REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1434/2007 **ATAS/870/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 21 août 2007

En la cause

Madame M_____, domiciliée , 1006 LAUSANNE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître BLOCH Jean-Pierre	recourante
contre	
CAISSE D'ALLOCATIONS FAMILIALES DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES, sise rue de Saint-Jean 98 à GENEVE	intimée
Monsieur A_____, domicilié , LAUSANNE	appelé en cause

Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Christine TARRIT DESHUSSES et Monique STOLLER FULLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame M_____ (ci-après l'intéressée) exerce depuis le 1er septembre 2003 une activité lucrative salariée pour la société X_____ SA, société affiliée auprès de la CAISSE D'ALLOCATIONS FAMILIALES DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES (ci-après la caisse). Son époux, Monsieur A_____ travaille pour la société Y_____ Ltd, succursale de Corseaux, entreprise affiliée auprès du Centre patronal vaudois, service des allocations familiales. Tous deux sont domiciliés à Lausanne.

2. L'intéressée a déposé une première demande d'allocations familiales auprès de la caisse le 28 juillet 2004 pour ses deux enfants nés en 1997 et en 2000. Elle a indiqué que ni elle ni son époux n'avaient jamais reçu d'allocations pour eux.

3. Le 16 juin 2004, le Centre patronal vaudois a confirmé que Monsieur A_____ ne recevait pas d'allocations. Le 25 août 2004. l'employeur de celui-ci a précisé que les allocations n'avaient jamais été demandées pour lui, pensant qu'il n'y avait pas droit car il était seul actionnaire de la société.

4. Par ordonnance sur mesures provisionnelles du 11 janvier 2005, le Président du Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne a confié la garde des deux enfants à leur père, lui a attribué la jouissance du domicile conjugal et a condamné l'intéressée au paiement d'une pension mensuelle de 600 fr., allocations familiales en sus, pour l'entretien de sa famille.

5. L'intéressée a déposé le 12 août 2005 auprès de la caisse une nouvelle demande d'allocations. Elle précise dans le questionnaire ad hoc qu'elle a perçu de la caisse PANVICA des allocations du 1er avril au 21 août 2003, et que le Centre patronal vaudois avait mis son époux au bénéfice d'allocations depuis février 2005.

6. Par décision du 31 août 2005, la caisse a alloué à l'intéressée des allocations pour ses deux enfants pour la période du 1er septembre 2003 au 31 janvier 2005, étant précisé que dès cette date, il incombait au père des enfants d'effectuer les démarches auprès de la Caisse d'allocations familiales de son employeur.

7. Le 5 septembre 2005, Monsieur A_____ a informé la caisse que son épouse et lui-même avaient effectué simultanément des démarches pour l'octroi des arriérés d'allocations familiales. Il a ainsi communiqué à la caisse copie de la décision rendue par le Centre patronal vaudois le 3 juin 2005, aux termes de laquelle il avait droit à des allocations du 1er mai 2003 au 30 septembre 2004, puis dès le 1er février 2005.

8. Par décision du 7 septembre 2005 confirmée sur opposition le 29 mars 2007, la caisse a dès lors réclamé à l'intéressée le paiement de la somme de 6'800 fr., représentant les allocations versées à tort du 1er septembre 2003 au 31 janvier 2005.

9. L'intéressée a formé opposition le 5 octobre 2005. Elle dit avoir fait parvenir à la caisse diverses pièces dont une attestation selon laquelle son époux reconnaissait ne pas toucher d'allocations familiales. Elle verse également au dossier la photocopie de trois extraits du registre du commerce qui démontrent que son époux est administrateur de plusieurs sociétés, dont elle se demande au nom de laquelle il a pu obtenir des allocations familiales.

10. Par courrier du 20 octobre 2005, la caisse a informé l'intéressée qu'elle maintenait sa décision de restitution du 7 septembre 2005.

    Les 26 avril et 27 septembre 2006, elle lui a adressé des rappels de paiement.

    Le 7 mars 2007, la caisse a dirigé une poursuite contre l'intéressée pour le montant de 6'800 fr.

11. Par décision du 29 mars 2007, la caisse a rejeté l'opposition du 5 octobre 2005. Elle explique préalablement qu'elle n'avait pas immédiatement considéré que la lettre du 5 octobre 2005 constituait une opposition, raison pour laquelle un commandement de payer avait été notifié à l'intéressée. Elle confirme ainsi qu'elle annule cette poursuite.

    Au fond, elle considère que la condition de bonne foi n'est pas réalisée, au motif que lorsque l'intéressée avait déposé sa seconde demande d'allocations familiales, elle savait que son époux avait été mis au bénéfice d'allocations depuis mai 2003 pour le Centre patronal vaudois.

    La caisse a par ailleurs informé l'intéressée que sur présentation de justificatifs concernant le paiement de la pension aux enfants et le paiement des allocations versées par le Centre patronal vaudois, service des allocations familiales depuis février 2005, elle pourrait lui verser un différentiel jusqu'à concurrence du montant des allocations genevoises.

12. L'intéressée, représentée par Maître Jean-Pierre BLOCH, avocat à Lausanne, a interjeté recours le 5 avril 2007 contre ladite décision sur opposition. Elle soutient qu'au moment où elle a formulé sa demande auprès de la caisse, elle a fait parvenir toute la documentation qui lui était objectivement possible de se procurer. Elle ne sait pas au titre de quelle société, dont son époux était administrateur, celui-ci a pu obtenir le versement d'allocations. Elle rappelle que son époux a signé une attestation déclarant qu'il ne touchait pas d'allocations familiales, que dès lors si quelqu'un doit être considéré comme "coupable", c'est manifestement le cas de celui-ci.

13. Dans sa réponse du 11 mai 2007, la caisse relève qu'entre le 1er septembre 2003 et le 31 janvier 2005, les époux n'étaient vraisemblablement pas encore séparés, l'ordonnance sur mesures provisionnelles n'ayant été rendue que le 11 janvier 2005. Elle constate également que lorsque son époux et elle ont signé la demande

d'allocations le 22 juillet 2005, c'était après que Monsieur A_____ ait été mis au bénéfice d'allocations par le Centre patronal vaudois, service des allocations familiales. Ce dernier a rendu deux décisions le même jour, soit le 3 juin 2005, l'une portant sur les allocations dès le 1er mai 2003, la seconde sur celles dès le 1er février 2005. L'intéressée prétend ne pas avoir eu connaissance de la première. Enfin celle-ci concernait une période durant laquelle elle avait également touché des allocations de la caisse PANVICA, soit entre le 1er mai et le 21 août 2003. La caisse a dès lors conclu au rejet du recours.

14. Par ordonnance du 13 juin 2007, le Tribunal de céans a appelé en cause Monsieur Angelo A_____.

15. Dans le délai imparti, celui-ci, par courrier du 21 juin 2007, a rappelé que l'intéressée savait qu'il avait lui-même déposé auprès de sa propre caisse une demande d'allocations et a indiqué que lorsqu'il avait pris connaissance de la décision d'octroi de la caisse genevoise du 31 août 2005, il avait signalé à l'intéressée qu'elle n'y avait probablement pas droit puisque lui-même avait reçu des allocations. Il a par ailleurs déclaré que les allocations genevoises ne lui avaient pas été reversées en faveur des enfants.

16. Ce courrier a été transmis aux parties et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56 V al. 2 let. e LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 38 de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (LAF).

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

2. Le recours, interjeté en temps utile, est recevable (art. 38 LAF).

3. L'objet du recours porte sur la question de savoir si les prestations qui ont été versées à l'intéressée du 1er septembre 2003 au 31 janvier 2005 l'ont été à tort, et le cas échéant, si les conditions permettant de lui accorder la remise de l'obligation de rembourser sont réalisées.

4. L'art. 2 LAF définit quelles sont les personnes assujetties à la loi. Il s'agit :

   a) des personnes salariées au service d'un employeur tenu de s'affilier à une caisse d'allocations familiales ou d'un employeur de personnel de maison domicilié dans le canton;

   b) des personnes, domiciliées dans le canton, qui exercent une activité indépendante ou qui paient des cotisations à l'assurance-vieillesse et survivants en tant que salariés d'un employeur non tenu de cotiser;

c) des personnes sans activité lucrative, domiciliées dans le canton et assujetties à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946.

L'intéressée, exerçant une activité lucrative salariée au service d'un employeur affilié à une caisse d'allocations genevoises, est assujettie au sens de la LAF.

5. Aux termes de l'art. 3 LAF, une personne assujettie à la loi peut bénéficier des allocations familiales si elle a la garde d'un ou de plusieurs enfants ou si elle exerce l'autorité parentale ou encore si elle en assume l'entretien de manière prépondérante et durable.

Il n'est pas contesté en l'espèce que selon l'ordonnance rendue sur mesures provisionnelles par le Tribunal vaudois en date du 11 janvier 2005, la garde des enfants a été confiée à leur père. Les allocations ont ainsi été octroyées à celui-ci depuis février 2005 par la caisse vaudoise à laquelle est affilié son employeur

6. Durant la période antérieure à ladite ordonnance, soit en l'occurrence de septembre 2003 à janvier 2005, l'intéressée remplit les conditions d'octroi des allocations selon les art. 2 lettre a et 3 LAF.

L'art. 9 LAF prévoit toutefois que:

"Le même enfant ne donne pas droit à plus d'une allocation du même genre.

Sous réserve des dispositions particulières du règlement d'exécution ou des conventions et accords visés à l'article 45, alinéa 2, les allocations prévues par la présente loi ne sont pas dues si le même enfant ouvre droit à des prestations familiales en vertu d'une autre législation ou de rapports de service régis par le droit public interne ou international."

Or, le père des enfants a perçu des allocations vaudoises du 21 août 2003 au 30 septembre 2004.

Les allocations versées du 1er septembre 2003 au 30 septembre 2004 par la caisse à l'intéressée l'ont donc été à tort vu le cumul des prestations au sens de l'art. 9 LAF.

7. Il est vrai que d'octobre 2004 à janvier 2005, seules les allocations genevoises, à l'exclusion de toute autre, ont été versées pour les enfants, ce qui implique l'absence de cumul; il n'en est pas moins vrai en revanche que les enfants ouvrent également droit pour cette période à des prestations en vertu de la législation vaudoise.

S'agissant de conflits positifs de droit entre cantons – conflits qu'aucun concordat intercantonal ne règle à l'heure actuelle – le Tribunal de céans a récemment jugé, se basant sur un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 11 juillet 2003 (ATF 2P.131/2002 publié in ATF 129 I 265), que la législation européenne pouvait s'appliquer par analogie (cf. ATAS 267/2005 du 5 avril 2005).

Retenant, à l'instar du Tribunal fédéral, que les dispositions européennes exerçaient une influence directe sur la Suisse, non seulement dans ses relations avec les autres Etats européens, mais également dans les relations intercantonales, le Tribunal de céans a estimé qu'il se justifiait d'appliquer par analogie la législation européenne et d'appliquer ainsi en priorité le droit du canton de résidence des enfants (cf. les règles de conflit figurant aux art. 73 et 76 du règlement (CEE) n°1408/71 du conseil (05.20.40.20).

Il convient dès lors d'appliquer dans son ensemble les dispositions prévues par le droit européen en cas de cumul. Ainsi, l'art. 76 al. 1 du règlement n°1408/71 prévoit des règles de priorité en cas de cumul de droits à prestations familiales en vertu de la législation de l'État compétent et en vertu de la législation du pays de résidence des membres de la famille : lorsque des prestations familiales sont, au cours de la même période, pour le même membre de la famille et au titre de l'exercice d'une activité professionnelle, prévues par la législation de l'État membre sur le territoire duquel les membres de la famille résident, le droit aux prestations familiales dues en vertu de la législation d'un autre État membre, le cas échéant en application des articles 73 ou 74, est suspendu jusqu'à concurrence du montant prévu par la législation du premier État membre.

