

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2065/2004

ATAS/313/2005

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 24 mars 2005

6^{ème} Chambre

En la cause

Madame K_____, comparant par Me Stéphane ZEN-RUFFINEN en recourante
l'étude duquel elle élit domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, rue de _____ intimé
Lyon 97, Genève

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Karine STECK et
Juliana BALDE, Juges.

EN FAIT

1. M. I _____ né le 6 juin 1959, était marié depuis le 10 novembre 1987 à Mme I _____-K _____, née le 27 août 1960. Ils ont divorcé le 10 octobre 1996. Sont issus de cette union deux enfants, soit Rima née le 22 janvier 1989 et Abdoul Rahman né le 22 mars 1990. Deux enfants de Mme K _____ vivaient avec le couple, soit F _____ né le 3 septembre 1982 et F _____ née le 3 octobre 1983. Mme I _____ -K _____ a obtenu la garde des enfants et l'autorisation de porter le nom de Mme K _____.
2. M. I _____, s'est vu octroyer une rente complète d'invalidité dès le 1^{er} novembre 1991, puis à 50 % dès le 1^{er} mars 1992. Des rentes complémentaires pour Mme I _____-K _____ et les quatre enfants ont également été versées à M. I _____.
3. En 1996, la Caisse de compensation Chimie (ci-après la Caisse) a accepté, à la demande de Mme I _____-K _____, laquelle avait déposé une demande de séparation de corps, de lui verser en mains propres les rentes complémentaires précitées. Par la suite, le divorce n'a pas été annoncé à l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI).
4. Le 15 février 2001, M. I _____ s'est remarié avec Mme I _____. Il en a informé la Caisse le 17 décembre 2001, en déposant une nouvelle demande de prestations de l'assurance-invalidité (AI).
5. Par décision du 23 janvier 2002, l'OCAI a accordé à M. I _____ en raison de son mariage avec Mme I _____ une rente mensuelle complémentaire pour conjoint depuis le 1^{er} février 2001. Cette décision mentionnait également que la rente complémentaire pour conjoint dont Mme K _____ bénéficiait était supprimée rétroactivement à partir de décembre 1996, vu le divorce prononcé en novembre 1996.
6. Par ailleurs, une autre décision du 23 janvier 2002 notifiée à M. I _____ et à Mme K _____ confirmait les rentes complémentaires pour les enfants et I _____ et mentionnait que les rentes d'enfants pour et avaient cessé rétroactivement au 31 décembre 1996.
7. Le 25 février 2002, Mme K _____ a recouru à l'encontre de la décision de l'OCAI du 23 janvier 2002 supprimant sa rente complémentaire AI en concluant à son annulation et à l'octroi d'une rente sur la base de l'art. 34 al. 3 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, dans sa teneur valable jusqu'au 31 décembre 2001 (LAI). Elle ignorait pourquoi son divorce n'avait été porté à la connaissance de l'AI que le 17 décembre 2001. Elle avait droit à une rente complémentaire pour personne divorcée dès lors qu'elle

entretenait ses enfants d'une manière prépondérante. Les pensions versées par M. I _____ étaient de CHF 400.- par mois et par enfant. Quant à M. F _____, il ne versait que des pensions incomplètes. Son obligation était de CHF 280.- par mois, par enfant de 10 à 15 ans et CHF 360.- de 15 à 18 ans. Or, ces montants étaient insuffisants pour subvenir à l'entretien des enfants. Ce recours a été enregistré sous le n° A/1591/2002.

8. Par décision du 27 février 2002, notifiée à M. I _____ et à Mme K _____, l'OCAI leur a réclamé un montant de CHF 32'947.- versé en trop. Il s'agissait de la rente pour conjoint pour la période de décembre 1996 à décembre 2001 (soit CHF 11'459.-) et des rentes pour les enfants de Mme K _____ pour la période de décembre 1996 à janvier 2002 (soit CHF 21'488.-). Les paiements avaient été effectués à Mme K _____ et le montant devait être restitué à la Caisse.
9. Le 8 mars 2002, M. I _____ a recouru à l'encontre de cette dernière décision en relevant que le remboursement devait être réclamé à son ex-épouse qui avait reçu le montant des rentes. Le recours a été enregistré sous le n° A/1637/2002.
10. Le 28 mars 2002, Mme K _____ a également recouru à l'encontre de la décision du 27 février 2002 en se référant à son recours du 25 février 2002 et en soulignant qu'elle n'avait pas les moyens de restituer le montant réclamé. Ce recours a été joint au premier sous le n° A/1591/2002.
11. Le 2 septembre 2002, la Caisse s'est opposée au recours de M. I _____ et de Mme K _____ en relevant qu'elle n'avait été informée du divorce qu'en décembre 2001.
12. Par arrêt du 23 octobre 2003, le Tribunal cantonal des assurances sociales, compétent depuis le 1^{er} août 2003, a admis le recours de M. I _____ (A/1637/2002) et admis partiellement celui de Mme K _____ (A/1591/2002). Il a considéré que le divorce des assurés constituait un fait nouveau justifiant la révision de la décision d'octroi des rentes complémentaires pour Mme K _____ et les enfants de celle-ci. Cependant, l'OCAI se devait d'examiner si les conditions de l'art. 34 al. 3 LAI étaient remplies, c'est-à-dire notamment si Mme K _____ pourvoyait de manière prépondérante à l'entretien des enfants qui lui avaient été attribués de telle manière qu'elle puisse être assimilée à une personne mariée et continuer ainsi à bénéficier de rentes complémentaires.

