour ce qui est des services rendus à l'Etat accréditant, exempté des dispositions de sécurité sociale qui peuvent être en vigueur dans l'Etat accréditaire. Selon l'art. 33 par. 4, l'exemption prévue aux par. 1 et 2 du présent article n'exclut pas la participation volontaire au régime de sécurité sociale de l'Etat accréditaire pour autant qu'elle est admise par cet Etat. L'art. 37 de la Convention précitée dispose que les membres du personnel administratif et technique de la mission, ainsi que les membres de leurs familles qui font partie de leurs ménages respectifs, bénéficient, pourvu qu'ils ne soient pas ressortissants de l'Etat accréditaire ou n'y aient pas leur résidence permanente, des privilèges et immunités mentionnés dans les art. 29 à 35, sauf que l'immunité de la juridiction civile et administrative de l'Etat accréditaire mentionnée au par. 1 de l'art. 31 ne s'applique pas aux actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions. Ils bénéficient aussi des privilèges mentionnés au par. 1 de l'art. 36 pour ce qui est des objets importés lors de leur première installation (par. 2). Les membres du personnel de service de la mission qui ne sont pas ressortissants de l'Etat accréditaire ou n'y ont pas leur résidence permanente bénéficient de l'immunité; pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, et de l'exemption des impôts et taxes sur les salaires qu'ils reçoivent du fait de leurs services, ainsi que de l'exemption prévue à l'art. 33 (par. 3). Aux termes de l'art. 17 al. 1 de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (OLEH – RS 192.121), le DFAE délivre une carte de légitimation aux membres du personnel des bénéficiaires institutionnels établis en Suisse qui bénéficient de privilèges et d'immunités et aux personnes autorisées à les accompagner. Il détermine les conditions d'octroi et les différents types de cartes de légitimation. La carte de légitimation du DFAE sert de titre de séjour en Suisse, atteste des privilèges et des immunités dont jouit son titulaire et exempte ce dernier de l'obligation du visa pour la durée de ses fonctions (art. 17 al. 3 OLEH).

A/872/2014 - 9/14 - Selon le chapitre Immunité du Manuel pour les organisations internationales et les missions permanentes, publié par la Mission permanente de la Suisse à Genève, qui peut être consulté en ligne sur son site (<https://www.eda.admin.ch/missions/mission-onu-omc-aele-geneva/fr/mission-geneve/manuel-application-regime/manuel-immunite/immunite-personne.html>), les membres du personnel de service sont titulaires d'une carte de légitimation de type E.

## **E. 9**

En vertu de l'art. 25 al. 1 1ère phrase LPGA, en relation avec l'art. 2 al. 1 let. a OPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées par le bénéficiaire ou par ses héritiers. Selon la jurisprudence, cela implique que soient réunies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision – formelle ou non – par laquelle les prestations ont été accordées (ATF 130 V 318 consid. 5.2). La modification de décisions d'octroi de prestations complémentaires peut avoir un effet ex tunc – et partant justifier la répétition de prestations déjà perçues – lorsque sont réalisées les conditions qui président à la révocation, par son auteur, d'une décision administrative (arrêt du Tribunal fédéral des assurances P 39/05 du

## **E. 10**

En vertu de l'art. 25 al. 2 1ère phrase LPGA, 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. a) Les délais de l'art. 25 al. 2 LPGA sont des délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_968/2012 du 18 novembre 2013 consid. 2.2). Le délai de péremption ne peut être ni interrompu, ni suspendu (ATF 111 V 135 consid. 3b). En revanche, l'exercice du droit ou l'accomplissement des actes nécessaires à son exercice dans le délai exclut une fois pour toute que le droit se périmé (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 167/04 du 18 mars 2005 consid. 4.2.1). b) Le délai de péremption relatif d'une année commence à courir dès le moment où l'administration aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 122 V 270 consid. 5a). L'administration doit disposer de tous les éléments qui sont décisifs dans le cas concret et dont la connaissance fonde - quant à son principe et à son étendue - la créance en restitution à l'encontre de la personne tenue