Une telle solution va d'ailleurs dans le sens des débats qui se déroulent actuellement en matière d'allocations familiales devant le parlement. En effet, l'art. 3a al. 4 du projet de loi modifiant la LAF actuellement en consultation prévoit, s'agissant du « concours intercantonal », qu'en application, par analogie, des règles de coordination découlant de l'Accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, l'ordre de priorité est le suivant : a) le canton dans lequel est exercée l'activité lucrative est compétent pour verser les allocations familiales ; b) lorsque les deux parents exercent une activité lucrative dans différents cantons et remplissent dans chacun des cantons les conditions d'ouverture du droit aux prestations, il appartient au canton de domicile des enfants de verser les allocations familiales. L'autre canton doit, le cas échéant, payer un complément différentiel si ses prestations sont plus élevées que celles du canton de domicile des enfants.

8. En résumé, eu égard aux considérations qui précèdent, le droit aux allocations familiales est ouvert dans le canton de Vaud en priorité, tant pour la période d'octobre 2004 à janvier 2005, que pour la période antérieure de septembre 2003 à septembre 2004, puisque les enfants sont domiciliés à Lausanne. Le droit de la mère à des allocations familiales est cependant également admis par le droit cantonal genevois, le cumul n'existant qu'à hauteur du montant versé par la caisse d'allocations familiales vaudoises. Conformément à la jurisprudence du TF et à l'application par analogie des règles européennes qu'elle entraîne, il appartient ainsi à la caisse de verser le complément différentiel.

C'est en conséquence à juste titre que la caisse a réclamé à l'intéressée le remboursement de la somme de 6'800 fr., représentant les allocations versées à tort du 1er septembre 2003 au 31 janvier 2005, sous déduction toutefois du complément différentiel.

9. Selon l'art. 12 al. 2 et 3 LAF (teneur du 1er janvier 1999), les allocations perçues sans droit doivent être restituées. Toutefois, la restitution n'est pas demandée, lorsque celui auquel elles ont été payées était de bonne foi et que ses ressources financières sont modestes.

Le droit de demander la restitution se prescrit par 2 ans à compter du moment où la caisse d'allocations familiales a eu connaissance des faits, mais au plus tard 5 ans après le paiement indu. Si ce droit naît d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est alors déterminant.

L'art. 4 du règlement d'application de la LAF du 10 octobre 2001 (RELAF), entré en vigueur le 1er octobre 2004, précise la notion de condition financière modeste par application analogique de l'art. 5 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002 (OPGA) et renvoie pour le surplus à l'art. 25 de la loi sur la partie générale des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA).

Cependant, l'état de fait juridiquement déterminant dont dépend le droit à la remise de l'obligation de restituer les allocations familiales indûment perçues du 1er septembre 2003 au 31 janvier 2005 étant réalisé à la fois avant l'entrée en vigueur de cet article (le 1er octobre 2004) et après, il sera fait application de l'art. 4 RELAF dans sa teneur valable jusqu'au 30 septembre 2004 (ATF 130 V 445, 130 V 329) lequel prévoit ce qui suit : est réputée avoir des conditions financières modestes la personne dont le revenu brut, y compris celui des personnes faisant ménage commun avec elle, n'excède pas 150% du minimum vital déterminé selon les critères de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889. Pour le surplus, est applicable par analogie l'art. 47 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946, et ses dispositions d'exécution.

Dès le 1er janvier 2003, la LPGA a abrogé l'art. 47 LAVS. S'agissant de la période du 1er septembre 2003 au 31 janvier 2005, il y a lieu d'admettre que la jurisprudence rendue en application de l'art. 47 LAVS reste valable.

Selon l'art. 47 al. 1 LAVS, les rentes et allocations pour impotents touchées doivent être restituées, la restitution pouvant ne pas être demandée lorsque l'intéressé était de bonne foi et serait mis dans une situation difficile.

Selon l'art 36 LAF, le bénéficiaire tout comme celui auquel les allocations sont versées doit signaler sans délai tout changement pouvant influer sur le droit à l'allocation ou susceptible d'entraîner la désignation d'un nouveau bénéficiaire.

10. Qu'en ce qui concerne l'obligation de restituer comme telle, l'art. 25 al. 1 LPGA ne fait que reprendre la réglementation de l'art. 47 al. 1 LAVS qui était jusque là applicable soit directement, soit par renvoi ou encore par analogie dans d'autres domaines du droit des assurances sociales (Patrice Keller, La restitution des prestations indûment touchées dans la LPGA, in : Partie générale du droit des assurances sociales, Lausanne 2003, p. 149 ss, plus spécialement p. 167 ss).

11. Que comme par le passé, l'obligation de restituer suppose, conformément à la jurisprudence rendue à propos de l'art. 47 al. 1 LAVS ou de l'art. 95 LACI (ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 consid. 4b, 122 V 21 consid. 3a, 368 consid. 3, et les arrêts cités) que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision - formelle ou non - par laquelle les prestations en cause ont été allouées (Ueli KIESER, op. cit., note 2 ss ad art. 25; Thomas LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Berne 2003 § 42, p. 279; Edgar IMHOF/Christian ZÜND, ATSG und Arbeitslosenversicherung, in: RSAS 2003 p. 304 sv. [à propos de l'art. 95 LACI]; Jürg BRECHBÜHL, Umsetzung des ATSG auf Verordnungsebene / Verordnung zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, in: Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG], Saint-Gall 2003, p. 208; ATF 130 V 319).

12. Que selon l'art. 2 al. 1 OPGA,

"Sont soumis à l'obligation de restituer:

a. le bénéficiaire des prestations allouées indûment ou ses héritiers;

b. les tiers ou les autorités à qui ont été versées des prestations en espèces pour qu'elles soient utilisées conformément à leur but, au sens de l'art. 20 LPGA ou des dispositions des lois spéciales, à l'exception du tuteur;

c. les tiers ou les autorités à qui ont été versées après coup des prestations indues, à l'exception du tuteur".

L'ignorance, par le bénéficiaire des prestations, 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 qu'il 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, 110 V 180 consid. 3c). Il y a négligence grave quand un ayant droit ne se conforme pas à ce qui peut raisonnablement être exigé d'une personne capable de

discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (ATF 110 V 181 consid. 3d ; ATFA non publié du 26 novembre 2004 en la cause P 2/04).

Dans un arrêt du 20 juin 2005, cause P 42/04, le TFA a considéré que l'omission de la part de l'assuré d'informer l'autorité du changement dans sa situation financière, soit en l'occurrence l'augmentation de sa rente de vieillesse, relevait d'une négligence grave, ce qui excluait d'emblée la bonne foi et, partant, toute remise de l'obligation de restituer.

En l'espèce, la caisse s'est d'ores et déjà prononcée sur la question de la remise dans sa décision sur opposition du 29 mars 2007, et a refusé de l'accorder, considérant que l'intéressée n'était pas de bonne foi, au motif que lorsqu'elle avait déposé sa seconde demande d'allocations familiales, le 12 août 2005, elle savait que son époux recevait des prestations vaudoises depuis mai 2003.

L'intéressée, quant à elle, allègue avoir été de bonne foi. Elle rappelle qu'elle a transmis à la caisse tous les documents dont elle disposait, que son époux avait lui-même attesté qu'il n'était pas au bénéfice d'allocations, qu'il devait ainsi être recherché.

Il appert cependant de la partie en fait qui précède que l'intéressée a sciemment tu à la caisse que le Centre patronal vaudois avait reconnu le droit de son époux aux allocations vaudoises depuis mai 2003. Or elle ne pouvait pas manquer de comprendre qu'un fait aussi important que l'octroi d'allocations pour ses enfants durant la même période devait être annoncé parce qu'il aurait une incidence sur son propre droit aux allocations

Dans ces circonstances, il y a lieu de retenir que l'intéressée ne peut pas se prévaloir de sa bonne foi, raison pour laquelle il n'y a pas lieu d'examiner si le remboursement la mettrait dans une situation difficile. Aussi le refus de la caisse d'accorder à l'intéressée la remise de l'obligation de rembourser les prestations versées à tort doit-il être confirmé.

La cause sera renvoyée à la caisse afin qu'elle calcule, sur présentation des justificatifs nécessaires, le montant que l'intéressée doit effectivement lui rembourser.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.

3. Renvoie la cause à la caisse afin qu'elle calcule, sur présentation des justificatifs nécessaires, le montant que l'intéressée doit effectivement rembourser à la caisse.

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); 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
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances privées par le greffe le