RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1796/2002 **ATAS/464/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 17 juin 2004

3ème chambre

En la cause

Monsieur M_____, mais comparant par Me Karin ETTER, en l'Etude de laquelle il élit domicile — recourant

contre

SERVICE CANTONAL D'ALLOCATIONS FAMILIALES, route de Chêne 54, case postale 360, 1211 Genève 29 — intimé

Siégeant : **Madame Karine STECK, Présidente,**
Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER , juges

EN FAIT

1. Monsieur M_____, ressortissant congolais, a contracté un mariage coutumier monogamique le juillet 1985 avec Madame K_____. Le septembre 1992, il a célébré un mariage religieux avec elle. De cette union sont nés cinq enfants, KA_____, le mai 1979, O_____, le juin 1986, MI_____, le mai 1988, R_____, le février 1991 et C_____, le avril 1993.

2. Monsieur M_____ réside à Genève depuis le 8 mars 1999, sa femme et ses cinq enfants étant restés en République démocratique du Congo.

3. Le 28 mai 2002, l'intéressé a déposé une demande d'allocations familiales auprès de la Caisse d'allocations familiales des administrations et institutions cantonales (ci-après la caisse). Il a à cette occasion fourni divers documents, notamment des reçus concernant l'argent qu'il envoie chaque mois à sa femme pour l'entretien de ses enfants, des attestations de naissance de ses enfants, ainsi qu'une déclaration, selon laquelle il explique ne pas pouvoir fournir de documents officiels concernant les prestations familiales à Kinshasa, vu le différend politique qui l'oppose à son pays.

4. Le père des enfants a bénéficié d'indemnités-chômage de mars 2000 à février 2002 ; il a ensuite conclu un contrat temporaire de travail avec l'Etat de Genève, du 8 mars 2002 au 10 mars 2003.

5. Par décision du 19 juin 2002, la caisse lui a refusé l'octroi des allocations familiales au motif que son mariage n'était pas reconnu par le droit suisse. Elle a par ailleurs estimé que les justificatifs remis ne suffisaient pas à prouver qu'il assurait l'entretien prépondérant de ses enfants.

6. Par courrier du 22 juillet 2002, l'intéressé a recouru auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales contre cette décision. Il a fait valoir qu'il s'était non seulement marié religieusement, mais également civilement, le 7 juillet 1985, qu'il était prouvé qu'il était le père des cinq enfants et qu'il exerçait donc l'autorité parentale, conjointement avec leur mère, qu'il remplissait ainsi l'une des conditions alternatives posées par la loi et pouvait dès lors bénéficier d'allocations. Il a par ailleurs allégué assumer régulièrement l'entretien des enfants en envoyant des sommes importantes, compte tenu du niveau de vie dans son pays d'origine, qui permettaient de subvenir largement à leurs besoins pendant un mois.

7. Dans un préavis du 3 octobre 2002, la caisse, concluant au rejet du recours, a fait valoir que selon les registres de l'Office cantonal de la population, le recourant était

séparé de son épouse et qu'aucun document ne prouvait qu'il détenait l'autorité parentale. Il n'en avait pas la garde, puisque ceux-ci étaient domiciliés au Congo. Il restait dès lors à déterminer s'il en assurait l'entretien de manière prépondérante et durable, ce qui n'était selon elle, pas le cas puisque le montant envoyé par le recourant n'atteignait pas le minimum requis.

8. Dans des observations complémentaires du 4 novembre 2002, le recourant a fait valoir qu'il était venu en Suisse pour déposer une demande d'asile, suite aux problèmes politiques rencontrés dans son pays. La séparation du couple n'était donc que passagère et imposée par les circonstances. Concernant l'entretien des enfants, il a allégué qu'il convenait de prendre en compte la situation économique du pays où ils résidaient. Le montant qu'il versait mensuellement (Fr. 357.20 en moyenne), serait selon lui largement suffisant pour couvrir les besoins de la famille entière.

9. Par courrier du 16 décembre 2002, la Commission cantonale de recours a demandé au recourant s'il avait reçu des indemnités de chômage ou un salaire depuis le 1er mai 2002 et depuis quand il travaillait.

10. Par courrier du 16 janvier 2003, le recourant a produit les décomptes de la caisse de chômage de mars 2000 à février 2002, un document attestant de son emploi temporaire ainsi que ses fiches de salaires de mars et décembre 2002. Il ressort de ces pièces que l'assuré a été au chômage depuis le mois de mars 2000 et qu'il a touché pendant le délai-cadre (de mars 2000 à février 2002) des indemnités journalières de Fr. 112.20 jusqu'au mois de février 2002. Par la suite, il a été engagé au mois de mars 2002 par l'office cantonal de l'emploi pour une durée limitée à 12 mois. Son contrat est venu à échéance en mars 2003.

11. Par courrier du 27 mai 2003, la Commission cantonale de recours a questionné la caisse de chômage sur le point de savoir si l'assuré avait touché le complément correspondant aux allocations familiales pour ses enfants et, le cas échéant, pour quelle période. Par ailleurs, elle a également demandé à l'assuré de lui faire parvenir une attestation de son mariage civil. Qui plus est, il lui a été demandé quelle était sa situation depuis le 11 mars 2003.

12. Par courrier du 2 juin 2003, le recourant a produit les décomptes de salaire de janvier à mai 2003, ainsi qu'une copie d'une attestation du mariage coutumier et monogamique du 7 juillet 1985, datée du 14 août 2002. Il a encore souligné que son contrat de travail temporaire était venu à échéance le 15 mai 2003 et qu'en conséquence, il toucherait prochainement les indemnités de chômage.

13. Par courrier du 2 juin 2003, la caisse de chômage a indiqué que l'assuré n'avait pas perçu d'allocations familiales de sa part, car il n'en avait pas fait la demande à son ancien employeur, X_____. La caisse a donc attendu la décision de la caisse d'allocations familiales et s'est alignée sur la décision de cette dernière, refusant donc les prestations.

14. Par courrier du 3 février 2004, le recourant a produit des documents attestant de virements effectués en 2003, destinés à justifier qu'il continuait à assumer l'entretien de sa famille restée au Congo. Il en ressort qu'il a versé durant l'année 2003 et en janvier 2004 un montant total de 2'650 dollars, soit environ 220 dollars par mois.

15. Par courrier du 26 février 2004, la caisse a souligné que dès le mois de juin 2003, seules les allocations pour les deux derniers enfants du recourant devaient être examinées, les autres enfants ayant atteint l'âge de 15 ans révolus. Elle a fait valoir que les documents versés à la procédure ne démontraient pas que l'assuré participait à l'entretien des enfants de manière prépondérante et durable et a persisté dans les termes et conclusions de son préavis du 3 octobre 2002.

16. Quant au recourant, par courrier du 5 mars 2004, il a relevé que les montants requis pour la Suisse ne pouvaient être appliqués tels quels à l'entretien d'enfants vivant en République démocratique du Congo et que les montants versés n'étaient d'ailleurs pas très éloignés de ceux articulés par l'intimée. Il a allégué qu'ils étaient proportionnés à ses revenus et qu'il participait au mieux de ses moyens à l'entretien de ses enfants. Il a assuré que s'il recevait des allocations familiales, il se ferait un plaisir d'y subvenir de manière plus conséquente.

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 forme et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable (art. 38 al. 1er LAF).

5. 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.

a. L'article 2 alinéa 1 de la loi cantonale genevoise sur les allocations familiales (LAF) définit le cercle des personnes assujetties à la loi. En font notamment partie 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).

b. En l'espèce, le recourant, domicilié en Suisse, est assujetti à la LAF. Encore faut-il, pour qu'il puisse bénéficier des allocations, qu'il remplisse l'une des conditions alternatives posées par la loi.

La garde des enfants incombe à leur mère. La première des conditions alternatives n'est donc pas remplie.

S'agissant de la deuxième, à savoir l'autorité parentale, il y a lieu de se référer à l'article 19 al. 2 du règlement d'exécution de la loi sur les allocations familiales du 10 octobre 2001 (RELAF). Ce dernier précise que les notions de garde ou d'autorité parentale, notamment, doivent être tranchées selon le droit fédéral. Or, la loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (LDIP) prévoit en son art. 68 al. 1 que la question de l'autorité parentale est régie par le droit de l'Etat de la résidence habituelle des enfants, en l'occurrence, la République démocratique du Congo. Selon la loi n° 87-010 portant Code de la famille éditée à Kinshasa en 2001 (ci-après : le Code), chaque enfant a un père juridique qui exerce vis-à-vis de lui 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 l'affiliation 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). Autrement dit, le droit applicable attribue aux deux parents les mêmes droits sur les enfants, que ces derniers soient 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, ajoutée à l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever ses enfants, est similaire à celle de l'autorité parentale, telle qu'elle est définie par le droit suisse (art. 301ss du Code civil), qui prévoit que les père et mère déterminent les soins à donner à l'enfant, dirigent son éducation 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 recourant dispose bien de l'autorité parentale, que l'on considère qu'il soit marié ou non. Dès lors, il peut prétendre aux allocations familiales genevoises.

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 les prestations qui lui sont octroyées exclusivement à l'entretien de ses enfants. L'affectation aux enfants de l'entier du montant versé devra dès lors être contrôlée par l'intimée. Il appartiendra à celle-ci de s'assurer que les prestations sont 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 rétrocédée à la mère des enfants.

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 du 19 juin 2002 de la Caisse d'allocations familiales des administrations et institutions cantonales ;
4. Dit que Monsieur M_____ a droit à des allocations familiales pour ses enfants ;
5. Alloue au recourant la somme de Fr. 1'000,-- à titre de participation à ses frais et dépens ainsi qu'à ceux de son mandataire ;
6. Dit que la procédure est gratuite.

La greffière:	La Présidente :
Janine BOFFI	KA_____ STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe