

LA REFERENCE AU LIEN FAMILIAL

POUR

L'ACCES AUX DROITS SOCIAUX

NOVEMBRE 2001

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS.....	4
COMPOSITION DE L'EQUIPE.....	7
METHODOLOGIE ET CALENDRIER DES TRAVAUX.....	8
INTRODUCTION	9
PREMIERE PARTIE - LE ROLE DU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX DROITS SOCIAUX : ANALYSE CRITIQUE	19
CHAPITRE I : REGIMES DE SECURITE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, ANALYSE CRITIQUE	20
SECTION 1 – LES ASSURANCES SOCIALES : UN TABLEAU CONTRASTE	21
SECTION 2 – LA COUVERTURE DU RISQUE PROFESSIONNEL : UN PRIVILEGE DE LA FAMILLE AU SENS TRADITIONNEL.....	36
SECTION 3 - LES PRESTATIONS FAMILIALES : DES PRESTATIONS POUR TOUTES LES FAMILLES ?	40
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	61
CHAPITRE II : AIDE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, ANALYSE CRITIQUE	63
SECTION 1 – REFERENCE AU LIEN FAMILIAL ET ADMISSION A L'AIDE SOCIALE	63
SECTION 2 - REFERENCE AU LIEN FAMILIAL ET RECUPERATION DES SOMMES VERSEES	70
SECTION 3 – L'INDEMNISATION DU CHOMAGE	74
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	75
CHAPITRE III : DROIT DU TRAVAIL ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, ANALYSE CRITIQUE... 76	76
SECTION 1 – L'EXCLUSION DU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX REGLES DU DROIT DU TRAVAIL.....	79
SECTION 2 – LA PRISE EN COMPTE DU LIEN FAMILIAL DANS L'ACCES AUX DISPOSITIONS DU DROIT DU TRAVAIL	86
CONCLUSION DU CHAPITRE III.....	89
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	90
DEUXIEME PARTIE - LA REFERENCE AU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX DROITS SOCIAUX : PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS.....	91
CHAPITRE I : REGIMES DE SECURITE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL : PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS.....	92
SECTION 1 - L'AVENIR DE LA REFERENCE AU LIEN FAMILIAL DANS LES ASSURANCES SOCIALES ET DANS LA COUVERTURE DU RISQUE PROFESSIONNEL.....	93
SECTION 2 - STATUTS FAMILIAUX ET AVENIR DES POLITIQUES FAMILIALES	106
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	121

CHAPITRE II : AIDE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS	122
SECTION 1 - DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE AU LIEN ECONOMIQUE	122
SECTION 2 – LA RECUPERATION DES SOMMES VERSEES	125
CONCLUSION DU CHAPITRE II	126
CHAPITRE III : DROIT DU TRAVAIL ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL : PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS	127
SECTION 1 – L'AMELIORATION DES DISPOSITIONS EXISTANTES.....	127
SECTION 2 - L'INTRODUCTION D'UN PRINCIPE GENERAL DE NON DISCRIMINATION	129
CONCLUSION DU CHAPITRE III	130
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	131
TROISIEME PARTIE - LA REFERENCE AU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX DROITS SOCIAUX, ETUDE COMPARATIVE	132
CHAPITRE I - REFERENCE AUX LIENS FAMILIAUX ET ACCES AUX PRESTATIONS DE SECURITE SOCIALE	135
SECTION 1 - DANS LE CADRE DE L'ASSURANCE MALADIE ET MATERNITE	135
SECTION 2 - DANS LE CADRE DE L'ASSURANCE VIEILLESSE ET DE L'ASSURANCE INVALIDITE	135
SECTION 3 - DANS LA BRANCHE FAMILLE	136
CHAPITRE II - REFERENCE AUX LIENS FAMILIAUX ET AIDE SOCIALE	137
CHAPITRE III - REFERENCE AU LIEN FAMILIAL EN DROIT DU TRAVAIL	138
CONCLUSION GENERALE	142
PRINCIPALES ABREVIATIONS	144
BIBLIOGRAPHIE GENERALE	147
PLAN DETAILLE	161

AVANT-PROPOS

La question de la famille comme référence juridique pour l'accès aux droits sociaux a été l'un des principaux thèmes du programme de recherche lancé par la CNAF en 1998 et 1999 (1). Trois équipes de recherche ont proposé des projets sur ce sujet (2). La recherche présentée ici est l'aboutissement de l'un d'eux. Il s'agit d'une présentation critique du droit positif dans les différentes branches du droit social (droit de la sécurité sociale, droit de l'aide sociale, droit du travail, droit de l'emploi), et d'un panel de propositions argumentées visant à améliorer la prise en compte des liens familiaux ignorés ou minorés actuellement. La comparaison avec un certain nombre de régimes étrangers (allemand, belge, espagnol et italien) permet de préciser et de relativiser les enjeux français. De ce point de vue, ce rapport, réalisé par certains des meilleurs spécialistes français du droit social, constitue un apport inédit dans la recherche juridique française, aucun travail synthétique sur ce thème n'ayant été mené jusqu'alors. Son apport est appréciable dans ses deux aspects, didactique et constructif.

La famille objet du droit social

Les recherches de ce programme font le constat, qu'en dehors du droit du travail, la référence au lien familial reste primordiale en matière d'accès aux droits sociaux. Certes, on le sait, la famille n'est pas en France un *sujet* de droit en tant que tel, pour des raisons de philosophie et de politique juridique bien analysées par E. Millard (3). Cependant la famille est un *objet* juridique, et cette prise en compte par les politiques publiques s'opère par celle des *relations*, des *liens* entre parents. Ce sont les droits et devoirs attachés à ces liens et relations qui sont codifiés. Ainsi E. Millard constate-t-il qu'en matière de relations familiales, l'Etat fait preuve d'individualisme méthodologique face au fait social que constitue la famille. La représentation de la famille a pu s'opérer dans la vie politique (4), et sa personnalisation est effective dans le droit public par le biais de ses institutions représentatives, mais elle est quasi-inexistante en droit privé (5) où elle ferait concurrence à d'autres sujets de droits.

La famille créatrice de droits et d'obligations sociales

Les références à d'autres liens qu'à des liens familiaux sont finalement incidentes (la seule exception au rattachement familial étant l'ayant droit supplémentaire pour les prestations en nature de l'assurance maladie, créé en 1993). Cependant, le périmètre familial créateur de droits et d'obligations en droit social varie selon les branches de celui-ci, et à l'intérieur de celles-ci, selon les prestations servies. Cette diversité est source d'incompréhension et de complexité. Bien que le cercle familial pris en compte se soit élargi pour la plupart des risques couverts par la sécurité sociale et pour les prestations d'aide sociale, celui-ci reste encore, pour les droits dérivés de l'assurance vieillesse, de l'assurance accidents du travail-maladies professionnelles, et de pension d'invalidité, limité à la famille (au couple) légitime.

Vers la suppression des références au lien familial en matière d'aide sociale

La dernière née des prestations d'aide sociale, l'allocation personnalisée d'autonomie (APA), est la seule prestation sociale qui ne prenne en compte aucun lien familial en dehors de ressources du conjoint ou concubin (toutefois la question de l'introduction du recours sur succession va vraisemblablement être posée). Les auteurs préconisent la prise en compte des revenus des personnes ayant un lien économique avec le demandeur se substituant au recours aux obligés alimentaires du code civil. Ceci simplifierait peut-être les régimes juridiques actuels, les obligés alimentaires n'étant pas les mêmes selon les prestations. Ceci est d'autant plus nécessaire qu'en matière de recouvrement sur succession, le juge fixe globalement et non individuellement la somme à recouvrer, ce qui peut être source d'inégalités entre les héritiers.

Une modification souhaitable du périmètre familial en droit de la Sécurité sociale

Les auteurs constatent qu'en raison de la fiscalisation croissante du financement de certains risques, il serait plausible d'ouvrir des droits propres aux prestations en nature de l'assurance maladie-maternité. En effet, les droits dérivés y sont désormais plus une technique de généralisation de la couverture de la population qu'une méthode de financement objective. L'autonomie reconnue aux ayant-droits qui en font la demande est un premier pas en ce sens. Pour les autres risques (veuvage, reversion, pension de veuf ou veuve invalide, et risques professionnels) les droits dérivés pourraient être ouverts à un périmètre familial plus large, à l'instar de ce qui a été réalisé pour l'assurance décès par le règlement et par l'administration (ouverture du droit au partenaire pacsé et au concubin).

En matière d'assurance veuvage, le système actuel est d'autant plus injuste que le mariage (ou la seule séparation de corps) au moment du décès, est une condition d'ouverture du droit, alors que non seulement le remariage, mais également la conclusion d'un Pacs ou la vie en concubinage mettent un terme au droit.

Des comparaisons étrangères significatives

L'assurance maladie-maternité française est, en matière de prestations en nature, la plus ouverte aux ayant-droits parmi les pays étudiés. Elle couvre en effet, outre les enfants et le conjoint, le concubin et l'ex-conjoint, les ascendants, descendants et collatéraux se consacrant aux travaux du ménage et à l'éducation des enfants de moins de 14 ans. Elle assure également, sans référence à un lien familial, une personne supplémentaire à charge de l'assuré. En Italie, aucune référence au lien familial n'est faite, les droits étant individualisés.

En matière de droits dérivés à l'assurance vieillesse, la question de l'élargissement des ayant-droits est posée dans tous les Etats étudiés. L'ouverture du droit au seul conjoint survivant exclut les concubins et les partenaires ayant conclu un contrat assimilable au Pacs français.

Les régimes d'aide sociale examinés prévoient également le caractère subsidiaire des prestations par rapport à la solidarité familiale et/ou un recours sur succession. Toutefois, la question de la pertinence de ces dispositions est partout posée, au moins par la doctrine. En ce qui concerne le calcul des droits, on notera la récente réforme du Minimex belge (octobre 2002), qui individualise les droits pour chacun des membres d'un couple marié. De même, les jeunes de moins de 25 ans en formation ou en recherche active d'emploi ont désormais un droit propre au Minimex.

Le principe de neutralité du droit du travail par rapport au statut familial est général, mais connaît partout des exceptions en matière de droit aux congés (fixation, congés pour motifs familiaux), et de droit du licenciement économique (protection plus grande des salariés chargés de famille). Toutefois, le couple pris en compte est généralement le couple légitime : le concubinage n'ouvre aucun droit aux congés (ce qui n'est pas le cas du Pacs et du contrat de cohabitation légale belge)

Les questions qui restent ouvertes

La question de l'individualisation de la fiscalité des ménages, et celle de la fiscalisation des allocations familiales, reste ouverte, notamment dans le contexte actuel où les avantages fiscaux aux ménages aisés ont été augmentés.

Celle des avantages vieillesse (régimes de base et complémentaires, régimes professionnels) accordés aux parents au foyer et à ceux ayant élevé des enfants pose la question du type de redistribution de la politique familiale en France : dans quelle mesure l'individualisation des droits est-elle compatible avec la conception horizontale de la redistribution aux familles (compensation des charges familiales : redistribution des foyers sans enfants vers les foyers avec enfants) qui coexiste en France avec la redistribution verticale ?

Comment individualiser des droits familiaux, l'enfant n'étant pas le titulaire mais le bénéficiaire des droits sociaux accordés aux personnes qui en ont la charge (6) ?

A cet égard, l'absence de droit à nombre de prestations familiales pour les enfants uniques constitue une anomalie à la fois conceptuelle et pratique, et l'idée d'un droit individuel en matière de prestations familiales ne permet pas, selon les auteurs, d'éclairer le débat sur ce sujet.

Nadia Kesteman
CNAF-DSER, Département Recherche et Prospective

- (1) Famille et droit de la protection sociale, appel à projets de recherche, CNAF, 1998-1999.
- (2) Nous diffuserons sous peu dans cette collection le rapport de M.-T. Lanquetin, M.-T. Letablier, A. Allouache et N. Kerschen, *Individualisation des droits sociaux et droits fondamentaux en Europe*, IRERP-CNAF, 2002, **Dossiers d'études** n° 47 de août 2003. Celui d'Alexia Gardin, *La dimension familiale en droit du travail après les lois Aubry*, CERIT-CNAF, 2002, vient d'être diffusé (**Dossiers d'études** n° 45 de juin 2003).
- (3) Voir notam. E. Millard, *Famille et droit public, recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, 1995.
- (4) Sur le lien familial comme catégorie du droit électoral, et plus largement sur la genèse et le devenir de la conception post-révolutionnaire de la notion de chef de famille, v. le passionnant ouvrage d'Anne Verjus, *Le cens de la famille : les femmes et le vote 1789-1848*, Paris, Belin, 2002
- (5) sauf en matière d'action civile des associations familiales.
- (6) v. J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, R. Ruellan, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 2001, pp.705-707 ; v. aussi J. Hauser, « Prestations familiales et modèles familiaux », **Rev. Dr. Sanit. Soc.** 1994, 30 (4), pp.627-639

COMPOSITION DE L'EQUIPE

FRANCE

- **Maryse BADEL**, Maître de conférences, Université Montesquieu Bordeaux IV, responsable du projet de recherche
- **Jean-Pierre LABORDE**, Professeur, Université Montesquieu Bordeaux IV
- **Valérie LACOSTE**, Maître de conférences, Université Montesquieu Bordeaux IV
- **Monique SUBRENAT**, Maître de conférences, Université Montesquieu Bordeaux IV
- **Anne-Marie GILLES**, Maître de conférences, Université de Tours
- **Christelle MAGOT**, Doctorante, Attachée Temporaire d'Enseignement et de recherches, Université Montesquieu Bordeaux IV

CORRESPONDANTS ETRANGERS

- **Gian-Guido BALLANDI**, Professeur, et **Laura CALAFA**, assistante, Université de Ferrare, Italie
- **Michel DISPERSYN**, Professeur, Université Libre de Bruxelles, Belgique
- **Otto KAUFMANN**, chercheur, et **Hans Joachim REINHARD**, chercheur, Max Plank Institut, Munich, Allemagne
- **Agnès PARDELL VEA**, professeur, Université de Lleida, Espagne

METHODOLOGIE ET CALENDRIER DES TRAVAUX

Notre recherche avait pour objet d'identifier le rôle des représentations de la famille dans l'accès aux droits sociaux et, plus précisément, de nous interroger sur la pertinence et le devenir de cette référence à la famille dans le droit de la protection sociale entendu dans son sens le plus large (droit de la Sécurité sociale, droit de l'aide et de l'action sociale). Ce projet supposait la réalisation de deux phases successives de douze mois chacune.

La première phase a consisté pour l'essentiel à dresser l'état des lieux de notre système actuel de protection sociale et des systèmes de pays tests (Allemagne, Belgique, Espagne, Italie) afin de l'analyser et de proposer des conclusions sur le rôle du lien familial dans l'accès aux droits sociaux. La deuxième phase avait pour objet d'identifier les types de familles qui peuvent constituer des références pour accéder aux prestations sociales lorsque l'individualisation des droits semble impossible. Cela nous a conduit à mettre en évidence des typologies familiales qui justifient l'extension ou la création de droits dérivés, mais aussi à s'interroger sur l'individualisation de certains droits, à condition que l'abandon des droits dérivés soit envisageable.

La première phase, préalable nécessaire à toute analyse et réflexion, a consisté dans l'état des lieux de la protection sociale française. C'est en octobre 1999 que notre groupe a débuté ses travaux. Nous avons commencé à rechercher le rôle du lien familial dans l'accès aux droits sociaux et avons pu déterminer la nature du lien familial retenu par le droit de la protection sociale. A partir des premiers résultats de notre analyse du système français, nous avons pu formuler des questions pertinentes qui ont soutenu l'élaboration d'un questionnaire. Ce dernier a été communiqué, au mois d'avril 2000, à nos correspondants du réseau étranger (Allemagne, Belgique, Espagne, Italie). Il a soutenu la rédaction par nos correspondants étrangers de rapports sur leur droit national de la protection sociale, et permis la préparation d'une journée d'études qui s'est tenu à l'Université Montesquieu Bordeaux IV le 2 octobre 2000. Cette journée d'études avait permis de recueillir des informations du plus grand intérêt, ce qui permettait déjà d'engager une analyse de droit comparé et de jeter un autre regard sur notre législation nationale.

La deuxième phase de la recherche a été consacrée à l'élaboration du rapport définitif. Il s'agissait alors de procéder à l'analyse critique du droit social français dans son ensemble, composé du droit de la protection sociale et du droit du travail. Ainsi, dans un premier temps, nous avons voulu montrer qu'elles étaient les formes de familles prises en considération par ces deux branches du droit, quelles étaient celles qui apparaissaient de façon constante, de telle façon qu'elles pouvaient apparaître comme des familles privilégiées par le droit social. Nous avons alors tenté de montrer quelles pouvaient être les inadéquations entre le droit social et les représentations sociales. Dans un souci d'objectivité et afin de soustraire notre recherche aux tentations partisans, nous avons voulu observer notre droit à la lumière des finalités qu'il énonce lui-même et des fonctions qu'il ambitionne de remplir. Cela devait naturellement nous conduire, dans un deuxième temps, à formuler des propositions d'adaptation, d'évolution et parfois aussi, de transformation de notre droit social. Tout cela a été réalisé dans une perspective comparative puisque les rapports étrangers ont pu donner lieu à une analyse des différents systèmes juridiques, ont permis de mettre en évidence leurs traits saillants, en même temps que de révéler des différences étonnantes. Enfin, nous avons également souhaité donner un éclairage pratique à notre recherche, très largement théorique. Ainsi, les enquêtes menées auprès de trois caisses d'allocations familiales (Dordogne, Indre et Loire, Gironde), ont permis de relativiser la lecture que nous pouvions faire de notre système de protection sociale. Ces enquêtes, qui nous ont confronté à un certain nombre de difficultés pratiques, ont motivé notre demande de report pour la remise du rapport définitif, le 21 novembre 2001. La relecture opérée par la CNAF et la réalisation des corrections demandées expliquent que la livraison définitive n'intervienne qu'au mois de juillet 2002.

INTRODUCTION

1. A la recherche de la famille...

Qu'est-ce-que la famille ? En ces temps de *famille incertaine*¹, « d'aucuns répondent que la famille est une fiction, une illusion, et qu'elle n'a de réalité que celle que lui confère l'Etat à travers ses multiples interventions »². D'ailleurs, la famille tend à recouvrir des réalités tellement différentes qu'on prend l'habitude de lui accoler un qualificatif pour préciser la nature du groupe que l'on souhaite désigner (famille monoparentale, famille éclatée, famille recomposée, ... etc. ...). Malgré tout, elle reste « *une fiction réalisée, résultat d'un principe collectif de construction d'une réalité sociale collectivement reconnue* »³. Ainsi, la famille est-elle à la fois une référence collective puissante et une référence individuelle : chacun de nous possède une connaissance empirique de la famille, ce qui comporte d'ailleurs un risque pour la définition de la famille puisque, en se référant à sa propre expérience, l'individu risque de généraliser ce qui n'est probablement que l'une des figures de la famille.

Tant au niveau collectif qu'individuel, la famille a une importance considérable. Cette importance se vérifie tout d'abord à travers les nombreux sondages relatifs à la famille, l'enquête annuelle effectuée par le CREDOC sur l'évolution de la famille en témoigne. Ensuite, il suffit de compter le nombre d'« associations de défense de la famille » qui se sont notamment manifestées lors de la proposition de réforme des allocations familiales, en 1998, pour se convaincre de son importance. Il existe même un Code de la famille et l'organisation des Nations Unies a décrété l'année 1994, année internationale de la famille. Enfin, interrogés sur les valeurs qu'ils reconnaissent comme positives, les français mentionnent en bonne place la famille, ce « lieu où l'on se sent bien ». De façon quasi unanime, tout le monde s'accorde à reconnaître la place essentielle de la famille et, pour les politiques, la famille, même considérée comme la cellule de base de la société, est toujours objet de sollicitude. Tout cela montre bien que la famille est un référent puissant, mais encore faut-il la définir car, un tel consensus n'est-il pas justement porté par l'absence de définition unitaire de la famille ?

Cela semble bien être le cas et, dès à présent, il faut se rendre à l'évidence : la définition de la famille ne peut être unique. Elle dépend largement du temps, de l'espace et de la discipline considérée.

L'épreuve du temps semble affecter de façon importante l'institution familiale. Selon les historiens en effet, la famille est soumise à la loi du rétrécissement continu. Ainsi, en fonction de l'époque à laquelle on se place, le terme famille peut désigner des réalités différentes. Les historiens distinguent alors trois périodes caractérisées par une structure familiale particulière. La famille romaine, « grand nombre de gens soumis soit par le droit, soit par la nature au pouvoir du père de famille » correspond à la première étape. La famille souche, qui lui succède, correspond à la famille dans laquelle le père désigne un héritier qui demeure avec sa femme et ses enfants au foyer des parents alors que ses frères et sœurs en sont exclus. Enfin, à la troisième période, correspond la famille nucléaire limitée aux parents et à leurs enfants.

L'épreuve de l'espace affecte elle aussi la famille. Les césures résultent ici des cultures, des us et coutumes, et de la religion. Selon qu'on se trouve dans un pays de tradition polygame ou monogame, la famille va encore, à l'évidence, recouvrir des réalités fort différentes. Mais, même dans des espaces plus restreints et de cultures très proches, comme l'Europe occidentale, l'idée selon laquelle les structures familiales évoluent dans un même sens doit être reconsidérée. En effet, depuis 1994, année internationale de la famille, en effet, les nombreuses études réalisées tendent à démontrer que la notion même de famille n'a pas le même contenu dans les différents pays de l'union européenne⁴.

¹ L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, éd. Odile Jacob, 1989.

² J-F GABRIUM et J-A HOLSTEIN « What is family ? », 1990, Mountain view, California, Mayfield publishing compagny.

³ P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, éd Le seuil, Paris, 1994, p 139.

⁴ Cf. infra, *Les définitions institutionnelles de la famille en Europe*.

L'épreuve de la discipline, enfin, influe à son tour sur le concept de famille. Chaque matière présente la famille sous un angle particulier.

Chez les statisticiens, la famille est une catégorie classificatoire. Eurostat, a ainsi adopté la définition de la famille formulée par l'ONU⁵, fondée sur la notion de famille conjugale. Pour les recensements, en revanche, la famille est définie au sens étroit du noyau familial. Elle comprend les personnes d'un ménage dont les liens sont ceux de mari et d'épouse ou ceux de parents et d'enfants n'ayant jamais été mariés. Cependant, tous les statisticiens ne se rallient pas à cette définition. Or, si l'on s'écarte de cette définition de l'ONU, les comparaisons sur les structures familiales sont rendues très difficiles.

Chez les sociologues, bien que les questions abordées sont similaires d'un pays à l'autre, l'accent mis sur l'un ou l'autre des aspects semble déterminé par les contextes politiques, philosophiques, socio-économiques et culturels dans lesquels ces phénomènes sont ancrés. Ainsi, pour retracer rapidement l'histoire de « la sociologie de la famille »⁶ il faut savoir que les recherches se sont peu à peu affranchies de la référence à un modèle de famille conjugale pour prendre en compte la diversité croissante des formes de familles.

Les anthropologues, pour leur part, agissent de même. Ils nous ont montré, du point de vue des formes de la famille, que la diversité était grande. Cette pluralité de formes semble être assumée par la recherche scientifique, mais elle est subsumée dans une catégorie générique, « la famille ». Toujours est-il que dans les disciplines que nous venons d'exposer, la recherche du sens de la famille est importante mais elle ne présente pas de caractère déterminant comme dans les matières juridiques, matières dans lesquelles la définition va entraîner des conséquences pour les individus, déterminer un régime juridique, car, selon qu'ils entrent ou non dans la famille, ils pourront ou non être titulaires de droits.

Pourtant, **les juristes** ont du mal à proposer une définition de la famille. Le droit positif n'en donne pas et les dictionnaires juridiques sont révélateurs à cet égard. Dans certains cas, ils recensent les multiples usages que le droit positif fait du terme famille⁷ ; cet usage peut d'ailleurs être le lieu de contradictions puisque la définition peut inclure parents et enfants (famille nucléaire en matière d'autorité parentale à l'article 372 du code civil par exemple), la limiter aux seuls enfants, ou encore l'élargir à d'autres personnes, par exemple aux ascendants, dans le cadre de l'obligation alimentaire de l'article 205 du code civil. Dans d'autres cas, ils l'ignorent et ne s'y réfèrent pas précisément, comme si le concept n'avait pas besoin d'être défini⁸. Les dictionnaires juridiques n'étant que d'une aide relative, et les définitions proposées par différents auteurs étant trop empreintes de morale ou de tradition judéo-chrétienne, il faut tenter de laisser de côté ces références pour parvenir à une définition objective de la famille⁹.

Cette interrogation sur « le sens actuel de la famille » en France se justifie, car, les évolutions au sein de la famille française sont multiples depuis la fin de la seconde guerre mondiale¹⁰. En effet, tous les aspects de la vie familiale sont concernés. Dès lors, il est légitime de s'interroger sur la définition de la famille après la modification et la diversification si rapides de sa structure. La famille d'après guerre, en effet, n'est plus la famille d'aujourd'hui, ou pour être plus précis, si la famille d'après guerre a subsisté, elle n'est plus la seule famille. Même si elle semble encore dominante, elle tend à être concurrencée par de nouvelles formes de familles¹¹. Pour s'en rendre compte, il suffit de se reporter à la définition de la famille retenue dans le cadre du dernier recensement qui a eu lieu en 1990.

⁵Cette définition a été établie en 1978 et révisée en 1987 pour la conférence de 1991 sur la population.

⁶M. SEGALEN, *Sociologie de la famille*, Armand Collin, 1996.

⁷J. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 1992.

⁸ Que sais-je ? , n° 2457, PUF 3° éd. 1991. L'auteur passe directement du fait à la faute.

⁹En la matière, nous pouvons regrouper les auteurs en deux catégories : les moralistes qui fondent la famille exclusivement sur le mariage et les enfants, et les « libéraux » ou « libres penseurs » qui au contraire intègrent toutes les structures possibles dans la famille.

¹⁰L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, éd. Odile Jacob, 1989.

¹¹ *Données sur la situation sanitaire et sociale de la France en 2000*, DRESS, La documentation française, 2001.

Lors des recensements, l'analyse des structures familiales est conditionnée par le mode de recueil de l'information. Est ainsi dressée la liste des personnes qui vivent dans le ménage avec pour chacune d'entre elles, le lien avec la première personne de cette liste. Dans la plupart des cas, cette liste suffit à identifier le noyau familial. Ainsi selon le dernier recensement, « *la famille est l'ensemble d'au moins deux personnes résidant dans le même logement, soit un couple, marié ou non, avec ou sans enfant, soit un parent seul élevant un ou plusieurs enfants* ». Dans le cadre du recensement, un enfant est une personne célibataire, ne vivant pas en couple, n'élevant pas elle-même d'enfants et ayant moins de vingt-cinq ans. La construction d'une famille se fonde seulement sur une résidence commune, elle n'impose aucun lien de sang entre l'enfant et les adultes qui l'élèvent. Cette définition est intéressante car elle est très large. Elle est néanmoins critiquable car elle reste malgré tout très succincte et ses éléments ne permettent pas de faire apparaître des distinctions qui paraissent pourtant essentielles.

La première distinction qui s'impose, selon nous, est celle qui doit être faite entre famille acquise et famille créée. Cette distinction permet d'envisager la famille sous deux angles différents. Si l'on se place du côté de l'enfant, c'est la famille acquise qui prédomine puisqu'il ne peut être situé que par rapport à ses parents. Dans cette perspective, ce sont des questions relatives à la consanguinité, à la nature du lien de filiation (famille naturelle, adoptive...) qui se posent. Ce n'est cependant pas cette approche que nous allons retenir pour notre définition de la famille car elle suppose l'existence d'un enfant et, pour cette raison, elle est trop réductrice. Il nous semble préférable de privilégier pour l'analyse la famille créée, car elle est plus révélatrice de l'évolution des comportements. Par famille créée, nous entendons la famille créée par la volonté de deux adultes¹².

En second lieu, la définition du recensement ne distingue pas les *strates* de famille puisqu'elle mêle les familles constituées de deux adultes ou d'un adulte et d'un ou plusieurs enfants. Or, il nous semble important de distinguer la famille originelle des familles « secondes », dans le sens où ces dernières ne peuvent exister, que parce qu'une famille initiale a préalablement existé. Les familles monoparentales, en effet, comme les familles recomposées ne peuvent avoir d'existence qu'après la disparition d'une famille originelle. Il est vrai, certes, que dans la famille monoparentale, la famille initiale peut n'avoir jamais existé, ou être demeurée à l'état de fiction¹³. La famille peut être monoparentale dès l'origine, mais il est assez courant que la solitude de la personne qui élève son enfant provienne du décès ou de la séparation d'avec l'autre parent ou l'autre membre du couple.

Dès lors, dans la recherche d'une définition de la famille originelle, deux éléments seulement sont susceptibles d'entrer en ligne de compte : le mariage et les enfants. Reste à savoir si ces deux éléments sont indispensables à la création d'une famille et s'ils le sont, s'ils doivent être réunis pour qu'une communauté puisse être qualifiée de famille. Il s'agit incontestablement d'une interrogation majeure : avant la naissance d'enfant, le couple marié ou non marié n'est-il qu'un embryon de famille qui ne prendra vie qu'avec la naissance de l'enfant ? Pour autant, en l'absence d'enfant, doit-on exclure le couple non marié, cohabitant et animé de ce projet d'existence commune de la catégorie famille ? C'est ici que les divergences apparaissent.

Concernant le couple marié, la réponse s'impose sans difficulté : nous sommes en présence d'une famille, l'existence d'enfant important peu. Cette réponse repose sur des arguments de textes. En effet, le Code civil fait référence à la famille dès que le mariage est célébré. Ainsi en est-il de la *direction matérielle et morale de la famille*¹⁴ que les époux assurent ensemble, de la *résidence de la famille* choisie par les époux d'un commun accord¹⁵, ou encore de *l'intérêt de la famille* qui doit justifier le refus d'un époux de passer un

¹²Nous employons le terme « adulte » dans le sens de la personne ayant acquise la capacité civile d'assumer ses choix. Nous parlons de capacité civile seulement, car, le choix des individus est plus lié à leur capacité économique. Néanmoins, la décision de créer une famille ne peut, en principe intervenir que lorsque les individus ont acquis cette capacité civile. Avant cet âge, le code civil offre la possibilité de demander l'émancipation.

¹³ M. BADEL, « La solitude du parent », in *Insertion et solitude*, éd. De la Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 1993, pp. 37-54

¹⁴ Code civil, art. 213.

¹⁵ Code civil, art. 215.

acte¹⁶. Les couples constitués en marge du mariage, exclus du champ d'application de ces textes, nous confrontent à de véritables problèmes de définition. C'est la recherche de définition qui nous conduit vers une conception renouvelée de la famille.

2. Vers une conception renouvelée de la famille ?

C'est certainement le couple hors mariage qui nous confronte aux problèmes de définition les plus difficiles. Dire que la célébration du mariage suffit à la création d'une famille ne signifie pas nécessairement que le mariage est indispensable à la constitution de la famille. Plusieurs prises de positions coexistent et, même, s'affrontent, tant la définition de la famille est passionnelle. D'emblée, deux grands types de situations doivent être distingués.

La première situation est celle dans laquelle le couple a un enfant (ou des enfants). Nous sommes alors dans une situation que le droit civil connaît et qualifie en recourant au terme famille : la famille est adoptive ou naturelle. Nul doute alors que nous sommes bien en présence d'une famille à l'intérieur de laquelle les rapports sont d'ailleurs organisés par le droit. Certes, faire reposer la famille sur les enfants peut être dangereux car cela devrait impliquer logiquement la disparition de la famille au décès d'un enfant s'il est unique. Malgré tout, on peut prétendre que la famille naturelle ou adoptive survit à un tel événement et considérer qu'elle est constituée une fois pour toutes dès la survenance de l'enfant.

En l'absence d'enfant, les termes du débat sont tout à fait différents. Nous sommes *a priori* en présence d'une simple situation de fait encore que, depuis la loi du 15 novembre 1999, des couples non mariés dépourvu d'enfant puissent bénéficier d'une qualification juridique¹⁷ (PACS et concubinage). Pour certains, rien ne s'opposerait à ce qu'un couple puisse constituer une famille, dès lors que sont réunies la résidence commune, l'existence d'intérêts communs, la formulation d'un projet commun et la volonté de lier son existence à l'autre. Selon cette approche, très large, la différence de sexe des membres du couple n'est donc plus une condition préalable à la définition de la famille. L'idée est aussi parfois émise que le couple peut être considéré comme une famille lorsqu'il en a la « possession d'état »¹⁸. Ainsi, deux personnes, non mariées mais présentant l'apparence de personnes mariées, pourraient être considérées comme une famille dès lors que leurs ascendants les reconnaissent. La définition de la famille repose encore sur des liens affectifs : bien que la situation ne soit pas organisée par le droit, on serait en présence d'un groupe familial de fait.

Cela démontre, s'il en est encore besoin à ce stade de l'introduction, que la définition de la famille reste subjective dès que l'on s'écarte du modèle classique du mariage. C'est pourquoi, on ne s'engagera pas dans cette voie qui serait une impasse. On doit toutefois noter que le droit de la protection sociale semble parfois enclin à s'ouvrir à une conception large de la famille. Si on se reporte à la toute récente loi qui institue l'allocation personnalisée d'autonomie¹⁹, on peut y lire que « *le bénéficiaire de l'allocation personnalisée d'autonomie peut employer un ou plusieurs **membres de sa famille**, à l'exception de son conjoint ou de son concubin ou de la personne avec laquelle il a conclu un pacte civil de solidarité* ». Ainsi, au terme du nouveau texte, conjoint mais également concubin et partenaire du PACS doivent être considérés comme des membres de la famille du demandeur de la prestation, et cela sans qu'aucune condition relative à l'existence d'enfant ne soit posée. Les caisses d'allocations familiales se sont engagées dans une voie comparable puisque les formulaires destinés aux demandes de prestations, relatifs aux déclarations de situation ou de ressources, placent sur le même plan le conjoint, le concubin et le partenaire.

Cette présentation, si elle ne permet pas d'aboutir à une définition claire de la famille, présente tout de même un avantage indéniable : celui d'indiquer qu'il n'existe pas une famille mais plus sûrement des

¹⁶ Code civil, art. 217.

¹⁷ Cf. infra.

¹⁸ Terme emprunté au droit français de la filiation.

¹⁹ Loi n°2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie, JO du 21 juillet, p.11737.

familles. Dans certains cas et selon la définition la plus extensive, il s'agira de couples, mariés ou non, ayant ou non une descendance. Selon une conception que l'on pourrait qualifier intermédiaire, la famille serait fondée sur le mariage, auquel cas l'existence d'enfants serait indifférente, et, en l'absence du lien conjugal, serait fondée sur l'existence d'enfants. Dans ce dernier cas, une nouvelle difficulté surgirait. Elle consisterait à trancher la question de savoir si une discrimination en fonction de la nature du lien de filiation (filiation par le sang ou filiation adoptive) devrait être introduite. Si seule la filiation par le sang était retenue, nous aboutirions à la définition la plus restrictive qui ferait dépendre la définition de la famille soit du lien conjugal, soit de la filiation par le sang.

3. Familles en chiffres...

Si l'on s'en tient à la définition des familles au sens du recensement, on doit prendre en considération à la fois les couples, mariés ou non, avec ou sans enfants, et les parents seuls élevant un ou plusieurs enfants. Selon cette définition qui est la plus large de celles envisagées, le nombre des familles est passé de 11,3 millions en 1962 à près de 16 millions en 1998²⁰. Parmi celles-ci, 8,8 millions comptent des enfants de moins de 25 ans : 41% en ont un seul, 39% en ont deux, 15% en ont trois et 6% quatre ou plus. En 1962, la part des familles de quatre enfants et plus était beaucoup plus importante puisqu'elle représentait 16%, alors que celle de deux enfants était plus faible (29%). La part des familles de trois enfants est la seule à être restée stable puisqu'elle est de 15 à 16% au cours de ces trente-cinq dernières années.

Entre 1962 et 1990, le nombre des familles monoparentales a augmenté de façon très importante puisque qu'il est passé de 658 000 à 1 134 000. En 1990, elles représentent 14,1% des familles avec au moins un enfant alors qu'elles étaient 8,5 en 1962. En 1990, 1,9 millions d'enfants, soit 11,2% de la population des moins de vingt-cinq ans vivent dans une famille monoparentale au lieu de 7,7% vingt ans plus tôt. Ces dernières années, la progression du nombre de familles monoparentales s'est poursuivie. En 1999, on estime leur nombre à 1,3 million environ, soit 15,4% des familles avec enfant de moins de vingt-cinq ans. Cette proportion augmente encore avec l'âge du plus jeune enfant. Les familles monoparentales représentent 6,7% des familles avec enfant de moins de trois ans, 9,2% de celles avec enfant de moins de six ans, et jusqu'à 19% si le dernier enfant a plus de six ans. L'étude montre que l'augmentation du nombre des familles monoparentales est surtout importante depuis le début des années 1980. En outre, tout en progressant, la monoparentalité présente de nouvelles figures. Elle est de plus en plus féminine, dans 86% des cas entre 1990 et 1999 contre 80% des cas en 1968. Elle touche également des familles plus jeunes : en 1990, 44% des parents isolés ont moins de quarante ans au lieu de 26% en 1968. En 1999, cette proportion est estimée à 38%. Ce rajeunissement est dû aux événements familiaux à l'origine de la monoparentalité : la part du veuvage recule²¹, par contre, celle des divorces augmente²² ainsi que celle des célibataires²³.

La définition de la famille que nous retenons est donc celle de l'union, de droit ou de fait, de deux individus ayant un projet de vie en commun. Dès lors, qu'ils soient mariés ou non, qu'ils aient ou non des enfants importe peu. L'état matrimonial et la présence d'enfants ne servent alors qu'à identifier la famille et à la classer dans une catégorie particulière appelée modèle. Selon le dictionnaire, en effet, « le fait possédant au plus haut point certaines qualités ou caractéristiques qui en font le représentant d'une catégorie »²⁴ est un modèle. On distingue alors le modèle familial reposant sur le mariage du modèle familial n'ayant pas ce caractère. Ensuite, le fait qu'ils aient ou non des enfants est un élément qui vient affiner l'étude de la structure de la famille initiale, sachant que, quel que soit le modèle familial choisi, les individus sont des parents en puissance. Après la rupture de cette famille initiale, les structures restantes sont aussi classées dans des catégories que l'on pourrait appeler des sous catégories dans la mesure où elles correspondent aux

²⁰ *Données sur la situation sanitaire et sociale en France en 2000*, La documentation française, coll. Données statistiques, fév. 2001.

²¹ à l'origine d'un cas sur deux en 1968, un cas sur cinq en 1990 et seulement un sur huit en 1999

²² 17% des familles monoparentales en 1968, 43% en 1990 et 50% en 1999.

²³ 8% en 1968, 21% en 1990 et 29% en 1999.

²⁴ Définition du terme « modèle » dans le petit Robert.

familles secondaires. Ces modèles familiaux secondaires sont les familles monoparentales et les familles recomposées.

4. Les définitions institutionnelles de la famille en Europe

Les différents droits de l'Union européenne nous donnent des indices pour approcher une définition de la famille²⁵. En effet, l'observation de la régulation juridique des relations de parenté et de filiation participent à une construction de la famille et des relations entre ses membres. De même, les relations familiales peuvent être observées sous l'angle des obligations légales et des responsabilités des membres de la famille les uns vis-à-vis des autres. Enfin, la place accordée à la taille et à la structure de la famille dans le système fiscal, ainsi que la notion de famille allocataire en matière de protection sociale permet de comprendre quelles sont les conceptions de la famille qui cohabitent.

Alors que c'est la notion de ménage qui est la catégorie pertinente dans le champ statistique, c'est plutôt la famille qui est la catégorie de référence pour les institutions et pour la législation. Plusieurs pays membres de l'Union européenne s'engagent en effet dans leur Constitution à assurer la protection des familles. L'examen de ces Constitutions est d'ailleurs édifiant car ces textes participent à la construction d'une représentation de la famille : dans la plupart des Etats, la Constitution détermine le cadre institutionnel dans lequel s'inscrit la famille et, de cette façon, dit la norme.

La primauté de la famille fondée sur le mariage : la famille institution

En Allemagne, en Espagne, en France, en Grèce, en Irlande, au Luxembourg et au Portugal, la Constitution reconnaît la famille en tant *qu'institution fondamentale* qui, pour cette raison, mérite protection. Dans certains pays, parmi lesquels la France, la Constitution se contente d'énoncer la place importante accordée à la famille, tandis que dans d'autres, l'accent est mis sur la famille conjugale légitimée par les liens du mariage²⁶. En Irlande, la Constitution limite l'action publique en raison du devoir assigné à l'Etat de protéger la famille vis-à-vis d'intrusions extérieures. Si la famille est exceptionnellement conceptualisée comme l'institution sociale fondamentale qui nécessite le soutien de l'Etat, elle est plus généralement placée dans la perspective du mariage. Dans plusieurs pays, la Constitution a en effet servi à conceptualiser et à légitimer la famille fondée sur le mariage. Ainsi, la Loi Fondamentale de 1949 de la République Fédérale d'Allemagne (art.6) stipule que le mariage et la famille doivent être protégés et aidés par l'Etat. L'importance de la famille légitime est également reconnue en Irlande (Constitution de 1937) où l'Etat est garant de l'institution du mariage (art.41.3.1).

Sous les régimes fascistes en Espagne et en Italie, la famille était conceptualisée comme unité patriarcale. La législation développée par la suite a été une forme de réaction à ces régimes autoritaires. La Constitution italienne de 1947 reconnaît les droits de la famille en tant que groupe social fondé sur le mariage, tout en assurant le principe de l'égalité des conjoints. Toutefois, l'influence de l'Eglise catholique n'est certainement pas étrangère au fait que les femmes sont d'abord considérées comme des épouses et des mères, et que les droits constitutionnels sont garantis seulement aux familles légitimes. Par ailleurs, l'Etat s'engage à protéger les femmes qui ont une activité professionnelle afin de leur permettre d'assumer leur rôle au sein de la famille. Sous le régime franquiste espagnol, la Constitution a servi de cadre de référence à la famille patriarcale fondée sur la hiérarchie de ses membres. Cette conception a été violemment rejetée par la suite et la Constitution espagnole de 1978 engage l'Etat à garantir à la famille sa protection légale, économique et sociale.

Ces quelques exemples montrent que les Constitutions interviennent doublement au sujet de la famille : elles mettent en forme les représentations de la famille et définissent les relations entre l'Etat, la

²⁵ L. HANTRAIS, M.-T. LETABLIER, « Familles, travail et politiques familiales en Europe », *Cahiers de Centre d'Etudes de l'Emploi*, PUF, 1996, pp. 25 et s.

²⁶ Allemagne, Luxembourg.

famille en tant qu'institution ou groupe social, et les personnes qui la composent. Dans de nombreux cas, la famille qui légitime l'intervention de l'Etat est définie par référence aux liens du mariage.

La traduction des prescriptions constitutionnelles dans les droits positifs

Sans s'en tenir aux principes énoncés par les Constitutions, il importe aussi d'examiner la manière dont ils sont traduits dans le droit civil et dont ils sont appliqués dans les Etats de l'Union européenne. En effet, alors que les Constitutions disent l'engagement des Etats vis-à-vis de la famille, le droit civil établit les droits et les devoirs des personnes qui la composent. Le droit donne le titre de famille, comme il donne celui de parent, en fonction de certaines règles et procédures. En faisant cela, il inscrit chaque individu dans un système de parenté, distincte de sa composante biologique ou de sa composante domestique. Il contribue à définir le couple qui fonde la famille, et l'union sur laquelle il repose.

En Europe, le droit de se marier et de fonder une famille est un droit protégé. Le droit fixe également le cadre juridique des relations entre les membres du groupe familial. Depuis l'après-guerre, le cadre juridique s'est adapté aux changements des formes familiales. Progressivement, les pays membres de l'Union européenne ont adopté le principe de l'égalité de traitement des enfants, qu'ils soient légitimes ou nés hors mariage, ainsi que le principe de l'autorité parentale. Dans la plupart des pays, des lois ont autorisé le divorce, la contraception, les conceptions médicalement assistées et la reconnaissance légale des unions consensuelles et des naissances hors mariage.

Ces lois posent la légalité. Elles sont le résultat de compromis qui reflètent les tensions entre les traditions nationales, religieuses et philosophiques.

Ainsi, les **unions consensuelles**, qui se nouent en marge du mariage, font l'objet d'une certaine reconnaissance. La cohabitation hors mariage illustre bien la manière dont l'assentiment social peut affecter les évolutions conceptuelles dans différents contextes. Comme le montrent les statistiques, les pays d'Europe du Nord ont été les premiers à connaître le phénomène de cohabitation hors mariage, et cela s'est traduit dans leur législation. Les droits des couples non mariés ont été reconnus formellement en 1970 en Suède et au Danemark, quelques années plus tard en France. A la fin des années 1980, dans ces pays et aussi en Italie, les couples cohabitants ont obtenu la possibilité de faire enregistrer officiellement leur partenaire, ce qui signifie qu'ils sont traités comme des conjoints pour certaines démarches : ouverture d'un compte bancaire, demande de logement social. Bien que ces couples ne soient pas soumis aux obligations légales mutuelles, le droit a reconnu progressivement l'existence de relations de faits (partage des biens après séparation, partage de l'autorité parentale, droits en matière de sécurité sociale). Cependant, ce début de reconnaissance laisse très généralement demeurer une différence importante entre les droits qui leur sont reconnus et ceux qui sont détenus par les couples mariés²⁷. En outre, dans certains Etats, les unions consensuelles ne jouissent d'aucune reconnaissance légale. En Allemagne où la Constitution met l'accent sur le mariage, les couples cohabitants ne peuvent pas bénéficier de la protection de l'Etat. Ils doivent, par conséquent, s'occuper à titre individuel, des conditions contractuelles de leur union en ce qui concerne la propriété et les questions généralement régies par le droit civil pour les couples mariés. De même, en Grèce, en Irlande et au Luxembourg, seules les unions fondées sur le mariage sont reconnues par la loi. Enfin, de façon générale, les Etats qui reconnaissent les unions consensuelles réservent cette reconnaissance aux unions hétérosexuelles et les unions homosexuelles rencontrent une résistance beaucoup plus grande. Certes, depuis, 1989, le Danemark reconnaît officiellement les couples homosexuels et accorde aux couples de cohabitants du même sexe les mêmes droits qu'aux couples mariés, à l'exception du droit à l'adoption et à la garde conjointe. De même, la Suède a étendu sa législation aux couples homosexuels (loi adoptée en août 1994) pour leur assurer une protection légale en matière de propriété et de transmission des biens). Aux Pays-Bas, les couples, quels qu'ils soient, ont la possibilité de légaliser leur union par contrat de cohabitation²⁸.

²⁷ L. HANTRAIS, M.-T. LETABLIER, op. cit., sp. pp.30 et s.

²⁸ Toutefois, même dans les cas où les couples homosexuels bénéficient d'une reconnaissance officielle, les dispositions du mariage concernant la garde conjointe des enfants, le droit à l'adoption et à l'insémination artificielle ne s'appliquent pas. D'ailleurs, au Danemark, en Suède, le droit à l'adoption pour les couples homosexuels constitue un sujet de revendication intégré dans la lutte plus globale en faveur des droits sexuels. Seule la législation hollandaise a connu une évolution sur ce point. Cf. H. FULCHIRON, *JCP* 21-22/2001.

Le passage de l'institution familiale à l'acceptation de nouvelles formes de familles

L'ensemble des Etats membres de l'Union européenne a progressivement adopté une approche de l'institution familiale plus égalitaire et plus libérale. Du fait de cette ouverture à de nouvelles formes de familles, il était devenu impossible aux Etats de justifier leur action au nom des mêmes principes et valeurs. La force de la famille traditionnelle, faite d'un système d'obligations familiales, va céder sa place à la reconnaissance de droits individuels, portés par les principes d'égalité. Le législateur va être placé devant un dilemme inédit : comment concilier les intérêts individuels avec ceux de la famille en tant qu'institution et ceux de la société au sens large ? Faut-il préserver la famille légitime ? Faut-il s'ouvrir à d'autres modèles familiaux ? Peut-on, dans le même temps, donner priorité aux intérêts individuels de ses membres ? Telles sont les questions difficiles auxquelles est confronté le législateur depuis le début des années 1970. Le droit social français y a répondu à sa façon, d'une manière qui n'est cependant guère satisfaisante, à plusieurs égards.

5. Famille et droits

Adopter une définition large de la famille présente deux avantages : le premier avantage est qu'elle permet de multiplier les catégories ou les modèles, englobant ainsi la quasi totalité de la population, contrairement à une définition fermée de la famille, qui au contraire exclut un nombre important d'individus. Le second avantage est qu'elle permet d'éviter un renouvellement trop rapide de la définition. C'est important surtout quand on doit confronter la famille avec le droit, car, les branches du droit qui ont une assise familiale risquent de ne pas aller aussi vite que l'évolution de la famille. Une définition large de la famille présente l'immense avantage de mieux prendre en compte les réalités d'autant que **le droit dans son ensemble** s'intéresse à la famille, « cellule de base de la société ».

Si l'on reprend la distinction classique entre droit public et droit privé, on s'aperçoit que la famille a une place importante dans ces deux grandes catégories. C'est le cas en **droit public**, par exemple quand la situation familiale des fonctionnaires est prise en compte pour leur affectation. C'est aussi le cas dans toutes les branches du droit privé. En **droit fiscal** par exemple, la famille a une place de choix puisque le quotient familial permet d'alléger la progressivité de l'impôt sur le revenu compte tenu de l'importance des charges de famille du contribuable. En **droit commercial** aussi, des dispositions particulières permettent aux familles de constituer des sociétés ou d'avoir des statuts privilégiés lorsque les deux membres d'un couple travaillent ensemble. De même, mais de manière plus importante le **droit civil** s'intéresse à la famille puisqu'il est l'assise même du modèle familial reposant sur le mariage et qu'il régit la famille acquise. C'est aussi le cas du **droit social** dans son ensemble. Le **droit du travail**, en effet, s'il s'intéresse principalement au travailleur, s'intéresse aussi aux travailleurs en couple par l'intermédiaire des contrats de couples et aux travailleurs parents afin de mieux concilier ces deux activités. C'est enfin le cas du droit de la **protection sociale**, tant dans son versant assurantiel que dans son versant assistantiel.

6. Quel lien familial pour le droit social français ?

La première phase de la recherche a permis de mener une étude exhaustive du droit positif de la protection sociale et du droit du travail en France, et de rechercher dans quelle mesure la considération de la famille intervenait en matière de prestations sociales et, plus largement, de droits sociaux. L'objet essentiel de l'étude n'était donc pas de mener une réflexion sur la notion de famille, de chercher à distinguer les groupes de personnes qui pouvaient être qualifiés de famille de ceux qui ne le pouvaient pas.

De ce point de vue, force est de reconnaître que le couple pacsé nous a confronté à un problème majeur. Fallait-il assimiler ce couple à une famille, quitte à déplaire aux détracteurs de la loi du 15 novembre 1999, ou au contraire l'en distinguer soigneusement ? Nous avons pris le parti d'éviter la controverse idéologique et de nous référer aux critères les plus objectifs ou, du moins, les moins subjectifs possibles : l'existence d'un acte juridique à l'origine du PACS et d'une obligation alimentaire entre les partenaires du PACS invitaient à voir dans le PACS les éléments d'un statut du couple, et c'est l'existence de ce statut qui devait nous guider dans notre réflexion sur la façon dont le droit social, le droit de la protection sociale et le

droit du travail confondus, le prenaient en considération. En outre, le couple pacsé, de la même façon que le couple de concubins, peut parfois coïncider avec une famille naturelle.

Plus largement, quelle que soit la branche du droit de la protection sociale considérée, il est apparu à notre groupe de travail que la référence à la famille et au couple intervenait à trois stades distincts : la naissance du droit à la prestation sociale, le niveau de la prestation sociale, et la disparition du droit à la prestation sociale. Si, en droit du travail, la question de l'octroi des prestations pouvait aussi se poser (avantages d'entreprises), c'est surtout l'observation des droits individuels reconnus aux salariés qui devait permettre de montrer comment les liens familiaux pouvaient être pris en considération et conduire à traiter différemment celui qui est parent de celui qui ne l'est pas, celui qui est en couple (marié ou non) de celui qui est célibataire.

Dans le même temps, deux évidences se sont progressivement imposées.

En premier lieu, le fait que le droit ne place pas sur le même plan toutes les formes de familles s'est très vite imposé comme une évidence. Même si nous avons indiqué plus haut qu'il n'était pas question de nous engager dans une définition de la notion de famille, il est aisé de faire des emprunts au droit civil pour désigner plusieurs groupes familiaux, déjà connus de cette branche du droit. Ainsi, ces emprunts nous ont déjà permis d'identifier plusieurs sortes de lien familiaux et, plus largement, plusieurs sortes de liens interpersonnels : la famille légitime, fondée sur le mariage, la famille naturelle, née de la descendance de deux individus, la famille adoptive, le PACS, le concubinage. On soulignera que ces différents types de familles ne sont pas totalement cloisonnés ; ils peuvent se recouper ou se superposer puisque famille légitime et famille adoptive peuvent coïncider, de même que PACS et famille naturelle ou adoptive, de même encore que concubinage et famille naturelle. S'ajoute à cela que le Code civil nous permet de qualifier juridiquement les liens interpersonnels. On parlera ainsi de lien de filiation et même plus précisément de filiation adoptive, légitime ou naturelle. On parlera encore de lien conjugal, de partenaire du PACS, d'ascendants, de descendants, de collatéraux, d'alliés. Ces emprunts sont d'ailleurs d'autant plus justifiés que le droit social lui-même y procède très généralement. Si l'on excepte le terme de concubinage qui est généralement absent du droit de la sécurité sociale (à l'exception du droit des prestations familiales) qui lui préfère la vie maritale, tous ces termes sont utilisés par le droit social.

En deuxième lieu, chaque composante du droit social est animée par une logique qui lui est propre et guidée par une finalité spécifique. Dès lors, il aurait été non seulement artificiel mais encore vain de vouloir en faire une étude globale. Le droit de la sécurité sociale, qui privilégie la technique de l'assurance sociale, poursuit la généralisation de la couverture contre les risques sociaux. Le droit de l'aide sociale, qui privilégie la technique de l'assistance, a pour objet d'attribuer des aides aux personnes qui se trouvent dans une situation de besoin. Le droit du travail, quant à lui, fonde son intervention sur les besoins du travailleur et cherche à redistribuer les rapports de force dans le cadre des relations professionnelles²⁹. Certes, dans les trois cas, les trois matières ne se limitent pas à saisir le sujet de droit comme un individu isolé. Elles l'appréhendent aussi comme un être social et, plus précisément, elles font une place au premier niveau de la vie en société, la cellule familiale. Pour autant et justement en raison des logiques et finalités qui leur sont propres, droit de la sécurité sociale, droit de l'aide sociale et droit du travail ne font pas jouer à la référence au lien familial le même rôle. Pour cette raison, nous avons choisi de maintenir une distinction entre ces branches du droit social tant au niveau de l'analyse critique (**Première partie**) qu'au niveau des propositions qui seront formulées (**Deuxième partie**), le droit comparé constituant un apport sans égal pour relativiser notre étude et porter un regard critique sur notre droit (**Troisième partie**).

²⁹ C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, LGDJ, 1997, n°4.

PREMIERE PARTIE - LE ROLE DU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX DROITS SOCIAUX : ANALYSE CRITIQUE

Dans un contexte socio-économique et culturel où les formes de familles sont si variées que la formulation même de la définition de la famille peut se présenter en termes de défi, il peut sembler étonnant et peut-être anachronique de privilégier le lien familial pour accéder à la protection sociale. Pourtant, dès ses premiers pas, le droit français de la protection sociale a choisi d'accorder une place privilégiée à la famille, qui est à la fois une technique d'accès aux droits sociaux (technique des droits dérivés) et un objet de politique -de sollicitude?- dans la mesure où les prestations familiales s'imposent comme l'instrument le plus visible de la politique familiale. En conséquence, notre projet de recherche proposait de s'interroger sur la pertinence d'une telle référence, et de mener une réflexion sur son devenir dans le droit de la protection sociale entendu dans son sens le plus large, c'est-à-dire comprenant aussi bien le droit de la sécurité sociale (**Chapitre I**) que le droit de l'aide sociale (**Chapitre II**). De façon plus accessoire et bien que cela n'entre pas dans l'objet naturel du droit du travail, il était aussi souhaitable, pour compléter l'étude, d'examiner la réception de la notion de famille par le droit du travail (**Chapitre III**). Cela permettait en outre d'évaluer la cohérence interne du droit social.

CHAPITRE I : REGIMES DE SECURITE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, ANALYSE CRITIQUE

L'importance de la famille en droit de la sécurité sociale est telle qu'en 1945, lors de la création du système de sécurité sociale a été créé en France, la primauté de la famille est apparue dès les premières lignes du Code de la sécurité sociale. On peut ainsi lire à l'article L 111-1 du code de la sécurité sociale que « l'organisation de la sécurité sociale est fondée sur la solidarité nationale. Elle garantit **les travailleurs et leur famille** contre les risques de toute nature susceptibles de réduire leur capacité de travail et de gain. Elle couvre également les **charges de maternité et les charges de famille**. Elle assure, pour toute autre personne et pour les **membres de sa famille** résidant sur le territoire français, la couverture des charges de maladie et de **maternité** ainsi que des **charges de famille**. Cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés et de leurs ayants droit à un (ou plusieurs) régime(s) obligatoire (s) ».

En dépit du caractère général de cet article, le terme de famille n'évoque à première vue qu'un pan du droit de la sécurité sociale. En termes de branches, la famille n'est qu'une branche aux côtés de la branche maladie et de la branche vieillesse. De même, en termes de volets, le volet prestations familiales se situe sur le même plan que le volet assurances sociales et accident du travail. Il n'existe aucune hiérarchie entre eux. Pour autant, les préoccupations familialistes ne se manifestent pas uniquement dans la branche famille. Elles innervent l'ensemble du droit de la sécurité sociale et on en trouve les traces dans tous les régimes de base. Et cela ne doit pas étonner compte tenu de la place occupée par l'article L111-1 du Code de la sécurité sociale : en tant que premier article du livre I consacré aux « *dispositions communes à tout ou partie des régimes de base* », il a naturellement vocation à dépasser le seul cadre de la branche famille. Il a la valeur d'un véritable principe général et est donc commun à tout ou partie des régimes de base.

Ainsi, la famille n'intéresse pas les seules prestations familiales. Elle est aussi au centre des préoccupations des autres volets de la sécurité sociale. Cette préoccupation omniprésente de protéger « *le travailleur et sa famille* » et la fonction qui est conférée au droit de la sécurité sociale en la matière est directement liée à l'évolution de la famille. En effet, alors qu'avant la guerre, la protection des individus s'intégrait dans un large cercle de solidarité familiale, la période de l'après-guerre est marquée par ce que les historiens appellent **la loi du rétrécissement continu**. Les salariés qui commencent à se déplacer pour travailler se coupent progressivement du cercle de solidarité familiale qui les protégeait. La solidarité de la famille acquise remise en cause fait que les travailleurs vont se trouver dans une situation difficile puisqu'ils ne disposent plus que de leur force de travail pour nourrir leur famille. Dès lors, chaque fois que la force de travail était amputée, la famille se retrouvait dans une situation préoccupante sur le plan économique. D'où le relais de la solidarité familiale par la solidarité nationale. Dès lors, les trois volets de la sécurité sociale sont concernés par la protection du travailleur et de sa famille. Le volet accident du travail comme le volet assurances sociales intègrent cette finalité.

Aux termes de l'article L 311-1 du code de la sécurité sociale, « Les assurances sociales du régime général couvrent les risques ou charges de maladie, d'invalidité, de vieillesse, de décès, de veuvage, ainsi que de maternité... ». Il s'agit des cinq assurances sociales issues des lois du 30 avril 1930 codifiées au livre III du code de la sécurité sociale auxquelles il faut ajouter, à partir de 1980, l'assurance veuvage, dernière née des assurances sociales.

Il est logique que les assurances sociales prennent en compte le sort de la famille du travailleur dans la mesure où tout événement venant toucher un membre de la famille du travailleur est une charge supplémentaire grevant les revenus de la famille. Il est par conséquent normal que des assurances sociales qui veulent protéger les travailleurs, protègent aussi sa famille, car, protéger la famille du travailleur revient à protéger le travailleur lui-même. Encore faut-il savoir qui sont les membres de la famille ainsi protégés.

La réponse se trouve à l'article L 313-3 du code de la sécurité sociale. Il faut remarquer, en premier lieu, que cet article se réfère à la famille créée et à la famille acquise du travailleur. En effet, si les 1°, 2° et 3° de cet article s'intéressent au conjoint et aux enfants, le 4° concerne « l'ascendant, le descendant, le collatéral jusqu'au 3° degré ou l'allié de même degré qui vit sous le même toit ». On peut s'étonner de l'étendue de la famille acquise prise en considération par le code de la sécurité sociale, il ne faut cependant pas oublier qu'en 1945 la famille étendue est encore très présente. Il faut, en second lieu, remarquer que l'article L 313-3 du code de la sécurité sociale vise la famille initiale et la famille secondaire. Dans la famille initiale, toutefois, seul le modèle familial traditionnel reposant sur le mariage est visé par l'utilisation du terme « conjoint » qui fait directement référence au mariage. Par ailleurs, si une place est faite à la famille secondaire, seule la famille recomposée est visée puisque sont considérés comme membres de la famille « les enfants à la charge de l'assuré et de son conjoint ».

Depuis quelques années, l'assurance décès et l'assurance maladie se sont ouvertes, progressivement, aux différents modèles familiaux. Toutefois, il semble que les assurances sociales telles que l'assurance invalidité, l'assurance vieillesse et l'assurance veuvage, restent généralement très marquées par le modèle familial traditionnel fondé sur le mariage. Ainsi, en dépit de l'effort d'adaptation des assurances sociales aux modèles familiaux, il est à craindre que celles-ci aient des difficultés à se détacher du modèle familial traditionnel reposant sur le mariage et que ce soit l'inadaptation persistante des assurances sociales aux modèles familiaux qui domine l'analyse. En effet, l'observation du droit de la sécurité sociale n'a pas permis de découvrir une conception du lien familial, mais des conceptions du lien familial, même s'il en existe tout de même une qui occupe une position largement dominante, quel que soit le risque social observé. Il s'agit du lien conjugal. L'explication de cette situation semble devoir être trouvée dans la nature des risques en cause et dans la finalité de la prestation considérée. Aussi, la référence au lien familial ne peut pas faire l'objet d'une analyse identique dans les assurances sociales (**Section 1**), la couverture du risque professionnel (**Section 2**), et les prestations familiales (**Section 3**).

SECTION 1 – LES ASSURANCES SOCIALES : UN TABLEAU CONTRASTE

Le droit des assurances sociales est marqué par une absence totale d'unité qui se manifeste notamment par l'impossibilité de parvenir à une définition de l'ayant droit. En effet, le groupe des ayants droit n'a pas les mêmes composantes selon qu'on se réfère à l'assurance maladie ou à l'assurance décès par exemple. L'explication tient essentiellement au fait que l'ayant droit est une technique plus qu'un concept. Nous voulons dire par là que la notion d'ayant droit, qui s'est construite sur la référence au lien familial et qui n'a eu longtemps d'existence que par la référence au lien familial, ne correspond pas à un concept spécifique. C'est plus simplement un instrument qui est utilisé pour décider de la reconnaissance de droits à prestations. Aucune idée précise, transcendant l'ensemble des assurances sociales, ne semble avoir présidé à la création de la notion d'ayant droit. En revanche, une fonction précise a été attribuée à cette technique, distincte et spécifique selon le risque social considéré. C'est la nature de ces fonctions, variable selon les assurances sociales, qui doit guider notre analyse et nous permettre d'apprécier, au cas par cas, à la fois la façon dont le groupe des ayants droit est constitué et la façon dont le lien familial joue un rôle.

Ces remarques vont donc nous conduire à examiner successivement les différentes assurances sociales, puisque chacune d'entre elles remplit une fonction qui lui est propre, pour y apprécier le rôle du lien familial. Le seul regroupement qu'il sera possible de réaliser concerne les assurances maladie et maternité, tant en raison de la proximité de leur objet qu'en raison de l'identité du rôle instrumental de la qualité d'ayant droit. En premier lieu, leur objet est comparable puisque les deux assurances poursuivent le remboursement des frais médicaux engagés et la compensation de la perte de gain dû à l'arrêt de travail, bien que l'origine des dépenses réalisées et de la perte de gain soit différente et tienne dans un cas à la maladie ordinaire³⁰ et dans l'autre à la maternité. En deuxième lieu, l'attribution de la qualité d'ayant droit est guidée dans les deux cas par la volonté d'élargir le plus possible l'accès aux soins. Après avoir analysé le rôle du lien familial dans les

³⁰ On désigne par maladie ordinaire la maladie non professionnelle.

assurances maladie et maternité pour l'attribution de la qualité d'ayant droit (**Paragraphe 1**), nous procéderons de même pour les assurances décès, veuvage, invalidité et vieillesse (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - Le rôle marginal du lien familial dans les assurances maladie et maternité pour l'attribution de la qualité d'ayant droit

Il serait erroné de prétendre que les assurances maladie et maternité ne se réfèrent jamais au lien familial pour attribuer la qualité d'ayant droit. Originellement, ce lien était déterminant pour l'acquisition de cette qualité et, de nos jours encore, tant le régime général que les régimes spéciaux y font expressément mention de la qualité de membre de la famille (**A**). Pour autant, il ne faut pas attacher une importance démesurée à une telle référence car les réformes qui ont touché les assurances maladie et maternité ces dernières années ont fait passer au second plan la référence au lien familial pour l'attribution de la qualité d'ayant droit (**B**).

A – L'existence de la référence à la qualité de membre de la famille pour l'attribution de la qualité d'ayant droit

Le Code de la sécurité sociale, dans son article L.313-3, définit les membres de la famille pour les assurances sociales du régime général. Il s'agit du conjoint de l'assuré, à certaines conditions, des enfants à la charge de l'assuré ou de son conjoint, à certaines conditions et jusqu'à un âge limité, l'ascendant, le descendant et le collatéral jusqu'au troisième degré ou l'allié de l'assuré social qui vit sous le toit de celui-ci et qui se consacre exclusivement aux travaux du ménage et à l'éducation d'enfants à la charge de l'assuré.

Même si la référence à la famille n'est plus placée au premier plan dans les assurances maladie et maternité³¹, elle revêt tout de même une importance notable car elle rend compte de la conception originelle qui présidait à l'attribution de la qualité d'ayant droit. En outre, aujourd'hui encore, certains textes s'y réfèrent explicitement.

Ainsi, l'article L.161-10 du Code de la sécurité sociale, relatif aux **prestations en nature de l'assurance maladie et maternité**, y fait directement référence. Ce texte énonce en effet que « *la personne qui accomplit son service militaire a droit, pour les membres de sa famille, au bénéfice des prestations en nature des assurances maladie et maternité...* ».

Par ailleurs, il faut relever que le champ d'application de l'article L.313-3 est beaucoup plus large qu'il ne paraît au premier abord. Il doit être étendu à l'ensemble des **régimes spéciaux**. Il en est ainsi des régimes des clercs et employés de notaires, des militaires de carrière et des militaires engagés, des ouvriers de l'Etat, et des mines qui, par exemple, se réfèrent explicitement à la qualité de membre de la famille de l'assuré social. Cette qualité doit être entendue, selon les dispositions de ces régimes, au sens de l'article L.313-3 précité.

Pour certains de ces régimes, l'attribution de la qualité d'ayant droit produit des effets inédits. Il s'agira même parfois de véritables inégalités, non seulement au regard du régime général, même aussi entre les régimes spéciaux eux-mêmes.

Tout d'abord, certains régimes spéciaux se démarquent du régime général et ce, de deux façons. D'une part, certains régimes spéciaux, tel celui d'EDF-GDF, allouent des avantages supplémentaires par rapport au

³¹ Cf. infra, B.

régime général par le biais des Caisses mutuelles complémentaires et d'action sociale³². De même, s'agissant des prestations en espèces, il est des employeurs qui garantissent le maintien de l'intégralité du salaire en cas de maladie - maternité³³. D'autre part, et c'est ce qui fait la réelle spécificité des régimes spéciaux, il existe dans certains d'entre eux une organisation médicale particulière. Souvent celle-ci coïncide avec la gratuité des soins mais ce n'est pas toujours le cas. En effet, celle-ci n'est garantie que dans le régime minier et à la SNCF et à des niveaux différents. Si ces régimes spéciaux font bénéficier les membres de la famille de l'assuré social, entendus au sens de l'article L. 313-3 du Code de la sécurité sociale, de cette organisation médicale particulière, seul le régime minier leur accorde la gratuité des soins.

Deux systèmes coexistent alors, le régime minier et le régime SNCF.

Le régime minier offre aux assurés sociaux du régime, actifs ou retraités ainsi qu'à leurs ayants droit la gratuité des soins à la condition qu'ils aient consulté un praticien agréé. La gratuité des soins vient en quelque sorte compenser les atteintes portées au principe de la liberté de choix du médecin. Ces atteintes sont d'autant plus importantes qu'en cas de recours injustifié à un praticien non agréé, les affiliés supportent l'entière charge des honoraires médicaux. Dans un premier temps, la Cour de cassation a admis que la consultation d'un praticien non agréé entraînait la renonciation à la gratuité des soins mais permettait le versement des prestations du régime général en vertu du principe d'équivalence posé par le décret du 6 juin 1946³⁴. Ainsi, les assurés sociaux renonçant à consulter un médecin agréé recouvraient-ils la liberté de choix du médecin mais perdaient le bénéfice de la gratuité des soins. Depuis un arrêt du 14 décembre 1961³⁵, la Cour de cassation retient une conception plus large de l'équivalence. Il découle de cette nouvelle conception que les personnes affiliées à un régime spécial subordonnant la gratuité des soins à la consultation d'un médecin agréé n'ont droit à aucun remboursement si elles consultent un praticien extérieur³⁶. Le recours à des praticiens extérieurs n'est admis qu'en présence de circonstances particulières. Celles-ci sont caractérisées lorsque « *l'affilié après avoir eu recours à un médecin agréé, mais craignant pour la vie de son épouse, dont l'état s'était subitement aggravé, appelle au chevet de la malade un praticien non agréé qui poussait les soins jusqu'à la guérison* »³⁷. De graves atteintes sont ainsi portées à la liberté de choix du médecin. Si la perte de cette dernière emporte la gratuité des soins, il est contestable que la renonciation à la seconde ne permette pas de recouvrer une telle liberté. La réciprocité serait plus logique.

Le régime SNCF offre lui aussi la gratuité des soins aux assurés sociaux qui consultent leur médecin d'établissement ou de secteur mais se distingue du régime des Mines en assurant par le biais de la Caisse de prévoyance de la SNCF le service des prestations en nature de l'assurance maladie maternité dans des conditions certes plus avantageuses que le régime général³⁸ mais en appliquant le ticket modérateur. Les ayants droit bénéficient donc d'une liberté plus grande que dans le régime minier. Ils ne perdent pas leur droit au remboursement des dépenses de santé lorsqu'ils ont recours à la médecine

³² Au sein de ce régime, les assurés sociaux sont remboursés des dépenses laissées à leur charge après application du taux en vigueur dans le régime général.

³³ EDF- GDF, S NCF, fonction publique.

³⁴ Décret du 6 juin 1946, article 62 : les régimes spéciaux doivent assurer à leurs ressortissants des prestations équivalentes pour chacun des risques, à celles du régime général de la Sécurité sociale, et sans que les avantages de même nature qui leur étaient accordés antérieurement puissent être réduits ou supprimés.

³⁵ Soc. 14 décembre 1961, Barbotin, *Dr. Soc.* 1962 pp. 644-646 obs. A. BRUN arrêt de cassation fondé sur les articles 85 à 88 du décret du 27 novembre 1946 faisant obligation aux assurés du régime minier de s'adresser à un médecin agréé.

³⁶ « *Les ressortissants du régime spécial de Sécurité sociale dans les mines qui dérogent aux règles du régime général (...) ne sauraient (...) prétendre aux prestations prévues par le régime général* » soc., 10 décembre 1970, Leconte, *Dr. Soc.* 1976, pp. 687-688, obs. R. BONNET et « *selon l'article 90 du décret du 27 novembre 1946 portant organisation de la sécurité sociale dans les mines, les frais relatifs aux soins ne sont remboursés que s'ils ont été prescrits par un médecin agréé* » soc. , 6 janvier 1988, Chabot, *Bull. V*, n°6, p.4

³⁷ Soc. , 20 novembre 1968, Vandal, *Dr. Soc.* 1969 pp. 264-265, obs. R. BONNET.

³⁸ Ainsi, un enfant d'agent est pris en charge par la Caisse de prévoyance de la SNCF jusqu'à 28 ans s'il poursuit des études, ce qui le dispense du paiement de la cotisation de Sécurité sociale étudiante. En revanche, un enfant d'un assuré du régime général doit être affilié, s'il poursuit ses études, au régime de Sécurité sociale des étudiants : le second doit donc exposer des frais de cotisation étudiante, dont est dispensé le premier.

libérale. En contrepartie, ils ne bénéficient pas de la gratuité des soins mais simplement de prestations en nature plus avantageuses que le régime général. Le procédé nous apparaît alors plus cohérent. Une véritable discrimination existe ainsi entre les ayants droit des différents régimes. Même si le principe de gratuité des soins a toujours été avancé pour contrebalancer et même justifier les atteintes portées au principe de libre choix du médecin, il nous semble d'une part inadmissible que la renonciation à la gratuité des soins ne permette malgré tout pas un remboursement des dépenses engendrées sur la base du régime général et d'autre part aberrant que cela soit étendu aux ayants droit dans le régime minier.

En outre, il faut noter que le Code de la sécurité sociale a envisagé implicitement, dès l'origine, l'hypothèse des **familles recomposées**. Certes, en 1945, cette ouverture était prioritairement destinée à s'appliquer aux remariages après veuvage. Il n'en demeure pas moins que son champ d'application est aujourd'hui beaucoup plus large. La première trace de cette ouverture se trouve dans l'article L.313-3 du Code de la sécurité sociale qui cite les enfants à la charge de l'assuré ou de son conjoint. Ainsi, un assuré social remarié peut faire bénéficier de la qualité d'ayant droit un enfant qui n'est pas le sien. Et même en dehors de tout remariage, il peut faire bénéficier de cette qualité l'enfant à charge de celui avec lequel il a formé un couple (vie maritale, « vie avec » au sens de l'art. L.161-14, al. 2 c. séc. soc., PACS).

De même, il faut relever que les dispositions de **l'assurance maternité** reconnaissent d'une certaine façon l'existence des familles recomposées. Si cette reconnaissance n'est qu'indirecte puisqu'elle a lieu à l'occasion des dispositions relatives à la durée du congé maternité, elle n'en est pas moins incontestable. L'article L.331-4 du Code de la sécurité sociale énonce en effet en substance que lorsque l'assurée elle-même ou le ménage assume déjà la charge d'au moins deux enfants, ou lorsqu'elle a déjà mis au monde au moins deux enfants nés viables, la période du congé indemnisé est portée à 26 semaines. Ces dispositions relatives aux prestations en espèces de l'assurance maternité montrent ainsi que c'est la situation de fait qui est déterminante pour le calcul du congé : peu importe la situation matrimoniale de la future mère, peu importe également la nature du lien de filiation de enfants qui sont à la charge du foyer auquel elle appartient, peu importe même l'existence d'un lien de filiation. Ce qui est déterminant, c'est la réalité de la charge familiale qui repose sur la femme enceinte. On peut relever que c'est le même raisonnement qui anime le droit des prestations familiales puisque l'allocataire perçoit les prestations en conséquence du nombre d'enfants qui sont à sa charge, quelle que soit la nature du lien de filiation ou même l'existence du lien de filiation : c'est la condition de charge qui est essentielle.

Cette première analyse ne doit cependant pas nous conduire à conférer une importance trop grande à la référence au lien familial. En effet, les évolutions récentes qui ont élargi l'attribution de la qualité d'ayant droit à de nouveaux bénéficiaires ont réduit les effets attachés à cette référence pour l'accès aux prestations en nature des assurances maladie et maternité.

B - Le dépassement de la référence au lien familial pour l'attribution de la qualité d'ayant droit

C'est en matière d'assurance maladie et maternité que le groupe des ayants droit est le plus fourni³⁹. Après avoir longtemps été restreint au conjoint non divorcé⁴⁰, aux enfants à charge de l'assuré ou de son conjoint⁴¹, aux descendants, ascendants, collatéraux jusqu'au troisième degré et alliés de même degré⁴², le cercle des ayants droit s'est en effet progressivement élargi et s'est ouvert à de nouvelles personnes. Ont ainsi été successivement accueillis, sous l'impulsion de la loi, la personne qui vit maritalement avec l'assuré social, à condition d'être à sa charge⁴³, celle qui vit avec l'assuré social depuis douze mois⁴⁴ et celle qui a

³⁹ Sur ce point, cf. Rapport intermédiaire, pp.12 et s.

⁴⁰ Art. L.313-3 CSS.

⁴¹ Sous réserve d'une limite d'âge. Art. L.313-3 CSS.

⁴² Art. L.313-3, 4° CSS.

⁴³ Loi du 2 janvier 1978, art. L.161-14 CSS.

passé avec l'assuré social⁴⁴, aux mêmes conditions. De ce fait, la référence au lien familial a changé de sens. Alors qu'à l'origine, cette référence constituait le fondement même de l'attribution du droit, aujourd'hui, elle ne constitue plus qu'un cas d'ouverture de droit parmi d'autres. On ne peut même pas considérer qu'elle occupe une place privilégiée car elle se situe sur le même plan que les autres. Le fait qu'elle soit mentionnée avant les autres ne tient qu'à des raisons historiques. Quant au sens qu'il convient d'assigner à ces nouvelles possibilités d'acquérir la qualité d'ayant droit, il peut être discutable.

En effet, il peut être tentant de comprendre cet élargissement de l'attribution de la qualité d'ayant droit comme une traduction de la volonté de reconnaître de nouveaux types de familles. Pourtant, ce n'est pas ainsi que nous l'interprétons, pour plusieurs raisons.

Le premier argument peut être tiré des différentes extensions réalisées depuis 1978 car toutes évitent soigneusement de se référer à la famille. Elles privilégient la neutralité puisque les situations qui peuvent donner lieu à l'attribution de la qualité d'ayant droit sont définies de façon objective, leur définition n'étant sous-tendue par aucune référence au lien familial. Pour autant, cela ne signifie pas que ces extensions de la qualité d'ayant droit ne produisent aucune influence sur la consistance du lien familial retenu par l'assurance maladie maternité. C'est précisément ce que montre la notion de «vie avec», inventée par la loi du 27 janvier 1993. En effet, désormais, au moyen de cette notion, les membres de la famille de l'assuré social qui ne remplissent pas les conditions cumulatives requises par l'article L.313-3 4° du Code de la sécurité sociale - et difficiles à remplir compte tenu des structures actuelles des familles - peuvent recourir à la notion de « vie avec » pour accéder à la qualité d'ayant droit. En d'autres termes, cette notion permet de contourner les exigences rigoureuses de l'article L.313-3 4°. On pourrait en déduire que le législateur a saisi l'occasion de la loi de 1993 pour abandonner l'idée qu'un lien familial distendu devait être renforcé par des conditions restrictives, correspondant à des situations de fait exceptionnelles, pour produire des effets juridiques en matière d'assurance maladie maternité.

Par ailleurs, si le législateur avait cherché à conférer un véritable statut social, notamment constitué de droits à prestations, à des couples constitués en marge du mariage, il leur aurait reconnu la qualité d'ayant droit, de façon systématique, tant pour les différents risques sociaux que pour le risque professionnel. Or, une telle démarche n'a pas été engagée. S'il peut bien sûr arriver que la personne en situation de vie maritale avec l'assuré, qui vit avec lui, ou qui a conclu un PACS avec lui, peut avoir la qualité d'ayant droit, elle n'acquiert pas cette qualité de façon systématique, pour l'ensemble des risques couverts par la sécurité sociale. Elle n'acquiert cette qualité que de façon occasionnelle, en fonction du régime propre de chaque assurance sociale, si bien qu'il est impossible de considérer d'emblée qu'elle est assimilée à un conjoint, ou qu'elle bénéficie d'une égalité de traitement par rapport au conjoint. Plus précisément encore, une personne vivant maritalement avec un assuré social pourra parfaitement être ayant droit avéré dans l'assurance maladie maternité, mais seulement un ayant droit potentiel dans l'assurance décès et, même, être totalement ignoré par les autres assurances sociales.

Pour cette raison, il nous semble évident qu'en ouvrant les assurances maladie et maternité à ces nouveaux foyers, le législateur n'a pas eu l'ambition de reconnaître de nouvelles formes de familles, mais qu'il a eu plus simplement le souci de favoriser la généralisation de l'accès aux soins. C'est d'ailleurs, nous l'avons relevé, ce que la terminologie très neutre utilisée par la loi de 1993 nous incite à penser.

Certes, on pourrait prolonger la réflexion en se demandant si on doit considérer que les liens interpersonnels qui naissent dans ces nouvelles formes de foyers ne sont pas de véritables liens familiaux.

Si l'on s'en tient à l'approche civiliste de la famille naturelle exposée plus haut, on est conduit à considérer que l'entrée du concubin dans le cercle des ayants droit atténue le caractère familial traditionnel de la qualité d'ayant droit. La famille classique, fondée sur le mariage, n'est plus la seule à fonder l'attribution de cette qualité. Le droit de la sécurité sociale admet l'existence d'une famille hors mariage, il prend acte de ce phénomène et lui fait produire ses effets. On peut toutefois se demander si l'on peut encore parler de famille dans cette hypothèse, surtout lorsque le foyer considéré se limite au couple. En effet, si

⁴⁴ Loi du 27 janvier 1993, art. L.161-14, al.2 CSS.

⁴⁵ Loi du 15 novembre 1999.

l'idée de famille demeure en présence d'enfants, elle semble fort ténue en l'absence de descendance et, si l'on se réfère au droit civil, il semble impossible de parler de famille pour désigner la cohabitation de deux individus de sexes différents, même si cette cohabitation prend la forme de vie maritale. Si en revanche, il est possible de parler de famille en présence de deux individus mariés et en l'absence d'enfants, c'est bien parce qu'alors, il y a une chose de plus que dans le concubinage, l'acte de mariage qui unit non seulement deux individus mais également leurs lignées. Ce raisonnement interdit à plus forte raison d'utiliser le terme famille pour désigner le couple homosexuel. Alors, dans cette dernière hypothèse, la dimension familiale est totalement absente de la qualité d'ayant droit. Ce n'est plus le lien familial qui peut être recherché pour expliquer l'attribution de cette qualité au concubin homosexuel. Le législateur donne simplement une réponse à un phénomène en voie d'extension⁴⁶. La qualité d'ayant droit est alors, encore une fois, une technique au service de la généralisation et indépendante de la famille au sens du droit civil.

De la même façon et plus récemment encore, la loi relative au pacte civil de solidarité (PACS), définitivement adoptée le 13 octobre 1999 par l'Assemblée nationale et promulguée le 15 novembre 1999, après que le Conseil constitutionnel a rendu sa décision⁴⁷, attribue la qualité d'ayant droit pour l'ouverture du droit aux prestations en nature de l'assurance maladie et maternité à la personne, non assuré social, liée à un assuré social par un PACS⁴⁸. Ici encore, doit-on considérer que les personnes liées par un Pacs constituent une nouvelle forme de famille ? On sait que le législateur a préféré ne pas s'engager sur ce terrain et, d'ailleurs, les dispositions relatives au Pacs font l'objet d'un nouveau titre XII du Code civil, intitulé "Du pacte civil de solidarité et du concubinage", venant compléter le livre 1^{er} de ce même code, intitulé "Des personnes", ne permettant en rien d'indiquer qu'il s'agit là d'une nouvelle forme de famille.

Mais justement, quelle est la définition de la famille qui doit prévaloir aujourd'hui dans le droit de la sécurité sociale ? Le droit de la sécurité sociale doit-il rester limité par la définition civiliste ou doit-il s'en écarter ? Et d'ailleurs, la conception civiliste de la famille ne va-t-elle pas elle-même évoluer sous l'influence du pacte civil de solidarité ? La question est cruciale. Rien n'interdit en réalité de prendre ses distances par rapport au droit civil et d'avoir une approche beaucoup plus large de la famille. Cela serait d'ailleurs justifié par l'objectif de généralisation de la couverture sociale qui anime tout le droit de la sécurité sociale. Nous avons d'ailleurs montré comment le droit de l'aide sociale entendait largement la notion de membre de la famille, à l'occasion de la loi sur l'allocation personnalisée d'autonomie⁴⁹.

Cette analyse nous conduit ainsi à affirmer que la notion d'ayant droit n'est pas guidée par un souci de reconnaissance de certains types de familles mais qu'elle remplit plus modestement une **fonction instrumentale**. Elle est une technique destinée à œuvrer en faveur de la généralisation de l'accès aux soins. A cette fin, la définition de l'ayant droit a d'abord été construite en se référant au lien familial. Puis, comme cette référence constituait un obstacle pour la réalisation de la finalité de généralisation, la détermination des ayants droit s'en est détachée, par étapes. Autant dire qu'aujourd'hui, en matière d'assurance maladie et maternité, la référence au lien familial n'a finalement plus aucun rôle à jouer dans l'accès aux prestations. Même si la référence à ce lien n'a pas disparu puisqu'elle existe toujours pour l'attribution de la qualité d'ayant droit, le lien familial n'est plus, à l'heure actuelle, un critère déterminant pour l'attribution de cette qualité. Ce n'est qu'un élément parmi d'autres qui ne semble subsister encore que pour des raisons historiques et qui, en tant que tel, constitue plutôt un obstacle à la généralisation des assurances maladie et maternité. Dans ce contexte, ce constat conduit inévitablement à s'interroger sur la pertinence de son maintien et sur la signification de ce maintien, aujourd'hui encore.

Il existe en revanche un critère qui est déterminant pour la qualité d'ayant droit et qui accompagne et, même, s'ajoute toujours à la référence au lien interpersonnel : c'est le fait d'être à charge de l'assuré

⁴⁶ Cette réponse est rendue d'autant plus nécessaire par l'épidémie dont est victime cette population spécifique et qui impose que soit généralisée sa couverture sociale.

⁴⁷ Loi n°99-944 du 15 novembre 1999, *J.O.* du 16 novembre 1999, p.16959, Conseil constitutionnel, décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999, *J.O.* du 16 novembre 1999, p.16962.

