

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4025/2018

ATAS/152/2019

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 25 février 2019

6^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENEVE

recourant

contre

GASTROSOCIAL, sise Caisse de compensation, Buchserstrasse
1;Postfach 2203, AARAU

intimée

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente ; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Le 6 août 2018, B_____ Suisse S.A (ci-après : l'employeur) a requis de Gastrosocial caisse de compensation (ci-après : l'intimée) pour le compte de son employé, Monsieur A_____ (ci-après : le recourant), marié à Madame C_____, le versement d'une allocation familiale depuis le _____ 2017, date de la naissance à Genève de D_____ (ci-après : l'enfant), fille de ce dernier.
2. Mme C_____ est inscrite dans le fichier de l'Office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM) comme étant domiciliée en Suisse depuis le 2 décembre 2016.
3. Par décision du 7 août 2018, l'intimée a refusé au recourant le droit à l'allocation de naissance au motif que son épouse n'était domiciliée en Suisse que depuis le 2 décembre 2016, soit moins de neuf mois avant la naissance de l'enfant.
4. Le 12 août 2018, le recourant a fait opposition à cette décision, en faisant valoir qu'il avait droit à l'allocation de naissance, que la durée d'une grossesse n'était pas fixe, qu'en l'occurrence la naissance de l'enfant avait été provoquée par césarienne car la mère n'avait pas suffisamment de liquide amniotique, qu'il y avait huit mois et vingt-huit jours entre le 2 décembre 2016 et la naissance de l'enfant et, de surcroit, que la mère n'était pas venue en Suisse seulement pour y accoucher puisqu'elle y était toujours domiciliée.
5. Par décision du 1^{er} novembre 2018, l'intimée a rejeté l'opposition du recourant au motif que l'enfant n'était pas né prématurément, seul cas permettant de réduire la durée de carence de neuf mois ; en effet une naissance prématurée survenait entre la vingt-deuxième et la trente-septième semaine d'aménorrhée révolue ou avant le huitième mois de grossesse.
6. Le 4 novembre 2018, le recourant a écrit à l'intimée que l'accouchement avant terme était celui qui intervenait avant la fin du neuvième mois de grossesse, selon les directives pour l'application de la loi fédérale sur les allocations familiales, ce qui était le cas de son épouse qui avait accouché à 8,975 mois ; une interprétation large devait être donnée aux dispositions en matière sociale, en faveur du requérant.
7. Le 8 novembre 2018, l'intimée a informé le recourant qu'elle s'en tenait à sa décision du 1^{er} novembre 2018.
8. Le 16 novembre 2018, le recourant a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice d'un recours à l'encontre de la décision de l'intimée du 1^{er} novembre 2018, en faisant valoir les mêmes arguments que dans son courrier du 4 novembre 2018.
9. Le 3 décembre 2018, l'intimée a conclu au rejet du recours, en relevant que la notion d'accouchement avant terme se rattachait directement au cas d'un accouchement prématuré.

Elle a communiqué un arrêt du 10 mars 2017 de la Cour des assurances sociales du Canton de Vaud (AF 5/2015-4/2017).

10. Le 3 janvier 2019, le recourant a répliqué en soulignant que l'accouchement avant terme était celui qui intervenait avant la fin du neuvième mois de grossesse, ce qui était le cas de son épouse ; selon une échographie du 10 avril 2017, l'âge gestationnel de l'enfant à ce moment-là était de vingt semaines et quatre jours, soit dix-huit semaines de grossesse, de sorte que la conception avait eu lieu autour du 2 décembre 2016, alors que son épouse était déjà en Suisse ; selon une échographie du 22 juin 2017, et après calcul, son épouse avait accouché à quarante semaines et cinq jours d'aménorrhée, soit avant le terme de neuf mois de grossesse effective ; au regard de son statut d'étudiant, du nombre de jours en cause (même pas deux en réalité, mais plutôt un jour et quarante-cinq minutes, l'enfant étant née le _____ 2017 à 23h15), de la nature sociale des allocations de naissance, de l'objectif qui les sous-tendait, de la protégée et du but de la condition des neuf mois, des exceptions aménagées par le législateur, de la conception plus que probable de l'enfant en Suisse, de fait qu'elle continuait d'y résider, que ses parents y demeuraient jusque-là tout en travaillant, il estimait qu'il était adéquat qu'il bénéficie des allocations de naissance.
11. Le 28 janvier 2019, l'intimée a répliqué en rappelant que le délai de neuf mois était un délai strict.
12. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. 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 les allocations familiales, du 24 mars 2006 (LAFam - RS 836.2). Elle statue aussi, en application de l'art. 134 al. 3 let. e de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), sur les contestations prévues à l'art. 38A de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (LAF - J 5 10).

