RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2473/2004 **ATAS/722/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 1er septembre 2005

En la cause

Monsieur E_____, représenté par le Syndicat SIT, dans les bureaux duquel il élit domicile	recourant
contre	
SERVICE CANTONAL DES ALLOCATIONS FAMILIALES, route de Chêne 54, case postale 360, 1211 Genève 29	intimé

Siégeant : **Madame Karine STECK, Présidente,**
Mesdames Juliana BALDE et Maya CRAMER, juges

EN FAIT

1. De la relation entre Monsieur E_____ et Madame Q_____ sont nées trois filles. Les trois enfants portent le nom de leur père et vivent au Kosovo, auprès de leur grand-mère paternelle, Madame E_____. Leur père, domicilié à Berne, est employé en tant qu'aide-peintre par Monsieur S_____ à Genève.

2. Le 22 juin 2004, Monsieur E_____ a sollicité l'octroi d'allocations familiales pour ses trois enfants.

3. Par décision du 31 août 2004, le Service cantonal des allocations familiales (ci-après le SCAF) a rejeté sa demande au motif qu'il ne participait pas à l'entretien de ses enfants de manière prépondérante et durable.

4. Le 13 septembre 2004, l'intéressé s'est opposé à cette décision en alléguant avoir envoyé, en 2003, 12'000 fr. à la grand-mère des enfants. Il a produit à l'appui de ses dires une déclaration de la mère des enfants, datée du 6 avril 2004, indiquant que les enfants étaient sous la garde de leur grand-mère, une « attestation sur les moyens d'existence » datée du 6 septembre 2004 et établie par la commune de Viti, au Kosovo, selon laquelle il aurait envoyé 12'000 FS à sa mère en 2003, et divers récépissés de WESTERN UNION. Il en ressort que les sommes suivantes ont été expédiées par l'intéressé à Monsieur E_____ : 170 fr. en février 2004, 1'250 fr. en juillet 2003 et 400 fr. en avril 2004. A également été produit un récépissé (ni daté ni estampillé) pour un montant de 350 fr. à E_____.

5. Par décision sur opposition du 4 novembre 2004, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse) a confirmé la décision du SCAF. Elle a rappelé que lorsque les parents ne sont pas mariés, l'autorité parentale appartient à la mère, qu'aucun document ne prouve en l'occurrence que le père est titulaire de l'autorité parentale et qu'il n'assume pas non plus la garde des enfants. Par ailleurs, la caisse s'est référée à la jurisprudence selon laquelle, lorsque les enfants résident à l'étranger, pour que l'entretien puisse être considéré comme prépondérant, il faut que la contribution versée par le parent en cause soit au moins égale au montant de l'allocation familiale mensuelle, indépendamment du niveau de vie du pays dans lequel l'enfant est domicilié. La caisse a considéré qu'en l'espèce, l'intéressé n'avait pas apporté la preuve qu'il participait de manière prépondérante à l'entretien de ses enfants. A cet égard, elle a relevé que le document du 24 mai 2004, s'il indiquait certes que l'assuré s'occupait financièrement de ses enfants, ne précisait pas dans quelle mesure, que l'attestation du 11 septembre 2004 n'était pas un document officiel et enfin, que sur les quatre récépissés de la Western Union produits, seuls trois étaient validés par un tampon. Les montants versés n'étaient pas suffisants et n'avaient d'ailleurs pas été adressés à la grand-mère des enfants.