Quant à M. I _____, il ne pouvait être tenu à restitution, n'ayant pas reçu le montant des rentes litigieuses. Le Tribunal cantonal des assurances sociales a, en conséquence, annulé partiellement la décision de l'OCAI du 23 janvier 2002 en

tant qu'elle supprimait la rente complémentaire pour conjoint au bénéfice de Mme K_____ et complètement celle du 27 février 2002 et renvoyé la cause à l'OCAI pour nouvelle décision.

13. Mme K_____ a été licenciée par son employeur pour le 31 décembre 2003 et a reçu dès le 1^{er} janvier 2004 des indemnités journalières perte de gain de la Suisse assurances d'un montant de fr. 3'727.-.
14. Le 27 janvier 2004, l'OCAI a rendu une décision selon laquelle l'assurée devait restituer un montant de fr. 32'947.- correspondant à la rente complémentaire pour conjoint versée en trop de décembre 1996 à décembre 2001 (fr. 11'459.-) et aux deux rentes complémentaires pour enfants versées en trop de décembre 1996 à janvier 2002 (fr. 21'488.-).

Il a relevé qu'en 1996, elle avait droit à une rente de fr. 302.- et des aliments de fr. 400.- pour chaque enfant de M. I_____, en total fr. 702.-. Le total des prestations de tiers dépassait la norme de frais d'entretien définie par le Tribunal fédéral des assurances (TFA) laquelle, pour deux enfants entre 7 et 12 ans était de fr. 562.-. Or, l'entretien était prépondérant si les contributions alimentaires de l'autre conjoint représentaient un montant inférieur à la moitié des frais d'entretien des enfants. Le calcul pour les années subséquentes était le suivant :

Année	Rente d'enfant	Aliments	Total	Norme selon TFA
1997 et 1998	310	400	710	577
1999 et 2000	313	400	713	582
2001, 2002	321	400	721	597 (âge 7-12) 605 (âge 13-16)

Le total des prestations de tiers dépassait toujours la norme définie par le TFA. En conséquence, l'assurée ne pourvoyait pas de manière prépondérante à l'entretien de ses enfants.

15. Le 26 février 2004, l'assurée s'est opposée à cette décision. Elle a relevé que les conditions de l'art. 34 al. 3 LAI étaient remplies car les montants reçus, soit fr. 400.- pour et et, en théorie fr. 280.- pour et de 10 à 15 ans et fr. 360.- de 15 à 18 ans (ces derniers montants n'ayant été que rarement versés) ne dépassaient pas la moitié du coût que représentent les frais réels d'entretien des enfants. Les frais d'entretien d'un enfant fixé par l'Office de la jeunesse du canton de Zürich (OJZ) en janvier 2003, pour un enfant dans le cas de trois enfants et plus, s'élevaient à :

-
- fr. 1'405.- par mois entre 1 et 6 ans.
 - fr. 1'415.- par mois entre 7 et 12 ans.
 - fr. 1'570.- par mois entre 13 et 18 ans.

Elle avait reçu en moyenne fr. 516.- à fr. 611.- par mois et par enfant, ce qui ne correspondait pas à la moitié des frais d'un enfant, s'élevant à fr. 1'570.- par mois.

Par ailleurs, selon la jurisprudence, et auraient droit à une rente d'orphelin de l'assurance-vieillesse et survivants en cas de décès de M. I_____. Ils pouvaient donc également bénéficier d'une rente pour enfant en cas d'invalidité de leur beau-père. Quant à la demande de restitution, elle signalait qu'elle était de bonne foi car elle ne pensait pas qu'il lui incombait d'annoncer son divorce à l'AI, le dossier AI ne concernant que son ex-époux et la restitution la mettrait dans une situation extrêmement difficile car elle gagnait fr. 3'000.- brut par mois jusqu'au 31 décembre 2003, date de son licenciement et touchait actuellement des indemnités pour incapacité de travail en cas de maladie de fr. 2'400.- par mois.

Enfin, la créance en restitution des rentes versées antérieurement au 27 janvier 1999 était prescrite, la décision de restitution étant datée du 27 janvier 2004.

16. Le 6 septembre 2004, l'OCAI a rejeté l'opposition en ce que l'assurée contestait la restitution des rentes complémentaires perçues au-delà du 31 décembre 1996 en vertu de l'art. 34 aLAI, déclaré ne pas entrer en matière sur la contestation de la restitution des rentes perçues au-delà du 31 décembre 1996 pour les enfants F_____ en vertu de l'art. 35 LAI et a maintenu sa décision de restitution d'un montant de fr. 32'947.-.

L'OCAI a précisé qu'un éventuel recours contre sa décision sur opposition n'aurait pas d'effet suspensif. Les montants versés par M. F_____ étaient sans pertinence pour le calcul de la mesure de l'entretien dispensé aux enfants, puisqu'il y avait lieu de prendre en considération uniquement les montants alloués aux enfants communs des parents divorcés.

S'agissant de la suppression des rentes pour les enfants de l'assurée, elle n'avait pas fait l'objet de l'arrêt du Tribunal cantonal des assurances sociales dès lors que Mme K_____ ne l'avait pas contestée.

Par ailleurs, l'examen des conditions de l'art. 25 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) - selon lequel la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile - était prématuré dès lors qu'une demande de remise pourrait être présentée par la recourante après l'entrée en force de la décision de restitution.

Enfin, la procédure introduite devant le Tribunal cantonal des assurances sociales avait interrompu la prescription.

17. Le 6 octobre 2004, l'assurée a recouru au Tribunal cantonal des assurances sociales à l'encontre de la décision sur opposition en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif, à l'annulation de la décision et à ce qu'il soit dit qu'elle a droit aux rentes pour conjoint et aux rentes pour et F _____ au-delà de décembre 1996.

En appliquant un barème de 1976, l'OCAI n'avait pas tenu compte de l'évolution des coûts de la vie, du renchérissement et de l'augmentation du coût d'entretien d'enfants liées aux structures sociales. Le Tribunal cantonal des assurances sociales avait bien annulé la décision du 27 janvier 2002 dans son intégralité, ce qui avait pour conséquence que l'OCAI aurait dû se prononcer sur son droit aux rentes complémentaires pour les enfants. Elle n'avait jamais rien caché à l'OCAI puisqu'elle avait annoncé sa séparation de corps en 1996. L'OCAI devait savoir avant 2001 que les époux avaient divorcé, ce qui fait que la prescription d'un an pour demander la restitution était atteinte. Enfin, l'OCAI aurait dû examiner les conditions de l'art. 25 al. 1 LPGA et constater qu'elles étaient remplies pour renoncer à demander la restitution.

18. Le 20 octobre 2004, l'OCAI a répondu à la demande de restitution de l'effet suspensif au recours et le 25 octobre 2004, l'OCAI a conclu au rejet du recours.
19. Le 1^{er} novembre 2004, le Tribunal cantonal des assurances sociales a restitué l'effet suspensif au recours.
20. Le 4 février 2005, sur demande du Tribunal de céans, l'OJZ a transmis copie des tableaux 2000, 2003 et 2005 du coût d'entretien des enfants en relevant que ces recommandations étaient éditées depuis 1974. Ces recommandations avaient été adaptées au renchérissement depuis 1988 et la dernière fois en 1996. Elles avaient été éditées en 2000 dans une version complètement nouvelle dont les chiffres n'étaient plus comparables avec ceux des tables antérieures. Toutefois, les tabelles antérieures au 1^{er} janvier 2000 n'étaient pas disponibles.
21. Le 7 février 2005, le Tribunal de céans a requis de l'OCAI des explications concernant les chiffres appliqués dans la décision litigieuse et indiqués comme étant les "normes selon TFA", dès lors que ceux-ci s'écartaient de ceux émis par l'OJZ.
22. Le 17 février 2005, l'OCAI a transmis une réponse de la caisse de compensation chimie selon laquelle la table appliquée était celle déterminée par le TFA et figurant dans les directives concernant les rentes. Les tableaux 2000, 2003 et

2005 du canton de Zürich ne servaient pas à décider si une personne divorcée avait droit à une rente complémentaire en 1996.

23. Le 17 février 2005, l'OCAI a communiqué au Tribunal de céans une copie des tables de l'OFAS relatives aux années 1996 à 2005.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} 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.

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

b) Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable conformément aux art. 56, 59 et 60 LPGA.

2. 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 des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du 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, 126 V 136 consid. 4b et les références). En revanche, en ce qui concerne la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). C'est pourquoi les procédures pendantes au 1er janvier 2003 ou introduites après cette date devant un tribunal cantonal compétent en matière d'assurances sociales sont régies par les nouvelles règles de procédure contenues dans la LPGA et par les dispositions de procédure contenues dans les différentes lois spéciales modifiées par la LPGA. Le cas d'espèce est en conséquence régi par les dispositions en vigueur antérieurement à la LPGA sous réserve des dispositions de procédure.

S'agissant enfin de la question de la restitution de prestations indûment touchées, l'art. 25 LPGA peut être appliqué au cas d'espèce dès lors que les

principes applicables à la restitution selon la LPGA sont issus de la réglementation et de la jurisprudence antérieure (ATFA du 26 novembre 2004, cause P. 2/04).

3. Par arrêt du 23 octobre 2003, le Tribunal de céans a jugé que le divorce de la recourante constituait un fait nouveau susceptible de conduire à la suppression des rentes complémentaires pour conjoint et pour les enfants F_____. S'agissant de la rente complémentaire de la recourante, restait à déterminer si les conditions de l'art. 34 al. 3 LAI étaient remplies. C'était seulement en cas de réponse négative que le divorce pouvait conduire à une modification de la décision initiale.

S'agissant des rentes pour les enfants de la recourante, force est de constater qu'en annulant entièrement la décision de restitution du 27 février 2002, laquelle visait tant la rente complémentaire pour conjoint que les rentes complémentaires pour les enfants de la recourante, le Tribunal cantonal des assurances sociales a annulé la décision de condamner la recourante à restituer les rentes complémentaires pour ses enfants. Le considérant 9 dudit jugement précise d'ailleurs que la cause est renvoyée à l'OCAI pour qu'il statue sur le droit de la recourante à l'octroi des rentes complémentaires. C'est donc à tort que l'OCAI a refusé d'entrer en matière sur ce point. Est donc litigieux en l'espèce le refus de l'OCAI d'octroyer à la recourante une rente complémentaire pour elle-même ainsi que pour ses deux enfants et F_____ et, en conséquence, la décision de restitution d'un montant de fr. 32'947.-.

4. Préalablement, il convient d'examiner si la créance de fr. 32'947.- invoquée par l'OCAI a été atteinte par la prescription.

Aux termes de l'art. 25 al. 2 LPGA, 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 la restitution naît d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant. Ce texte est identique à celui de l'ancien art. 47 al. 2 LAVS, applicable en matière d'AI par renvoi de l'ancien art. 49 LAI.

S'agissant du délai de prescription d'un an, il y a lieu de constater que, contrairement à l'avis de la recourante, il n'était pas atteint le 27 février 2002, date de la décision de l'OCAI réclamant la restitution des rentes indues dès lors que ce n'est que le 17 décembre 2001 que l'OCAI a été informé par M. I_____ du divorce en cause et qu'aucun élément du dossier ne permet d'admettre que l'OCAI en aurait eu connaissance antérieurement. En particulier, le fait que l'OCAI connaissait en 1996 l'existence de la séparation de corps des

intéressés ne permet pas de fonder une obligation pour l'administration de s'enquérir de la suite des procédures civiles des assurés.

