RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2463/2006 **ATAS/863/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 3 octobre 2006

En la cause

Monsieur M N_____, domicilié , 1219 CHATELAINE recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, intimée
soit pour elle son directeur, M. J R_____, 1208 GENEVE

Siégeant : Madame Isabelle DUBOIS, Présidente, Mesdames Juliana BALDE et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. Monsieur M N_____ (ci-après le recourant) est étudiant et travaille à temps partiel à la X_____.

2. En date du 3 janvier 2006, il a déposé une demande d'allocations familiales auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après l'intimée) pour son enfant, né le 8 novembre 2005, qui vit avec sa mère au Sénégal. Il a produit avec sa demande un certificat de mariage constaté par un officier de l'état civil de Dakar, du 31 décembre 2003. Selon ce document le recourant s'est marié en date du 18 septembre 2003 selon la coutume musulmane. A cette occasion il a déclaré opter pour la polygamie et le régime de la séparation des biens. Figure également à son dossier l'extrait du registre des actes de naissance.

3. Par courrier du 16 janvier 2006, la caisse a demandé au recourant de produire un certain nombre de documents, en particulier des justificatifs prouvant qu'il participe à l'entretien de l'enfant de manière prépondérante et durable. Les documents produits par le recourant ayant été jugés insuffisants par la caisse, celle-ci l'a invité à produire des justificatifs supplémentaires, par pli du 9 mars 2006.

4. Par décision du 23 mars 2006, la caisse a rejeté la demande d'allocations familiales du recourant, au motif que les conditions de l'article 3 alinéa 1 de la loi genevoise sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (ci-après LAF) n'étaient pas remplies, plus particulièrement la condition de l'entretien prépondérant.

5. Suite à l'opposition du recourant, la caisse a confirmé sa décision, en date du 21 juin 2006. Elle mentionne que le recourant n'est pas marié avec la mère de l'enfant, qu'il est en outre polygame, et que par conséquent il ne peut détenir l'autorité parentale sur l'enfant. En outre le contrôle de l'habitant indique qu'il est célibataire. Ne possédant pas la garde de l'enfant, le recourant devrait, alors, prouver assumer l'entretien de l'enfant de façon prépondérante, selon la jurisprudence de l'ancienne commission de recours. Tel n'est pas le cas au vu des pièces produites.

6. Dans son recours du 7 juillet 2007 (recte: 2006), le recourant réclame le versement des allocations familiales qu'il considère lui être dues. Il conteste en particulier que son mariage soit illégal, et considère par ailleurs avoir établi qu'il verse plus de 200 fr. par mois pour l'entretien de l'enfant.

7. Dans sa réponse du 16 août 2006, la caisse indique persister dans les termes de sa décision.

8. Le Tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 26 septembre 2006. Le recourant ne s'est ni présenté et ni excusé. La représentante de la caisse a indiqué ne pas contester la validité du certificat de mariage produit, mais

le fait que le recourant ait l'autorité parentale. Elle a indiqué avoir connaissance de l'article 277 du code sénégalais. Elle a confirmé avoir basé sa décision sur l'absence de l'entretien prépondérant. Elle s'étonne que le recourant ne se soit pas déclaré marié aux autorités.

9. La copie du procès-verbal a été adressée au recourant, et la cause gardée à juger le jour même.

EN DROIT

1. 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, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Aux termes de l'article 56V al. 2 let. e) LOJ, le Tribunal de céans est compétent pour connaître des litiges relatifs à la LAF.

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

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

4. La loi 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'allocation pour enfant est une prestation mensuelle accordée dès le mois qui suit celui de la naissance de l'enfant jusqu'à la fin de celui 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). Elle s'élève à 200.- fr. par mois pour l'enfant jusqu'à 15 ans et à 220.- fr. par mois pour l'enfant de plus de 15 ans (cf. art. 8 al. 2 LAF).

   L'art. 2 al. 1 LAF définit le cercle des personnes assujetties à la loi. En font notamment partie les personnes salariées au service d'un employeur tenu de s'affilier à une caisse de compensation.

   Tel est le cas en l'espèce.

5. L'article 3 al. 1 LAF prévoit ce qui suit : "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".

S'agissant des notions de garde et d'autorité parentale, il y a lieu de se référer à l'art. 19 al. 2 du règlement d'exécution de la loi sur les allocations familiales du 10 octobre 2001 (ci-après : RELAF). Ce dernier précise qu'elles doivent être tranchées selon le droit fédéral.

Selon l'article 68 al. 1 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (ci-après : 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. La LDIP prévoit en son art. 82 al. 1er que les relations entre parents et enfants sont régies par le droit de l'Etat de la résidence habituelle des enfants. Les décisions étrangères relatives aux relations entre parents et enfants sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant ou dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle du parent défendeur (art 84 al. 1er LDIP).

Conformément aux dispositions légales précitées, c'est en conséquence le droit du Sénégal, pays dans lequel réside l'enfant, qui s'applique quant à la détermination de la question du droit de garde et de l'autorité parentale du recourant sur ses enfants.

Il ressort d'un avis sur le droit sénégalais de la famille, de l'Institut suisse de droit comparé, du 15 août 2006, sollicité par le Tribunal dans le cadre d'une autre cause et dont la caisse a également connaissance, la réglementation suivante en matière d'attribution de la puissance paternelle en droit sénégalais :

«Art. 277:

Al.1 La puissance paternelle sur les enfants légitimes appartient conjointement au père et à la mère.

Al. 2 Durant le mariage, elle est exercée par le père en qualité de chef de famille (...).

Al. 3 La mère exerce la puissance paternelle, sauf décision contraire du juge de paix statuant en chambre du conseil :

1 en cas de déchéance totale ou partielle du père des droits de puissance paternelle, pour ceux des droits qui lui sont retirés ;

2 dans le cas où le père n'a plus la qualité de chef de famille, faute de pouvoir manifester sa volonté en raison de son incapacité, son absence, son éloignement ou pour tout autre cause ;

3 en cas de condamnation du père pour abandon de famille ;

4 en cas de délégation de puissance paternelle à la mère. ».

6. Il résulte de ce qui précède que le recourant à la puissance paternelle sur son enfant conjointement avec son épouse, et qu'il l'exerce en qualité de chef de famille. Rien n'indique en effet qu'il ait été déchu de cette qualité, au sens de l'alinéa 3 de l'art. 277 du code de la famille susmentionné. Certes le recourant est éloigné de sa famille, mais on ne peut en déduire qu'il a perdu la qualité de chef de famille *de jure***,** l'alinéa susmentionné faisant expressément référence à une intervention du juge de paix.

Il faut relever également que le recourant est bel et bien marié avec la mère de son enfant. S'il est vrai qu'il a fait choix de polygamie, comme la coutume musulmane l'y autorise, et que la polygamie n'est pas reconnue par le droit suisse, force est de constater que cette question ne se pose pas en l'espèce puisque la mère de l'enfant est la première épouse du recourant. Par ailleurs, le fait qu'il soit inscrit en qualité de célibataire auprès de l'Office cantonal de la population est sans pertinence en l'espèce, et s'explique par le fait que tel était son statut à son entrée en Suisse le 1er septembre 2002.

Partant, le recourant remplit la condition de l'autorité parentale de sorte qu'il a droit à l'octroi des allocations familiales, dès le mois de décembre 2005 (art. 7 LAF).

***

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 les décisions des 23 mars et 21 juin 2006.
4. Renvoie le dossier à la caisse pour nouvelle décision au sens des considérants.
5. Dit que la procédure est gratuite.

Le greffier : La présidente

Pierre RIES Isabelle DUBOIS

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