A/872/2014 - 10/14 - à restitution (ATF 111 V 14 consid. 3). L'administration doit faire preuve de toute l'attention que l'on peut exiger d'elle, notamment dans les investigations qui se révèlent éventuellement nécessaires pour que sa connaissance encore insuffisante du cas puisse être complétée de telle manière que son droit à la restitution soit bien fondé. Si elle n'entreprend pas les efforts nécessaires pour se faire une idée claire, dans un délai raisonnable, sur sa créance encore insuffisamment précise, sa négligence ne saurait avoir des conséquences favorables pour elle et défavorables pour l'assuré. Dans un tel cas, il faut bien plutôt fixer le début du délai de péremption à la date à laquelle l'administration aurait pu, en faisant l'effort nécessaire et exigible, compléter sa connaissance du cas de telle manière que son droit à la restitution acquière toute la précision voulue et qu'il lui soit possible de rendre une décision (ATF 112 V 180 consid. 4a et b ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 70/06 du 30 juillet 2007 consid. 5.1). La jurisprudence a précisé que l'autorité doit entreprendre les démarches nécessaires à clarifier le caractère éventuellement indu des prestations dès qu'elle a connaissance d'un indice en ce sens (arrêt du Tribunal fédéral des assurances 8C\_529/2012 du 18 décembre 2012 consid. 5.2). Lorsque l'assureur doit entreprendre des investigations complémentaires, celles-ci doivent être mises en œuvre dans un délai adéquat, faute de quoi le délai d'une année commence à courir (Ueli KIESER, ATSG-Kommentar: Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, 2ème éd. 2009, n. 39 ad art. 25). c) A titre d'exemples, le Tribunal fédéral a considéré que l'assurance-invalidité qui disposait d'un indice selon lequel l'assuré avait repris une activité lucrative et qui procédait aux clarifications nécessaires quelque trois mois et demi plus tard agissait dans un délai raisonnable. Il a en outre précisé que le délai de péremption ne commence pas à courir seulement à réception des renseignements qui fondent concrètement la demande de restitution (SVR 2001 IV n° 30 consid. 2 e et f). Dans un cas reposant sur un état de fait similaire, le Tribunal fédéral a admis que le délai de péremption d'une année commençait à courir à réception du questionnaire rempli par l'employeur, dès lors que l'autorité avait procédé aux investigations complémentaires sans retard inacceptable, puisqu'elle avait entrepris les mesures d'instruction nécessaires dans un délai de moins de deux mois (ATF 112 V 180 consid. 4c). S'agissant d'une modification des bases de calcul de rente à la suite d'un divorce dont la caisse de compensation a eu connaissance en décembre 1999, un délai d'un mois pour rassembler les comptes individuels a été qualifié de largement suffisant, la décision de restitution datée de février 2001 étant dès lors tardive (SVR 2004 IV N°41

consid. 4.3). En ce qui concerne une recherche d'héritiers auprès desquels l'assurance-invalidité devait faire valoir sa créance en restitution, le Tribunal fédéral a relevé que l'autorité ne pouvait se contenter d'attendre que les autres assurances lui communiquent les renseignements nécessaires, mais qu'elle devait mettre en œuvre ses propres investigations pour

A/872/2014 - 11/14 - rechercher les débiteurs. Un délai de deux mois pour obtenir les précisions nécessaires à la demande de restitution a été jugé adéquat, compte tenu des difficultés du cas d'espèce – le défunt laissant pour seuls héritiers une sœur habitant à l'étranger et un frère avec lequel il n'entretenait plus de contact (arrêt du Tribunal fédéral des assurances P 41/00 du 8 octobre 2002 consid. 5.3). Notre Haute Cour a à plusieurs reprises répété qu'un délai de quatre mois à compter de la connaissance de l'indice pouvant mener à la restitution est approprié pour recueillir les renseignements complémentaires nécessaires (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_64/2011 du 7 novembre 2011 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 24/02 du 11 février 2004 consid. 3.2).

#### **E. 11**

En l'espèce, il est incontestable que la recourante n'était pas assujettie au paiement de cotisations sociales. En effet, ressortissante de la République de B\_\_\_\_\_, elle était engagée au service de la Mission durant les périodes litigieuses, et était à ce titre au bénéfice d'une carte de légitimation de type E. Ainsi, conformément à l'art. 1a al. 2 let. a LAVS et au droit international public, elle ne pouvait être assujettie à l'AVS. En particulier, la possibilité d'une participation volontaire au régime de la sécurité sociale de l'Etat accréditaire, réservée par l'art. 33 par. 4 de la Convention de Vienne, n'existe pas s'agissant de la Suisse. En effet, la seule forme d'assurance volontaire que connaît le droit de l'AVS est l'assurance facultative des ressortissants suisses résidant à l'étranger, aux conditions fixées par l'art. 2 LAVS (ATF 110 V 145 consid. 3c). La 10ème révision de l'AVS a certes amené une modification sur ce point, puisque l'art. 1a al. 4 let. b LAVS prévoit désormais que les membres du personnel de nationalité suisse d'un bénéficiaire institutionnel de privilèges, d'immunités et de facilités visé à l'art. 2, al. 1, de la loi du 22 juin 2007 sur l'Etat hôte, qui ne sont pas obligatoirement assurés en Suisse en raison d'un accord conclu avec ledit bénéficiaire, peuvent adhérer à l'assurance. Ainsi, les non Suisses qui bénéficient de l'égalité de traitement en vertu d'une convention internationale pourraient également faire usage de cette disposition (Pierre-Yves GREBER, Jean-Louis DUC, Gustavo SCARTAZZINI, Commentaire des articles 1 à 16 LAVS, 1997, p. 67 n. 114). La Suisse n'a cependant pas conclu de telle convention avec la République de B\_\_\_\_\_. Partant, le caractère erroné de l'assujettissement de la recourante et le montant conséquent des cotisations en cause justifient la révocation de son affiliation. Les conditions de la reconsidération étant remplies, c'est à juste titre que l'intimée est revenue sur les décisions fixant les cotisations de la recourante, adressées à la Mission, quand bien même on peut s'étonner que l'intimée n'ait pas jugé utile de communiquer à la recourante ses décisions de révocation de l'affiliation.

#### **E. 12**

L'affiliation de la recourante ayant été annulée avec effet rétroactif par la reconsidération des décisions de l'intimée, le versement de prestations de maternité ne reposait pas sur un titre valable. Ces prestations ont donc été perçues indûment.

A/872/2014 - 12/14 - Reste à déterminer si l'intimée a agi dans le délai de péremption prévu à l'art. 25 al. 2 LPGA. S'il faut suivre l'intimée en tant qu'elle affirme qu'elle n'a pas à procéder dans chaque cas à un examen détaillé des conditions d'assujettissement de chaque salarié mentionné dans un formulaire annuel d'annonce de salaires, la catégorie particulière d'employeurs dont fait partie la Mission devait l'inciter à faire preuve d'une attention particulière dans ses pourparlers avec cet employeur. Il semble que l'intimée se soit assurée, lors d'un entretien téléphonique avec la Mission en 2006, que cette dernière connaissait les conditions spécifiques applicables à cette catégorie d'employeurs et aux employés bénéficiant de privilèges diplomatiques. La recourante ne faisait alors pas partie du personnel de la Mission, de sorte qu'on ne peut reprocher à l'intimée de ne pas avoir examiné sa situation en détail et refusé son affiliation en 2006. Cela étant, la Mission a adressé une première demande d'allocations de maternité à l'intimée en mars 2008, accompagnée de documents qui ne laissaient aucun doute sur le caractère erroné de l'affiliation de la recourante. En effet, le formulaire était accompagné d'une copie de la carte de légitimation délivrée par le DFAE, attestant de privilèges diplomatiques incompatibles avec l'assujettissement de la recourante à l'AVS. Ainsi, l'intimée disposait à ce moment de tous les éléments qui lui permettaient de reconnaître que c'était par erreur que la recourante avait été assujettie. A supposer qu'elle n'ait pas su à quelle catégorie de personnel les cartes de légitimation de type E étaient délivrées, il lui appartenait de se renseigner dans de brefs délais auprès du DFAE sur la portée des privilèges que cette carte confère à ses détenteurs. On soulignera en outre que l'annexe 14 des Directives sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI (DAA) contient un récapitulatif des différentes cartes de légitimation du DFAE. Or, même en tenant compte d'un très large délai de trois mois pour procéder aux vérifications nécessaires sur la légitimité de l'assujettissement de la recourante, le délai d'une année pour révoquer son assujettissement échéait au plus tard à fin juin 2008. Le délai de péremption relatif d'une année s'est ainsi achevé en juin 2009. Par surabondance, quand bien même on considérerait que le délai de péremption n'a commencé à courir que lorsque l'intimée a pour la deuxième fois reçu les documents lui permettant de se rendre compte du fait qu'elle avait affilié la recourante et lui avait octroyé des prestations de maternité par erreur, soit à réception de la deuxième demande d'allocations de maternité en janvier 2011, il se serait alors terminé au plus tard à fin avril 2012. Ainsi, contrairement à ce qu'affirme l'intimée, le caractère erroné de l'affiliation de la recourante était aisément reconnaissable lors des demandes de prestation qui lui ont été adressées, ce qui fait courir le délai de péremption de l'art. 25 al. 2 LPGA. Or, les décisions de l'intimée exigeant la restitution des prestations de maternité sont datées du 8 février 2013. Partant, l'intimée était manifestement forclosé à réclamer la restitution des allocations octroyées à la recourante. En particulier, les déclarations de la Mission à l'intimée, selon lesquelles elle rembourserait une partie

A/872/2014 - 13/14 - du montant réclamé à la recourante, ne modifient pas cet état de fait. Elles ne sont d'ailleurs pas opposables à cette dernière, dès lors qu'il s'agit d'une res inter alios acta, soit d'une convention à laquelle elle n'est pas partie. Partant, en vertu du principe de la relativité des conventions, on ne saurait leur reconnaître une quelconque incidence sur la situation de la recourante.

### **E. 13**

Eu égard à ce qui précède, le recours est bien fondé et la décision de l'intimée doit être annulée. La recourante, qui n'est pas représentée, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g

LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/872/2014 - 14/14 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES  
SOCIALES : Statuant A la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte  
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.