

## **GE\_GERICHTE A/2730/2019 vom 12. Februar 2020**

GE Cour de justice, 2020-02-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_2730\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2730_2019)

FR: GE\_GERICHTE A/2730/2019 du 12 février 2020

IT: GE\_GERICHTE A/2730/2019 del 12 febbraio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 4**

ème Chambre En la cause Madame A\_\_\_\_\_, domiciliée à LES AVANCHETS, représentée par le CENTRE SOCIAL PROTESTANT recourante contre CAISSE AVS DE LA FÉDÉRATION PATRONALE VAUDOISE, sise route du Lac 2, PAUDEX intimée EN FAIT 1. Madame A\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée), née en 1963 au Maroc, est au bénéfice d'une rente de survivant, versée depuis le 1 er novembre 2014 par la Caisse AVS de la Fédération Patronale Vaudoise (ci-après : la Caisse) suite au décès, survenu le 5 octobre 2014, de son époux Monsieur B\_\_\_\_\_. 2. En date du 17 avril 2019, l'assurée a sollicité une rente d'orphelin en faveur de son petit-fils, C\_\_\_\_\_ (ci-après : l'enfant), né le \_\_\_\_\_ 2013 à Tanger (Maroc). Elle a précisé que l'enfant, qui avait été pris en charge par le Service de protection des mineurs dès le 1 er novembre 2016, venait d'obtenir un titre de séjour. Elle a demandé des prestations à titre rétroactif pour la période durant laquelle elle s'était occupée de lui. 3. Le 22 avril 2019, l'assurée a rempli la « Feuille annexe 2 à la demande de prestations », indiquant avoir, avec son défunt mari, recueilli et pris en charge l'enfant dès le 22 mai 2014. L'assurée a notamment transmis à la Caisse : - un document intitulé « Autorisation parentale, Garde exclusive », signé par les parents de l'enfant le 25 avril 2014, aux termes duquel ils ont déclaré vouloir confier à l'assurée la garde de leur fils, dont la naissance n'était pas voulue et dont ils n'étaient pas aptes à s'occuper ; - une copie du passeport de l'enfant contenant un visa C, valable du 22 mai au 21 août 2014 pour « Visite familiale/amicale », tamponné à Genève le 22 mai 2014 ; - la police d'assurance-maladie de l'enfant, valable à partir du 1 er juin 2014 ; - une « Autorisation de prise en charge », signée le 5 juin 2014 par le défunt, stipulant qu'il acceptait de prendre en charge l'enfant, petit-fils de son épouse ; la signature de ce document, remis aux autorités compétentes marocaines, a été légalisée ; - la première page de l'ordonnance d'attribution de prise en charge ( Kafala ) d'un enfant abandonné, rendue le 1 er septembre 2014 par le Tribunal de Première Instance de Tanger, rappelant la demande de l'assurée visant à l'obtention du droit de prise en charge ( Kafala ) sur l'enfant, ainsi qu'une page annexée comportant plusieurs tampons et timbres, dont celui d'un « Expert-Interprète Traducteur Assermenté », avec la date du 12 février 2015 ; - l'acte de ( Kafala ) d'un enfant consigné le 19 janvier 2015, duquel il ressort que les parents de l'enfant ont témoigné avoir remis ce dernier à l'assurée qui « s'est engagée à bien l'éduquer et à prendre soin de lui comme étant son propre fils et à lui offrir toutes les conditions de vie convenables » ; - l'autorisation de séjour B délivrée à l'enfant le 1 er mars 2019 en vue de son « placement/adoption » ; ce document indique une entrée en Suisse le 25 février 2015. 4. Par décision du 23 avril 2019, la Caisse a refusé la demande de rente d'orphelin déposée par l'assurée. Elle a relevé qu'une des conditions pour obtenir une rente d'orphelin pour enfant recueilli était que ce dernier ait été recueilli dans le ménage des parents nourriciers. Or, il ressortait du permis de séjour de l'enfant que son domicile en

Suisse avait débuté le 25 février 2015 alors que le défunt était décédé le 5 octobre 2014.

5. En date du 20 mai 2019, l'assurée a formé opposition. Elle a rappelé que l'enfant était venu en Suisse le 22 mai 2014 afin de vivre auprès d'elle et de son mari, que les parents de l'enfant avaient signé au Maroc une autorisation parentale de garde exclusive en sa faveur le 25 avril 2014, et que son époux avait accepté de prendre en charge l'enfant dans un document daté du 5 juin 2014. Grâce à ces documents, elle avait pu effectuer au Maroc les démarches en vue d'obtenir la prise en charge d'un enfant abandonné ( Kafala ) et une ordonnance avait été rendue dans ce sens le 1<sup>er</sup> septembre 2014, alors que son époux était encore en vie. Une fois en possession de ces documents, elle avait sollicité un permis de séjour pour l'enfant le 25 février 2015. C'était la raison pour laquelle le permis de séjour indiquait le 25 février 2015 comme date d'entrée en Suisse. En réalité toutefois, elle avait pris en charge l'enfant avec son mari à partir du 22 mai 2014. Elle avait d'ailleurs contracté une assurance-maladie pour son petit-fils dès cette date. Elle avait donc recueilli l'enfant avec le défunt avant son décès.

6. Par décision sur opposition du 13 juin 2019, la Caisse a maintenu sa décision du 23 avril 2019 et rejeté l'opposition de l'assurée. Elle a relevé que si les documents produits par l'intéressée démontraient bien que les époux avaient eu pour but d'accueillir l'enfant, les conditions du recouvrement gratuit d'un enfant n'étaient pas encore réalisées lors du décès du défunt, puisqu'à cette date, la possibilité que l'enfant reste vivre en Suisse auprès de sa famille d'accueil ne pouvait pas encore être considérée comme certaine. De ce fait, la possibilité que le couple nourricier assume gratuitement et de manière durable les frais d'entretien et d'éducation ne s'était pas encore réalisée. Le visa délivré à l'enfant lors de son entrée en Suisse le 22 mai 2014 avait une durée maximale de trois mois, de sorte que l'enfant aurait dû quitter la Suisse le 22 août 2014. Ce n'était que lors de l'établissement officiel de son entrée en Suisse, soit le 25 février 2015, que le lien nourricier avait pu se concrétiser. Par conséquent, lors du décès du défunt, l'enfant ne pouvait pas remplir les conditions d'enfant recueilli, raison pour laquelle il ne pouvait pas lui être reconnu un droit à la rente d'orphelin.

7. Par acte du 19 juillet 2019, l'assurée, représentée par un mandataire, a interjeté recours contre cette décision sur opposition. Elle a conclu, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision du 13 juin 2019 et à l'octroi d'une rente d'orphelin en faveur de l'enfant. Elle a allégué que les parents de son petit-fils étaient des consommateurs de drogues et n'avaient jamais été capables d'assumer correctement la prise en charge de leur fils. Depuis la naissance de l'enfant, son mari et elle avaient régulièrement envoyé au Maroc l'argent nécessaire pour couvrir ses besoins. Elle avait obtenu la garde exclusive de l'enfant, lequel était arrivé en Suisse le 22 mai 2014 pour vivre auprès d'elle et de son mari. Son époux et elle avaient accueilli son petit-fils comme leur propre enfant, de manière gratuite. Leur but était de le prendre en charge pour une durée indéterminée, comme le prouvait la conclusion d'une assurance maladie, ainsi que les démarches effectuées par les époux, en commençant par la demande de prise en charge officielle au Maroc, qui avait été prononcée le 1<sup>er</sup> septembre 2014, soit avant le décès du défunt. Étant donné qu'elle travaillait, c'était le défunt qui s'était occupé tous les jours de l'enfant. S'il n'était pas décédé, il aurait sans aucun doute possible continué à prendre soin de l'enfant. Elle avait reçu les documents nécessaires du Maroc en février 2015 et avait déposé une demande de permis de séjour auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM) le 25 février 2015. Aucune démarche en vue de l'accueil de l'enfant n'aurait pu aboutir en Suisse sans qu'un acte soit préalablement rendu dans le pays d'origine de l'enfant. Même si cela ne faisait que quelques mois que son petit-fils habitait chez eux au moment du décès de son époux, force était de constater que l'accueil était prévu

à long terme, comme le démontrait le fait qu'elle avait obtenu le placement officiel de l'enfant le 6 juin 2017, puis le permis de séjour le 1<sup>er</sup> mars 2019. La recourante a communiqué, entre autres, un courrier du Service d'autorisation et de surveillance des lieux de placement, adressé au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant le 6 juin 2017, préavisant le maintien de toutes les mesures de protection actuelle. 8. Dans sa réponse du 15 août 2019, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle a relevé que, légalement, l'enfant aurait dû quitter le territoire suisse à l'expiration de son visa, le 21 août 2014. Son entrée officielle en Suisse, attestée par un permis d'établissement, datait du 25 février 2015. Cette information avait été confirmée par l'OCPM. C'était seulement à partir de cette date que l'enfant pouvait être considéré comme accueilli dans le foyer de ses grands-parents paternels, et ce de manière durable. Or, à cette date, le mari de la recourante était décédé. Avant de notifier sa décision sur opposition, l'intimée avait sollicité l'avis de l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : l'OFAS), qui lui avait répondu par courriel le 24 mai 2019. Selon les directives applicables, l'enfant devait, antérieurement à la réalisation du risque assuré, avoir joui gratuitement du statut d'enfant recueilli. De ce fait, le droit à la rente d'orphelin pour enfant recueilli gratuitement ne pouvait être reconnu que dès le 1<sup>er</sup> mars 2015, soit le mois suivant l'entrée officielle de l'enfant en Suisse, puisque le risque assuré, soit le décès du défunt, remontait au

## **E. 5**

octobre 2014. Elle soutient toutefois, conformément à l'avis de l'OFAS, que l'enfant aurait dû quitter le territoire suisse à l'expiration de son visa de trois mois, soit le 21 août 2014, et qu'il ne peut être considéré comme ayant été recueilli gratuitement et de manière durable qu'à partir de la date d'entrée officielle en Suisse, soit le 25 février 2015. Elle conclut ainsi qu'il n'a pas le droit à une rente d'orphelin, faute d'avoir bénéficié du statut d'enfant recueilli avant le décès de l'époux de la recourante. 10. a. La chambre de céans constate cependant que l'exigence d'un séjour légal en Suisse ne trouve aucun fondement dans la réglementation en vigueur. Au contraire, la « filiation nourricière » est une relation familiale de fait et le Tribunal fédéral a d'ailleurs relevé qu'il n'avait pas à statuer sur la procédure administrative devant l'OCPM relative à la venue des enfants en Suisse ; seul était déterminant en matière d'assurance-vieillesse et survivants le fait que les enfants n'aient, en l'occurrence, jamais vécu avec le défunt. Ainsi, le fait que l'autorisation de séjour de l'enfant mentionne le 25 février 2015 comme date d'entrée en Suisse, tout comme le fait que l'enfant n'ait pas quitté le territoire suisse à l'expiration de son visa, n'apparaissent pas pertinents pour trancher le présent litige qui ne porte pas sur la procédure administrative relative au droit des étrangers, mais sur l'existence d'un lien nourricier entre le défunt mari de la recourante et l'enfant. b. Il ressort des pièces du dossier que les parents de l'enfant ont signé le 25 avril 2014 une autorisation en vue de confier leur fils à la recourante. Cette dernière a alors entrepris les démarches légales en ce sens auprès des autorités compétentes marocaines et l'enfant est arrivé en Suisse le 22 mai 2014, pour vivre auprès de sa grand-mère paternelle, avec le mari de celle-ci. Une relation familiale de fait doit incontestablement être reconnue dans le cas d'espèce. Le Tribunal de Première Instance de Tanger a rendu une ordonnance de Kafala en date du 1<sup>er</sup> septembre 2014. La Kafala est « une procédure d'adoption spécifique au droit musulman qui correspond à une tutelle sans filiation. Un enfant - issu d'un milieu économiquement défavorisé ou né hors mariage, etc. - est recueilli par une famille adoptive qui s'engage à l'élever comme son propre enfant. Cependant, l'enfant recueilli n'aura pas les mêmes droits d'héritage qu'un enfant légitime. L'adopté garde son patronyme d'origine et n'hérite pas automatiquement des biens de ses

parents adoptifs. La kafala est issue du droit coranique qui interdit l'adoption plénière et ses effets afin de préserver le nom patronymique de la famille, considérée comme pilier de la société. Cette particularité de l'interdiction de l'adoption dans l'islam est liée à la vie de Mahomet. La kafala est reconnue par la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 » (informations publiées sur le site Internet Wikipedia). Il en résulte que les parents de l'enfant ont renoncé à exercer leur droit sur leur fils et que les charges et les obligations d'entretien et d'éducation ont été transférées aux parents nourriciers pour une durée indéterminée, au plus tard lors du prononcé de la Kafala le 1<sup>er</sup> septembre 2014. Le caractère gratuit et durable de cette prise en charge ne fait aucun doute. D'ailleurs, l'acte de Kafala du 19 janvier 2015 indique clairement que la recourante s'est engagée à éduquer l'enfant et à prendre soin de lui comme s'il était son propre fils, et l'époux de la recourante a signé une attestation le 5 juin 2014, déclarant formellement qu'il acceptait de prendre en charge l'enfant. 11. Il y a donc lieu de constater que l'enfant a effectivement vécu avec la recourante et son défunt mari, du 22 mai au 5 octobre 2014, formant avec eux une communauté domestique au sein de laquelle ont existé de véritables relations de parents à enfants. La recourante et son mari ont assumé gratuitement et de manière durable les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant, qu'ils ont recueilli comme leur propre fils, au plus tard à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2014, soit avant le décès de l'époux de la recourante. C'est encore le lieu de rappeler qu'il n'est pas nécessaire que le statut d'enfant recueilli ait été d'une certaine durée, de sorte que le décès du mari de la recourante, survenu moins de cinq mois après l'arrivée de l'enfant dans le foyer familial et un mois après l'ordonnance de Kafala, n'est pas un élément permettant de nier l'existence d'une filiation nourricière. Enfin, il n'est pas contesté que la recourante a continué à s'occuper de l'enfant depuis le décès du défunt. 12. Eu égard à tout ce qui précède, force est de conclure que l'enfant recueilli a droit à une rente d'orphelin. 13. Partant, le recours sera admis et la décision du 13 juin 2019 annulée. La recourante, qui est représentée et qui obtient gain de cause, a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que la chambre de céans fixe en l'occurrence à CHF 2'500.- (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 LPA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA ; RS E 5 10.03). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). **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.