

GE_GERICHTE ATAS/1133/2017 vom 12. Dezember 2017

GE Cour de justice, 2017-12-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1133_2017

FR: GE_GERICHTE ATAS/1133/2017 du 12 décembre 2017

IT: GE_GERICHTE ATAS/1133/2017 del 12 dicembre 2017

Erwägungen

E. 15

L'assuré a interjeté recours le 16 avril 2016 contre ladite décision sur opposition. Il répète que ses enfants ont toujours résidé en Suisse au bénéfice d'un permis C.

E. 16

Dans sa réponse du 1er juin 2016, la caisse a conclu, dans la mesure de sa recevabilité, au rejet du recours.

E. 17

La chambre de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 23 août 2016. L'assuré a alors déclaré que « Les trois aînés sont à présent diplômés en économie, physiothérapie et médecine générale. Ils ont obtenu leurs diplômes au Kosovo et en Macédoine. Le dernier est footballeur professionnel. Il joue en Italie. E_____ a été scolarisé en Suisse de 2009 à 2014 ou 2015, je ne sais plus, soit à la fin de ses années de collège. Son droit aux allocations familiales a été reconnu. Je n'ai pas recouru contre la décision du 15 mars 2010, parce que je n'ai pas bien compris. Chaque fois que le service des allocations m'a demandé des documents, je les ai fournis. J'affirme que mes enfants étaient domiciliés en Suisse, bien que scolarisés au Kosovo. Je rappelle à cet égard qu'ils sont au bénéfice d'un permis d'établissement C et sont assurés pour la LAMal. Je me suis acquitté des primes d'assurance-maladie pour eux. Les enfants vivaient chez les grands-parents au Kosovo. Plus tard, ils avaient une chambre dans une cité universitaire au Kosovo. La mère des enfants vivait à cette époque la moitié du temps en Suisse, l'autre moitié au Kosovo. On peut dire qu'elle s'est sacrifiée. Les enfants revenaient en Suisse pour les vacances. J'envoyais de l'argent au Kosovo pour leur entretien.

A/1161/2016 - 4/18 - Je précise que je ne sais ni lire ni écrire en français. Les enfants en revanche parlent très bien français. Ma fille aînée a du reste fréquenté l'université en français à Pristina durant deux ans. Les enfants allaient chez le médecin en Suisse s'ils tombaient malades durant les vacances, sinon ils allaient au Kosovo. Nous avons un médecin de famille en Suisse, le docteur F_____. Le Dr G_____, pédiatre, décédé à présent, était leur médecin traitant. Une des raisons notamment pour lesquelles j'ai continué à payer les primes d'assurance-maladie est que mon fils aîné souffre depuis la naissance d'un problème de muscle au thorax. Les deux aînées travaillent en Suisse respectivement depuis trois et deux ans. Celui qui a étudié la médecine va également venir travailler en Suisse dès qu'il aura finalisé son diplôme. Les maris de mes deux filles sont Kosovars. Ils se sont rencontrés à l'université au Kosovo. Ils travaillent également en Suisse dans le même type d'activité. Je précise que mes enfants se sentent suisses. Je suis au bénéfice des prestations complémentaires. Les enfants l'étaient avec moi jusqu'à ce qu'ils aient terminé leurs études. J'ai reçu des subsides de l'assurance-maladie certaines années. Je ne les ai

parfois pas reçus, parce que je ne les avais pas demandés à temps. Je ne savais pas comment m'y prendre. De même pour les bourses d'études. Je produis à cet égard un courrier du 18 mai 2015 de l'Office pour l'orientation professionnelle et continue accordant une bourse pour D_____ s'agissant de la poursuite de ses études au Kosovo. Je ne comprends pas comment il serait possible que nous puissions recevoir une bourse et pas des allocations familiales. Pendant les vacances qu'ils passaient en Suisse, les aînés aimaient particulièrement lire, mais le plus jeune jouait au foot au Servette. C'est dans ce cadre du reste qu'il a été repéré. Pour venir en vacances, les enfants profitaient du transport par voiture d'amis. Ils venaient parfois en avion. Je n'allais quant à moi au Kosovo que lorsqu'ils étaient à l'école. J'envoyais de l'argent au Kosovo une fois par mois par ordre permanent ».

E. 18

Le même jour, l'assuré a produit, sur demande de la chambre de céans, copie de ses décomptes bancaires de 2010 à ce jour.

E. 19

Invitée à se déterminer, la caisse a indiqué le 1er novembre 2016 que les documents produits n'apportaient aucun éclairage nouveau à ce dossier. Elle transmet à la chambre de céans copie d'un courrier du service des prestations complémentaires (SPC) adressé à la caisse cantonale genevoise de compensation (CCGC) le 16 mars 2009. Le SPC prie la CCGC de bien vouloir procéder à la retenue mensuelle de CHF 800.- sur la rente d'invalidité, l'assuré étant débiteur d'un solde de CHF 149'389.15, représentant des prestations complémentaires reçues indûment.

A/1161/2016 - 5/18 - Selon la caisse, ces prestations auraient été versées indûment, notamment parce que le recourant et/ou ses enfants n'auraient pas été domiciliés en Suisse durant certaines périodes. Elle considère dès lors qu'il serait utile d'appeler en cause le SPC.

E. 20

Par courrier du 15 décembre 2016, Me Karin ETTER a informé la chambre de céans qu'elle se constituait pour la défense des intérêts de l'assuré avec élection de domicile.

E. 21

Dans ses écritures du 30 janvier 2017, l'assuré, représenté par sa mandataire, a admis que les trois aînés étudiaient durant la période visée par la présente procédure au Kosovo, mais qu'ils revenaient régulièrement en Suisse rejoindre leurs parents. Ils étaient assurés auprès de l'assurance-maladie suisse et avaient l'intention de revenir dans ce pays une fois terminées leurs études. Du reste, B_____ et C_____ sont à présent établis à Genève et y travaillent. D_____ n'a pas encore terminé ses études qu'il poursuit à l'étranger encore maintenant. Les trois enfants ont conservé leur permis d'établissement en Suisse. Il s'oppose à ce que le SPC soit appelé en cause. Il conclut à l'octroi d'allocations pour B_____, C_____ et D_____ pour la période allant du 1er avril 2010 au 31 décembre 2014.

E. 22

Le 28 février 2017, la caisse rappelle que les enfants ont résidé sans discontinuer au Kosovo depuis au moins l'année 2001, de sorte que c'est davantage au Kosovo qu'ils ont construit

et noué les liens les plus étroits et non en Suisse. La caisse relève par ailleurs qu'aucun élément factuel (copie des passeports des enfants, billets d'avion ou de transport) ne vient corroborer les déclarations de l'assuré relatives à leurs éventuels séjours en Suisse pendant les vacances scolaires. La caisse se demande enfin si les primes d'assurance-maladie n'étaient pas couvertes par les subsides y relatifs. Elle persiste dans ses écritures et conclusions antérieures.

E. 23

Le 3 avril 2017, l'assuré a produit des décomptes de salaire au 31 août 2011, 31 août 2012 et 31 octobre 2012 de B_____ pour les emplois d'été qu'elle a occupés en 2011 et 2012 en tant que femme de chambre à Genève, copie d'un contrat individuel de travail comme nettoyeuse pour C_____ du 2 au 24 août 2013 au Petit-Lancy, et un compte-rendu opératoire du 20 juillet 2011 établi par un médecin du service de chirurgie orthopédique des HUG relatif à une arthroscopie diagnostique et une méniscectomie partielle du ménisque interne pratiquées le 19 juillet 2011 par les docteurs H_____ et I_____, et un courrier des HUG daté du 31 juillet 2012, selon lequel D_____ est convoqué le 26 septembre 2012 pour subir une IRM du genou. L'assuré considère que ces pièces démontrent que les enfants sont venus régulièrement en Suisse durant leurs études, et conclut au versement des allocations familiales pour B_____, C_____ et D_____ pour la période allant du 1er avril 2010 au 31 décembre 2014.

A/1161/2016 - 6/18 -

E. 24

Le 27 avril 2017, la caisse a considéré que le fait que l'un des enfants visitant son père en Suisse pendant ses vacances scolaires ait travaillé un mois en 2011 et 2013 ne suffisait pas pour créer un domicile en Suisse. Elle a maintenu ses conclusions.

E. 25

Sur demande de la chambre de céans, le SPC a confirmé, le 21 juin 2017, qu'il avait adressé à l'assuré une demande en restitution de prestations versées à tort depuis le 1er avril 2001, au motif que les enfants étaient scolarisés à l'étranger et habitaient chez leur oncle depuis plus de cinq ans, selon les déclarations de l'assuré faites lors d'un entretien au guichet le 13 mars 2006 et par courrier du 20 avril 2006.

E. 26

Les parties ont été invitées à se déterminer.

E. 27

Le 3 juillet 2017, la caisse a constaté que, par son courrier du 21 juin 2017, le SPC venait confirmer que les enfants étaient bel et bien domiciliés au Kosovo où ils étaient scolarisés d'avril 2001 à décembre 2014.

E. 28

Le 21 juillet 2017, l'assuré a relevé que les règles n'étaient pas identiques pour la détermination du droit aux allocations familiales et du droit aux prestations complémentaires, le premier étant basé sur la notion de domicile au sens des art. 23 à 26 CC, et le second exigeant le domicile et la résidence habituelle en Suisse. Il ajoute que, s'agissant des prestations complémentaires familiales, une troisième condition est prévue, soit le ménage commun avec les enfants. Il considère dès lors que la décision du SPC n'est

pas pertinente dans le cas d'espèce. L'assuré conclut à l'octroi des allocations familiales pour B_____, C_____ et D_____ du 1er avril 2010 au 31 décembre 2014.

E. 29

Sur question de la chambre de céans, l'assuré a indiqué que B_____, C_____ et D_____ avaient fréquenté les écoles genevoises avant de continuer leur scolarité au Kosovo pour des questions financières essentiellement. Il produit à cet égard une attestation de parcours scolaire dans l'enseignement public genevois jusqu'à juillet 2000, soit jusqu'à la cinquième primaire pour B_____, la troisième primaire pour C_____, et la deuxième primaire pour D_____.

E. 30

Ces nouvelles pièces ont été communiquées à la caisse. Cet office, le 1er novembre 2017, a déclaré qu'il persistait dans ses conclusions antérieures, considérant que ces nouvelles pièces venaient confirmer que le centre des intérêts prépondérants des enfants, et donc leur domicile, est fixé au Kosovo depuis la fin de l'année scolaire 1999-2000.

E. 31

Ce courrier a été transmis et la cause 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

A/1161/2016 - 7/18 - 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) en vigueur dès le 1er janvier 2011, 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. À teneur de l'art. 1 LAFam, les dispositions de la LPGA s'appliquent aux allocations familiales, à moins que la loi n'y déroge expressément. L'art. 2B de la loi cantonale sur les allocations familiales (LAF ; J 5 10) prévoit que les prestations sont régies par la LAFam et ses dispositions d'exécutions, par la LPGA dans la mesure où la LAFam ou la LAF y renvoie (let. b), par la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10) dans la mesure où la LAFam ou la LAF y renvoie (let. c) et par la LAF et ses dispositions d'exécution (let. d). 3. Déposé dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 38A al. 1 LAF). 4. Le litige porte sur le droit de l'assuré à des allocations familiales en faveur de ses trois enfants B_____, C_____ et D_____ d'avril 2010 à décembre 2014. 5. a. Selon l'art. 19 LAFam (nouvelle teneur entrée en vigueur dès le 1er janvier 2013), les personnes obligatoirement assurées dans l'AVS en tant que personnes sans activité lucrative sont considérées comme sans activité lucrative. Elles ont droit aux allocations familiales prévues aux art. 3 et 5. Elles relèvent du canton dans lequel elles sont domiciliées. b. Au niveau cantonal, l'art. 2 let. e LAF assujettit à la loi sur les allocations familiales les personnes sans activité lucrative, domiciliées dans le canton et assujetties à la LAVS notamment. 6. a. Aux termes de l'art. 4 LAFam, donnent droit à des allocations les enfants avec lesquels l'ayant droit a un lien de filiation en vertu du code civil (al. 1 let. a), les enfants du conjoint de l'ayant droit (al. 1 let. b), les enfants recueillis (al. 1 let. c) et les frères, sœurs et petits-enfants de l'ayant droit, s'il en assume l'entretien de manière prépondérante (al. 1 let. d). Le Conseil fédéral règle les modalités (al. 2). Pour les enfants vivant à l'étranger, le Conseil fédéral détermine les

conditions d'octroi des allocations. Le montant est établi en fonction du pouvoir d'achat du pays de résidence (al. 3). En vertu de cette délégation de compétence, le Conseil fédéral a édicté l'art. 7 OAFam, dont la nouvelle teneur est entrée en vigueur le 1er janvier 2012, selon lequel les allocations familiales ne sont versées aux enfants ayant leur domicile à l'étranger que si une convention internationale le prévoit. La Convention du 8 juin 1962 conclue entre la Suisse et la République Populaire Fédérative de Yougoslavie relative aux assurances sociales (RS 0.831.109.818.1) prévoit que les ressortissants des deux Parties contractantes bénéficient des

A/1161/2016 - 8/18 - allocations pour enfants prévues, notamment, par la législation fédérale sur les allocations familiales, quel que soit le lieu de résidence de leurs enfants (articles 1 al. 1 let. a chif. iv et 15 de la Convention). En décembre 2009, le Conseil fédéral a décidé que cette convention ne s'appliquerait plus pour le Kosovo dès le 1er avril 2010 (ATF 139 V 263). Les allocations familiales courantes ne sont donc versées aux ressortissants du Kosovo pour les enfants vivant à l'étranger que jusqu'à fin mars 2010. Une exception n'est possible que pour les ressortissants du Kosovo fournissant la preuve de leur nationalité serbe. Dans ce cas, la convention avec l'ex-Yougoslavie s'applique. Seul un passeport biométrique serbe en cours de validité sans restriction en matière d'exemption de visa pour l'espace Schengen est accepté pour justifier de la nationalité serbe. Le passeport ne doit pas comporter l'annotation « Koordinaciona Uprava » (coordination administrative) de la part des autorités serbes émettrices du passeport (Directives sur les allocations familiales, DAFam nos 321 et 322). Par arrêt du 31 août 2010 (ATF 136 I 297), le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 7 OAFam restait dans les limites de l'art. 4 LAFam, lorsqu'il exigeait que l'État étranger ait conclu une convention internationale en matière de sécurité sociale pour que des allocations familiales soient versées pour des enfants domiciliés dans cet État étranger. b. Selon l'art. 7 al. 1 bis OAFam, pour les enfants quittant la Suisse afin de suivre une formation, il est présumé pendant cinq ans au plus qu'ils conservent leur domicile en Suisse. Ce délai commence au plus tôt dès que l'enfant atteint l'âge de 16 ans. Pour les enfants et les jeunes qui quittent la Suisse à des fins de formation, il est ainsi présumé, pendant cinq ans au plus, qu'ils conservent leur domicile en Suisse. Pendant ce temps, le droit aux allocations familiales continue d'exister. Il s'agit d'une simple présomption de conservation du domicile en Suisse qui peut être renversée par la caisse de compensation pour allocations familiales. Plus le séjour à l'étranger est court, plus il est probable que le domicile est conservé en Suisse. Les critères allant à l'encontre d'une conservation du domicile en Suisse sont les suivants (Directives sur les allocations familiales, DAFam nos 301.1 ss) : – l'enfant n'est plus assuré dans l'assurance obligatoire des soins conformément à la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal). Selon l'art. 3, al. 1, LAMal toute personne domiciliée en Suisse doit être assurée ; – le contact avec la famille et les amis en Suisse n'est pas maintenu et les vacances semestrielles n'ont pas lieu en Suisse ; – l'enfant a quitté la Suisse afin de s'installer à l'étranger auprès d'un de ses parents ; – l'enfant a déjà habité autrefois dans son lieu de résidence actuel à l'étranger et y a fréquenté l'école.

A/1161/2016 - 9/18 - Pour les enfants qui commencent une formation à l'étranger avant d'atteindre leur 16e année, les allocations familiales peuvent être versées pour une formation à l'étranger d'une durée supérieure à cinq ans. Toutefois, plus la Suisse est quittée tôt pour cause de formation, plus il est probable que le domicile se soit déplacé à l'étranger. c. Le législateur cantonal a prévu à l'art. 3 LAF qu' « 1 Une personne assujettie à

la présente loi peut bénéficier des prestations pour : a) les enfants avec lesquels elle a un lien de filiation en vertu du code civil; b) les enfants du conjoint ou du partenaire enregistré; c) les enfants recueillis; d) ses frères, sœurs et petits-enfants si elle en assume l'entretien de manière prépondérante. 2 Pour l'enfant majeur en formation, les prestations sont dues à la personne qui bénéficiait en dernier lieu des prestations prévues par la présente loi, ou qui aurait pu en bénéficier, alors que l'enfant était mineur. 3 Les conditions d'octroi des allocations familiales pour les enfants à l'étranger sont fixées par la loi fédérale et ses dispositions d'exécution. 4 Les personnes sans activité lucrative peuvent bénéficier des prestations aux conditions énumérées aux alinéas précités, pour autant que l'enfant soit domicilié en Suisse ». L'art. 4A al. 2 du règlement d'exécution de la loi sur les allocations familiales du 19 novembre 2008 (RAF - J 5 10.01) précise que « La condition de domicile figurant à l'article 3, alinéa 4, de la loi, concernant les enfants d'une personne sans activité lucrative, ne s'applique pas dans les situations relevant de l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999 ». 7. Selon l'art. 13 LPGA - applicable au domaine des allocations familiales selon l'art. 1er LAFam -, le domicile d'une personne est déterminé selon les art. 23 à 26 du code civil (al. 1). Une personne est réputée avoir sa résidence habituelle au lieu où elle séjourne un certain temps même si la durée de ce séjour est d'emblée limitée (al. 2). Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir et nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles (art. 23 al. 1 et 2 CC). La notion de domicile comporte donc deux éléments : l'un objectif, la résidence dans un lieu donné; l'autre subjectif, l'intention d'y demeurer. La jurisprudence actuelle (ATF 127 V 238 consid. 1, 125 V 77 consid. 2a, 120 III 7 consid. 2a) ne se fonde

A/1161/2016 - 10/18 - toutefois pas sur la volonté intime de l'intéressé, mais sur l'intention manifestée objectivement et reconnaissable pour les tiers. Le statut de la personne du point de vue de la police des étrangers, des autorités fiscales ou des assurances sociales, le dépôt des papiers d'identité, ou encore les indications figurant dans des jugements et des publications officielles ne sont pas décisifs; ces éléments constituent néanmoins des indices sérieux en ce qui concerne l'intention de s'établir (ATF 125 III 101 consid. 3). Toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau et le lieu où elle réside est considéré comme son domicile, lorsque l'existence d'un domicile antérieur ne peut être établie ou lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse (art. 24 al. 1 et 2 CC). Lorsqu'une personne séjourne en deux endroits différents et qu'elle a des relations avec ces deux endroits, il faut tenir compte de l'ensemble de ses conditions de vie, le centre de son existence se trouvant à l'endroit, lieu ou pays, où se focalise un maximum d'éléments concernant sa vie personnelle, sociale et professionnelle, de sorte que l'intensité des liens avec ce centre l'emporte sur les liens existant avec d'autres endroits ou pays (ATF 125 III précité ; arrêt du Tribunal fédéral P 5/2005 du 6 janvier 2006). Selon l'art. 25 al. 1 CC, l'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, le domicile de celui de ses parents qui a le droit de garde; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence. La loi ne définit pas l'autorité parentale. La doctrine l'appréhende comme la responsabilité et le pouvoir légal des parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur. Il s'agit d'un faisceau de droits et de devoirs des père et mère à l'égard de l'enfant, dont l'étendue varie en fonction de plusieurs facteurs, soit en particulier de l'âge et de la maturité de l'enfant (ATF 136 III 353 consid. 3.1; VEZ, Commentaire romand, n. 1 ad art. 296 CC; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 2009,

n. 442). Quant au droit de garde, il est une composante de l'autorité parentale. Il comprend en particulier la faculté de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant (ATF 128 III 9 consid. 4a; 120 Ia 260 consid. 2 et les références citées). En cas de vie séparée des père et mère, le domicile légal de l'enfant se trouve auprès de celui des parents auquel la garde a été attribuée (art. 25 al. 1 CC) (ATF 136 III 353 consid. 3.2; ATF du 3 août 2011 5A 467/2011). Le critère subsidiaire du lieu de résidence s'applique dans le cas de l'enfant sous autorité parentale des parents, lorsque ceux-ci ont tous deux le droit de garde mais pas de domicile commun. Le critère se justifie lorsqu'aucun autre critère légal ne permet de trancher entre les deux parents disposant d'un droit équivalent (ATF 133 III 305). Selon l'art. 26 CC, le séjour dans une localité en vue d'y fréquenter les écoles, ou le fait d'être placé dans un établissement d'éducation, un hospice, un hôpital, une maison de détention, ne constituent pas le domicile.

A/1161/2016 - 11/18 - Certes, cette disposition ne contient qu'une présomption qui peut être renversée lorsqu'une personne entre de son plein gré dans un établissement afin d'y faire le centre de son existence (ATF 108 V 25 consid. 2b; RCC 1984 p. 563 consid. 2a; Eugen Bucher, op. cit., n. 3 ad art. 26 CC; DANIEL STAEHELIN, op. cit., n. 7 ad art. 23 CC et n. 6 ad art. 26 CC; DESCHENAUX/STEINAUER, op. cit., p. 116). Dans ce cas, le séjour dans l'établissement ne sert pas un but spécifique (éducation, soins, traitement ou exécution d'une peine) et la constitution d'un domicile volontaire peut être admise. La personne placée dans un établissement en vue d'y bénéficier de soins et mise ensuite sous tutelle ne peut toutefois se créer un domicile volontaire tant qu'elle demeure au lieu du domicile dérivé ou dans un lieu ressortissant à la compétence territoriale de l'autorité tutélaire. Dans un arrêt récent (ATF 137 II 122 cité), le Tribunal fédéral s'est prononcé sur le point de savoir si un étudiant de nationalité suisse immatriculé pendant deux ans dans une université saoudienne avait conservé ou non son domicile en Suisse. Il a estimé que l'étudiant avait séjourné en Arabie Saoudite dans le seul but d'y étudier : il ne s'était auparavant jamais rendu dans ce pays, tous ses contacts personnels et professionnels étaient en Suisse, où il avait grandi, et il souhaitait y accomplir son école de recrue. Ses affaires personnelles étaient restées en Suisse et à la première occasion, il serait revenu en Suisse pendant ses vacances semestrielles. Il avait de surcroît prévu de quitter le pays une fois ses études achevées (consid. 3.3). En considérant, du simple fait que l'étudiant ne pouvait pas retourner régulièrement en Suisse, qu'il n'avait plus qu'un lien très lâche avec ce pays et qu'il ne séjournait pas en Arabie Saoudite uniquement pour y étudier, la juridiction cantonale avait violé l'art. 23 al. 1, en relation avec l'ancien art. 26 CC. En effet, déterminer le centre de ses intérêts vitaux et renverser la présomption de l'art. 26 CC exigeait une prise en considération de tous les éléments concrets du cas particulier (ATF 136 II 405 consid. 4.3). Or, le tribunal des assurances sociales n'avait pas tenu compte des allégations du recourant, qui consolidaient la présomption que son séjour en Arabie Saoudite pour y étudier n'avait pas conduit à un transfert du centre de ses intérêts vitaux (ATAS/840/2016). En revanche, comme le relève la caisse, un séjour effectué à des fins particulières (26 CC), même de longue durée, ne suffit pas pour créer un domicile. En effet, n'ont notamment pas un domicile en Suisse les personnes qui s'y rendent uniquement pour faire une visite, faire une cure, passer des vacances, faire des études ou acquérir une formation professionnelle (art. 2 al. 1 lettre a RAVS) sans y exercer une activité lucrative (chiffre 1026 DAA). De même, le fait d'être placé dans un établissement d'éducation, un hospice, un hôpital ou une maison de détention ne constitue pas le domicile (art. 26 CC, RCC 1952 p. 207 ; chiffre 1027 DAA). Le globe-trotter, par exemple, n'a aucune intention de séjourner durablement à l'endroit où

il réside, et ne crée ainsi pas de nouveau domicile. Le principe est en règle générale également valable pour les étudiants qui terminent une partie de leurs études à l'étranger (ch. 1032 DAA).

A/1161/2016 - 12/18 - Le Tribunal cantonal des assurances sociales, alors compétent, a eu l'occasion de confirmer que le titulaire d'un permis B pour étudiant, venu poursuivre des études en Suisse, n'est pas réputé être domicilié en Suisse (ATAS/805/2004 ; ATAS/616/2005). 8. L'allocation pour enfant est octroyée dès et y compris le mois de la naissance de l'enfant, jusqu'à la fin du mois au cours duquel il atteint l'âge de 16 ans (art. 7 al. 1 LAF). L'allocation de formation professionnelle l'est à partir du mois qui suit celui au cours duquel l'enfant atteint l'âge de 16 ans jusqu'à la fin de sa formation, mais au plus tard jusqu'à la fin du mois au cours duquel il atteint l'âge de 25 ans (art. 7A LAF). 9. En ce qui concerne la preuve, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a). Selon le principe de libre appréciation des preuves, pleinement valable en procédure judiciaire de recours dans le domaine des assurances sociales (cf. art. 61 let. c LPGA), le juge n'est pas lié par des règles formelles, mais doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (ATF 125 V 352 ss consid. 3). De plus, quand bien même la procédure est régie par le principe inquisitoire, ce principe est limité par le devoir de collaborer des parties, lequel comprend l'obligation de ces dernières d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (ATF 125 V consid. 2 et les références). En effet, si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas pour autant du fardeau de la preuve, en ce sens qu'en cas d'absence de preuve, la décision sera défavorable à la partie qui voulait déduire un droit de l'état de fait non prouvé (cf. ATF du 20 novembre 2002 en la cause I 294/02). Autrement dit, si malgré les moyens mis en œuvre par le juge pour établir la réalité d'un fait allégué par une partie, la preuve de ce fait ne peut être rapportée avec une vraisemblance suffisante pour emporter la conviction du tribunal, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (SPIRA, Le

A/1161/2016 - 13/18 - contentieux de la sécurité sociale, in : 100 ans de sécurité sociale en Suisse, Cahiers genevois de la sécurité sociale 1990 N° 7, p. 131). 10. En l'espèce, il résulte de ce qui précède que l'assuré, en tant que personne sans activité lucrative domiciliée en Suisse, peut prétendre à des allocations familiales pour ses enfants, pour autant que ceux-ci soient domiciliés en Suisse (art. 19 OAFam et 2 let. e LAF). Il s'agit dès lors de déterminer si B_____, C_____ et D_____ étaient domiciliés en Suisse d'avril 2010 - date à compter de laquelle les allocations familiales ne sont plus versées aux ressortissants du Kosovo pour les enfants vivant à l'étranger - à décembre 2014 (art. 4 al. 3 LAFam, 7 OAFam et 3 al. 4

LAF). 11. En avril 2010, seul D_____, sur ces trois enfants, était encore mineur, ce jusqu'en juin 2010. Selon l'art. 25 al. 1 CC, l'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, le domicile de celui de ses parents qui a le droit de garde; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence. Le critère subsidiaire du lieu de résidence s'applique dans le cas de l'enfant sous autorité parentale des parents, lorsque ceux-ci ont tous deux le droit de garde mais pas de domicile commun. Le critère se justifie lorsqu'aucun autre critère légal ne permet de trancher entre les deux parents disposant d'un droit équivalent (ATF 133 III 305). En l'espèce, l'assuré et son épouse sont tous les deux titulaires de l'autorité parentale. Il n'est pas contesté que l'assuré est domicilié à Genève. Le domicile de son épouse n'est en revanche pas clairement établi. Bien qu'elle aussi enregistrée à Genève auprès de l'OCP, cette dernière vivait en effet, selon les déclarations de son époux lors de l'audience du 23 août 2016, pour moitié au Kosovo, pour moitié en Suisse, et n'exerçait pas d'activité lucrative en Suisse. Force est, quoi qu'il en soit, de constater que la caisse ne s'est pas déterminée sur la question du domicile de l'épouse de l'assuré, et partant, sur le droit de ce dernier aux allocations pour D_____ d'avril à juin 2010. Il se justifie dès lors de renvoyer la cause à la caisse pour nouvelle décision sur ce point précis. 12. Pour B_____ et C_____, majeurs depuis décembre 2006 et janvier 2009, ainsi que pour D_____ dès juillet 2010, la question du domicile doit être examinée sous l'angle des art. 23 ss CC. Il y a préalablement lieu de relever que la décision en restitution de prestations versées à tort au motif que les enfants résidaient au Kosovo, rendue par le SPC n'est pas pertinente dans le cas d'espèce. Les règles ne sont en effet pas identiques pour déterminer le droit aux allocations familiales et le droit aux prestations complémentaires tant fédérales que cantonales, le premier étant basé sur la notion de domicile au sens des art. 23 à 26 CC, et le second exigeant à la fois le domicile

A/1161/2016 - 14/18 - et la résidence habituelle en Suisse (art. 4 PCF et 2 LPCC). La demande de la caisse d'appeler en cause le SPC ne peut dès lors être que rejetée. L'assuré a relevé de surcroît, s'agissant des prestations complémentaires familiales, qu'une troisième condition était prévue, celle du ménage commun avec les enfants (art. 36A al. 1 let. b PCFam ; 7 et 8 règlement PCFam). Cette référence aux dispositions applicables en matière de prestations complémentaires familiales (PCFam) n'importe pas, elle non plus. 13. Il est vrai que selon l'extrait CALVIN de l'office cantonal de la population (OCP), B_____, C_____ et D_____ sont venus en Suisse en même temps que leur mère le 18 mai 1992 et y ont vécu sans interruption depuis lors. Le dépôt des papiers ne suffit toutefois pas à constituer un domicile. Il s'agit surtout de déterminer où se trouvait le centre des relations personnelles et scolaires des enfants. 14. L'assuré fait valoir que ses trois enfants sont restés domiciliés en Suisse durant la période litigieuse, puisqu'au bénéfice d'un permis d'établissement C et assurés LAMal. Entendu par la chambre de céans, il a déclaré que « les enfants vivaient chez les grands-parents au Kosovo. Plus tard, ils avaient une chambre dans une cité universitaire au Kosovo. (...) Les enfants revenaient en Suisse pour les vacances ». Il a précisé qu'« une des raisons notamment pour lesquelles j'ai continué à payer les primes d'assurance-maladie est que mon fils aîné souffre depuis la naissance d'un problème de muscle au thorax ». Il y a toutefois lieu de constater que le fait d'être titulaire d'un permis C et d'avoir la possibilité de contracter une assurance-maladie pour l'assurance obligatoire des soins est fondé sur l'inscription à l'OCP et ne suffit dès lors pas pour admettre le domicile en Suisse. 15. L'assuré admet que B_____, C_____ et D_____ ont été scolarisés au Kosovo depuis 2001, soit plus particulièrement durant la période litigieuse,

laquelle court d'avril 2010 à décembre 2014. Il fait toutefois valoir que les enfants le rejoignaient pour les vacances scolaires. Il a à cet égard versé au dossier copie de décomptes de salaire attestant que B_____ avait occupé des emplois d'été en Suisse en 2011 et 2012 durant un mois, que C_____ avait travaillé au Petit-Lancy en août 2013 et que D_____ avait subi une intervention chirurgicale le 19 juillet 2011 aux Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) et une imagerie à résonance magnétique (IRM) le 31 juillet 2012. Ces courts séjours durant certains étés ne permettent toutefois pas à eux seuls de considérer que les enfants étaient domiciliés à Genève. On ignore en effet s'ils venaient en Suisse à chaque vacance scolaire et pour combien de temps. 16. L'assuré allègue que les trois enfants n'avaient aucune intention de s'établir au Kosovo. Bien qu'ils étudiaient au Kosovo, ils revenaient régulièrement en Suisse. Il ajoute du reste que les deux aînées se sont certes mariées au Kosovo, les 25 juillet

A/1161/2016 - 15/18 - 2012 et 15 juillet 2013, mais sont venues s'installer en Suisse une fois leurs études achevées, accompagnées de leur époux, respectivement les 10 novembre 2012 et 16 août 2014. Elles y ont alors fait reconnaître leurs diplômes. Il est vrai que les deux aînées vivent à présent en Suisse. Il s'agit toutefois de limiter l'examen de la question du domicile pour la période litigieuse, soit d'avril 2010 à décembre 2014. Or, force est de constater que durant cette période, les enfants n'avaient pas réellement tissé en Suisse de relation personnelle et sociale. L'assuré a en effet indiqué à cet égard que « pendant les vacances qu'ils passaient en Suisse, les aînés aimaient particulièrement lire, mais le plus jeune (soit E_____, qui n'est pas visé par la présente procédure) jouait au foot au Servette ». 17. L'assuré se prévaut également de l'art. 7 al. 1 bis OAFam, aux termes duquel « Pour les enfants quittant la Suisse afin de suivre une formation, il est présumé pendant cinq ans au plus qu'ils conservent leur domicile en Suisse. Ce délai commence au plus tôt dès que l'enfant atteint l'âge de 16 ans ». Il considère ainsi que pour D_____, né en juin 1992, et qui a donc atteint l'âge de 16 ans en 2008, le délai de 5 ans a couru jusqu'en juin 2013, de sorte que jusque-là, il était présumé domicilié en Suisse, même au-delà de sa majorité, et avait droit aux allocations familiales, alors même qu'il étudiait au Kosovo. Il en est de même de C_____ et B_____, pour lesquelles ce délai de 5 ans a couru respectivement jusqu'en janvier 2012 et décembre 2009. Selon l'extrait Calvin de l'OCP, B_____, C_____ et D_____ sont nés au Kosovo et sont venus en Suisse en mai 1992, soit âgés respectivement de 3 ans et demi, de 1 an et demi et de 1 mois. Ils ont fréquenté l'école genevoise jusqu'à juillet 2000, contrairement à ce qu'a retenu la caisse. Ils ont été scolarisés au Kosovo depuis 2001, soit alors qu'ils avaient 13 ans, 10 ans et 9 ans, et l'ont été pour des raisons financières. L'art. 7 al. 1 bis OAFam pourrait en effet s'appliquer aux trois enfants, dans la mesure où ils n'avaient pas encore 16 ans lorsqu'ils sont repartis au Kosovo. Il y a lieu de se référer aux critères énumérés dans les directives sur les allocations familiales, DAFam nos 301.1 ss et rappelés ci-dessus. Ceux relatifs à l'affiliation à la LAMal - même si les motifs pour lesquels l'assuré a souhaité que ses enfants continuent à être assurés, sont étrangers au fait même du domicile -, et au maintien du contact avec leur père en Suisse, plaident en faveur de l'application de l'art. 7 al. 1bis OAFam. Il est vrai que les enfants sont nés au Kosovo, ils n'ont toutefois pas fréquenté l'école dans ce pays avant de venir en Suisse, ce qui va également dans le sens d'un domicile conservé en Suisse. On ne saurait en revanche nier que les enfants ont quitté la Suisse afin de s'installer à l'étranger auprès d'un de leurs parents. Ils vivaient en effet chez leurs grands-

A/1161/2016 - 16/18 - parents, ainsi qu'avec leur mère la majorité du temps. Il n'a par ailleurs pas été établi qu'ils passaient toutes leurs vacances en Suisse. Il y a également lieu de rappeler que plus la Suisse est quittée tôt pour cause de formation et plus le séjour à l'étranger est long - ce qui est le cas en l'espèce - plus il est probable que le domicile se soit déplacé à l'étranger. En effet, les enfants nouent nécessairement des liens plus étroits avec le lieu dans lequel ils vivent depuis l'âge de 13, 10 et 9 ans. Force est en conséquence de considérer que la caisse a, à juste titre, entendu renverser la présomption de maintien du domicile en Suisse. 18. L'assuré fait enfin valoir que selon l'art. 26 CC, le séjour dans une localité en vue d'y fréquenter les écoles ne constitue pas le domicile. Dans un arrêt publié aux ATF 82 III 12, le Tribunal fédéral a à cet égard déjà eu l'occasion de juger que même le fait de se rendre à un autre endroit pour y étudier pendant plusieurs années ne permettait pas de transférer le domicile de ce fait, ce d'autant moins si l'étudiant vivait auprès de sa famille au domicile antérieur et y revenait pour les vacances. Le TF a encore précisé que la durée des études n'est pas déterminante pour juger du lieu de domicile, puisqu'un tel séjour dure habituellement plusieurs années. Le Tribunal fédéral a ainsi retenu que l'étudiant qui avait séjourné en Arabie Saoudite dans le seul but d'y étudier, qui ne s'était auparavant jamais rendu dans ce pays, qui avait tous ses contacts personnels et professionnels en Suisse, où il avait grandi, et qui souhaitait y accomplir son école de recrue. Ses affaires personnelles étaient restées en Suisse et à la première occasion, il serait revenu en Suisse pendant ses vacances semestrielles. Il avait de surcroît prévu de quitter le pays une fois ses études achevées (ATF 137 II 122). Certes, l'art. 26 CC ne contient qu'une présomption qui peut être renversée lorsqu'une personne entre de son plein gré dans un établissement afin d'y faire le centre de son existence (ATF 108 V 25 consid. 2b; RCC 1984 p. 563 consid. 2a; Eugen Bucher, op. cit., n. 3 ad art. 26 CC; DANIEL STAEHELIN, op. cit., n. 7 ad art. 23 CC et n. 6 ad art. 26 CC; DESCHENAUX/STEINAUER, op. cit., p. 116). Dans ce cas, le séjour dans l'établissement ne sert pas un but spécifique (éducation, soins, traitement ou exécution d'une peine) et la constitution d'un domicile volontaire peut être admise. La personne placée dans un établissement en vue d'y bénéficier de soins et mise ensuite sous tutelle ne peut toutefois se créer un domicile volontaire tant qu'elle demeure au lieu du domicile dérivé ou dans un lieu ressortissant à la compétence territoriale de l'autorité tutélaire. Dans un arrêt 9C_946/2008, le Tribunal fédéral a rappelé que l'art. 26 CC contient une présomption réfragable que le séjour dans une localité en vue d'y faire des études ou dans l'un des établissements mentionnés n'entraîne pas le transfert à cet endroit du centre des intérêts. S'agissant plus particulièrement de la situation d'un étudiant, on devra exclure la création d'un nouveau domicile lorsque celui-ci revient

A/1161/2016 - 17/18 - régulièrement auprès de sa famille en fin de semaine et durant les vacances semestrielles. Il en va en revanche autrement lorsque l'étudiant établit une relation particulièrement étroite avec le lieu de ses études et qu'il relâche fortement les rapports qu'il entretenait avec son domicile antérieur; tel est le cas lorsque l'étudiant ne revient plus que très rarement auprès de sa famille, y compris durant les vacances semestrielles (arrêts 2P.222/2006 du 21 février 2007 consid. 4.1, in FamPra.ch 2007 p. 457; H 267/03 du 21 janvier 2004 consid. 3.3 et les références). En l'espèce, les enfants sont partis au Kosovo pour y être scolarisés. L'art. 26 CC ne saurait toutefois s'appliquer dans leur cas, le pays dans lequel ils se sont rendus étant leur pays d'origine, et y ayant vécu chez leurs grands-parents avec leur mère. Il y a ainsi lieu, au vu de la jurisprudence susmentionnée, de considérer qu'ils ont constitué leur domicile au Kosovo. Le recours est, partant, rejeté.

A/1161/2016 - 18/18 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES
SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.