

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1759/2009

ATAS/1504/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 6

du 19 novembre 2009

En la cause

Monsieur K_____, domicilié à Genève, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître BRUCHEZ Christian

recourant

contre

GASTROSOCIAL, Caisse de compensation, sise Heinerich Wirri-
Strasse 3, 5001 AARAU

intimée

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Juliana BALDE, Doris WANGELER,
Karine STECK et Isabelle DUBOIS, Juges, Teresa SOARES et Luis ARIAS,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur K_____ (ci-après l'assuré ou le recourant), né en 1962, de nationalité turque, domicilié à Genève, père de six enfants nés respectivement en 1985, 1987, 1993, 1994, 1996 et 2001, domiciliés quant à eux en Turquie, travaille au sein de la Pizzeria X_____ à Onex en tant que salarié. Son employeur est affilié à la caisse de compensation GASTROSOCIAL (ci-après l'intimée ou la caisse).
2. A ce titre, il a perçu des allocations familiales en faveur de ses enfants jusqu'au 31 décembre 2008.
3. Par décision recommandée du 2 mars 2009, la Caisse a indiqué à l'assuré que le droit aux prestations en faveur de ses enfants avait pris fin le 21 décembre 2008, conformément à l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 de la Loi fédérale sur les allocation familiales (ci-après LAFam) et de son ordonnance. En effet, aux termes de l'art. 7 de l'ordonnance sur les allocations familiales (OAFAM), des allocations ne pouvaient être versées que si une convention internationale le prévoyait, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, puisqu'aucune convention n'avait été signée dans ce domaine entre la Suisse et la Turquie.
4. Par courrier recommandé du 4 mars 2009, l'assuré, alors représenté par le syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleur (ci-après SIT), s'est opposé à la décision précitée. Il a allégué que le 1^{er} mai 1969, une convention de sécurité sociale entre la Suisse et la Turquie avait été signée et était entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972 avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1969. L'art. 1, premier paragraphe, B let. d s'appliquait en Suisse à la législation fédérale sur les allocation familiales aux travailleurs agricoles et aux petits paysans. L'alinéa 2 de cet article prévoyait que la Convention s'appliquait également à tous les actes législatifs ou réglementaires qui codifiaient, modifiaient ou complétaient les législations énumérées au paragraphe premier. Le point 11 du protocole final relatif à la Convention mentionnait par ailleurs que les législations cantonales alors en vigueur dans les cantons de Suisse octroyaient au travailleurs turcs en Suisse qui ne travaillaient pas dans l'agriculture un droit aux allocations en faveur de leurs enfants vivant hors de Suisse.
5. Par décision sur opposition du 6 avril 2009, la Caisse a rejeté l'opposition du recourant. Elle a indiqué que l'art. 7 OAFam stipulait, outre le fait qu'une convention internationale devait prévoir le versement de prestations, que les quatre conditions mentionnées aux lettres a à d de cet article devaient également être réalisées. En outre, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) nommait et définissait le cercle des pays dans lesquels les allocations familiales selon la LAFam étaient exportées aux chiffres 318 à 325 des Directives pour l'application

de la loi fédérale sur les allocations familiales LAFam (DAFam). Or, le chiffre 322 de ces directives contenait le passage suivant : "La Suisse a notifié à la Croatie et à la Macédoine que les allocations familiales selon la LAFam n'entrent pas dans les champs d'application de la convention. Les conventions avec la Turquie et avec Saint-Martin concernent uniquement la Loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA) (...)". Aussi, comme mentionné dans les directives ainsi que dans l'opposition du SIT du 4 mars 2009, l'article 1, paragraphe 1B de la Convention sur la sécurité sociale entre la Suisse et la République de Turquie stipule que la Convention s'applique en Suisse uniquement à la Loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA). Par ailleurs, l'entrée en vigueur de la LAFam au 1^{er} janvier 2009 ne correspondait ni à une codification ni à une modification ou à un complément des législations énumérées au paragraphe premier de l'art. 1B de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et la République de Turquie, mais à l'instauration d'une nouvelle branche de la sécurité sociale qui nécessitait, pour l'application de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et la République de Turquie, un accord entre les parties.

