

Paris, le 25 mai 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-162

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 l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 26 janvier 1990 ;

Vu l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Vu l'article 1^{er} du Protocole n°1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Vu l'article L.513-1 du code de la sécurité sociale ;

Vu l'article R.513-1 du code de la sécurité sociale ;

Saisi par Monsieur X, qui conteste le refus du partage des prestations familiales avec son ex-conjointe, pour leurs deux enfants, dont la résidence a été fixée en alternance chez les deux parents ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Tribunal des affaires de sécurité sociales de Z.

Jacques TOUBON

Observations dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative du Défenseur des droits devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z

Monsieur X demande le bénéfice du partage de l'ensemble des prestations familiales avec son ex-conjointe pour leurs deux enfants, dont la résidence a été fixée en alternance chez les deux parents ainsi que la prise en compte de la charge de ces derniers pour la détermination du montant de son allocation logement.

I- Faits et procédure

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X, père de deux enfants, nés le 16 mai 2006 et le 7 novembre 2007.

Il est séparé de son ancienne conjointe depuis le 1^{er} juillet 2016, laquelle a conservé sa qualité d'allocataire unique au titre de leurs deux enfants, et bénéficie du maintien des prestations familiales. Lors de la séparation, seul le partage des allocations familiales a été mis en place.

Depuis la séparation du couple, les enfants vivent en alternance au domicile de chacun des parents.

Monsieur X conteste le calcul de son allocation logement effectué par la Caf. En effet, la caisse se base sur sa situation de personne seule sans que soit retenue la charge de ses enfants qui doivent pourtant être regardés comme vivant habituellement au foyer de chacun de leurs deux parents.

De même, il sollicite le bénéfice de l'ensemble des prestations familiales qui sont versées intégralement à son ex-conjointe en sa qualité d'allocataire unique.

C'est au regard de ces éléments que Monsieur X a sollicité la Caf de Z pour que la présence en garde alternée de ses enfants à son domicile soit prise en compte pour le calcul de l'ensemble de ses prestations.

En l'absence d'accord de son ex-conjointe, cette demande lui a été refusée par la Caf.

L'intéressé a alors saisi la commission de recours amiable le 27 juin 2017 pour contester la décision de l'organisme. Son recours a été rejeté le 6 septembre 2017.

Il a, par la suite, saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de Z.

C'est dans ces conditions que Monsieur X a sollicité l'intervention du Défenseur des droits.

Procédure :

Par un courriel en date du 23 mars 2018, les services du Défenseur des droits ont contacté la Caf de Z qui a confirmé le rejet de la demande au motif que, si en cas de résidence alternée, les enfants sont considérés comme étant à la charge de leurs deux parents, un même enfant ne peut être rattaché au dossier que d'un seul de ses parents. En effet, la règle de l'unicité de l'allocataire s'oppose à ce que les deux parents soient simultanément allocataires au titre d'un même enfant.

Aussi, la Caf n'a pas la possibilité de se prononcer sur le changement du parent allocataire. En effet, seuls les parents, d'un commun accord, peuvent désigner un allocataire unique pour toutes les prestations. Cette désignation conjointe ne peut être contestée qu'à l'issue d'une année. Or, l'organisme rappelle qu'en l'espèce, les parents ne se sont pas mis d'accord pour le changement de l'allocataire unique.

La CRA précise que le Caf ne dispose pas du pouvoir, ni de la légitimité nécessaire pour trancher ce type de litige qui selon elle ne relève que de la sphère privée.

Elle considère qu'en cas de désaccord entre les parents, aucune règle ne permet à la Caf d'apprécier et de décider s'il y a lieu de faire alterner la qualité d'allocataire.

En conséquence, faute d'accord entre les parents, la qualité d'allocataire a été maintenue à l'ex-conjointe de Monsieur X.

Le 4 mai 2018, le Défenseur des droits a adressé à la Caf une note récapitulative argumentée, expliquant les raisons pour lesquelles le refus d'accorder au réclamant le bénéfice du partage de l'ensemble des prestations familiales avec son ex-conjointe pour leurs deux enfants, dont la résidence a été fixée en alternance chez les deux parents ainsi que la prise en compte de la charge de ces derniers pour la détermination du montant de son allocation logement constituait une discrimination à raison de la situation de famille, du sexe et portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans un courrier en date du 16 mai 2018, la Caf a répondu au Défenseur des droits que son refus ne pouvait en aucun cas s'assimiler à une pratique discriminatoire.

II- Analyse juridique

Selon l'article L. 513-1 du code de la sécurité sociale (CSS), « *les prestations familiales sont, sous réserve des règles particulières à chaque prestation, dues à la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant* ».

L'article R.513-1 du CSS prévoit également que : « *La personne physique à qui est reconnu le droit aux prestations familiales a la qualité d'allocataire [...], ce droit n'est reconnu qu'à une personne au titre d'un même enfant.*

Lorsque les deux membres d'un couple assument à leur foyer la charge effective et permanente de l'enfant, l'allocataire est celui d'entre eux qu'ils désignent d'un commun accord. Ce droit d'option peut être exercé à tout moment. L'option ne peut être remise en cause qu'au bout d'un an, sauf changement de situation. Si ce droit d'option n'est pas exercé, l'allocataire est l'épouse ou la concubine.

En cas de divorce, de séparation de droit ou de fait des époux ou de cessation de la vie commune des concubins, et si l'un et l'autre ont la charge effective et permanente de l'enfant, l'allocataire est celui des membres du couple au foyer duquel vit l'enfant. »

La règle de l'unicité de l'allocataire ne pose, en principe, aucune difficulté lorsque les parents vivent ensemble.

En cas de divorce ou de séparation de vie commune, il ressort de l'article R.513-1, alinéa 3 du code de la sécurité sociale, que « *l'allocataire est celui des membres du couple au foyer duquel vit l'enfant* ».

Cependant, une telle mesure ne peut s'appliquer quand un enfant vit alternativement chez ses deux parents, cette situation faisant alors l'objet d'un vide juridique.

En effet, avec l'instauration de la résidence alternée par la loi n°2002-305 du 4 mars 2002, le principe de l'unicité de l'allocataire a montré ses limites lorsque les parents ne se sont pas mis d'accord sur la répartition des prestations familiales.

Dans la mesure où l'enfant vit en alternance au domicile de chacun des parents et que ceux-ci assument de manière identique la charge de leurs enfants, la désignation d'un allocataire unique « par défaut », a nécessairement pour effet d'exclure l'un des parents séparé ou divorcé du droit au bénéfice des prestations familiales. Il s'avère également que cette exclusion s'effectue le plus souvent au détriment des pères.

Dans ces conditions, l'application du principe de l'unicité de l'allocataire peut entraîner une discrimination fondée sur le sexe et la situation de famille et porter atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant.

A. Sur la conformité des articles L.513-1 et R.513-1 du code de la sécurité sociale aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH).

Au vu des éléments précités, la compatibilité du principe de l'unicité de l'allocataire avec l'exigence de non-discrimination telle qu'elle résulte de l'article 14 de la CEDH doit être examinée, puisque ce principe entraîne une différence de traitement entre chacun des deux parents séparés ou divorcés, au bénéfice le plus souvent des mères, du fait que celles-ci sont le plus souvent désignées par défaut, au titre de l'article R.513-1 du CSS, comme allocataires des prestations familiales avant la séparation.

Il convient de rappeler que l'article 14 de la CEDH indique que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

Aussi, l'article 1^{er} du protocole additionnel de la CEDH prévoit que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.* »

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.

En vertu de la jurisprudence européenne, 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.

L'article L.513-1 du CSS qui prévoit la notion d'unicité de l'allocataire est incompatible avec la notion de résidence alternée, puisque les effets de son application aux hypothèses de résidence alternée s'avèrent discriminatoires.

