

Paris, le 27 août 2015

---

## Décision du Défenseur des droits MSP-MLD-MDE-2015-206

---

### Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et notamment les articles 8 et 14 ;

Vu la Convention internationale des droits de l'enfant ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu le code civil ;

Saisi par Madame X qui conteste le refus de versement de la prime à l'adoption lui ayant été opposé par la caisse d'allocations familiales (CAF) de département Z ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal des affaires de sécurité sociale de département Z à l'audience du 1<sup>er</sup> septembre 2015.

Jacques TOUBON

---

## **Observations devant le tribunal des affaires de sécurité sociale de département Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique**

---

L'attention du Défenseur des droits a été appelée sur la situation de Madame X, concernant le refus de versement de la prime à l'adoption qui lui a été opposé par la Caisse d'allocations familiales (CAF) de département Z.

### **Rappel des faits**

Madame X et son époux, Monsieur Y, résidant en France, ont accueilli à leur foyer l'enfant abandonnée W, née au Maroc le 8 août 2012, qui leur avait été confiée par une décision de kafala prononcée par le tribunal de première instance de A le 26 septembre 2012.

La CAF de département Z a refusé de verser à Madame X la prime à l'adoption de la prestation d'accueil du jeune enfant au motif que l'enfant W avait été recueillie dans le cadre d'une décision de kafala. L'organisme considère que les conditions d'attribution de la prime à l'adoption, prévues à l'article L. 531-2 du code de la sécurité sociale, ne sont pas remplies dès lors que l'enfant n'est ni adoptée, ni recueillie en vue d'une adoption.

Madame X a saisi la commission de recours amiable de la CAF qui a rejeté sa demande lors de sa séance du 22 mai 2014. La décision de la commission lui a été notifiée le 17 juin 2014.

Madame X a par conséquent saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de département Z.

### **Instruction**

Le 7 avril 2015, les services du Défenseur des droits ont adressé à la CAF une demande de réexamen de la situation de l'intéressée. Par courriel en date du 24 avril 2015, l'organisme a confirmé sa position, en précisant que le recueil d'un enfant dans le cadre d'une décision de kafala n'entrait pas dans les conditions d'attribution de la prime à l'adoption.

Par courrier en date du 10 juillet 2015, le Défenseur des droits a adressé à la CAF de département Z une note récapitulative reprenant les éléments qui pourraient le conduire à conclure à l'existence d'une discrimination prohibée par la loi, d'une atteinte à l'intérêt supérieur d'un enfant ainsi que d'un droit d'un usager d'un service public, et l'invitait à lui faire part de tout élément qu'elle estimerait utile de porter à sa connaissance avant qu'il n'adopte une décision.

Par courrier en date du 31 juillet 2015, le directeur de la CAF de département Z a répondu que la législation en vigueur ne permettait pas de réserver une suite favorable à la réclamation de Madame X et que l'organisme s'en remettrait à la décision qui sera rendue par le TASS.

Le Défenseur des droits a donc décidé de produire des observations dans cette instance.

Il convient de rappeler que l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 dispose que « *les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales. Le Défenseur des droits peut lui-même demander à présenter des observations écrites ou à être entendu par ces juridictions ; dans ce cas, son audition est de droit* ».

Venant préciser la nature de l'intervention du Défenseur des droits, la cour d'appel de Paris a estimé, dans un arrêt du 11 septembre 2014 que, d'une part, aucune disposition de la loi n'impose au Défenseur des droits, qui « *n'a pas (...) la qualité juridique d'intervenant volontaire ou forcé* » d'être présent en personne à l'audience.

La cour ajoute d'autre part que « *la prohibition de l'alinéa 1 de l'article 33 de la loi organique, au terme de laquelle « le Défenseur des droits ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle », n'a pour effet que de priver ce dernier de la possibilité d'exercer une voie de recours contre une décision juridictionnelle, en lieu et place des parties, et non pas de le priver, y compris pour la première fois en cause d'appel, de la faculté de présenter des observations qui, portées à la connaissance des parties, ne méconnaissent pas en elles-mêmes les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement à ces observations (...)* ».

C'est dans le cadre ainsi défini que le Défenseur des droits produit les présentes observations écrites dans l'instance opposant Madame X à la CAF de département Z.

### **Analyse juridique**

L'article L. 531-2 du code de la sécurité sociale dispose :

*« La prime à la naissance ou à l'adoption est attribuée au ménage ou à la personne dont les ressources ne dépassent pas un plafond, pour chaque enfant à naître, avant la naissance de l'enfant, ou pour chaque enfant adopté ou accueilli en vue d'adoption dans les conditions définies à l'article L. 512-4, à compter de l'arrivée de l'enfant au foyer ».*

L'article L. 512-4 du code de la sécurité sociale prévoit le versement des prestations familiales pour les enfants confiés en vue d'adoption :

*« Les prestations familiales sont versées, pour les enfants adoptés ou confiés en vue d'adoption, à la condition que :*

*1° Le ou les enfants soient adoptés par décision de la juridiction française ou soient confiés en vue d'adoption par le service de l'aide sociale à l'enfance ou par un organisme autorisé pour l'adoption ;*

*2° Le ou les enfants soient confiés en vue d'adoption ou adoptés par décision de l'autorité étrangère compétente et autorisés à entrer à ce titre sur le territoire français et que le postulant à l'adoption ou l'adoptant soit titulaire de l'agrément mentionné aux articles L. 225-2, L. 225-3 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles ».*

La kafala ou recueil légal d'un enfant abandonné ou orphelin est une mesure de protection de l'enfant, reconnue par les conventions internationales, qui existe dans certains pays de droit musulman interdisant l'adoption en vertu de la sharia. La kafala permet de transférer l'autorité parentale aux personnes recueillant l'enfant mais ne crée pas de lien de filiation, au contraire de l'adoption.

La CAF a considéré que les conditions d'attribution de la prime à l'adoption n'étaient pas remplies, l'enfant W n'ayant été ni adoptée, ni recueillie en vue d'une adoption. L'organisme a donc fait une application stricte des dispositions de l'article L. 531-2 du code de la sécurité sociale, qui renvoie aux conditions définies à l'article L. 512-4 du même code.

Toutefois, ces dispositions, qui ne permettent pas le versement de la prime à l'adoption en cas de kafala, apparaissent contraires au principe de non-discrimination à raison de la nationalité, tel qu'il résulte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH), et constituent une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant recueilli.

Il appartenait dès lors à la caisse d'examiner la situation de Madame X au regard de tous les instruments juridiques internationaux opposables dont cette dernière pouvait se prévaloir et de constater que l'application stricte des dispositions en cause n'était pas conforme aux normes supérieures.

Il convient au préalable d'observer que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 11 juin 2009, a considéré que les conditions de versement de l'allocation de base de la prestation d'accueil du jeune enfant pendant une durée de trois ans à compter de l'arrivée au foyer d'un enfant, recueilli par kafala, n'étaient pas réunies (Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 juin 2009, n° 08-15571). Toutefois, au-delà du fait que cette affaire ne concernait pas la prime à l'adoption, il y a lieu de relever que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la conformité des dispositions du code de la sécurité sociale dont il était fait application aux articles 8 et 14 de la CEDH et à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. L'existence de cet arrêt ne saurait donc avoir pour effet d'écarter la discussion juridique qui s'impose en l'espèce au regard des textes européens et internationaux précités.

***Sur la conformité des articles L. 512-4 et L. 531-2 du code de la sécurité sociale aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme***

Dans un premier temps, il convient de rappeler que l'article 14 de la CEDH prohibe toute différence de traitement fondée sur la nationalité et prévoit que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur [...], l'origine nationale ou sociale, [...] ou toute autre situation* ».

Depuis l'arrêt *Gaygusuz contre Autriche* du 16 septembre 1996, la Cour européenne des droits de l'Homme a étendu l'applicabilité de l'article 14 de la CEDH aux prestations sociales en considérant qu'elles constituent un droit patrimonial au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n°1 de la CEDH, interdisant ainsi toute discrimination fondée sur un critère prohibé dans le champ des prestations sociales.

L'article 8 garantissant le droit de mener une vie familiale normale étend ce principe de non-discrimination au domaine des prestations de sécurité sociale, dont les prestations familiales.

Les articles L. 531-2 et L. 512-4 du code de la sécurité sociale subordonnent le droit aux prestations familiales qu'ils prévoient à l'adoption de l'enfant ou à son accueil en vue de l'adoption. Ces dispositions, en apparence neutre, placent les enfants recueillis dans le cadre de la kafala et les familles à qui ils ont été confiés dans une situation particulièrement désavantageuse puisqu'ils se trouvent exclus du bénéfice de la prestation.

En effet, en exigeant la production d'une décision justifiant d'une adoption ou d'une future adoption, qui ne peut concerner que les parents accueillant un enfant dont la loi personnelle ne prohibe pas l'adoption, la caisse écarte du bénéfice de la prime à l'adoption les personnes recueillant un enfant par kafala.

Il convient de préciser que la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 a introduit l'interdiction de prononcer l'adoption d'un mineur étranger si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France.

Depuis cette loi, l'article 370-3 du code civil dispose :

*« Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe.*

*L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France [...] ».*

Il y a lieu d'en déduire que les enfants nés au Maroc ou en Algérie, recueillis par kafala, se trouvent nécessairement écartés de l'une des composantes de la prestation d'accueil du jeune enfant qu'est la prime à l'adoption, en cas d'application stricte des dispositions des articles L. 531-2 et L. 512-4 du code de la sécurité sociale.

Dans l'arrêt *Harroudj contre France* rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 4 octobre 2012, relatif à l'impossibilité d'adopter un enfant étranger lorsque la loi nationale de ce dernier interdit l'adoption, la Cour a constaté *« qu'il ressort du droit comparé qu'aucun Etat n'assimile la kafala à une adoption mais que, en droit français et dans d'autres Etats, celle-ci a des effets comparables à ceux d'une tutelle, d'une curatelle ou d'un placement en vue d'une adoption ».*

La kafala a ainsi les mêmes effets qu'un placement en vue d'adoption pour la Cour européenne des droits de l'Homme. Dès lors, le fait de ne pas attribuer la prime à l'adoption prévue par le code de la sécurité sociale aux enfants recueillis par décision de kafala crée une différence de traitement devant être considérée comme discriminatoire car fondée sur la nationalité de l'enfant.

La CAF de département Z considère que le critère de l'adoption, induisant l'établissement d'un lien de filiation, est un critère objectif qui ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale.

Toutefois, la qualification de discrimination ne peut être écartée que si la différence de traitement constatée repose sur une justification légitime et raisonnable, c'est-à-dire si elle poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Le droit aux prestations familiales repose essentiellement sur la condition d'être une personne à charge. Les enfants recueillis par kafala sont à la charge des familles à qui ils ont été confiés, de la même manière que les enfants adoptés ou placés en vue d'une adoption. En l'espèce, l'enfant W, qui est entrée régulièrement sur le territoire français, a été confiée à Madame X et son époux qui assument sa charge effective et permanente depuis son entrée en France.

La finalité poursuivie par la prime à l'adoption paraît ainsi identique, qu'il s'agisse d'une adoption, d'un placement en vue d'une adoption ou d'un recueil légal.

Aucun objectif légitime ne saurait justifier l'exclusion du cas du recueil légal, pour les mineurs étrangers dont la loi personnelle prohibe l'adoption, du dispositif de la prime à l'adoption.

En outre, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé, dans l'arrêt *Gaygusuz contre Autriche* cité plus haut, que seules des considérations très fortes ou des raisons impérieuses pourraient l'amener à estimer compatible avec la CEDH une différence de traitement fondée sur la nationalité.

Il apparaît ainsi que la différence de traitement constatée, dans le cadre de l'attribution de la prime à l'adoption, entre les enfants adoptés ou placés en vue d'adoption et les enfants recueillis par kafala, constitue une discrimination indirecte à raison de la nationalité.

L'application des articles L. 531-2 et L. 512-4 du code de la sécurité sociale doit donc être écartée en raison de leur non-conformité aux articles 8 et 14 de la CEDH.

Par ailleurs, compte tenu de l'objet de la prime à l'adoption, les effets de l'exclusion de la kafala paraissent particulièrement disproportionnés au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

***Sur la conformité des articles L. 512-4 et L. 531-2 du code de la sécurité sociale au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant***

L'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 26 janvier 1990 stipule que « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

La prime à la naissance ou à l'adoption a pour objet d'aider les familles à faire face aux dépenses liées à l'arrivée d'un enfant. Il est donc dans l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'il ait été adopté ou recueilli par kafala, que le parent ou le « kafil », qui s'est engagé à assurer son entretien et son éducation, puisse bénéficier de cette aide.

En outre, il peut être relevé que le Conseil d'Etat s'est prononcé favorablement sur le bénéfice du regroupement familial pour un enfant recueilli par une décision de kafala, dans un arrêt en date du 24 mars 2004 :

*« Considérant que si les dispositions combinées de l'article 15 et de l'article 29 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoient que l'enfant pouvant bénéficier du regroupement familial est l'enfant légitime ou naturel ayant une filiation légalement établie ainsi que l'enfant adopté, il appartient à l'autorité administrative de s'assurer [...] qu'une décision refusant le bénéfice du regroupement familial demandé pour un enfant n'appartenant pas à l'une des catégories ainsi mentionnées ne porte pas une atteinte excessive aux droits des intéressés au respect de leur vie privée et familiale et ne méconnaît pas les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 selon lesquelles "dans toutes les décisions qui concernent les enfants... l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale" » (CE 24 mars 2004 N° 249369).*

Le juge administratif s'est ainsi fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de la vie privée et familiale pour permettre le regroupement familial et ainsi donner à la kafala les mêmes effets que la filiation ou l'adoption.

Cette conception large de la famille devrait être retenue, de la même manière, pour permettre le bénéfice de la prime à l'adoption aux personnes recueillant un enfant par décision de kafala.

En effet, il est dans l'intérêt de l'enfant recueilli que cette prestation, attribuée sous condition de ressources, puisse être versée aux personnes à qui il est confié afin qu'elles puissent faire face aux dépenses liées à son arrivée au foyer et à son entretien.

En l'espèce, le refus de versement de la prime à l'adoption constitue ainsi une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant W, mais également une discrimination indirecte à raison de sa nationalité ainsi qu'une atteinte à un droit d'un usager d'un service public.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation du tribunal.

Jacques TOUBON