6. Par courrier du 3 décembre 2004, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il a produit une déclaration de sa propre mère, Madame E_____, estampillée par la commune de Viti au Kosovo et datée du 19 novembre 2004. La grand-mère des enfants y déclare que les enfants vivent avec elle et que leur père a versé les sommes suivantes : 2'000 euros en 2002, 12'000 FS en 2003 et 4'000 FS pour chaque trimestre en 2004. Elle ajoute qu'il s'agit-là de leur seule ressource et qu'une partie de l'argent a été expédiée par le biais de WESTERN UNION, l'autre lui ayant été remise en mains propres par le père ou des proches. Le recourant a expliqué que si les versements effectués par le biais de WESTERN UNION avaient été adressés à son frère, E_____, c'était simplement par souci de simplification : son frère habite le même village que sa mère et fait les courses de celle-ci à la ville la plus proche, Viti. Il souligne que la grand-mère a confirmé avoir reçu ces sommes, que la mère des enfants n'habite pas avec elles et ne travaille pas. Il allègue enfin avoir remis au SCAF, sans en garder copie, un jugement lui attribuant la garde de ses enfants et s'interroge sur ce qu'il en est advenu.

7. Invitée à se prononcer, l'autorité intimée, dans son préavis du 13 janvier 2005, a conclu au rejet du recours.

8. Le recourant a quant à lui persisté dans ses conclusions par courrier du 2 mars 2005.

9. Une audience de comparution personnelle a eu lieu le 19 mai 2005. A cette occasion, le recourant a confirmé être au bénéfice d'un jugement du Kosovo lui attribuant la garde des enfants. Il a expliqué les avoir confiés à sa mère ainsi qu'en atteste le document de Viti qu'il a produit et dont il s'est étonné qu'il soit remis en cause. Il s'est engagé à produire une copie de ce jugement d'ici au 15 juin 2005.

   Madame V_____, représentante de la caisse, a expliqué que l'autorité intimée souhaiterait savoir sur quelles bases a été établie l'attestation de Viti. Si elle l'a été sur les simples déclarations de la mère, elle n'est à leur avis pas suffisante. Elle a relevé que, dans les faits, c'était la grand-mère qui assumait la garde des enfants. Par ailleurs, s'agissant de la date d'affiliation du recourant, elle a relevé que, selon l'attestation de salaire fournie son employeur, il ne travaillait pour lui que depuis avril 2003. La caisse a en outre rappelé que le recourant avait été victime d'un accident le 2 mai 2003 et qu'il touchait des indemnités journalières de la SUVA depuis le 5 mai 2003. Elle a estimé qu'il aurait dès lors dû cotiser comme non actif dans le canton de Berne pour pouvoir bénéficier des allocations familiales.

   Le recourant a assuré travailler à Genève depuis novembre 2002 déjà et disposer des fiches de paie le prouvant. Il s'est proposé de les produire également d'ici au 15 juin 2005. Il a par ailleurs fait remarquer que malgré son accident, il était

toujours sous contrat de travail avec le même employeur et affilié à la caisse 25, à Genève.

L'autorité intimée a assuré ne pas contester le droit aux allocations durant la période de 720 jours. Elle a relevé que plusieurs problèmes se posent quant aux récépissés des versements : l'année de versement ne figure pas sur certains récépissés, des versements ont été effectués à l'intention de Monsieur E_____. En 2003, le montant versé ressortant des récépissés était de toute façon insuffisant.

La caisse a expliqué qu'après avoir été confrontée à des faux papiers, elle exigeait désormais un document officiel attestant que l'argent a été versé directement à la personne qui a la garde des enfants. Elle a expliqué que les caisses avaient été mises en garde par courrier de l'OFAS au sujet des attestations émises par les Nations Unies pour les ressortissants du Kosovo.

Le recourant a relevé pour sa part que sa mère avait attesté devant une autorité officielle avoir reçu un certain montant de sa part et s'est étonné que ceci soit remis en cause. Il a expliqué que tous les versements n'avaient pas été effectués par le biais de Western Union, d'une part parce que cela coûte cher et d'autre part, parce qu'il s'est rendu plusieurs fois au Kosovo en personne et a ainsi pu remettre l'argent à sa mère en mains propres. Il a enfin rappelé que, la mère des enfants étant sans activité lucrative, c'était là leur seul moyen de subsistance.

L'autorité intimée a relevé que les actes de naissance figurant au dossier n'avaient pas été authentifiés et que, sur le troisième, figurait une faute d'orthographe grossière. De plus, le sigle était inversé et la présentation était différente des deux actes précédents.

A cet égard, le recourant a relevé que l'attestation du 6 novembre 2004 était basée sur les actes de naissance établis par les autorités, ce qui devrait – à son avis – valoir authentification. Il s'est engagé à produire un document attestant que E_____ est son frère.

10. Par courrier du 14 juin 2005, le recourant a produit plusieurs documents, au nombre desquels des décomptes de salaire, des décomptes d'indemnités journalières et des récépissés de WESTERN UNION. Il en ressort que le recourant a versé à E_____ les sommes suivantes : 250.- fr. en décembre 2004, 400.- fr. en janvier 2005 et 900.- en février 2005 et 1'600.- en juin 2005 (soit 3'150.- au total pour la période de décembre 2004 à juin 2005, c'est-à-dire 450.- par mois). Le recourant a également produit une déclaration de la mère des enfants Madame Q_____, datée du 9 juin 2005. La signature a été authentifiée par la commune de Viti. Selon cette déclaration, accompagnée d'une traduction certifiée conforme, les enfants sont entretenues par leur père. Enfin, le recourant a produit deux

certificats de naissance : celui de E_____, fils de E_____ et de E_____ -S_____, et celui de sa fille.

11. Par courrier du 22 juin 2005, l'autorité intimée, à l'examen des pièces produites, a relevé que, s'agissant de la garde parentale, le document produit ne constituait pas un jugement de divorce mais une simple déclaration de la mère des enfants, laquelle avait en date du 15 mai 2004 également déclaré que ceux-ci étaient sous la garde de Madame E_____, la mère de Monsieur E_____. La caisse en conclut donc qu'on ne peut en déduire que Monsieur E_____ a la garde de ses enfants. S'agissant des preuves d'entretien, la caisse a rappelé que, selon la jurisprudence, le recourant aurait dû verser au moins 600.- fr. par mois pour ses trois enfants, alors que, de décembre à juin, il n'a versé que 450.- fr. par mois en moyenne (1'600.- + 400.- + 900.- + 250.- / 7). S'agissant des attestations de salaires, il est ressorti après examen du dossier d'affiliation de l'employeur du recourant que celui-ci n'avait pas déclaré l'assuré pour les mois de novembre et décembre 2002. Cela étant, en comparant le montant déclaré par l'employeur sur l'attestation de salaires 2003 avec les fiches de paie, la caisse a admis que le recourant a bien travaillé depuis novembre 2002.

12. Par courrier du 27 juin 2005, le recourant a rappelé qu'il attendait les allocations depuis près de trois ans et qu'il en avait besoin pour l'entretien de ses enfants.

13. Par courrier du 1er juillet 2005, le représentant du recourant a rappelé que ce dernier n'avait jamais été marié et que le document qu'il s'était engagé à produire ne pouvait donc constituer un jugement de divorce. Il a par ailleurs soutenu que ce n'était pas parce que les enfants vivaient chez leur grand-mère maternelle qu'ils n'étaient pas sous la responsabilité de leur père qui, de plus, assure leur entretien. Il a relevé qu'il n'était pas exceptionnel que les enfants soient confiés à leurs grands-parents, y compris en Suisse. Quant aux preuves d'entretien prépondérant, il a protesté contre le fait que la caisse n'ait accordé aucune valeur probante aux déclarations officielles signées par la grand-mère des enfants, laquelle a attesté avoir reçu des versements plus importants que les exigences minimales. Il a encore relevé que les justificatifs de la WESTERN UNION correspondaient à une période où seuls deux des enfants étaient déjà nés et que dès lors, le recourant ne devait participer à leur entretien qu'à raison de 400.- fr. par mois.

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 (TCAS), composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ). Le Tribunal statue en instance unique,

notamment sur les contestations relatives à la loi sur les allocations familiales (cf. art. 1 let. r, 56 V al. 2 let. e LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

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, domiciliées auprès de leur grand-mère au Kosovo.

4. a) 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).

   b) L'art. 2 al. 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 salariées au service d'un employeur tenu de s'affilier à une caisse d'allocations familiales ou d'un employeur de personnel de maison domicilié dans le canton.

   c) 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. 1 LAF).

   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 (RELAF). Ce dernier précise qu'elles 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. 82 al. 1 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.

5. 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.

En l’espèce, c’est le droit du Kosovo, pays dans lequel résident les enfants, qui s’applique. S’agissant de savoir si le recourant serait détenteur de l’autorité parentale ou de la garde des enfants, le seul document qui a pu être produit est non pas un jugement, comme il le prétendait, mais une déclaration de la mère des enfants, dont la signature a été authentifiée par la commune de Viti. Ainsi que le relève à juste titre l’autorité intimée, la mère des enfants avait également fait une déclaration en date du 6 avril 2004 indiquant que les enfants étaient sous la garde de leur grand-mère. Dès lors le Tribunal estime qu’il n’a pas été prouvé à satisfaction de droit que le recourant était détenteur de l’autorité parentale ou de la garde des enfants.

6. Reste à déterminer s’il remplit la troisième condition alternative posée par la loi, à savoir celle de l’entretien prépondérant des enfants.

7. Dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire.

   Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références). Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne 1984, p. 136; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., p. 278 ch. 5).

   Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

8. Il y a lieu de relever que la troisième enfant n’est venue au monde qu’en date du 17 janvier 2004. Dès lors, il convient d’examiner si le recourant a versé la somme de 400 fr. par mois jusqu’à cette date-là et, par la suite, de 600 fr. par mois, démontrant ainsi qu’il aurait versé au moins le montant de l’allocation pour chacun des enfants.

A cet égard ont été produits plusieurs récépissés de la WESTERN UNION. Si l'on considère ceux qui ont été dûment estampillés et datés, il en ressort que le recourant a versé la somme de 1'250 fr. en juillet 2003, 170 fr. en février 2004, 400 fr. en avril 2004, 250 fr. en décembre 2004, 500 fr. en janvier 2005, 900 fr. en février 2005 et enfin 1'600 fr. en juin 2005.

Il est ainsi prouvé que la somme de 1'250 fr. a été versée pour la période de juillet à décembre 2003, soit 208 fr. par mois, et que la somme de 820 fr. a été versée en 2004, soit 68 fr. par mois et enfin que la somme de 2'900 fr. a été versée en 2005, soit 241 fr. par mois.

S'y ajoute l'attestation signée de la grand-mère des enfants selon laquelle les sommes suivantes ont été versées : 2'000 € en 2002, 12'000 FS en 2003, soit 1'000 fr. par mois, et 4'000 fr. suisses pour chaque trimestre 2004, soit 1'333 fr. par mois.

Ces dires sont corroborés par ceux du recourant, qui a expliqué avoir amené lui-même de l'argent au pays lors de ses voyages, et en avoir également confié à des proches. Il a par ailleurs pu fournir la preuve que la personne en mains de qui les versements WESTERN UNION avaient été effectués était son frère. Ses explications quant au fait qu'il est plus facile pour ce dernier de se déplacer en ville et de ramener l'argent à sa mère. Enfin, il apparaît que ni la mère des enfants ni la grand-mère n'exercent d'activité lucrative, si bien que l'entretien des enfants incombe au recourant seul. Ainsi, il est hautement vraisemblable qu'il ait versé des sommes bien supérieures à sa mère, qui ne dispose que de ce revenu pour s'occuper des enfants.

En résumé, le Tribunal de céans a été convaincu par les explications et divers documents fournis par le recourant à l'appui de ses dires et considère qu'il a été démontré, avec le degré de vraisemblance requis, qu'il en assure l'entretien prépondérant.

En conséquence, 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. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de 1'200 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.

La greffière:	La Présidente :
Janine BOFFI	Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties le