

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

L'une des évolutions frappantes du droit de la famille est l'évolution vers l'égalité des droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, en particulier en cas de séparation. Depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, l'autorité parentale est exercée en commun (art. 372 du code civil). La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 a reconnu le principe de co-parentalité et prévu que la séparation des parents est sans incidence sur la dévolution de l'autorité parentale. Au-delà des principes, la recherche d'égalité imprègne l'exercice concret de l'autorité parentale. La même loi du 4 mars 2002 a supprimé la notion de résidence habituelle de l'enfant et l'article 373-2-9 du code civil dispose, consacrant une pratique pré-existante, que « *la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un deux* ». C'est la « résidence alternée ».

Le droit de la famille a donc consacré l'idée que la charge de l'éducation et de l'entretien d'un enfant est une charge essentiellement partagée entre ses parents, même séparés. Cette évolution a posé de redoutables questions en droit social. En effet, nombre d'avantages sociaux sont attribués, ou calibrés, en fonction du nombre d'enfants à charge d'une personne ou d'un foyer donné, nombre d'enfants à charge conçu à l'origine comme un nombre entier. Dès lors que la charge d'un enfant se partage, les avantages sociaux y afférents doivent-ils aussi se partager ? Ce retard, plus exactement ce décalage entre le droit social et le droit de la famille, est un vaste débat, dont les termes varient selon les prestations en cause. La prestation du jour, c'est le RSA.

L'ex-RSA socle est une allocation différentielle visant à compléter les ressources de chaque foyer pour les porter à un certain niveau garanti : le « montant forfaitaire ». Déterminer les membres du foyer est enjeu décisif : d'une part, il faut prendre en compte les ressources de tous ses membres ; d'autre part, et surtout, le montant forfaitaire de RSA varie, selon l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles (CASF), « *en fonction de la composition du foyer et du nombre d'enfants à charge* » : le montant du RSA-personne seule est majoré de 50 % lorsque le foyer compte deux personnes, puis de 30 % pour chaque personne supplémentaire à charge (art. R. 262-1).

Mais qu'est qu'un « enfant à charge » au sens du RSA ? L'article R. 262-3 précise que « *sont considérés comme à charge : 1° Les enfants ouvrant droit aux prestations familiales* » et, sous certaines conditions, « *2° Les autres enfants et personnes de moins de vingt-cinq ans qui sont à la charge effective et permanente du bénéficiaire* »¹. Rappelons que les « *enfants ouvrant droit aux*

¹ Selon l'art. L. 512-3 du CSS, « Sous réserve des règles particulières à chaque prestation, ouvre droit aux prestations familiales : 1°) tout enfant jusqu'à la fin de l'obligation scolaire ; 2°) après la fin de l'obligation scolaire, et jusqu'à un âge limite, tout enfant dont la rémunération éventuelle n'excède pas un plafond. » Selon l'art. R. 512-2, 1^{er} alinéa, « Les enfants

prestations familiales » mentionnés au 1° sont, selon le code de la sécurité sociale (CSS – art. L. 512-3 et art. R. 512-2), pour faire simple, les enfants de moins de 20 ans. Nous soulignerons un point important : selon nous, la condition que l'enfant soit à la « charge effective et permanente du bénéficiaire » est en facteur commun au 1° et au 2 de l'article R. 262-3. C'est, sinon la lettre, du moins l'esprit de cet article. Si la notion de charge effective et permanente ne figure pas au 1°, c'est parce qu'un enfant de moins de 20 ans est présumé constituer une telle charge.

Voilà pour les textes applicables au RSA. On constate qu'ils ne règlent pas expressément la problématique décrite. Or lorsqu'elle se rencontre dans les faits, elle fait l'objet de réponses hétérogènes, comme l'illustre le présent dossier. Une clarification s'impose donc.

M. W..., bénéficiaire du RSA, est séparé de fait de son épouse depuis 2009, et père d'une petite fille, née en 2006. Lors de la séparation, les deux parents ont choisi d'un commun accord – sans que cela se traduise par une convention homologuée par le juge – le régime de la résidence alternée. M. W... a alors demandé à bénéficier d'un RSA calculé non pas pour une personne seule, mais en intégrant sa petite fille dans son « foyer ». Le département de Paris le lui a refusé, au motif que son épouse, elle aussi au RSA, avait une « antériorité dans le dispositif », et que c'était donc à elle seule de bénéficier de la totalité majoration au titre du RSA. Autrement dit, pour le département, la majoration du montant forfaitaire ne se fractionne pas et, lorsque les deux parents sont allocataires, elle est attribuée au premier qui la demande.

