RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1792/2003 **ATAS/411/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 18 mai 2004

6ème Chambre

En la cause

Monsieur Y_____, recourant

contre

SERVICE CANTONAL D'ALLOCATIONS FAMILIALES, route de Chêne 54, Genève intimé

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Karine STECK et Maya CRAMER, Juges.

EN FAIT

1. Monsieur Y_____, ressortissant de la République Démocratique du Congo né en 1971 et domicilié à Genève, est père de deux enfants, G, née en 1990 et V, né en 1991.

2. Ces deux enfants vivent auprès de leur mère à Kinshasa, Madame B_____, avec laquelle l'intéressé n'est pas marié.

3. En date du 16 février 2003, celui-ci a déposé une demande d'allocations pour enfants auprès du Service cantonal d'allocations familiales (ci-après : SCAF).

4. Par décision du 6 mars 2003, le SCAF a refusé l'octroi de l'allocation pour le motif que le demandeur ne participait pas de manière prépondérante à l'entretien de ses enfants.

5. Cette décision a été confirmée sur opposition en date du 19 mai 2003 pour le même motif.

6. Par acte du 18 juin 2003, l'intéressé a interjeté recours contre cette décision auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales, relevant que la moyenne des sommes versées par enfant était nettement supérieure à l'allocation familiale prévue. Par ailleurs, il indiquait que ces sommes étaient envoyées à la mère par le biais de connaissances et d'amis se rendant au pays.

7. Par préavis du 14 juillet 2003, le SCAF a conclu a rejet du recours, persistant dans les termes et conclusions de la décision entreprise.

8. Sur demande du Tribunal de céans, le recourant a fait établir par la mère de ses enfants un « acte de reconnaissance de prise en charge familiale » signé devant un officier d'état civil à Kinshasa attestant qu'il envoyait le plus régulièrement possible une somme de deux cent dollars américains pour la survie et la scolarisation des enfants. Depuis le mois d'avril 2003, ce montant avait été augmenté à 250 dollars pour couvrir des frais supplémentaires.

9. Par courrier du 30 janvier 2004, le SCAF a persisté dans ses conclusions, relevant pour le surplus que le document présenté ne constituait pas une preuve suffisante pour considérer que le recourant participait de manière prépondérante et durable à l'entretien de ses enfants. De surcroît, les montants indiqués étaient insuffisants pour considérer que l'entretien était prépondérant.

10. Sur demande du Tribunal cantonal des assurances sociales, lequel souhaitait savoir si un père non marié avec la mère des enfants disposait de l'autorité parentale selon le droit de la République démocratique du Congo, l'Institut suisse

de droit comparé à Lausanne lui a fait parvenir la loi n° 87-010 portant Code de la famille éditée à Kinshasa en 2001.

EN DROIT

1. La loi du 14 novembre 2002 modifiant la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) est entrée en vigueur le 1er août 2003 et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué, statuant en instance unique, notamment sur les contestations prévues à l'art. 38 de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (LAF ; cf. art. 1er let. r et 56V al. 2 let. e LOJ).

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales.

3. Le Tribunal de céans est ainsi compétent pour juger du cas d'espèce.

4. Déposé dans les formes et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable (art. 38 al. 1er LAF).

5. En préambule, Le Tribunal de céans remarque c'est à tort que le service intimé a rendu une décision sur opposition. L'art. 52 al. 1er de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après LPGA) qui prévoit une voie d'opposition contre les décisions de la caisse de compensation ne s'applique en effet pas en matière d'allocations familiales. L'art. 38 al. 1er LAF prévoit que « les décisions des caisses peuvent, dans les trente jours à partir de leur notification, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal cantonal des assurances sociales ». Toutefois, par économie de procédure, le Tribunal de céans statuera tout de même sur le recours.

6. L'objet du recours est de déterminer si le recourant peut être mis au bénéfice d'allocations familiales pour ses enfants domiciliés auprès de leur mère à Kinshasa.

   L'octroi de prestations sous forme d'allocations familiales pour toute personne assujettie à la loi est régi par la LAF (art. 1er LAF).

   Sont notamment assujetties à la loi les personnes sans activité lucrative, domiciliées dans le canton et assujetties à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946.

Une personne assujettie à la loi peut bénéficier des prestations si elle a la garde d'un ou de plusieurs enfants ou si elle exerce l'autorité parentale ou encore si elle en assume l'entretien de manière prépondérante et durable (art 3 al. 1er LAF).

L'allocation pour enfant est une prestation mensuelle accordée dès le mois qui suit celui de la naissance de l'enfant jusqu'à la fin du mois au cours duquel il atteint l'âge de 18 ans s'il est domicilié en Suisse ou de 15 ans s'il ne l'est pas (art. 7 al. 1er LAF). Cette allocation s'élève à 200 fr. par mois pour l'enfant jusqu'à 15 ans (art. 8 al. 2 let. b LAF).

7. En l'espèce, le recourant est assujetti à la LAF et doit donc pouvoir bénéficier des prestations s'il remplit les conditions alternatives de garde des enfants, d'autorité parentale ou d'entretien prépondérant et durable.

La garde des enfants incombe à leur mère, qui n'est pas mariée avec le recourant.

Selon l'art. 19 al. 2 du Règlement d'exécution de la loi sur les allocations familiales du 10 octobre 2001, en cas de litige concernant la qualité d'enfant, la notion de garde, d'autorité parentale, de domicile ou d'autres notions de droit civil, il est statué selon le droit fédéral.

S'agissant de la question de l'autorité parentale, elle est régie par le droit de l'Etat de la résidence habituelle des enfants, selon l'art. 68 al. 1er de la loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987.

L'autorité parentale doit donc être déterminée par le droit de la République démocratique du Congo, soit la loi n° 87-010 portant Code de la famille éditée à Kinshasa en 2001 (ci après : le Code). Selon le Code, chaque enfant a un père juridique qui exerce vis-à-vis de son enfant toutes les prérogatives juridiques résultant de la filiation et en assure les devoirs (exposé des motifs, p. 19), cela étant également valable pour les enfants nés hors mariage. Tout enfant zaïrois doit avoir un père et nul n'a le droit d'ignorer son enfant, qu'il soit né dans le mariage ou hors mariage (art. 591 du Code). Tout enfant né hors mariage doit faire l'objet d'une affiliation (déclaration de paternité) dans les douze mois qui suivent sa naissance (art. 614 du Code). Les effets de la filiation sont de donner aux enfants les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leurs père et mère (art. 645 du Code) et imposent aux père et mère de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 648 du Code). Enfin, quelle que soit la personne à laquelle la garde des enfants est confiée en cas de divorce, les père et mère conservent respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et sont tenus d'y contribuer en proportion de leurs facultés (art. 586 du Code).

Il résulte de ce qui précède que le Code attribue aux deux parents les mêmes droits sur les enfants nés dans le mariage ou hors mariage. Ainsi, le père d'un enfant né hors mariage a notamment le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de son enfant (art. 586 du Code par extension).Cette faculté, additionnée à

l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever ses enfants est similaire au contenu de l'autorité parentale, telle qu'elle est définie par le droit suisse (art. 301 et ss du Code civil) et qui prévoit que les père et mère déterminent les soins à donner à l'enfant, dirigent son éducation en vue de son bien et prennent les décisions nécessaires, sous réserve de sa propre capacité (art. 301 al. 1er CC). En conséquence, selon le droit de la République démocratique du Congo, le père d'un enfant né hors mariage bénéficie tout comme la mère de l'autorité parentale sur cet enfant.

En l'espèce, il est établi et non contesté que le recourant est le père juridique des enfants G et V, de sorte qu'il exerce l'autorité parentale sur ces derniers, conformément aux dispositions légales susmentionnées.

Le recourant disposant de l'autorité parentale, il peut de ce seul fait prétendre aux allocations familiales genevoises.

8. Il est ainsi inutile d'examiner la condition de l'entretien prépondérant et durable. Toutefois, le Tribunal de céans relève que l'art. 4 LAF oblige le bénéficiaire à affecter exclusivement les prestations à l'entretien du ou des enfants. Il est avéré selon l'« acte de reconnaissance de prise en charge familiale » que le recourant verse « le plus régulièrement possible » un montant de 250 USD à la mère des enfants, soit un montant de 336 fr. 25, selon le cours annuel moyen du dollar américain 2003 de 1.345 (publié par la Banque Nationale Suisse). L'affectation aux enfants de l'entier du montant, soit fr. 400.-, devra dès lors être contrôlée par l'intimé. Il appartiendra à celle-ci de s'assurer que les prestations soient bien reversées par le recourant à la mère des enfants en exigeant régulièrement des justificatifs (arrêt n°62/2004 du Tribunal cantonal des assurances sociales du 3 février 2004). Par ailleurs, l'intimé contrôlera également que la différence entre les sommes déjà versées à ce jour et un éventuel rétroactif que le recourant serait amené à percevoir prochainement soit rétrocédé à la mère des enfants.

9. Au vu de ce qui précède, le recours est admis.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant :

conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision sur opposition du Service cantonal d'allocations familiales du 19 mai 2003.
4. Dit que Monsieur Y_____ a droit à des allocations familiales pour ses enfants.

La greffière :	La Présidente :
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

Le secrétaire-juriste : Marius HAEMMIG

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