RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/364/2005 **ATAS/472/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

6ème chambre

du 20 juin 2005

En la cause

Madame CB_____, domiciliée à Vernier, comparant par Me BORGEAUD Jean-Daniel en l'étude duquel elle élit domicile.	recourante
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, route de Chêne 54, 1208 Genève.	intimée

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Doris WANGELER et Juliana BALDE, Juges.

EN FAIT

1. Madame CB_____ (ci-après : la recourante), mariée en 1994 avec Monsieur DB_____ né G_____, est mère de deux enfants nés en 1993 et 1996. Elle est domiciliée à Genève depuis 2001.

2. Depuis 1999, elle vit séparée de son époux, les enfants résidant auprès d'elle. Elle bénéficie d'une demi-rente AI, de rentes complémentaires pour chacun de ses enfants ainsi que, depuis le 1er janvier 2001, de prestations complémentaires fédérales.

3. Le 11 octobre 2001, la recourante a rempli une demande d'allocations familiales auprès de la caisse d'allocations familiales pour personnes sans activité lucrative (ci-après : la caisse). Elle mentionnait que Monsieur DB_____ avait reçu des allocations pour enfants jusqu'au 31 décembre 1999.

4. Le 4 septembre 2001, Monsieur DB_____ a écrit à la caisse qu'il autorisait la recourante à percevoir les allocations familiales pour leurs deux enfants.

5. Le 4 janvier 2002, la caisse a requis de Monsieur DB_____ la production de plusieurs documents afin de pouvoir rendre une décision.

6. Le 4 avril 2002, la caisse publique cantonale vaudoise de chômage (ci-après CVC) a attesté que Monsieur DB_____ avait été mis au bénéfice de l'indemnité de chômage depuis le 18 septembre 1998 jusqu'au 31 décembre 1999. Les allocations familiales n'avaient plus été payées dès le 1er janvier 2000.

7. Le 7 septembre 2002, la caisse a requis de Monsieur DB_____ une attestation de la caisse de compensation, attestant de sa condition de personne indépendante.

8. Le 8 octobre 2002, l'Office cantonal de la population du canton de Genève a attesté que Monsieur DB_____ était parti pour Lausanne le 1er avril 2002 et que la recourante résidait à Genève depuis le 31 janvier 2001.

9. Par décision du 29 octobre 2002, la caisse a refusé de verser des allocations familiales à la recourante en relevant qu'il lui manquait un jugement de séparation précisant à qui la garde des enfants était confiée, ou des justificatifs concernant l'activité de son époux avec la mention qu'il ne recevait pas d'allocations familiales.

10. Le 18 juillet 2003, la caisse a interpellé la caisse cantonale de compensation AVS, sise à Clarens, au sujet de l'activité de Monsieur DB_____.

11. Le 12 novembre 2004, la recourante a requis de la caisse le versement des allocations familiales en sa faveur depuis le 1er janvier 2000, en relevant que

Monsieur DB_____ ne s'acquittait pas de cotisations AVS et ne contribuait pas à l'entretien de ses filles, dont elle avait la garde.

12. Le 7 décembre 2004, le Tribunal de première instance a dissout par le divorce le mariage des époux CB_____ et DB_____, maintenu l'exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants et attribué leur garde à la recourante. Le jugement est entré en force en février 2005.

13. Le 14 janvier 2005, la caisse a refusé d'entrer en matière sur la demande de la recourante du 12 novembre 2004, en considérant que les conditions pour un réexamen n'étaient pas remplies.

14. Le 17 février 2005, la recourante a recouru contre la décision du 14 janvier 2005 de la caisse auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales, en concluant à la constatation de la nullité de la décision de la caisse du 29 octobre 2002, à l'annulation de celle du 14 janvier 2005 et à la condamnation de la caisse au paiement des allocations familiales arriérées et à venir. Préalablement, elle a demandé l'audition de Monsieur DB_____ et de Monsieur E_____ de la caisse.

    Elle a relevé que la décision du 29 octobre 2002 n'était pas signée et sa notification n'était pas prouvée. Par ailleurs, il ne s'agissait pas d'une décision formelle de refus d'allocations familiales. La demande d'allocations du 12 novembre 2004 n'était donc pas une demande de réexamen. En toute hypothèse, un réexamen devait être effectué dès lors que la décision du 29 octobre 2002 était manifestement erronée.