6. Par lettre recommandée du 19 mai 2009, l'assuré a interjeté recours contre la décision sur opposition susmentionnée. En substance, il fait grief de ce que, selon les débats qui se sont tenus devant les chambres fédérales, il faut comprendre que le législateur est parti de l'idée que le droit aux allocations familiales des enfants domiciliés à l'étranger est fondé sur les mêmes critères que pour les enfants domiciliés en Suisse et que c'est d'ailleurs pour cette raison que la minorité de la commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, suivie par la majorité du parlement, avait voulu limiter le plus possible le montant des allocations et a rejeté la proposition de la majorité de cette même commission qui souhaitait empêcher une diminution de plus de moitié du montant des indemnités. En outre, selon le recourant, le Conseiller fédéral Pascal COUCHEPIN a indiqué que la mention des conventions internationales dans la loi n'était pas nécessaire étant donné que lesdites conventions primaient de toute façon sur le droit fédéral. Par ailleurs, il allègue que l'art. 7 al. 1 OAFam est contraire aux conventions internationales dans la mesure où il fait dépendre le droit à des allocations familiales pour les enfants ayant leur domicile à l'étranger à la fois de l'existence d'une convention internationale et de quatre conditions supplémentaires. Or, comme cela résulte de la primauté du droit international, d'une part, et comme cela a été relevé durant les travaux parlementaires, d'autre part, dans la mesure où une convention internationale prévoit le versement de prestations dans un cas déterminé, le droit interne n'a plus aucune portée en la matière. Par ailleurs, l'art. 7 al. 1 OAFam apparaît, toujours selon le recourant, contraire à l'art. 4 al. 3 LAFam tel que discuté lors des travaux parlementaires. En effet, l'art. 7 al. 1 OAFam a pour effet de priver de tout droit aux allocations familiales les enfants domiciliés à l'étranger lorsqu'aucune convention internationale ne le prévoit. Or, le but de l'art. 4 al. 3 LAFam est justement de déléguer au Conseil fédéral la fixation des conditions

du droit aux prestations lorsqu'il n'existe pas de convention internationale réglant cette question. De ce fait, il n'est pas conforme au texte légal et à la volonté du législateur de prévoir dans l'ordonnance une règle qui exclut totalement le droit aux prestations dans les cas où il n'existe pas de convention internationale. Par conséquent, il sied de considérer que l'art. 7 al. 1 OAFam, dans sa teneur actuelle, est contraire au texte légal dès lors qu'il prévoit, comme condition du droit aux prestations, l'existence d'une convention internationale. La seule interprétation qui peut ainsi être faite de cet article 7 est de remplacer le terme "et" par le terme "ou", ce qui signifie que le droit aux prestations est donné soit lorsqu'une convention internationale le prévoit, soit lorsque les quatre conditions énumérées à l'art 7 al. 1 let. a à d OAFam sont remplies. Or, en l'espèce, dès lors que l'assuré remplit les quatre conditions prévues par cet article, la décision de la caisse de compensation devra être annulée et cette dernière condamnée à verser des allocation familiales pour la période au-delà du 1^{er} janvier 2009.

