

Paris, le 10 décembre 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-297

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 ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Saisi par Monsieur X d'une réclamation relative au refus opposé par la caisse d'allocations familiales (CAF) de Y de procéder au versement de la prime à l'adoption qu'il a sollicitée à l'occasion du recueil par *kafala* des enfants A et B;

Décide de présenter les observations suivantes devant le pôle social du tribunal de grande instance de Z.

Jacques TOUBON

**Observations devant le pôle social du tribunal de grande instance de Douai
présentées en application de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29
mars 2011**

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation relative au refus de versement de la prime à l'adoption que les services de la caisse d'allocations familiales (CAF) de Y ont opposé à Monsieur X pour les enfants A et B, qui lui ont été confiées par une décision de *kafala*.

Rappel des faits

Monsieur X, de nationalité française et son épouse, Madame S, ont accueilli à leur foyer les enfants abandonnées A, née au Maroc le 1^{er} janvier 2011 et B, née au Maroc le 1^{er} janvier 2013, qui leur ont été confiées par une décision de *kafala* prononcée par le tribunal de première instance de Taroudant le 1^{er} septembre 2016.

Le 2 août 2018, la CAF de Y a refusé de verser à Monsieur X la prime à l'adoption de la prestation d'accueil du jeune enfant au motif que les deux enfants avaient été recueillies par *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 réunies.

Le 11 octobre 2018, Monsieur X a saisi la commission de recours amiable de la CAF qui a rejeté sa demande le 27 novembre 2018. Il a alors saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de Y. L'affaire a été transmise au tribunal de grande instance de Z.

Instruction

Par courrier du 9 mai 2019, le Défenseur des droits a adressé à la CAF de Y une note récapitulant les éléments de fait et de droit sur lesquels il fonde son analyse et l'a invitée à formuler toute observation qu'elle jugerait utile de porter à sa connaissance.

Par courrier en réponse du 5 juin suivant, le directeur adjoint de la caisse indiquait maintenir sa position, considérant que la *kafala* n'était pas assimilable à une adoption simple ou plénière et que :

« la CAF a donc fait une stricte application des dispositions du code de la sécurité sociale et cela indépendamment de la nationalité ou de la religion des enfants ».

Analyse juridique

L'allocation de base de la prestation d'accueil du jeune enfant est prévue à l'article L.531-1 du code de la sécurité sociale :

« Ouvrent droit à la prestation d'accueil du jeune enfant l'enfant à naître et l'enfant né dont l'âge est inférieur à un âge limite.

Cette prestation comprend :

1° Une prime à la naissance ou à l'adoption, versée dans les conditions définies à l'article L.531-2 ;

2° Une allocation de base, versée dans les conditions définies à l'article L.531-3, visant à compenser le coût lié à l'entretien de l'enfant ;

3° [...] »

L'article L.531-2 du même code dispose que :

« 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. Dans ce second cas, elle est versée même si l'enfant a un âge supérieur à l'âge limite mentionné à l'article L.531-1 mais inférieur à l'âge limite mentionné au 2° de l'article L.512-3. Le montant de la prime est majoré en cas d'adoption [...] ».

L'article L.512-4 du code de la sécurité sociale prévoit quant à lui le versement des prestations familiales pour les enfants adoptés ou confiés en vue d'adoption, en ces termes :

« 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. 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.

En l'espèce, la CAF a considéré que les conditions d'attribution de la prime à l'adoption n'étaient pas remplies, en application de l'article L. 531-2 du code de la sécurité sociale. La caisse procède donc à 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.

Or, il appartenait à la caisse d'examiner la situation de Monsieur X au regard de l'ensemble des outils juridiques internationaux opposables dont cette dernière peut se prévaloir et de constater que l'application restrictive des dispositions en cause n'est pas conforme 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 et des libertés fondamentales (CEDH) et constitue une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant recueillie.

Sur ce sujet, la jurisprudence est embryonnaire. Certes, 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 réunies¹.

Toutefois, au-delà du fait que cette affaire ne concernait pas la prime à l'adoption mais l'allocation de base, 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 articles 8 et 14 de la CEDH

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 le [...], 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^{er} 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.

Or, l'article 370-3 du code civil introduit par 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.

Les enfants nés au Maroc, recueillis par *kafala*, se trouvent ainsi nécessairement privés de l'une des composantes de la prestation d'accueil de l'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.

¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 11 juin 2009, n° 08-15571

Il n'est pas contesté, comme l'indique la CAF dans son courrier en réponse au Défenseur des droits du 5 juin 2019, que la jurisprudence constante de la Cour de cassation² précise la *kafala* n'est pas assimilable à une adoption simple ou plénière. Notons cependant que les décisions qui rappellent ce principe ne concernent pas le versement de prestations sociales liées à l'adoption mais l'adoption elle-même dans un contexte de conflit entre la loi personnelle de l'enfant et le droit français de la filiation.

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 pourtant constaté :

« Qu'il ressort du droit comparé qu'aucun État n'assimile la kafala à une adoption mais que, en droit français et dans d'autres États, celle-ci a des effets comparables à ceux d'une tutelle, d'une curatelle ou d'un placement en vue d'une adoption ».

Or, dans la mesure où, la *kafala* produit les mêmes effets qu'un placement en vue d'adoption pour la Cour EDH, les conditions d'attribution de la prime à l'adoption fixées par les articles L. 512-4 et L. 531-2 du code de la sécurité sociale, crée une différence de traitement constitutive d'une discrimination fondée sur la nationalité.

Il est vrai que cette discrimination n'est pas fondée sur une caractéristique propre à l'allocataire, Monsieur X, mais sur la nationalité des enfants bénéficiaires.

Toutefois, la notion de victime, dont la définition découle de l'interprétation par la Cour européenne de l'article 34 de la CEDH, vise non seulement la ou les victimes directes de la violation alléguée, mais également toute victime indirecte à qui cette violation aurait causé un préjudice ou qui aurait un intérêt valable à obtenir qu'il y soit mis fin. La Cour a par ailleurs consacré l'interdiction de la discrimination dite « par ricochet », qui désigne une discrimination à raison des caractéristiques présentes chez autrui.

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.

La finalité poursuivie par la prime à l'adoption est 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.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006, n°06-15.264 ; 9 juillet 2008, n°07-20.179 ; 28 janvier 2009, n°08-10.034

En outre, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé, dans l'arrêt *Gaygusuz contre Autriche* précité, 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 fondée sur la nationalité.

L'application des articles L. 531-2 et L. 512-4 du code de la sécurité sociale paraît donc devoir 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* apparaît 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.

Poursuivant un raisonnement comparable, le Conseil d'État s'est prononcé favorablement sur le bénéfice du regroupement familial pour un enfant recueilli par une décision de *kafala*, dans un arrêt 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.

En se prononçant ainsi, le juge administratif a rendu possible la perception des prestations familiales au bénéfice de l'enfant recueilli dans ce cadre, dont le *kafil* assure la charge effective et permanente.

Cette conception large de la famille paraît devoir 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 des enfants recueillis 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 des enfants A et BNY, mais également une discrimination indirecte à raison de leur nationalité ainsi qu'une atteinte à un droit d'un usager d'un service public.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON