

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/823/2009

ATAS/76/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 5

du 21 janvier 2010

En la cause

Madame B _____, domiciliée au GRAND-SACONNEX

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
sise route de Chêne 54, GENEVE

intimée

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente, Juliana BALDE, Karine STECK, Doris WANGELER et Sabina MASCOTTO, Juges; Christine BULLIARD MANGILI et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame B _____ (ci-après : l'intéressée) est mère de quatre enfants, nés respectivement les 5 septembre 1983, 18 octobre 1984, 15 novembre 1987 et 14 août 1994 de son mariage avec Monsieur Nils B _____. Toute la famille réside au Grand-Saconnex.
2. Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 27 mai 2004, le Tribunal de première instance a prononcé la suspension de la vie commune des époux B _____ et attribué à l'intéressée la garde des deux enfants encore mineurs. Le mari a été condamné à verser à son épouse une pension mensuelle de 9'000 fr. jusqu'au 31 décembre 2004 et de 7'000 fr. dès le 1^{er} janvier 2005, allocations familiales en sus.
3. Le 26 septembre 2007, la Caisse d'allocations familiales interprofessionnelle de la Fédération des entreprises romandes (ci-après : la caisse de la FER) a réclamé à l'époux de l'intéressée la restitution de 5'060 fr. au titre d'allocations familiales perçues à tort pour la période du 1^{er} septembre 2005 au 30 juin 2007. Dans la mesure où il était séparé de son épouse et que la garde des enfants avait été confiée à la mère, il appartenait obligatoirement à cette dernière de revendiquer le versement des allocations familiales auprès de la caisse de son employeur dès le 1^{er} juillet 2004. Le retard apporté à signaler ce changement avait amené à verser à tort les allocations familiales pour la période de septembre 2005 au 30 juin 2007, soit 5'060 fr.
4. Le 19 novembre 2007, l'intéressée et son employeur ont complété le questionnaire servant de demande d'allocation pour enfants à l'intention de la Caisse cantonale genevoise de compensation AVS (ci-après : la caisse). Il était mentionné que l'intéressée travaillait depuis le 1^{er} octobre 2005 en tant qu'infirmière pour la Résidence X _____
5. . Le questionnaire a été réceptionné par la caisse le 13 décembre 2007.
6. Par décision du 19 décembre 2007, la caisse a reconnu à l'intéressée le droit à des allocations familiales dès le 1^{er} janvier 2006, son employeur étant affilié à partir de cette date. Pour la période de janvier 2006 à juin 2007, le montant de 3'600 fr. était remboursé directement selon la facture. Les allocations familiales lui étaient directement versées à compter du 1^{er} juillet 2007.
7. En date du 23 octobre 2008, la caisse a rectifié sa précédente décision et reconnu à l'intéressée le droit aux allocations familiales à compter du mois de décembre 2005. Elle versait deux ans de rétroactif depuis la date de réception de la demande de prestations, le 13 décembre 2007.

8. Par courrier du 3 novembre 2008, l'intéressée a formé opposition à cette décision. Elle contestait le fait que le remboursement fut limité à deux ans, la caisse de son mari lui ayant réclamé la restitution de 1'460 fr. pour les mois de septembre à décembre 2005. De plus, elle avait débuté son activité auprès de la Résidence X_____ en avril 2005, et non pas en octobre 2005 comme elle l'avait signalé dans un premier temps. Elle avait donc droit aux allocations familiales depuis avril 2005.
9. Par décision sur opposition datée du 12 février 2008 (recte : 2009), la caisse a confirmé sa position. D'une part, il était indubitable que depuis la séparation des époux, l'intéressée était prioritaire pour bénéficier des allocations familiales, même si à cette époque elle n'exerçait pas encore d'activité lucrative. Par ailleurs, l'art. 12 al. 1 LAF ne prévoyait pas l'octroi de cinq ans d'allocations familiales rétroactives, mais uniquement le versement de deux ans d'allocations familiales dans un délai de cinq ans dès la fin du mois pour lequel elles étaient dues. Quant au moment à partir duquel le délai de deux ans commençait à courir, les caisses avaient pour pratique constante de le faire coïncider avec le dépôt de la demande, ce que la jurisprudence avait admis. L'intéressée ayant déposé sa demande d'allocations familiales auprès de la caisse le 13 décembre 2007, elle avait droit à vingt-quatre mois d'allocations familiales arriérées au maximum, à compter du dépôt de sa demande, soit un droit courant de décembre 2005 à décembre 2007. Quant à la caisse du mari, elle avait aussi le droit de réclamer deux ans de prestations rétroactives.
10. Par pli daté du 10 mars 2009, mis à la poste le même jour, l'intéressée a interjeté recours contre cette décision devant le Tribunal cantonal des assurances sociales. Elle a expliqué qu'au moment de sa séparation, elle ne travaillait pas et, selon le jugement du tribunal de première instance, les allocations familiales lui étaient destinées. Lorsqu'elle a repris un travail, personne n'a attiré son attention sur la nécessité de réclamer des allocations familiales. D'ailleurs, n'étant pas divorcée, il lui paraissait normal de continuer à bénéficier des allocations par l'intermédiaire de son époux, les cotisations du deuxième pilier continuant également à s'accumuler comme pendant la vie commune. Il n'y avait jamais eu de mauvaise volonté et, de toute évidence, le droit aux allocations familiales n'était pas litigieux. Elle n'avait pas à faire les frais d'une guerre entre caisses.
11. Dans sa détermination du 17 avril 2009, l'intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision du 12 février 2008, qui avait en réalité été établie et notifiée en date du 12 février 2009. Sur le fond, les arguments de la recourante n'appelaient pas de remarques particulières, l'intimée persistant dans les termes et conclusions de la décision attaquée.
12. Par courrier du 5 juin 2009, la recourante a précisé, à la demande du Tribunal, qu'elle avait pris connaissance de la demande de remboursement de la caisse de la FER fin 2007, quelque temps après son mari, celui-ci lui ayant communiqué une

copie de cette décision. A sa connaissance, son mari avait restitué l'intégralité de la somme réclamée.

13. Le 17 juin 2009, les parties ont été entendues par le Tribunal de céans lors d'une audience de comparution personnelle. A cette occasion, la recourante a précisé que la caisse de son mari ne lui avait jamais rien réclamé directement. C'était son mari qui avait dû restituer les 1'460 fr, représentant les allocations de septembre à novembre 2005. L'intimée a pour sa part indiqué qu'elle avait directement remboursé les allocations familiales concernant les mois de décembre 2005 à juin 2007 à la caisse de la FER.
14. Le 6 juillet 2009, la caisse de la FER a confirmé au Tribunal de céans que le mari de la recourante avait versé le solde des allocations familiales objet de la décision de restitution du 26 septembre 2007, soit 1'460 fr.
15. En date du 16 juillet 2009, l'intimée a persisté dans ses conclusions, en niant implicitement la qualité pour agir de la recourante, celle-ci n'ayant pas subi de préjudice, dès lors que, selon les informations que son mari avait donnée par téléphone à l'intimée, c'était ce dernier qui avait restitué les allocations familiales afférentes à la période de septembre à novembre 2005. Par ailleurs, la recourante avait seule accès au compte bancaire, sur lequel les allocations familiales de la caisse de la FER avaient été versées, raison pour laquelle cette dernière avait d'abord réclamé la restitution du solde de 1'460 fr. directement à la recourante. Celle-ci ayant fait part à la caisse de la FER qu'elle s'y opposait, ladite caisse avait ensuite demandé la restitution à son mari.
16. Par courrier du 29 juillet 2009, la recourante a rétorqué que s'il était exact que son mari avait restitué les allocations à la caisse de la FER, elle était à son tour tenue de rembourser ce montant à son mari. C'est la raison pour laquelle la procédure avait été engagée. Par ailleurs, dans la mesure où les allocations étaient destinées aux enfants, force était de constater que trois mois d'allocations n'avaient pas été versés.
17. Le 7 octobre 2009, le Tribunal de céans a procédé à une tentative de conciliation qui a échoué.
18. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Le Tribunal cantonal des assurances sociales statue en instance unique conformément à l'art. 22 de la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 (LAFam) en matière d'allocations familiales fédérales et, conformément à l'art. 56 V al. 2 let. e de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ), en matière d'allocations familiales cantonales.

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

2. Suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2009, de la LAFam, le législateur cantonal a modifié la loi sur les allocations familiales du 1^{er} mars 1996 (LAF), notamment en relation avec la question de la perception des prestations arriérées. Toutefois, en l'espèce, tant la LAFam que les nouvelles dispositions de la LAF entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2009 ne sont pas applicables dès lors que le litige dont le Tribunal est saisi concerne une demande d'allocations familiales déposée en décembre 2007 et portant sur le versement de prestations rétroactives.

Les dispositions de la LAF seront ainsi citées dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008.

Quant à la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1), elle s'applique, à titre supplétif, en vertu de l'art. 45 al. 1 aLAF.

3. Formé le 10 mars 2009 contre la décision sur opposition du 12 février 2009, le recours a été interjeté en temps utile devant l'autorité compétente et est partant recevable (art. 38A aLAF).
4. Le litige porte sur le droit de la recourante aux allocations familiales pour la période du 1^{er} septembre au 30 novembre 2005.
5. Dans un premier moyen, l'intimée fait valoir que la recourante n'a pas d'intérêt légitime à agir, dans la mesure où c'est le mari qui a remboursé à la caisse de la FER les allocations familiales que l'intimée a refusé d'accorder à la recourante.
6. a) Aux termes de l'art. 39 aLAF a qualité pour recourir ou ouvrir action quiconque est touché par la décision ou par le différend et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée ou à ce qu'il soit jugé. Cette disposition ne diffère guère de l'art. 59 LPGA qui énonce que quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, est considéré comme un intérêt digne de protection, tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée que peut faire valoir une personne atteinte par

cette dernière. L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. L'intérêt doit être direct et concret; en particulier, la personne doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec la décision; tel n'est pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate (arrêt du Tribunal fédéral du 24 janvier 2007, K 45/05, consid. 6.2 et les arrêts cités).

b) En l'espèce, il est constant que la décision dont est recours refuse d'accorder à la recourante trois mois d'allocations familiales rétroactives qu'elle a réclamées, afférentes aux mois de septembre, octobre et novembre 2005. Il apparaît d'ailleurs que le mari a dû restituer à sa caisse les allocations familiales concernant cette période. Dès lors qu'il avait déjà versé ces allocations à son ex-épouse, sans les avoir perçues, il a une créance en restitution à concurrence du montant de celles-ci à l'encontre de la recourante, pour cause d'enrichissement illégitime. En effet, il n'est tenu de lui transférer que les allocations effectivement reçues. L'intimée ayant parallèlement refusé à la recourante les allocations familiales de septembre à novembre 2005, il convient d'admettre que la fortune de cette dernière est bel et bien diminuée de ce fait, de sorte qu'un intérêt direct et concret à recourir contre la décision querellée doit lui être reconnu. En tant que destinataire de la décision attaquée, la recourante se trouve en outre dans un rapport étroit avec la décision.

7. a) Aux termes de l'art. 7 al. 1 aLAF, l'allocation pour enfant est une prestation mensuelle accordée dès le mois qui suit celui de la naissance de l'enfant ou de son placement en vue d'adoption jusqu'à la fin du mois au cours duquel il atteint l'âge de 18 ans s'il est domicilié en Suisse ou de 15 ans s'il ne l'est pas.

b) 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 (art. 3 al. 1 aLAF).

Un même enfant ne donne pas droit à plus d'une allocation du même genre (cf. art. 9 al. 1 aLAF). C'est la raison pour laquelle une règle de concours est établie à l'art. 3 al. 2 aLAF, afin de régler le cas où deux personnes assujetties à la loi remplissent, à l'égard du même enfant, les conditions du droit aux prestations selon l'art. 3 al. 1 a LAF.

En cas de concours entre deux bénéficiaires, le droit aux prestations appartient, par ordre de priorité, à la personne qui a la garde de l'enfant (art. 3 al. 2 let. a aLAF), à celle qui exerce l'autorité parentale (art. 3 al. 2 let. b aLAF) et à celle qui assume son entretien de manière prépondérante et durable (art. 3 al. 2 let. c aLAF). Lorsque l'enfant est sous la garde conjointe des deux parents, tous deux assujettis à la loi, les prestations sont accordées en priorité à celui des deux parents qui exerce une activité lucrative (art. 3 al. 3 let a aLAF). Si les deux parents travaillent, il leur

appartient de désigner lequel des deux parents est le bénéficiaire (art. 3 al. 3 let b aLAF).

