RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2375/2003 **ATAS/39/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

5ème chambre

du 18 janvier 2006

En la cause

Monsieur A_____, rue de Carouge 25bis, 1227 CAROUGE	recourant
contre	
CAISSE D'ALLOCATIONS FAMILIALES DE L'UNION INDUSTRIELLE GENEVOISE, boulevard du Théâtre 4-6, 1204 GENEVE	intimée

---

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Juliana BALDE ET Karine STECK, juges.

EN FAIT

1. Alors qu'il était employé auprès de l'entreprise genevoise X_____ S.A., Monsieur A_____ a bénéficié des allocations familiales pour les enfants suivants, lesquels résident au Ghana :

   - B_____, né le 5.7.1986 ; mère : FA_____

   - C_____, né le 31.7.1988 ; mère : FA_____.

   Les allocations familiales lui ont été accordées pour ses enfants dès le 1er décembre 1999 jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 15 ans, soit respectivement le 31 juillet 2001 et le 31 août 2003.

2. Le 11 novembre 2001, l'intéressé a formé une nouvelle demande d'allocations familiales pour les enfants suivants :

   - D_____, née le 16.6.1996 ; mère : GB_____

   - E_____, née le 14.3.1998 ; mère : FA_____

   - H_____, née le 14.3.1998 ; mère : FA_____

   - I_____, né le 10.1.1999 ; mère : J_____

   Pour ces enfants qui séjournent également au Ghana, il a fourni des copies certifiées conformes du registre des naissances au Ghana.

3. A la demande de la CAISSE D'ALLOCATIONS FAMILIALES DE L'UNION INDUSTRIELLE GENEVOISE (ci-après : la caisse), il a produit 29 documents de la société WESTERN UNION relatifs aux versements effectués au Ghana. Ces versements ont été effectués par quatre personnes différentes et adressées à six personnes différentes au Ghana. Le montant total de ces versements effectués entre le 18 novembre 2001 et le 17 décembre 2002 est de 11'176 fr.

4. L'intéressé a également fait parvenir à la caisse des déclarations écrites de son père, ainsi que de son ex-beau-père certifiant qu'il a divorcé le 5 janvier 2002 de Madame FA_____.

5. Il a en outre produit une déclaration de Madame AK_____ de mai 2003 certifiant qu'elle est la grand-mère des enfants susmentionnés, ainsi que de L_____ , né le 5 novembre 1984, et qu'elle assure la garde de ces enfants dont le père est l'intéressé. Les mères respectives des enfants ont par ailleurs attesté que ceux-ci étaient pris en charge par Madame AK_____, leur grand-mère.

6. Par décision du 29 août 2003, la caisse a refusé à l'intéressé les allocations familiales sollicitées au motif que les conditions pour l'octroi de ces prestations n'étaient pas remplies.

7. Par courrier du 18 septembre 2003, l'intéressé s'est opposé à cette décision, en faisant essentiellement valoir qu'il ne comprenait pas les raisons du refus.

8. Par nouvelle décision du 12 novembre 2003, la caisse a confirmé sa décision précédente, au motif que la garde ou l'autorité parentale ou l'entretien de manière prépondérante et durable n'était pas établie, que l'affectation exclusive des allocations à l'entretien des enfants ne pouvait pas être vérifiée et que la valeur probante des documents fournis à l'appui des prétentions lui paraissait insuffisante.

9. Par acte du 10 décembre 2003, l'intéressé a recouru contre cette décision en concluant implicitement à son annulation et à l'octroi des allocations familiales. En guise d'argumentation, il se réfère aux explications données précédemment.

10. Dans son préavis du 6 février 2004, la caisse a conclu au rejet du recours. Elle a fait valoir en premier lieu que le jugement du divorce produit par le recourant ne faisait pas mention de ce qu'il avait la garde ou l'autorité parentale ou qu'il assumait l'entretien de manière prépondérante et durable de ses enfants. Par ailleurs, les montants versés au Ghana par diverses personnes sont retirés dans ce pays par des personnes différentes et n'étaient jamais destinés à la mère de l'intéressé personnellement, laquelle assumait la garde des enfants. Les montants versés étaient par ailleurs inférieurs aux allocations familiales en vigueur dans le canton de Genève. La caisse a également estimé que les documents qui lui avaient été remis ne permettaient pas de satisfaire aux conditions légales.

11. Le 4 mars 2004, le recourant a fait parvenir au Tribunal de céans sa réplique en anglais. Le 20 mars 2004, il a fourni à la demande du Tribunal de céans une traduction de celle-ci. Il a persisté dans ses conclusions et expliqué qu'il avait, à son arrivée en Suisse le 22 novembre 1988, trois enfants, à savoir L_____, B_____ et C_____. Ignorant qu'il pouvait prétendre à des allocations familiales pour ses enfants, il n'avait pas immédiatement formé une demande pour l'octroi de ces prestations. Il n'a eu connaissance de ses droits qu'en 1999 et dès lors fait une demande dans ce sens cette année-là. Il n'avait cependant pas requis à cette époque également des allocations familiales pour D_____, E_____, H_____ et I_____, dans la mesure où il était séparé de leur mère, Madame FA_____ (sic). Les versements effectués au Ghana n'avaient pas été directement adressés à sa grand-mère qui avait la garde de ses enfants, car celle-ci, âgée de 80 ans, ne pouvait se rendre à la banque pour recevoir les sommes versées. Par ailleurs, les enfants n'avaient pas les passeports nécessaires retirer de l'argent. Quant à l'attestation de vie de ses enfants qui lui avait été demandée par un courrier du 31 mars 2003 par l'intimée, il a relevé que, dans sa culture, une telle demande était de mauvais présage pour la famille et a

assuré que jamais il ne demanderait des allocations familiales pour des enfants décédés. Il a également expliqué qu'il a envoyé depuis l'année 2000 tous les mois la somme de 1'000 fr. à ses enfants, sommes pour lesquelles il a dû en partie demander des avances à son employeur. A l'appui de ses dires il a notamment produit une attestation établie par X_____ SA le 1er octobre 2004 certifiant que l'intéressé demandait, régulièrement, tous les mois des avances sur son salaire pour envoyer, selon ses déclarations, de l'argent à ses enfants au Ghana.

12. Dans sa réplique du 19 avril 2004, la caisse a persisté dans ses conclusions.

13. Lors de la comparution personnelle des parties du 28 octobre 2004, la caisse a déclaré être en possession des originaux des copies certifiées conformes du registre des naissances et des déclarations en provenance de la République du Ghana produites par le recourant. Elle ignorait par ailleurs sur quelle base les premières allocations familiales avaient été octroyées au recourant pour les enfants B_____ et C_____. Le dossier y relatif s'était en effet perdu et l'ancien préposé de la caisse était parti. Elle a produit en outre une demande d'allocations familiales du recourant, sur laquelle figure la date du 29 février 2000 et qui concerne son fils C_____.

    Le recourant a précisé que sa mère s'appelait MF_____, mais que c'était sa grand-mère, Madame AK_____ qui gardait ses enfants. S'il était indiqué dans les déclarations de cette dernière et des mères de ses enfants que Madame AK_____ était la grand-mère de ceux-ci, il s'agissait donc d'une erreur qu'il ne s'expliquait pas. Il a par ailleurs déclaré que sa grand-mère était décédée quatre mois auparavant et que ses enfants étaient maintenant gardés par sa sœur, Madame N_____. A la question de savoir pourquoi il n'avait pas mentionné ses autres enfants lors de sa première demande en février 2000, il a répondu qu'il avait cru qu'il fallait être marié avec la mère des enfants pour bénéficier des allocations familiales, tout en admettant qu'il était à l'époque marié avec Madame FA_____, soit la mère des jumelles. Toutefois, cette dernière avait été renvoyée de la Suisse. Il n'avait pas déclaré les enfants issus de son union avec son ex-épouse, dans la mesure où elle ne vivait plus avec lui. Ses enfants étaient nés en Afrique et il les avait déclarés à l'Office cantonal de la population. S'agissant des versements effectués par l'intermédiaire de WESTERN UNION, il a expliqué que les personnes auxquelles il versait de l'argent au Ghana lui avaient auparavant prêté de l'argent et l'avaient donné à sa grand-mère pour l'entretien de ses enfants. Par ces versements, il leur remboursait en fait les sommes prêtées. Par ailleurs, sa grand-mère ne pouvait pas aller chercher l'argent, dans la mesure où elle ne possédait pas de papiers d'identité. Cependant, sa sœur qui gardait aujourd'hui les enfants était en possession de tels papiers. En ce qui concerne les personnes qui ont effectué depuis la Suisse les versements au Ghana, il a expliqué que Madame O_____ et Madame P_____ étaient en fait une seule et même personne. Il s'agissait de sa femme qu'il avait épousée au Ghana et avec laquelle il

vivait à Genève. Lorsqu'il n'avait pas le temps de faire des versements, il demandait à sa femme de les effectuer. Quant à Monsieur R_____, il était un de ses amis. Il lui avait prêté de l'argent, afin qu'il puisse entretenir ses enfants.

14. Le 4 novembre 2004, le recourant a informé le Tribunal de céans que ses enfants étaient maintenant gardés par la dernière femme de son père, Madame S_____.

15. Le 21 décembre 2004, l'Institut suisse de droit comparé a fait parvenir au Tribunal de céans, à sa demande, un avis de droit relatif à la détention de l'autorité parentale du père sur ses enfants, dont il vit séparé, en droit ghanéen.

16. A la demande du Tribunal de céans, l'Office cantonal de la population (ci-après: OCP) lui a transmis le 18 janvier 2005 le dossier qu'il a constitué concernant le recourant.

17. Dans sa détermination du 1er février 2005, l'intimée a persisté dans ses conclusions. Elle a fait valoir que le système juridique au Ghana était très différent du système suisse, mais que le recourant devait respecter les lois et règlements en usage en Suisse en général et à Genève en particulier, raison pour laquelle il y avait lieu de se fonder uniquement sur les dispositions du droit suisse en la matière. Elle a en outre attiré l'attention du Tribunal de céans sur une procédure de consultation en cours concernant la refonte du système des allocations familiales prévoyant notamment la suppression de l'octroi d'allocations familiales aux enfants vivant dans les pays non conventionnés et situés hors de l'Union européenne et l'adaptation du montant des allocations familiales au pouvoir d'achat dans des pays conventionnés et non-membres de l'Union européenne.

18. Le 14 mars 2005, le recourant a maintenu ses conclusions.

19. Par courrier du 29 mars 2005, le Tribunal de céans a invité le recourant à lui faire parvenir un certain nombre d'attestations sous forme authentique.

20. Le 5 septembre 2005, le recourant a transmis au Tribunal de céans les attestations requises.

21. L'intimée ne s'est pas déterminée sur ces nouvelles pièces dans le délai imparti.

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 le 1er août 2003 et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué, statuant en instance

unique, notamment sur les contestations concernant la loi 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.

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

3. L'objet du recours est de déterminer si le recourant peut être mis au bénéfice d'allocations familiales pour ses enfants domiciliés au Ghana et confiés dans un premier temps à sa grand-mère, Madame AK_____, puis à sa sœur, Madame N_____ et enfin à Madame S_____.

4. 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 salariées au service de l'employeur tenus de s'affilier à une caisse d'allocation familiale ou d'un employeur de personnel de maison domicilié dans le canton (art. 2 al. 1 let. a).

   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 par enfant jusqu'à 15 ans (art. 8 al. 2 let. b LAF).

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

   La garde des enfants est confiée par le recourant en l'occurrence en dernier lieu à Madame S_____, la dernière femme du père du recourant. Auparavant, la garde était assumée par sa grand-mère, Madame AK_____, qui est décédée en 2004.

   Selon l'art. 19 al. 2 du règlement d'exécution de la loi sur les allocations familiales du 10 octobre 2001, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 1er octobre 2004, 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. En application de l'art. 82 al.1 de la loi fédérale sur le droit international prive du 18 décembre 1987 (DIP), le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant est applicable aux relations entre parents et enfant.

L'autorité parentale doit donc être déterminée en l'espèce selon le droit de la République du Ghana.

En vertu de la section 6 du Children's Act de 1998 du Ghana, les parents ne peuvent priver l'enfant de son bien-être, même s'ils ne sont pas mariés et ne vivent pas ensemble. L'Institut suisse de droit comparé relève ainsi, dans son avis de droit du 21 décembre 2004, que chacun des parents a une responsabilité parentale envers l'enfant qui comprend, entre autre, le devoir de le protéger et de prendre soin de lui, ainsi que de l'éduquer. Chacun des parents biologiques d'un enfant a à la fois des droits et devoirs envers son enfant, ce qui peut être considéré comme une forme d'autorité parentale, indépendamment du statut matrimonial des parents et du droit de garde de l'enfant. L'Institut suisse de droit comparé expose en outre que les deux autres lois qui ont trait au mariage, à l'autorité parentale et à la garde des enfants, à savoir le Court's Act de 1983 et le Matrimonial Causes Act de 1971, ne font pas de distinction expresse entre les enfants nés dans le mariage et hors du mariage, en ce qui concerne l'autorité parentale et la garde des enfants. En cas de litige, le tribunal les accorde au père ou à la mère, voire à une tierce personne, en tenant compte uniquement de l'intérêt de l'enfant. Le Court's Act traite par ailleurs séparément de l'autorité parentale et de la garde des enfants, ce qui laisse supposer qu'une personne peut avoir l'autorité parentale sur un enfant sans en avoir la garde et qu'elle peut aussi partager l'autorité parentale avec une tierce personne. Quant aux obligations alimentaires, elles sont à la charge des deux parents selon leurs moyens respectifs, voire d'une tierce personne, indépendamment de l'octroi de la garde ou de l'autorité parentale. Il résulte de ces dispositions que tant la mère que le père ont l'autorité parentale sur l'enfant, qu'ils soient mariés lors de la naissance des enfants ou qu'ils vivent ensemble ou non.

Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre que le recourant détient l'autorité parentale sur ses enfants mineurs. Il peut dès lors de ce seul fait prétendre aux allocations familiales.

6. L'intimée semble toutefois mettre en doute que le recourant soit le père des enfants, pour lesquels les allocations familiales sont sollicitées, et exige en outre une attestation de vie de ceux-ci. Toutefois, il sied de considérer que les déclarations sous forme d'acte authentique des mères respectives des enfants attestent à satisfaction de droit que ses enfants sont toujours en vie. Les copies certifiées conformes du registre des naissance établissent par ailleurs que le recourant est bel et bien leur père.

Certes, il reste inexplicable pourquoi le recourant n'a pas d'emblée fait une demande d'allocations familiales pour tous ses enfants en 2000, date de sa première demande. En effet, ses explications à ce sujet sont insatisfaisantes. Il n'a pas non plus annoncé l'existence de tous ses enfants à l'OCP. Dans le formulaire A intitulé "Demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative" qu'il a signé le 23 juin 1998, il a uniquement mentionné les enfants L_____, né le 5

novembre 1984, et B_____, né le 5 juillet 1986. Il ne fait état de l'existence de ses sept enfants pour la première fois que dans sa lettre du 6 mars 2003 à l'OCP. Le fait qu'il ne l'en ait pas informé auparavant ne saurait cependant être interprété à son encontre, dès lors qu'il n'avait pas l'intention de les faire venir en Suisse.

En dépit du comportement incompréhensible du recourant, il n'en demeure pas moins que la paternité des enfants, pour lesquels il demande des allocations familiales, et l'existence de l'autorité parentale sur ceux-ci sont établies à satisfaction de droit.

7. 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 impose au bénéficiaire d'affecter exclusivement les prestations à l'entretien du ou des enfants.

En l'occurrence, le recourant et sa épouse actuelle ont régulièrement procédé à des versements au Ghana à différentes personnes, mais non pas à sa grand-mère qui avait la garde des enfants à l'époque. Certes, il peut être admis que les versements effectués par Madame P_____ l'ont été au nom et pour le compte du recourant. Cela ne peut cependant être établi pour le versements effectués par Monsieur Samuel R_____ à Monsieur A_____, lorsque ce dernier se trouvait au Ghana. Quant aux deux versements de 2000 fr. et de 1000 fr. effectués le 31 janvier et le 20 février 2002 par Madame P_____ au recourant, lorsque celui-ci s'est trouvé au Ghana, rien ne prouve que celui-ci les utilisait pour subvenir aux besoins de ses enfants, même si cela paraît probable pour une partie de cette somme. S'agissant des autres destinataires au Ghana des versements du recourant, à savoir Messieurs T_____, U_____ et V_____, ainsi que Madame W_____, ceux-ci ont attesté par leurs déclarations établies sous forme d'acte authentique les 30 et 31 juin 2005 avoir régulièrement donné de l'argent à la mère du recourant pour l'entretien des enfants de ce dernier. Par conséquent, il y a lieu d'admettre que les sommes envoyées à ces personnes étaient bien destinées à ses enfants.

En écartant les versements effectués par Monsieur R_____ depuis l'Angleterre à Monsieur A_____ et ceux de Madame P_____ à ce dernier, il appert que le recourant a envoyé au Ghana, pour l'entretien de ses enfants, entre le 18 novembre 2001 et le 17 décembre 2002, la somme de 7'510 fr. Le recourant a par ailleurs déposé en cours de la procédure encore de nombreuses attestations de paiements aux destinataires susmentionnés au Ghana dès 2003. De janvier à août 2003, il a envoyé au Ghana des sommes d'un total 1'910 fr. Or, le recourant n'a bénéficié d'allocations familiales pour B_____ et C_____ que jusqu'en juillet 2001, puis pour ce dernier jusqu'en août 2003. Le montant total des allocations familiales qu'il a dû recevoir pendant la période durant laquelle il a prouvé avoir procédé à des paiements au Ghana, soit de novembre 2001 à août 2003, s'élèvent ainsi à 4'400 fr. Pour les allocations

familiales déjà reçues, il appert donc qu'il a effectué des versements largement supérieurs à celles-ci de sorte qu'il convient d'admettre qu'il les a intégralement affectées à l'entretien de ses enfants bénéficiaires des allocations familiales. Il y a dès lors lieu de présumer que le recourant utilisera également les allocations familiales pour D_____, E_____, H_____ et I_____ afin de satisfaire leurs besoins.

8. Au vu de ce qui précède, il sied de reconnaître au recourant le droit aux allocations familiales pour ses enfants D_____, E_____, H_____ et I_____. Il appartiendra cependant à l'intimée de s'assurer que celles-ci seront transférées soit à la personne qui a la garde des enfants soit aux autres personnes susmentionnées qui ont certifié avoir contribué à l'entretien des enfants. Pour ce faire, s'agissant des prestations rétroactives, il convient bien évidemment de tenir compte des versements au Ghana déjà effectués par le recourant, ainsi que de ses dépenses sur place pour ses enfants. Par ailleurs, il est conseillé au recourant de se faire signer des quittances pour les sommes données de la main à la main à la personne qui garde ses enfants, lors de ses séjours au Ghana.

9. Selon l'art. 12 al. 1 LAF, le droit aux allocations familiales arriérées se prescrit par deux ans à compter du moment où le bénéficiaire a eu connaissance de son droit à percevoir des allocations familiales mais au plus tard cinq ans après la fin du mois pour lequel elles étaient dues. En l'occurrence, le recourant fait valoir qu'il n'a pas déposé une demande de prestations pour les enfants D_____, E_____, H_____ et I_____ plus tôt, parce qu'il ignorait qu'il y avait droit. Aussi convient-il de considérer que la date du dépôt de la demande, soit le 11 novembre 2001, correspond également à celle où il a eu connaissance du droit. Par conséquent, il peut bénéficier des allocations familiales rétroactivement au 1er novembre 1999 pour les quatre enfants précités.

10. Cela étant, le recours sera 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. Octroie au recourant les allocations familiales rétroactivement au 1er novembre 1999 pour ses enfants D_____, E_____, H_____ et I_____.

4. Dit que la procédure est gratuite.

La greffière: La Présidente :

Yaël BENZ Maya CRAMER

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