S'agissant du délai de cinq ans, le TFA a jugé qu'il s'agissait d'un délai de péremption qui ne pouvait pas être prolongé par la volonté des parties, être suspendu ou interrompu, pour des motifs touchant à la sécurité du droit et des raisons d'ordre administratif (ATF 111 V 135). Ce délai commence à courir à la date du versement de la prestation. Il vise typiquement des situations où le caractère indu des prestations existe déjà au moment de leur paiement, que ce soit au moment de leur octroi initial ou – s'agissant de prestations périodiques – à une date ultérieure, à la suite d'un changement de circonstances, comme par exemple le remariage d'une personne au bénéfice d'une rente de veuve ou de veuf. Le législateur a voulu instaurer un délai de péremption absolue de cinq ans, pour mettre – passé ce délai- un point final à un rapport d'obligation entre l'assurance et le débiteur. Il a voulu que ce délai commence à courir dès l'instant où l'on est en présence d'un paiement opéré à tort et où les conditions d'une restitution sont susceptibles d'être remplies (ATF 127 V 484). Conformément à la jurisprudence rendue en matière de péremption de la créance en réparation du dommage (art. 52 LAVS), il est uniquement exigé pour que le délai de péremption de 5 ans soit respecté (art. 82 al. 1 RAVS), que l'autorité rende une décision en réparation dans les 5 ans à compter du fait dommageable. Il n'est pas nécessaire qu'une décision définitive soit prise dans ce délai (RCC 1991 p. 136).

En l'espèce, le délai de péremption de cinq ans a commencé à courir dès le mois de décembre 1996 puisque le divorce de la recourante, lequel modifiait le droit aux prestations, a été prononcé en novembre 1996.

Dès lors que la décision de restitution de l'intimé a été rendue le 27 février 2002, la créance en restitution des rentes complémentaires pour la recourante et les deux enfants F_____ versées de décembre 1996 à février 1997 est prescrite. Reste litigieux le droit de la recourante à des rentes complémentaires pour elle-même et ses deux enfants dès le 1^{er} mars 1997 et, en cas de réponse négative, le bien fondé de la décision de restitution des rentes versées entre le 1^{er} mars 1997 et le 31 janvier 2002.

5. a) Il convient d'examiner si la recourante peut prétendre à des rentes complémentaires pour ses deux enfants et F_____ pour lesquels il n'est pas contesté qu'elle détienne l'autorité parentale et la garde.

Selon l'art. 35 al. 1 LAI, les hommes et les femmes qui peuvent prétendre à 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 les DR état au 1^{er} janvier 2003, les titulaire de rentes de vieillesse et d'invalidité peuvent en principe prétendre une rente pour enfant en faveur de chacun des enfants ou enfants recueillis qui, à leur décès, aurait droit à une rente d'orphelin (3334).

Les parents nourriciers au bénéfice d'une rente de vieillesse ou d'invalidité peuvent prétendre des rentes pour enfants en faveur des seuls enfants recueillis pour lesquels les conditions exposées aux nos 3307ss sont remplies, et sous réserve, en outre, que ces enfants ne perçoivent pas une rente d'orphelin en raison du décès de leurs parents (3338).

Les enfants recueillis dont les frais d'entretien et d'éducation ont été assumés gratuitement et de manière durable ont droit à une rente d'orphelin (art. 49 al. 1, RAVS), à condition que le père nourricier ou la mère nourricière soit décédé. Les exigences suivantes doivent être remplies dans le cas particulier (3307) :

Entre enfant recueilli et parent(s) nourricier(s) doivent avoir existé de véritables relations de parents à enfants ; l'enfant doit avoir été recueilli dans le ménage des parents nourriciers, non pour travailler ou se former professionnellement, mais pour être entretenu, éduqué et jouir pratiquement de la situation d'un propre enfant dans la famille. En outre, il est indifférent que les parents nourriciers aient un lien de parenté avec l'enfant recueilli. Les beaux-parents de l'enfant d'un autre lit qui ont recueilli cet enfant sont également considérés, conjointement avec le propre parent de l'enfant, comme parents nourriciers (3308).

Le statut d'enfant recueilli est gratuit si le montant des prestations en faveur de l'enfant, que les parents nourriciers reçoivent de la part de tiers (p. ex. prestations d'entretien des parents ou de la parenté, avance d'aliments, pension, rentes d'assurances sociales, prestations d'assurances privées) couvre moins du quart des frais d'entretien effectifs de l'enfant (RCC 1958, p. 318 ; RCC 1973, p. 531) (3310).

Pour déterminer si les prestations périodiques ou les contributions d'entretien fournies par des tiers représentent un quart des frais d'entretien, il y a lieu, en principe, de se fonder sur la prestation moyenne et le coût moyen de l'entretien au regard de l'entière période d'éducation. On ne retiendra toutefois que le montant des prestations d'entretien effectivement versées. Les contributions légalement dues, mais non versées, seront prises en compte seulement si l'on peut admettre que, selon toute vraisemblance, elles seront à l'avenir acquittées ou versées rétroactivement (RCC 1979, p. 351 ; RCC 1985, p. 610) (3313).

S'agissant du calcul des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant, au regard desquels on pourra se déterminer quant à la gratuité du statut d'enfant recueilli,

il y a lieu de se fonder sur les valeurs contenues dans les tables de l'appendice III (RCC 1978, p. 321) (3314).

Le statut d'enfant recueilli doit avoir été fondé pour une durée indéterminée. L'enfant ne saurait avoir été recueilli par les parents nourriciers pour un temps limité ; en outre, postérieurement au décès de l'un des parents nourriciers, le parent survivant doit continuer à s'occuper entièrement de l'enfant pour une durée indéterminée (3315).

On peut considérer comme indice d'un lien durable entre l'enfant recueilli et ses parents nourriciers le fait que le statut d'enfant recueilli n'a jamais été interrompu depuis son établissement, que les parents de l'enfant n'exercent plus leurs droits ou que l'enfant a acquis le nom des parents nourriciers. Il n'est en revanche pas nécessaire que le statut d'enfant recueilli ait été d'une certaine durée avant l'accomplissement de l'événement assuré (3316).

Dans un arrêt du 11 mai 1971, le TFA a jugé qu'il n'était pas contesté qu'au décès de leur belle-mère, les enfants du conjoint de celle-ci auraient eu droit à la rente d'orphelin de l'AVS et qu'il en serait allé de même en cas de dissolution par le divorce du second mariage de leur père. Ainsi, les enfants d'un premier lit dont le droit à la rente d'orphelin (survenu suite au décès de leur mère) a été supprimé en raison du remariage de leur père, peuvent prétendre à la rente d'orphelin de l'AVS au décès de leur belle-mère et donnent par conséquent droit à des rentes complémentaires de l'AI (ATF 97 V 117).

Indépendamment du divorce, il existe un droit à une rente pour enfant aussi longtemps qu'il faut admettre une relation entre le bénéficiaire de la rente et l'enfant (V. KIESER, « Aspekte Einzelner Sozialversicherungen bei der Ehescheidung » in AJP/PJA 1998 p. 487).

b) En l'espèce, antérieurement au divorce de la requérante du 10 octobre 1996, les enfants et F_____ ont bénéficié de rentes AI complémentaires pour enfant recueilli, au sens des directives précitées. La question du statut gratuit des deux enfants recueillis par M. I_____ à dès lors déjà été tranchée favorablement par l'intimé. Il n'y a pas lieu d'y revenir. Reste litigieuse la question de savoir si les enfants F_____ auraient droit à une rente complémentaire AI pour enfant après le divorce des époux I_____ - K_____ et en conséquence s'ils auraient droit à une rente d'orphelin au décès de M. I_____.

Ce dernier, en tant que beau-père des enfants était, conjointement avec les propres parents de l'enfant, soit la requérante et M. F_____, considéré comme parent nourricier. Par analogie avec l'ATF 97 V 117, il y a lieu de constater qu'en cas de décès de M. I_____, les enfants F_____

auraient droit à une rente d'orphelin, et, en conséquence, à une rente complémentaire AI, dès lors que celle-ci est reconnue nonobstant le divorce du beau-parent titulaire de la rente d'invalidité principale. En particulier, il y a lieu de considérer que le lien entre M. I_____ et les enfants F_____ est suffisant dès lors qu'ils ont vécu ensemble durant au moins 7 ans (de 1987 à 1994) soit pour les deux enfants F_____ respectivement de l'âge de 4 à 11 ans et 5 à 12 ans, correspondant à la période de la petite enfance. En conséquence, les enfants et F_____ ont droit dès le 1^{er} décembre 1996 à une rente complémentaire AI pour enfant aux conditions de l'art. 25 LAVS, c'est-à-dire jusqu'à 18 ans ou jusqu'à 25 ans si l'intéressé accomplit une formation, condition que l'OCAI se doit de vérifier.

6. Reste à déterminer si la recourante a droit à une rente complémentaire pour conjoint.

Selon l'art. 34 al. 1 LAI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003, les personnes mariées qui peuvent prétendre une rente ont droit, si elles exerçaient une activité lucrative immédiatement avant la survenance de l'incapacité de travail, à une rente complémentaire pour leur conjoint, pour autant que ce dernier n'ait pas droit à une rente de vieillesse ou d'invalidité. La rente complémentaire n'est toutefois octroyée que si l'autre conjoint :

- a. Peut justifier d'au moins une année entière de cotisations ou
- b. A son domicile et sa résidence habituelle en Suisse.

Selon l'art. 34 al. 3 LAI, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003, (et correspondant à l'art. 34 al. 2 LAI dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996) une personne divorcée est assimilée à une personne mariée si elle pourvoit de manière prépondérante à l'entretien des enfants qui lui ont été attribués et ne peut prétendre à une rente d'invalidité ou de vieillesse.

La femme divorcée est assimilée à la femme mariée en ce qui concerne la rente complémentaire si elle assume, en grande partie, l'entretien des enfants qui lui sont attribués et ne peut prétendre ni une rente de vieillesse, ni une rente AI. Elle n'assume pas en grande partie ledit entretien si les rentes d'enfants de l'AVS représentent, à elles seules ou ajoutées à des prestations de tiers – par exemple aux contributions alimentaires du mari divorcé – plus de la moitié des frais d'entretien des enfants (RCC 1976 p. 92).

Dans un arrêt du 19 septembre 1977 (ATF 103 V 55), le TFA, saisi de la question de l'octroi d'une rente complémentaire AVS pour un enfant recueilli, a rappelé que la condition de la gratuité de l'entretien et de l'éducation d'un enfant recueilli, laquelle est exigée pour déterminer si cet enfant a droit à une rente complémentaire AVS – était réalisée lorsque les subsides fournis par une tierce

personne ne dépassaient pas un quart des frais encourus (ATF 98 V 253). Pour ce faire, il fallait se baser sur les normes définies par H. WINZELER en collaboration avec l'OJZ, normes publiées par ledit office et adaptées périodiquement au taux de renchérissement. Comme ces chiffres se fondaient sur l'indice du coût de la vie dans les grandes villes suisses et tenaient compte de frais autres que ceux strictement nécessaires à l'entretien de l'enfant, il convenait de les réduire dans la mesure d'un quart, les ramenant ainsi à un niveau correspondant approximativement aux dépenses strictement nécessaires à l'entretien.