Par un jugement du 12 février 2016 contre lequel le département de Paris se pourvoit en cassation, le tribunal administratif a estimé au contraire que l'enfant en résidence alternée devait être pris en compte pour le calcul du RSA de M. W... « à proportion de sa présence au domicile de l'intéressé », et enjoint au département de recalculer les droits de M. W... à cette aune. Autant vous le dire d'emblée, sans nous démarquer substantiellement de la position du tribunal, nous vous proposerons de retenir un schéma légèrement différent.

A ce stade, il peut être utile de se livrer à un détour par le droit comparé, droit interne comparé s'entend, en rappelant les solutions retenues par la jurisprudence ou par les textes pour d'autres dispositifs reposant sur la notion de « charge ». Nous prendrons trois exemples.

Notre premier exemple sera celui du quotient familial, dont le montant variait selon le nombre d'enfants « à la charge » du contribuable, à l'époque sans davantage de précision. Dans un avis de section *Mme M...* du 14 juin 2002 (n° 241036, au Recueil), vous vous êtes fondés sur le critère de la « répartition de la charge effective d'entretien et d'éducation des enfants mineurs » des parents séparés, quelles que soient, avez-vous précisé, la résidence de l'enfant. Vous avez indiqué qu'en cas de répartition inégale de la charge, la majoration du quotient revenait au parent assumant la charge principale ; en cas de répartition égale, sauf convention homologuée contraire, chaque parent touche la moitié de la majoration. Le législateur est ensuite intervenu, par la LFR n° 2002-1576 du 30 décembre 2002. Il a repris votre solution, à une nuance près. Votre avis impliquait de mesurer la répartition de la charge, tâche délicate tant les paramètres sont nombreux : répartition de la résidence, des frais spécifiques (loisirs, cantine), pension alimentaire. Le législateur a posé une présomption, pour simplifier les choses. Il a prévu qu'en cas de résidence alternée, le partage de la charge serait réputé égalitaire, sauf preuve du contraire, et le quotient partagé par moitiés.

Notre deuxième exemple, plus proche de la problématique du jour, concerne les prestations familiales. Par rapport au RSA, il y a un point commun et une différence majeurs. Le point

ouvrent droit aux prestations familiales jusqu'à l'âge de vingt ans sous réserve que leur rémunération n'excède pas le plafond fixé au deuxième alinéa du présent article. »

commun, c'est le critère d'attribution : les prestations sont dues à la personne physique qui assume la charge « effective et permanente de l'enfant » (art. L. 513-1 du CSS). La différence est que les textes posent expressément une règle d'« l'unicité de l'allocataire ». Selon l'article R. 513-1 du CSS, le « droit [aux prestations] n'est reconnu qu'à une seule personne au titre d'un même enfant » - dans un couple non séparé, les parents désignent librement l'allocataire.

Là encore, les textes étaient silencieux sur la problématique du partage. Dans un important avis (n° 006 005) du 26 juin 2006, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé trois points : d'abord, que lorsqu'une résidence alternée de l'enfant est mise en œuvre « de manière effective et équivalente, l'un et l'autre des parents doivent être considérés comme assumant la charge effective et permanente de leur enfant au sens de l'article L. 513-1 » ; ensuite, que, dans ce cas, la règle de l'unicité de l'allocataire ne s'oppose pas à ce que 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 » ; enfin, que les parents peuvent se mettre d'accord sur la désignation de l'allocataire ou l'attribution à l'un ou l'autre des parents du droit aux prestations familiales au moment où il statue. Il n'y a donc pas à proprement parler partage des prestations – la règle d'unicité de l'allocataire s'y opposait – mais une alternance, à une cadence pouvant varier selon chaque prestation, qui *de facto* s'en rapproche.

Notre troisième exemple portera sur les allocations familiales. Depuis l'avis de 2006, le législateur n'a pas souhaité régler la question pour toutes les prestations familiales, compte tenu de la complexité du sujet. Il l'a réglée seulement pour les allocations familiales², qui sont l'une des catégories de prestations familiales (art. L. 511-1), et qui à l'époque n'étaient pas sous condition de ressources. Le législateur a écarté la règle de l'unicité de l'allocataire, et autorisé le partage. L'article L. 521-2 du CSS, issu de la LFSS pour 2007 n° 2000-1640 du 21 décembre 2006, prévoit qu'en cas de résidence alternée, les parents désignent l'allocataire mais peuvent aussi choisir – et c'est la solution par défaut - que les allocations sont partagées par moitié entre eux deux.

En conservant ces quelques illustrations à l'esprit, revenons-en au RSA. Nous vous proposons de répondre à trois questions successives.

Première question : eu égard au critère de « charge effective et permanente » posé par le texte un enfant peut-il être comptabilisé alors même que le bénéficiaire du RSA n'en a pas la charge exclusive ? Une réponse affirmative s'impose. La Cour de cassation a jugé, pour les prestations familiales, que la notion de charge « permanente » n'est pas synonyme de charge « exclusive ». Cette notion exclut seulement, comme l'a indiqué l'avocate générale Mme Barrairon en 2006, les arrangements occasionnels. Vous avez repris cette solution pour l'attribution de l'allocation journalière de repos à un agent public (CE, 16 déc. 2013, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme C...*, n° 367653, aux Tables) – dans un cas où les textes renvoyaient au code de la sécurité sociale³. Les mêmes mots doivent avoir le même sens pour le RSA.

Deuxième question : la charge de l'enfant étant partageable, la majoration du montant forfaitaire du RSA est-elle, elle aussi, partageable ? Ou l'enfant doit-il être nécessairement rattaché à un seul foyer au sens du RSA ? On peut voir les choses de deux manières.

² Pour les autres prestations, le juge judiciaire a maintenu la règle : il peut y avoir alternance, mais pas partage (pour la PAJE, cf. Civ. 2^{ème}, 3 juin 2010, n° 09-66445, au Bull. 2010 II n° 108).

³ C'est d'ailleurs cohérent avec une jurisprudence, plus ancienne, selon laquelle la circonstance qu'un enfant réside de manière permanente chez un tiers, en dehors du domicile parental, n'exclut pas que soit reconnu au parent la charge « effective et permanente » (cf. Cass. Soc. 31 mars 1994, n° 91-21376, au Bull. V n° 130 p. 88).

Une première solution, qui est celle retenue en l'espèce par le département de Paris, serait de juger qu'il faut un rattachement unique, un « allocataire » unique. Cette solution a pour elle trois séries d'arguments. D'abord celui de la simplicité pour tous les intervenants. Ensuite, elle ne serait pas inéquitable, car elle reposerait sur l'idée que la question de la répartition du RSA, plus exactement de la créance alimentaire qu'il représente, doit être réglée, non pas par le département ou la CAF, mais par les parents eux-mêmes, dans le cadre de leurs relations financières, dans une convention si possible homologuée. Le RSA de l'un et/ou de l'autre serait un terme de l'équation⁴. A défaut d'accord, la majoration serait donnée au premier demandeur. Dernier argument : elle pourrait se revendiquer de précédents. La cour de cassation a admis dans son avis de 2006 que les parents puissent désigner l'allocataire, et vous avez admis dans l'avis *Mme M...* que les parents pouvaient s'accorder sur la répartition du quotient familial.

Nous écartons fermement cette approche, pour trois raisons. Une raison de texte, d'abord: il n'existe pas, en matière de RSA, la règle de l'allocataire unique. On ne se heurte pas au puissant verrou avec lequel la Cour de cassation a dû composer pour les prestations familiales, et que le législateur a levé pour les allocations familiales. Une raison tenant à l'objet du RSA ensuite. Son objet c'est d'épouser les besoins concrets d'un foyer donné : en l'absence d'obstacle irrémédiable de texte ou de bonne administration, le fractionnement de la majoration du montant forfaitaire pour tenir compte du fractionnement de la charge d'un enfant est conforme à cette philosophie. Il ne s'agit pas, comme en matière de prestations familiales, de répartir une masse financière unique dans l'intérêt de l'enfant. La troisième raison est la nature du RSA. Rattacher l'enfant à un seul foyer, nous l'avons dit, c'est reporter sur les arrangements entre parents la satisfaction des besoins de celui qui ne touche pas la majoration. Or sommes fermement d'avis que, à la différence du quotient familial, le RSA est une créance légale d'ordre alimentaire indisponible pour ceux qui ont vocation à en bénéficier. Son montant, pour un foyer donné, ne doit pas être tributaire des autres paramètres de l'équilibre financier défini par la convention⁵.

Nous répondrons donc, à la deuxième question posée, qu'un enfant est partageable entre deux foyers, et que l'avantage associé doit alors être partagé, plus exactement fractionné.

D'où la troisième question, la plus délicate : selon quelle modalités ? Plusieurs soucis doivent être conciliés : ajuster le montant dû aux besoins du foyer, ne pas introduire de rupture d'égalité entre parents séparés et en couple⁶, ne pas échafauder un système impraticable.

Mais pour commencer, quel est le bon critère pour mesurer la part qui revient à chacun ? En toute rigueur, il faudrait mesurer la répartition de la charge de l'enfant. Mais nous pensons qu'il faut essentiellement, voire exclusivement, s'attacher à la répartition de sa résidence. D'une part, pour

⁴ Par analogie, la Cour de cassation juge que les allocations familiales peuvent être prises en compte, parmi les ressources des parents, pour calibrer leur contribution respective à l'entretien et à l'éducation des enfants (Cass. civ. 1^{ère} 17 nov. 2010, n° 09-12621, au Bull.).

⁵ Pensons au cas où l'autre parent ne s'acquitterait pas de certains frais qui lui incombent, obligeant l'allocataire du RSA qui, en considération de cet équilibre, ne lui avait pas été majoré, à mettre la main à la poche. Le RSA doit être au-dessus de telles contingences.

⁶ Une solution est pour ce motif exclue : ce serait de considérer que chaque foyer de rattachement peut bénéficier de la totalité de la majoration due, comme si l'enfant était entièrement à sa charge. Mais cela conduirait à attribuer au total deux avantages pour un même enfant, privilégiant les parents séparés. On objectera que la séparation ainsi que la résidence alternée sont par elles-mêmes génératrices de coûts (déplacement, coûts fixes liés à l'accueil de l'enfant, même non continu) : mais il ne s'agit pas toujours des coûts purement alimentaires que le RSA vise à couvrir ; et d'autres outils existent pour en tenir compte, dans le cadre du règlement financier de la séparation ; enfin, le RSA nous paraît devoir rester neutre par rapport à des choix de vie, aussi contraints ces choix soient-ils. Nous pensons donc que l'avantage doit pouvoir se partager ou, plus exactement, se fractionner pour un foyer donné – car encore une fois, le cas des deux foyers au RSA n'est que l'un des deux cas de figure.

des raisons pratiques : quantifier la répartition de la charge est chose ardue, et ce n'est pas un hasard si, à l'exception de l'avis *M...*, tous les exemples cités se fondent sur l'existence d'une résidence alternée. La RA sert parfois d'indice pour poser une présomption plus ou moins réfragable de répartition équilibrée de la charge. Elle constitue parfois directement le critère de partage. D'autre part, en matière de RSA plus encore que dans les autres cadres décrits, la résidence de l'enfant, si elle ne se confond certes pas avec la présence physique au foyer, fournit une bonne approximation des charges que le RSA, droit alimentaire, a vocation à couvrir.

Si l'on retient donc le critère des modalités de résidence, plusieurs systèmes peuvent être imaginés. On a envie de privilégier, comme le tribunal de Paris, une solution partageant la majoration – au *prorata temporis*, proportionnellement au temps passé par l'enfant dans chaque foyer. C'est la solution la plus solide intellectuellement. Mais nous hésitons à la proposer. D'une part, de nouveau, pour des raisons pratiques. La mesure de la répartition du temps de présence de l'enfant est certes plus praticable que celle de la répartition de la charge. Mais pas toujours. Parfois, comme en l'espèce, il n'existera pas de convention formalisée entre parentes fixant les « règles du jeu ». Par ailleurs, il est clair qu'en pratique ces règles, lorsqu'elles existent, sont mises en œuvre avec une très grande souplesse (cf. études CNAF référence). D'autre part, nous relevons que tous les précédents, en particulier l'intention du législateur à chaque fois qu'il est intervenu, reposent sur une logique plus frustrante attribuant au bénéficiaire 0, 50 ou 100 % de l'avantage. Ce n'est pas innocent. Nous préférons, en affichage comme dans les faits, renoncer à peser au trébuchet cette répartition, et accepter une dose de forfaitisation. Cette solution a aussi le mérite de tenir compte d'une réalité incontournable : quelle que soit la répartition fine de la charge de l'enfant, ou du temps de l'enfant, il existe des charges fixes, qui brouillent le calcul.

