

Paris, le 8 octobre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-196

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 de 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 et dans le code du travail, 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 les articles L.513-1 et R.513-1 du code de la sécurité sociale ;

Vu l'article L.821, L.823-2 et R.823-5 du code de la construction et de l'habitation ;

Saisie par Monsieur X d'une réclamation relative au refus opposé par la Caisse d'allocations familiales (CAF) de Y à sa demande de partage des prestations familiales avec son ex-

conjointe, pour leurs trois enfants, dont la résidence a été fixée en alternance chez les deux parents ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal judiciaire de Z conformément à l'article 33 de la loi n°2011- 333 du 29 mars 2011.

Claire HÉDON

**Observations devant le Tribunal judiciaire de Z au titre de l'article
33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011**

Monsieur X a saisi le Défenseur des droits du refus opposé par la CAF à sa demande visant à obtenir le bénéfice du partage de l'ensemble des prestations familiales avec son ex-conjointe pour leurs trois enfants, dont la résidence a été fixée en alternance chez les deux parents.

I- Faits et procédure

Monsieur X est séparé de son ex-conjointe depuis le 4 septembre 2017. Depuis le 30 janvier 2018, les enfants vivent en alternance au domicile de chacun des parents sur ordonnance de non conciliation rendue par le tribunal de grande instance de Z.

Dès le mois d'octobre 2017, le partage des allocations familiales a été mis en place entre les ex-conjoints.

Monsieur X a demandé le partage de la qualité d'allocataire le 7 mars 2018 afin que la présence en garde alternée de ses enfants à son domicile soit prise en compte pour le calcul de l'ensemble des prestations familiales.

En l'absence d'accord de son ex-conjointe, cette demande a été refusée par la caisse d'allocation familiale (Caf).

L'intéressé a alors saisi la commission de recours amiable (CRA) en mars 2018 pour contester ce refus de la caisse. N'obtenant pas de réponse de la CRA, il a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de Z le 2 mai 2018.

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

Un courrier de la Caf du 29 mai 2018 indiquait à Monsieur X que ses enfants ne pouvaient être rattachés qu'à un seul parent même dans l'hypothèse d'une garde alternée. Il lui a été précisé qu'un éventuel droit d'option pouvait intervenir une fois par an.

Dans ses conclusions en date du 25 octobre 2019, la Caf a précisé s'en remettre à l'appréciation du Tribunal concernant la désignation de l'allocataire.

II- Analyse juridique

Aux termes des dispositions de 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* ».

De même, l'article L. 521-2 dispose que « *les allocations sont versées à la personne qui assume, dans quelques conditions que ce soit, la charge effective et permanente de l'enfant. Lorsque la personne qui assume la charge effective et permanente de l'enfant ne remplit pas les conditions prévues au titre I du présent livre pour l'ouverture du droit aux allocations familiales, ce droit s'ouvre du chef du père légitime, naturel ou adoptif ou, à défaut, du chef de la mère légitime, naturelle ou adoptive. (...)* ».

L'article R. 513-1 du même code 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.

Il n'en va pas de même lorsque, conformément à la possibilité offerte par la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, l'enfant vit en résidence alternée, les adaptations en matière de prestations familiales ayant été tardives et partielles.

Ainsi, une exception au principe de l'allocataire unique a-t-elle été introduite par la loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 s'agissant des allocations familiales, pour lesquelles un partage entre les parents séparés est prévu, les autres prestations, demeurant, elles, soumises au principe de l'allocataire unique.

Or, 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 celui-ci, 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 alors même qu'il assume pour moitié la charge de l'enfant.

En outre, l'application du principe de l'allocataire unique entraîne également une rupture d'égalité entre parents séparés et non séparés. Contrairement à ces derniers, qui bénéficient tous les deux des prestations concernées, seul un des deux parents séparés sera amené à bénéficier de celles-ci alors même qu'il assume pour moitié la charge du/des enfants en raison de la garde alternée.

Le Défenseur des droits, comme il l'a souligné à plusieurs reprises dans le cadre de différents contentieux, considère que l'application du principe de l'unicité de l'allocataire aux parents séparés ou divorcés, spécialement dans les cas de résidence alternée, est contraire au principe de non-discrimination mais aussi à l'exigence de protection de 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).