7. Dans sa réponse du 18 juin 2009, la Caisse a confirmé le contenu de sa décision sur opposition du 6 avril 2009. Elle indique par ailleurs qu'elle a rendu sa décision de refus en se fondant exclusivement sur les dispositions de la nouvelle loi fédérale. En outre, les arguments développés dans le cadre du recours de l'assuré, à savoir principalement des considérations d'ordre politique, tels que les débats au sein de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, puis devant les chambres fédérales ou les propos du Conseiller fédéral Pascal COUCHEPIN devant le Conseil national ne sont, selon elle, pas décisifs. Par conséquent, elle conclut à ce que le recours interjeté par l'assuré soit écarté et sa décision sur opposition du 6 avril 2009 confirmée.
8. Dans sa réplique du 10 juillet 2009, l'assuré rappelle que l'art. 7 al. 1 OAFam, sur lequel se fonde la Caisse pour rejeter ses prestations est contraire au texte légal et ne peut être appliqué tel quel. Par ailleurs, les références aux travaux parlementaires citées dans le recours ne peuvent, selon lui, être qualifiées de considérations d'ordre politique mais permettent, conformément à ce que prévoit la jurisprudence, d'interpréter le texte légal. Par conséquent, il persiste intégralement dans sa motivation et ses conclusions.
9. Sur quoi, 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 ; RS 836.2) en matière d'allocations familiales fédérales et conformément à l'art. 56 V al. 2 let. e LOJ en matière d'allocations familiales cantonales (LOJ).

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

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est applicable à titre supplétif (art. 1 LAFam) au cas d'espèce.
3. Interjeté dans les forme et délai légaux, le présent recours est recevable (art. 30 et 61 LPGA).
4. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si le recourant peut prétendre aux allocations familiales pour ses enfants domiciliés en Turquie au-delà du 31 décembre 2008.
5. La loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 (LAFam; RS 836.2) et son ordonnance (OAFam; RS 836.21) sont entrées en vigueur le 1er janvier 2009. Dès lors que les prestations litigieuses sont postérieures au 1^{er} janvier 2009, la loi précitée et son ordonnance s'appliquent en l'espèce.
6. 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).

L'art. 7 OAFam prévoit que pour les enfants ayant leur domicile à l'étranger, les allocations familiales ne sont versées que si une convention internationale le prévoit et à condition : qu'aucun droit aux allocations familiales n'existe à l'étranger (al. 1 let. a), que le droit aux allocations familiales en Suisse se fonde sur l'exercice d'une activité lucrative (al. 1 let. b), que l'allocation familiale soit due pour un enfant avec lequel l'ayant droit a un lien de filiation en vertu du code civil (art. 4 al. 1, let. a, LAFam) (al. 1 let. c), que l'enfant n'ait pas atteint l'âge de 16 ans (al. 1 let. d). Pour les salariés assurés obligatoirement à l'AVS conformément à l'art. 1a al. 1 let. c LAVS (ressortissants suisses travaillant à l'étranger) ou selon l'art. 1a al. 3 let. a LAVS (personnes travaillant à l'étranger pour le compte d'un employeur dont le siège est en Suisse), le droit aux allocations familiales existe même si aucune convention internationale ne le prévoit, pour autant que les conditions prévues à l'art. 7 al. 1 let. a et c OAFam soient remplies par ailleurs.

7. a) Il sied ainsi d'examiner si, en l'espèce, une convention internationale s'applique et, cas échéant, si elle prévoit le versement d'allocations familiales.

b) La Suisse et la Turquie ont ratifié en 1969 une convention de sécurité sociale (RS 0.831.109.763.1). Aux termes de l'art. 1 paragraphe 1 let. B, de cette

convention "la présente Convention s'applique en Suisse à la législation fédérale sur les allocations familiales aux travailleurs agricoles et aux petits paysans".

Selon l'art. 1 paragraphe 2, "la présente Convention s'applique également à tous les actes législatifs ou réglementaires qui codifient, modifient ou complètent les législations énumérées au paragraphes premier du présent article".

Par ailleurs, le chiffre 11 paragraphe 1 du Protocole final relatif à ladite convention a la teneur suivante : "il est constaté qu'en application des législations actuellement en vigueur dans les cantons suisses, les travailleurs turcs en Suisse qui ne sont pas occupés dans l'agriculture ont droit aux allocations pour enfants en faveur de leurs enfants vivant hors de Suisse".

Le chiffre 11 paragraphe 2 indique, quant à lui, que " du côté turc l'assurance est donnée qu'en cas d'introduction d'une législation sur les allocations familiales, la Turquie est prête à conclure avec la Suisse un accord complémentaire à ce sujet se fondant sur le principe d'égalité de traitement".