    Il fallait tenir compte du fait que Monsieur DB_____ n'avait finalement jamais fourni les documents demandés par la caisse. Les circonstances s'étaient donc modifiées dans une mesure notable. Sur le fond, elle avait droit aux allocations familiales, puisqu'elle avait la garde des enfants depuis 1999, ce que le jugement de divorce avait confirmé.

15. Le 21 février 2005, la recourante a transmis copie du jugement de divorce à la caisse. Celle-ci a rendu le 24 février 2005 une décision par laquelle elle a alloué dès le 1er février 2005 des allocations familiales à la recourante pour ses deux enfants.

16. Le 31 mars 2005, la caisse a conclu au rejet du recours. S'agissant de la décision du 29 octobre 2002, le conseil de la recourante était venu consulter le dossier en mars 2004. Elle a précisé que les copies des décisions notifiées n'étaient jamais signées.

17. Le 4 mai 2005, la recourante a répliqué. L'intimée a renoncé à dupliquer par courrier du 10 mai 2005.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. 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'article 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.

3. Est litigieux en l'espèce le refus de la caisse de reconsidérer la décision du 29 octobre 2002, refusant à la recourante tout droit à des allocations familiales. Au surplus, la recourante invoque également la nullité de cette dernière décision.

4. Selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 126 V 46 consid. 2b, 125 V 369 consid. 2 et les arrêts cités).

   Selon la jurisprudence, le juge ne peut pas contraindre l'administration à reconsidérer une décision entrée en force. C'est pourquoi la décision par laquelle l'administration a refusé d'entrer en matière sur une demande en reconsidération ne peut être attaquée par la voie du recours de droit administratif. En revanche, si l'administration entre en matière sur une telle demande et examine si les conditions d'une reconsidération sont remplies, avant de statuer au fond par une nouvelle décision de refus, celle-ci est susceptible d'être attaquée par la voie d'un recours (ATF 117 V 13 consid. 2a, 116 V 63 et les références). De la reconsidération il faut distinguer la révision d'une décision entrée en force formelle, à laquelle l'administration est tenue de procéder lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 122 V 21 consid. 3a, 121 V 4 consid. 6 et les arrêts cités). Aussi, à la différence du refus d'entrer en matière sur une demande en reconsidération, un refus d'entrer en matière sur une

demande de révision d'une décision entrée en force peut-il être attaqué par la voie du recours de droit administratif (ATF du 6 mars 2003, cause U 57/02).

5. L'art. 2, alinéa 1 LAF définit le cercle des assujettis comme suit :

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

Selon l'art. 3 LAF :

1 Une personne assujettie à la loi peut bénéficier des prestations 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.

2 Si deux personnes assujetties à la loi remplissent, à l'égard du même enfant, les conditions de l'alinéa premier, le droit aux prestations appartient, par ordre de priorité :

a) à la personne qui a la garde des enfants;

b) à la personne qui exerce l'autorité parentale;

c) à la personne qui assume son entretien de manière prépondérante et durable.

3 Lorsque l'enfant est sous la garde conjointe de ses parents et qu'ils sont tous deux assujettis à la loi, les prestations sont accordées, par ordre de priorité :

a) à celui des deux parents qui exerce une activité lucrative;

b) à celui des deux parents qu'ils désigne conjointement, si tous deux exercent une activité lucrative.

Aux termes de l'art. 9 LAF :

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

2 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.

L'art. 9 al. 2 LAF n'a donné lieu à aucun débat lors de son adoption par le Grand Conseil (cf. Mémorial du Grand Conseil 1996, p. 1244). Le but de cette disposition vise à éviter le cumul de prestations et à empêcher que les parents puissent choisir, à leur gré, le régime le plus favorable ou passer d'un régime à l'autre suivant les prestations qu'ils désirent obtenir. C'est ainsi que la Commission de recours en matière d'allocations familiales (CRAF), compétente jusqu'au 31 juillet 2003, avait tranché les conflits positifs de compétence en appliquant le principe de la priorité dans le temps (cf. notamment jugement CRAF du 26 février 1999 en la cause L.C. et jugement du 11 avril 2003 cause N.B.).

Par ailleurs, le Tribunal de céans a jugé que, lorsque les parents travaillent dans des cantons différents, le canton de résidence de l'enfant est compétent pour verser des allocations familiales (arrêt du TCAS du 5 avril 2005, ATAS/267/2005, p. 4 s).

6. En l'espèce, il convient d'admettre que la demande de la recourante du 12 novembre 2004 équivaut à une demande de révision de la décision de la caisse du 29 octobre 2002 et non pas à une demande de reconsidération en ce sens qu'elle invoque, jugement du Tribunal de première instance à l'appui, un fait nouveau, à savoir que M. DB_____ a effectivement exercé une activité d'informaticien indépendant, ce qu'il n'était pas possible d'établir antérieurement, faute de collaboration de l'intéressé. Or, ce fait est susceptible de conduire à une appréciation juridique différente de la situation de la recourante, non pas pour la période du 1er janvier 2001 au 31 mars 2002 durant laquelle M. DB_____ était encore domicilié à Genève mais bien pour la période subséquente, dès le 1er avril 2002, date à laquelle M. DB_____ s'est domicilié dans le canton de Vaud. En effet, dès le 1er avril 2002, la recourante, sans activité lucrative et domiciliée à Genève avec ses deux enfants, dont elle détenait la garde et l'autorité parentale, avait droit aux allocations familiales au sens de l'art. 2 let. c LAF dès lors que M. DB_____ ne pouvait avoir droit, en tant qu'indépendant domicilié sur le canton de Vaud, à des allocations familiales vaudoises pour cette même période (art. 14 de la loi vaudoise sur les allocations familiales – RSVD 836.01). En revanche, antérieurement au 1er avril 2002, le statut, même avéré d'indépendant de M. DB_____ ne permet pas d'admettre que la recourante a droit aux allocations familiales dès lors qu'il ne peut être exclu que M. DB_____ en bénéficiait, au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LAF et 3 al. 3 let. c LAF, ce dernier article prévoyant la priorité de l'octroi de l'allocation au parent qui exerce une activité lucrative. En conséquence, c'est à tort que l'intimée a refusé de réviser

sa décision du 29 octobre 2002 pour tenir compte du fait que M. DB_____ a exercé une activité à titre d'indépendant dans le canton de Vaud dès le 1er avril 2002, ce qui ouvre le droit de la recourante à des allocations familiales dès cette date, sous réserve de la prescription.

9. Le droit aux allocations familiales arriérées se prescrit par 2 ans à compter du moment où le bénéficiaire a eu connaissance de son droit à percevoir des allocations familiales mais au plus tard 5 ans après la fin du mois pour lequel elles étaient dues. En l'occurrence, il convient de tenir compte de la demande initiale de la recourante du 11 octobre 2001 laquelle a bien été déposée dans le délai de 2 ans dès le 31 janvier 2001, date à partir de laquelle on peut considérer que la recourante avait connaissance, de par son nouveau domicile genevois, de son droit aux allocations familiales de ce canton. Par ailleurs, le délai de prescription de 5 ans depuis le 1er avril 2002 n'est pas non plus atteint. En conséquence, la recourante a droit à l'octroi d'allocations familiales dès le 1er avril 2002 (art. 12 LAF et arrêt du TCAS du 1er mars 2005 - ATAS/245/2005).

10. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis, la décision du 14 février 2005 et celle du 29 janvier 2002 annulées et dit que la recourante a droit à des allocations familiales dès le 1er avril 2002.

11. Vu l'issue du litige, une indemnité de 1000 fr sera allouée à la recourante à charge de l'intimée.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable ;

Au fond :

2. L'admet partiellement ;
3. Annule les décisions du 14 janvier 2005 et du 29 octobre 2002 de la Caisse cantonale genevoise de compensation ;
4. Octroie à Madame CB_____ les allocations familiales pour ses enfants dès le 1er avril 2002 ;
5. Condamne l'intimée à verser à la recourante une indemnité de 1000 fr.

La greffière:	La Présidente :
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe le