

Paris, le 10 septembre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-169

La Défenseure 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 la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations telle que modifiée par la loi n°2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu le code de la construction et de l'habitation ;

Saisie par Monsieur X qui conteste la décision de la Caf de Y lui refusant la prise en compte de ses enfants dont la résidence a été fixée en alternance chez les deux parents, pour la détermination du montant de son allocation logement ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la cour d'appel de Z.

Claire HÉDON

Observations devant la Cour d'appel de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

Monsieur X a saisi le Défenseur des droits du refus opposé à sa demande visant à obtenir le bénéfice de la prise en compte de la présence de ses enfants à son domicile en alternance avec celui de son ex-conjointe, pour la détermination du montant de son allocation logement.

I- Faits et procédure

Monsieur X est père de deux enfants.

Séparé de son ex-conjointe, cette dernière a conservé sa qualité d'allocataire unique au titre de ses enfants, et bénéficie du maintien des prestations familiales. Lors de la séparation intervenue en 2017, seul le partage des allocations familiales a été mis en place.

Depuis une décision du juge aux affaires familiales du 23 mars 2017, les enfants vivent en alternance au domicile de chacun des parents.

Monsieur X conteste le calcul de son allocation logement effectué par la caisse d'allocation familiale (Caf) de Y. En effet, la caisse se fonde 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.

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

Sans l'accord de son ex-conjointe, cette demande lui a été refusée par la caisse d'allocation familiale Caf le 11 octobre 2017.

L'intéressé a alors saisi la commission de recours amiable (CRA) et son recours a été rejeté le 1^{er} février 2018.

Il a, par la suite, saisi le tribunal des affaires de sécurité sociales (TASS) de Y.

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

Le 4 décembre 2018, le TASS de W a déclaré recevable sa demande tendant à contester la décision de rejet de la Caf de Y de sa demande d'allocation logement. À cet égard, le TASS a ordonné le recalcul du montant auquel ouvre droit la situation du réclamant en tenant compte du fait qu'il assume la charge effective et permanente de ses enfants pour la période pour laquelle il les accueille à son domicile au cours de l'année, et ce à compter de la date de la décision judiciaire ayant institué la résidence alternée des enfants et l'autorité parentale conjointe.

Condamnée à verser au réclamant la somme ainsi déterminée, la Caf a interjeté appel près la cour d'appel de Z.

II- Analyse juridique

L'ordonnance n°2019-770 du 17 juillet 2019 relative à la partie législative du livre VIII du code de la construction et de l'habitation et le décret n°2019-772 du 24 juillet 2019 relatif à la partie réglementaire du livre précité ont modifié le cadre législatif de l'aide personnelle au logement en permettant le partage de cette aide entre les parents allocataires.

Depuis le 1^{er} septembre 2019, l'article L.823-2 précise qu'« 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, les parents désignent le bénéficiaire de l'aide. Cependant, la charge de l'enfant pour le calcul des aides personnelles au logement est partagée entre les deux parents allocataires, soit sur demande conjointe des parents, soit si les parents sont en désaccord sur la désignation du bénéficiaire, selon des modalités définies par voie réglementaire. »

L'article R.823-5 du même code ajoute que « pour l'application de l'article L.823-2, en cas de résidence alternée, les modalités de prise en compte de l'enfant à charge pour le calcul de l'aide ne peuvent être remises en cause par les parents qu'au bout d'un an, sauf modification, avant cette échéance, des modalités de résidence de l'enfant ».

Ainsi, depuis 1^{er} septembre 2019, la prise en compte des enfants de Monsieur X dans le calcul de son allocation logement par la CAF ne pose plus aucune difficulté.

Toutefois, le réclamant maintient sa demande pour la période antérieure au 1^{er} septembre 2019 c'est-à-dire du 23 mars 2017 au 1^{er} septembre 2019. En se fondant sur l'article L.513-1 du code de la sécurité sociale (CSS) qui prévoit que « *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 séparés ou divorcés du droit, du 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 paraît de nature à 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* ».

L'article 1^{er} du protocole additionnel de la CEDH prévoit quant à lui 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.

En droit interne, il convient de rappeler la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, laquelle prévoit en son article 1 que :

« *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.* »

Aux termes de l'article 2 3° de cette même loi, « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière de protection sociale [...].* »

En l'espèce, 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 bénéficiaire 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 d'une résidence en alternance exercée de manière strictement équivalente par les deux parents, chacun d'eux assume la charge effective et permanente de l'enfant. Cette charge revêt un caractère éducatif et financier et s'avère indépendante de toute référence à la résidence matérielle de l'enfant. Elle s'apparente au 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 soulève des difficultés quand un enfant vit alternativement chez ses deux parents comme en l'espèce, Monsieur X assurant également la charge effective et permanente de ses enfants, mais seule son ex-conjointe bénéficiant 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, il apparaît d'abord qu'aucun texte ne pourrait légitimement justifier qu'un parent qui a la charge effective et permanente de son enfant 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 dépourvue 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, la désignation de l'allocataire privera automatiquement l'autre parent 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. Elle est également susceptible d'être constitutive d'une

discrimination à raison du sexe car ce sont les pères qui sont le plus souvent exclus du dispositif.

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 les charges de leur enfant, la désignation d'un allocataire unique « par défaut », a nécessairement pour effet d'exclure l'un des parents séparés ou divorcés du droit au bénéfice des prestations familiales.

De surcroît, 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.

Avant la loi n°2006-1640 précitée autorisant le partage des allocations familiales, la Cour de cassation s'était 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°0060005).

La Cour de cassation relevait que la mise en œuvre de la règle de l'allocataire par alternance 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.* »

La reconnaissance de la qualité d'allocataire en alternance a été consacrée par la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 3 juin 2010 (n°09-66445). Cette dernière a cassé et annulé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 5 mars 2009 qui avait écarté le principe de l'unicité de l'allocataire pour ouvrir droit à l'allocation PAJE au père d'un troisième enfant, dont il avait la charge effective en plus de celle par moitié de ses deux premiers enfants. La 2^{ème} chambre civile a jugé que seule l'alternance de la qualité d'allocataire permettrait la prise en compte de ses enfants pour l'attribution de la PAJE au titre d'un troisième enfant.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation a également été reprise par plusieurs juridictions telle que la cour d'appel de Rennes dans un arrêt du 26 octobre 2011 (n°09/07052) qui a jugé que « *sont fondés à se voir reconnaître le bénéfice de l'allocation de logement en prenant en compte la présence à leur domicile les deux enfants B et M en alternance ...* ». La cour d'appel de Colmar dans un arrêt du 22 novembre 2012 (n°10/03893) s'est également prononcée en faveur de la reconnaissance du droit aux prestations familiales en alternance à chacun des parents en fonction de leur situation respective et des règles particulières à chaque prestation.

De même, le Conseil d'Etat a considéré 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 (CCH) 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 États 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 États 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 États 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 États 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 États 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.

Au vu de ces éléments, il apparaît que le refus de versement à Monsieur X d'une allocation logement, correspondant à la situation réelle de son foyer, soit susceptible de constituer une atteinte à l'intérêt supérieur de ses deux enfants.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend soumettre à l'appréciation de la cour d'appel de Z.

Claire HÉDON