RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1919/2003 **ATAS/394/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

4ème chambre

du 26 mai 2004

En la cause

Monsieur M_____, recourant

contre

CAISSE D'ALLOCATIONS FAMILIALES POUR PERSONNES SANS ACTIVITE LUCRATIVE, 54 route de Chêne, 1211 Genève 29 intimée

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Valérie MONTANI, juges.

EN FAIT

1. Monsieur M_____, né en 1960, ressortissant de la République démocratique du Congo, a déposé une demande d'asile en Suisse le 2 juin 1999. Par décision du 22 juin 2001, l'Office fédéral des réfugiés (ODR) a reconnu à l'intéressé la qualité de réfugié.

2. L'intéressé est veuf et père de quatre enfants : L_____, née le juin 1990, et M_____, né le août 1992, issus de son union avec Madame M_____, ainsi que N et G M_____, nées respectivement en 1988 et 1992 de sa relation hors mariage avec Madame MM_____. G et J ont été autorisés à résider en Suisse auprès de leur père dès le 11 juin 2002, dans le cadre du regroupement familial. Les deux autres filles de l'intéressé n'ont pas été admises à rejoindre leur père et vivent à Kinshasa, auprès d'un parent de Monsieur M_____,.

3. L'intéressé a déposé une demande d'allocations familiales le 3 octobre 2002 auprès de la Caisse d'allocations familiales pour personnes sans activité lucrative (ci-après CAFNA) pour ses quatre enfants.

4. Par décision du 20 décembre 2002, la CAFNA a octroyé des allocations familiales pour les enfants M, G et J, A. Elle a en revanche refusé le versement d'allocations familiales pour les enfants Nathalie et Gogole, au motif que Monsieur M_____ n'assumait pas leur entretien de manière prépondérante et durable.

5. Représenté par CARITAS, l'intéressé a interjeté recours le 17 janvier 2003 auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales, exposant que ses deux filles nées hors mariage ne sont plus prises en charge par leur mère, qui est mariée avec un autre homme et ne vit plus à Kinshasa. Elles vivent auprès d'un parent et l'intéressé expédie régulièrement, depuis juin 2001, de l'argent pour leur entretien. Il explique qu'il est handicapé et actuellement en stage de formation au Foyer Handicap et qu'il fait de son mieux pour subvenir à l'entretien de N et G. L'intéressé a produit copies des versements effectués en République Démocratique du Congo. Il allègue d'autre part qu'il exerce l'autorité parentale sur ses enfants.

6. Dans son préavis du 19 mars 2003, la CAFNA a conclu au rejet du recours, considérant qu'en application du droit fédéral, l'intéressé n'est pas détenteur de l'autorité parentale sur ses filles Net G, dès lors qu'il n'est pas marié avec la mère des enfants. L'acte de reconnaissance de non-prise en charge signée le 4 avril 2002 par Madame MM_____ n'a aucune valeur juridique. Pour le surplus, l'intéressé n'a pas établi qu'il assumait l'entretien prépondérant de ses enfants.

7. Dans ses écritures du 17 avril 2003, le recourant a fait valoir que la loi sur les allocations familiales doit être interprétée conformément au principe fondamental

de l'intérêt supérieur de l'enfant et que pour déterminer si la personne qui demande l'allocation assume l'entretien de l'enfant de manière prépondérante et durable, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances, en particulier des moyens de cette personne. Il considère d'autre part avoir établi à satisfaction de droit que ses filles ne sont plus du tout prises en charge par leur mère, le document de reconnaissance de non-prise en charge signée par Madame MM_____ le 4 avril 2002 ayant été dûment légalisé par les autorités de la République Démocratique du Congo, ce que le Tribunal de céans ne saurait ignorer. Enfin, le recourant conteste la stricte application du code civil suisse relative à l'autorité parentale. Il rappelle que la situation de ses enfants, qui vivent à l'étranger, doit être examinée au regard du droit de la République Démocratique du Congo, selon la loi fédérale sur le droit international privé.

8. Une audience de comparution personnelle s'est tenue par-devant le Tribunal de céans en date du 24 mars 2004. Le recourant a déclaré que ses deux filles habitaient avec lui dans sa concession au village G, à 2000 km de KINSHASA. Elles logeaient dans une maison à côté de la sienne. Il a soutenu qu'en droit congolais, le père exerce l'autorité parentale sur les enfants nés de parent non mariés. Il a expliqué qu'il suivait une formation multimédia auprès de Foyer Handicap qui devait se terminer l'année prochaine et qu'il était rémunéré à raison de 2 fr. de l'heure de présence. Il a déclaré cependant qu'il était souvent malade et qu'il était aidé par le service des réfugiés. Sur les prestations perçues, il prélève de l'argent qu'il envoie régulièrement pour l'entretien de ses deux enfants à KINSHASA. Il a versé à la procédure les relevés de Western Union attestant des versements effectués. La SCAF a persisté dans ses conclusions.

9. A la requête du Tribunal cantonal des assurances sociales, le recourant a versé à la procédure un avis de droit relatif à la question de l'autorité parentale en droit congolais, qui lui a été communiqué par l'Ambassadeur de la République Démocratique du Congo.

10. Les parties ont persisté dans leurs conclusions.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art.

57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc… qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts…). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires de la loi modifiant la LOJ, la présente cause, introduite avant l'entrée en vigueur de la loi et pendante devant la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales, a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique, notamment sur les contestations prévues à l'article 38 de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1er mars 1996 – LAF (cf. art. 1, let. r et 56V, al. 2, let. e LOJ). Le Tribunal de céans est ainsi compétent pour juger du cas d'espèce.

Déposé dans les forme et délais imposés par la loi, le présent recours est recevable (art. 38, al. 1 LAF).

3. L'objet du litige consiste à déterminer si le recourant peut être mis au bénéfice d'allocations familiales pour ses enfants Nathalie et Gogole, nées hors mariage, résidant à KINSHASA auprès de la famille paternelle.

La loi sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (LAF) régit l'octroi de prestations, sous forme d'allocations familiales, pour tout enfant à la charge d'une personne assujettie à la loi (cf. art. 1 LAF).

L'article 2 définit le cercle des personnes assujetties. Son 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 (cf. art. 2 al. 1 let c LAF). D'autre part, lorsqu'un requérant est reconnu comme réfugié ou admis provisoirement en vertu de l'article 14a, troisième ou quatrième alinéa de la loi du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), les allocations familiales peuvent être versées (cf. art. 84 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998).

Reste à examiner dans quelles conditions une personne assujettie à la loi peut bénéficier des allocations familiales. Conformément à l'article 3, alinéa 1, LAF, la qualité de bénéficiaire est reconnue à la personne assujettie 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.

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. 1 LAF). L'allocation s'élève à 200 fr par mois pour l'enfant jusqu'à 15 ans (art. 8, al. 2, let. b LAF).

L'article 19, al. 2 du règlement d'exécution de la loi sur les allocations familiales du 10 octobre 2001 (RELAF), entré en vigueur le 1er janvier 2002, dispose qu'en cas de litige concernant la qualité d'enfant, la notion de garde, d'autorité parentale, de domicile ou d'autre notion de droit civil, il est statué selon le droit fédéral.

Selon l'article 68, al. 1 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP), l'établissement, la constatation et la contestation de la filiation sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. D'autre part, la reconnaissance d'un enfant intervenue à l'étranger est reconnue en Suisse lorsqu'elle est valable dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, dans son Etat national, dans l'Etat du domicile ou encore dans l'Etat national de la mère ou du père (art. 73, al. 1 LDIP). Enfin, les relations entre parents et enfants sont régies par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant (art. 82, al. 1 LDIP).

La question de l'autorité parentale doit être examinée selon le droit de la République démocratique du Congo, lieu de résidence des enfants, soit la loi n° 87-010 portant Code de la famille, du 1er août 1987, entrée en vigueur à partir du 1er août 1988, et ayant fait l'objet de modifications en février 1999 et en 2001 (cf. avis de droit et textes du Code de la famille). En matière de filiation, le Code de la famille de la République démocratique du Congo a tenu à traduire l'option politique fondamentale selon laquelle tout enfant doit avoir un père, et qu'au

Zaïre, le vocable « enfant naturel » n'a plus droit de cité (cf. Code de la famille, exposé des motifs, page 19). L'égalité des droits et devoirs de tous les enfants a été affirmée dans leurs rapports avec leur père et mère ; chaque enfant a un père juridique qui exerce vis-à-vis de son enfant toutes les prérogatives résultant de la filiation et en assure les devoirs. L'article 591 du Code de la famille dispose que 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. La filiation paternelle s'établit par la présomption légale en cas de mariage ou par une déclaration ou par une action en recherche de paternité (art. 601 Code de la famille). Tout enfant né hors mariage doit faire l'objet d'une affiliation (déclaration de paternité) dans les 12 mois qui suivent sa naissance, par déclaration commune faite par ses père et mère ou par une déclaration unilatérale de paternité faite par le père devait l'officier de l'état civil (art. 614, 621 et 622 Code de la famille). Les effets de l'affiliation consistent à donner aux enfants les mêmes droits et devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère (art. 645 Code de la famille) et imposent aux père et mère de les nourrir, entretenir et élever (art. 648 Code de la famille). 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 tenu d'y contribuer en proportion de leurs facultés (art. 586 Code de la famille).

Il résulte de ce qui précède que le Code de la famille de la République démocratique du Congo 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. 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 suivants du Code civil - CC) 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. 1 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.

4. En l'espèce, il est établi et non contesté que le recourant est le père juridique des enfants N et G (cf. actes de naissance, pièces n° 15 et 16 CAFNA). Il s'ensuit qu'il exerce l'autorité parentale sur ses filles, conformément aux dispositions légales susmentionnées. Le recourant remplit dès lors l'une des conditions alternative de l'article 3, al. 1 LAF, de sorte qu'il est inutile d'examiner la condition de l'entretien prépondérant et durable. Le recourant peut donc bénéficier des allocations familiales en faveur de ses filles N et G, ce jusqu'à la fin du mois au cours duquel elles auront atteint l'âge de 15 ans.

L'article 4 LAF enjoint au bénéficiaire d'affecter exclusivement les prestations à l'entretien des enfants. Le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion de juger à cet égard que l'affectation aux enfants devra être contrôlée par la Caisse. Il appartiendra à celle-ci de verser les prestations directement à la personne ayant de fait la garde, ou à tout le moins de s'assurer que celles-ci soient bien reversées par le recourant en République démocratique du Congo, en exigeant régulièrement des justificatifs (cf. arrêt n° 240/2004 du Tribunal cantonal des assurances sociales du 14 avril 2004).

5. Le recourant, représenté par CARITAS, obtient gain de cause. L'article. 41, al. 3 LAF, qui prévoyait que le recourant qui obtient gain de cause n'a pas droit au remboursement de ses frais et dépens ni de ceux de son mandataire, a été abrogé dès le 1er août 2003, et cette disposition n'a pas été reprise dans la loi sur les allocations familiales, en sa teneur valable dès le 1er août 2003.

Les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, sous réserve des dispositions de procédure qui sont directement applicables (ATF 127 V 467, consid. 1). Le Tribunal de céans applique en l'occurrence les règles de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA). Conformément à l'article 89H, al. 3 LPA, une indemnité est allouée au recourant qui obtient gain de cause. Il s'ensuit que le recourant, représenté par CARITAS, peut bénéficier d'une indemnité (cf. ATFA non publié P. du 28 mai 1998, I/395/97).

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

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

A la forme :

1. Dit que le recours est recevable ;

Au fond :

2. Admet le recours et annule la décision du 20 décembre 2002 ;

3. Dit que Monsieur M_____ a droit a des allocations familiales pour ses enfants N et G, dans le sens des considérants ;

4. Condamne l'intimée à verser au recourant la somme de 1'000 fr à titre de participation à ses frais et dépens ;

Le greffier:	La Présidente :
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

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