Si vous nous suivez dans cette voie de la forfaitisation, on peut de nouveau hésiter entre deux systèmes. Le premier serait de déduire que le parent assume la charge de l'enfant au sens d RSA, et qu'il a droit à la moitié de la majoration, dès lors qu'il y a résidence alternée, sans aller plus loin dans l'examen des modalités fines de cette résidence alternée. Pour le quotient familial ou pour les allocations familiales, c'est le choix du législateur. Mais cela pose une difficulté. Car résidence alternée n'est pas synonyme de partage égal du temps de l'enfant entre les domiciles des deux parents. Si le 50-50 semble privilégié dans la grande majorité des cas – sur le papier – les parents peuvent retenir, ou pratiquer, d'autres modalités⁷. Or nous hésiterions à attribuer à un foyer la moitié de la majoration dans une situation où, sous couvert de résidence alternée, l'enfant ne serait présent au domicile qu'une infime minorité du temps.

Il nous semble qu'il faut exclure le fractionnement de la majoration lorsque la résidence alternée est manifestement déséquilibrée : dans ce cas, elle doit aller toute entière au parent qui a la charge principale de l'enfant. Nous n'irions pas pour autant jusqu'à exiger le constat d'une résidence alternée parfaitement égalitaire, solution irréaliste s'il en est. Nous vous proposons de vous inspirer du critère retenu par la Cour de cassation dans son avis de 2006, celui d'une résidence alternée mise en œuvre de manière « effective et équivalente ». L'idée d'équivalence nous paraît suffisamment souple pour exclure tout contrôle tatillon de la part des CAF ou du juge, tout en excluant le fractionnement de la majoration en cas de partage trop déséquilibré.

⁷ Cf. Brunet F., Kertudo P. et Malsan S., 2008, La résidence alternée. Organisation des familles et partage des allocations familiales, Document d'étude n° 109 FORS Recherche sociale, p. 34. Hachet Benoît. Les calendriers et les agendas de la résidence alternée. Structure et plasticité des territoires temporels des parents . In: Politiques sociales et familiales, n°117, 2014. Dossier « La résidence alternée ». pp. 29-44.

Voici donc le schéma que nous vous proposons : en cas de résidence alternée effective et équivalente, le bénéficiaire du RSA peut bénéficier de la demi-majoration attachée à/aux enfant(s) concernés. Cette règle est, pour les raisons déjà indiquées, tout à fait indisponible : elle ne saurait faire l'objet d'un accord contraire entre les parents. Le RSA n'est pas un objet de convention.

Il nous reste à répondre à une ultime question de réglage : **quelle preuve** attendre du bénéficiaire – étant précisé que l'autre parent est, a priori, hors du débat à la fois devant la CAF et devant le juge ; ce contentieux ne doit surtout pas devenir triangulaire. L'essentiel, c'est d'exiger la production d'un document établissant sans doute possible l'existence d'un accord entre parents pour de telles modalités. Il peut s'agir bien sûr d'une décision judiciaire, ou d'une convention homologuée. Il peut s'agir de tout autre moyen de preuve, dès lors qu'il en résulte clairement qu'une résidence alternée équivalente est effectivement mise en œuvre.

Nous en avons fini avec la présentation de la solution proposée – qui à nos yeux, vaut autant pour la majoration du montant forfaitaire, en cause en l'espèce, que pour l'attribution de la majoration spécifique parent isolé, ancienne « API », mentionnée à l'article L. 262-9.

Revenons-en au jugement attaqué. Le raisonnement du tribunal est pour l'essentiel compatible avec ce schéma. Mais il s'en écarte sur deux points. D'une part, en jugeant que la charge de l'enfant devait être prise en compte « à proportion de sa présence au domicile de l'intéressé », le tribunal pourrait sembler s'être écarté de la logique plus binaire que nous vous proposons. D'autre part, pour annuler le refus du département de Paris de faire bénéficier M. W... d'une majoration – même fractionnée – du montant forfaitaire, le tribunal s'est fondé sur les déclarations faites par M. W... à la CAF et sur un document par lequel la mère de l'enfant attestait, en septembre 2010, qu'ils pratiquaient d'un commun accord la résidence alternée. Le tribunal aurait dû rechercher – et il ne les aurait pas trouvés – des éléments établissant l'accord des deux parents pour une résidence alternée équivalente. Vous relèverez cette erreur de droit.

Par ces motifs, nous concluons à la cassation du jugement attaqué, au renvoi de l'affaire et au rejet des conclusions présentées par M. W... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.