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

2. Interjeté en temps utile, le recours est recevable.
3. a. Selon l'art. 3 al. 2 et 3 LAFam, les cantons peuvent prévoir une allocation de naissance, laquelle est versée pour chaque enfant né vivant ou après une grossesse d'au moins vingt-trois semaines, le conseil fédéral pouvant fixer d'autres conditions.

Selon l'art. 2 al. 1 et 3 de l'ordonnance du 31 octobre 2007 sur les allocations familiales (OAFam - RS 836.21), un droit à l'allocation de naissance existe lorsque le régime cantonal d'allocations familiales prévoit une allocation de naissance

(al. 1). L'allocation de naissance est versée : a. si un droit aux allocations familiales existe selon la LAFam ; et b. si la mère a eu son domicile ou sa résidence habituelle au sens de l'art. 13 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales en Suisse durant les neuf mois précédant la naissance de l'enfant; si la naissance se produit avant terme, la durée requise du domicile ou de la résidence habituelle en Suisse est réduite conformément à l'art. 27 du règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (al. 3).

Selon l'art. 27 du règlement sur les allocations pour perte de gain, du 24 novembre 2004 (RAPG - RS 834.11), en cas d'accouchement avant terme, la période d'assurance fixée par l'art. 16b al. 1 let. b LAPG est réduite comme suit : a. à 8 mois si l'accouchement intervient entre le 8^e mois de la grossesse et le terme ; b. à 7 mois si l'accouchement intervient entre le 7^e et le 8^e mois de la grossesse ; c. à 6 mois si l'accouchement intervient avant le 7^e mois de la grossesse.

Selon le chiffre 221 des directives pour l'application de la LAFam (DAFam, valables dès le 1^{er} janvier 2009, version du 1^{er} janvier 2018), le délai de carence est de neuf mois, par analogie avec ce que prévoit le régime des allocations pour perte de gain en cas de maternité. A la naissance de l'enfant, la mère doit donc être domiciliée ou avoir sa résidence habituelle en Suisse depuis neuf mois au moins. En cas d'accouchement avant terme, soit avant la fin du 9^e mois de grossesse, la règle de l'art. 27 RAPG est reprise.

b. Selon l'art. 4 al. 4 let a LAF, les allocations familiales comprennent l'allocation de naissance.

Selon l'art. 5 LAF, l'allocation de naissance est une prestation unique accordée selon les conditions prévues par la loi fédérale et ses dispositions d'exécution.

Selon l'art. 8 al. 1 LAF, l'allocation de naissance ou d'accueil est de CHF 2'000.-.

4. En l'occurrence, est seule litigieuse la question de la durée du domicile de la mère de l'enfant, au sens de l'art. 2 al. 3 OAFam. A cet égard, le recourant expose que son enfant est née peu avant le terme, le 30 août 2017, la grossesse de son épouse étant alors de quarante semaines et cinq jours d'aménorrhée et que celle-ci avait dû subir une césarienne avant terme, en raison d'un manque de liquide amniotique.

Ces faits ne sont pas contestés par l'intimée.

Contrairement à l'avis de cette dernière, le chiffre 221 DAFam ne prévoit pas une réduction de la durée de carence dans le cas spécifique de l'accouchement prématuré de l'enfant mais renvoie à l'art. 27 RAPG, lequel réduit notamment le délai de carence à 8 mois lorsque l'accouchement a lieu avant son terme, soit entre le 8^{ème} mois de la grossesse et le terme. L'arrêt de la Cour des assurances sociales du Canton de Vaud, cité par l'intimée, ne tranche pas cette question, mais rappelle seulement les termes de l'art. 2 al. 3 OAFam.

Partant, l'épouse du recourant ayant accouché entre le 8^{ème} mois de sa grossesse et le terme, le délai de carence doit être réduit à huit mois, de sorte qu'au 30 août

2017, elle remplissait la condition de l'art. 2 al. 3 OAFam, étant domiciliée en Suisse depuis le 2 décembre 2016.

5. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision litigieuse annulée. L'intimée sera condamnée à verser au recourant l'allocation de naissance.

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision de l'intimée du 1^{er} novembre 2018.
4. Condamne l'intimée à verser une allocation de naissance au recourant.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Julia BARRY

Valérie MONTANI

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