

Paris, le 19 octobre 2017

Décision du Défenseur des droits n° MLD-2017-250

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 le code de la sécurité sociale et, notamment l'article L. 513-1,

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires,

Vu le décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985 modifié relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'Etat, des personnels des collectivités territoriales et des personnels des établissements publics d'hospitalisation,

Vu la circulaire FP/7 n° 1958 du 9 août 1999,

Saisi par plusieurs réclamants qui estiment subir un préjudice, en raison de l'absence de partage du supplément familial de traitement (SFT), en cas de garde alternée des enfants, après que les parents se soient séparés,

Décide de recommander au ministre chargé de la fonction publique de donner instruction pour assurer le partage systématique du SFT entre les membres d'un couple dont l'un des deux est fonctionnaire, dans le cas où leur est confiée la garde alternée de leurs enfants.

Demande à être tenu informé des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Le Défenseur des droits a été alerté par des fonctionnaires de nombreuses administrations, d'État, territoriale ou hospitalière, sur le partage du supplément familial de traitement (SFT), en cas de divorce ou de séparation d'avec leur conjoint, que ce dernier soit fonctionnaire ou non.

A cette occasion, les parents se voient confier la garde de leurs enfants selon des modalités définies par le juge aux affaires familiales.

Même si la résidence alternée est le mode de garde choisi, il ressort des réclamations reçues que le parent fonctionnaire qui percevait jusqu'alors le SFT en conserve intégralement le bénéfice, comme si la garde lui avait été exclusivement confiée.

Le parent non-fonctionnaire ou fonctionnaire qui ne percevait pas le SFT demeure, quant à lui, dépourvu de tout versement à ce titre, bien qu'il assume la charge de ses enfants au même titre que l'autre parent, et pour une durée égale.

Le Défenseur des droits a donc alerté les administrations mises en cause sur la rupture d'égalité que constituait ce maintien intégral de l'avantage.

Chacun des employeurs publics concernés a toutefois indiqué ne pas pouvoir procéder au partage, en raison de la réglementation applicable.

Celle-ci ne prévoit en effet un tel partage que dans le cas où la charge d'une partie de la fratrie est confiée à l'un des deux parents et où l'autre partie est confiée à l'autre parent. Il n'en va cependant pas de même quand la garde de tous les enfants est assurée, de manière alternée, par les deux parents.

Par courrier du 7 juillet 2015, le Défenseur des droits a donc pris l'attache du ministère de l'Économie et des finances (MINEFI), en sa qualité d'employeur de l'un des réclamants. Le 5 octobre 2015, le secrétaire général du ministère lui a indiqué saisir la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP). Après une nouvelle demande du Défenseur des droits, le MINEFI l'a informé ne pas avoir obtenu de réponse sur les possibilités de partage du SFT.

Son attention ayant de nouveau été appelée, le MINEFI a informé les services du Défenseur des droits, en date du 1^{er} août 2016, avoir reçu une réponse de la DGAFP, qui lui préconisait, dans pareil cas, de « *continuer à verser le SFT à l'un des deux parents, lorsque ceux-ci peuvent s'accorder ou, à défaut, au dernier attributaire du SFT* » et indiquait « *étudier dans quelle mesure et selon quelles modalités une modification du droit existant serait possible* ».

Le 24 août 2016, le Défenseur des droits a donc également pris l'attache de la ministre de la Fonction publique, pour s'enquérir des suites données à cette orientation.

En date du 31 janvier 2017, le ministère de la fonction publique a communiqué au Défenseur des droits une note de la DGAFP, concluant à l'impossibilité de procéder au partage du SFT.

A l'appui de sa conclusion, le directeur général de l'administration et de la fonction publique considère que le SFT ne peut être ouvert qu'à raison « *d'un seul droit par enfant* », qu'en l'absence de texte, « *le partage par moitié du SFT entre deux parents n'est pas légal* », mais que ses services étudient « *dans quelle mesure et selon quelles modalités une adaptation du droit existant serait envisageable* ».

Il apparaît toutefois que depuis ce dernier échange, le partage du droit n'ait pas été étudié plus avant et que les réclamations sur ce sujet font toujours l'objet de recours auprès du Défenseur des droits.

TEXTES APPLICABLES

Aux termes de l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, « *le droit au supplément familial de traitement est ouvert en fonction du nombre d'enfants à charge au sens du titre Ier du livre V du code de la sécurité sociale* ».

L'article 11 du décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985 relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'Etat, des personnels des collectivités territoriales et des personnels des établissements publics d'hospitalisation, prévoit que le SFT est alors calculé au « *prorata du nombre d'enfants à la charge de chaque bénéficiaire et sur la base de l'indice de traitement du fonctionnaire ou de l'agent public du chef duquel le droit est ouvert* ».

La circulaire FP/7 n° 1958 du 9 août 1999 vient préciser les modalités de calcul et de versement du supplément familial de traitement, notamment lorsque l'un des parents n'est pas fonctionnaire ou que tous les enfants du couple ne vivent pas avec le même parent.

Enfin, il ressort de l'article L. 513-1 du code de la sécurité sociale (CSS) que « *les prestations familiales sont [...] dues à la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant* ».

ANALYSE JURIDIQUE

Lors du divorce ou de la séparation des parents et si l'un des deux conserve la garde exclusive de ses enfants, il peut se voir confier, seul, cette charge « *effective et permanente* ». Dans cette situation, le calcul du SFT au bénéfice du parent qui assume la charge exclusive ne semble pas présenter de difficultés particulières.

Toutefois, dans le cas où le mode de garde a été défini de manière alternée par le juge aux affaires familiales (JAF), pour tous les enfants du couple, les textes précités ne fixent pas les modalités de calcul applicables.

En effet, si l'article 11 du décret du 24 octobre 1985 prévoit de répartir le SFT « *au prorata du nombre d'enfants à la charge de chaque bénéficiaire* », il n'envisage cette répartition qu'au regard des enfants restant à la charge exclusive de l'un ou l'autre parent et non pas selon le temps de garde alloué à chaque parent par la décision du JAF.

Ainsi, dans l'hypothèse où l'un des deux parents se voyait confier la charge effective et permanente de l'un de ses enfants et que l'autre parent assume la même charge pour l'autre de leurs deux enfants, le calcul du SFT se ferait conformément aux textes précités.

Cependant, dans la situation où, pour la même fratrie, la garde des enfants est fixée de manière alternée, les mêmes textes n'établissent pas de règles de calcul du SFT.

Les administrations en charge de son versement incitent alors les réclamants à trouver un accord sur le bénéficiaire ou le versement au dernier attributaire. Or, selon les relations qu'entretiennent les anciens époux, partenaires ou compagnons, la situation ne permet pas toujours de parvenir à un tel accord.

Il ne semble donc pas équitable que l'un des parents demeure le bénéficiaire exclusif du SFT, alors même que l'autre parent assume également, en alternance, la charge de l'enfant.

Selon les dispositions de l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983, la notion d'enfants à charge à considérer pour calculer le droit au SFT est celle retenue par le code de la sécurité sociale.

Aussi, bien que le SFT soit un accessoire de traitement et non pas une prestation familiale, il est dû « *à la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant* ».

Le statut général opère ainsi un parallélisme entre les prestations familiales et le SFT, non pas en sa qualité d'avantage social, mais en ce qui concerne les conditions requises pour y ouvrir droit, soit celle d'assumer la « *charge effective et permanente de l'enfant* ».

Il ne peut donc être considéré, en l'espèce, qu'il n'existe « *aucune disposition similaire à l'article L. 521-2 du code de la sécurité sociale [...] s'agissant du SFT* » et que l'article en cause ne peut « *servir de base légale au partage du SFT, eu égard au fait que ce dernier n'a pas la nature juridique d'une prestations familiales mais celle d'un complément de rémunération* ».

Il convient de souligner que dans une telle situation et à défaut d'accord entre les anciens conjoints, partenaires ou compagnons, que les caisses d'allocations familiales (CAF), en vertu de l'article L.522-1 du code de la sécurité sociale, procèdent d'office au partage des allocations familiales.

En outre, le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de considérer, par une décision du 9 décembre 2011¹, dans une situation où le tribunal de grande instance avait prononcé le divorce des parents et décidé la résidence alternée des enfants au domicile de chacun d'eux, que les « *deux parents étaient présumés assumer en commun, compte tenu des modalités de leur divorce, la charge effective et permanente de leurs enfants* ».

Si l'on applique alors les modalités de calcul posées par l'article 11 du décret du 24 octobre 1985, qui prévoit le calcul du SFT « *au prorata du nombre d'enfants à la charge de chaque bénéficiaire* » au cas d'un divorce ou d'une séparation où le mode de garde est alterné, le SFT devrait être versé aux deux parents, à parts égales.

¹ Conseil d'État – 9 décembre 2011 – Req. n° 337990

Aussi, même si aucune disposition ne prévoit expressément ce cas, les dispositions de l'article 11 précité ne semblent pas faire obstacle à la répartition du SFT entre les deux ex-conjoints.

Au regard de ces éléments, le Défenseur des droits considère que les intéressés ont été lésés dans leurs droits et recommande au ministre chargé de la fonction publique de donner instruction pour assurer le partage systématique du SFT entre les membres d'un couple dont l'un des deux est fonctionnaire, dans le cas où leur est confiée la garde alternée de leurs enfants.

Copie de la présente décision sera communiquée au ministère de l'Intérieur (direction générale des collectivités locales) et à la ministre des Solidarités et de la santé (direction générale de l'offre de soins).

Jacques TOUBON