Le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'approbation des conventions de sécurité sociales conclues par la Suisse avec l'Espagne et la Turquie du 12 novembre 1969 (FF 1969 II 1436) précise que le chiffre 11 du protocole final comporte de simples constatations.

c) Il résulte de son champ d'application que la Convention internationale conclue entre la Suisse et la Turquie s'applique en Suisse à la législation qui traite des allocations familiales versées aux travailleurs agricoles et petits paysans exclusivement. Or, la loi visée, soit la LFA doit être distinguée de la LAFam. La LFA est toujours en vigueur et continue à s'appliquer parallèlement à la LAFam, en ce qui concerne les agriculteurs salariés ou indépendants (art. 1 et 5 LFA). Il s'ensuit que la LAFam ne correspond pas à une législation qui codifie, modifie ou complète les paragraphe 1 let. B de la Convention au sens de l'art. 1 ch. 2 de la Convention.

d) Enfin, le chiffre 11, 1^{er} paragraphe du protocole fait référence à des législations cantonales qui ont été largement modifiées depuis le 1^{er} janvier 2009, en ce sens que c'est à présent la LAFam qui règle les conditions d'octroi d'allocations, étant par ailleurs précisé que les cantons ont à présent principalement des compétences en matière de surveillance et d'exécution. De surcroît, il ressort du message que le chiffre 11 du protocole comporte de simples constatations et qu'il n'a ainsi aucune portée juridique.

Quant au chiffre 11 paragraphe 2, il relève que la législation turque ne prévoit pour l'heure pas d'allocations familiales pour ses ressortissants ; si une législation est édictée dans ce sens, un accord complémentaire avec la Suisse sera conclu, se fondant sur le principe d'égalité de traitement. Ceci démontre qu'en cas de

changement du droit interne suisse ou turc, une modification de la convention de sécurité sociale est nécessaire. Par conséquent, il n'est pas possible d'inclure dans la convention, sans la modifier préalablement, des changements de droits internes par voie d'interprétation.

e) Il résulte de ce qui précède que la convention de sécurité sociale conclue entre la Suisse et la Turquie ne s'applique pas, dans le cas particulier, le recourant étant employé dans un restaurant.

8. Reste à déterminer, plus précisément, le contenu de la législation en vigueur.

Le Conseil fédéral s'est vu octroyer par le législateur fédéral la compétence de déterminer les conditions d'octroi des allocations familiales pour les enfants vivant à l'étranger (cf. art. 4 al. 3 LAFam). En vertu de cette délégation de compétence, le Conseil fédéral a édicté l'art. 7 al. 1 OAFam précité.

La LAFam et l'OAFam sont complétées par des directives. Les directives pour l'application de la loi fédérale sur les allocations familiales LAFam (DAFam n. 304 et ss) valable dès le 1^{er} janvier 2009, relatives à l'art. 7 al. 1 OAFam, prévoient ce qui suit: " les prestations ne sont octroyées pour des enfants vivant à l'étranger que si la Suisse y est obligée par des accords internationaux. Pour les allocations familiales selon la LAFam, seuls l'Accord sur la libre circulation des personnes, la Convention AELE et la convention avec l'ex-Yougoslavie (qui continue à s'appliquer aux ressortissants de la Bosnie-Herzégovine, du Kosovo, du Monténégro et de la Serbie) prévoient une telle obligation. Pour les allocations familiales selon la LFA, l'obligation d'exporter est en outre contenue dans des conventions avec la Croatie, la Turquie, la Macédoine et Saint-Martin. Les personnes qui ne peuvent se voir appliquer ces conventions n'ont pas droit aux allocations familiales pour leurs enfants vivant à l'étranger (sauf dans les cas couverts par l'art. 7 al. 2 OAFam). Pour ces personnes, les conditions de l'art. 7 n'ont donc pas à être examinées. Les dispositions conventionnelles qui obligent au paiement des prestations à l'étranger priment le droit national. C'est pourquoi, les limitations au paiement des prestations à l'étranger contenues à l'art. 7 al. let. a-d, ne devraient trouver à s'appliquer que de manière limitée ou pas du tout".