Il résulte de l'article 14 de la CEDH 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 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, 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, 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, le principe d'unicité de l'allocataire résultant de l'article L.513-1 du CSS implique que le bénéfice des prestations familiales ne soit 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.

Il ne peut être considéré que ces préoccupations constituent des buts légitimes, les simplifications de gestion matérielle pour un organisme chargé d'un service public ne pouvant justifier de discriminations, le partage des prestations ne conduisant pas, par ailleurs, à une multiplication des bénéficiaires ou à un accroissement des dépenses de ce chef, le seul effet étant de partager en deux la même somme.

S'agissant du rapport raisonnable de proportionnalité, il ne peut davantage être soutenu que tel est le cas en l'espèce.

Il sera souligné que 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, chacun des parents assume ainsi 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.

Or, 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, alors même qu'il assume pour moitié la charge de l'enfant, créant une disparité de revenus entre parents, seul l'un des deux percevant les sommes nécessaires à l'entretien de l'enfant. Elle est de nature à créer des situations de vulnérabilité, en particulier pour des personnes déjà en difficulté.

En outre, l'application du principe de l'allocataire unique entraîne également une rupture d'égalité entre parents séparés et non séparés. Contrairement à ces derniers, qui bénéficient tous les deux des prestations concernées, seul un des deux parents séparés sera amené à bénéficier de celles-ci alors même qu'il assume pour moitié la charge du/des enfants en raison de la garde alternée.

Cette double différence de traitement n'apparaît pas proportionnée.

Ce constat de différences de traitement en raison de l'application des articles L.513-1 et R.513-1 du CSS constitue, dès lors, une discrimination à raison de la situation de famille.

Il sera encore ajouté qu'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 prévue 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 « *les époux 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.

Le Conseil d'Etat a, quant à lui, 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.

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 effet, 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 ; [...]* ».

Enfin, 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 repris le raisonnement du Conseil d'Etat.

Depuis le 1^{er} septembre 2019, l'article L. 821-1 du code de la construction et de l'habitation regroupe sous un même article les allocations de logement familial (AF), et les allocations à caractère social (ALS) avec l'APL. 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.* ».

Bien que la Cnaf ait indiqué dans sa note intitulée « *information technique* » du 19 février 2020 qu'en l'absence de décret d'application, ces nouvelles dispositions ne peuvent à ce stade trouver à s'appliquer en gestion de masse, le partage de la charge d'enfant peut tout de même être envisagé dans le cadre de la gestion des litiges. À cet égard, la Cnaf a précisé dans la note précitée les modalités techniques de gestion des droits à mettre en œuvre, dans le cadre des contestations portant sur le partage des aides personnelles au logement. Ainsi, le mode opératoire retenu et utilisé par la Cnaf actuellement relève d'une gestion manuelle et consiste en un forçage des droits informatiques.

Ainsi, à partir du 1^{er} janvier 2019, la prise en compte des enfants de Monsieur X dans le calcul de son allocation logement par la CAF ne pose donc plus de difficulté.

Cependant, Monsieur X maintient sa demande pour la période à compter du 30 janvier 2018.

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.

En l'espèce, il apparaît que la privation de l'un des deux parents séparés exerçant une garde alternée du bénéficiaire des prestations familiales alors même qu'il assume la charge effective et permanente de l'enfant est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Quelle que soit leur situation, les parents concernés, qu'ils vivent en couple ou exercent une garde alternée, sont tenus à des obligations d'éducation similaires et ont des besoins d'assistance matérielle identiques.

Obstacle à la perception des prestations par les deux parents séparés, le principe de l'unicité de l'allocataire est susceptible d'aggraver la précarité financière de certains d'entre eux et d'accroître leurs difficultés pour s'occuper matériellement de leur enfant. Ce principe porte ainsi atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Au vu de ces éléments, il apparaît que le refus de versement par moitié des prestations familiales à Monsieur X ainsi que le refus de calculer une allocation logement correspondant à la situation réelle de son foyer, sont susceptibles de constituer une discrimination fondée sur le sexe et la situation de famille et porter atteinte à l'intérêt supérieur de ses trois enfants.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend soumettre à l'appréciation du tribunal.

Claire HÉDON