En effet, le principe d'unicité de l'allocataire implique que le bénéfice des prestations familiales n'est reconnu qu'à une seule personne qui a la charge effective et permanente de l'enfant (article L.513-1 du CSS). Cette règle répond à une double préoccupation des organismes débiteurs des prestations familiales : simplifier la gestion (la caisse d'allocations familiales n'a qu'un seul interlocuteur) et limiter les risques de pluralité des bénéficiaires pour un même enfant à charge.

La notion de charge effective et permanente comporte une dimension à la fois matérielle et morale. Il ne s'agit pas d'une charge théorique mais d'une charge réelle et assumée de manière régulière et s'inscrivant dans la durée.

Dans le cas de résidence en alternance exercée de manière strictement équivalente par les deux parents, chacun des parents assume la charge effective et permanente de l'enfant. Il s'agit d'une conception à la fois éducative et financière de la charge, indépendante de toute référence à la résidence matérielle de l'enfant et plus proche du contenu de l'autorité parentale dont on sait qu'elle est, en ce cas, exercée en commun.

Comme exposé précédemment, la règle de l'unicité de l'allocataire ne pose aucune difficulté lorsque les parents vivent ensemble. Or, en cas de divorce ou de séparation de vie commune, il ressort de l'article R.513-1, alinéa 3 du code de la sécurité sociale, que « *l'allocataire est celui des membres du couple au foyer duquel vit l'enfant* ».

Une telle mesure ne peut pas s'appliquer quand un enfant vit alternativement chez ses deux parents. En l'espèce, Monsieur X assure également la charge effective et permanente de ses enfants, mais seule son ex-conjointe bénéficie des prestations familiales.

Ainsi, l'application de l'article L.513-1 du CSS prive un des parents, qui a la charge permanente et effective de ses enfants, de ces prestations. Or, aucun texte ne pourrait légitimement justifier qu'un parent qui a la charge effective et permanente de ses enfants puisse être privé de ses droits.

L'application de ce principe dans le cas de la garde alternée qui consiste à réserver systématiquement les prestations familiales à un seul des parents, sans justifier objectivement et raisonnablement une différence de traitement, notamment la prise en compte de la situation de revenus parfois inégaux, n'apparaît pas proportionnée.

Il apparaît donc que l'application des articles L.513-1 et R.513-1 du CSS entraîne une différence de traitement, dans le cadre du versement des prestations familiales, entre les parents vivant en couple et les parents séparés ou divorcés. Pour les parents vivant en couple, la désignation de l'allocataire est dépourvu d'effet du fait que les deux membres du couple assument ensemble la charge effective et permanente de l'enfant dans le foyer. En revanche, pour les parents séparés ou divorcés, au contraire, la désignation de l'allocataire privera automatiquement l'un des parents de l'ensemble des prestations familiales. Ce constat de différence de traitement en raison de l'application des articles L.513-1 et R.513-1 du CSS constitue une discrimination à raison de la situation de famille.

En outre, dans la mesure où l'enfant vit en alternance au domicile de chacun des parents et que ceux-ci assument de manière identique la charge de leur enfant, la désignation d'un allocataire unique « par défaut » a nécessairement pour effet d'exclure l'un des parents séparé ou divorcé du droit au bénéfice des prestations familiales.

Une dérogation au principe de l'unicité d'allocataire a été prévue par la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 (art. 124 I) de financement de la sécurité sociale pour 2007, devenue effective à la suite de la parution du décret n° 2007-550 du 13 avril 2007 qui permet de partager les allocations familiales entre les parents séparés.

Ce partage des allocations familiales est possible soit lorsque les deux parents le demandent d'un commun accord, soit lorsqu'ils sont en désaccord pour désigner lequel d'entre eux sera allocataire unique. En cas de solution de partage, chacun des deux parents se voit automatiquement reconnaître la qualité d'allocataire par les services de la Caf.

En appliquant ce raisonnement à l'ensemble des prestations familiales, le Médiateur de la République avait préconisé de modifier l'article R.513-1 du code de la sécurité sociale, afin d'y ajouter un alinéa consacré au cas spécifique de la résidence alternée. Dans un tel cas, le Médiateur avait envisagé qu'à défaut d'accord entre les parents et en l'absence de décision judiciaire ayant déjà statué sur le bénéficiaire des prestations familiales, chacun des parents ait la qualité d'allocataire (proposition de réforme n°05-R007 du 30 mars 2005).

De même, la Cour de cassation s'est prononcée favorablement, dans un avis rendu le 26 juin 2006, sur la mise en place d'un dispositif d'allocataire par alternance dans les termes suivants : *« la règle de l'unicité de l'allocataire prévue à l'article R.513-1 du code de la sécurité sociale ne s'oppose pas à ce que lorsque la charge effective et permanente de l'enfant est partagée de manière égale entre les parents, en raison de la résidence alternée et de l'autorité parentale conjointe, le droit aux prestations familiales soit reconnu alternativement à chacun des parents en fonction de leur situation respective et des règles particulières à chaque prestation. »* (Avis n°0600005).

La règle de l'allocataire par alternance a été conseillée par la Cour de cassation car elle permettrait de *« respecter le principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi et l'exigence de non-discrimination prévu par la Convention européenne des droits de l'homme aux articles 14 et 1^{er} du protocole additionnel de la Convention. »*

L'avis de la Cour de cassation a été suivi par plusieurs juridictions telles que la cour d'appel de Rennes dans un arrêt du 26 octobre 2011 (n°09/07052) ainsi que la cour d'appel de Colmar dans un arrêt du 8 septembre 2011 (n°10/03 893).

De même, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat se sont prononcés dans des jurisprudences récentes en faveur d'une dérogation au principe de l'unicité de l'allocataire.

Ainsi, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur du partage de l'ensemble des prestations familiales dans un arrêt du 16 juin 2016 (n°15-21893).

En effet, la 2^{ème} chambre civile a cassé la décision de la Cour d'appel de Paris du 21 mai 2015 qui refusait le partage de l'allocation d'éducation des enfants handicapés (AEEH) en indiquant que *« par la considération erronée que cette allocation ne serait pas soumise sur ce point au même régime que les allocations familiales, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé, par fausse application, l'article R. 513-1 du code de la sécurité sociale (...) »*.

Le Conseil d'Etat a considéré par ailleurs que les enfants en situation de garde alternée devaient être pris en compte pour la détermination de l'aide au logement par dérogation au principe de l'unicité de l'allocataire.

Ainsi, les 4^{ème} et 5^{ème} chambres réunies du Conseil d'Etat, dans un arrêt du 21 juillet 2017 (n°398563) se sont prononcées en faveur du partage de l'allocation personnalisée au logement (APL) dans les cas de garde alternée : *« Considérant, d'une part, qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 521-2 du code de la sécurité sociale : " En cas de résidence alternée de l'enfant au domicile de chacun des parents telle que prévue à l'article 373-2-9 du code civil, mise en œuvre de manière effective, (...) la charge de l'enfant pour le calcul des allocations familiales est partagée par moitié entre les deux parents soit sur*

demande conjointe des parents, soit si les parents sont en désaccord sur la désignation de l'allocataire " ; qu'il résulte de ces dispositions que les enfants en situation de résidence alternée sont pris en compte pour le calcul des allocations familiales ; qu'ainsi, le ministre n'est pas fondé à soutenir qu'un " principe d'unicité de l'allocataire " s'opposerait à la prise en compte de ces enfants pour la détermination du montant de l'aide personnalisée au logement [...] ».

« Considérant, d'autre part, que, pour l'application des articles L. 351-3 et R. 351-8 du code de la construction et de l'habitation cités ci-dessus, les enfants en situation de garde alternée doivent être regardés comme vivant habituellement au foyer de chacun de leurs deux parents ; qu'ils doivent, par suite, être pris en compte pour le calcul de l'aide personnalisée au logement sollicitée, le cas échéant, par chacun des deux parents, qui ne peut toutefois prétendre à une aide déterminée sur cette base qu'au titre de la période cumulée pendant laquelle il accueille l'enfant à son domicile au cours de l'année ; [...].

B. Sur la conformité des articles L. 513-1 et R. 513-1 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 1980 implique pour les Etats parties à cette convention que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toute prise de décision le concernant. En effet il dispose 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 ».*

Selon cette obligation internationalement reconnue, le Comité des droits de l'enfant a rappelé que *« Chaque institution ou organe législatif, administratif ou judiciaire est tenu de se conformer au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en se demandant systématiquement comment les droits et les intérêts de l'enfant seront affectés par ses décisions et ses actes – par exemple, par une loi ou une politique proposée ou déjà en vigueur, une mesure administrative ou une décision judiciaire, y compris celles qui n'intéressent pas directement les enfants mais peuvent avoir des répercussions sur eux »* (Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas, réclamation n° 47/2008, décision sur le bien-fondé du 20 octobre 2009, § 29).

Depuis le 18 mai 2005, la Cour de cassation reconnaît l'applicabilité directe de l'article 3-1 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juridictions de l'ordre judiciaire ont d'ailleurs eu l'occasion d'écarter l'application d'une disposition législative en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, tel que la Cour d'appel de Paris saisie, sur un texte législatif qui écartait le bénéfice de prestations familiales pour des enfants entrés illégalement sur le territoire français. Le juge d'appel a estimé que cette exclusion portait une atteinte disproportionnée à l'intérêt supérieur de l'enfant et a donc reconnu leur droit à percevoir ces allocations.

Ainsi, l'intérêt de l'enfant constitue une référence normative sur laquelle le juge peut s'appuyer pour fonder son interprétation d'un texte, pour éventuellement en écarter l'application ou bien encore pour interpréter une catégorie juridique.

L'article 3-2 de la CIDE prévoit que *« Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées. »*

Détaillant ses recommandations dans les articles suivants, la CIDE précise à l'article 18-1 que « *Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. (...). Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.* »

De même, la CIDE rappelle la place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'attribution des prestations familiales en indiquant à l'article 26-1 et 26-2 que « Les Etats parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, (...) « Les prestations doivent, lorsqu'il y a lieu, être accordées compte tenu des ressources et de la situation de l'enfant et des personnes responsables de son entretien, ainsi que de toute autre considération applicable à la demande de prestation faite par l'enfant ou en son nom. »

Enfin dans son article 27, la CIDE prévoit que : « (...) *C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant.(...) Les Etats parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en œuvre ce droit et offrent, en cas de besoin, une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement.*

Selon l'article L. 513-1 du code de la sécurité sociale, le principe de l'unicité de l'allocataire a pour finalité d'attribuer le bénéfice des prestations familiales au parent qui assume la charge effective et permanente de l'enfant. Il est donc dans l'intérêt supérieur de l'enfant que les parents qui ont, de fait, en alternance, la charge effective et permanente de leurs enfants, puissent bénéficier de ces prestations.

La distinction entre les deux parents quant à l'attribution des prestations familiales, suivant le principe de l'unicité de l'allocataire, apparaît contraire aux articles susvisés de la CIDE dans la mesure où les deux parents qui assument la charge effective et permanente des deux enfants en alternance, sont tenus à des obligations d'éducation similaire et ont des besoins d'assistance matérielle identiques.

En l'espèce, le refus de versement des prestations familiales à Monsieur X ainsi que le refus d'une allocation logement correspondant à la situation réelle de son foyer, est susceptible de constituer une atteinte à l'intérêt supérieur de ses deux enfants.

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

Jacques TOUBON