Les directives mettent également en évidence le fait que certaines dispositions légales de l'OAFam pose des problèmes de conformité au regard des conventions internationales en vigueur (DAFam, n. 307 et ss). En effet, s'agissant du principe de subsidiarité (art. 7 al. 1 let. a OAFam), les directives indiquent que "les conventions internationales s'appliquant à la LAFam interdisent l'application de cette disposition dans la mesure où elles prévoient leurs propres règles pour empêcher le cumul de prestations (...). L'art. 7 al. 1 let. a OAFam n'est donc d'importance que dans les cas d'application de l'art. 7 al. 2 OAFam".

Concernant l'art. 7 al. 1 let b OAFAM, les directives indiquent que cette condition est conforme au droit international puisque les conventions n'obligent en principe à exporter des allocations familiales que pour les salariés (des exceptions sont toutefois prévues pour les ressortissants autrichiens, slovène et suisse).

S'agissant de l'art. 7 al. 1 let. c OAFam, les directives précisent que "cette restriction, selon laquelle seules les prestations pour ses propres enfants peuvent être exportées, est contraire aux conventions internationales ; elle ne peut dès lors s'appliquer qu'à l'exportation des allocations familiales en vertu de l'art. 7 al. 2 OAFam."

Enfin s'agissant de l'art. 7 al. 1 let. d OAFam, les directives mentionnent que " les conventions internationales obligent la Suisse à exporter toutes les allocations familiales. La restriction, selon laquelle seuls les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de 16 ans donnent droit à des allocations familiales, ne peut dès lors jamais s'appliquer en pratique".

Il résulte de ce qui précède que pour que des allocations familiales soient versées à des enfants domiciliés à l'étranger, il faut qu'une Convention internationale conclue entre la Suisse et le pays de résidence des enfants ait été conclue. Si tel n'est pas le cas, des prestations doivent toutefois également être versées si les conditions de l'art. 7 al. 2 OAFam sont remplies. Par ailleurs, les conditions prévues par l'art. 7 al. 1 let. a-d ne s'appliquent que dans la mesure où elles sont conformes au droit international.

9. En l'espèce, comme cela a déjà été mentionné, aucune convention entre la Suisse et la Turquie n'oblige le versement d'allocations familiales, à l'exception de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et la République de Turquie, laquelle s'applique toutefois, en ce qui concerne lesdits versements uniquement aux travailleurs agricoles et aux petits paysans. Elle ne s'applique ainsi pas au recourant, lequel est employé dans une pizzeria. Par conséquent, la condition principale prévue à l'art. 7 al. 1 n'étant pas réalisée, la Suisse n'a a priori plus d'obligation de verser des allocations familiales depuis le 1^{er} janvier 2009 en faveur des enfants du recourant résidant en Turquie. Peu importe que les conditions relatives aux lettres a à d de l'art. 7 LAFam soient réalisées puisque la présence d'une convention internationale est une condition nécessaire à l'octroi d'allocations familiales.

Par ailleurs, l'art. 7 al. 2 OAFam, visant les personnes salariés de nationalité suisse affectées à l'étranger au service de la Confédération, d'une organisation internationale ou d'une œuvre d'entraide et qui, durant cette affectation restent obligatoirement assurés à l'AVS, ainsi que les personnes qui travaillent à l'étranger pour un employeur ayant son siège en Suisse et qui reçoivent de lui leur salaire tout en restant obligatoirement assurés à l'AVS et, enfin, les travailleurs détachés de

Suisse à l'étranger qui sont assurés à l'AVS en vertu d'une convention internationale, ne trouve pas non plus application dans le cas d'espèce.

Telle est la conclusion qui s'impose en vertu de la législation en vigueur.