Par la suite, le TFA, saisi de la question du droit pour l'épouse divorcée à une rente complémentaire AI a, dans un arrêt du 25 mars 1996 (ATF 122 V 125 ; VSI 4/1997 p. 178) modifié cette jurisprudence en estimant que les dépenses nécessaires à l'entretien des enfants devaient être fixées sur la base des taux non réduits de H. WINZELER en collaboration avec l'OJZ, compte tenu de l'enquête publiée en 1988 par l'Institut des sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg sur les frais d'entretien des enfants en Suisse. Le TFA relève tout d'abord que depuis l'ATF 103 V 55, les montants calculés par WINZELER en collaboration avec l'OJZ ont été repris dans les directives concernant les rentes publiées par l'OFAS, soit l'annexe IV des DR dans leur version antérieure au 1^{er} janvier 1997. Selon le TFA, cette étude faisait apparaître, par rapport aux recommandations de l'OJZ, des dépenses supplémentaires assez importantes dans les domaines de l'alimentation, du logement et des frais divers. Il convenait donc de prendre en compte désormais au moins les montants non réduits de l'OJZ. Il n'y avait pas de raison de s'écarter de la solution des tables choisie pour son uniformité et son caractère praticable. Il fallait se ranger à l'avis des premiers juges pour admettre comme déterminant les montants non réduits.

Dans le cas précité, le TFA a estimé en conséquence que les frais d'entretien de deux enfants s'élevaient en 1990/1991 à fr. 856.- par enfant et par mois. Ne recevant que des prestations d'entretien de fr. 400.- par enfant et par mois, la mère de ceux-ci a été considérée comme pourvoyant de façon prépondérante à l'entretien des enfants qui lui étaient attribués (VSI 4/1997 p. 186).

A la suite de cet arrêt, l'Office fédéral des assurances sociales a publié dans le bulletin AVS n° 32 du 3 juillet 1996 un nouveau tableau figurant dans l'appendice IV des directives concernant les rentes (DR) et prévoyant l'adaptation des contributions d'entretien pour le 1^{er} janvier 1995. Il était précisé que les taux calculés par H. WINZELER en collaboration avec le Service d'aide sociale à l'enfance du canton de Zürich, qui étaient réduits à un quart, seraient désormais appliqués sans réduction.

L'appendice III des DR, état au 1^{er} janvier 2002, contient un tableau des « taux servant à calculer les contributions alimentaires pour les enfants », fondé sur les recommandations de H. WINZELER pour les années 1996, 1997, 1999 et 2001. Il est spécifié que « les taux valables dès le 1^{er} janvier 1987 ont été établis par l'OFAS sur la base d'un indice suisse des prix à la consommation de 108,5 (état 31 décembre 1985). Depuis 1988, les taux servant à déterminer les prestations alimentaires sont adaptés en même temps que les rentes et dans la même mesure à l'évolution des salaires et des prix ». Ce même appendice III, état au 1^{er} janvier 2003, prévoit les taux pour 2003, soit :

Enfants	Age de l'enfant en années	Taux 1/1				
		1996	1997/1998	1999/2000	2001/2002	2003
Un enfant seul	jusqu'à 6	1238	1270	1283	1315	1348
	7-12	1318	1352	1365	1399	1434
	13-16	1318	1352	1365	1399	1434
	17 et plus	1511	1549	1565	1604	1644
Un enfant (quand il y en a deux)	jusqu'à 6	1038	1064	1075	1102	1128
	7-12	1124	1153	1164	1193	1222
	13-16	1139	1168	1179	1209	1238
	17 et plus	1275	1307	1320	1354	1386
Un enfant (quand il y en a trois)	jusqu'à 6	938	962	971	996	1020
	7-12	988	1013	1023	1049	1074
	13-16	1003	1028	1038	1065	1090
	17 et plus	1145	1175	1186	1216	1246
Un enfant (quand il y en a quatre et plus)	jusqu'à 6	867	889	897	920	942
	7-12	931	955	964	989	1012
	13-16	931	955	964	989	1012
	17 et plus	1052	1079	1090	1118	1144

Le 4 février 2005, l'OJZ a transmis au Tribunal de céans les tabelles pour les années 2000 à 2005, soit pour 2000 à 2002 les montants suivants :

	Age	Total des besoins
Un enfant	1 – 6	1'850.-
	7 – 12	1'760.-
	13 – 18	1'920.-
Un enfant quand il y en a deux	1 – 6	1'580.-
	7 – 12	1'540.-
	13 – 18	1'700.-
Un enfant quand il y en a trois et plus	1 – 6	1'360.-
	7 – 12	1'370.-
	13 – 18	1'520.-

La comparaison de ces deux tableaux montre que les montants de l'OJZ sont nettement supérieurs à ceux publiés dans les DR par l'OFAS.

Il convient, au vu de ce qui précède, de déterminer quelle table est en l'espèce applicable, soit celle éditée par l'OFAS et publiée dans les DR ou celle émise par l'OJZ.

7. Il convient tout d'abord de rappeler que les directives de l'OFAS ne lient pas le juge et ne peuvent en particulier établir des normes qui ne soient pas conformes aux dispositions légales applicables (ATF 129 V 200).

Or, en l'espèce, le Tribunal de céans constate que les directives de l'OFAS en tant qu'elles établissent une table fondée sur les chiffres arrêtés par l'OJZ en 1988 et uniquement adaptés à l'évolution des salaires et des prix (Appendice III DR ch. 2 de janvier 2003) ne correspondent pas à la jurisprudence du TFA, en particulier à l'ATF 122 V 125, lequel fait référence aux taux édictés par H. WINZELER en collaboration avec l'OJZ. A cet égard, l'OJZ explique dans l'avant-propos de sa brochure intitulée "Recommandation pour la fixation des besoins d'entretien pour les enfants", édition janvier 2000, que les contributions contenues dans les tabelles correspondent au besoin d'entretien moyen dans le cas inférieur de l'échelle de revenus de la population suisse et contiennent le

besoin d'entretien d'un enfant qui doit être couvert par les deux parents ensemble et le cas échéant par des prestations de tiers. L'OJZ a procédé en 1998 à une révision globale de ces recommandations et a édité de nouvelles tables dès l'année 2000. La révision a respecté aussi bien les modifications intervenues depuis 1974 qui sont pertinentes pour les familles ainsi que les connaissances scientifiques récentes aboutissant à de nouvelles évaluations dans les domaines de l'hébergement, autres frais ainsi que celui des soins et de l'éducation.

Comme cela ressort de la brochure de cet office, les tables des coûts d'entretien des enfants ont fait l'objet d'une refonte globale en 1998 afin de mieux tenir compte de la réalité familiale actuelle. Il convient dès lors de considérer que les tables correspondent à ce que le TFA a voulu appliquer en faisant expressément référence à l'évaluation à laquelle l'OJZ, en tant que spécialiste de l'enfance, procède.

Il convient en conséquence, de faire application des tables éditées par l'OJZ.

8. a) Compte tenu de la péremption de la créance de l'OCAI (cf. consid. 4 Supra), l'examen du droit rétroactif à la rente complémentaire pour conjoint est limité au 1^{er} mars 1997. En conséquence, il convient encore de déterminer quelle table était applicable de 1997 à 1999 pour évaluer si la recourante entretenait ses enfants de manière prépondérante.

A cet égard, il y a lieu de constater que l'OJZ ne fournit aucune information antérieure à l'année 2000.

Toutefois, la révision de fond des tables de l'OJZ ayant eu pour conséquence une nouvelle évaluation dans certains domaines s'est concrétisée par une nouvelle version des tables éditée en 2000 (cf. courrier de l'OJZ du 4 février 2005). Antérieurement, et dès 1988, l'OJZ a adapté les montants des cotisations d'entretien au renchérissement. Parallèlement, dès 1988 également, l'OFAS a adapté ces mêmes taux à l'évolution des salaires et des prix, en même temps que les rentes, c'est-à-dire procédé à une adaptation comparable à celle effectuée par l'OJZ.

Il sera en conséquence fait application pour les années 1997, 1998 et 1999 des montants publiés dans l'appendice III des DR (janvier 2002), en référence à ces mêmes années.

b) Il convient encore de déterminer préalablement si la rubrique « deux enfants » où « trois enfants et plus » est applicable à la recourante. L'OCAI a uniquement tenu compte des deux enfants Rima et Abdoul pour appliquer le barème des DR. Cependant, dès lors que les enfants F_____ ont droit à la rente complémentaire AI pour enfant, il se justifie en l'espèce de faire application des

normes relatives à un « enfant quand il y en a 4 et plus » selon l'appendice III des DR pour les années 1997 à 1999 et à la rubrique « un enfant quand il y en a 3 et plus » dès 2000, selon les tabelles de l'OJZ, situation qui correspond à celle de la recourante, en tous les cas jusqu'au 3 octobre 2001, date à laquelle le plus jeune des enfants F_____ a eu 18 ans et au-delà les normes relatives à deux enfants. Par ailleurs, il sera pris en compte les montants de fr. 280.- et de fr. 360.- allégués par la recourante et correspondant à la pension due par Monsieur F_____ à ses enfants respectivement de l'âge de 10 à 15 ans et l'âge de 15 à 18 ans, montant d'ailleurs non contesté par l'intimé.

c) Les tableaux suivants sont ainsi applicables :

S'agissant de l'enfant Imad né le 3 septembre 1982 :

	Taux 1/1	Taux 1/2	Rente AI	Pensions	Total des prestations de tiers
Du 01.03.97 au 02.09.97	955	478	310	280	590
Du 03.09.97 au 31.12.98	955	478	310	360	670
Du 01.01.99 au 02.09.99	955	478	313	360	673
Du 03.09.99 au 31.12.99	1052	526	313	360	673
Du 01.01.00 au 02.09.00	1520	760	313	360	673

S'agissant de l'enfant Maïssa née le 3 octobre 1983 :

	Taux 1/1	Taux 1/2	Rente AI	Pensions	Total des prestations de tiers
Du 01.03.97 au 02.10.98	955	478	310	280	590
Du 03.10.98 au 31.12.98	955	478	310	360	670
Du 01.01.99 au 31.12.99	955	478	313	360	673
Du 01.01.00 au 31.12.00	1520	760	313	360	673
Du 01.01.01 au 02.10.01	1520	760	321	360	681

S'agissant de l'enfant Rima né le 22 janvier 1989

	Taux 1/1	Taux 1/2	Rente AI	Pensions	Total des prestations de tiers
Du 01.03.97 au 31.12.98	955	478	310	400	710
Du 01.01.99 au 31.12.99	955	478	313	400	713
Du 01.01.00 au 31.12.00	1370	685	313	400	713
Du 01.01.01 au 02.10.01	1370	685	321	400	721
Du 03.10.01 au 21.01.02	1540	770	321	400	721
Dès le 22.01.02	1700	850	321	400	721

S'agissant de l'enfant Abdoul né le 22 mars 1990 :

	Taux 1/1	Taux 1/2	Rente AI	Pensions	Total des prestations de tiers
Du 01.03.97 au 21.03.97	889	445	310	400	710
Du 22.03.97 au 31.12.98	955	478	310	400	710
Du 01.01.99 au 31.12.99	955	478	313	400	713
Du 01.01.00 au 31.12.00	1370	685	313	400	713
Du 01.01.01 au 02.10.01	1370	685	321	400	721
Dès le 03.10.01	1540	770	321	400	721

On constate à la lecture de ces tableaux que les prestations de tiers dépassent pour les quatre enfants, , et, la moitié du montant arrêté dans l'appendice III des DR pour les besoins d'entretien d'un enfant et cela pour la période du 1^{er} mars 1997 au 31 décembre 1999. En revanche, tel n'est plus le cas dès le 1^{er} janvier 2000 pour les enfants et F_____ et dès le 3 octobre 2001 pour les enfants et.

En conclusion, la recourante a droit à une rente complémentaire pour conjoint au sens de l'art. 34 al. 3 LAI dès le 1^{er} janvier 2000, étant considéré qu'elle a dû entretenir de façon prépondérante les enfants et depuis le 1^{er} janvier 2000 et les enfants Rima et Abdel dès le 3 octobre 2001. Cette rente devra cesser si l'entretien de la recourante n'est plus prépondérant et au plus tard le 22 mars 2008, soit au moment où le plus jeune des quatre enfants, Abdel, aura 18 ans.

d) S'agissant de la période antérieure, soit du 1^{er} mars 1997 au 31 décembre 1999, force est de constater que la recourante n'a pas droit à une rente complémentaire pour conjoint dès lors qu'elle n'entretenait pas ses enfants, ou au moins l'un de ceux-ci, de façon prépondérante.

En conséquence, la rente complémentaire versée à la recourante pour la période précitée est indue. La décision de restitution de l'OCAI sera ainsi confirmée sur ce point.

Cependant, aux termes de l'art. 25 al. 1 LPGA, 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. L'art. 3 al. 3 OPGA prévoit que l'assureur indique la possibilité d'une remise dans la décision en restitution. Aux termes de l'article 4 al. 1, 2, 4 et 5 OPGA, 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. Est déterminant, pour apprécier s'il y a une situation difficile, le moment où la décision de restitution est exécutoire. La demande de remise doit être présentée par écrit. Elle doit être motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposées au plus tard 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution. La remise fait l'objet d'une décision. Selon l'art. 5 al. 1 OPGA, il y a situation difficile, au sens de l'art. 25, al. 1 LPGA, lorsque les dépenses reconnues par la loi fédérale du 19 mars 1965 sur les prestations complémentaires à l'assurance-veillesse, survivants et invalidité (LPC) et les dépenses supplémentaires au sens de l'al. 4 sont supérieures aux revenus déterminants selon la LPC.

En l'espèce, l'OCAI ne s'étant pas prononcé sur une remise des prestations indues, il lui incombera de rendre une nouvelle décision de restitution avec l'indication de la voie de la demande de remise.

9. Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis et la décision sur opposition annulée, en tant qu'elle exige de la recourante la restitution d'une part de la rente complémentaire pour conjoint versée de décembre 1996 à février 1997 et de janvier 2000 à décembre 2001 et, d'autre part, des rentes complémentaires pour les enfants F_____ versées depuis décembre 1996, et confirmée en tant qu'elle réclame à la recourante la restitution de la rente complémentaire pour conjoint versée de mars 1997 à décembre 1999 ; il sera précisé que la créance en restitution de l'OCAI pour la période de décembre 1996 à février 1997 est prescrite et dit que la recourante a droit à une rente complémentaire pour conjoint dès le 1^{er} janvier 2000 et à des rentes complémentaires pour les enfants et F_____ dès le 1^{er} décembre 1996, au sens des considérants. La cause sera renvoyée à l'OCAI pour nouvelle décision.

10. Vu l'issue du litige, une indemnité de fr. 2'000.- sera allouée à la recourante, à charge de l'OCAI.

**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 la décision sur opposition de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité du 6 septembre 2004 en tant qu'elle condamne la recourante à restituer, d'une part, la rente complémentaire pour conjoint versée de décembre 1996 à février 1997 et de janvier 2000 à décembre 2001 et, d'autre part, les rentes complémentaires pour les enfants F _____ versées depuis décembre 1996 ;
4. Confirme la décision sur opposition de l'OCAI en tant qu'elle condamne la recourante à restituer la rente complémentaire pour conjoint versée de mars 1997 à décembre 1999 ;
5. Constate que la créance en restitution des prestations de l'OCAI pour la période du 1^{er} décembre 1996 au 28 février 1997 est prescrite.
6. Dit que Mme K _____ a droit à une rente complémentaire d'invalidité pour conjoint dès le 1^{er} janvier 2000, au sens des considérants.
7. Dit que Mme K _____ a droit à des rentes complémentaires d'invalidité pour ses enfants et F _____ dès le 1^{er} décembre 1996, au sens des considérants.
8. Renvoie la cause à l'OCAI pour nouvelle décision au sens des considérants.
9. Condamne l'OCAI à verser à Mme K _____ une indemnité de fr. 2'000.-.
10. 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 :

Nancy BISIN

La Présidente :

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