8. En l'espèce, il ressort des éléments du dossier que la recourante avait seule la garde de ses deux enfants, en vertu du jugement de séparation du 27 mai 2004 versé à la procédure. En application de la règle de concours posée à l'art. 3 al. 2 let. a aLAF, elle était par conséquent la bénéficiaire prioritaire des allocations familiales à partir de l'entrée en force du jugement. Sur ce point, la décision entreprise ne prête pas le flanc à la critique.
9. Il reste à examiner si c'est à juste titre que la caisse a octroyé les deux ans d'allocations rétroactives à compter du dépôt de la demande par la recourante, le 13 décembre 2007.

Selon l'art. 12 al. 1 aLAF, le droit aux allocations familiales arriérées se prescrit par deux ans à compter du moment où le bénéficiaire a eu connaissance de son droit à percevoir des allocations familiales, mais au plus tard deux ans après la fin du mois pour lequel elles étaient dues.

Si le libellé de la loi n'est pas des plus limpides, il ressort des travaux préparatoires que l'art. 12 al. 1 aLAF a été introduit sur proposition de la Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) dans le but d'étendre le délai de cinq ans non seulement au droit de demander la restitution, comme déjà proposé dans le projet de loi, mais également au droit de percevoir des allocations arriérées. Cette proposition visait à reprendre la symétrie inscrite dans la loi en vigueur entre le délai de restitution des allocations versées à tort et le délai pour faire valoir ce droit. Il s'agissait de « fournir une meilleure protection aux salariés-ées dont l'employeur aurait négligé de demander des allocations familiales, en étendant à cinq ans le délai pendant lequel 2 ans d'allocations familiales arriérées peuvent encore être demandées » (Mémorial des séances du Grand Conseil du canton de Genève 1998 p. 5692).

Le Tribunal de céans a interprété cette disposition dans le sens que le moment à partir duquel il y a lieu de calculer les deux ans de prestations arriérées est celui du dépôt de la demande, puisque celui-ci est une condition pour le versement des prestations (ATAS/1051/2008; 332/2006).

10. Aux termes de l'art. 35 al. 2 aLAF, la demande doit être faite par écrit, sur une formule officielle auprès de la caisse compétente pour le bénéficiaire, soit : a) s'il est salarié, la caisse à laquelle est affilié son employeur ; b) s'il est de condition indépendante ou salarié d'un employeur non tenu de cotiser à l'assurance-vieillesse et survivants, la caisse à laquelle il est affilié ; et c) s'il est sans activité lucrative ou employé de maison, la caisse d'allocations familiales pour personnes sans activité.

Le bénéficiaire tout comme celui auquel les allocations sont versées doit signaler sans délai tout changement pouvant influencer sur le droit à l'allocation ou susceptible

d'entraîner la désignation d'un nouveau bénéficiaire (art. a36 LAF). Le Tribunal de céans a eu l'occasion de juger que ni les caisses d'allocations familiales, ni les employeurs n'avaient l'obligation légale d'informer les intéressés ou de prendre d'office les dispositions pour assurer le versement des prestations auxquelles ils ont droit. Ainsi, par exemple, le fait d'informer son employeur d'un changement d'état civil, ne libérait aucunement le bénéficiaire de son obligation d'informer la caisse découlant de l'art. 36 aLAF, l'employeur n'étant pas tenu de transmettre lesdites informations (cf. ATAS/404/2004, du 26 mai 2004). Il a aussi été jugé que le fait, pour un employeur, d'avoir mal renseigné un ayant droit quant aux allocations familiales ne permettait pas de déroger à la règle concernant le délai de deux ans de prescription (décision de l'ancienne Commission de recours du 17 juin 1994 citée par l'ATAS/404/2004, du 26 mai 2004).

11. En l'espèce, la recourante a déposé sa demande en décembre 2007. Partant, elle ne peut pas demander des allocations familiales rétroactives pour plus de deux ans à compter de cette date. La décision de l'intimé est ainsi fondée, en ce qu'il lui a refusé les allocations familiales pour les mois de septembre à novembre 2005.
12. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

En application de l'art. 56U al.2 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

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