Il convient à présent d'examiner si, d'une part, l'art. 7 OAFam est conforme à l'art. 4 al. 3 LAFam et si, d'autre part, les conditions contenues à l'alinéa 1 sont alternatives comme le soutient le recourant, étant précisé que l'OAFam est une ordonnance de substitution.

10. a) Le contrôle préjudiciel d'une ordonnance fondée sur une délégation législative comporte trois phases, à savoir le contrôle des conditions de la délégation législative, celui de la conformité de l'ordonnance à cette délégation et enfin celui de la constitutionnalité de l'ordonnance (Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, Berne 2006, No 1919). La délégation législative doit figurer dans une loi fédérale. Elle doit se limiter à une matière déterminée. Elle doit enfin contenir les lignes fondamentales de la réglementation déléguée. Elle ne doit pas être un blanc-seing (AUER/ MALINVERNI/ HOTTELIER, op. cit., n. 1558 à 1560; ATF 120 Ib 97).

Le Tribunal fédéral des assurances examine en principe librement la légalité des dispositions d'application prises par le Conseil fédéral. En particulier, il exerce son contrôle sur les ordonnances (dépendantes) qui reposent sur une délégation législative. Lorsque celle-ci est relativement imprécise et que, par la force des choses, elle donne au Conseil fédéral un large pouvoir d'appréciation, le tribunal doit se borner à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour d'autres motifs, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution. A cet égard, une norme réglementaire viole l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité ou qu'elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à régler. Dans l'examen auquel il procède à cette occasion, le juge ne doit toutefois pas substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la réglementation en cause. Il doit au contraire se borner à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi, sans se soucier, en particulier, de savoir si elle constitue le moyen le mieux approprié pour atteindre ce but (ATF I 40/01 Mh du 11 juin 2002).

b) En l'espèce, l'art. 4 al. 3 LAFam contient une délégation législative du législateur fédéral en faveur du Conseil fédéral; il a, pour rappel le contenu suivant:

"Pour les enfants vivant à l'étranger, le Conseil fédéral détermine les conditions d'octroi des allocations. Le montant des allocations est établi en fonction du pouvoir d'achat du pays de résidence".

Dans le cas particulier, la disposition ici en cause prescrit que le montant des allocations doit être établi en fonction du pouvoir d'achat du pays de résidence.

La délégation de compétence contenue à l'art. 4 al. 3 LAFam, bien que peu précise, remplit les conditions précitées en ce sens qu'elle figure dans une loi fédérale, elle se limite à une matière déterminée et elle contient les lignes fondamentales de la réglementation déléguée.

c) Pour ce qui est de la seconde phase, comme la délégation législative ici en cause est imprécise, il convient de rechercher, par la voie de l'interprétation, quel est le sens de cette norme afin de pouvoir vérifier ensuite si l'ordonnance en cause reste dans le cadre et les limites de cette délégation législative.

Le sens d'une disposition légale s'établit conformément aux méthodes d'interprétation traditionnelles.

D'après la jurisprudence, (ATF 9C 188/2008, 9C 190/2008, du 10 juin 2009) la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales. Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme; en particulier, il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste.

Dans le cas d'espèce, les travaux préparatoires sont explicites. Ainsi, dans son rapport du 20 novembre 1998, relatif à l'Initiative parlementaire déposée par Madame Angeline Fankhauser, le 13 mars 1991, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national s'exprime comme suit, à l'appui de son projet de loi fédérale sur les allocations familiales:

"(...) En ce qui concerne les enfants domiciliés à l'étranger, le Conseil fédéral devrait avoir la possibilité de fixer le montant des allocations compte tenu du coût de la vie dans le pays de résidence, pour autant qu'il n'existe aucune convention internationale dans le domaine des assurances sociales" (Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, du 20 novembre 1998, FF 1999, 2943).

" (...) Pour les enfants vivant à l'étranger, les allocations ne doivent donc être versées que dans la mesure où une convention de sécurité sociale existe avec l'Etat

de résidence; le montant des allocations peut être fixé dans une telle convention. Pour les Etats avec lesquels la Suisse n'est liée par aucune convention, il appartient au Conseil Fédéral de régler les modalités d'octroi des prestations. S'agissant du montant des allocations, il pourra tenir compte du coût de la vie dans le pays de résidence. En vertu de l'art. 4 de la Constitution, cette restriction dans le domaine des prestations est applicable non seulement aux étrangers mais aussi aux ressortissants suisses" (rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, du 20 novembre 1998, FF 1999, 2953).

Dans le projet de loi de la commission, la disposition ici en cause, soit à l'époque l'art. 3 al. 2, avait la teneur suivante:

"Pour les enfants vivant à l'étranger et en l'absence de convention de sécurité sociale avec l'Etat concerné, le Conseil fédéral détermine les conditions d'octroi des allocations ainsi que le montant de celles-ci, en tenant compte du coût de la vie dans le pays de résidence" (Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, du 20 novembre 1998, FF 1999, 2976).

L'Avis du Conseil fédéral du 28 juin 2000, relatif au rapport du 20 novembre 1998 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, contient le passage suivant:

"Les conventions de sécurité sociale fixent le droit applicable aux enfants vivant hors de Suisse. Pour les Etats avec lesquels la Suisse n'est liée par aucune convention, il appartient au Conseil fédéral de régler les modalités d'octroi des prestations. S'agissant du montant des allocations, il sera tenu compte du coût de la vie dans le pays de résidence" (Avis du Conseil fédéral du 28 juin 2000, FF 2000, 4426).

Dans sa version en 2004, l'art. 3 al. 2 du projet de loi fédérale sur les allocations familiales est devenu l'al. 3 de l'art. 4. Il avait la teneur suivante:

Pour les enfants vivant à l'étranger, le Conseil fédéral détermine les conditions d'octroi des allocations familiales ainsi que le montant de celles-ci, en tenant compte du coût de la vie dans le pays de résidence. L'allocation ne sera pas inférieure à la moitié des taux minimaux fixés à l'art. 5. Sont réservées les conventions internationales" (FF 2004, 6500).

A propos de cette disposition, dans son rapport complémentaire du 8 septembre 2004, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national déclare ce qui suit:

"L'al. 3 attribue à la Confédération la compétence de déterminer pour les enfants vivant à l'étranger les conditions ouvrant le droit aux allocations ainsi que leur montant, et ce indépendamment de la nationalité, pour des raisons d'égalité des

droits. Sont réservées les conventions internationales" (Rapport complémentaire de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du conseil national, FF 2004, 6475).

Il ressort des débats au sein des Chambres fédérales que seules les deuxième et troisième phrases de l'al. 3 de l'art. 4 du projet de loi de 2004 ont fait l'objet de discussions nourries au sein des Chambres fédérales. C'est ainsi qu'il a été renoncé à la deuxième phrase de l'al. 3 par souci d'égalité de traitement (Bulletin officiel du Conseil National, 2005, p. 322 et ss). De plus, la troisième phrase a été considérée comme superflue, tant il est vrai que sont de toute façon réservées les conventions internationales qui priment le droit national (Bulletin officiel du Conseil des Etats, 2005, p. 715) et a donc disparu de la version actuelle de la loi.

Il résulte de ce qui précède que le texte actuel de l'art. 4 al. 3 LAFam doit être interprété comme signifiant que le Conseil fédéral détermine les conditions d'octroi des allocations pour les enfants vivant à l'étranger, en l'absence de conventions internationales.

Il ressort ainsi de l'interprétation historique de l'art. 4 al. 3 LAFam que l'article 7, alinéa 1 OAFam, en ce qu'il soumet l'octroi d'allocations familiales à des enfants ayant leur domicile à l'étranger à des conditions cumulatives, soit la présence d'une convention internationale et la présence de quatre conditions supplémentaires, énumérées aux let. a à d, n'est pas conforme à la volonté du législateur telle qu'elle doit apparaître à l'art. 4 al. 3 LAFam, explicité par les travaux préparatoires. En effet, celui-ci n'a jamais voulu supprimer les allocations familiales, en l'absence de convention internationale, pour des enfants domiciliés à l'étranger. Ce qu'il a voulu, c'est qu'en l'absence de convention internationale, ce soit le Conseil fédéral qui établisse au moyen d'une ordonnance, les conditions à l'octroi de celles-ci.

Par conséquent, le Conseil fédéral n'a pas respecté les conditions de la délégation législative, telles qu'elles résultent des travaux préparatoires.

d) Au surplus, en ce qui concerne la troisième phase du contrôle préjudiciel, il y a lieu de relever que tout en restant dans le cadre de la délégation législative et sans que cette dernière comporte elle-même une irrégularité, il se peut que l'ordonnance du Conseil fédéral viole elle-même directement la Constitution fédérale ou le droit international (AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, Droit Constitutionnel suisse, volume I, Berne 2006, n° 1926).

Dans le cas particulier, il apparaît que l'art. 7 al. 1 OAFam viole manifestement le droit international. En effet, en principe, le droit international prime le droit national de telle sorte qu'il ne saurait y avoir de conditions émises par le droit national qui viennent s'ajouter à une convention internationale qui régit le même sujet.

Par ailleurs, le résultat auquel arrive l'ordonnance du Conseil fédéral est absurde et incohérent et par conséquent, viole l'art. 8 Cst., dès lors qu'elle prévoit l'application de conditions même en présence d'une convention internationale. En effet, pour rappel, selon la jurisprudence, une norme réglementaire viole l'art. 8 al. 1 Cst., lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité et qu'elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à réglementer (ATF 128 II 40 consid. 3b, 252 consid. 3.3, ATF 128 IV 180 consid. 2.1, ATF 128 V 98 consid. 5a et les références). Par conséquent, l'OAFam ne résiste pas non plus au contrôle de la constitutionnalité de ses dispositions.

Dans deux arrêts publiés (ATF 128 V 217 et ATF 124 V 12), le Tribunal fédéral, constatant qu'une disposition d'une ordonnance dépendante violait l'art. 8 Cst, a estimé que la disposition viciée bien qu'elle écartait tout droit à une quelconque prestation, ne pouvait faire obstacle à la prise en charge de frais en raison justement du vice dont elle était affectée.

e) Au vu de ce qui précède, la disposition litigieuse ne saurait être appliquée telle quelle. Ainsi, une interprétation raisonnable conduit à remplacer le terme "et" de l'art. 7 al. 1 OAFam par le terme "ou", afin que l'ordonnance fédérale soit conforme à la délégation législative, au droit international, à la Constitution fédérale et que les conditions supplémentaires prévues par l'art. 7 al. 1 OAFam puissent être appliquées directement.

Il incombera ainsi à la caisse de compensation d'examiner si le recourant remplit les conditions prévues par l'art. 7 al. 1 let a à d OAFam, dans quel cas les allocations familiales ne sauraient lui être refusées.

11. Il résulte de ce qui précède que le recours sera admis, la décision du 6 avril 2009 de la Caisse de compensation GASTROSOCIAL annulée et la cause renvoyée à celle-ci afin qu'elle procède au calcul des prestations et rende une nouvelle décision au sens des considérants.
12. Une indemnité de 1'500 fr. sera allouée au recourant, à charge de l'intimée.

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

Statuant

Conformément à l'art. 56 U al. 2 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision de la Caisse de compensation GASTROSOCIAL du 6 avril 2009.
4. Renvoie la cause à la Caisse de compensation GASTROSOCIAL pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
5. Condamne la Caisse de compensation GASTROSOCIAL à verser au recourant la somme de 1'500 fr. à titre de participation à ses frais et dépens.
6. Dit que pour ce qui a trait aux allocations familiales fédérales, les parties 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

Nancy BISIN

Valérie MONTANI

La secrétaire-juriste : Hermione STIEGER

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