⁴⁸ Article L.161-14 du Code de la sécurité sociale.

⁴⁹ Cf. *supra*, Introduction, p. 14.

social. En effet, quelle que soit la nature du lien interpersonnel qui unit l'ayant droit potentiel à l'assuré social, le Code de la sécurité sociale exige que la personne en cause soit à charge de l'assuré social. Il semble donc possible d'avancer qu'en matière d'assurances maladie et maternité, ce n'est pas l'existence d'un lien familial ou la nature du lien interpersonnel qui est déterminant mais l'existence d'une relation de dépendance économique. Nous montrerons en deuxième partie comment il est possible d'exploiter cette voie⁵⁰.

Paragraphe 2 - Le rôle inégal du lien familial pour l'attribution de la qualité d'ayant droit pour l'assurance décès

L'assurance décès est assez difficile à appréhender car elle est très ambivalente, depuis sa création, et cette ambivalence originelle n'a jamais été vraiment levée. En effet, cette assurance sociale abrite deux fonctions qui, bien que pouvant se recouper, n'en sont pas moins distinctes.

Cette assurance sociale garantit à certains ayants droit de l'assuré social qui décède un «capital décès» qui est égal à 90 fois son gain journalier. Elle est destinée à compenser, en partie, la perte soudaine de revenu qui résulte pour les ayants droit du décès de l'assuré et de couvrir une partie des frais occasionnés par le décès, telles les dépenses engagées pour les obsèques par exemple. L'article L.361-1 du Code de la sécurité sociale dispose en effet que «l'assurance décès garantit aux ayants droit de l'assuré le paiement, dès son décès, d'un capital»⁵¹. Pour cette raison, on présente communément le capital décès comme une sorte de succession sociale, attribuée à des personnes désignées néanmoins sans référence au droit successoral. C'est ainsi que le conjoint, qui n'est en principe pas un successible, est placé au premier rang des bénéficiaires prioritaires et, en l'absence de bénéficiaires prioritaires, au premier rang des bénéficiaires non prioritaires⁵². Ce qui permet de désigner les bénéficiaires du capital décès est donc moins les indications du droit des successions que la nature du lien interpersonnel qui existe entre le *de cuius* et les survivants, en même temps que la situation matérielle de ces derniers, devenue précaire pour les bénéficiaires prioritaires ou supposée fragilisée pour les bénéficiaires non prioritaires.

En effet, pour cette sorte de succession sociale que constitue le capital décès, les bénéficiaires sont désignés sans référence au droit successoral et le cercle des personnes qui peuvent être appelées à en bénéficier est très différent des successeurs habituels. L'article L.361-4 du Code de la sécurité sociale détermine les personnes qui peuvent avoir droit au capital décès et privilégie les ayants droit à charge effective, totale et permanente de l'assuré, ce qui peut se justifier par la finalité indemnitaire qui caractérise la prestation. C'est ce que l'on nomme le droit de priorité. Les titulaires de ce droit de priorité sont eux-mêmes classés selon une liste en fonction de laquelle chaque personne qui y est mentionnée efface celle qui lui succède. C'est ce que l'on nomme l'ordre de préférence. Sont ainsi visées le conjoint non divorcé, le partenaire du PACS, les enfants, les ascendants et toute autre personne à charge⁵³. Si aucune priorité n'est invoquée dans un délai d'un mois⁵⁴, le capital est attribué au conjoint survivant non séparé de droit ou de fait ou, à défaut, aux descendants et, dans le cas où l'assuré social décédé ne laisse ni conjoint survivant ni descendants, aux

⁵⁰ Cf. supra, p. 145 et s.

⁵¹ Sous le régime du décret-loi de 1935, les prestations de l'assurance décès comprenaient en outre des majorations pour charge de famille et des pensions d'orphelins. La référence à la famille était donc particulièrement présente. Elle n'a plus la même importance aujourd'hui puisque l'ordonnance de 1945 a supprimé ces majorations et ces pensions dont les montants étaient d'ailleurs infimes. En outre, en raison du relais des prestations familiales, ces prestations ne se justifiaient plus dans leur principe puisque la personne qui conserve la charge des orphelins bénéficie en règle générale de prestations familiales spécifiques.

⁵² Articles L.361-4 et R.361-3 du Code de la sécurité sociale.

⁵³ Les problèmes posés par la juxtaposition des articles L.361-1 et L.361-4 du Code de la sécurité sociale sont résolus depuis la circulaire du 13 mars 1963, faisant sienne l'interprétation jurisprudentielle énoncée dans l'arrêt de la deuxième chambre civile du 2 février 1967 (JCP 1967, éd. G, IV, 158), puis la décision de l'assemblée plénière du 30 janvier 1970 (Bull. civ. Ass. plén. n°1). Cf. sur ce point le *Rapport intermédiaire*, sp. p. 21.

⁵⁴ Article R.361-5 du Code de la sécurité sociale.

ascendants. Cette deuxième liste s'analyse également en un ordre de préférence puisque la première personne mentionnée présente évince celle qui lui succède.

La présence du pacsé ou de toute autre personne à charge montre bien que le droit des successions n'intervient pas pour la désignation des bénéficiaires du capital décès. Toutefois, l'éviction de cette branche du droit n'empêche pas qu'au bout du compte, ce sont tout de même des personnes qui font partie de la famille de l'assuré décédé qui sont privilégiées - si on met à l'écart le pacsé dont l'appartenance familiale peut être contestée- et qui, en général, vont bénéficier du capital. En outre, c'est finalement un lien familial de nature assez proche de celui qui détermine l'attribution de la qualité d'ayant droit des assurances maladie et maternité qui est retenu. Malgré ces similitudes, on doit noter une différence majeure qui tient à l'absence de traitement particulier de la personne qui vit maritalement avec l'assuré. En effet, si celle-ci n'est pas en tant que telle exclue du capital décès, elle ne fait l'objet d'aucun traitement spécifique, elle n'est pas mentionnée en tant que telle parmi les bénéficiaires potentiels, et elle ne peut percevoir le capital décès que si, à la charge de l'assuré, elle n'est pas en concurrence avec des enfants ou des ascendants.

On le constate donc, le lien interpersonnel qui est privilégié pour ouvrir l'accès au droit est encore une fois le lien familial traditionnel puisque la référence à la famille légitime domine très largement le régime de l'attribution de la prestation. Certes, ce lien n'est pas exclusif puisqu'on a remarqué l'incursion du partenaire du PACS et puisque ce lien familial est combiné, pour les bénéficiaires prioritaires, avec la situation économique. D'ailleurs, il faut noter que le pacsé, peut même évincer les membres traditionnels de la famille lorsqu'il est à la charge de l'assuré.

Pour analyser et apprécier le régime de l'assurance décès, il faut raisonner en se référant à la finalité de la prestation. On l'a indiqué plus haut, la finalité de la prestation est double. L'assurance décès comporte incontestablement une dimension alimentaire et cherche à permettre aux survivants de faire face, dans l'urgence, à une situation de besoin puisque ce sont les personnes qui étaient au jour du décès à la charge de l'assuré social qui sont prioritaires pour l'attribution du capital. Pour autant, la prestation n'est pas réservée aux personnes à charge. A défaut de ces dernières, elle peut être aussi attribuée à des personnes qui, au jour du décès, n'étaient pas à la charge de l'assuré. Pour ces dernières, la dimension alimentaire est donc absente. La prestation a alors pour objet de permettre aux survivants de compenser les frais qu'ils ont engagés pour régler les conséquences du décès de l'assuré (transport du corps, obsèques, inhumation, incinération...). Elle constitue dans ce cas une sorte de pécule qui permettra aux survivants de faire face aux dépenses entraînées par le décès de l'assuré.

Au regard de cette double fonction, le régime de l'assurance décès n'est pas exempt de critiques. Du point de vue de la fonction alimentaire, c'est l'absence de prise en considération de la vie maritale qui semble pouvoir être critiquée. Du point de vue de la compensation des frais liés au décès, force est de constater que le régime de la prestation s'oppose à ce que cette fonction soit remplie dès que la fonction alimentaire est prioritaire. Enfin, qu'il s'agisse de l'une ou l'autre de ses fonctions, les proches de l'assurés et, plus précisément, celui qui compose un couple avec l'assuré devrait systématiquement figurer parmi les ayants droits. C'est à cette condition que la prestation sera en adéquation avec les nouvelles formes de familles.

Quant aux régimes spéciaux, il faut relever certains particularismes.

L'analyse de l'assurance décès qui a vocation à verser un capital décès est souvent plus avantageuse dans les régimes spéciaux surtout en raison du montant des prestations versées. Celles-ci sont désignées sous l'appellation de capital décès ou d'allocation décès. Son analyse a révélé trois situations :

- soit le capital décès est celui du régime général de sécurité sociale⁵⁵,
- soit le régime spécial octroie un capital décès complémentaire de celui versé par le régime général⁵⁶,

⁵⁵ Tel est le cas du régime des ouvriers affiliés au fonds spécial des pensions, des ouvriers des établissements industriels de l'Etat

soit le régime spécial octroie son propre capital. Or, la dévolution dudit capital peut suivre quasiment les mêmes règles que le régime général. Les ayants droit sont le conjoint survivant, à l'exclusion du conjoint divorcé ou séparé de corps, les descendants et enfin les ascendants à la charge de l'assuré social décédé.

Certains régimes font varier le montant des prestations selon la qualité des ayants droit, de la situation de famille du conjoint survivant et des circonstances du décès⁵⁷. Les prestations sont augmentées ou réduites selon que le conjoint survivant a ou n'a pas d'enfants à charge. De plus, le mode de calcul des allocations diffère selon la qualité d'ayants droit : c'est ainsi qu'elles sont pour le conjoint survivant et les orphelins calculées au taux en vigueur à la date du décès de l'affilié et pour les ascendants, au taux en vigueur à la date où ils remplissent les conditions nécessaires ou, s'ils sont titulaires d'une pension d'ascendant concédée au titre du Code des pensions militaires d'invalidité, à la date d'entrée en jouissance de la pension.

D'autres interdisent le cumul de l'allocation décès et de l'indemnité pour frais d'inhumation⁵⁸.

D'autres encore octroient en sus, une indemnité dite de secours immédiat aux ayants droit. Ceux-ci sont par ordre de priorité, le conjoint non séparé sans condition de durée du mariage, le conjoint séparé sous réserve qu'il ait acquitté les frais d'obsèques et qu'il le justifie, les enfants, les ascendants à charge. En l'absence d'ayants droit à l'indemnité statutaire, toute personne ayant supporté les frais d'obsèques peut, sur justifications, en obtenir le remboursement sous forme d'indemnité bénévole laquelle ne doit jamais excéder l'indemnité de secours immédiat au décès.

La spécificité des régimes spéciaux se trouve dans l'octroi de pension d'orphelin. Sont visés les enfants légitimes, naturels et adoptés. Des limites d'âge sont posées par les différents régimes. Il s'agit ni plus ni moins que d'une aide apportée aux enfants de l'assuré social décédé.

Paragraphe 3 - Le rôle déterminant du lien conjugal pour l'attribution de la qualité d'ayant droit dans les assurances veuvage, invalidité et vieillesse

D'emblée, il faut souligner que, tant dans le régime général que dans les régimes spéciaux, le lien conjugal est à la base de l'attribution de la qualité d'ayant droit. Il est même le lien familial exclusivement retenu. Ce lien a d'ailleurs tant de force qu'il va parfois survivre à la dissolution du mariage et justifier le maintien des droits à prestation à l'ancien conjoint de l'assuré, à condition de solitude. C'est dire que des liens ignorés pour l'attribution de la prestation (vie maritale, PACS, concubinage) vont être retenus pour priver l'ayant droit de la prestation. C'est ainsi que la situation matrimoniale actuelle (**A**) ou passée (**B**) est déterminante pour l'attribution de la qualité d'ayant droit dans ces trois assurances sociales, alors que dans le même temps, et de façon difficilement justifiable, la situation de couple de l'assuré, contemporaine à son décès, ne peut être créatrice de droits si elle est constituée en marge du mariage.

A - La référence au lien conjugal actuel

Les assurances veuvage, invalidité et vieillesse réservent par principe la qualité d'ayant droit au conjoint actuel de l'assuré social. Si ce régime juridique est directement induit par la dénomination de l'assurance veuvage (**1**), le veuvage se définissant par référence au mariage, la situation est quelque peu différente pour les assurances invalidité et vieillesse (**2**).

⁵⁶ Cela se retrouve dans les régimes des agents non titulaires de l'Etat et des collectivités territoriales.

⁵⁷ Tel est le cas du régime des militaires de carrière et des militaires engagés.

⁵⁸ Cf. Régime de la marine marchande.

1) La référence obligée au mariage en matière de veuvage

La référence au lien conjugal actuel est nécessairement déterminant pour l'attribution des prestations relatives au veuvage, qu'il s'agisse de l'assurance veuvage proprement dite ou des allocations et pensions de veuves mises en place dans les régimes spéciaux. En effet, étymologiquement, le veuvage se définit par référence au mariage.

L'allocation veuvage du régime général, dernière née de assurances sociales⁵⁹, réserve l'attribution de la prestation au conjoint survivant de l'assuré social. Le terme de conjoint survivant est interprété de façon stricte puisque seul le conjoint actuel, non divorcé, peut prétendre au versement de cette prestation, à condition que ses ressources restent inférieures à un plafond fixé par décret⁶⁰. Ainsi, le veuf ou la veuve étant celui dont le conjoint est mort, la prestation s'adresse exclusivement au conjoint actuel de l'assuré social décédé. Les conjoints séparés de fait ou de corps ont également droit à l'allocation ; cela semble logique compte tenu de la finalité alimentaire de la prestation, car ils sont toujours mariés et une obligation alimentaire demeure entre eux. En revanche, l'allocation ne peut être accordée au conjoint divorcé, même s'il n'est pas remarié.

Pour cette assurance sociale, le droit de la sécurité sociale ne fait pas prévaloir la définition monogame du lien conjugal. Lorsque l'assuré social avait, au regard du droit musulman, plusieurs épouses, chacune d'entre elles dispose d'un droit à la prestation. Le montant de l'allocation veuvage doit être partagé à parts égales, et à titre définitif entre celles-ci dès l'instant où elles résident toutes dans leur pays d'origine. En l'absence de convention, l'allocation veuvage doit être payée, dans son intégralité, à l'épouse résidant en France, qui a obtenu la première les prestations de l'assurance maladie en qualité de conjointe de l'assuré décédé. Toutefois, dès l'instant où l'une au moins des épouses a atteint l'âge d'attribution de la pension de réversion, l'allocation veuvage ne peut plus être attribuée (Circ. CNAVTS n. 101/83, 7 sept. 1983).

Si le lien conjugal est nécessaire à l'attribution de la qualité d'ayant droit, il n'est cependant pas suffisant pour l'obtention de la prestation. S'y ajoutent en effet un certain nombre de conditions parmi lesquelles la condition d'âge, la condition de ressources, la condition de résidence, et la condition de solitude. En effet, cette assurance ne vise que les veufs⁶¹ et les veuves âgées de **moins de 55 ans** : ceux qui ont dépassé cet âge ont vocation à percevoir une pension de réversion. De plus, le demandeur de la prestation ne doit pas disposer de **ressources** supérieures à un certain montant⁶², ce qui montre d'ailleurs combien le système mis en place en 1980 est ambigu. La prestation répond à une idée de solidarité : il s'agit d'une prestation alimentaire, assortie d'une condition de ressources. Elle n'en demeure pas moins financée par une cotisation assise sur les salaires, ce qui fait d'elle également une prestation d'assurance. Une technique d'assurance est ainsi utilisée à des fins d'assistance⁽⁶³⁾. Le demandeur doit également satisfaire une **condition de résidence**. Il doit résider en France, sauf s'il s'agit du conjoint d'un assuré social relevant du régime d'assurance volontaire vieillesse en faveur des français à l'étranger (loi du 10 juillet 1965). Cette condition est supposée remplie par le conjoint, ressortissant d'un Etat membre de la CEE et résidant sur le territoire de celle-ci, ainsi que par le conjoint ressortissant d'un état ayant conclu une convention avec la France dont le champ comprend les prestations vieillesse et survivants, lorsque ce conjoint est retourné dans

⁵⁹ Sixième assurance sociale créée par la loi du 17 juillet 1980, article L.356-1 et s. du Code de la sécurité sociale.

⁶⁰ Le plafond trimestriel de ressources est de 12 113 F au 1^{er} janvier 2001.

⁶¹ Même si les hommes peuvent être les bénéficiaires de cette prestation, ce sont en réalité surtout des veuves qui la perçoivent (on compte environ 350 000 veuves âgées de moins de 55 ans).

⁶² Le plafond trimestriel de ressources est fixé à 3,75 fois le montant trimestriel de l'allocation aux vieux travailleurs, soit 11 164 F par trimestre. Il n'est pas tenu compte du capital de l'assurance décès, de l'allocation logement servie aux personnes âgées, aux infirmes et aux salariés de moins de 25 ans, de l'allocation compensatrice accordée aux handicapés, du revenu familial garanti, de l'aide personnalisée au logement.

⁶³ X. PRETOT, « La création de l'assurance veuvage », *RDSS*. 1981. 454 ; J.H. VARIN, « L'allocation veuvage aux conjoints survivants », *RPDS*. 1981. 181.

son pays d'origine. Depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2001⁶⁴, le demandeur n'est plus en revanche obligé de satisfaire à une **condition de famille**⁶⁵, dans le sens où la présence, actuelle ou passée, d'enfant(s) au foyer n'est plus nécessaire. Il doit seulement remplir une **condition de solitude** : le conjoint survivant ne doit pas être remarié ni vivre maritalement.

L'énumération de ces conditions cumulatives est essentielle pour l'analyse de la prestation. Elle permet de mettre en évidence que n'importe quel veuf ne peut pas percevoir l'allocation veuvage, si bien que le groupe de ses bénéficiaires potentiels est peut-être encore plus étroit que ce qu'il semblait être au premier abord. Car si la qualité de conjoint survivant est nécessaire, elle est loin d'être suffisante. L'unique lien familial retenu pour l'obtention de la prestation est donc le lien conjugal, et le lien conjugal doit s'accompagner de ces conditions cumulatives qui rendent finalement le bénéfice de la prestation assez aléatoire. Si certaines de ces conditions paraissent justifiées lorsqu'on les rapporte à la finalité de la prestation, d'autres peuvent donner lieu à critique, surtout si l'on raisonne en se référant au lien familial. L'assurance veuvage étant destinée à permettre à un conjoint survivant de ne pas se trouver dans le dénuement, il peut sembler logique que, lorsque ce dernier se trouve de nouveau dans une situation de couple et qu'une nouvelle personne subvient à ses besoins, l'aide de la collectivité cesse car elle doit rester subsidiaire. Cependant, il est assez curieux de noter que les situations de couple qui sont ignorées pour la création du droit sont en revanche des causes de déchéance du droit. C'est en effet le cas de la vie maritale et du Pacs qui vont entraîner la perte du bénéfice de la prestation puisque dans ces cas, la condition de solitude est considérée comme n'étant plus remplie. Si ces conséquences peuvent encore être admises pour le Pacs, compte tenu de l'obligation alimentaire qui existe entre les Pacsés, elles ne peuvent être justifiées pour la vie maritale puisqu'il n'existe aucune obligation alimentaire entre les concubins. Dans ce dernier cas, nous sommes donc en présence d'une simple situation de fait.

Au bout du compte, cette prestation, en raison de sa finalité première qui était de ne pas laisser la mère de famille sans ressources, répond à un schéma assez traditionnel de la famille, encore qu'elle prenne en considération la famille polygame, puisqu'elle a pour objet de créer des droits au profit des conjoints survivants qui n'ont pas de ressources personnelles. Elle ne s'intéresse qu'à la famille fondée sur le mariage et, pour cette raison, elle n'est plus, à l'heure actuelle, en concordance avec l'environnement social. Certes, avec la disparition de la condition tenant à l'enfant, elle commence à se détacher de ce schéma traditionnel. Le fait que l'ayant droit ne soit plus nécessairement un parent annonce d'ailleurs peut-être une transformation de la prestation.

L'assurance veuvage n'a pour sa part pas été organisée dans **les régimes spéciaux**, la loi du 17 juillet 1980⁶⁶ relative à l'assurance veuvage excluant de son champ d'application les veuves de fonctionnaires et des personnes couvertes par des régimes spéciaux dans lesquels ces veuves jouissent de prestations avantageuses. Certains régimes distribuent cependant des allocations de veuve.

C'est ainsi que **le régime de la marine marchande** accorde une allocation annuelle de veuve à celle dont le mari réunissait au moins 15 ans de services et qui n'a pas droit à une pension de l'Etat ou de la caisse de retraite des marins ou de la caisse générale de pensions ou qui, âgée de moins de quarante ans, n'a pas d'enfant. Elle revêt par conséquent un caractère subsidiaire et exige la solitude de la veuve. Le remariage de la veuve, comme un concubinage notoire entraînent ipso facto la perte de son droit mais celle – ci peut le recouvrer en cas de nouveau veuvage si le dernier mari vient à décéder sans laisser, à sa veuve, de pension ou d'allocation d'un montant supérieur.

La subsidiarité joue donc un rôle à deux niveaux : en présence d'un lien conjugal que l'on peut qualifier d'originaire, l'allocation n'est versée qu'à défaut de perception de prestations équivalentes. En présence d'un lien conjugal non originaire, le droit à l'allocation de veuve du chef du premier mari décédé n'est ouvert qu'à

⁶⁴ Loi n°2000-1257 du 23 décembre 2000, art. 26, J.O. 24 déc. 2000, p.20558.

⁶⁵ Il devait jusqu'alors avoir assumé la charge d'au moins un enfant ou avoir assumé cette charge (avoir élevé un enfant pendant 9 ans avant son premier anniversaire). *LFSS* 2001, art. 26, mod. Art. L356-1 c. séc. soc.

⁶⁶ Loi n° 80-546 du 17 juillet 1980 instituant une assurance veuvage en faveur des conjoints survivants ou ayant des charges de famille, JO 18/07/1980, p. 1812.

défaut pour la veuve de droit à pension du chef de ce nouveau mari décédé d'un montant supérieur. Au principe de subsidiarité ainsi posé s'ajoute celui du cumul des pensions lorsque celles – ci n'excèdent pas un certain montant ce qui nous apparaît plus que contestable. Si le principe de subsidiarité peut se justifier au regard de la finalité des allocations de veuve, en revanche, permettre un cumul de pensions est plus que critiquable. Non seulement le lien conjugal originaire continue à être une référence dans le versement des prestations et comme condition de ce dernier mais encore deux liens conjugaux successifs voire davantage pourront être pris en considération et constituer ainsi des conditions d'octroi des prestations. En effet, il est possible de suivre le raisonnement inverse et d'affirmer que la veuve peut cumuler plusieurs allocations de veuve à la condition qu'elle se soit mariée deux fois et que le montant de la deuxième allocation ne soit pas supérieur à celui de la précédente.

Dans le **régime des Mines**, les pensions de veuves sont accordées à la conjointe ou à l'ex conjointe non remariée dès lors que l'intéressée justifie de deux années de mariage. Toutefois, aucune condition de durée de mariage n'est exigée lorsque, au moment de la cessation du travail, il existait un enfant né des conjoints ou présumé conçu, ou lorsque le mari est décédé soit en activité de services soit des suites d'un accident du travail ou d'un état d'invalidité donnant droit à l'octroi d'une pension d'invalidité.

2) Les marques de la référence au mariage en matière d'invalidité et de vieillesse

Dans le **régime général**, tant l'assurance invalidité (a) que l'assurance vieillesse accordent une place exclusive au mariage (b).

a) L'empreinte de la référence au mariage dans l'assurance invalidité

En matière d'invalidité, cette empreinte se manifeste par l'attribution de la qualité d'ayant droit au seul conjoint survivant invalide. Ce dernier bénéficie du versement d'une pension assez comparable à une pension de réversion. Pour cette assurance sociale, c'est donc le seul conjoint qui se voit reconnaître des droits. Le seul lien familial pris en considération est donc le lien conjugal. En outre, ce lien nécessaire n'est pas suffisant puisqu'il doit être accompagné par des conditions tenant à son état physique⁶⁷ (il doit être lui-même invalide), à l'absence de remariage, à ses ressources. Ainsi, au décès du bénéficiaire d'une pension d'invalidité, son conjoint n'a droit à pension que si il est lui-même atteint d'une invalidité, mais sans avoir droit à la pension de son propre chef. Il se voit donc reconnaître un droit dérivé à la pension par les articles L. 342-1 et suivants du Code de la sécurité sociale. C'est pourquoi on nomme cette prestation pension de veuf ou de veuve invalide. Il ne doit pas être remarié : s'il se remarie, la pension d'invalidité qui lui a été allouée peut être supprimée. La personne dont la pension a été supprimée recouvre en cas de divorce ou de nouveau veuvage soit un droit à pension d'invalidité de veuve ou de veuf si elle n'a pas 55 ans, soit un droit à pension de vieillesse de veuve ou de veuf d'un montant égal à compter de la première échéance suivant le 55e anniversaire du titulaire⁶⁸. Le montant de la pension est de 52% de la pension principale dont bénéficiait le défunt. Outre le fait que le montant de la pension est d'un niveau fort critiquable, l'exclusion de toute personne autre que le conjoint du cercle des ayants droit ne correspond manifestement plus aux nouvelles formes de vie en commun. En outre, si seul le lien matrimonial donne naissance à la qualité d'ayant droit, les autres lien de couples sont pris en considération pour supprimer le droit à prestation.

Du côté des régimes spéciaux, nous retiendrons plusieurs particularismes.

L'analyse de l'**assurance invalidité** se confond parfois avec celle de la vieillesse. Une assimilation de ces deux assurances est en effet faite par certains régimes spéciaux. C'est ainsi que la **SNCF** procède à une telle assimilation. En effet, les agents de la SNCF qui en raison de leur état physique sont dans l'impossibilité de rester au service de la SNCF, ont droit à une pension immédiate qui représente une pension de vieillesse

⁶⁷ Le conjoint survivant doit lui-même être atteint d'une invalidité qui lui aurait permis d'obtenir une pension d'invalidité à titre personnel s'il avait été lui-même assuré social.

⁶⁸ Articles R.342-2 à R.342-6 du Code de la sécurité sociale.

anticipée et non pas comme dans le régime général une pension destinée avant tout à la subsistance de l'invalidé pendant toute la période d'inactivité. Ceci explique que l'invalidité requise s'apprécie par rapport à l'entreprise SNCF. De plus, la pension de réforme est soumise à une condition de durée de service : l'agent doit en effet justifier d'au moins 15 ans de services valables pour la retraite. Cette condition de durée disparaît lorsque l'invalidité trouve son origine dans un accident du travail ou une maladie professionnelle : l'assurance invalidité et la réparation des risques professionnels ne sont ainsi pas séparés. Enfin, le montant de la pension est indépendant du taux d'invalidité. Elle est servie toute la vie durant et est réversible par moitié lorsque les conditions réglementaires sont réunies. Elle n'est pas, comme dans le régime général relayée par la pension de retraite. La pension de réforme constitue la liquidation définitive des droits du cheminot aussi bien au titre du risque vieillesse que du risque invalidité. Dans la fonction publique, la même logique se retrouve.

b) L'empreinte de la référence au mariage dans l'assurance vieillesse

En matière d'assurance vieillesse, la référence au mariage emporte deux types de conséquences. En premier lieu, seul le conjoint survivant peut prétendre à la pension de réversion. En deuxième lieu, seul le conjoint à charge peut ouvrir droit à des majorations de pension, qu'il s'agisse de la pension contributive ou de la pension non contributive.

Concernant la pension contributive, la référence au mariage intervient doublement. En premier lieu, elle peut justifier une majoration de la pension principale. On se souvient en effet de la création de la majoration pour conjoint à charge créée en 1948⁶⁹, en principe réservée au conjoint d'au moins 65 ans⁷⁰ dont les ressources sont inférieures à un certain montant. En deuxième lieu, elle est déterminante pour la désignation du bénéficiaire de la pension de réversion puisque seul celui qui a la qualité de conjoint actuel ou d'ancien conjoint non remarié peut y prétendre.

C'est tout d'abord **le conjoint non divorcé non remarié de l'assuré social**, décédé ou disparu, qui peut percevoir cette pension, même si les époux étaient séparés de corps, de fait ou de droit. Le mariage doit avoir duré deux à la date du décès ou de la disparition, sauf si un enfant est issu du mariage. Cette qualité d'enfant issu du mariage s'apprécie à la date du point de départ de la pension de réversion. En application de l'article 311 du Code civil, il faut entendre par enfant issu du mariage l'enfant dont la filiation est juridiquement établie tant à l'égard du conjoint survivant bénéficiaire qu'à l'égard du conjoint décédé. Cette filiation doit être une filiation légitime à l'égard de l'un et de l'autre parent, quelle que soit la raison de cette filiation légitime (conception ou naissance pendant le mariage, légitimation par mariage, adoption plénière...). Enfin, en vertu du principe général selon lequel nul ne peut se prévaloir d'un acte immoral ou réprimé par la loi, la pension de réversion ne sera pas attribuée au requérant qui a été condamné pour homicide sur la personne du conjoint (lettre CNAVTS, 12 déc. 1978).

On le constate, contrairement à une idée reçue totalement erronée, la **vie maritale** n'est jamais prise en considération en matière de pension de réversion. Elle n'est pas créatrice de droit ; elle n'est pas non plus cause de déchéance du droit. Par contre, des droits non négligeables sont reconnus à l'ancien conjoint non remarié⁷¹, si bien que la pension de réversion se présente, à cet égard, comme un véritable acquis du mariage. Cela conduit à privilégier non pas l'union actuelle, mais celle qui est fondée sur le mariage et qui a le plus duré. Dans le même temps, aucun droit n'est reconnu au partenaire du PACS. Pour cette raison, le régime actuel de la pension de réversion est particulièrement anachronique. Il n'est absolument pas adapté aux familles de son temps.

Les pensions de réversion en matière de vieillesse servies dans les régimes spéciaux donnent également un reflet du lien familial.

⁶⁹ Voir sur ce point le rapport intermédiaire, sp. p. 27.

⁷⁰ Ou de 60 ans s'il est médicalement reconnu inapte au travail.

⁷¹ Cf infra, B.

Le **régime des militaires de carrière et des militaires engagés** offre une telle pension à la veuve à la condition que depuis le mariage, jusqu'à celle de la cessation de l'activité du mari, celui-ci ait accompli deux années au moins de services valables pour la retraite, sauf si un ou plusieurs enfants sont issus du mariage antérieur à ladite cessation. Il faut aussi que le mariage ait été contracté avant l'événement qui a amené la radiation des cadres. Le régime des **agents non titulaires de l'Etat et des collectivités territoriales** est beaucoup plus souple dans l'appréciation des ayants droit. En effet, ces derniers s'entendent de la veuve du veuf et du conjoint divorcé non remarié. La permanence du lien conjugal n'est pas exigé tout comme dans le régime des clercs et employés de notaire. Il est intéressant de noter que, encore une fois, la référence est faite à l'existence d'un enfant à charge. En effet et par exemple, le régime des clercs et employés de notaire comme celui de la marine marchande subordonnent le versement de la pension de réversion soit à des conditions de durée du mariage soit à la présence d'un ou plusieurs enfants à charge. Or, ces deux séries de conditions ne sont pas cumulatives mais alternatives. De plus, la référence au lien conjugal que nous avons qualifié d'originel est toujours forte car, même dissous il continue à produire des effets. C'est ainsi que dans le régime des clercs et employés de notaire toujours, le conjoint divorcé remarié avant le décès de l'assuré peut faire valoir son droit à pension de réversion s'il n'est pas ouvert au profit d'un autre ayant cause, lorsqu'il ne bénéficie d'aucun droit à pension de réversion du fait de son mariage.

Il est alors fort intéressant et quelque peu troublant de constater que la notion de charge est une référence transversale du droit de la sécurité sociale en ce qui concerne la branche prestations familiales et la branche des assurances sociales. Si, dans la première elle constitue quasiment uniquement une condition sine qua non du droit aux prestations, dans la seconde, elle est une condition suffisante de ce droit et a souvent pour effet d'écarter les autres exigences posées.

Concernant la pension non contributive, enfin, on remarque que c'est également le seul lien conjugal qui est retenu. Les différentes pensions de retraite non contributives connaissent toutes une majoration à raison de la situation de famille à travers la majoration complémentaire du Fonds spécial institué en 1952 et réglementé à l'article L.814-2 du Code de la sécurité sociale. Il s'agit de la majoration pour conjoint à charge. Ici encore, c'est donc uniquement le lien marital qui est retenu. Mais pour le coup, cela est plutôt favorable aux couples non mariés puisque chacun de ses membres peut ainsi percevoir une pension non contributive entière.

B - La place accordée au lien conjugal dissout

La place accordée au lien conjugal dissout montre l'importance accordée au mariage par le droit de la sécurité sociale. La portée du mariage est en effet telle qu'il va continuer à produire des conséquences alors même que le divorce a été prononcé. Cette hypothèse, il est vrai exceptionnelle, s'illustre essentiellement avec la **pension de réversion** de l'assurance vieillesse⁷².

Ainsi, **le conjoint divorcé non remarié**, quelles que soient la cause et la date du divorce, peut avoir droit à cette pension. Ceci est valable depuis le 18 juillet 1978⁷³. Avant cette loi, seul le divorce prononcé pour rupture de la vie commune préservait les droits à pension de réversion. Ce divorce étant le seul à laisser subsister le devoir le secours à la charge du conjoint qui avait provoqué le divorce, il était possible de lier le droit à pension de réversion de l'ancien conjoint, victime du divorce pour rupture de la vie commune, au fait qu'il était créancier d'une obligation alimentaire. Cela n'est plus le cas puisque dans les autres formes de divorces, une telle obligation ne survit pas à la dissolution du mariage. En tout état de cause, la condition de durée du mariage doit aussi être remplie. Si le conjoint survivant a divorcé et s'est remarié avec son ancien époux, il est possible de totaliser la durée des deux mariages pour déterminer si la condition des deux ans est remplie.

Quant au conjoint remarié, divorcé ou non, il peut dans certains cas prétendre à la pension de réversion. En principe, le remariage le prive de droit à pension de réversion du chef de son premier conjoint.

⁷² On la rencontre aussi en matière de réparation du risque professionnel.

⁷³ Loi du 17 juillet 1978.

Néanmoins, depuis le 1^{er} décembre 1982⁷⁴, ce principe a subi des atténuations. Ainsi, lorsqu'une personne a été mariée plusieurs fois, ses droits doivent en premier lieu être appréciés en fonction de la situation du dernier conjoint. Si le conjoint, (survivant ou divorcé) remarié n'est susceptible de bénéficier d'aucun droit à pension de réversion au titre du régime de base obligatoire du chef de son dernier conjoint, il peut recouvrer son droit à pension de réversion du chef d'un précédent conjoint. Pour cela, toutes les conditions doivent être remplies, et ce droit ne doit pas être ouvert ou susceptible d'être ouvert au profit d'un autre conjoint survivant ou divorcé.

Compte tenu de ces dispositions, au décès d'un assuré, **plusieurs ayants droits à la pension de réversion** peuvent entrer en concurrence : le conjoint survivant et un ou plusieurs anciens conjoints, divorcés et non remariés. L'article R.353-4 du Code de la sécurité sociale envisage en effet plusieurs situations susceptibles de se présenter. En premier lieu, le conjoint divorcé non remarié a droit à une pension de réversion entière lorsque l'assuré social ne s'était pas remarié, lorsqu'il s'est remarié mais que son remariage a duré moins de 2 ans et qu'aucun enfant n'était issu de ce remariage, ou lorsqu'il s'est remarié mais ne laisse pas de conjoint survivant. En deuxième lieu, il envisage l'hypothèse dans laquelle il y a coexistence d'un ancien conjoint et d'un conjoint marié depuis plus de 2 ans sans qu'aucun enfant ne soit né de ce 2^e mariage. Dans ce cas, la pension est partagée entre l'ancien conjoint et le conjoint survivant au prorata de la durée de chaque mariage. Enfin, il envisage la situation de la coexistence de plusieurs conjoints divorcés et non remariés. Dans ce cas, les anciens conjoints se partagent la pension à proportion de leur temps de mariage. Au décès de l'un des bénéficiaires, sa part accroît la part de l'autre ou, s'il y a lieu, celle des autres⁷⁵. La pension de réversion est ainsi calculée et répartie entre les ayants droit proportionnellement à la durée des mariages successifs. En outre, certains assurés sociaux étrangers sont susceptibles, conformément à leur statut civil, d'avoir simultanément plusieurs épouses. Des dispositions particulières des conventions internationales de sécurité sociale prévoient en général les modalités de partage de la pension de réversion entre les veuves. En l'absence de dispositions conventionnelles, le droit à pension de réversion est étudié dans le cadre du droit français, qui ignore la polygamie. Aussi, la pension de réversion est attribuée à l'épouse qui a obtenu la première le bénéfice des prestations de l'assurance maladie en qualité de conjoint de l'assuré. Si aucune des épouses n'avait obtenu ce bénéfice, la pension de réversion est allouée à celle qui s'est manifestée la première, et remplit les autres conditions (conditions d'âge et de ressources).

Pour le coup, la pension de réversion semble totalement inadaptée aux nouvelles formes de familles. Il paraît en effet complètement anachronique de favoriser un mariage dissout en faisant reposer ce traitement de faveur uniquement sur la durée du mariage. Nous ne mettons pas en cause le fait qu'un ancien conjoint, qui n'a pas acquis de droits propres à pension de retraite, notamment parce qu'il s'est consacré à une activité ménagère ou à l'éducation des enfants, ne doit pas être pris en considération. Loin de nous la volonté de sous-entendre que son activité ne doit pas faire l'objet d'une reconnaissance. Il nous semble cependant que ce n'est pas à la pension de réversion de remplir cette fonction. Lui faire jouer ce rôle revient à faire l'économie d'une véritable réforme qui consisterait à reconnaître l'activité ménagère en tant que telle et à créer à cette fin une prestation spécifique. Si une telle prestation était créée, elle permettrait l'attribution de la pension de réversion, en totalité, au conjoint survivant, et son extension au profit du pacsé et du concubin.

Nous avons indiqué, en commençant l'analyse du rôle du lien familial dans l'attribution de la qualité d'ayant droit, que la notion d'ayant droit était une notion instrumentale et qu'il ne fallait y rechercher aucune consécration de tel ou tel type de famille. En d'autres termes, l'ayant droit serait une technique au service de la finalité de la prestation et c'est la raison pour laquelle la nature du lien familial ne serait pas déterminante pour l'attribution de la qualité d'ayant droit. Pour autant, de façon indirecte, le droit des assurances sociales contribue à la consécration d'un certain type de famille. L'observation des différentes assurances sociales montre en effet, à l'évidence, que seule la famille légitime est représentée parmi tous les ayants droit de toutes les assurances sociales. Cette permanence contribue donc en pratique à la consécration de ce type de famille, au détriment des autres, puisque cette permanence n'est aucunement justifiée, sous réserve de l'assurance veuvage compte tenu de sa dénomination, par la nature du risque auquel est exposé l'ayant droit.

⁷⁴ Article 12 de la loi n°82-599 du 13 juillet 1982.

⁷⁵ Article L.353-4 du Code de la sécurité sociale.

SECTION 2 – LA COUVERTURE DU RISQUE PROFESSIONNEL : UN PRIVILEGE DE LA FAMILLE AU SENS TRADITIONNEL

Le régime général recouvre sous la dénomination de risque professionnel l'accident du travail (1898), la maladie professionnelle (1919) et l'accident du trajet (1946). Quel que soit le risque en présence duquel on se trouve, le régime de réparation qui peut être mis en œuvre est le même. C'est à ce niveau que la référence au lien familial doit être examinée puisque c'est l'observation du cercle des ayants droit qui peuvent prétendre à une prestation qui nous permettra de déterminer les types de familles qui sont pris en considération.

Outre les prestations qui sont versées à la victime directe du risque professionnel, la législation sur le risque professionnel prévoit des rentes destinées aux ayants droit, en cas de décès de l'assuré social. La lecture de la liste de ces ayants droit nous apprend que, ici encore, c'est le lien familial au sens étroit du terme qui est pris en considération pour l'attribution des prestations sociales (**paragraphe 1**). Cette conception étroite de l'ayant droit a d'ailleurs pour conséquence étonnante de placer des personnes proches de la victime directe, mais étrangères à ce lien familial, dans une situation parfois plus avantageuse du point de vue de la réparation de leur propre préjudice (**paragraphe 2**). Il faut relever ici une unité inhabituelle entre le régime général et les régimes spéciaux. En effet, si ceux-ci présentent des particularismes s'agissant de la gestion du risque professionnel, de l'organisation des soins et des prestations auxquelles ils donnent droit, la conception de l'ayant droit est, quant à elle, identique.

Paragraphe 1 - Les ayants droit à rente en cas de décès de la victime directe du risque professionnel

En cas de décès consécutif à un accident du travail ou une maladie professionnelle, la caisse primaire supporte, dans des limites précisées par les articles L435-1 et 435-2 du Code de la sécurité sociale, la charge des frais funéraires et les frais de transport du corps. Mais surtout, certains ayants droit de la victime bénéficient de rentes en application de l'article L434-8 du Code de la sécurité sociale. Il s'agit du **conjoint survivant**, les **enfants et descendants à charge**, des **ascendants à charge**. Cette liste permet aisément de constater que, ici encore, c'est la famille essentiellement légitime de l'assuré social qui a droit à prestation. Ce qui est nouveau néanmoins, c'est que ces ayants droit ne s'excluent pas les uns les autres et peuvent en même temps être bénéficiaires d'une rente.

- **Le conjoint survivant** est une fois de plus au premier rang des ayants droit. Il a vocation à une rente viagère (article L434-8 et 9 du Code de la sécurité sociale), à condition de remplir certaines conditions. Ainsi, le mariage doit avoir été contracté avant l'accident et avoir une antériorité de deux ans, sauf si un ou plusieurs enfants sont issus du mariage. Lorsqu'il y a eu divorce ou séparation de corps, le conjoint survivant peut avoir droit à la rente viagère, à condition qu'il ait obtenu une pension alimentaire. Lorsque le conjoint a été condamné pour abandon de famille, ou déchu totalement de l'exercice de l'autorité parentale, il est également déchu de tous ses droits à rente viagère. Ses droits sont alors transférés aux enfants et descendants. En cas de remariage, le conjoint survivant cesse en principe d'avoir droit à la rente.

La rente due au conjoint survivant est en principe égale à 30% du salaire annuel de la victime décédée. Le conjoint qui atteint 55ans a droit à un supplément qui atteint 20% du salaire annuel, ce qui permet à sa rente d'atteindre 50% du salaire de référence. Ce taux de 50% est d'ailleurs également appliquée au salaire de référence pour le calcul de la rente du conjoint survivant lorsque ce dernier est atteint d'une incapacité générale de 50%. S'il y a eu divorce ou séparation, le conjoint qui a obtenu une pension alimentaire (à ne pas confondre avec la prestation compensatoire) a droit à une rente dont le montant est de 20% du salaire annuel de la victime.

Les enfants et, plus largement, **les descendants** peuvent également avoir droit à une rente.

Les enfants légitimes, naturels, dont la filiation est légalement établie, ou **adoptés** ont droit à une rente jusqu'à un âge qui correspond à celui qui est fixé pour le bénéfice des prestations familiales (17,18 ou 20 ans selon les cas). **Les enfants simplement recueillis** et les **autres descendants** de la victime ont les mêmes droits s'ils sont privés de leur soutiens naturels et tombés de ce fait à la charge de la victime. Le montant de leur rente est égale à une fraction du salaire de référence et elle est plus importante lorsque les enfants sont orphelins de père et de mère au moment du décès, ou le deviennent postérieurement. Pour chaque orphelin de père ou de mère, la rente est égale à 15% dans la limite de deux orphelins, soit 30% pour deux, et le taux est majoré de 10% par orphelin au-delà de deux. Cette fraction est fixée à 20% pour chaque enfant orphelin de père et de mère au moment du décès de la victime, ou postérieurement à ce décès. Les rentes sont collectives et réduites au fur et à mesure que les orphelins atteignent la limite d'âge qui leur est applicable.

Quant aux **descendants**, ils peuvent également avoir droit à une rente viagère égale à 10% du salaire annuel de référence de la victime, mais à des conditions assez restrictives. En effet, si la victime avait conjoint ou enfants, il faut que l'ascendant soit à la charge de la victime. Dans le cas où la victime n'avait ni conjoint ni enfant, l'ascendant devait en mesure d'obtenir une pension alimentaire s'il l'avait demandé. La condition doit être remplie à la date de l'accident mais on retiendra la date du décès si cela est plus favorable au demandeur. Indépendamment du plafond général, le total des rentes des ascendants ne peut dépasser 30% du salaire de la victime. Si cette limite était dépassée, les droits de chacun seraient réduits proportionnellement.

Ce sont donc plusieurs personnes, appartenant toutes à la famille légitime de la victime, exception faite des enfants, qui vont pouvoir en même temps se voir attribuer la qualité d'ayant droit. Et ce sont plusieurs rentes qui vont être versées en même temps. Toutefois, le total général de ces rentes ne peut dépasser une fraction du salaire annuel de la victime qui est fixée à 85%. Si ce montant venait à être dépassé, les droits de chacun feraient l'objet d'une réduction proportionnelle.

On remarque que **le concubin**, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel, de même **que la personne qui a pacsé avec l'assuré social**, n'appartient pas au groupe des ayants droit en matière de réparation du risque professionnel. Cela peut le placer dans certains cas, de façon peut-être paradoxale, dans une situation plus favorable que le membre de la famille légitime du point de vue de la réparation de son dommage par ricochet.

Paragraphe 2 - Qualité d'ayant droit et réparation du dommage par ricochet : un obstacle pour la réparation intégrale ?

La rente versée à l'ayant droit de la victime décédée du risque professionnel constitue une réparation automatique et forfaitaire du dommage qu'elle subit. Cette réparation peut être augmentée de façon exceptionnelle eu égard aux caractéristiques du fait à l'origine de la réalisation du risque professionnel qui a causé le décès de l'assuré social. En effet, les ayants droit survivants vont pouvoir améliorer la réparation forfaitaire qui leur est allouée dans cinq cas :

L'assuré social victime est décédé à l'occasion d'un accident du trajet : quelle que soit la qualité de la personne qui a causé l'accident, l'ayant droit pourra toujours lui demander la réparation des préjudices non indemnisés par la réparation automatique et forfaitaire (rente) versée au titre de la législation sur le risque professionnel.

Un tiers à l'entreprise de la victime décédée du risque professionnel a causé le dommage : l'ayant droit peut améliorer sa réparation forfaitaire en lui demandant réparation intégrale sur le fondement du droit commun, devant les juridictions civiles (Tribunal de Grande Instance ou Tribunal d'Instance selon le montant des dommages et intérêts demandés).

Le décès de la victime est dû à une faute intentionnelle de l'employeur ou d'un co-préposé de la victime : la faute intentionnelle réintroduit en principe le jeu du droit commun de la responsabilité. L'ayant droit peut donc améliorer sa réparation forfaitaire en lui demandant réparation intégrale sur le fondement du droit commun, devant les juridictions civiles (Tribunal de Grande Instance ou Tribunal d'Instance selon le montant des dommages et intérêts demandés).

Le décès de la victime est dû à une faute inexcusable de l'employeur ou d'un co-préposé de la victime : la faute inexcusable réintroduit des solutions voisines de la faute intentionnelle. Au cas d'accident mortel, les ayants droit ont droit à une majoration de leur rente⁷⁶, dans la limite du montant du salaire annuel. En outre, les ayants droit de la victime visés par les articles L434-7 et suivants, c'est-à-dire ceux qui ont vocation à une rente, mais aussi ceux qui n'ont pas droit à une rente en vertu de ces articles⁷⁷, peuvent demander à l'employeur réparation du préjudice moral⁷⁸. Cette demande doit être formée devant la juridiction de la sécurité sociale⁷⁹ et non devant les juridictions de droit commun.

Le décès de la victime est survenu à l'occasion d'un accident de la circulation : ce cas ne peut concerner en pratique que les accidents du trajet et du travail⁸⁰. L'ayant droit peut demander à la personne impliquée dans l'accident de la circulation, qu'il s'agisse d'un tiers de l'entreprise ou d'une personne appartenant à celle-ci, la réparation de son entier préjudice sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985⁸¹. Cette action en réparation sera formée devant les juridictions de droit commun.

Ce passage en revue des situations dans lesquelles peut se trouver l'ayant droit présente un intérêt majeur. Il permet de montrer que ce n'est que dans des cas limitativement prévus par la loi qu'il pourra obtenir la réparation complémentaire de son préjudice. En outre, cette réparation complémentaire ne sera pas toujours synonyme de réparation intégrale. On note par exemple qu'en cas de faute inexcusable de l'employeur ou du co-préposé de la victime, la réparation de l'ayant droit est limitée à son préjudice moral. Le préjudice économique qu'elle peut subir n'est donc absolument pas pris en considération.

Alors, avoir la qualité d'ayant droit dans la législation sur le risque professionnel est-il vraiment une situation enviable ? Le rôle que cette législation confère au lien familial joue-t-il vraiment à l'avantage des proches de la victime ? La réponse doit pour l'instant rester nuancée car deux groupes d'arguments s'affrontent.

L'intérêt du bénéfice de la qualité d'ayant droit peut être relevé à plusieurs égards.

En premier lieu, il réside dans le fait que quelque soit le fait à l'origine du risque professionnel⁸², la rente est versée automatiquement en cas de décès de l'assuré social. L'ayant droit est donc sûr d'obtenir cette réparation forfaitaire dans des hypothèses où le droit commun le priverait de toute réparation. Le droit de la responsabilité civile est en effet impuissant à accorder une réparation lorsque aucun fait dommageable ne peut être caractérisé. Ou imputable à un auteur.

En deuxième lieu, le droit de la responsabilité civile tient compte du rôle de la faute de la victime dans la réalisation du dommage, quelle qu'elle soit, pour évaluer son droit à réparation et celui de ses ayants droit. S'il apparaît que la faute, même non intentionnelle ou non inexcusable, de la victime a concouru à la réalisation de son dommage, les dommages et intérêts susceptibles de lui être versés ou d'être versés aux victimes par ricochet en subiront les conséquences. Ils seront diminués. En droit de la sécurité sociale au

⁷⁶ Article L452-2 du Code de la sécurité sociale.

⁷⁷ Jurisprudence Carlat, ; sur les droits de la mère d'une victime ayant survécu, Soc. 10 oct. 1991.

⁷⁸ Article L452-3 al.2 du Code de la sécurité sociale.

⁷⁹ Article L452-3 du Code de la sécurité sociale.

⁸⁰ Depuis la loi portant diverses mesures d'ordre social du 27 janvier 1993.

⁸¹ Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accident de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.*

⁸² Exception faite bien entendu de la faute intentionnelle et de la faute inexcusable de la victime décédée qui vient supprimer ou réduire la rente de l'ayant droit.

contraire, seule la faute qualifiée de faute intentionnelle ou de faute inexcusable produira des conséquences sur la rente susceptible d'être versée à l'ayant droit.

Les inconvénients liés à la qualité d'ayant droit peuvent aussi être mis en évidence.

En premier lieu, les ayants droit indemnisés par une rente ne pourront obtenir une réparation complémentaire que dans des cas limitativement énumérés et, dans certains cas, seulement pour des dommages limitativement énumérés. Ils ne pourront en outre jamais obtenir ce complément de réparation lorsque l'auteur du dommage consécutif à l'accident du travail ou la maladie professionnelle, employeur ou co-préposé, n'a pas commis de faute intentionnelle ou inexcusable, ou n'est pas impliqué dans l'accident de la circulation à l'origine du décès.

En deuxième lieu et en conséquence, les ayants droit indemnisés peuvent être dans une situation moins favorable que le non ayant droit, du point de vue de la possibilité d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice. En effet, il est des cas où ils ne pourront jamais obtenir cette réparation alors que les non ayants droit pourront dans tous les cas tenter de l'obtenir.

SECTION 3 - LES PRESTATIONS FAMILIALES : DES PRESTATIONS POUR TOUTES LES FAMILLES ?

Pourquoi aider financièrement les familles et, d'ailleurs, quelles familles aider ? Pourquoi la famille est-elle, en France, objet de politique ? A cette dernière question, on peut répondre que c'est certainement parce que, cellule de base de la société, elle est un cadre par excellence, cadre d'activité, cadre de responsabilité des adultes⁸³, cadre d'éducation des enfants, cadre de subsistance des personnes âgées. L'ensemble de ces raisons a conduit la collectivité à intervenir au soutien de la famille au moyen de la politique familiale dont les prestations familiales ne sont qu'un mode d'expression.

Le système français de prestations familiales regroupe cinq grandes catégories de prestations poursuivant chacune des finalités différentes :

- les prestations d'entretien ; allocations familiales et complément familial ;
- les prestations liées à la naissance et à la petite enfance : allocation pour jeune enfant, allocation parentale d'éducation ;
- les aides à l'emploi pour la garde des jeunes enfants : aides à la famille pour l'emploi d'une assistante maternelle agréée, allocation de garde d'enfant à domicile ;
- les prestations liées à l'isolement : allocation de soutien familial, allocation de parent isolé ;
- les prestations spécifiques : allocation de rentrée scolaire, allocation d'adoption, l'allocation d'éducation spéciale.

Les allocation familiales sont versées sans conditions de ressources aux familles qui assument la charge d'au moins deux enfants. Ces allocations ont majorées selon l'âge des enfants (11^e et 16^e année).

Le complément familial est versé sous conditions de ressources aux familles ayant trois enfants à charge, tous de plus de trois ans.

L'aide à la famille pour l'emploi d'une assistante maternelle agréée consiste dans une prise en charge de l'intégralité des cotisations sociales et patronales qui sont dues pour l'emploi d'une assistante maternelle agréée (avec un salaire plafonné), pour la garde d'un enfant de moins de six ans. De plus, cette prestation comporte un complément qui est destinée à prendre en charge une partie de la garde. Ce complément varie selon l'âge de l'enfant (moins de trois ans et de trois à six ans). La prestation n'est pas placée sous conditions de ressources.

L'allocation de garde d'enfants à domicile vise à compenser l'ensemble des charges sociales supportées par une famille qui emploie une personne gardant un enfant de au moins trois ans à domicile et à taux réduit aux enfants de trois à six ans. Les montants de l'AGED sont modulés en fonction du revenu des bénéficiaires.

L'allocation de rentrée scolaire est versée sous conditions de ressources aux familles ayant un ou plusieurs enfants scolarisés âgés de six à dix-huit ans.

L'allocation parentale d'éducation est destinée à compenser l'arrêt ou la réduction de l'activité professionnelle à l'occasion d'une naissance ou d'une adoption portant à deux le nombre d'enfants à charge dans la famille (trois enfants avant 1994). Elle est versée pour une durée maximale de trois ans.

L'allocation de soutien familial est versée sans conditions de ressources aux personnes isolées ayant la garde d'un enfant et aux familles ayant à leur charge un enfant orphelin de père et de mère. Son montant varie selon que l'enfant est orphelin d'un ou de deux parents (ou assimilé).

83 Encore davantage depuis le récent arrêt Bertrand rendu par la Cour de cassation, Civ. 2^eme, 19 fév. 1997, et le commentaire de Ch. RADE, «*Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui*», D. 1997, chron. 279.

L'allocation de parent isolé est une allocation différentielle versée sous conditions de ressources aux personnes seules qui assument la charge d'un ou plusieurs enfants. Elle est servie pendant une période qui s'achèvera aux trois ans du dernier enfant à charge.

Certes, ces prestations ne constituent pas à elles seules la politique familiale qui présente bien d'autres facettes pouvant être appréhendées sous l'angle de la politique de l'emploi, de la politique du logement, ou encore de la politique fiscale avec le quotient familial... Cependant, même si on sait que les prestations familiales ne sont qu'un élément du vaste ensemble de la politique familiale, elles constituent incontestablement le versant le plus visible, le plus symbolique et aussi certainement le plus exposé de cette politique. Pourquoi ? Tout d'abord parce qu'elles représentent un outil essentiel de la politique nataliste, même si leur impact véritable est difficile à mesurer, et ensuite parce qu'elles sont un instrument privilégié de redistribution des revenus, même si les derniers développements de la politique familiale ont dépassé ces objectifs initiaux. En effet, il apparaît aujourd'hui que les prestations familiales privilégient une approche économique de la famille (**Paragraphe 1**), et qu'elles sont également investies, de façon implicite ou explicite, d'une mission essentielle en matière d'insertion des familles (**Paragraphe 2**). Dans le même temps, les prestations familiales se sont également adaptées aux nouvelles formes de familles, même si la prise en compte des créances alimentaires témoigne d'une conception assez traditionnelle du lien familial (**Paragraphe 3**). Enfin, l'exemple des régimes spéciaux montre que des prestations supplémentaires peuvent encore être imaginées au profit de familles qui ne sont pas nécessairement confrontées à des situations de besoin (**Paragraphe 4**).

Paragraphe 1 – La prépondérance de l'approche économique de la famille

La prépondérance de l'approche économique de la famille se manifeste par le développement général des prestations affectées d'une condition de ressources : la très large majorité des prestations familiales est destinée à soutenir le revenu des familles (**A**). A l'évidence, l'idée qu'il faut réserver les prestations familiales aux familles qui en ont le plus besoin n'est pas contestable. Mais doit-elle conduire à placer toutes les prestations familiales sous conditions de ressources ? Une telle évolution a tenté le législateur qui est allé, en 1998, jusqu'à placer les allocations familiales sous conditions de ressources. Très mal reçue par l'opinion publique et juridiquement difficilement compatible avec la reconnaissance d'un droit de l'enfant aux prestations familiales, ce placement sous condition de ressources est resté sans lendemain (**B**).

A - La place croissante des prestations familiales dans le soutien au revenu

Des allocations familiales à l'allocation parentale d'éducation, le droit français de la protection sociale offre un éventail si large de prestations familiales qu'il convient dès à présent de préciser la notion. Nous ne retiendrons pas le critère organique, trop extensif, qui voudrait que toute prestation versée par une caisse d'allocations familiales soit qualifiée *a priori* prestation familiale car il nous imposerait de retenir des prestations qui, certes, peuvent jouer un rôle essentiel en matière d'insertion, mais sont dépourvues de toute finalité familiale (allocation aux adultes handicapés et revenu minimum d'insertion notamment). Nous ne nous limiterons pas non plus au critère exégétique, trop restrictif, qui demanderait que toutes les prestations qui ne sont pas mentionnées par l'article L. 511-1 du Code de la sécurité sociale ne soient pas des prestations familiales⁸⁴. Nous adapterons ces deux critères en tenant compte de la finalité des prestations et considérerons comme prestation familiale toute prestation versée par la caisse d'allocation familiale, figurant ou non à l'article L. 511-1 du Code de la sécurité sociale, dès lors qu'elle est axée sur une aide à la famille.

L'ensemble des prestations familiales ainsi entendues forme ce que l'on a coutume d'appeler, sans réelle interrogation sur le sens des mots, la politique familiale. L'emploi du terme politique laisse à penser que les différentes prestations familiales forment un ensemble cohérent au service d'une finalité essentielle, favoriser le développement de la chose familiale et même, peut-être, défendre l'institution familiale. "*Ni politique de l'enfant, ni politique de la femme (au foyer ou au travail)*, la politique familiale viserait, selon la définition donnée par Pierre LAROQUE, à *prendre en compte la dimension proprement collective de cette institution qui est à l'origine du renouvellement de toute société : la famille*". Pourtant, en ces temps de "*famille incertaine*"⁸⁵ où la définition même de la famille tient du défi, les prestations familiales sont si nombreuses et variées qu'elles paraissent ne former qu'un ensemble hétéroclite dépourvu de logique directrice solide. Ainsi, tandis que la création de certaines prestations est inspirée par des considérations natalistes, d'autres allocations, proches de la lutte contre la pauvreté, traduisent la volonté des pouvoirs publics de venir en aide aux familles défavorisées, en particulier aux familles nombreuses. A notre époque en effet, la famille n'est plus considérée comme le "*capital du pauvre*" mais comme un facteur d'appauvrissement et la finalité essentielle des prestations familiales est de soutenir le revenu des familles en compensant la diminution des ressources entraînée par les charges de famille.

A l'origine, d'ailleurs, les prestations familiales sont créées pour alléger les charges supplémentaires que doit supporter le chef de famille par rapport à l'individu pris isolément⁸⁶. C'est un impératif de justice sociale : il s'agit d'éviter que la présence d'enfants dans un foyer n'aboutisse à une diminution sensible du niveau de vie de la famille. Là est la finalité première et fondamentale des prestations familiales. A côté de celle-ci, d'autres finalités, secondaires, existent, relatives à la démographie, à l'instruction des enfants et à l'activité professionnelle. Mais la famille était-elle à ce point exposée à la pauvreté qu'il faille favoriser le développement des prestations familiales sous conditions de ressources ?

La question peut, au premier abord, sembler incongrue. Elle l'est beaucoup moins néanmoins lorsqu'on observe attentivement les prestations familiales. Ces dernières années, les prestations spécialisées se sont multipliées et si l'on s'arrête à leurs conditions d'octroi, on se rend compte que la majorité d'entre elles est aujourd'hui versée sous condition de ressources. Le fait n'est donc pas que la famille est particulièrement soumise au risque de pauvreté. Simplement, les prestations familiales ont subi une mutation et les familles auxquelles elles s'adressent encourent particulièrement ce risque. Certes, les multiples objectifs assignés aux prestations familiales sont difficiles à dissocier car ils recouvrent, nous l'avons dit, des préoccupations sociales, économiques et démographiques⁸⁷. Néanmoins, depuis le début des années soixante-dix, une tendance se dégage. Par le développement des prestations familiales versées sous condition de ressources, l'Etat donne sa priorité aux familles qui connaissent des difficultés économiques. Les prestations familiales ne recherchent plus seulement la promotion d'une certaine forme d'organisation

84 Sur ces critères cf. J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 12^e éd., 1993, n° 447.

85 L'expression est empruntée à Louis Roussel ; Louis ROUSSEL, *La famille incertaine*, éd. Odile Jacob, 1989.

86 J. HOCHARD, « Les finalités primaires et secondaires des prestations familiales », *Dr. soc.* 1957 pp. 306-382.

87 O. EKERT-JAFFE et C. MAUGÛE, « La politique familiale », in *La France dans deux générations*, éd. Fayard, 1992, pp. 223-253 et sp. p. 227.

sociale ni la défense de tel type de modèle familial ; leur objectif est aussi et peut-être même, d'abord, de lutter contre la pauvreté des familles ou, du moins, de soutenir leur revenu. Si l'on excepte les allocations familiales et l'allocation pour l'emploi d'une assistante maternelle agréée, toutes les prestations familiales, et elles sont relativement nombreuses⁸⁸, sont en effet assorties d'une condition de ressources, qu'ils s'agisse de prestations différentielles telles que l'allocation de parent isolé par exemple ou de prestations forfaitaires, dont le montant est fixe et acquis lorsque les revenus de la famille ne dépassent pas un certain plafond, qu'il s'agisse des prestations liées à la naissance comme l'allocation pour jeune enfant⁸⁹ ou des prestations à affectation spéciale comme l'allocation de rentrée scolaire.

Assurément, la pauvreté n'est pas un phénomène spécifique aux familles. Néanmoins, dans la mesure où le niveau de vie tend à diminuer avec le nombre d'enfants, la pauvreté frappe aussi les familles. De plus, la diversification des modèles familiaux et l'augmentation du nombre des familles atypiques se sont accompagnés d'une multiplication des familles en situations de précarité. L'exemple des foyers comportant un seul parent, dénommés de façon inexacte, familles monoparentales⁹⁰, est à cet égard significatif. Les mères isolées confrontées à l'absence de secours paternel, à une capacité de gain plus faible et qui doivent faire face à la difficulté de concilier vie familiale et activité professionnelle, sont particulièrement exposées au risque de pauvreté. L'allocation de parent isolé est donc une mesure de garantie de ressources, appartenant à l'ensemble plus vaste des minima sociaux, destinée à lutter contre la pauvreté de familles considérées comme particulièrement vulnérables.

Quelle appréciation porter sur cette évolution, étend entendu qu'il évident qu'une aide doit être accordée aux familles qui rencontrent des difficultés d'ordre économique ? Le tableau de ces prestations familiales, qui, toutes, sont des prestations de sécurité sociale, permet donc de montrer que ces dernières années, ce sont les prestations sous condition de ressources qui se sont multipliées, revenant ainsi à faire jouer à la sécurité sociale un rôle qui n'est pas nécessairement le sien et qui serait plutôt celui de l'aide sociale : soutenir les familles en situation de besoin. En effet, compte tenu du financement de la sécurité sociale (cotisations et cotisations exclusivement patronales pour ce qui est des prestations familiales) et du financement de l'aide sociale (financement par l'impôt) ce n'est pas en principe à la sécurité sociale mais à l'aide sociale d'assurer l'aide aux familles qui connaissent des difficultés économiques.

Sans constituer véritablement une mesure de lutte contre la pauvreté, le placement éphémère des allocations familiales sous conditions de ressources relève d'une idée voisine. Plutôt que d'être versées à tous, ces prestations ne devaient plus être versées à certains foyers considérés comme trop riches. Elles devaient être réservées à ceux qui en avaient le plus besoin et, de ce fait, leur montant devait être revalorisé.

B - La tentative vaine de placer les allocations familiales sous condition de ressources⁹¹

L'année 1998 illustre parfaitement ces inclinaisons récentes qui s'immiscent dans les prestations familiales. Cette année-là, en effet, la tentative a été faite de placer les allocations familiales sous conditions de ressources, ce qui s'inscrivait en faux contre le sens de leur histoire et bouleversait leur nature propre. Car les allocations familiales ne sont qu'une prestation familiale parmi d'autres...

Les prestations familiales servies par la sécurité sociale se distribuent entre les prestations générales d'entretien, les prestations liées à la naissance, et les prestations à affectation spéciale. Les allocations familiales appartiennent au premier groupe, comme d'ailleurs le complément familial, l'allocation de soutien familial ou encore l'allocation de parent isolé. Mais contrairement à ces dernières et contrairement aussi aux différentes prestations liées à la naissance et aux prestations à affectation spéciale, ce sont les seules prestations attribuées sans condition de ressources

⁸⁸ On en compte plus d'une vingtaine.

⁸⁹ Entièrement sous condition de ressources depuis le 1er janvier 1996.

⁹⁰ Sur l'inexactitude du terme cf. M. BADEL, « La solitude du parent », in *Insertions et solitudes*, éd. M. S. H. A., 1993, pp. 37-54 et sp. p. 55.

⁹¹ Ces développements reprennent de façon substantielle notre article, M. BADEL, « Quel droit aux allocations familiales », in *Drôle(s) de droit(s), Mélanges en l'honneur de E. ALFANDARI*, Dalloz, 1999, pp. 203-218.

Si les allocations familiales sont encore attribuées sans condition de ressources aujourd'hui, c'est parce que le législateur a voulu conserver leur fonction originelle, compenser les charges familiales (1) préservant ainsi le droit de l'enfant à la prestation (2).

1) La préservation de la fonction des allocations familiales : la compensation des charges familiales

Les allocations familiales sont des prestations d'entretien versées par la collectivité ; leur finalité première est d'alléger les charges que doit supporter un chef de famille par rapport à un individu pris isolément⁹². Elles sont donc un instrument au service de la compensation des charges familiales et leur versement, commandé par l'intérêt de l'enfant au sens large, intervient depuis la fin des années soixante-dix indépendamment de toute activité professionnelle.

a) Aux origines des allocations familiales : supplément et sursalaire familiaux

Le 26 décembre 1860, le ministère de la Marine créait une indemnité de dix centimes par jour et par enfant de moins de dix ans pour tout marin ou inscrit maritime ayant plus de cinq ans de service. Ce n'est que bien plus tard que d'autres branches du secteur public ou semi-public (douanes, armée, chemins de fer...) ont suivi cet exemple et que, sous la Troisième République, les patrons sociaux installèrent les suppléments familiaux, inspirés par la doctrine sociale de l'Eglise. Aux origines des allocations familiales se trouvent ainsi les sursalaires familiaux, sommes d'argent versées par les employeurs à leurs ouvriers qui étaient chargés de famille. Pour étaler les incidences de ce sursalaire et gommer ses répercussions sur le coût de la production, ils créèrent à partir de 1919 des caisses de compensation⁹³ qu'ils allaient fédérer l'année suivante dans un Comité central des allocations familiales.

Ce sont donc ces suppléments qui constituent les premières allocations familiales et on remarque que ces dernières sont, à l'origine, totalement dépendantes de l'exercice d'une activité professionnelle⁹⁴, ce qui permet de les considérer comme une composante du revenu. La conception qui préside en effet à leur création est que le père, en raison de son activité professionnelle, doit être aidé dans la tâche d'entretien des enfants qui lui incombe. Les allocations constituent alors une forme indirecte de salaire, de telle façon que le père peut avoir l'impression de pourvoir aux besoins de sa famille par le seul moyen de son travail. Selon le Professeur DUPEYROUX, elles apparaissent ainsi à l'origine comme *"une adaptation de la notion de salaire"*⁹⁵. Les allocations familiales sont sous-tendues par un désir de justice sociale *"selon lequel celui qui travaille doit trouver, dans son labeur, les moyens de faire vivre non seulement lui-même mais la famille qu'il élève. Le bénéficiaire des allocations familiales ne les reçoit ni comme une aumône, ni comme un encouragement, mais comme le paiement d'une créance sacrée, inséparable de sa magistrature paternelle"*⁹⁶.

La généralisation des allocations familiales, étroitement liée au développement de la doctrine sociale de l'église^{97 98}, est le fait de la loi du 11 mars 1932. Ces prestations sont alors dénommées sursalaire familial

⁹² J. HOCHARD, « Les finalités premières et secondaires des allocations familiales », *Dr. soc.* 1957 pp. 306-372.

⁹³ J.-J. DUPEYROUX, *Sécurité sociale*, éd. Sirey, 3e éd., 1982, pp. 20-21.

⁹⁴ Sur la notion originelle des allocations familiales, voir notamment P. DURAND, note sous Cass. Ch. réunies 11 février 1948, *Dr.soc.* 1948 p.184.

⁹⁵ J.-J. DUPEYROUX, *Sécurité sociale*, éd. Sirey, 3e éd., 1982, pp. 20-21.

⁹⁶ R. SAVATIER, « L'affectation des allocations familiales », *J.C.P.* 1941. I. 227. Ces quelques lignes sont remarquables car elle résument parfaitement la conception qui a dominé la création des allocations familiales. L'article du Professeur SAVATIER est aussi intéressant à un autre titre: il témoigne d'une certaine perception des familles nombreuses, certaines d'entre elles étant présentées de façon assez caricaturales comme *"issues d'un instinct, incontrôlées par la volonté, parfois facticement développées par le vice ou la boisson"*, ce qui justifiait selon lui la mise en place d'un contrôle de l'usage des prestations familiales qui leur étaient versées.

⁹⁷ R. RODIERE, note sous Cass. civ. 21 fév. 1939, S.1940 p. 65. L'auteur rappelle que les allocations familiales "sont nées du courant puissant qui anima l'église chrétienne lorsque dans les années 1830, elle prit conscience de sa mission sociale terrestre... Les exigences de la justice la plus haute commandaient que la rémunération du travailleur fût proportionnée à ses charges de famille. L'encyclique *Rerum novarum* de 1891 exprime nettement ce qu'avait annoncé l'encyclique *Arcanum* de 1880. L'encyclique *Casti connubii* de 1930 le répète. L'encyclique *Quadragesimo anno* de 1931 posant les bases grandioses de la rénovation nécessaire le précise à nouveau: *"On doit payer à l'ouvrier un salaire qui lui permette de pourvoir à sa subsistance et à celle des siens"*. Dans tous ces actes pontificaux, quel sentiment relève-t-on? C'est constamment l'idée que le travailleur tirant toutes ses ressources de la force corporelle ou

et elles ont pour fonction de contribuer à effacer la différence de niveau de vie entre le salarié sans enfant et celui qui en assume la charge. A cette époque, on peut donc affirmer que les allocations familiales se caractérisent par deux traits essentiels : leur finalité tout d'abord qui réside dans la compensation du coût engendré par la charge de l'enfant, leur caractère discriminant ensuite puisque ces prestations ne concernent que le seul salariat. Les interventions du législateur viennent cependant effacer peu à peu ces traits originels qui font de l'allocation familiale un complément de salaire.

b) La conquête de l'autonomie

Les allocations familiales vont bientôt s'écarter imperceptiblement du travail du chef de famille, pour se rapprocher des mesures d'assistance et leur caractère de sursalaire va s'estomper jusqu'à disparaître. Selon le Professeur ROUAST, "elles apparaissent comme une aide de la collectivité aux familles, et il semble que ce soit cette collectivité qui prend en charge, à la place du père, l'entretien des enfants. Le lien entre le service des allocations familiales et l'obligation d'entretien qui incombe au chef de famille tend ainsi, sinon à disparaître, du moins à s'estomper"⁹⁹.

Tout d'abord, c'est la loi du 11 mars 1932 qui permet le maintien du droit aux prestations alors même que le chef de famille n'exerce pas d'activité professionnelle, lorsque cette inactivité est la conséquence d'une incapacité absolue permanente ou temporaire, ou la conséquence d'un décès résultant d'un accident du travail. Ensuite, vient le décret du 29 juillet 1939 instituant le Code de la famille qui enlève définitivement aux allocations familiales leur caractère de sursalaire en en faisant bénéficier les travailleurs non salariés de l'industrie et du commerce et des professions libérales. La condition d'activité est ainsi étendue et le droit à la prestation n'est plus lié à l'exercice du seul travail salarié. Enfin, après l'intervention des lois du 9 septembre 1942 et du 22 août 1946, seuls demeurent exclus du système des prestations sociales, et donc, de la perception des allocations familiales, ceux que l'on pourrait nommer les "oisifs volontaires"¹⁰⁰ parce que, de façon délibérée, ils ont choisi de n'exercer aucune activité professionnelle. Il faut attendre la loi du 4 juillet 1975 pour que l'obligation d'exercer une activité professionnelle ou de justifier de l'impossibilité d'exercer une telle activité ne soit plus exigée pour la perception des allocations familiales¹⁰¹.

C'est alors seulement que les allocations familiales rompent tout lien avec l'exercice d'une activité professionnelle et que l'existence d'un droit aux allocations familiales s'affirme. En effet, les allocations familiales sont désormais réellement détachées de la rémunération. Elles font partie des prestations familiales d'entretien, en tant que prestations périodiques destinées à aider les familles à faire face aux charges représentées par l'entretien des enfants.

2) Le droit aux allocations familiales

Dès lors que la prestation est versée à tous, c'est bien qu'il existe un droit aux allocations familiales ; dès lors qu'elle est versée indépendamment de l'activité professionnelle des père et mère et sans considération de leurs ressources, c'est bien que le véritable créancier de l'allocation familiale est l'enfant. C'est ce raisonnement qui a favorisé l'émergence d'un droit de l'enfant aux allocations familiales, idée

intellectuelle qu'il loue, doit recevoir de l'employeur tout ce qui est nécessaire à la subsistance des siens. On est en présence de la plus noble et de la plus pressante exigence de la justice distributive."

⁹⁸ J. HOCHARD, « Le droit personnel des enfants aux prestations familiales », *Dr. soc.* 1961 p. 51. L'auteur se souvient qu' "historiquement, deux papes ont été les premiers à poser, sur le plan philosophique et sur le plan moral, le principe du caractère familial du salaire. Le Pape Léon XIII dans son encyclique *Rerum novarum* du 15 mai 1891, avait défini la notion de juste salaire qui doit prendre en considération plusieurs éléments au premier rang desquels doivent figurer les besoins familiaux de l'ouvrier. Le Pape Pie XI, dans son encyclique *Quadragesimo anno* affirmait qu'on épargnerait aucun effort en vue d'assurer au père de famille une rétribution suffisamment abondante pour faire face aux charges normales du ménage".

⁹⁹ A. ROUAST, « La sécurité sociale et le droit de la famille », *Etudes offertes à G. Ripert*, 1959, p. 347 et s. et sp. p. 356.

¹⁰⁰ Ph. ORY, « L'abandon de la condition d'activité professionnelle pour l'ouverture du droit aux prestations familiales », *Dr. soc.* 1978 n° spécial sept.-oct. p. 14.

¹⁰¹ La disparition de ces exigences résulte de l'article 16 de la loi du 4 juillet 1975 qui abroge les trois premiers alinéas de l'article L.513 du Code de la sécurité sociale, et les articles 1091 et 1092 al.2 du Code rural.

d'ailleurs assez ancienne puisqu'elle est presque contemporaine de la mise en place de la prestation **(a)**. Reste à préciser les contours de ce droit, en d'autres termes, reste à savoir si ce droit doit être compris comme un simple droit aux aliments ou comme un droit au mieux être **(b)**.

a) La reconnaissance du droit de l'enfant aux allocations familiales

Très tôt, on voit poindre l'idée que les allocations familiales ne sont pas dues aux parents mais aux enfants, les parents jouant seulement le rôle d'intermédiaires. Cela ressort implicitement des termes mêmes de la loi du 22 août 1946 qui prévoit que les allocations familiales, fondées uniquement sur la charge effective de l'enfant, peuvent être attribuées à d'autres personnes que les parents. Ce texte précise encore que celui qui a la charge effective de l'enfant doit utiliser les allocations au profit de celui-ci, faute de quoi il en est privé et une tierce personne est désignée, sa mission consistant uniquement à percevoir le montant des allocations et à en affecter le montant aux besoins exclusifs des enfants¹⁰². Ces dispositions, conjuguées aux exemples dans lesquels l'activité salariée n'est plus exigée, et qui ont fait pressentir le détachement absolu des allocations familiales de l'activité professionnelle du chef de famille, font apparaître que ces prestations sont dues d'abord aux enfants. D'ailleurs, dès 1946, le Professeur RODIERE remarquait qu'entre les trois protagonistes du système de prestations familiales, *"le groupe juridique des "ouvrant-droit" est l'élément moteur de l'institution, puisque c'est pour lui qu'elle est créée, et que c'est à son avantage final qu'elle doit concourir"*¹⁰³.

Le droit de l'enfant aux allocations familiales est aussi explicitement affirmé par un arrêt du 11 février 1948, rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation, aux termes duquel ce sont les enfants qui sont les véritables bénéficiaires des allocations familiales¹⁰⁴. Même si le droit de l'enfant aux allocations familiales est affirmé de façon incidente, l'arrêt intervenant dans le domaine de la réparation des accidents du travail, il semble désormais incontestable que les véritables bénéficiaires de ces prestations sont les enfants¹⁰⁵. Il reste cependant que l'enfant n'est pas le bénéficiaire au sens juridique du terme. Ce n'est pas lui qui perçoit l'argent. L'idée est simplement que les prestations familiales doivent être employées au bénéfice de l'enfant, et que toutes les mesures doivent être prises pour assurer cette utilisation.

L'existence du droit de l'enfant aux allocations familiales commence aussi à s'imposer en doctrine¹⁰⁶; certains auteurs remarquent les incertitudes du Code de la sécurité sociale qui qualifie tour à tour

¹⁰² Loi du 22 août 1946, art. 9 §3; Règlement d'administration publique du 10 décembre 1946 art.16 et 18.

¹⁰³ R. RODIERE, « Les prestations familiales », *D.*1947,15. *"Tout système organisé de prestations familiales comporte trois protagonistes depuis l'intervention des Caisses de compensation: 1° Un créancier, le travailleur ; 2° Un débiteur, la Caisse de compensation ou Caisse de sécurité sociale ; 3° Le groupe des "ouvrant-droit" aux prestations familiales. Ce dernier est l'élément moteur de l'institution; c'est pour lui qu'elle est créée; c'est à son avantage final qu'elle doit concourir. C'est aussi l'élément variable... c'est cet élément variable qui, selon sa composition, ouvrira au travailleur le droit à telle ou telle prestation familiale et qui mesure l'émolument de ces prestations"*.

¹⁰⁴ Ch. réunies, 11 février 1948, *"Mais attendu que les allocations familiales perçues au titre de la loi du 11 mars 1932 étant accordées, non à titre de rémunération du travail accompli, mais à toute personne, salariée ou non, assurant la garde et l'entretien des enfants, lesquels en sont les véritables bénéficiaires, ne peuvent constituer un supplément de salaire devant être incorporé dans le calcul du salaire de base"*; *D.*1948, 255; *Dr. soc.* 1946 p. 184 note Paul DURAND ; *J.C.P.*1948 II 4234.

¹⁰⁵ L'idée avait déjà été admise par la jurisprudence concernant le divorce puisque celle-ci avait admis la possibilité, pour le conjoint innocent, de cumuler le bénéfice des allocations familiales et la pension alimentaire allouée par le jugement de divorce (Civ. 14 janvier 1946, *D.*1946, 183). Voir note P. DURAND sous Cass. Ch. réunies 11 février 1948, *Dr. soc.* 1948 p. 184.

¹⁰⁶ J. HOCHARD, « Le droit personnel de l'enfant aux prestations familiales », *Dr. soc.* 1961, p. 51 et s. et suite p. 114 et s. L'auteur remarque que *"si dans la majorité des cas, la famille légitime reçoit sans ambiguïté et clairement une aide de la collectivité par le truchement des prestations familiales, dans de très nombreux cas, il faut rechercher... la personne à qui doivent être effectivement versées les prestations familiales du fait que celles-ci sont destinées à la personne ayant effectivement la charge et la garde de l'enfant. Aussi sommes-nous en droit de nous demander si la législation actuelle ne pourrait pas être simplifiée en orientant davantage sa conception de base et son orientation vers les droits propres de l'enfant que d'ailleurs, elle reconnaît déjà et en raison, par ailleurs, des perspectives nouvelles qui s'ouvrent à l'économie dans le cadre de la redistribution du revenu national"*.

l'enfant de bénéficiaire et d'allocataire, ces confusions témoignent à leurs yeux d'une "absence totale de clarté dans leur orientation économique et sociale"¹⁰⁷. Dès lors que dans de nombreux cas, l'activité professionnelle n'est plus nécessaire pour ouvrir droit aux prestations familiales, la certitude s'impose que l'enfant est à la fois la cause et le but des allocations familiales, et cette conviction est encore renforcée par les garanties qui sont instituées pour que les prestations destinées aux enfants servent effectivement aux enfants^{108 109}.

Enfin, le droit de l'enfant aux allocations familiales s'installe définitivement avec la suppression de la condition d'activité professionnelle pour l'attribution des prestations familiales. Le fait que les allocations familiales soient subordonnées à l'exercice d'une activité professionnelle était justement critiquable du point de vue du droit de l'enfant. On pouvait trouver injuste que le bénéfice des allocations familiales de l'enfant soit subordonné au comportement de ses parents ou des personnes qui en ont la charge¹¹⁰.

Plusieurs dispositions du Code de la sécurité sociale montrent clairement que le droit de l'enfant aux allocations familiales et sa qualité de bénéficiaire sont admises¹¹¹. Tout d'abord, l'article L.552-6 relatif à la tutelle aux prestations familiales prévoit que "lorsque le montant des prestations n'est pas employé dans l'intérêt des enfants, le juge des enfants peut ordonner que les prestations soient, en tout ou en partie, versées à une personne physique ou morale qualifiée, dite tuteur aux prestations sociales". La destination des allocations familiales est affirmée sans détours, et les termes de l'article montrent bien la qualité de bénéficiaire de l'enfant. Dans le même sens, l'article L.553-4 qui pose le principe de l'incessibilité et de l'insaisissabilité des allocations familiales sauf pour le recouvrement des prestations indûment versées à la suite d'une manoeuvre frauduleuse de l'allocataire, dispose cependant que les allocations familiales peuvent être saisies pour le paiement des dettes alimentaires ou l'exécution aux charges du mariage et liées à l'entretien des enfants. Ces conditions et surtout celle tenant à la question de l'incessibilité, témoignent incontestablement de la garantie que le législateur a entendu créer au profit de l'enfant¹¹². Reste cependant à déterminer si le droit de l'enfant doit être compris comme un droit aux aliments, ou le surpasser pour désigner un droit au mieux être.

b) Le droit au mieux être de l'enfant

Le droit de l'enfant aux allocations familiales doit-il s'analyser comme un droit au mieux être ? Doit-il être compris plus modestement comme un droit aux aliments ? La question mérite d'être posée car le Code de la sécurité sociale n'est pas explicite quant à la fonction des allocations familiales qu'il présente

¹⁰⁷ J. HOCHARD, op. cit. sp. p. 114.

¹⁰⁸ J. HOCHARD, op. cit. p. 116. A propos de la tutelle aux allocations familiales, l'auteur remarque qu'au delà de la sauvegarde des droits incontestables du chef de famille et ses prérogatives de gestionnaire, "le législateur a voulu par cette mesure donner à la société des garanties pour que les prestations destinées aux enfants servent effectivement aux enfants. De telles mesures exorbitantes du droit commun pour la sauvegarde des intérêts de l'enfant ne peuvent se concevoir si l'on n'admet pas au préalable que ces intérêts sont fondés sur des droits propres des enfants."

¹⁰⁹ Pour un avis opposé, on pourra se référer notamment à la thèse de doctorat de L. Portes, Directeur de la Caisse d'allocations familiales de la Haute Loire, parue dans les Informations Sociales juil. 1955, revue mensuelle des services sociaux, Union Nationale des Caisses d'Allocations familiales, op. cit. in J. HOCHARD, op. cit. p. 117. Selon cette thèse, bien que le versement de la prestation soit devenu moins dépendant de l'activité professionnelle et bien que les droits des enfants soient progressivement mis en évidence, les allocations familiales restent un droit du chef de famille.

¹¹⁰ Ph. ORY, op. cit. p. 20. L'auteur remarque toutefois que l'appel à la notion de droit de l'enfant est critiquable dans la mesure où l'enfant est toujours inséré dans des liens sociaux et notamment familiaux dont on ne peut faire abstraction. Ensuite et plus largement, la modulation des prestations en fonction des revenus lui enlève toute portée; on ne peut faire émerger un concept qui se trouve réduit à néant dans ses implications logiques par la modulations de certaines prestations en fonction des revenus.

¹¹¹ Sur la tendance au développement du droit de l'enfant aux prestations familiales dans le monde, voir notamment J. HOCHARD et J. A. CAO, « Prestations familiales et revenus individuels », *Rev. int. séc. soc.* 1974 p. 127 et s.

¹¹² L'insaisissabilité est une garantie octroyée non pas seulement à l'enfant, mais de façon plus large à sa famille; elle vise le maintien des prestations familiales à la famille contre les éventuelles prétentions des tiers. A cette remarque formulée par J. Hochard (op. cit. p.114), nous nous permettons d'ajouter que conjuguée aux dispositions concernant la tutelle des prestations, l'insaisissabilité a tout de même pour résultat de réserver l'utilisation des allocations familiales non saisies au profit des enfants.

simplement comme des prestations d'entretien. Or, ceci n'éclaire guère sur le contenu du droit de l'enfant aux allocations familiales car le terme même d'entretien est susceptible d'interprétations différentes qui peuvent aboutir à faire des allocations familiales deux techniques distinctes. Il peut ainsi s'agir d'une technique permettant de participer simplement à l'entretien alimentaire des enfants à charge, ou au contraire, il peut s'agir d'une technique dépassant l'aspect alimentaire pour devenir un moyen de contribuer au mieux-être de l'enfant dans son foyer.

Si ce caractère alimentaire s'est imposé lors de la création des allocations familiales puisque celles-ci étaient présentées comme un moyen de permettre aux salariés de pourvoir aux besoins de leur famille et à sa subsistance ¹¹³, il a cependant rapidement été dépassé, et les allocations familiales sont apparues plus largement comme un instrument d'une politique démographique et nataliste ¹¹⁴, ces prestations étant rapidement perçues comme un moyen au service du mieux-être des enfants au sein du foyer. Ainsi, le Professeur RODIERE a très tôt avancé l'idée que ces prestations devaient être destinées "*au bien-être moral et matériel des enfants*" ¹¹⁵, et pour appuyer cette affirmation, il se réfère à la lettre du texte lui-même. Le décret-loi du 12 novembre 1938 dispose en effet que les allocations familiales doivent assurer le mieux-être des enfants ¹¹⁶, une telle destination impliquant que la subsistance est déjà assurée par ailleurs.

Une interprétation logique de ce texte permet d'affirmer que les allocations familiales vont au-delà d'une fonction purement alimentaire ; si tel n'était pas le cas, et si elles étaient un moyen d'assurer à l'enfant des moyens de subsistance, ces prestations seraient d'ailleurs dépourvues du caractère forfaitaire qui les caractérise, et leur montant varierait avec les revenus des personnes qui en ont la charge. Certes, un argument contraire pourrait être retiré du caractère forfaitaire des allocations familiales. Si le montant de ces prestations est uniforme quel que soit le revenu de la famille, c'est parce que la collectivité se donne seulement pour objectif de couvrir le coût objectif des enfants. Toutefois, le montant actuel des allocations familiales ne permet pas de répondre à un tel coût, et c'est la raison pour laquelle il ne peut être considéré que comme un "*plus*" à l'entretien de l'enfant déjà assuré par ailleurs. Elles constituent ainsi une technique au service du mieux-être de l'enfant, l'"être" ou l'existence étant assurée par ailleurs, que ce soit au moyen de la rémunération d'une activité professionnelle, seule hypothèse envisagée lors de la rédaction du texte, ou au moyen du versement d'un minimum garanti, comme cela est aujourd'hui possible en raison de l'institution du revenu minimum d'insertion ¹¹⁷.

On peut cependant opposer à cette interprétation au moins deux arguments. D'abord, et c'est déjà une remarque que le Professeur RODIERE avait formulée, la modicité du montant des allocations familiales est telle que celles-ci vont être le plus souvent affectées tout entières à une fonction alimentaire. Ensuite, si en théorie les allocations familiales doivent constituer un instrument au service du mieux-être de l'enfant, leur affectation dépendra en pratique de l'ensemble des revenus disponibles du foyer et, bien sûr, plus ceux-ci sont proches du salaire minimum, plus le caractère alimentaire de la prestation familiale sera accusé et plus sa fonction de participation au mieux-être sera atténuée. Les allocations familiales tomberont alors dans le budget global de la famille qui sera tout entier dirigé par une fonction alimentaire, sans qu'il soit réellement

¹¹³ Voir supra.

¹¹⁴ J. HOCHARD, *Les finalités primaires et secondaires des prestations familiales*, Dr. soc. 1957 p. 306 et s., et suite p. 372 et s.

¹¹⁵ R. RODIERE, note sous Cass. civ. 21 fév. 1939, S.1940 p. 65: "*... C'est pour ces enfants que le travailleur perçoit les allocations familiales; il en est créancier tant qu'ils sont à sa charge; il en est privé s'il ne les destine pas au bien-être moral et matériel de ces enfants. Ce sont eux qui en sont les véritables bénéficiaires*".

¹¹⁶ S. Lois annotées 1939 p. 1268.

¹¹⁷ Pour un avis différent, on pourra se reporter notamment à P. de BIE, « Enjeux de la politique familiale », *Rev. belge de séc. soc.* mars 1977 p. 242. Selon l'auteur, la compensation des charges familiales signifie un soutien en vue de faciliter les conditions matérielles d'existence des familles. Elle résulte du souci de garantir d'abord ce qui est nécessaire, car lorsqu'un minimum est assuré, on peut estimer avoir garanti des conditions de vie qui permettent l'épanouissement. L'interprétation de la notion de compensation de P. de BIE a pour conséquence de réduire les allocations familiales à un moyen garantissant les conditions matérielles de base, une telle garantie ouvrant d'elle-même droit au mieux être et à l'épanouissement de l'enfant. Selon notre interprétation au contraire, les allocations familiales ne sont pas un moyen d'assurer un minimum, celui-ci étant déjà assuré par ailleurs. Elles interviennent a posteriori en tant qu'instrument du mieux-être.

possible de distinguer réellement la part destinée à l'enfant. On le comprend, l'attribution sous condition de ressources des allocations familiales n'aurait pas été sans incidence sur le droit à la prestation, outre les conséquences qu'elle aurait eues sur la conception des allocations familiales et sur celle de la politique familiale. En effet, lorsqu'on décide que l'allocation familiale sera attribuée sous condition de ressources, il ne s'agit plus de chercher à compenser le coût de l'enfant mais de chercher à soutenir le revenu des familles, ou plus précisément, de certaines familles, même si la réforme cherchait moins à réserver les allocations familiales aux familles démunies qu'à exclure certaines familles de leur bénéfice.

Il s'agit néanmoins d'une nouvelle conception de la politique familiale qui ne s'adresserait plus à tous mais seulement à ceux qui en ont le plus besoin, mais alors, peut-on encore parler de politique familiale ? Cette intrusion éphémère de la condition de ressources dans les allocation familiales est en tout cas un événement qui demande de s'interroger sur les missions de l'Etat dans un contexte où les situations de besoin se développent et où les familles démunies sont de plus en plus nombreuses. L'effort de l'Etat doit-il bénéficier exclusivement à cette frange de la population ? L'Etat doit-il maintenir, au titre de la politique familiale, au moins une prestation qui bénéficierait à toutes les familles, indépendamment de leur revenu ? L'Etat a-t-il les moyens de le faire ? Doit-il se donner les moyens de le faire ? Il nous semble qu'une réponse positive s'impose¹¹⁸.

Paragraphe 2 - Le rôle des prestations familiales dans l'insertion des familles

Instrument de lutte contre la pauvreté des familles, les prestations familiales se sont rapidement enrichies d'une dimension d'insertion. En effet, même si pauvreté et exclusion ne vont pas forcément de pair, il est aujourd'hui admis que la pauvreté, en privant l'individu de ce qui est essentiel à la subsistance, augmente les risques d'exclusion. De plus, si l'on veut éviter que les situations de pauvreté se reproduisent, il faut que les familles deviennent actrices de leur propre insertion. C'est donc aussi au problème de l'insertion des familles que les prestations familiales ont été progressivement confrontées, mais c'est de façon plus ou moins ostensible qu'elles s'y intéressent. En effet, si l'on peut dire que toutes les prestations familiales participent indirectement à l'insertion des familles en leur assurant un minimum de ressources, l'insertion n'est pas leur objectif premier.

Certes, l'insertion est dans l'air du temps, surtout depuis que la loi sur le revenu minimum d'insertion l'a élevée au rang d'impératif national. Néanmoins, de même que la notion de famille, la notion d'insertion soulève de sérieuses difficultés de définition, tant ses conceptions sont nombreuses¹¹⁹. Appliquée aux prestations familiales, la notion d'insertion ne prend pas de sens spécifique. Il s'agit d'une notion extrêmement riche, qui ne doit pas être réduite aux seules composantes du revenu et de l'exercice d'une activité professionnelle. Elle est composée d'un versant social, complexe, qui englobe revenu, santé, logement, lien social, et d'un versant professionnel, rénové, qui ne s'identifie plus uniquement à l'emploi dépendant du contrat de travail à durée indéterminée.

Parmi les finalités avouées des prestations familiales, l'insertion n'apparaît jamais en tant que telle. Pourtant, si l'on considère les éléments constitutifs de l'insertion que nous venons d'évoquer, on constate que les prestations familiales jouent à de nombreux égards un rôle essentiel dans l'insertion des familles. L'insertion s'impose alors comme une finalité implicite des prestations familiales. Il s'agit d'abord de l'insertion par l'allocation d'une somme d'argent. L'allocation de parent isolé bien sûr, mais aussi des allocations forfaitaires telles que le complément familial, ont d'abord pour objet de garantir à leurs bénéficiaires un certain niveau de revenu et d'assurer leur solvabilité ; ils leur autorisent "*l'accès à une part de la richesse collective*"¹²⁰. Par là même, il s'agit de faire en sorte que les bénéficiaires de ces prestations

¹¹⁸ Cf. infra, 2^{ème} partie.

¹¹⁹ E. ALFANDARI, « Conceptions de l'insertion », in *Insertions et solitudes*, éd. M. S. H. A., 1993, pp. 215-223.

¹²⁰ La formule est empruntée à R. LAFORE, « L'allocation de revenu minimum d'insertion », *R.D.S.S.* 1989 pp. 661-668 et sp. p. 666.

puissent entrer dans la société de consommation, ce qui témoigne d'un certain degré d'insertion puisque la consommation est indubitablement une modalité de participation à la vie sociale. En garantissant un minimum de revenu, ces prestations permettent donc d'éviter qu'une part importante de la population soit en situation d'exclusion sociale. Certaines prestations familiales, plus spécialement, l'allocation de parent isolé, autorise en outre l'allocataire à entrer automatiquement dans le système de protection sociale puisque le versement de ce minimum garanti s'accompagne de l'affiliation à la couverture maladie universelle. Un autre type d'insertion, essentielle pour les familles, est ainsi réalisée : l'insertion dans le système de santé. Enfin, les familles ont droit à une allocation de logement spécifique qui permet en principe d'avoir accès à un logement décent, point de départ de toute insertion dans la cité et premier pas vers la citoyenneté.

Si la finalité d'insertion habite donc la plupart des prestations familiales, minimum de revenu, santé et logement étant indiscutablement des facteurs essentiels d'insertion sociale (**A**), cette finalité ne vient pas expliquer l'existence de ces prestations : l'objectif d'insertion n'est pas l'objectif premier des prestations familiales ; au mieux, c'est la désinsertion qu'elles cherchent à éviter. Quant à l'insertion professionnelle, il peut sembler curieux de rechercher l'incidence que peuvent avoir les prestations familiales à son égard. On a en effet plutôt l'habitude de mettre l'accent sur l'effet désincitatif au travail des prestations familiales, qu'il s'agisse d'un effet pervers, dans le cas de l'allocation de parent isolé, ou d'une conséquence souhaitée, dans l'hypothèse de l'allocation parentale d'éducation. Pourtant, ces mêmes allocations ont une influence non négligeable sur l'insertion professionnelle des allocataires tantôt en favorisant l'insertion professionnelle, tantôt en prévenant la désinsertion professionnelle (**B**).

A - Les prestations familiales : un facteur d'insertion sociale

On connaît plusieurs figures de l'insertion. La première, la plus tangible, est celle qui marque la place de la famille dans la cité, qui l'inscrit géographiquement dans un environnement social, nous voulons parler du logement (**1**). D'autres, plus subtiles, moins palpables, n'en sont pas moins essentielles car elles sont la condition d'une appartenance entière à la société ; nous pensons à tout ce qui offre à la famille un certain bien-être, principalement au revenu, mais aussi à la santé, au lien social, qui sont autant de facettes de l'insertion sociale (**2**).

1) L'accès au logement : un facteur d'insertion dans la cité

L'insertion commence-t-elle par le logement ? La question est pertinente car avoir une place dans la cité semble bien être le commencement de l'insertion sociale. Le logement est au coeur des relations sociales : il est significatif d'un certain statut social, il favorise la participation de ses occupants aux divers aspects de la vie collective, il permet l'ancrage dans la cité. Pour cette raison, le logement est un élément essentiel de l'insertion et même le point de départ de toute insertion. D'abord, il permet d'avoir une adresse fixe et constitue donc un élément de stabilité, condition indispensable au versement de toute prestation sociale. Il est aussi la clé qui permet de s'engager sur la voie de la recherche d'un emploi : une adresse est indispensable pour une inscription à l'ANPE. Il est aussi un élément essentiel de l'appartenance à la cité car il est la condition de l'exercice des droits civiques. Enfin, celui qui accède au logement se procure non seulement un lieu d'habitation mais encore un voisinage, un environnement, et même "*l'image sociale d'un quartier ou d'une ville*"¹²¹. Le logement est donc à la fois l'espace qui peut permettre à la famille de s'épanouir en lui offrant une certaine qualité de vie et le lieu qui lui permet de tisser des relations avec l'extérieur, de participer à la vie sociale, professionnelle et civique.

Historiquement néanmoins, les politiques familiales ne se sont pas intéressées particulièrement à l'insertion des familles par le logement. Le logement est moins perçu comme un facteur d'insertion que comme un besoin essentiel. De plus, à l'origine, les politiques du logement ne s'adressent pas à la famille en tant que telle mais à la famille ouvrière. Ainsi, en 1894, la loi Siegfried, qui ouvre la voie aux premiers

¹²¹ J. FOURNIER, N. QUESTIAUX, J.-M. DELARUE, *Traité du social*, éd. Dalloz, 5^{ème} éd., 1989, pp. 931 et s..

organismes de logement social, les Sociétés d'H.B.M.¹²², a d'abord pour objectif d'aider les familles nombreuses issues de la classe ouvrière et de moraliser ses conditions de vie¹²³. Ce n'est que le 1^{er} septembre 1948, avec la loi sur les loyers, que la Quatrième République donne naissance à l'allocation logement. Dès l'origine, cette allocation est une prestation familiale ; elle est exclusivement destinée aux familles¹²⁴ ; elle est accordée au titre de tout logement qui répond à des conditions de salubrité et de peuplement¹²⁵.

Dans l'esprit du législateur, l'allocation logement, prestation familiale¹²⁶, est d'abord destinée à compenser la charge supplémentaire qui résulte de l'existence d'une famille. La charge familiale est perçue comme un facteur d'appauvrissement qui peut entraîner des difficultés dans l'accès au logement. L'allocation logement a ainsi pour objectif de faire décroître le poids du loyer avec la dimension de la famille et d'alléger les charges qui résultent de la hausse des loyers pour les chefs de famille¹²⁷. Pour ouvrir le droit à l'allocation, on suppose que l'allocataire affecte au logement une certaine fraction de ses ressources. Un loyer minimum, qui tient compte de l'ensemble des ressources de la famille et de sa composition, est fixé par voie réglementaire. Ce n'est que si le coût réel du logement excède ce loyer fictif minimum que le droit à l'allocation logement est ouvert¹²⁸.

Néanmoins, même si l'allocation logement-prestation familiale participe à l'insertion sociale des familles puisqu'elle facilite en principe leur accès au logement, l'insertion proprement dite n'est pas sa finalité première. Son objectif est de répondre à un besoin essentiel de la famille, celui d'avoir un logement décent. Le logement n'est donc pas perçu comme un facteur d'insertion mais comme un besoin essentiel. Certes, cette façon de concevoir le logement n'est pas suffisante mais il faut se rendre à l'évidence : ce n'est que de façon très récente que l'accès à un logement décent est considéré par les politiques sociales comme un préalable indispensable à l'insertion et non plus seulement comme l'aboutissement de l'insertion. Cette conception nouvelle s'exprime de façon explicite dans la circulaire du 9 mars 1989 relative à la mise en oeuvre du revenu minimum d'insertion : *“Disposer d'un logement décent est un facteur essentiel et même indispensable pour l'insertion... parce qu'une adresse fixe, dans un lieu décent est une base pour recouvrer son équilibre, sa dignité, ainsi que la reconnaissance par les autres, l'accès à diverses prestations et services publics... ; le logement est également une condition pour l'exercice des droits civiques... L'accès au logement, ou le maintien dans le logement en est donc une condition sine qua non... L'instauration du revenu minimum d'insertion... doit permettre de concevoir le logement comme un point de départ, comme une chance donnée au ménage”*¹²⁹.

Cette approche renouvelée du logement s'est progressivement imposée. Elle explique certainement la diversification actuelle des aides au logement versées par les caisses d'allocations familiales et qui, par ordre de priorité, sont l'aide personnalisée au logement (APL), l'allocation de logement à caractère familial (ALF) et l'allocation de logement à caractère social (ALS). A l'examen de ces différentes prestations, on observe que ces prestations concernent la famille au sens large : le versement de l'APL est déterminé par le type de logement occupé ou par le prêt contracté pour l'acquisition du logement, l'ALF concerne les personnes qui ont des enfants nés ou à naître ou certaines autres personnes à charge, ou les personnes qui forment un ménage marié depuis au moins cinq ans, et l'ALS s'adresse aux personnes qui ne peuvent pas

¹²² Habitations à Bon Marché.

¹²³ *“Si la vie de famille n'existe pas dans les classes laborieuses cela tient souvent à l'exiguïté et à la saleté des logements...”*, P. LEROY-BEAULIEU, *La question ouvrière au XIX^e siècle*, cf. Louis HOUEVILLE, *Pour une civilisation de l'habitat*, Editions ouvrières, 1969.

¹²⁴ La loi du 13 juillet 1971 a institué d'autres allocations de logement pour les personnes âgées, les handicapés et les jeunes travailleurs de moins de 25 ans. Le livre VIII du Code de la sécurité sociale regroupe ces allocations sous une dénomination unique *“Allocation de logement sociale”*.

¹²⁵ Art. L. 542-1 du Code de la sécurité sociale.

¹²⁶ Art. L. 511-1 du Code de la sécurité sociale.

¹²⁷ Sur ce point cf. J. Hochard, article précité, sp. pp. 375-377.

¹²⁸ Art. L. 511-1 et L. 542-2 du Code de la sécurité sociale.

¹²⁹ Circulaire du 9 mars 1989 relative à la mise en oeuvre du revenu minimum d'insertion : dispositif d'insertion, J.O. du 11 mars 1989.

bénéficiaire des deux premières prestations. En outre, dans ce domaine, l'action sociale des caisses d'allocations familiales joue un rôle important et supplée aux insuffisances des prestations familiales légales. Ainsi, en matière de logement, les CAF¹³⁰ ont pris l'initiative de créer des prestations ou des services afin d'octroyer des avantages supplémentaires aux familles en difficulté, de répondre à des besoins non satisfaits par les prestations familiales légales et d'envisager une dimension qui ne l'est pas toujours, l'insertion.

2) Le revenu de la famille : un pas vers l'insertion sociale

Si l'on souligne souvent que pauvreté et exclusion ne sont pas seulement une question d'argent, elles sont le sont pourtant, surtout lorsque l'absence de vie sociale et culturelle vient prolonger le défaut de vie professionnelle, source essentielle de revenu. Aussi, l'ambition de la plupart des prestations générales d'entretien¹³¹ est de permettre à leurs bénéficiaires d'accéder à des moyens convenables d'existence en améliorant en premier lieu leur situation financière. Qu'il s'agisse des allocations familiales¹³², du complément familial¹³³, de l'allocation de soutien familial¹³⁴ d'une part, ou de l'allocation de parent isolé¹³⁵ d'autre part, ces prestations ont pour objet d'assurer à la famille tantôt un soutien au revenu, tantôt un revenu minimum.

Certes, cette fonction n'est pas évidente pour les allocations familiales qui visent de façon générale à aider les familles à faire face aux charges représentées par l'entretien des enfants. Pourtant, elle est essentielle pour les familles à faible revenu, car, malgré leur montant peu élevé, ces prestations constituent en ce qui les concerne un apport financier non négligeable.

Cette fonction se précise avec des prestations forfaitaires comme le complément familial qui, d'emblée, s'adressent aux familles en difficulté économique, et elle ne fait plus aucun doute pour l'allocation de parent isolé qui se présente comme un revenu familial minimum. Même si, en théorie, ces prestations, qu'elles soient forfaitaires ou différentielles, recherchent avant tout la compensation des dépenses supplémentaires imposées au ménage par les charges familiales, on voit bien qu'elle permettent en pratique de garantir un revenu minimal aux familles essentiel pour leur insertion. Un minimum de revenu est en effet le préalable indispensable à l'insertion qui passe dans notre société par une participation économique.

On pourrait objecter à cette conception de l'insertion d'être un peu simpliste car l'insertion ne se résume pas à la disposition d'un minimum de ressources. On pourrait surtout lui reprocher d'être typique de l'individu inséré qui voudrait faire en sorte que la personne à insérer accède au mode de vie dominant, se fonde dans le moule de la vie sociale et, finalement, mène une vie normale. Avoir un logement décent, un minimum de revenu, pouvoir accéder aux soins... ne s'agit-il pas là en effet de la représentation commune de ce que doit être une vie normale ? Il semblerait alors que ces prestations familiales d'entretien, en permettant à ses bénéficiaires d'accéder à ce qui n'est autre que des archétypes, procède davantage de la normalisation que de l'insertion¹³⁶. Elles sont animées par la volonté de permettre aux familles de mener une vie normale, de les rendre conformes à un modèle. Cet objectif, pourtant, ne doit pas être négligé car il correspond aussi à une attente des familles défavorisées. Néanmoins, il est insuffisant à la réalisation de l'insertion des familles défavorisées. L'insertion sociale suppose en effet d'aller plus loin que la conformité à un certain mode de vie et de consommation. Elle suppose une participation effective à la vie sociale, or, il n'est pas du ressort des prestations familiales d'entretien de contribuer à rendre plus nombreuses les occasions de rencontres et d'échanges dans l'environnement des familles bénéficiaires. Certes, l'activité déployée par les travailleurs

¹³⁰ Cf infra, L'expérience des caisses d'allocations familiales.

¹³¹ Titre II du Code de la sécurité sociale.

¹³² Art. L. 521-1 et s. du Code de la sécurité sociale.

¹³³ Art. L. 522-1 et s. du Code de la sécurité sociale.

¹³⁴ Art. L. 523-1 et s. du Code de la sécurité sociale.

¹³⁵ Art. L. 524-1 et s. du Code de la sécurité sociale.

¹³⁶ La même remarque peut être formulée à propos du revenu minimum d'insertion. Cf. M. BADEL, *Le droit social à l'épreuve du revenu minimum d'insertion*, Thèse Bordeaux I, 1994, sp. p. 600 et s..

sociaux des CAF et les prestations créées au titre de l'action sociale poursuivent cet objectif, surtout lorsque la population bénéficiaire de la prestation est particulièrement exposé au risque de désinsertion (API).

B- Prestations familiales et insertion professionnelle du parent

Il peut paraître bien étrange de vouloir rechercher l'impact des prestations familiales sur l'insertion professionnelle. Pourtant, elles ne peuvent ignorer ce mode d'insertion dont l'insertion sociale est si étroitement dépendante. Aussi, la plupart des lois sur la famille s'emploient à favoriser la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle. De ce fait, la législation oeuvre en faveur de l'insertion puisqu'elle prévient l'exclusion du monde du travail **(b)**. En revanche, et même s'il s'agit d'un cas spécifique, il arrive qu'une prestation familiale fasse courir au parent un grave risque d'exclusion : c'est l'hypothèse de l'allocation de parent isolé, et de l'allocation parentale d'éducation, dans une moindre mesure, dont nous ne pouvons manquer de relever l'ambiguïté **(a)**.

1) Les ambiguïtés de l'allocation de parent isolé

La protection sociale dans son ensemble - sécurité sociale et aide sociale confondues - s'est efforcée au fil des années de maintenir l'adaptation des prestations légales aux besoins traditionnels des familles et de les accorder aux risques sociaux nouveaux auxquels elles étaient confrontées. Au premier plan de ceux-ci sont apparues les transformations des structures familiales et, parmi celles-ci, la solitude du parent¹³⁷. Le développement de la monoparentalité, remarqué dès le début des années soixante-dix, a connu en effet une progression importante ces dernières années. Ici, c'est l'absence de lien de couple conjuguée à la charge d'enfant qui justifie le versement de la prestation.

Le parent isolé auquel s'intéresse la protection sociale est celui qui est en situation de besoin, c'est-à-dire celui qui est privé de revenus ou dont les ressources se trouvent en deçà d'un seuil considéré comme minimal¹³⁸. Cette situation est due d'abord à l'absence des solidarités familiales traditionnelles : l'autre parent, le plus souvent le père, n'est pas là pour assurer la solvabilité du foyer. Elle s'explique ensuite par l'exclusion du parent isolé du monde du travail : le parent isolé est un individu sans emploi ; il est professionnellement désinséré. Et comme le milieu de travail constitue le lien social par excellence, le fait d'être en marge du travail risque de se doubler d'une exclusion sociale.

Si les institutions de sécurité sociale pallient l'absence de secours familial par le versement de l'allocation de parent isolé, c'est parce que la solitude du parent est considérée comme un risque sur le plan économique et comme un facteur de vulnérabilité sur le plan social. En offrant au parent isolé un revenu décent et en lui assurant le droit à la santé et le droit au logement¹³⁹, l'allocation parent isolé est une garantie sérieuse contre une éventuelle exclusion sociale.

Quant à l'insertion professionnelle du parent isolé, celle-ci n'entre pas a priori dans les fins des prestations familiales. Elle n'est d'ailleurs aucunement valorisée par la prestation légale dont le versement n'est soumis à aucun effort d'insertion, contrairement à l'allocation de revenu minimum d'insertion. Malgré tout, on remarque que les évolutions récentes de la législation ont conduit à mettre en place un intéressement au travail en permettant au bénéficiaire de l'API un cumul partiel de ses revenus du travail et de l'allocation. De plus, au titre de leur action sociale, les caisses d'allocations familiales, soucieuses de préparer la période de "l'après" allocation de parent isolé, organisent diverses actions en faveur de l'insertion sociale et

¹³⁷ INSEE, *Données sociales*, 1990 ; cf. également L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, éd. Odile Jacob, coll. Points, 1989, sp. pp. 105 et s..

¹³⁸ Les bénéficiaires de l'A.P.I. étaient 155 200 au 31 décembre 2000. On compte, en 1999, 191 200 familles monoparentales (163 000 mères seules, 22 600 pères seuls). Elles représentent 8% des ménages. Cf. G. DESPLANQUES, « La politique familiale », in *La protection sociale en France, La Documentation française*, 2001, p. 138-143.

¹³⁹ Cf. supra.

professionnelle des bénéficiaires de la prestation. Enfin, l'article 50 de la loi du 1^{er} décembre 1988 portant création du revenu minimum d'insertion (¹⁴⁰) permet aux personnes qui ont droit à l'allocation de parent isolé de souscrire l'engagement de participer aux activités d'insertion sociale et professionnelle qui sont en principe réservées aux bénéficiaires du revenu minimum d'insertion.

Malgré les actions qui l'accompagnent, les incidences positives de l'allocation de parent isolé sur l'insertion de ses bénéficiaires restent incertaines et, en toute hypothèse, difficiles à mesurer. On peut même craindre que la prestation entraîne son bénéficiaire dans la spirale de la solitude au lieu de la conduire vers l'insertion. Certes, cette remarque n'est guère originale : les politiques sociales et familiales sont en effet souvent accusées de produire des effets pervers sur le comportement de leurs destinataires. Néanmoins, avec l'allocation de parent isolé, la question du lien entre la politique et le comportement individuel se pose avec d'autant plus d'acuité que les chiffres montrent que malgré le déploiement de mesures s'adressant spécialement au parent seul et destinées en principe à favoriser son insertion, la cessation du versement de l'allocation n'est pas due, dans la majorité des cas, à la rupture de l'isolement ou à un retour à un niveau de ressources suffisant, mais au dépassement de la durée légale de versement. En outre, un nombre important de parents isolés se retrouve parmi les bénéficiaires du revenu minimum d'insertion¹⁴¹. Est-ce à dire que cette population se laisse glisser vers les mesures générales de lutte contre la pauvreté lorsqu'elle n'a plus droit aux prestations spécialisées ? Une telle conclusion est bien tentante. C'est pourquoi il faut se demander si au lieu de pousser ses bénéficiaires vers l'insertion, l'allocation de parent isolé n'aboutit pas à l'entretien, voire à la production, d'une population de parents isolés inactive et, finalement, en voie de désinsertion. Des travailleurs sociaux indiquent d'ailleurs que la création du revenu minimum d'insertion peut produire des conséquences fâcheuses sur l'effort d'insertion des bénéficiaires de l'allocation de parent isolé : lorsqu'ils arrivent en fin de droits, ils n'entreprennent plus nécessairement une démarche active d'insertion car ils sont orientés directement vers le revenu minimum d'insertion quelques semaines avant le terme de la prestation. Alors que cette disposition de la loi instituant le revenu minimum d'insertion a pour seule fin que les allocataires ne soient pas privés brutalement de ressources, elle est perçue par certains bénéficiaires comme une aubaine et comme moyen de rester encore créancier d'une prestation sociale, ce qui fait obstacle à leur réelle insertion.

En retardant les démarches de recherche d'emploi, l'allocation de parent isolé aurait alors un effet négatif sur l'insertion professionnelle. Loin de favoriser l'insertion du parent seul, elle risque au contraire de l'installer dans une situation de sans emploi et de déboucher finalement sur sa désinsertion aussi bien professionnelle que sociale, si l'on considère que l'emploi est le premier facteur d'insertion.

2) L'invitation à la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle

Poursuivre son activité professionnelle ou être parent au foyer, de façon temporaire ou définitive, tel est le dilemme qu'il faut résoudre lors de la naissance d'un enfant, surtout lorsque cet enfant arrive en deuxième ou troisième rang et qu'un rapide calcul coût-avantages fait apparaître que les revenus tirés de l'activité professionnelle parviennent juste à couvrir les frais engendrés par la garde des enfants.

Malgré tout, à l'heure où le parent au foyer est dépourvu de véritable statut et où le statut social se construit par référence à l'activité professionnelle, le parent hésite à quitter son emploi. Aujourd'hui en effet, dans nos sociétés occidentales, plus que la maternité ou la paternité, c'est le métier qui est source d'identité et de reconnaissance sociales : l'homme ou la femme existe d'abord socialement en tant que travailleur¹⁴². Son insertion sociale est conditionnée par son insertion professionnelle. En outre, c'est aussi l'activité

¹⁴⁰ Article non modifié par la loi n° 92-722 du 29 juillet 1992 portant adaptation de la loi de 1988.

¹⁴¹ On remarque ainsi que plus de 20% des allocataires du revenu minimum d'insertion sont des parents isolés. Cf. *RMI, le pari de l'insertion, Rapport de la Commission interministérielle sur le revenu minimum d'insertion*, La documentation française, 1992.

¹⁴² Sur ce point, cf. notamment J. BICHOT et son opposition intéressante entre fonction productrice et fonction reproductrice, *La politique familiale*, éd. CUJAS, 1992, p. 151 et s..

professionnelle qui est source de revenus. Alors, la crainte d'être privé d'une certaine forme de reconnaissance sociale et de voir ses revenus diminuer, doublée de celle de ne pas retrouver un emploi, si l'on quitte temporairement le sien pour élever ses enfants, incite finalement le parent indécis à poursuivre son activité professionnelle.

Le parent dont nous parlons ici doit se conjuguer au féminin. Dans les faits en effet, à la naissance d'un nouvel enfant, c'est le plus souvent la mère qui se demande si elle va interrompre son activité professionnelle. L'emploi lui procure un revenu et, de ce fait, une certaine sécurité alors que la fonction maternelle, peu valorisée socialement, est génératrice d'une baisse du niveau de vie ; pour cette raison, elle choisit le plus souvent de s'investir dans sa vie professionnelle plutôt que dans sa vie maternelle¹⁴³.

Si l'on s'en tient à ces considérations, toutes les prestations familiales qui ont pour finalité d'encourager les mères de famille à se consacrer à leur foyer ne sont pas des modèles en matière d'insertion. Pour que le parent au foyer soit reconnu et inséré, il faudrait qu'il puisse se prévaloir d'un véritable statut. Pour l'heure cependant, ce n'est pas le cas.

Seule une politique familiale qui procéderait à la création d'un véritable statut du parent permettrait de changer les comportements. Pourtant, tel n'est pas le choix du législateur qui s'est engagé dans la création de prestations familiales spécifiques dont l'objectif est de permettre aux parents de concilier vie professionnelle et vie familiale. Le rapport CODACCIONI était très explicite sur cette orientation. Le travail des femmes y était présenté comme un fait et il ne s'agissait pas de dissuader les mères de familles de poursuivre leur activité professionnelle. Il s'agissait simplement de leur offrir la possibilité "*de ne pas avoir à faire de choix définitif : travail contre enfant*".

De ce point de vue, les prestations familiales jouent un rôle essentiel dans l'insertion professionnelle des père et mère de famille. Ainsi, même si certains ont vu dans l'extension de l'allocation parentale d'éducation¹⁴⁴ les prémisses du statut du parent au foyer, cette prestation familiale, à la croisée de la politique familiale et de la politique de l'emploi, ne consacre pourtant aucun statut parental. Même si elle a pu être présentée de la sorte, l'allocation parentale d'éducation est d'abord le moyen de libérer des emplois et d'agir sur le marché du travail. Une telle finalité est d'ailleurs fort classique pour une prestation familiale puisque déjà, dans les années cinquante, le professeur Gérard LYON-CAEN voyait dans l'allocation de salaire unique la survivance de l'ancienne prime de la mère au foyer destinée à lutter contre le travail féminin¹⁴⁵ ..

L'extension de l'allocation parentale d'éducation, attribuée désormais dès le deuxième enfant et aussi à temps partiel, mais également l'allocation de garde d'enfant à domicile, la prolongation du congé parental d'éducation, témoignent de la volonté du législateur de favoriser vie professionnelle et vie familiale. De plus, afin que le salarié en congé parental ne subisse aucune perte de salaire, une allocation complémentaire peut lui être versée par l'employeur, en application d'une convention ou d'un accord collectif de travail¹⁴⁶. Dans les faits cependant, cette allocation complémentaire n'est versée que rarement si bien que le choix du congé parental d'éducation n'est réellement pas attractif pour les personnes qui retirent de leur activité professionnelle de revenus élevés.

Malgré tout, l'allocation parentale d'éducation n'est pas sans intérêt pour l'insertion professionnelle des parents. Elle permet au moins d'éviter l'exclusion de celui qui interrompt temporairement son activité professionnelle car le congé lui garantit de retrouver son emploi à la fin du congé. De plus, pour que le retour à l'emploi s'effectue dans des conditions optimales, la loi du 27 janvier 1993 prévoit que le salarié en congé parental bénéficie d'un droit à une action de formation professionnelle à l'issue de ce congé ou

¹⁴³ J. BICHOT, op. précit., sp. p. 152.

¹⁴⁴ Loi n° 94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille, J.O. du 26 juillet 1994. Cf. Liaisons sociales, Légis. soc. - H - N° 7098 du 26 août 1994.

¹⁴⁵ G. LYON-CAEN, *Manuel de Droit du Travail et de Sécurité sociale*, 1955, p. 74.

¹⁴⁶ Cette disposition est inspirée de l'accord Fleury-Michon du 25 avril 1994. Cf. Légis. soc. - C3 - N° 7032 du 9 mai 1994 et Semaine sociale Lamy n° 694, 2 mai 1994, p. 3.

immédiatement avant de reprendre son activité professionnelle¹⁴⁷. Enfin, elle offre la possibilité d'une interruption partielle d'activité professionnelle. Cette mesure est essentielle car le travail à temps partiel permet aux salariés de consacrer davantage de temps à leur vie familiale sans pour autant s'éloigner de leur vie professionnelle.

Par ailleurs, il ne faut pas négliger l'intérêt d'autres prestations, telles l'aide à la famille pour l'emploi d'une assistante maternelle agréée et l'allocation de garde d'enfant à domicile qui, réservées aux parents qui exercent une activité professionnelle, permettent à ces derniers de favoriser la poursuite de leur activité professionnelle et l'arrivée d'enfant au foyer par la prise en charge partielle des frais exposés pour la garde de cet enfant. Enfin, on relèvera, pour montrer la progression de la question de l'insertion professionnelle dans le champ des prestations familiales, que le bénéficiaire de l'allocation parentale d'éducation qui reprend une activité professionnelle à temps complet entre le 18^{ème} mois et le 29^{ème} mois de l'enfant peut cumuler l'APE et son salaire pendant deux mois. Pour bénéficier de ce dispositif, le bénéficiaire doit simplement informer la CAF qu'il recommence à travailler.

Au terme de cette analyse, il apparaît clairement que si leur finalité première n'est pas l'insertion des familles, les prestations familiales ont en la matière des incidences indéniables, qu'il s'agisse du versant social de l'insertion ou de son versant professionnel.

Paragraphe 3 – La prise en compte contrastée des nouveaux liens familiaux par les prestations familiales

Un certain nombre de prestations familiales sont des prestations intermédiaires entre les prestations de sécurité sociale et les prestations d'aide sociale. Elles ont un caractère alimentaire, sont attribuées sous conditions de ressources, et ont pour objet de suppléer les lacunes des solidarités familiales traditionnelles. En principe, ce sont donc des prestations qui sont subsidiaires aux obligations alimentaires et qui sont proportionnelles aux besoins de la famille. On remarque que si, de façon générale, elles ont été adaptées aux nouvelles configurations de la famille (**B**), elles ne prennent généralement en compte les obligations alimentaires que de façon limitée (**A**).

A – La prise en compte limitée des obligations alimentaires : les restrictions apportées à la portée du lien familial

Le principe de prise en compte des créances alimentaires du bénéficiaire d'une prestation ne suppose pas une obligation de faire valoir ses droits¹⁴⁸. Il s'agit uniquement de prendre en compte, dans le calcul des droits sociaux, le montant des créances alimentaires fixées par le juge. Cette modalité d'application, qui est présente en matière de minimum invalidité-vieillesse, se rencontre aussi dans l'**allocation de parent isolé**¹⁴⁹. Les pensions dont est créancier le parent divorcé ou séparé de droit vis-à-vis de son conjoint ou ancien conjoint sont prises en compte, à concurrence du montant fixé par l'autorité judiciaire. Cette prise en compte est écartée seulement si l'intéressé a apporté la preuve que, bien qu'il ait utilisé les moyens légaux pour en obtenir le versement, tout ou partie de ces pensions ne lui est pas effectivement versée. La prise en compte de la créance d'aliments n'est donc pas absolue. On le constate, seuls les droits judiciairement fixés sont retenus. Cela signifie que même si une obligation alimentaire existe à l'égard de l'une des personnes présentes au foyer du demandeur de l'allocation de parent isolé, elle n'est pas prise en compte préalablement pour déterminer le quantum du droit à prestation du demandeur. Le demandeur, en d'autres termes, n'est pas obligé de faire valoir ses droits à créance d'aliments avant de faire la demande de la prestation. Il n'y est obligé que si le juge a déjà été saisi et qu'il a déjà rendu une décision fixant une pension alimentaire. La portée du principe de subsidiarité de l'allocation en sort notablement limitée. Toutefois, le principe de

¹⁴⁷ *Mesures relatives à la vie professionnelle et à la famille*, Titre IV L. n° 93-121 du 27 janv. 1993 ; art. L. 900-2 du Code du travail.

¹⁴⁸ P. BERTHET, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, éd. L'Harmattan, 2000, p.369 et s.

¹⁴⁹ Art. R.524-4 du Code de la sécurité sociale.

subsidiarité est renforcé par l'article L.524-4 du Code de la sécurité sociale qui subroge de plein droit les organismes débiteurs des prestations familiales dans les droits de l'allocataire créancier d'aliments à l'égard du père ou de la mère débiteur d'aliments, à concurrence du montant de l'API effectivement versée, lorsque l'allocataire est séparé ou abandonné. Mais encore faut-il pour cela que le lien de filiation soit établi pour qu'on puisse parler de « père ». A cette réserve près, le champ d'application de cette subrogation est théoriquement important : sont concernées non seulement les créances d'aliments du parent gardien (pension alimentaire allouée au titre des mesures provisoires ou du divorce) mais également celles des enfants. En pratique cependant, les CAF n'utilisent pas systématiquement leur possibilité de recouvrement, ce qui atténue encore le principe de subsidiarité. Elles appliquent largement les dispositions d'une lettre ministérielle du 10 avril 1989¹⁵⁰ qui prévoit la possibilité pour les organismes débiteurs de l'API de renoncer à la mise en œuvre du recouvrement si le débiteur, bien que solvable, change fréquemment d'employeur, ou de situation professionnelle, si les procédures à engager sont trop lourdes, trop coûteuses eu égard aux sommes à recouvrer, si le débiteur réagit trop violemment, ou encore si le créancier souhaite éviter le recouvrement pour des motifs sérieux. On le voit, ici encore, les termes très larges de la lettre ministérielle conduisent à réduire considérablement la portée du principe de subsidiarité.

Par ailleurs, pour certaines prestations, le créancier d'aliments est en principe tenu de mettre en œuvre une action judiciaire aux fins de fixation de la créance d'aliments pour obtenir la prestation requise¹⁵¹. En matière de prestations familiales, c'est l'allocation de **soutien familial** qui est concernée. Dans ce cas, il ne s'agit plus de prendre en compte les seuls droits existants, mais également d'obliger les bénéficiaires à mettre en œuvre leurs droits potentiels aux aliments. En principe, la subsidiarité de la prestation par rapport aux obligations alimentaires est donc parfaite. L'octroi de l'allocation de soutien familial est ainsi subordonné à la mise en œuvre d'une procédure civile aux fins de fixation de l'obligation alimentaire, dans le cas où le père ou la mère, ou les père et mère, se soustraient ou se trouvent hors d'état de faire face à leurs obligations d'entretien ou au versement d'une pension alimentaire mise à leur charge par décision de justice. On remarque que le lien familial pris en considération pour faire valoir l'obligation alimentaire est limité au lien parental. Il est donc très restrictivement défini et ne rend pas compte des obligations alimentaires plus larges, instituées par le Code civil. En effet, pour cette prestation familiale, l'obligation alimentaire reste limitée à l'encontre des seuls parents défaillants et ne s'étend pas à l'ensemble des débiteurs d'aliments de l'enfant. Si, ici, le versement de la prestation n'est pas conditionné par une action en recouvrement préalablement introduite et restée infructueuse, il reste dépendant des droits alimentaires du bénéficiaire : il est amputé des éventuelles participations de ses débiteurs. La CAF est également subrogée dans les droits du créancier, dans la limite du montant de l'allocation de soutien familial ou de la créance d'aliments si celle-ci est inférieure¹⁵².

Dans certains cas, les deux prestations vont devoir être combinées et la CNAF a procédé cette année à un rappel à l'ordre des CAF, par voie de circulaire¹⁵³. Ainsi, lorsqu'une demande d'API est déposée, les droits à l'ASF doivent être systématiquement et obligatoirement étudiés. Aussi, lorsque l'allocataire refuse de déposer une demande d'ASF, parce qu'il ne souhaite pas engager d'action contre le débiteur d'aliments, la possibilité de récupération de l'API sur le débiteur d'aliments doit le dissuader de persister dans son refus. Lorsqu'il peut invoquer des motifs sérieux (agressivité du débiteur...) qui justifieraient son refus, le service local de médiation familiale ou la commission de recours amiable peuvent être saisis de cette question. L'idée est donc de faire respecter les rares obligations alimentaires prises en compte par le droit des prestations familiales, de façon à ce que le principe de subsidiarité ne soit pas totalement vidé de sa substance.

¹⁵⁰ Lettre ministérielle, 10 avril 1989, *Dr. ouvrier* 1989, p.468.

¹⁵¹ C'est par exemple le cas du revenu minimum d'insertion. Cf. art. 23 de la loi n°88-1088 du 1^{er} décembre 1988. Cf. *infra*, chapitre 2.

¹⁵² Art. L.581-2 du Code de la sécurité sociale.

¹⁵³ Circ. CNAF n° C-2001-032 et n° C-2001-033 du 21 août 2001.

B - L'adaptation des prestations familiales aux nouvelles configurations de la famille : la prise en compte progressive de nouveaux liens familiaux

Un certain nombre de prestations familiales sont placées sous une condition de ressources dont le niveau varie en fonction de la composition du foyer. Il est donc essentiel de tenir compte précisément de la composition du foyer et de prendre en considération les situations de PACS ou de concubinage. C'est pourquoi la CNAF a élaboré une circulaire, en date du 25 septembre 2000, destinée à préciser les conséquences de la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS et au concubinage.

La situation qui peut entraîner de véritables problèmes d'application est issue de la vie en concubinage. En effet, contrairement au PACS qui repose sur un acte juridique, le concubinage est une situation de fait. Selon les termes du Code civil, il s'agit « *d'une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple* ». Cette définition fait apparaître les notions de communauté de vie, de permanence caractérisée par la stabilité et la continuité des relations, la communauté d'intérêts aussi bien affectifs, pécuniaires, que matériels, découlant de la vie commune menée par un couple. L'ensemble de ces conditions doit être réuni pour que le concubinage soit établi. La circulaire précise en conséquence que le seul partage d'un logement, voire de charges (eau, électricité...) ne peut être considéré comme un élément suffisant de communauté de vie prouvant le concubinage. Pour la CNAF, ce partage relève, s'agissant de colocation, sous location ou d'hébergement par un particulier, du statut d'occupation. Par ailleurs, s'agissant d'un hébergement chez un particulier, toute disposition qui tendrait à limiter arbitrairement la durée de prise en compte de l'hébergement à une certaine période ou imposant une démarche de demande de logement s'avère illégale. Si l'institution incite les caisses à retenir la situation déclarée par le demandeur sans référence à la nature du droit sollicité ou du statut d'occupation, elle recommande de maintenir l'exclusion du droit à l'API en cas d'hébergement du demandeur chez un tiers isolé de sexe opposé, dans l'attente de nouvelles directives ministérielles.

Compte tenu de ces directives, des situations de couples, non seulement constituées en rapport au mariage mais encore tout à fait distinctes du modèle du mariage puisqu'elles associent des partenaires de sexe identique, doivent être prises en considération pour l'attribution de droits aux prestations familiales. Cela est essentiel puisque des prestations telles que le complément familial, l'allocation de logement, l'allocation pour jeune enfant, l'allocation de présence parentale, connaissent des plafonds de ressources différents pour les couples avec un revenu d'une part, et pour les parents isolés ou les couples avec deux revenus d'autres part. Il est donc capital pour le demandeur qui forme avec un partenaire un couple homosexuel d'avoir droit à ce que sa situation de couple soit prise en considération. Cela peut lui permettre d'avoir droit à la prestation, alors qu'il n'y aurait pas droit en tant que personne isolée.

Paragraphe 4 – L'éclairage des régimes spéciaux

Les prestations familiales constituent la branche où l'identité entre le régime général et les régimes spéciaux semble la plus parfaite. En effet, la plupart du temps, les régimes spéciaux versent des prestations familiales du régime général. Leur spécificité dans ce domaine consiste en l'octroi d'avantages supplémentaires. L'analyse se fera alors à ces deux points de vue.

D'un point de vue général, la référence au lien familial dans l'accès aux prestations familiales semble évidente. La terminologie employée induit un lien nécessaire entre l'octroi des prestations et l'existence d'une famille. Pour autant, et paradoxalement, la famille ne se situe pas forcément au coeur de la prestation. Le terme générique de prestations familiales est en effet peu représentatif et entraîne une vision erronée des prestations concernées. Malgré leur appellation, certaines prestations familiales sont dépourvues de tout

caractère familial. Une telle situation trouve une explication dans les différents critères de définition des prestations familiales utilisables. Trois critères ont ainsi pu être retenus¹⁵⁴ :

- un critère exégétique qui se réfère ni plus ni moins qu'à la qualification donnée par le législateur à un groupe de prestations¹⁵⁵. L'utilisation d'un tel critère est critiquable et inadaptée car les prestations versées par les CAF qui ont un caractère familial ne figurent pas toutes dans la liste donnée par l'article sus visé.
- un critère téléologique en vertu duquel toute prestation fondée sur une aide à la famille serait qualifiée de prestation familiale quelle que soit la branche dont elle relève. La conception ainsi retenue serait trop extensive car pourraient ainsi être qualifiées de prestations familiales, des prestations versées par toutes les autres branches de la sécurité sociale. Or, les prestations familiales constituent une branche autonome de la sécurité sociale, indépendante de celles représentées par les assurances sociales d'un côté et les risques professionnels d'un autre côté.
- enfin, un critère organique lequel se réfère non plus à la prestation elle-même ni à son contenu mais vise l'organisme chargé de la distribuer, en l'occurrence, les CAF. Ce critère explique alors que certaines prestations, qualifiées de familiales en raison de l'organisme chargé de les payer soient des prestations sociales certes, mais dépourvues de caractère familial : tel est le cas de l'allocation d'adulte handicapé par exemple.

La critique d'ordre terminologique s'accompagne d'une critique fondée sur les discriminations entre les familles en fonction de leurs revenus. En effet, les prestations familiales lorsqu'elles visent les familles, ne sont versées pour certaines d'entre elles qu'aux familles qui en ont le plus besoin, autrement dit elles sont versées sous condition de ressources et ce, de plus en plus fréquemment. Une évolution de la conception et des buts assignés à ces prestations s'est dessinée depuis les années 1970 et semble s'accroître aujourd'hui.

Dans la logique des prestations familiales que l'on peut qualifier d'originelles s'identifiant alors à de simples allocations familiales, la famille ouvrant droit aux prestations s'entendait du couple avec enfants. L'initiative patronale à l'origine des allocations familiales tendait en effet à éviter toute discrimination entre les salariés chargés de famille et les autres par l'octroi d'une sorte de sursalaire. Une compensation financière était alors opérée entre ces deux catégories de travailleurs, idée clairement exprimée puisque par la suite ce sont des caisses appelées caisses de compensation qui prirent le relais des employeurs pour le versement de ce type de prestations.

Les prestations familiales tendaient alors à l'origine à une redistribution horizontale des revenus en ce sens qu'elles avaient vocation à compenser les dépenses générées par la survenance d'enfants, donc à restaurer une inégalité financière entre les couples sans enfants et ceux avec enfants. Aujourd'hui, leur diversification, la crise démographique et les difficultés financières de certaines branches de la sécurité sociale ont contribué sinon à privilégier une redistribution verticale, du moins à la prendre en compte. La mise sous condition de ressources des allocations familiales a d'ailleurs témoigné de cette évolution des prestations familiales. C'est toute la philosophie des allocations familiales qui était ainsi remise en cause en même temps que se parachevait la généralisation des conditions de ressources dans cette branche de la sécurité sociale. L'attachement des français aux allocations familiales a eu raison de la condition de ressources posée à l'octroi d'allocations familiales.

De plus, dès l'origine, les prestations familiales ont été utilisées dans le cadre de différentes politiques qu'il s'agisse de politiques de scolarisation et de formation, de politiques sanitaires, du logement, de l'emploi, de lutte contre la pauvreté au cœur desquelles se trouve la famille. Par conséquent, compte tenu de ce que nous venons de dire au sujet de la généralisation des conditions de ressources, nous pouvons raisonnablement affirmer, que là encore ce sont les familles les plus défavorisées qui constituent les cibles de ces politiques¹⁵⁶.

Aujourd'hui et si l'on reprend la classification des prestations familiales adoptée par J.-J. DUPEYROUX, on distingue :

¹⁵⁴ *Droit de la Sécurité sociale* J.-J. DUPEYROUX 13^{ème} éd^o par Rolande RUELLAN p. 566 et s. n°447.

¹⁵⁵ Il s'agit des prestations énumérées à l'article L.511-1 du Code de la sécurité sociale

¹⁵⁶ M. RIBEYROL – SUBRENAT, *Le fait de l'assuré social*, Thèse Bordeaux, 1999, pp. 198-205.

- les prestations liées à la naissance, à l'adoption et à la charge d'un enfant de moins de 3 ans
- les prestations générales d'entretien
- les prestations à affectation spéciale.

Dans la première catégorie qui regroupe l'allocation pour jeune enfant, l'allocation d'adoption, l'allocation parentale d'éducation, l'A.G.E.D et l'A.F.E.A.M.A, les prestations familiales sont versées sous réserve de l'existence d'un ou plusieurs enfants à charge. Les prestations sont en effet dues à « *la personne qui assume la charge effective et permanente de l'enfant* » autrement dit qui supporte le poids financier de l'éducation de l'enfant. L'existence d'un lien de filiation n'est donc pas une condition nécessaire au versement de celles-ci. C'est un simple élément de fait qui semble être retenue par le droit social qui se détache ainsi du droit civil. Il suffit que l'enfant soit à charge, peu importe qu'il s'agisse de l'enfant de l'allocataire. Néanmoins, afin d'éviter certains abus, il semblerait que cette interprétation doive être nuancée en lui adjoignant la notion de responsabilité de l'éducation de l'enfant même si la Cour de cassation s'en tient uniquement à des données de fait « *estimant notamment que la notion de charge n'implique ni obligation alimentaire ni titre juridique conférant la garde* »¹⁵⁷.

La deuxième catégorie qui regroupe les allocations familiales, le complément familial et l'allocation de soutien familial obéit à des logiques différentes même si la notion de charge reste au coeur des conditions d'octroi des prestations. Les allocations familiales sont le symbole de la redistribution horizontale. Certes, elles ne sont versées qu'à compter du deuxième enfant à charge, ce qui exclut la reconnaissance d'un droit individuel de l'enfant à ces prestations mais elles traduisent toujours cette volonté de compensation de la société à l'égard des personnes ayant des enfants. Le complément familial, au contraire est le moyen d'une redistribution verticale. Là encore c'est la notion de charge qui prévaut. Peu importe la nature de la filiation, peu importe en conséquence le type de famille, peu importe donc le lien familial.

Enfin, la troisième catégorie regroupe l'allocation d'éducation spéciale et les aides au logement. La première est soumise aux conditions générales d'attribution des prestations familiales, donc à l'existence d'un enfant à charge et à des conditions spécifiques tenant à l'âge et l'état de l'enfant lequel doit être atteint d'une incapacité permanente. Quant aux secondes, elles feront plus loin l'objet d'une étude dans le cadre de l'aide sociale. Nous constatons alors que, quelle que soit la prestation envisagée, la charge effective et permanente d'un enfant est la condition *sine qua non* d'octroi des prestations familiales.

Ces considérations générales achevées, il nous reste à envisager les particularités des régimes spéciaux en la matière qui se résument en l'octroi de prestations supplémentaires par rapport au régime général. Il s'agit soit d'un supplément familial de traitement soit d'autres avantages qualifiés de familiaux. Ces événements sont soit directement liés à la constitution de la famille par le biais du mariage ou d'une naissance, soit indirectement liés à l'existence¹⁵⁸ ou à la disparition de la famille : tel est le cas de l'indemnité statutaire pour orphelin total¹⁵⁹.

Le supplément familial, avantage accordé aux fonctionnaires est attribué indépendamment des prestations familiales du régime général servies aux fonctionnaires. Il s'agit d'un complément de rémunération, imposable à ce titre. Il ne constitue donc pas une prestation familiale ni a fortiori une prestation sociale. Il s'agirait d'une rémunération accessoire, allouée aux fonctionnaires chargés de famille.¹⁶⁰ Néanmoins, pour

¹⁵⁷ Soc., 25 novembre 1993, R.J.S. 2/94 p. 187, 27 janvier 1994, R.J.S. 3/94 p. 317 ; 31 mars 1994, R.J.S. 7/94p. 911 ; I. SAYN, *Enfant à charge et parent isolé ou les difficultés de mise en œuvre des critères de fait*, Groupe de recherche sur la socialisation, C.N.R.S./Lyon, 2 mai 1996.

¹⁵⁸ Tel est le cas de l'indemnité de frais d'études.

¹⁵⁹ C'est ainsi que le régime EDF-GDF accorde des avantages familiaux supplémentaires : une indemnité égale à deux mois de traitement pour le mariage et des primes à l'occasion de la naissance d'enfants ; ces primes de naissance représentent 100% du salaire mensuel pour le premier enfant, 150% pour le deuxième et le troisième, 200% à partir du quatrième, plus une allocation complémentaire lorsque le salaire de l'agent n'atteint pas le coefficient 325 de la grille des salaires.

¹⁶⁰ En ce sens, T. TAURAN, *Contribution à l'étude des régimes spéciaux de sécurité sociale*, Thèse Bordeaux, 1996, p. 213.

l'octroi de cet avantage, l'administration utilise la notion d'enfant à charge retenue pour l'attribution des prestations familiales. Le droit à cet avantage est ouvert en fonction du nombre d'enfants à charge, à raison d'un seul droit par enfant, mais l'octroi du supplément à un fonctionnaire dont le conjoint, salarié du secteur privé, perçoit un avantage de même nature est licite.

S'agissant ensuite des primes de naissance, les agents des Industries électriques et gazières peuvent prétendre, outre à une indemnité lors de leur mariage (2 mois de traitement) à des primes lors de la naissance des enfants. Une allocation supplémentaire peut même venir s'ajouter aux avantages qui précèdent si le traitement de l'agent est inférieur à un certain seuil.

Ces avantages supplémentaires offerts par les régimes spéciaux ne font pas référence à un lien familial d'une nature différente de celui retenu par le régime général. Ils sont liés à la famille constituée par un couple marié ou non marié mais ayant des enfants.

Au bout du compte, il apparaît que le droit des prestations familiales offre une conception très large de la famille. La question de savoir si cette situation traduit réellement une volonté d'accueillir une conception élargie de la famille est cependant délicate.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Incontestablement, le droit de la sécurité sociale, tant dans son versant assurances sociales / risque professionnel que dans son versant prestations familiales, a opté originellement pour une approche très classique du lien familial, celle de la famille légitime, fondée sur le mariage. Il est d'ailleurs difficile de lui en faire le reproche puisque ce modèle familial était très largement dominant au lendemain de la deuxième guerre mondiale, lors de l'édification de notre système de sécurité sociale. Aujourd'hui, ce modèle familial n'occupe plus, en droit de la sécurité sociale, cette situation de monopole. De fait, le droit de la sécurité sociale a été amené à reconnaître d'autres types de familles, peut-être pourrait-on même dire contraint de reconnaître d'autres types de familles... En effet, il semble que le droit de la sécurité sociale a été assez peu volontariste dans l'acceptation des nouveaux modèles (familles naturelles, monoparentales, polygames) ou même des nouveaux couples, nous pensons spécialement au couple homosexuel mais également au concubinage hétérosexuel, même s'il est encore difficile de les désigner comme des familles.

Ainsi, il semble que la démarche du droit de la sécurité sociale et son ouverture très progressive et très incomplète aux nouveaux types de familles s'analyse plutôt comme la prise en considération contrainte de nouveaux types de familles, sous la pression des faits, sans enthousiasme, presque avec résignation. L'affirmation peut paraître d'autant plus surprenante qu'elle est en rupture avec l'idée -certainement galvaudée- que l'on se fait de ce droit dit social, celle d'un droit moderne et novateur, tolérant et généreux, par opposition à celle d'un droit civil traditionnel et conservateur. Cette image d'Epinal doit être revue...

Il n'en demeure pas moins que le droit de la sécurité connaît aujourd'hui de ces nouveaux types de familles. Ainsi la vie maritale ouvre droit à l'assurance maladie maternité, à certaines conditions au capital décès ; «*la vie avec*», invention de la loi DMOS du 27 janvier 1993, fait naître un droit dérivé à l'assurance maladie maternité ; la famille polygame peut être à l'origine de droits dérivés, en matière d'assurance vieillesse et de capital décès ; familles naturelle et adoptive ont quasiment les mêmes droits que la famille légitime en matière de prestations familiales ; en ce qui concerne le couple ou, le foyer, est privilégiée une approche économique, nécessairement très large, de la famille...

Pour autant, cette évolution ne doit pas s'analyser comme un changement profond du modèle familialiste qui structure le droit de la sécurité sociale, car elle ne s'accompagne pas d'une modification de la conception même de la protection sociale assurantielle et obligatoire de la famille. La famille naturelle, la vie maritale, le PACS, n'ouvrent des droits que de manière exceptionnelle. Le concubinage, notion définie par le droit civil depuis la loi du 15 novembre 1999, n'apparaît en tant que tel ni dans les assurances sociales, ni dans la couverture du risque professionnel. Certes, il est pris en considération par le droit des prestations familiales, mais cela est insuffisant pour entrevoir une véritable ouverture en ce qui le concerne.

CHAPITRE II : AIDE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, ANALYSE CRITIQUE

Est-il besoin de le rappeler, la logique de l'aide sociale est différente de celle de la sécurité sociale. Il s'agit d'une logique d'assistance et non de solidarité. Il a été montré que les assurances sociales prennent en compte le sort de la famille du cotisant puisque tout événement pouvant toucher un membre de la famille a des répercussions sur le cotisant lui-même. En revanche, l'aide sociale a un caractère individuel. La situation de besoin qu'elle prend en considération est celle de l'individu et non celle du groupe familial. Le législateur refuse le plus souvent de faire varier le montant des prestations d'aide sociale en fonction de la taille de la famille du bénéficiaire (sauf pour le RMI et les allocations de logement). Ce n'est donc pas principalement la « famille-bénéficiaire de prestations » qui est visée mais la famille-alimentaire. En d'autres termes, les préoccupations de l'aide sociale ne vont pas à la famille comme telle, mais au groupe familial conçu comme un « gisement » de ressources. L'explication tient essentiellement au caractère subsidiaire de l'aide sociale ; la solidarité nationale ne devant entrer en jeu que si la solidarité interfamiliale fait défaut.

La subsidiarité de la dette de la collectivité par rapport à la solidarité familiale demeure un principe constant malgré de nombreux assouplissements. On peut l'observer lors de l'attribution des prestations (section 1) et à travers la récupération des sommes versées (section 2).

SECTION 1 – REFERENCE AU LIEN FAMILIAL ET ADMISSION A L'AIDE SOCIALE

La référence au lien familial apparaît lors de l'examen de l'ensemble des ressources d'un demandeur à l'aide sociale. Les commissions d'admissions prennent en effet en considération les créances ayant une origine familiale ainsi que les ressources du foyer.

Paragraphe 1 - Prise en compte des créances d'origine familiale

Il s'agit principalement des créances issues de l'obligation alimentaire et de manière plus accessoire des prestations familiales.

A – L'obligation alimentaire

Il est assez habituel de souligner la socialisation des relations alimentaires du fait du déclin des solidarités familiales. Néanmoins, cette socialisation n'a pas fait disparaître toute solidarité financière familiale. Il existe en effet des obligations alimentaires civiles auxquelles fait référence l'aide sociale. Depuis un certain nombre d'années, cette dépendance est fortement critiquée.

1) Les obligations alimentaires civiles

Il existe une obligation alimentaire entre deux personnes quand l'une est tenue de fournir à l'autre les moyens indispensables à la vie de celle-ci¹⁶¹. Ainsi définies, les obligations alimentaires sont très nombreuses. Toutes les dispositions comportant l'idée de minimum vital ou de réparation sont alimentaires ;

¹⁶¹ J.HAUSER, *La famille, Fondation et vie de la famille*, Traité de droit civil, LGDJ n°1295

droits sociaux liés au salaire minimum, minimum vieillesse...et évoquent pour beaucoup la solidarité nationale. Pourtant, le procédé le plus ancien de solidarité demeure la famille¹⁶².

La loi impose l'obligation de fournir des aliments aux membres de la famille liés par une étroite solidarité, celle qui naît du mariage (art. 212 C.civ.) ou encore de la parenté (art. 203 et 205 C.civ.) ou de l'alliance en ligne directe (206 C.civ.)¹⁶³.

La détermination des sujets tenus à l'obligation alimentaire dépend beaucoup de la conception de la famille que l'on retient. Ainsi l'égalité affirmée par la loi du 3 janvier 1972 entre famille légitime et naturelle a eu des conséquences évidentes sur la détermination des créanciers et des débiteurs d'aliments.

L'article 205 du code civil prévoit une obligation alimentaire entre ascendants et descendants. Celle-ci existe en ligne directe et à l'infini dans la famille légitime et dans la famille naturelle. Sont concernés les enfants naturels et les enfants faisant l'objet d'une adoption plénière ou d'une adoption simple¹⁶⁴. Au contraire, l'obligation issue de l'article 206 reste fondée sur le mariage. Celui-ci établit simplement une obligation alimentaire entre beau-père et belle-mère d'une part, gendre et belle-fille d'autre part¹⁶⁵. Deux questions doivent ici se poser, l'obligation peut-elle être étendue au-delà des cas prévus et que se passe-t-il quand l'alliance a disparu ? La jurisprudence est dans son ensemble favorable au maintien d'une interprétation étroite. Dès lors, les gendres et les belles-filles ne sont pas tenus de verser des aliments aux grands-parents de leur conjoint. En ce qui concerne les effets de la dissolution du mariage, il faut séparer le divorce et le décès. En cas de divorce, l'obligation alimentaire disparaît dans tous les cas. En revanche, en cas de décès, l'article 206 prévoit que l'obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité est décédé et que les enfants issus de son union avec l'autre le sont également. C'est donc seulement quand subsiste un ou plusieurs enfants que l'obligation est maintenue.

L'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants mineurs ne fait pas l'objet d'un texte général dans le code civil. Il y a cela une raison historique. Elle n'avait été prévue à l'origine que pour les enfants légitimes par le code civil de 1804, mais en fait personne ne contestait son application à tous les cas où la filiation était établie. L'article 203 du code civil prévoit, au titre du mariage, que les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, mais l'article 334 du code civil, donnant à l'enfant naturel les mêmes droits qu'à l'enfant légitime, l'assimilation est désormais sans discussion.

En ce qui concerne la mise en œuvre de l'obligation alimentaire, il faut d'abord noter le principe de la compétence du juge aux affaires familiales pour « les actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire... »¹⁶⁶. Ensuite, il convient de remarquer que la détermination du montant de la contribution du débiteur a été élargie progressivement bien au-delà des « alimenta » d'origine (le gîte et le couvert). Ainsi à notre époque, on peut y inclure le logement, les vêtements, le chauffage, les frais médicaux...Le montant sera souverainement apprécié par le juge lorsque les parties sont en désaccord.

¹⁶² M.-P.CAMPROUX, *Le juge et les solidarités familiales en matière d'obligations alimentaires*, Lyon, 1992.

¹⁶³ Le devoir d'entraide conjugale issu des articles 212 et 214 du code civil dépasse la notion d'aliments. Un arrêt a ainsi rappelé de façon très nette que « les charges du mariage comprennent toutes les dépenses qui permettent aux époux de vivre suivant leur rang social, même les dépenses qui, sans être nécessaires à l'existence, contribuent au bien-être des époux telles que celles de l'aménagement de l'habitation, les gages des domestiques, les frais de voyages de villégiatures... », CA Paris, 17 février 1966 D 1966 p 456.

¹⁶⁴ Quelques particularités à souligner pour l'adopté simple ; il a envers ses parents adoptifs une créance d'aliments qui ne s'étend pas à leurs ascendants car la parenté ne remonte pas au-delà du premier degré.

¹⁶⁵ La solution doit logiquement être étendue aux relations entre le conjoint et les parents naturels ou adoptifs puisqu'il y a bien alliance, en ce sens MARTY et RAYNAUD, *Les personnes*, n°44.

¹⁶⁶ Art. L 312-1 NCPC.

2) Les obligations alimentaires en aide sociale

a) une référence de principe à l'obligation alimentaire

Le droit de l'aide sociale fait référence à certaines obligations alimentaires civiles. L'article 144 al.1 du code de la famille et de l'aide sociale précise ainsi que « les personnes tenues à l'obligation alimentaire instituée par les articles 205 et suivants du code civil, sont, à l'occasion de toute demande d'aide sociale, invitées à indiquer l'aide qu'elles peuvent allouer aux postulants et à apporter, le cas échéant, la preuve de leur impossibilité de couvrir la totalité des frais ».

De même, l'application de l'article 203 du code civil permet aux services de l'aide sociale à l'enfance d'exiger des parents d'un mineur qu'ils ont accueilli une participation financière¹⁶⁷. Il convient d'ajouter, même si cela dépasse le cadre de l'obligation alimentaire qu'il est tenu compte des créances alimentaires nées du mariage ou de sa rupture (pension alimentaire ou prestation compensatoire). Cela a notamment pour résultat que la pension alimentaire reçue ou versée par le demandeur doit être prise en compte dans le calcul des ressources.

Faut-il en conclure que la conception de l'obligation alimentaire est identique dans ces deux branches du droit ? On pourrait le penser puisque dans les deux cas la personne dans le besoin peut prétendre à un secours d'une autre personne qui dispose de ressources suffisantes. Pour autant, ce lien ne signifie pas que ces deux obligations alimentaires soient semblables, mais qu'elles peuvent plutôt être regroupées, « en raison d'un fondement semblable : celui de la solidarité »¹⁶⁸.

b) L'affaiblissement de la référence à l'obligation alimentaire

Le principe de la subsidiarité de l'aide sociale par rapport à l'obligation alimentaire s'est toutefois fort affaibli. Le législateur a, ces dernières années, entendu abandonner la référence à la solidarité familiale dans certaines prestations familiales et en particulier dans les domaines respectifs de l'aide sociale aux personnes handicapées, aux personnes âgées et de l'aide médicale.

La prise en considération des créances alimentaires des postulants à l'aide sociale aux handicapés ne subsiste plus que pour l'allocation différentielle et pour le placement dans une unité de soins du système hospitalier. En outre, en cas de placement dans un établissement social, l'époux sera tenu de participer aux frais de placement de son conjoint¹⁶⁹.

En ce qui concerne l'aide sociale aux personnes âgées, le choix a été fait dans la loi du 24 janvier 1997 instituant la prestation spécifique dépendance de ne pas mettre en cause les familles et, par conséquent, de porter atteinte au principe de subsidiarité de la solidarité sociale par rapport à la solidarité familiale. Une telle option s'explique par le fait que l'on se trouve « dans le cadre de la solidarité et non dans celui de l'assistance »¹⁷⁰. Seul le devoir de secours entre époux (art. 212 C.civ.) subsiste. En revanche, la référence à l'obligation alimentaire est maintenue en cas d'hébergement en établissement prévu par l'art. 164 du code de la famille et de l'aide sociale (logement-foyer, résidence pour personnes âgées, maison de retraite).

¹⁶⁷ Art. 203 C.civ. « les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

¹⁶⁸ J.PELISSIER, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, Thèse Lyon, LGDJ, 1961, p 161.

¹⁶⁹ Comm.cent.r.d'aide sociale, 18 mars 1988, *Rev.fr.aff.soc.* 1989, Comm.cent.r.Ass.plé., 14 mai 1999, dépt. De l'Yonne.

¹⁷⁰ Il a été souligné lors de la 6^{ème} conférence des ministres européens responsables de la sécurité sociale du Conseil de l'Europe que « le risque dépendance est un risque général qui ne doit pas être traité dans une « logique » d'aide sociale, Conseil de l'Europe, « les besoins spécifiques des personnes âgées dépendantes, les coûts et le financement », Strasbourg 1995 p 11.

Avant la loi du 27 juillet 1999 ayant réformé l'aide médicale, les dépenses engagées en faveur des bénéficiaires n'étaient plus recouvrées auprès des titulaires du revenu minimum d'insertion ou de l'allocation de veuvage, ainsi que les personnes âgées de 17 à 25 ans demandant la prise en charge des cotisations d'assurances personnelles. La réforme n'a toutefois pas remis en question le principe de la subsidiarité par rapport aux créances alimentaires. En effet, les dépenses pourront être recouvrées ultérieurement par le département ou l'Etat auprès des débiteurs alimentaires.

Le législateur n'a pas davantage remis en question ce principe lors de la mise en place du revenu minimum d'insertion. L'article 23 de la loi du 1^{er} décembre 1988 fait en effet obligation à l'allocataire de « faire valoir ses droits aux créances d'aliments ». Une particularité doit toutefois être soulignée. Contrairement à la tradition de l'aide sociale, les sommes dues au titre de l'obligation alimentaire, mais non versées, n'interviennent pas dans le calcul des revenus du demandeur du revenu minimum d'insertion. Mais ce qui doit être surtout souligné c'est la possibilité pour l'intéressé d'être dispensé de faire valoir ses droits aux créances alimentaires. Dans ce cas on pourrait penser que l'allocation doit être versée sans tenir compte de la créance alimentaire. Or, le législateur a prévu que le préfet pouvait décider de réduire l'allocation « d'un montant au plus égal à celui de la créance alimentaire lorsqu'elle est fixée ». Une telle possibilité revient à retenir parmi les ressources du demandeur une créance qui ne sera pas versée¹⁷¹.

Cette anomalie est révélatrice de l'extrême ambiguïté à maintenir le principe de subsidiarité pour le revenu minimum d'insertion. C'est ce qui apparaît d'ailleurs lors des débats parlementaires. Il a été souligné qu'il ne fallait pas renoncer au principe de subsidiarité, mais en même temps il a été constaté que « des heurs assez violents peuvent surgir dans certaines familles, notamment pour les couples divorcés », ce qui peut rendre très difficile l'insertion¹⁷².

Alors pourquoi ne pas aller jusqu'au bout en supprimant la référence aux solidarités familiales, non seulement pour le revenu minimum d'insertion, mais pour l'ensemble des prestations relevant de l'aide sociale ? Cette solution avait déjà été préconisée en 1962 dans le rapport de la commission de la vieillesse dite « commission Laroque¹⁷³. Il a été notamment précisé que l'obligation alimentaire était contraire au fondement même de l'aide sociale qui impliquait une substitution de la collectivité à la famille. La « socialisation intégrale du droit aux aliments » proposée par plusieurs auteurs¹⁷⁴ est aujourd'hui possible¹⁷⁵.

B – La prise en compte des prestations à orientation familiale

Pour un certain nombre de prestations d'aide sociale, l'ensemble des ressources de l'allocataire est en principe pris en compte, ce qui intègre les revenus professionnels et toutes les prestations sociales, y compris les allocations familiales. C'est le cas pour le revenu minimum d'insertion et l'aide sociale à l'enfance.

En ce qui concerne le revenu minimum d'insertion, plusieurs réserves peuvent être soulevées. Les allocations familiales sont des prestations d'entretien versées par la collectivité sans condition de ressources. Orientées vers l'intérêt de l'enfant, elles visent à alléger les charges que doit supporter un chef de famille. Or, à partir du moment où l'on considère que les allocations familiales sont un complément à des ressources affectées par le coût et l'entretien de l'enfant et que le revenu minimum d'insertion est une garantie de ressources, il

¹⁷¹ M.BADEL, *Le droit social à l'épreuve du RMI*, op. cit., p 431.

¹⁷² JO AN, Débats, séance du 11 oct.1988 p 788, V° notamment les remarques du rapporteur Jean-Michel BELORGEY.

¹⁷³ Rapport de la commission d'étude des problèmes de la vieillesse, Politique de la vieillesse, 1962, La documentation française.

¹⁷⁴ F.KESSLER et F.GEA, « Le principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale », in *Drôle(s) de droits(s), Mélange en l'honneur de Elie Alfandari*, op. cit.

¹⁷⁵ Infra deuxième partie, aide sociale, propositions

semble que la prise en compte des allocations familiales soit contraire aux principes directeurs des allocations familiales¹⁷⁶. Celles-ci ont pour seul objet la compensation du coût de l'enfant et leur intégration au revenu du bénéficiaire revient à les assimiler à des revenus alors qu'elles devraient venir s'ajouter aux revenus existants par ailleurs.

Quant à l'aide sociale à l'enfance, les allocations familiales sont versées au département lorsqu'un enfant lui a été confié par le juge des enfants¹⁷⁷. Ce versement est tout à fait logique puisqu'en cas de mesure éducative, le père et la mère restent tenus à leur obligation d'entretien à l'égard de leur enfant.

Paragraphe 2 - Les ressources des membres du foyer

L'obligation alimentaire ne vise plus uniquement la famille légale et la relation entre les parents naturels et leurs enfants. Depuis la loi du 15 novembre 1999, les partenaires du PACS sont également unis par une obligation alimentaire. Il s'ensuit que fort logiquement les ressources du partenaire du postulant à l'aide sociale sont mesurées. Mais l'aide sociale se réfère à d'autres notions pour désigner le compagnon du même sexe ou non qui ne s'est pas engagé dans un acte juridique avec le postulant. On trouve ainsi les notions de concubinage ou de vie maritale. Ces notions sont encore aujourd'hui source de difficultés.

A – La prise en compte des ressources des membres du foyer

La prise en compte des ressources des personnes qui composent le foyer devrait entraîner une reconnaissance des charges qui pèse sur l'allocataire. En d'autres termes, les prestations devraient varier en fonction des besoins du foyer. Or, comme cela a déjà été souligné, il n'y a pas de lien entre l'appréciation des ressources et la réalité de la charge. Alors, que la prise en compte des revenus du foyer concerne l'ensemble des prestations, la prise en considération de la charge qui pèse sur le postulant à l'aide sociale ne porte que sur certaines d'entre elles. Cette prise en compte des ressources du foyer porte essentiellement sur les ressources du couple.

1) Les ressources du couple

Lorsque le postulant à l'aide sociale est marié, vit en concubinage ou avec un partenaire avec lequel il a conclu un PACS, les ressources de la communauté sont prises en compte par la commission d'admission. Plus généralement l'aide sociale mesure les revenus de chaque membre du couple. L'état des lieux a permis d'observer que cela concerne l'ensemble des prestations relevant de l'aide sociale.

Une différence doit toutefois être soulignée. Pour certaines prestations (comme l'allocation de solidarité, le revenu minimum d'insertion, l'allocation personnalisée d'autonomie, l'allocation de logement familiale), c'est la situation de concubinage qui est visée. En revanche, pour d'autres prestations (aide juridictionnelle, aide personnalisée au logement, allocation de logement sociale), il est question de la vie maritale. En ce qui concerne l'attribution de l'aide juridictionnelle, c'est le terme de « personne vivant habituellement au foyer » qui est retenu. Il s'agit d'un terme assez large et assez flou pour y mettre aussi bien les parents que le frère ou la sœur du postulant à l'aide juridictionnelle (l'obligation alimentaire n'a ici rien à voir).

¹⁷⁶ En ce sens, M. BADEL, *Le droit social à l'épreuve du RMI*, PUB, 1996 pp 171 et s.

¹⁷⁷ Au cours de la période 1992-1998, le nombre d'enfants confiés à l'ASE au titre d'une mesure administrative ou judiciaire a augmenté de plus de 5%. Cette augmentation générale résulte de deux mouvements inverse : le nombre de mesures administratives baisse de près de 22 % en sept ans tandis que le nombre de placements ordonnés par le juge a augmenté de près de 20 %. Données sur la situation sanitaire et sociale en France en 2000, *étude de la DREES*, La documentation française, fév. 2001.

Comme l'a déjà relevé l'état des lieux, cette différence n'a pas de conséquences pratiques puisque les notions de concubinage et de vie maritale sont en général définies de façon identique. Mais on peut toutefois regretter qu'il n'y ait pas d'harmonisation, ne serait ce que pour supprimer toute ambiguïté. Le terme de concubinage ne serait-il pas plus approprié en raison notamment de sa consécration par le code civil ? C'est dans cette voie que s'est orientée la caisse nationale d'allocation familiale. Une circulaire du 25 septembre 2000 a en effet substitué la notion de concubinage à celle de vie maritale.

Mais l'harmonisation des termes va-t-elle jusqu'à l'harmonisation des définitions ? Autrement dit, la définition du concubinage telle que l'a consacré le code civil, peut-elle être reprise par l'aide sociale ?

Pour y répondre, il faut d'abord revenir sur la définition de l'article 515-8 du code civil ; « le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité ; entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Cette définition n'introduit pas dans la définition du concubinage une référence explicite à la vie maritale¹⁷⁸. Cependant, d'un autre côté, la définition légale en revient à la vie maritale en visant « ...une union de fait, caractérisée par une vie commune, présentant un caractère de stabilité et de continuité... ». Une telle définition du concubinage le rapproche du mariage (union de type marital) alors qu'il peut couvrir des situations fort différentes (comme la simple cohabitation). Ainsi, au lieu d'opérer une distinction entre les concubinages, le législateur a fait le choix d'un type de concubinage proche du mariage. On comprend alors que l'aide sociale ne peut s'en tenir à cette définition légale.

Ce qui est déterminant, c'est la mise en commun des revenus qui peut exister alors qu'il n'y a pas de « vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité ». Lorsque le demandeur vit en concubinage ce sont les ressources du foyer qui doivent être prises en considération pour décider de l'octroi d'une prestation. Plus exactement, la seule référence au concubinage est en tant que telle insuffisante pour refuser le bénéfice d'une prestation relevant de l'aide sociale. Une décision récente de la Commission centrale d'aide sociale confirme ce point. Il a été souligné que le préfet ne pouvait réclamer le remboursement de l'indu sans s'interroger sur les ressources¹⁷⁹.

2) La majoration du montant de la prestation

L'état des lieux a permis de constater une différence de termes. Personne qui vit maritalement pour l'aide personnalisée au logement, personne vivant au foyer de manière habituelle pour l'allocation de logement familiale et concubin pour l'allocation d'insertion. Encore une fois, la cohérence du système appelle l'harmonisation des termes. Mais cette fois-ci, la recherche d'une définition est utile puisque le montant des prestations dépend de la composition du foyer. Faut-il alors reprendre la définition issue du code civil et ainsi privilégier le concubinage qui se rapproche du mariage ? Les nombreux couples de fait qui partagent seulement une communauté d'intérêt ne peuvent être exclus du droit à l'assistance. Il est vrai qu'ils pourraient conclure un PACS qui repose sur la communauté d'intérêt (la cohabitation). Mais là encore, il faut penser à tous ceux qui ne souhaitent pas s'engager au moyen d'un contrat.

L'aide sociale subordonne également l'octroi de prestations à des plafonds de ressources variant en fonction du « quotient social du foyer », c'est à dire du nombre de personnes dont le postulant a la charge. Pour mesurer ce quotient familial et donc le niveau de vie du foyer, on attribue à chaque type de foyer un certain nombre d'unités de consommation. On en trouve un exemple avec le décret du 20 juin 2001 relatif à l'aide aux personnes en situation de précarité pour préserver ou garantir leur accès à l'électricité. L'art. 3 précise que la première personne du foyer constitue une unité de consommation, la deuxième personne est prise en

¹⁷⁸ Sur les raisons qui ont conduit à l'adoption de cet article, V° les observations de J.J. LEMOULAND, « Présentation de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », *D.* 1999. chr. 483.

¹⁷⁹ Comm.cent.aide.soc. 14 déc.2000, *Rev.dr.san.soc.* 2001 p 401.

compte pour 0,5 unités de consommation, la troisième personne et chaque personne supplémentaire pour 0,3 unités de consommation¹⁸⁰.

B - La preuve de l'existence du couple non marié

Le mariage comme le PACS sont faciles à prouver puisqu'ils font l'objet d'un acte officiel. En revanche, ce qui pose difficulté c'est la preuve de l'existence d'une situation de concubinage. L'existence d'une définition légale du concubinage ne change rien.

Certaines municipalités facilitent les choses en établissant des « certificats de concubinage », mais ils n'ont pas de valeur officielle. Ils ne sont en effet prévus par aucun texte et ne constituent en définitive qu'un enseignement parmi d'autres. En outre, les conditions de délivrance des certificats sont variables. En général, il suffit que le couple se présente muni de pièces d'identité et leur signature sera légalisée. Le couple doit parfois se présenter avec deux témoins ou faire une déclaration sur l'honneur. On retrouve ce moyen d'une déclaration sur l'honneur devant les caisses d'allocations familiales. Il suffit aux intéressés de déclarer leur union lors de la demande d'ouverture des droits.

Mais il peut être tentant pour certains de dissimuler les ressources de l'autre membre du couple et de ne faire état que de ses seuls revenus professionnels. C'est notamment le cas pour le revenu minimum d'insertion qui est majoré lorsqu'il concerne un couple. Lorsque les membres du couple se séparent, l'allocataire peut volontairement ou non ne pas déclarer le changement¹⁸¹.

Une enquête menée en 1985 a montré que les contrôles des CAF sur les déclarations des ressources des demandeurs étaient stricts et plus particulièrement sur les populations instables¹⁸². La Commission chargée du rapport sur le revenu minimum d'insertion avait observé que l'on courait plus aujourd'hui le « risque d'une atteinte au respect de la vie privée que le risque de fraudes massives ».

A ce sujet, la Cour de cassation a jugé à deux reprises que les contrôles qui ont été effectués par des agents de l'URSSAF sans respect des dispositions légales étaient abusifs¹⁸³. Or, l'article R232-59 du code de la sécurité sociale n'autorise pas les visites à domicile. Cette solution ne se limite pas aux agents de l'URSSAF. On peut y voir une disposition de principe qui s'applique à tous les agents de contrôle. Par conséquent, il est possible de soutenir que puisque le contrôle à domicile n'est pas envisagé par l'article L 583-3 du code de la sécurité sociale qui dispose que « les organismes débiteurs des prestations familiales ont la possibilité de demander toutes les informations nécessaires aux administrations publiques et aux organismes de sécurité sociale... », les contrôleurs dépassent leurs fonctions lorsqu'ils effectuent un contrôle sans le consentement de l'intéressé.

Cette décision a ainsi le mérite de protéger davantage les libertés individuelles des allocataires et d'assurer le respect de leur vie privée. Il en résulte que les liaisons avec les autres organismes et les administrations publiques vont devoir être accentuées par les caisses d'allocations familiales.

¹⁸⁰ Sur cette question « La farfouille des quotients familiaux », J.BICHOT et D.MARCILHACY, revue *Dr.soc.* fév. 2001, pp 167 et suiv.

¹⁸¹ Une enquête réalisée par la CNAF en 1991 a relevé que les divergences entre la situation maritale déclarée et la réalité concernaient seulement 2% des allocataires dont la moitié seulement portait sur des vies maritales non déclarées, Rapport de la commission présidée par P.VANLERENBERGHE, *RMI : le pari de l'insertion*, Tome I La documentation française, mars 1992 p 165.

¹⁸² Rapport STECK, *La politique de contrôle des CAF*, dossiers CAF mars 1987. 117 caisses ont répondu à cette enquête.

¹⁸³ Soc. 28 nov.1991, Soc. 5 déc.1991, *RJS* 1/92 n°76.

SECTION 2 - REFERENCE AU LIEN FAMILIAL ET RECUPERATION DES SOMMES VERSEES

Même si le recours pour récupérer une prestation n'est pas discutable sur son principe, son application laisse paraître des ambiguïtés. Des interrogations subsistent également lorsque les recours sont atténués.

Paragraphe 1 - Une mise en œuvre ambiguë des recours

Les recours peuvent d'une part, concerner les débiteurs d'aliments et d'autre part, s'exercer conformément à ce qui a été prévu par l'article L 132-8 du code de l'action sociale et de la famille. Cet article dispose que des recours peuvent être exercés, contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune, contre la succession de ce bénéficiaire, contre le donataire..., contre le légataire.

A- Les recours contre les débiteurs d'aliments

En cas de carence du créancier d'aliment, le Président du conseil général peut saisir l'autorité judiciaire pour fixer la dette alimentaire et obtenir le versement au département qui doit le reverser au créancier. Il ne s'agit donc pas d'un recours subrogatoire dans l'intérêt de l'administration qui aurait payé pour autrui, mais simplement d'une aide au recouvrement dans l'intérêt du postulant à l'aide sociale. En réalité les deux fondements ont été confondus jusqu'à ce que la Cour de cassation vienne remettre de l'ordre. L'intérêt d'un fondement subrogatoire est de limiter le recours à ce qui est effectivement dû par le débiteur d'aliments alors que des tentatives de dépassement ont été faites plus particulièrement par les établissements publics de santé.

La pratique de ces établissements consistait à faire l'avance de la totalité du coût de l'hébergement des personnes âgées puis en faire la réclamation à la famille sans même vérifier son impossibilité à payer. Pour cela, ils usaient de la procédure des états exécutoires (procédé d'intimidation qui fonctionnait...). Heureusement, La Cour de cassation a mis un frein à cette pratique en exigeant que les recours relèvent pour le tout du juge judiciaire, et en estimant que celui-ci est en droit d'ordonner l'arrêt des poursuites fondées sur un état exécutoire indûment émis par l'Administration¹⁸⁴. Il est vrai que cette décision était fondée sur l'article 714-38 du code de la santé publique, mais nul doute que, par identité de raison, la même solution doit être admise pour les recours exercés par l'Administration sur le fondement de l'article 145 du code civil¹⁸⁵.

A ces remarques, on peut ajouter que la commission d'admission à l'aide sociale ne fixe pas directement la part des débiteurs d'aliments et encore moins la répartition entre eux. Les débiteurs sont seulement avisés qu'ils sont tenus conjointement au remboursement de la somme non prise en charge par l'aide sociale. En conséquence, seul le montant total dû apparaît dans la décision rendue par la commission, ce qui peut être source d'ambiguïté. Des circulaires ministérielles anciennes (31 mai 1958 et 26 sept.1963) ont recommandé de procéder à l'examen de la situation familiale et financière de chaque débiteur d'aliments, en prenant en compte non seulement ses ressources, mais également les charges auxquels il doit faire face. Mais les commissions conservent leur liberté d'appréciation. Il en découle une grande diversité de situations, mal comprise de l'opinion publique. En outre, l'évaluation de l'aide possible ne constitue qu'une proposition d'engagement. Elle n'a aucune force obligatoire¹⁸⁶.

¹⁸⁴ C.Cass. 1^{ère} civ. 22 juin 1999, D 2000 p 146 note J.Massip.

¹⁸⁵ J. MASSIP, op.cit.

¹⁸⁶ Comm.cent.aide soc., 6 fév.1989, dépt des Hauts-de-Seine.

B – Les recours prévus par l'article L 132-8 du Code de l'aide sociale et des familles

Plusieurs interrogations doivent ici être soulevées. Elles portent d'abord sur le montant de l'actif pris en considération.

Le montant de l'actif est variable selon les prestations. Pour l'aide sociale à domicile et la prise en charge du forfait journalier, la récupération s'exerce au-dessus de l'actif net de 300 000 F alors que pour les autres elle s'effectue au premier franc. Toutefois, la règle de la récupération au premier franc ne s'applique que contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune, contre le donataire ou contre le légataire.

Le résultat peut être fâcheux lorsque le titulaire du patrimoine effectue une opération de prévision au moyen d'une libéralité¹⁸⁷. En effet, si celui-ci ne fait rien, le seuil de 300 000 F s'appliquera à la succession alors que s'il effectue des legs, le recours se fera au premier franc sur le légataire. Il faut toutefois noter que les biens légués sont eux-mêmes inclus dans l'actif. En décider autrement priverait le principe de récupération de toute efficacité. Il suffirait de multiplier les legs pour échapper aux récupérations.

Le recours sur les donataires n'échappe pas non plus à des interrogations. Celui-ci reste en effet délicat dans la mesure où les donations sont peu ou pas connues. Il est ainsi très pénalisant dans son principe puisqu'il s'exerce sur les donations antérieures. La période de récupération qui s'étendait sur cinq ans a été élargie à 10 ans par la loi du 24 janvier 1997 sur la prestation spécifique dépendance. Ce qui a fait dire à un auteur qu'on avait ainsi créé une sorte d'incapacité de fait à disposer d'autrui pour les bénéficiaires de l'aide sociale¹⁸⁸.

Cette possibilité de recours devrait conduire à connaître très précisément le domaine de la donation. Or, la notion de donation comporte dans sa périphérie des actes nombreux à la qualification douteuse. Il est vrai qu'une vente, pure et simple, échappe au recours, mais il y a des ventes dont le prix est payé selon des modalités diverses et certaines sont même frappées d'une présomption de gratuité (art. 918 C.civ.). Il faut également souligner que lors de la récupération des créances d'aide sociale sur le donataire, il est tenu compte des améliorations apportées par ce dernier pour évaluer l'immeuble. Ces dispositions font échec à la règle du Code général des impôts précisant que la plus-value, apportée par un héritier aux biens composant l'actif successoral fait partie intégrante de cet actif et ne saurait par conséquent être déduite de l'évaluation qui sera réalisée à l'époque du décès.

¹⁸⁷ J. HAUSER, « Une famille récupérée », *Etudes offertes à P. CATALA*, op.cit.

¹⁸⁸ N. NICOLAÏDES, « La prestation spécifique dépendance : une nouvelle aide pour les personnes âgées, une nouvelle formalité lors du règlement successoral », *JCP* 1997 éd.N n°26 p 881.

Paragraphe 2 - Une mise en œuvre atténuée des recours

Il faut d'abord tenir compte des règles issues du droit de l'aide sociale. Certaines prestations échappent en effet à une action en récupération. Mais il faut tenir compte aussi des règles de droit commun qui permettent une exonération des créanciers d'aliments.

A - Atténuations des recours pour certaines prestations

En remplaçant la prestation spécifique dépendance par l'allocation personnalisée d'autonomie, la loi du 20 juillet 2001 a du même coût supprimé son recouvrement sur la succession du bénéficiaire, sur le légataire ou sur le donataire¹⁸⁹. Cette solution va beaucoup plus loin que le projet de loi puisqu'il était envisagé que le recours sur succession soit mis en œuvre à partir de 1 000 000 F. Avec cette mesure, l'idée selon laquelle celui qui n'est pas venu en aide à un ascendant dans le besoin de son vivant ne peut recueillir une succession intacte disparaît.

L'absence de recouvrement concerne également l'aide sociale en faveur des personnes handicapées. La récupération de l'allocation compensatrice et de la créance d'aide sociale à l'hébergement dans certains établissements¹⁹⁰ est en effet exclue contre la succession lorsque les héritiers sont le conjoint, les enfants ou la personne qui a assumé, de façon effective et constante la charge de la personne handicapée. La loi prévoit ainsi une dispense automatique pour le conjoint et les enfants ; les autres héritiers doivent quant à eux rapporter la preuve d'une prise en charge de la personne handicapée de façon effective et constante.

La question a été posée de savoir s'il fallait admettre que la personne ayant assumé la charge constante et effective devait être absolument un proche ayant apporté un soutien matériel. Le Conseil d'Etat a répondu en considérant que la charge ne s'entendait pas comme la charge financière, mais qu'il s'agit d'un soutien matériel et psychologique¹⁹¹. Ce soutien est constitué par des visites, des conseils, la charge constante et effective de la personne handicapée. Pour le Conseil d'Etat l'exonération repose sur le fait que l'héritier a la charge et le souci du handicapé. Dès lors, la décision plus récente rendue par le Conseil d'Etat peut surprendre. Il s'agissait de la question de l'application de la règle de la dispense quand l'héritier est un descendant d'un enfant lui-même décédé. Il est clair qu'il n'a pas pu avoir la charge et le souci de la personne handicapée. Pourtant le Conseil a admis la dispense malgré la décision contraire de l'administration dans une décision du 9 décembre 1998¹⁹².

Il convient de remarquer combien l'application de cette atténuation à la récupération est difficile à concilier avec les règles régissant tant la représentation successorale que celles gouvernant les donations et les legs¹⁹³.

La récupération de l'allocation compensatrice accordée aux handicapés n'intervient pas, selon la loi, lorsque les héritiers sont les enfants de la personne assistée. En pratique, la question s'est posée de savoir si les petits-enfants venant à la succession d'un handicapé par représentation de leur auteur prédécédé bénéficiait également de cette dérogation. La commission centrale d'aide sociale et l'Administration considèrent que la dérogation légale doit être interprétée strictement et qu'elle ne concerne pas les petits-enfants, héritiers du

¹⁸⁹ Art. L 232-19 CASF.

¹⁹⁰ Etablissements de rééducation professionnelle, d'aide par le travail, les foyers et les foyers-logements.

¹⁹¹ CE 29 mars 1991, préc.

¹⁹² CE 9 déc.1998, D 1999, IR 17, *RTD civ.*1999 p 375.

¹⁹³ Sur cette question, D. FROGER, « Difficultés inhérentes à la récupération des créances d'aide sociale », *Deffrénois* 1999 pp 392 et suiv.

bénéficiaire. Ils doivent par conséquent apporter la preuve qu'ils ont assumé la charge effective et constante de la personne handicapée.

L'objectif poursuivi a été de consacrer le rôle essentiel joué auprès de la personne handicapée par ses proches afin d'en favoriser le soutien. Or, des caractéristiques telles que la différence d'âge, l'éloignement géographique ou la dispersion des familles ne rendent pas comparables les liens qui existent entre une personne handicapée et ses descendants du deuxième ou troisième degré avec ceux qui l'unissent à son conjoint ou à la personne qui assume sa charge de façon constante. Mais il est vrai que le droit des successions lui-même se détache progressivement de la filiation et se tourne vers le proche, c'est à dire le conjoint.

L'application des recours en récupération ne porte que contre la succession. La qualité de donataire ou de légataire ne permet donc pas de bénéficier de l'exonération prévue même si le donataire ou le légataire est le conjoint, un enfant ou la personne ayant assumé la charge effective et constante. Cette dérogation vise à éviter que des personnes demandent à bénéficier de l'aide sociale en étant devenues insolvable suite à des donations¹⁹⁴. Il s'agit aussi d'éviter que les transmissions de patrimoine par donation ou legs échappent à des charges qui relèvent traditionnellement de la solidarité familiale.

Toutefois, cette dérogation peut facilement être tournée. En effet, les bénéficiaires des prestations d'aide sociale utilisent de plus en plus souvent le procédé du contrat d'assurance vie pour échapper au recours en récupération. Aux termes de l'article L 132-14 du code des assurances, le capital ou la rente garantis au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peuvent être réclamés par les créanciers du contractant. Ces derniers ont seulement droit au remboursement des primes en cas de primes excessives (art. L 132-13 al.2 CASF). La Commission centrale d'aide sociale a ainsi reconnu qu'il revient au créancier d'une prestation d'aide sociale de démontrer que les primes versées sont constitutives, en raison de leur caractère manifestement exagéré et de l'absence d'aléa, d'une donation déguisée¹⁹⁵. Il reste qu'en pratique les actions en récupération sont rares. Certains créanciers ne tenteraient même pas d'agir car il n'existe pas de règles précises d'évaluation du caractère exagéré des primes. En revanche il existe un contentieux important autour des exonérations.

B - Les exonérations

Les réclamations des établissements hospitaliers et des conseils généraux se heurtent de plus en plus souvent aux dispositions relatives à l'indignité posée par l'article 207 alinéa 2 du code civil ou à la maxime « aliments ne s'arrangent pas ».

L'article 207 alinéa 2 du code civil permet au débiteur d'une obligation d'aliments de se décharger de sa dette en invoquant le manquement grave du créancier à son encontre. Faute de définition précise par les textes des « manquements graves », il revient au juge du fond d'en reconnaître ou non l'existence en fonction des éléments de chaque espèce.

Un centre hospitalier est ainsi débouté de sa demande de voir fixer la participation des descendants aux frais de séjour de l'une de leurs patientes en raison de l'abandon moral et matériel de cette dernière vis-à-vis de ses enfants ; elle ne s'était jamais occupée d'eux et n'avait jamais exercé son droit de visite¹⁹⁶. De la même manière, est exonérée partiellement de son obligation alimentaire une descendante, car il résulte des attestations versées au débat que même s'il a toujours respecté son obligation alimentaire, son père a manqué gravement à ses obligations respectives, en faisant preuve d'une certaine négligence envers sa fille,

¹⁹⁴ Rép.min.10 nov.1997, JOAN 23 mars 1998, n°6064.

¹⁹⁵ Comm.cent.aide soc., dépt. Nord, séance du 20 avril 1998.

¹⁹⁶ CA Rennes, 28 fév.2000, *Juris-Data* n°133940

caractérisée par un manque d'affection et d'attention à son égard, leurs relations se réduisant à cinq minutes lors de l'exercice de son droit de visite¹⁹⁷.

A l'inverse, la Cour d'appel de Paris décide que malgré le climat familial justifiant que la fille et la belle-fille de l'ascendant avaient été déchargées de leur obligation alimentaire, le petit-fils ne peut invoquer pour lui-même le bénéfice des dispositions de l'art. 207 alinéa 2 du code civil, au motif qu'il n'avait presque jamais vu l'ascendant et a toujours résidé à l'étranger¹⁹⁸.

A la lecture de ces arrêts, il est clair que le manquement grave doit être caractérisé, le seul fait de ne pas avoir connu l'allocataire ne suffit pas. C'est ce même climat d'incertitude que l'on retrouve avec l'application de la maxime « aliments ne s'arrangent pas ».

Cette maxime s'oppose au règlement des arriérés par le débiteur d'aliments sur la période antérieure à l'assignation en justice. Les justifications d'une telle règle sont diverses. Il a été ainsi soutenu que le créancier a renoncé à exiger le paiement qui lui était dû ou encore que le non-recouvrement par le créancier constituait une présomption simple relevant que le créancier n'était pas en état de besoin. La jurisprudence n'a pas toujours clairement pris parti pour l'une ou l'autre de ces justifications. Ainsi, la Cour d'appel de Lyon a décidé que l'envoi d'un courrier en recommandé avec accusé de réception aux débiteurs alimentaires ne suffit pas à mettre en échec la présomption de renonciation du créancier¹⁹⁹ alors que pour la Cour d'appel de Rennes, il incombe au demandeur de faire la preuve du besoin²⁰⁰.

La seconde justification paraît préférable à beaucoup car elle permet de moduler l'application de la règle en fonction de l'intérêt du créancier qui est tout de même primordial dans ce cas surtout quand le recours est effectué par des tiers-payeurs.

SECTION 3 – L'INDEMNISATION DU CHOMAGE

Comme l'a révélé l'état des lieux, la prise en compte du lien familial ne concerne que des prestations répondant à une logique assistantielle²⁰¹.

Les prestations relevant du régime de solidarité correspondent à cette logique d'assistance. C'est le cas pour l'allocation spécifique d'attente, l'allocation de solidarité spécifique et l'allocation d'insertion. Seules les deux dernières prestations entraînent un examen des ressources du salarié qui a épuisé ses droits à l'allocation d'assurance et, s'il vit en couple, celles de l'autre membre du couple. Cette notion de couple est interprétée largement puisque les ressources prises en considération concernent toutes les ressources de l'intéressé et le cas échéant « de son conjoint ou concubin »²⁰². Pour le Conseil d'Etat « le concubinage implique une mise en commun des ressources du couple »²⁰³.

¹⁹⁷ CA Rennes, 11 décembre 2000, *Juris-Data* n°136508.

¹⁹⁸ CA Paris, 15 fév.2001, *Juris-Data* n°137712

¹⁹⁹ CA Lyon 12 set. 2000, *Juris-Data* n°139534.

²⁰⁰ CA Rennes, 16 oct.200, *Juris-Data* n°130996. La Cour d'appel a débouté l'aide sociale de sa demande de fixation d'une créance d'aliments au profit de l'ascendant qui vient d'entrer en maison de retraite dès lors que la preuve de l'état de santé du créancier justifiant son placement en maison de retraite n'est pas rapportée.

²⁰¹Un auteur a récemment constaté que même si les règles issues de l'accord du 1^{er} janvier 2001 relèvent toujours, dans leur principe, de la technique assurancielle, elles n'en consacrent pas moins dans leurs modalités de mise en œuvre un retour en force très net de la logique d'assistance. M. BORGETTO, « La réforme du système d'indemnisation du chômage vers un retour de la logique d'assistance ? », *Dr. soc.* 2001 p 355.

²⁰² Art. R 351-13 du code du travail

²⁰³ CE 13 novembre 1991, DS 1992 p 405

La référence au lien familial reste toutefois bien plus discrète qu'en aide sociale. Il n'est pas ainsi tenu compte de la composition du foyer du bénéficiaire. Or, cette indifférence ne répond pas à la logique de l'assistance qui est conditionnée par la situation de besoin du demandeur. Dès lors que ce besoin varie en fonction de la composition du foyer, le montant de la prestation devrait également varier. Cette prise en compte du foyer est d'autant plus importante que la situation de chômage de l'un entraîne une fragilité plus grande pour les autres. C'est ce que révèle une étude récente sur le statut conjugal des chômeurs dans plusieurs pays de l'Union européenne²⁰⁴. Il a été ainsi montré que lorsque un conjoint est au chômage, il existe une forte probabilité que l'autre perde à son tour son emploi. En outre, les travailleurs féminins dont le conjoint est au chômage, ont un risque trois fois plus élevé de se trouver eux-mêmes au chômage que leurs équivalents masculins.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

En fin de compte, un paradoxe doit être relevé. D'un côté l'aide sociale semble indifférente à la famille. Elle s'intéresse davantage au cadre dans lequel s'apprécie les ressources qu'à une réelle protection de la famille. Il est rare en effet qu'il y ait un lien entre l'appréciation des ressources et la réalité de la charge. En outre, la seule existence du mariage ou du concubinage de l'allocataire est insuffisante, ce qui est déterminant c'est la mise en commun des ressources. Mais d'un autre côté, la famille joue un rôle important en aide sociale à travers l'obligation alimentaire. En effet, même si la subsidiarité de l'aide sociale par rapport à la famille a fait l'objet de limitations importantes, elle reste encore le principe. Or, le maintien de l'obligation alimentaire ne cesse de susciter de nombreuses réserves. En faisant supporter des charges de plus en plus lourdes aux familles, l'aide sociale fait un usage de l'obligation alimentaire que n'avait apparemment pas prévu à l'origine le code civil. Puisque les sujets concernés par cette obligation sont limitativement énumérés, les nouvelles formes de solidarités familiales ne sont pas prises en compte. Quant à la complexité des recours en récupération, elle permet bien souvent d'y échapper.

²⁰⁴ P. VIELLE, « La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales », *Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université de Louvain*, 2001, not. p 51

CHAPITRE III : DROIT DU TRAVAIL ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, ANALYSE CRITIQUE

L'accès aux droits sociaux s'entend de prime abord comme une question relevant de la protection sociale largement entendue. Utiliser cette terminologie dans une étude relative au droit du travail pourrait paraître comme inappropriée et ce pour deux raisons. D'une part, le lien familial n'est pas une condition –en général- d'accès à la relation de travail, d'autre part la réflexion s'adresse à la CNAF qui n'utilise que peu ou pas les règles travaillistes.

La famille n'est pas un objet du droit du travail. La fonction originelle de cette matière est en effet de régir la relation de travail subordonnée et plus largement les relations professionnelles. Toutefois, cette fonction originelle s'est enrichie ces vingt dernières années d'une volonté affirmée de faire du droit du travail un instrument au service des politiques sociales ; au fond de repenser le droit du travail « au-delà de l'emploi »²⁰⁵. Ces évolutions sont allées de pair avec un renforcement des droits de la personne dans l'entreprise. L'accent a été mis sur les libertés publiques, les droits de la personnalité, voire de façon plus contemporaine sur les droits fondamentaux. On a pu ainsi reconnaître au salarié le droit à être et vivre d'abord dans l'entreprise, puis hors de celle-ci, voire malgré celle-ci, sans toutefois que la vie familiale soit une préoccupation essentielle du législateur. En effet, plus que la vie familiale en tant que telle, c'est à la vie propre du salarié que s'est attaché le droit du travail ; la vie familiale étant mise au même plan que sa vie politique, syndicale, associative...

Si le lien familial et plus largement la famille ne sont pas une problématique fondamentale du droit du travail pour autant elles ne sont pas étrangères à cette matière. La plupart du temps, les liens familiaux sont envisagés en droit du travail de façon indirecte : soit par exemple, par le biais du problème de l'égalité professionnelle²⁰⁶, soit par celui de l'utilisation du travail à temps partiel, soit par la question de la maternité et des congés y afférents. Cette remarque cependant pourrait être nuancée puisque les textes récents relatifs au travail de nuit²⁰⁷ et à la réduction du temps de travail font entrer la vie personnelle du salarié dans l'organisation de l'entreprise, la volonté affichée du législateur étant une articulation harmonieuse entre vie familiale et vie professionnelle²⁰⁸. La référence légale à des notions comme « *obligations familiales impérieuses* », autorisent le salarié à refuser un changement dans ses conditions de travail. Ainsi, les modifications des horaires de travail ne pourront être imposées au salarié si elles entravent ces obligations²⁰⁹.

²⁰⁵ A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Rapport pour la commission européenne, Flammarion, 1999.

²⁰⁶ CJCE, 16 septembre 1999, aff. C-218/98, *Abdoulaye et autres c/ Régie nationale des usines Renault, SSL*, 4 octobre 1999, n°950 ; Soc. 21 mars 2000, *DIOT et autres c/ Sté Renault* : « Mais attendu que, dans un arrêt du 16 septembre 1999 (*Abdoulaye et Régie nationale des usines Renault*), la Cour de justice des communautés européennes a décidé que le principe d'égalité des rémunérations consacré à l'article 119 du Traité CE ne s'oppose pas au versement d'une allocation forfaitaire aux seuls travailleurs féminins qui partent en congé de maternité dès lors que cette allocation est destinée à compenser les désavantages professionnels qui résultent pour ces travailleurs de leur éloignement du travail ; que les moyens ne sont pas fondés ; par ces motifs rejette les pourvois », CSB, n°21, A 025. Conseil de Prud'h. D'Avignon (section industrie), 16 novembre 1998, *Azzimani et autres* : le conseil de prud'hommes fait application des principes dégagés par la cour de cassation au regard des avantages réservés par des dispositions conventionnelles au seul personnel féminin. Dès lors que ces avantages n'ont pas pour objet la protection de la maternité ni de promouvoir l'égalité des chances, leur bénéfice doit être étendu au personnel masculin lorsqu'il remplit les conditions pour son obtention., *Dr. ouvrier*, 1999, p. 292 ;

²⁰⁷ L. 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle, JO du 10 mai 2001.

²⁰⁸ La circulaire ministérielle relative à la réduction négociée du temps de travail indique dans sa présentation de la nouvelle loi que celle-ci doit avoir « le souci d'améliorer les conditions d'existence des salariés par un meilleur équilibre entre une vie professionnelle s'exerçant dans des conditions de travail maîtrisées et une vie extra professionnelle qui peut devenir plus diversifiée et harmonieuse », NOR : MES/CAB/2000 003.

²⁰⁹ Il reste cependant que cette reconnaissance est limitée puisque les obligations se doivent d'être impérieuses.

C'est la première fois qu'une référence aussi explicite à la vie de famille vient ainsi limiter le pouvoir de direction de l'employeur. Certes, parce que le salarié a une vie personnelle, les événements familiaux affectant ce dernier ont des répercussions sur sa vie professionnelle et l'accomplissement de son travail, aussi le Code du travail envisageait-il déjà des possibilités de s'absenter de l'entreprise en cas de maternité, décès d'un membre de la famille, mariage...

Mais c'est dans les liens qu'il noue avec la protection sociale que le droit du travail a été contraint d'intégrer certains liens familiaux. Ainsi, l'accès à la protection sociale est largement conditionné par une activité salariée²¹⁰, de même les politiques sociales d'insertion ou de réinsertion utilisent des techniques issues du droit du travail ; ces deux matières constituent sur ce point un ensemble cohérent. Parallèlement, si la protection sociale intègre des techniques travaillistes, le droit du travail intègre certaines situations de besoin ou essaie à tout le moins de les prévenir : le basculement de la situation salariée à la situation de besoin ou à la prise en compte de certains risques est directement lié à la réglementation travailliste²¹¹. Ainsi, certains événements qui affectent la présence du salarié dans l'entreprise ou qui répondent à des nécessités liées à la santé (maternité) ou à des situations de besoin (parent isolé), obligent le droit du travail à articuler ses dispositions avec celles issues de la protection sociale.

Pour autant, l'examen transversal du droit du travail et de la protection sociale montre les lacunes du droit du travail quant à sa conception des liens familiaux et de la famille eu égard à l'approche du droit de la protection sociale. Une harmonisation s'avère nécessaire sur le point précis de la conception des liens familiaux et de la famille afin de conférer au droit social une véritable cohérence sur cette question²¹².

Certes, le droit du travail ne considère pas le salarié dans l'accès à ses droits comme une personne au sein d'une famille mais prend simplement en compte les liens qu'il peut nouer à un moment donné avec tel ou tel membre de celle-ci. Mais, la lecture systématique des règles issues du Code du travail démontre sur ce point que cette matière ne s'attache qu'aux liens noués dans la famille légitime et laisse de côté le concubinage, la vie maritale, la famille polygame, et dans une large mesure le PACS .

Il est vrai que l'objet du droit du travail n'est pas de régir le salarié dans sa situation de famille mais bien de lui conférer des droits et des obligations en tant que titulaire d'un contrat de travail. Cependant, dans la mesure où le droit du travail ne peut faire l'économie de certaines situations familiales ou de certains événements, il devrait alors s'aligner sur les nouveaux types de famille à l'instar du droit civil et du droit de la protection sociale. On pourrait penser dès lors que le législateur laisse la place aux partenaires sociaux pour combler les lacunes. En effet, rien n'empêche juridiquement les partenaires sociaux lors d'une négociation d'ouvrir des droits ou d'envisager la famille dans une perspective élargie. Cette vision des choses est cependant critiquable car c'est bien au législateur de donner le ton et d'imposer une vision de la société : la perception des rapports familiaux et la conception de la famille sont à cet égard des questions fondamentales²¹³. De plus la lecture des conventions collectives de branche démontre que les partenaires sociaux ne négocient pas ou peu sur les aspects familiaux. Cette remarque est déjà un pas vers l'analyse critique du droit positif travailliste qui sous entend des propositions de réformes.

L'analyse critique des règles travaillistes

Les règles travaillistes oscillent entre d'une part la volonté de protéger l'entreprise de la vie personnelle du salarié et d'autre part de protéger le salarié dans sa vie personnelle et donc familiale. La

²¹⁰ L'accès au régime général de sécurité sociale dépend de l'existence d'un contrat de travail

²¹¹ Par exemple, la reconnaissance en droit de la sécurité sociale d'un accident du travail entraîne pour le salarié une protection spéciale contre le licenciement ou l'octroi d'indemnités particulières.

²¹² L'incohérence du droit social est patente sur d'autres points : on en veut pour exemple le régime juridique de l'incapacité et de l'invalidité ... Penser le droit social comme un ensemble permettrait d'éviter des écarts terminologiques insatisfaisants sur la plan juridique et intellectuel mais éviterait des problèmes pratiques quant aux droits des salariés.

²¹³ Il n'est qu'à se souvenir des discussions parlementaires et des débats publics lors du vote de la loi relative au PACS.

conception de la relation de travail est en effet neutre et hiérarchisée²¹⁴. C'est pourquoi le droit du travail ne prend pas en compte le lien familial pour l'accès à ses règles, voire exclut la référence au lien familial comme condition de mise en œuvre de ses règles (**Section 1**). Toutefois parce que cette nécessité s'impose, soit dans l'intérêt de l'entreprise, soit dans celui du salarié ou plus largement dans le cadre de politiques sociales, le droit du travail est contraint d'intégrer des considérations liées au lien familial (**Section 2**).

²¹⁴ Le contrat de travail est défini comme une convention par laquelle une personne, le salarié met son activité au service d'une autre, l'employeur, sous l'autorité de laquelle elle se place moyennant rémunération.

SECTION 1 – L'EXCLUSION DU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX REGLES DU DROIT DU TRAVAIL

Le droit du travail a une conception neutre des relations de travail. Les interférences liées à la vie familiale du salarié conduisent le droit du travail à se protéger du lien familial (**paragraphe 1**). De la même manière, parce que la subordination juridique doit trouver des limites, la vie familiale doit être protégée par le droit du travail (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – Le droit du travail protégé du lien familial

Le droit du travail s'attache à certains liens familiaux parce qu'ils interfèrent de manière négative sur son fonctionnement. Il en est ainsi notamment dans la protection de certaines institutions (**A**) ou dans certains instruments (**B**).

A - La protection des institutions du droit du travail

Les institutions du droit du travail peuvent être envisagées soit hors de l'entreprise, soit dans le cadre de celle-ci.

Hors de l'entreprise, les règles relatives au contentieux du travail sont régies au sein du conseil de prud'hommes. Cette institution, qui connaît un fonctionnement particulier, n'en doit pas moins répondre à des considérations liées au bon fonctionnement de la justice. La proximité, la gratuité, l'oralité constituent, entre autres, les grands principes de fonctionnement de cette juridiction qui répond à la fois aux règles générales du droit de la procédure civile mais permet surtout un accès facilité à cette juridiction.

Le Code du travail prévoit des cas de récusation (L.518-1, 2° et 3°), liés notamment au lien familial. Ainsi, les conseillers prud'hommes peuvent être récusés « *Quand ils sont parents ou alliés d'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclusivement* » ou « *Si, dans l'année qui a précédé la récusation, il y a eu action judiciaire, criminelle ou civile entre eux et une des parties ou son conjoint ou ses parents ou alliés en ligne directe* ». Le statut de magistrat du conseiller prud'homme ne lui permettra pas de statuer sur une affaire concernant un membre de sa famille. Cette dernière interdiction relève essentiellement d'un bon fonctionnement de la justice et est également appliquée aux magistrats professionnels. On constate qu'aucune référence n'est faite qu'aux membres de la famille légitime, toutefois un conseiller pourra toujours se récuser dès lors qu'un lien familial plus large le lie au justiciable.

Dans un souci de proximité, le Code du travail, dans son article R- 516-5, énonce que le salarié peut se faire assister ou représenter notamment par son « *conjoint* ». Les dispositions légales ont ainsi limité les possibilités d'assistance ou de représentation par un membre de sa famille à l'hypothèse un peu étroite du conjoint du salarié²¹⁵. Ainsi, le concubin, ou le pacsé sont-ils exclus de la possibilité d'assistance et de représentation, mais également tout autre membre de la famille²¹⁶. Il ne s'agit pas véritablement d'une interdiction d'ordre public qui est posée dans ce texte mais d'une lacune dont le fondement paraît peu justifié, même au regard du fonctionnement de la juridiction prud'homale. De plus l'interprétation restrictive

²¹⁵ D. BOULMIER, « Procédure prud'homale et concubin. Une mise en ménage difficile », *JCP, éd. E*, 1999, n°17, p. 755; Y. DESDEVISES, « Comparution en personne et représentation des parties en matière prud'homale », *Dr. soc.* 1985, p.504.

²¹⁶ Soc. 11 mai 1993, *CSB*. 161, B.82. Dans cet arrêt la chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'énumération de l'article R.516-5 est limitative dès lors un père muni d'un pouvoir ne peut représenter son fils.

donnée de ce texte ne permet pas d'envisager sur ce point une évolution puisqu'en effet la chambre sociale considère que la liste est exhaustive²¹⁷.

Le souci de protection des institutions du droit du travail apparaît également dans la réglementation relative aux représentants du personnel ; ainsi, l'article L.423-8 du Code du travail énonce-t-il que « *sont éligibles, à l'exception des conjoint, ascendants, descendants, frères, sœurs et alliés au même degré du chef d'entreprise...* »²¹⁸. Cet article inséré dans un chapitre concernant les délégués du personnel s'applique également à l'élection d'un membre du comité d'entreprise. Les liens familiaux sont appréhendés ici assez largement car le souci majeur reste que ces institutions fonctionnent et puissent remplir leur mission dans la plus stricte indépendance. Le législateur a posé ainsi une présomption selon laquelle les liens familiaux auraient des interférences négatives sur le fonctionnement des représentants du personnel. De nouveau la mention du concubin et du partenaire pacsé fait défaut, alors même qu'ici il s'agit d'une représentation collective des salariés²¹⁹.

Si l'on peut admettre que certaines règles rejettent le lien familial pour assurer l'indépendance des institutions et par là même leur bon fonctionnement, il apparaît que certains assouplissements sont possibles pour assurer au contraire le bon fonctionnement de celles-ci notamment en ce qui concerne l'assistance et la représentation des salariés dans la procédure prud'homale. Le souci de bon fonctionnement s'allie souvent avec celui de réalité dans l'utilisation des instruments et techniques juridiques du droit du travail qui recherchent souvent une neutralité dans la relation de travail.

B -La protection des instruments du droit du travail

La protection des instruments du droit du travail est surtout celle relative au contrat de travail. Cette question n'est pas sans lien avec la protection sociale car le salariat donne de droit accès à la protection sociale, en particulier au régime général de la sécurité sociale. Cet enjeu a conduit à s'interroger sur la réalité de la relation de travail et particulièrement du contrat de travail. La question est donc de savoir si l'activité professionnelle s'exerce dans une véritable relation subordonnée et ce à un double titre. D'une part, le lien familial peut absorber ou cacher la relation subordonnée et d'autre part la relation subordonnée peut être fissurée par le lien familial. Dans tous les cas le droit du travail est guidé par un souci de réalité relayé par ailleurs par le droit de la sécurité sociale.

Il existe une série de mesures qui tendent à protéger le salarié du lien familial l'unissant à son employeur que ce soit dans la reconnaissance de la relation de travail ou lors de l'exécution du contrat de travail.

Ainsi, la recherche de la qualification de contrat de travail est guidée par un souci de réalité puisque les juges considèrent que seules les conditions d'accomplissement du travail marquent le contrat, la qualification donnée par les parties étant indifférente²²⁰. Par conséquent, le lien familial peut être un élément

²¹⁷ Cependant, le conjoint ne peut pas assister ou représenter son conjoint s'il est lui-même conseiller prud'homme et qu'il plaide devant sa juridiction : Cass. Soc., 3 juillet 2001, Bonaffé c/Ducrocq, *Travail et Protection sociale*, octobre 2001, p.27.

²¹⁸ Aucune disposition analogue n'existe pour les délégués syndicaux. On peut penser que la procédure de désignation par le syndicat représentatif suffit à garantir une indépendance du délégué syndical vis-à-vis de son employeur. De même aucune référence n'est faite au lien familial dans le cas de la recherche des critères de représentativité mais la mention que le syndicat doit être indépendant sous-entend que le lien familial qui lierait le DS à l'employeur serait considéré par les juges comme une impossibilité d'exercice de la mission.(L.133-2 du Code du travail).

²¹⁹ On ne retrouve pas les mêmes dispositions concernant les délégués syndicaux. On peut penser que la procédure de désignation par le syndicat est suffisamment protectrice des intérêts des salariés.

²²⁰ Ass. Plén., 4 mars 1983, Barrat c/ Ecole des Roches, *Bull. civ.* n° 3

déterminant dans le rejet du salariat²²¹, car considéré comme un contrat de complaisance. La jurisprudence a eu à répondre de la réalité de la relation de travail dans les hypothèses de famille légitime (ascendants, conjoints). Il est vraisemblable que la situation du partenaire pacsé voire du concubin donne lieu à des solutions identiques car la parenté relevée par les juges venait corroborer d'autres indices de l'absence de subordination.

Cependant, la plupart des affaires concernent le conjoint salarié du chef d'entreprise soit parce qu'il n'a pas formalisé un contrat de travail soit qu'il a un contrat de travail dont la réalité est contestée. Le problème réside essentiellement dans l'articulation des devoirs issus du mariage avec la subordination juridique. Dans l'hypothèse où le conjoint n'a pas conclu de contrat de travail, la jurisprudence est encline à voir dans la participation à l'activité professionnelle une matérialisation du devoir d'assistance issu de l'article 212 du Code civil. Ce n'est que dans l'hypothèse où la participation va au-delà de ce devoir que le juge qualifiera la participation en contrat de travail²²². Il sera toutefois essentiel de distinguer la participation permanente à l'activité professionnelle du conjoint et l'entraide familiale qui ne pourra jamais recevoir la qualification de contrat de travail²²³.

L'introduction du PACS pourrait éventuellement poser des questions similaires à celle des couples mariés. En effet, l'article 515-4 du Code civil énonce que « *Les partenaires du pacte civil de solidarité s'apporte une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte* ». Cette aide mutuelle et matérielle s'analyse comme un devoir entre partenaires du pacte. Dans ce cas et contrairement à la situation des concubins, la reconnaissance de la relation salariée ou à défaut de l'enrichissement sans cause sera plus difficile à faire apparaître que pour le conjoint. Cependant à la différence de ce dernier, l'aide matérielle sera celle établie par la convention et non déterminée par la loi. A la limite on pourrait même considérer que l'aide matérielle apportée et définie par le pacte serait constitutive d'une relation salariée s'il en remplit les conditions.

La question est de toute évidence très différente pour le concubin dans la mesure où il n'existe pas de devoir d'assistance, il faudra alors prouver que des indices de subordination existent pour que le contrat de travail soit reconnu. Certes, on peut penser que la reconnaissance d'une relation salariée sera plus facilement démontrable du fait de l'absence d'un devoir d'assistance. Toutefois, dans de nombreuses situations il n'est pas certain que le concubin ait reçu une rémunération qui constitue à tout le moins une indice important de la qualification de la relation salariale. Dans le cas où ces conditions ne seraient pas remplies, seule la voie de l'enrichissement sans cause lui est ouverte.

Si la reconnaissance de la relation salariée peut être perturbée par le lien familial il arrive aussi que le droit du travail craigne que le lien familial oblitère le lien salarial. Ainsi, dans le cas du statut salarial du conjoint, l'article L-784-1 du Code du travail pose une présomption de salariat au conjoint du chef d'entreprise et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et qu'il perçoit une rémunération

²²¹ La qualité de salarié est refusée à un mandataire qui ne détenait pas la majorité des parts de la société car les juges relèvent que le père qui détenait 50% des parts du capital laissait à son fils une large part dans les décisions de la société, CA Douai, 28 avril 2000, Plouvier c/ Martin, *RJS*, n° 9-10/00, 1051 ; CA Versailles, 2 décembre 1999, 15° ch., Blain c/Rogean et a., « Est nul le contrat conclu au moment de la transformation d'une SARL en société anonyme, entre le nouveau dirigeant et l'ancien gérant alors qu'au moment de la signature du contrat, ce dernier, en arrêt maladie, n'était pas en mesure d'exécuter son contrat et que la preuve du lien de subordination n'est pas rapportée entre l'employeur et l'intéressé, en l'espèce son beau-père ». Dans cette affaire le lien familial est venu s'ajouter à d'autres éléments pour conduire les juges à rejeter la qualification de contrat de travail. Dans le même sens : Soc. 14 mai 1987, Korsec c/Etab. Korsec et a., n°2000 S, non publié : la chambre sociale a jugé que ne constituait pas un contrat de travail, le contrat conclu entre une société de famille et un membre de celle-ci ayant pour seul but de permettre à celui-ci, dans l'impossibilité de travailler à la suite d'un accident, de conserver son niveau de vie antérieure.

²²² Il arrive plutôt que la jurisprudence voit dans la participation à l'activité du conjoint un enrichissement sans cause lorsque la participation va au-delà du devoir d'assistance.

²²³ Cass. Soc., 16 février 1999, Pourvoi n°96-41.838, arrêt n°609, *JSL*, n°32, p. 14 note M.-C. HALLER.

horaire minimale égale au salaire minimum de croissance. Cette règle pose donc une présomption de salariat à l'égard du conjoint et il faut préciser que cette disposition est applicable au partenaire d'un pacte civil de solidarité²²⁴. La règle rappelle que le conjoint salarié du chef d'entreprise se voit reconnaître l'intégralité des droits nés de son contrat de travail. Il lui sera ainsi possible de revendiquer le salaire minimum, le droit aux congés etc. Le texte est cependant interprété restrictivement par la jurisprudence et elle refuse la qualité de salarié à une personne travaillant pour la société de son conjoint. En effet, « la présomption de subordination est posée entre époux, et non à l'égard d'une société, fût-elle dirigée par l'époux du demandeur »²²⁵.

Les questions de la reconnaissance du salariat au conjoint ont été souvent marquées par le fait que l'on ne pouvait admettre la subordination juridique dans des rapports de type matrimonial. L'autorité de l'un sur l'autre s'accordait difficilement avec la règle de l'égalité entre époux. De façon similaire, l'articulation de la subordination juridique avec l'autorité parentale a été envisagée par le droit du travail d'une double manière. D'une part, le droit du travail tend à protéger l'enfant de l'autorité parentale, d'autre part il arrive au droit du travail de présumer que l'autorité parentale protégera l'enfant.

Le droit du travail garantit la protection des garanties sociales et des conditions de travail de l'enfant pour le protéger du lien familial, afin que le parent ne profite pas de l'activité salariale de son enfant. Ainsi, l'apprenti mineur embauché par l'un de ses parents verra son salaire versé sur un compte particulier²²⁶. Ces dispositions s'expliquent aisément par le risque de voir le lien familial absorber la relation subordonnée et vicier l'application de règles protectrices, notamment par la possibilité offerte à l'employeur d'invoquer l'entraide. Une disposition analogue existe pour les professions d'enfants mannequins ou travaillant dans le spectacle où une partie de la rémunération est versée à la Caisse des dépôts et consignations²²⁷. On pourrait d'ailleurs voir là une exploitation plus que critiquable du travail des enfants puisque les parents perçoivent de droit une part de la rémunération qui leur est due ; celle-ci étant déterminée par convention. Le droit du travail assure dans les mesures qu'il prend une protection à tous les enfants sans référence au lien légitime, naturel ou adoptif qui le lie au parent.

Les règles de droit du travail sont parfois dérogatoires du droit commun lorsque l'enfant est employé par un parent car les règles travaillistes semblent trouver dans l'autorité parentale un moyen de protection de l'enfant. Par exemple, l'article L.211-10 2° énonce que personne ne peut faire exécuter à un enfant de moins de 16 ans des tours de force périlleux en dehors des père et mère, de même l'entraide familiale est admise dans les travaux agricoles (pour les enfants âgés de plus de 14 ans) ou toutes professions commerciales ou artisanales pour les mineurs. Cependant on peut douter que cette présomption ne donne pas lieu à abus. Le rapport du Ministère de l'emploi sur le travail des enfants de moins de 16 ans en France est à cet égard accablant. Ce rapport propose ainsi une redéfinition de l'entraide familiale « pour mettre un terme aux abus qui peuvent découler de l'état actuel du droit, où aucune condition n'est mise à l'utilisation par les parents de leurs enfants dans le cadre de l'entreprise familiale, les conditions de celle-ci doivent être revues de façon plus stricte »²²⁸. Or la réglementation n'est toujours pas modifiée à ce propos puisque l'article L.211-1 du Code du travail autorise encore le travail des enfants non libérés de leurs obligations scolaires dès lors qu'ils exercent leur activité dans l'entreprise familiale²²⁹.

²²⁴ L. n°99-944 du 15 novembre 1999, art. 8, *JO* 16 novembre

²²⁵ Cass. Com. 5 juillet 1995, Despinoy c/ASSEDIC de la Réunion, *Les Petites affiches*, 3 janvier 1996, n°2, p.9, note P. LE CANNU.

²²⁶ L.177-15 du Code du travail al. 3 : « L'ascendant est tenu de verser une partie du salaire, dans les conditions fixées par le décret prévu à l'article L.119-4, à un compte ouvert à cet effet au nom de l'apprenti ».

²²⁷ L.211-8 du Code du travail

²²⁸ *Le travail des enfants en France*, Rapport du ministère de l'Emploi- Direction des relations de travail, novembre 1998, Liaisons sociales, doc. Du 18 mai 1999, n°43/99.

²²⁹ Il convient de relever que l'entraide familiale a été réglementée et limitée dans le secteur agricole par un décret n°97-370 du 14 avril 1997

Le risque cependant est plus important pour la vie familiale d'être tronquée ou envahie par la relation de travail au nom de l'intérêt de l'entreprise : c'est pour protéger le salarié que le droit du travail édicte des dispositions visant dès lors à la protéger.

Paragraphe 2 – Le lien familial protégé par le droit du travail

Le principe qui tend à gouverner les rapports entre vie familiale et professionnelle est celui d'une séparation absolue (A). Ainsi, le Code du travail, afin d'éviter les interférences entre les deux a posé un principe de non-discrimination à l'embauche et dans le droit du licenciement. Toutefois, il existe des exceptions à ce principe d'absolue étanchéité entre vie familiale et vie professionnelle (B).

A - Le principe de non-discrimination

L'un des principes qui anime le droit du travail est de séparer de façon nette la vie familiale de la vie professionnelle. A cet égard, il est rappelé explicitement dans deux articles du Code du travail (L. 122-45 et L.122-35) une règle de non-discrimination du futur salarié ou du salarié en raison de sa « *situation de famille* ». Il s'agit ici d'un rappel fort car une sanction disciplinaire ou un licenciement intervenu pour ce motif aurait pour conséquence la nullité de celui-ci²³⁰ et conférerait au salarié un droit à réintégration ainsi que le versement des salaires perdus.

Toutefois, la référence à la *situation de famille* laisse en suspens l'acceptation de cette terminologie. En effet, soit la notion de *situation de famille* est comprise dans une acception large ce qui donnerait au droit du travail l'occasion d'opter pour une vision hétérogène de la famille, soit dans une conception étroite c'est-à-dire qui ne comprendrait que la famille légitime²³¹, ce qui ôterait de fait un grand intérêt à ce texte.

La référence à la *situation de famille* en effet permet une large possibilité d'interprétations. La chambre sociale de la cour de cassation a eu l'occasion de rendre des décisions sur le fondement de L.122-45 du Code du travail. Dans un arrêt du 1^{er} juin 1999²³², on peut lire : « *attendu que l'article L.122-45 du Code du travail qui dispose que le salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de sa situation de famille, ne distingue pas selon le lien matrimonial ou le lien filial* ». Cet attendu de principe, comme les faits des espèces en cause, n'éclairent pas de façon certaine sur la position de la Cour de cassation dans la mesure où l'affaire mettait en cause le refus de conclure un contrat de travail à une personne car sa mère travaillait déjà dans l'entreprise.

Cet attendu ne fait que poser de nouveau un problème de définition notamment celui du « lien matrimonial ». En effet, la Cour de cassation englobera-t-elle les personnes qui ont conclu un PACS, les concubins voire les concubins homosexuels ? Ainsi, il s'agira de savoir ce qu'il adviendrait de l'interprétation de la Cour de cassation dans des situations plus atypiques (eu égard à la famille légitime) notamment dans le cas des familles polygames ou des concubins homosexuels. Les réponses apportées par la Cour de cassation sont dans l'immédiat peu parlantes²³³. On objectera que certaines situations sont protégées

²³⁰ La règle vaut également pour les sanctions disciplinaires mais l'application est nécessairement limitée dans la mesure où en pratique l'employeur n'infligera pas de mise à pied pour lien familial. Les employeurs en effet font appel à l'intérêt de l'entreprise pour justifier leurs décisions.

²³¹ Ou les situations liées à la famille légitime comme le divorce, le veuvage.

²³² Cass. soc. 1^{er} juin 1999, Banque Savoissienne de Crédit c/ mme Meynet et syndicat CFDT des Banques, *Dr. ouvrier* 1999, p. 289, note P. DARVES-BORNOZ ; *RJS* n°898. Cass.soc, 10 février 1999, Mme Spender-Rocher c/société SATMA, *Bull. civ. V*, n°61

²³³ Les décisions rendues sur le fondement de l'article L.122-45 du Code du travail n'ont mis en cause que des personnes liées par un lien parental légitime ou matrimonial c'est-à-dire issu d'un mariage : Cass. soc. 10 février 1999,

par le Code du travail telle celle des concubins homosexuels puisque l'article L.122-45 du Code du travail fait référence aux mœurs. On pourrait même admettre que la chambre sociale n'aura pas de difficulté à admettre le PACS ou le parent isolé comme autant de situations de famille entrant dans le champ d'application. On aurait souhaité cependant une position plus claire de la chambre sociale à cet égard, car l'utilisation d'une terminologie marquée fortement du sceau de la famille légitime laisse planer un doute sur la position jurisprudentielle.

Toutefois, l'interdiction de prendre en compte la vie familiale du salarié si elle est générale souffrirait un certain nombre de limites.

B - Des limites au principe de non discrimination ?

Les exceptions au principe de non-discrimination peuvent être relevées à la fois dans la jurisprudence et dans les textes. L'article L.122-35 du Code du travail indique en effet que des atteintes au principe sont justifiées dans le règlement intérieur et proportionnées au but recherché par la nature de la tâche à accomplir.

De manière similaire, la jurisprudence a rendu des décisions dans lesquelles, il est vrai, l'article L.122-45 ne trouvait pas à s'appliquer dans la version actuelle. Ainsi dans les arrêts Dame Roy²³⁴ qui mettait en présence une institutrice de l'enseignement catholique et un établissement scolaire, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que les opinions religieuses et la situation de famille de l'intéressée avait été prises en compte lors de son embauche et par conséquent le divorce de la salariée et surtout son remariage justifiaient son licenciement au nom des « circonstances impérieuses ». Il n'est pas certain qu'une telle décision serait encore de mise aujourd'hui dans la mesure où la chambre sociale contrôle véritablement que la situation de famille ait des implications directes sur la prestation de travail du salarié. Ainsi, dans un registre un peu différent, le licenciement d'un sacristain homosexuel n'était pas justifié car sa prestation de travail n'était pas affectée par ses mœurs. Dans des arrêts récents la jurisprudence considère que la vie familiale ne peut être invoquée dès lors que l'employeur ne démontre pas un préjudice pour son entreprise. Il y a ici une tendance à objectiver les décisions patronales²³⁵.

De façon exceptionnelle, le droit du travail interfère directement sur la situation professionnelle du salarié et plus précisément lorsque le lien familial est une condition directe d'accès à une situation subordonnée. Ainsi en est-il des contrats de couple qui concernent les gardiens d'immeubles, concierges, gérants salariés dont la vie familiale a des conséquences directes sur le contrat de travail²³⁶. Ce type de contrat sous-entend que le lien matrimonial est une condition d'accès au contrat de travail. Toutefois, le Code du travail ne régleme pas ce contrat puisqu'il s'agit d'une technique fondée non sur le lien marital considéré en tant que tel mais simplement sur l'indivisibilité des obligations²³⁷, même si une jurisprudence plus récente considère qu'une clause de résiliation automatique ne dispense pas le juge de rechercher si la

Mme Spender-Rocher c/société SATMA, *Bull.civ.* V, n° 61 sur le licenciement d'une femme du fait de l'activité professionnelle de son mari.

²³⁴ Ass. Plén., 19 mai 1978, Dame Roy c/Institution Sainte Marthe, *Bull. civ.* n°1.

²³⁵ CA Paris, 8mars 2000, 5° Ch. A, SARL Repères c/SARL LDM Consultants : « Il s'ensuit que le client du cabinet conseil ne saurait demander le remboursement des honoraires versées au motif que la personne engagée était l'épouse du président d'une société concurrente directe alors, d'autre part, que n'est pas rapportée la moindre preuve d'un quelconque préjudice dû au pillage de données confidentielles et de savoir-faire », *CSB*, 5/00, n°493.

²³⁶ J. SAVATIER, « Les contrats de travail conclus avec un couple de travailleurs », *Dr. soc.* 1994, p. 237 ; A.-M. GAVARD-GILLES, *Le couple en droit social*, Economica, 1997, E. MOUVEAU, « Le contrat de couple et le droit du travail », *D.* 1998, I, p. 385

²³⁷ Ainsi, la démission de l'un des membre du couple entraîne le licenciement de l'autre : Cass. soc., 7 mai 1991, M.X... c/ Agence Martinet, *Bull. civ.*, V, n° 221 ; Limoges, Ch. Soc., 17 décembre 1990, SNC Cuff et Cie c/Mme Spataro, *D.* 1991, II, p., 596, note J. MOULY.

rupture a une cause réelle et sérieuse²³⁸ . Le droit du travail se trouve ainsi dans une stricte neutralité des relations de travail. Mais on pourrait se demander si le principe de non-discrimination ne trouverait pas à s'appliquer dans l'hypothèse où le contrat serait refusé à des concubins homosexuels, ou à des partenaires pacsés.

Le droit du travail admet que l'entreprise puisse se servir de l'existence et/ou de la disparition des liens familiaux mais parallèlement les dispositions travaillistes tiennent compte nécessairement, et pour des raisons autres que ses propres finalités, des liens familiaux des salariés.

²³⁸ Cass. soc., 18 novembre 1998, Duarte c/Copropriété Le Buffon, *D.* 1999, II, p. 443, note J. MOULY.

SECTION 2 – LA PRISE EN COMPTE DU LIEN FAMILIAL DANS L'ACCES AUX DISPOSITIONS DU DROIT DU TRAVAIL

La prise en compte du lien familial du salarié par le droit du travail s'explique par des raisons qui dépassent pour partie les fonctions de cette matière. D'une part, le droit du travail a intégré les revendications salariales ce qui a permis l'introduction de normes privilégiant la vie familiale (**paragraphe 2**), mais d'autre part, les dispositions instrumentalisées du droit du travail permettent la participation aux politiques de l'emploi (**paragraphe 1**).

Paragraphe 1 - La prise en compte du lien familial en tant qu'accès aux politiques de l'emploi par le droit du travail

C'est sur la participation aux politiques de l'emploi que le droit du travail et de la protection sociale ont des interférences. On peut, par le biais des contrats aidés affirmer que le droit du travail intègre le lien familial soit comme mode d'accès au salariat (**A**) soit comme un frein au licenciement (**B**) en utilisant une terminologie similaire au droit de la protection sociale.

A - Le lien familial comme mode d'accès au salariat

Les situations de précarité ou de besoin sont parfois prises en compte par le droit du travail soit pour donner accès au monde du travail, soit pour maintenir les salariés dans leur emploi. Ainsi, le Code du travail fait une place par le biais de la priorité d'emploi aux pères de famille dans ses articles L.323-36 et suivants²³⁹, dispositions s'appliquant également au veuves²⁴⁰, ou au parent isolé dans le cadre de contrat lié à la politique de l'emploi²⁴¹. On peut noter ici le caractère discriminatoire de ces dispositions soit parce qu'elles ne font référence qu'aux pères, soit au contraire parce qu'elles ne visent que les femmes. Dans ce type de dispositions, il ne s'agit pas pour le droit du travail de faire une place de façon globale à certaines situations de famille mais aux seuls liens familiaux qui font présumer de la précarité sociale de la personne. Le lien familial n'est envisagé que parce qu'il se double d'une situation de précarité dans laquelle sont impliqués les enfants.

Ces règles sont intéressantes parce qu'elles permettent véritablement de croiser la vie familiale et la vie professionnelle et de lier, par l'utilisation d'une terminologie similaire, le droit du travail et de la protection sociale assurant ainsi au droit social une sorte d'homogénéité. Toutefois, on constate que seules les situations mettant en cause les enfants sont prises en considération, et donc une reformulation de certaines normes s'avère nécessaire.

Dans le même ordre d'idées, le lien familial pourra être un frein au droit de licencier. La volonté de maintien dans l'emploi trouve de nouveau un fondement dans les politiques sociales.

²³⁹ L.323-36 du Code du travail : « Dans chaque département, le préfet détermine, sur proposition de l'union départementale des associations familiales : 1° la proportion minimale de pères de famille ayant au moins trois enfants à charge, au sens de la législation sur les allocations familiales ... qui doivent être employés dans les diverses catégories d'exploitations, d'entreprises ou d'établissements »

²⁴⁰ Le texte exige que la veuve ait deux enfants à charge

²⁴¹ L. 322-4-7 : « Afin de faciliter l'insertion de personnes rencontrant des difficultés d'accès à l'emploi, l'Etat peut conclure des conventions ouvrant droit au bénéfice de contrats de travail dénommés contrats-emploi-solidarité Ces contrats sont réservés ...aux bénéficiaires de l'allocation de parent isolé... »

B - Le lien familial comme entrave au droit du licenciement

Dans la droite ligne des mesures de politiques sociales, on trouve des dispositions visant à protéger certaines populations du licenciement. Ainsi, l'article L.321-1-1 du Code du travail dispose que l'employeur doit tenir compte *des charges de famille*, notamment celles de parents isolés. Il s'agit en effet d'éviter la mise au chômage de certaines personnes particulièrement difficile à réinsérer où qui simplement se trouveraient en situation particulièrement précaire du fait d'un enfant à charge. Ces dispositions constituent des mesures préventives en lien direct avec le traitement social du chômage avec les mesures de protection sociale. Il reste que cette disposition n'est pas impérative et que l'ordre des critères de l'ordre des licenciements ne s'impose pas à l'employeur. La Chambre sociale indique simplement que l'employeur ne peut privilégier un critère qu'à la condition de tenir compte de l'ensemble des autres, sans mettre en avant la situation familiale²⁴². Au-delà de ces dispositifs, le droit du travail a intégré des dispositions privilégiant le lien familial.

Paragraphe 2 - Les dispositions privilégiant le lien familial dans les dispositions du droit du travail

Certaines dispositions du droit du travail conduisent à prendre en compte des événements soit qui affectent la vie familiale du salarié (A), soit qui favorisent celle-ci (B).

A - Les dispositions relatives aux événements affectant la vie familiale du salarié

Les événements affectant la vie familiale du salarié sont depuis longtemps insérés dans le Code du travail mais également dans les conventions collectives puisque la plupart les reprennent en les améliorant²⁴³. L'introduction de congés dits « pour événements familiaux » ou parental, ou plus récemment la possibilité offerte la loi Aubry II et dans la loi relative au travail de nuit d'invoquer des « nécessités familiales impérieuses » pour refuser un changement dans la répartition de ses horaires dans le cadre du temps partiel favorisent l'entrée de la vie familiale dans l'entreprise.

Dans la plupart de ces textes et cela est patent pour l'octroi des congés payés ainsi que des congés pour événements familiaux, le droit du travail met l'accent sur la famille légitime²⁴⁴. Aucune référence n'est ainsi faite au concubinage, non plus qu'aux familles polygames et de façon encore plus critiquable au PACS. Cependant la Cour de cassation donne une interprétation plus large des congés pour événements familiaux dans la mesure où elle indique, dans une décision opérant un revirement de jurisprudence²⁴⁵, que le jour de congé ne devait pas nécessairement coïncider avec l'événement en cause. Cette nouvelle position jurisprudentielle autorise ainsi une meilleure articulation de la vie familiale et de ses événements avec la vie professionnelle.

B - Les dispositions relatives aux événements favorisant la vie familiale du salarié

²⁴² Cass. soc., 14 janvier 1997, *Bull. civ.*, V, n°16.

²⁴³ Une lecture des conventions collectives montre cependant que majoritairement les conventions collectives reprennent les dispositions légales en octroyant des jours de congés supplémentaires. Il y a peu de conventions collectives qui retiennent le PACS ce qui peut s'expliquer par la nouveauté de la réglementation, très peu prennent en compte le concubinage. CCN des boissons (entrepôts – grossistes) stipule que le décès d'un partenaire d'un PACS fait bénéficier au partenaire d'un congé de 3 jours mais à la condition que le PACS soit conclu depuis 3 ans...

²⁴⁴ Les dispositions relatives au décès d'un conjoint ou d'un enfant sont applicables aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité.

²⁴⁵ Soc. 16 décembre 1998, SCA manufacture française des pneumatiques Michelin c/Minchin, *JCP*, éd. G, 1999, II, 10034. La cour relève en effet que la convention collective : « en indiquant *événements*, ne fixe pas dans le temps une date précise, mais fixe une période qui doit être raisonnable durant laquelle le jour chômé et rémunéré est accordé.

Certaines dispositions du Code du travail ont pour objet de permettre voire de favoriser la vie familiale du salarié. En ce qui concerne les congés maternité, s'ils favorisent la vie familiale des personnes ils relèvent davantage de mesures de santé publique en lien direct avec les normes de sécurité sociale et de protection de la petite enfance. Dans les autres dispositions relatives à l'octroi de congés le Code du travail a tendance à ne prendre en considération que les familles « officialisées ». Seuls les conjoints travaillant en effet dans la même entreprise ont le droit de prendre ensemble un congé, cette règle ayant été étendue aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité²⁴⁶. Le fait de préciser explicitement que cette disposition s'applique au partenaires d'un pacte civil de solidarité ne fait que renforcer la discrimination à l'égard d'autres couples et met en avant les différences que le droit du travail établit entre les familles issues d'institution ou de contrat, et les autres. Or, on pourrait voir là une discrimination dans la mesure où on ne comprend pas la différence établit entre un couple homosexuel ayant conclu un PACS et un couple homosexuel vivant en concubinage sachant que le droit civil les intègre justement dans ses dispositions.

Ainsi, pour les autres couples le Code du travail indique que l'employeur seul peut tenir compte de la situation de famille²⁴⁷. Cette disposition ne vise pas spécifiquement d'autres couples que les couples légitimes mais il peut s'agir également de couples mariés ne travaillant pas dans la même entreprise. Dès lors, il ne paraît pas qu'il s'agisse même d'une reconnaissance implicite d'une autre famille que la famille légitime. On pourrait rétorquer que l'article L.122-45 du Code du travail permettrait de combler cette lacune dans la mesure où il interdit à l'employeur de prendre des mesures discriminatoires du fait de la situation de famille. Il n'est pas certain que ce texte soit un palliatif acceptable. D'une part, l'article L.122-45 ne vise la discrimination que lorsqu'elle entraîne un licenciement ou un refus d'embauche sans toutefois poser un principe général de non-discrimination, d'autre part dans le cas de l'octroi de congés payés il faudrait que les salariés prouvent que l'employeur leur refuse un congé du fait de leur situation famille pour la mesure soit considérée comme discriminatoire.

Ce sont essentiellement les textes récents qui visent à une meilleure articulation du temps de travail et de la vie familiale et qui tendent à favoriser une meilleure répartition des horaires de travail en fonction de celle-ci. Le texte relatif au temps partiel issu de la loi Aubry prévoit en effet des délais de prévenance avant la modification par l'employeur des horaires de travail. Le fait d'introduire cette disposition signifie que l'on accorde le droit au salarié de pouvoir s'organiser²⁴⁸. Il faut ajouter également que la loi permet d'élargir les possibilités offertes au salarié de capitaliser du temps RTT sur le compte épargne temps lorsqu'il a des enfants de moins de 16 ans.

Cette nouvelle intégration de la vie familiale est patente également dans le texte relatif au travail de nuit et à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes. Ainsi, l'accord collectif qui met en place le travail de nuit doit prévoir des mesures destinées à faciliter la conciliation de l'activité professionnelle de nuit avec l'exercice de responsabilités familiales et sociales, et notamment prévoir les moyens de transport. Il s'agit là d'une mesure très intéressante puisque le texte signifie que l'articulation vie familiale-vie professionnelle n'est pas qu'un principe mais qu'elle doit trouver dans les accords des réponses pratiques. De même, les obligations familiales impérieuses peuvent être invoquées par le salarié pour demander le passage sur un poste de jour pour la garde d'un enfant ou la prise en charge d'une personne dépendante (Article L. 213-4-2 nouveau). La conception des obligations impérieuses semble être assouplie dans l'interprétation

²⁴⁶ L. 223-7 dernier alinéa : « *Les conjoints travaillant dans la même entreprise ont droit à un congé simultané* ». Cette règle a été étendue par la loi n°99-944, art.8, JO du 16 novembre.

²⁴⁷ Le Code prévoit cependant l'octroi de congés supplémentaires pour les jeunes mères de famille : L.223-5 : « *les femmes salariées ou apprenties âgées de moins de vingt-et-un ans au 30 avril de l'année précédente bénéficient de deux jours de congés supplémentaires par enfant à charge. Le congé est réduit à un jour si le congé légal n'excède pas six jours.* »

²⁴⁸ Il est vrai que cette disposition a été présentée comme une amélioration de l'articulation vie familiale-vie professionnelle. Le délai de prévenance a été fixé à 7 jours par le texte mais ce délai peut être réduit à 3 jours en cas d'accord collectif. La lecture de certains accords collectifs a même réduit ce délai à 1 jour... de plus, le délai de prévenance peut être également utilisé parce que la loi Aubry reconnaît le cumul d'emplois à temps partiel.

donnée au regard du temps partiel. En ce cas, le refus du salarié ne pourra entraîner ni sanction disciplinaire ni licenciement²⁴⁹.

CONCLUSION DU CHAPITRE III

Le droit du travail reste axé sur une vision étroite des liens familiaux du salarié puisque l'ensemble de ces dispositions légales n'envisagent jamais le concubinage, et rarement le PACS. Aucune mention n'est faite de la famille polygame. Les couples homosexuels ne sont envisagés qu'aux travers des mœurs. Le droit conventionnel ne constitue d'ailleurs pas à cet égard un palliatif acceptable car les stipulations des conventions collectives sont également figées dans une vision traditionnelle de la famille dans leur très grande majorité. Ce n'est que lorsque le code du travail s'attache au travail des enfants, de façon directe ou indirecte, que les normes sont d'application générale, c'est-à-dire qu'aucune mention n'est faite de la nature du lien qui unit l'enfant au parent.

Or, les liens unissant droit du travail et droit de la protection sociale nécessiteraient, à l'instar des dispositions sur les politiques de l'emploi, que des ponts soient trouvés pour harmoniser la vision générale dont le droit social devrait se doter sur la question familiale. De plus, les conceptions modernes du droit du travail semblent se diriger vers une articulation plus harmonieuse des relations entre vie personnelle et vie professionnelle²⁵⁰. Dès lors dans cette perspective, le droit du travail, devra intégrer les définitions proposées par le Code civil sur la relation issue du PACS, et surtout celle du concubinage. Des propositions peuvent donc être faites visant à remettre « à niveau » le droit social.

²⁴⁹ L. n°2001-397 du 9 mai 2001, *JO* du 10 mai.

²⁵⁰ P.-L. REMY, « Réduction du temps de travail et vie familiale », *Dr. soc.* 1999, p. 1012 : « Le temps libéré apparaît, en effet, en priorité utilisé pour profiter davantage de la famille et des enfants... L'articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle est un impératif prioritaire pour les familles et en particulier pour les femmes. » ; J. FAGNANI, « Lacunes, contradictions et incohérences des mesures de conciliation travail/famille bref bilan critique », *Dr.soc.* 1998, p. 596 et du même auteur « Politique familiale, flexibilité des horaires de travail et articulation travail/famille. L'exemple des employées de la grande distribution en France et en Allemagne », *Dr.soc.* 1999, p. 244.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Décidément, le droit social fait preuve d'une belle unité... Qu'il s'agisse du droit de la sécurité sociale, du droit de l'aide sociale ou du droit du travail, tous ne portent de réelle reconnaissance qu'à la famille traditionnelle puisque c'est dans son giron que naissent la très large majorité des droits sociaux. Certes, il arrive parfois que la famille constituée en marge du mariage ait droit à quelques attentions. Mais ces dernières sont insuffisantes pour réaliser une intégration très large de tous les modèles familiaux. En effet, l'acceptation généreuse des modèles familiaux par l'assurance maladie maternité, par les prestations familiales et par certaines prestations d'aide sociale (RMI) n'est pas significative de la volonté de promouvoir de nouvelles familles car elle ne s'intègre pas dans un mouvement d'ensemble. Elle s'inscrit dans une logique d'extension des droits pour des risques ou des besoins dont la couverture apparaît comme essentielle, et c'est ce seul objectif qui explique les ouvertures réalisées.

Ce constat pourrait nous conduire à conclure à la cohérence du droit social. Pourtant, si une certaine cohérence peut certes être observée entre les branches du droit social, la même conclusion s'impose avec plus de difficulté si on analyse l'approche restrictive de la famille au regard des finalités de ces droits. A cet égard en effet, il semble que les liens familiaux actuellement reconnus par notre droit social perdent de leur légitimité. Dans un contexte où les formes de familles se diversifient, tant le droit de la protection sociale, dans sa fonction de couverture des risques, charges et besoins pour l'individu et sa famille, que le droit du travail dans sa recherche d'une articulation plus harmonieuse entre vie familiale et professionnelle, doivent se doter d'une vision générale plus moderne sur la question familiale.

DEUXIEME PARTIE - LA REFERENCE AU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX DROITS SOCIAUX : PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS

A l'évidence, le droit social opère entre les liens familiaux et les différents couples des discriminations qui ne se fondent pas sur des justifications sérieuses si on se réfère à ses finalités. En effet, ces dernières nous engagent incontestablement à dépasser la référence quasi exclusive à la famille fondée sur le mariage et même à nous demander si, pour certains risques, la référence à une famille, même élargie, ne doit pas être purement et simplement abandonnée. Cette problématique nous entraînera successivement sur les terres du droit de la sécurité sociale (**Chapitre I**), du droit de l'aide sociale (**Chapitre II**) et du droit du travail (**Chapitre III**).

*CHAPITRE 1 : REGIMES DE SECURITE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL :
PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS*

Une lecture synoptique des prestations semble indiquer que, pour certaines prestations, le lien familial n'est qu'une technique d'accès au droit, tandis que l'existence même de certaines d'entre elles est légitimée par l'existence d'un lien familial. Pour les premières - nous pensons naturellement aux prestations de l'assurance maladie maternité, mais également à l'assurance vieillesse et aux prestations familiales (**Section 2**) – la question de l'individualisation doit être posée, même si la référence à la famille peut se manifester d'une autre manière et s'imposer de nouveau en arrière plan, par exemple pour influencer sur le calcul de la prestation. Pour les deuxièmes en revanche, la référence à la famille est indispensable, parce qu'elle est explicative de l'existence même de la prestation. Nous pensons bien sûr ici aux autres assurances sociales qui constituent des réponses à des risques que l'on pourrait qualifier de familiaux parce qu'ils affectent la cellule familiale (décès, veuvage...), mais également aux prestations servies aux ayants droit en cas de réalisation du risque professionnel (**Section 1**).

SECTION 1 - L'AVENIR DE LA REFERENCE AU LIEN FAMILIAL DANS LES ASSURANCES SOCIALES ET DANS LA COUVERTURE DU RISQUE PROFESSIONNEL

L'organisation de la sécurité sociale en branches conduit logiquement à distinguer les assurances sociales et la réparation du risque professionnel. Pourtant, nous ne respecterons pas cette présentation qui, à cette étape de notre recherche, n'est plus pertinente. En effet, les problématiques que nous allons aborder transcendent cette distinction. Certaines d'entre elles sont spécifiques à certains risques sociaux, tandis que d'autres concernent à la fois des risques sociaux et des risques professionnels. Ainsi, en matière de maladie et de maternité, c'est la question même de l'existence de la référence au lien familial qui se pose (**Paragraphe 1**) puisque, dans la perspective de la généralisation de ces assurances, on peut se demander si le maintien de droits dérivés est bien pertinent. Le problème se présente sous un jour différent pour les autres risques sociaux et pour les risques professionnels (**Paragraphe 2**). Dans ces hypothèses en effet, c'est le fondement des droits dérivés et la prépondérance du statut conjugal qui doivent être reconsidérés.

Paragraphe 1 - L'avenir de la référence au lien familial en matière d'assurances maladie et maternité

L'existence d'un lien familial n'étant plus déterminant pour l'attribution de la qualité d'ayant droit, on peut s'interroger sur la pertinence de son maintien et sur la signification de ce maintien éventuel. On pourrait penser en effet à abandonner cette référence car il existe au moins deux solutions de remplacement.

La première résiderait dans la promotion d'un critère unique : **la notion de charge**. La qualité d'ayant droit pourrait être ainsi attribuée à toute personne à charge de l'assuré social, indépendamment de la référence au lien familial et même, abstraction faite de ce lien. Une telle solution laisserait ainsi subsister le lien interpersonnel, mais le rendrait secondaire, et l'ayant droit resterait titulaire de droits dérivés.

La deuxième solution consisterait dans l'abandon pur et simple de la technique de l'ayant droit, au profit de la **reconnaissance de droits propres** à tout individu résidant sur le territoire national. La proposition n'est pas totalement fantaisiste. Elle trouve ses sources dans deux dispositions législatives récentes qui peuvent inciter à envisager ce scénario. Les dispositions auxquelles nous pensons sont toutes deux issues de la loi du 28 juillet 1999 portant création de la couverture maladie universelle. Il s'agit de l'élargissement de la qualité d'ayant droit autonome, et de la reconnaissance d'un droit propre à la CMU pour toute personne ne relevant d'aucun régime obligatoire de sécurité sociale.

Pourtant, il ne nous semble pas que la deuxième solution puisse être envisagée, et cela pour plusieurs raisons.

En premier lieu, les arguments tirés de la loi de 1999 sont eux-mêmes réversibles. En effet, le dispositif CMU est conçu comme un dispositif subsidiaire. On ne peut y recourir qu'à défaut de pouvoir organiser l'accès aux assurances maladie et maternité au moyen de la technique de l'assurance sociale ou au moyen de la technique de l'ayant droit. Pour cette raison, le dispositif CMU écarte implicitement l'évolution vers la reconnaissance de droits propres. Quant à la notion d'ayant droit autonome, elle ne peut pas être considérée comme un dispositif intermédiaire qui se situerait entre droits propres et droits dérivés. En effet, l'idée d'ayant droit autonome n'est qu'une commodité technique destinée à faciliter au quotidien l'accès aux soins, puisqu'il s'agit de permettre à celui qui a engagé les soins d'en obtenir le remboursement direct. C'est uniquement une technique qui autorise celui qui a payé à recevoir en personne la prestation en nature, même s'il n'est pas un assuré. Ce n'est en aucune façon un moyen de reconnaître une rupture entre les droits de

l'ayant droit et les droits de l'assuré, ce qui aurait d'ailleurs pu augurer une évolution vers la reconnaissance de droits propres aux prestations en nature des assurances maladie et maternité.

En effet, si telle avait été la volonté du législateur et si la qualité d'ayant droit autonome avait dû être le signe d'une période intermédiaire, elle aurait été plus largement ouverte, dès à présent. Cela était d'ailleurs d'autant plus possible que cette notion d'ayant droit autonome n'est pas une invention de 1999. Cette notion est née bien avant la loi sur la CMU. Si le législateur avait voulu en faire l'antichambre des droits propres aux prestations en nature, il lui était donc possible de faire une utilisation beaucoup plus optimale de cette notion qui existait déjà. Depuis la loi du 4 février 1995²⁵¹ en effet, l'article L.161-14-1 du Code de la sécurité sociale dispose en substance que l'enfant majeur ayant droit d'un assuré social peut demander à être *identifié de façon autonome* au sein du régime de cet assuré, ce qui lui permet d'être remboursé à titre personnel des prestations en nature des assurances maladie et maternité²⁵². Il était donc facile à un législateur, qui aurait voulu organiser une phase transitoire et préparer le passage des droits dérivés aux droits propres, de développer de façon beaucoup plus large la technique de l'ayant droit autonome. Or, il ne l'a pas fait et a réservé la possibilité d'accéder à cette qualité un cercle de personnes finalement assez restreint, composé du conjoint, des enfants d'au moins 16 ans, et de la personne qui vit maritalement avec l'assuré. En outre, l'attribution de la qualité d'ayant droit autonome à ces nouvelles personnes n'est pas obligatoire ; elle reste seulement optionnelle.

En deuxième lieu, les droits dérivés présentent des intérêts non négligeables. En effet, trouvant leur source dans le droit propre de l'assuré, ils en conservent la nature assurantielle. Plus clairement, de la même façon que le droit à prestations de l'assuré trouve sa source dans les cotisations qu'il verse, le droit dérivé de l'ayant droit aux prestations trouve sa source dans les cotisations qui sont versées par l'assuré. Le fait que le droit est contributif permet à l'assuré, et à l'ayant droit, de bénéficier des principes de la médecine libérale. Il existe en effet selon nous un lien indiscutable entre le caractère contributif du droit et les conditions dans lesquelles ce droit peut être exercé. Ce sont justement les principes de la médecine libérale, énoncés par le Code de la sécurité sociale, qui permettent de cerner les conditions d'exercice du droit. Ce sont eux qui garantissent par exemple la liberté de choix des praticiens et des auxiliaires médicaux²⁵³. Ce principe du libre choix est solidement ancré dans la culture médicale de notre pays, et très cher aux assurés sociaux et ayants droit. On sait en effet que lorsqu'il est question de le limiter, notamment dans la perspective de la maîtrise des dépenses de santé pour contenir ce que l'on appelle le nomadisme médical, tant les praticiens que les assurés font entendre leur désapprobation²⁵⁴.

Ces principes, finalement, garantissent à l'assuré et à ses ayants droit une liberté certaine dans l'exercice de leurs droits aux prestations en nature des assurances maladies et maternité. Et si l'on souligne souvent que les professionnels de la santé sont soucieux de la pérennité de ces principes, nul ne doit douter que les assurés et leurs ayants droit y sont eux-mêmes très attachés. Or, ce n'est certainement que parce que le droit aux prestations est contributif que les assurés peuvent prétendre choisir librement de leur praticien ou fournisseur de soins.

Certes, on pourrait objecter que les droits propres ne sont plus aujourd'hui exclusivement contributifs et, par voie de conséquence, que les droits dérivés ne le sont plus non plus. On sait en effet que la couverture maladie universelle peut donner naissance à des droits aux prestations en nature de l'assurance maladie non contributifs, sous condition de ressources. Cependant, cette objection nous semble de faible portée car la couverture maladie universelle laisse demeurer le principe de la contributivité. La dispense de

²⁵¹ Loi n°95-116 du 4 février 1995, art.59-1.

²⁵² Cette identification et ce remboursement à titre personnel sont même obligatoires pour les enfants majeurs de l'assuré poursuivant des études dans certains établissements. Cf. art. L.381-4, R.161-8-13 et R.161-8-14 du Code de la sécurité sociale.

²⁵³ Article L.162-2 du Code de la sécurité sociale.

²⁵⁴ La dernière convention médicale a toutefois procédé à une première adaptation de ce principe par l'introduction de la technique du médecin référent. M. HARICHAUX, « Vers un tournant de la médecine libérale en France ? », *Rev. dr. san. et soc.* 1994. 226.

cotisation est une exception à ce principe et elle est réservée aux personnes qui ne relèvent à un autre titre d'aucun régime obligatoire et dont les ressources sont inférieures à un certain montant. Le principe reste donc celui d'un lien entre la liberté de choix et la nature contributive du droit à prestations.

De plus, il faut souligner que certains régimes spéciaux, qui servent pourtant des prestations contributives, écartent le principe du libre choix du médecin. Il s'agit de ceux qui connaissent une organisation médicale particulière. Si de telles atteintes sont en quelque sorte compensées par la gratuité corrélative des soins, il nous paraît plus que contestable que la consultation d'un praticien extérieur ne puisse pas être prise en charge par la sécurité sociale.

Cela est d'autant plus choquant lorsque ce sont les ayants droit qui sont concernés. En effet, la ligne jurisprudentielle adoptée par la Cour de cassation qui refuse tout droit à remboursement aux personnes consultant un praticien extérieur est aussi appliquée aux ayants droit dans certains régimes. Cette critique est donc renforcée par l'existence d'une discrimination entre ayants droit appartenant à des régimes spéciaux différents pratiquant une même organisation médicale.

En conséquence, si nous ne remettons pas en cause ces organisations médicales particulières, ni les atteintes au principe du libre choix du praticien, principe pourtant à la base de notre médecine libérale parce que compensées par la gratuité des soins, nous serions favorables à la possibilité de consultation de praticien extérieur avec une prise en charge des dépenses engendrées. De plus, un alignement des différents régimes spéciaux serait plus que souhaitable afin de supprimer les discriminations existant entre ayants droit.

Ces différentes considérations nous conduisent donc à militer en faveur du maintien des droits dérivés comme principe, mais avec une nouvelle configuration. Au lieu de donner la priorité à la nature du lien interpersonnel et de le combiner avec la notion de charge, il serait plus adapté de donner la priorité à la considération de la charge et de la rendre déterminante pour l'attribution de la qualité d'ayant droit. La nature du lien interpersonnel serait alors totalement indifférente. L'inversion de cet ordre renverserait totalement la place qui est faite à la considération de la famille.

Aujourd'hui en effet, le fait que la condition de charge soit déterminante mais qu'elle vienne s'ajouter au lien interpersonnel mentionné montre que c'est finalement la nature du lien qui existe entre l'assuré et le postulant ayant droit qui fonde l'accès à l'assurance maladie maternité. C'est parce qu'il existe un rapport de proximité, à l'origine exclusivement familial, progressivement d'une autre nature, que la qualité d'ayant droit peut être envisagée. Ce rapport de proximité, qu'il ait un fondement juridique ou qu'il en soit privé, témoigne d'ailleurs d'une certaine qualité de relation entre l'assuré et la personne en cause. Et encore une fois, c'est ce lien interpersonnel qui est la première justification de l'attribution de la qualité d'ayant droit. Certes, ce seul lien est insuffisant. Il doit être renforcé par la condition de charge. Ainsi, le rapport de proximité « affective », exprimé par la qualité du lien interpersonnel, doit se doubler d'un rapport économique, exprimé par l'exigence de la charge.

Dès lors, faire passer au second plan la référence au lien interpersonnel et énoncer que c'est la condition de charge qui est la première condition pour l'attribution de la qualité d'ayant droit, en cette matière d'assurance maladie maternité, réduirait l'attribution de la qualité d'ayant droit à une question de dépendance économique à l'égard de l'assuré social. En outre, cette inversion de la présentation des conditions d'attribution de la qualité d'ayant droit ne conduirait pas nécessairement aux mêmes résultats.

On peut citer au moins un exemple en ce sens, celui du conjoint de l'assuré social. A l'heure actuelle en effet, le conjoint non divorcé²⁵⁵ d'un assuré social peut être son ayant droit à condition de ne pas être lui-même assujéti à un régime obligatoire de sécurité sociale, ou de ne pas exercer une activité professionnelle dont il retirerait un revenu susceptible de lui conférer des droits propres. Dès lors, le conjoint qui bénéficie, à

²⁵⁵ Il peut toutefois être séparé de corps.

titre personnel, d'un régime obligatoire de sécurité sociale ne peut pas prétendre aux prestations en nature en qualité d'ayant droit²⁵⁶. Le conjoint qui n'exerce pas d'activité professionnelle est le plus souvent à la charge de son conjoint, et c'est ce qui nous a conduit à parler jusqu'à présent de conjoint à charge. Cependant, il faut nuancer cette assimilation car en réalité, une personne dépourvue d'activité professionnelle, ou d'activité professionnelle suffisante pour être assujettie à un régime obligatoire de sécurité sociale n'est pas nécessairement à la charge de son conjoint. On peut en effet imaginer le cas d'une personne fortunée, qui disposerait d'un patrimoine immobilier qui lui permettrait d'avoir des revenus qui lui garantiraient une indépendance économique. Or, au regard des dispositions actuelles du code de la sécurité sociale, cette personne serait incontestablement l'ayant droit de son conjoint. Si, au contraire, la condition de charge venait à être placée au premier plan, cette personne perdrait sa qualité d'ayant droit. Elle relèverait du dispositif CMU et aurait un droit contributif aux prestations en nature des assurances maladie et maternité.

Ce seul exemple montre qu'il n'est pas aussi simple de faire passer au second plan la référence au lien interpersonnel.

Paragraphe 2 - L'avenir de la référence au lien familial pour la prise en charge des autres risques sociaux et du risque professionnel

Les traditions culturelles ont la vie dure. Ce sont elles qui expliquent que, aujourd'hui encore, le lien d'alliance est très largement dominant pour l'attribution de droits sociaux et pour l'acquisition de la qualité d'ayant droit en matière d'assurances invalidité, vieillesse, veuvage, décès. Pourtant, la place des familles et la nature des familles reconnues par ces assurances sociales ne semble plus en phase avec ce que l'opinion publique considère comme la famille. Les modes de vie, qui se sont diversifiés et qui façonnent les comportements familiaux, incitent à définir de façon moins restrictive le lien familial qui ouvre droit aux prestations des assurances sociales. Il s'agirait de ne plus le limiter au lien conjugal et de l'ouvrir plus largement à d'autres liens de couple. En d'autres termes et c'est sur ce premier axe que nous formulerons nos propositions, les droits dérivés devraient s'ouvrir plus largement au cohabitant car ils ne sont plus aujourd'hui en adéquation avec la famille, contrairement aux ambitions toujours énoncées à l'article L.111-1 du Code de la sécurité sociale (A). Par ailleurs, le lien familial influe également sur l'attribution des droits propres à l'assuré car le niveau de certaines prestations est fixé en considération des charges de famille. Or, la notion de charge fait directement appel à la conception de la famille puisque ne sera considérée comme personne à charge que celle qui est supposée appartenir à la famille de l'assuré. La conception étroite de la famille produit ici encore des conséquences néfastes puisque toutes les personnes composant effectivement la famille de l'assuré ne sont pas qualifiées de personnes à charge par le droit de la sécurité sociale. Pour cette raison, et c'est sur ce deuxième axe que s'ordonneront nos propositions, nous préconisons un élargissement du cercle des ouvrants droit (B).

A - Pour une mise en adéquation des droits dérivés et des transformations de la famille :

l'élargissement du cercle des ayants droit

Les droits dérivés²⁵⁷ se présentent comme des droits complets auxquels le bénéficiaire accède en vertu de sa relation avec une personne titulaire de droits propres. Nous les avons déjà rencontrés avec le remboursement des soins de santé. Ils se présentent cependant dans les assurances invalidité, vieillesse, décès et veuvage avec un relief particulier car ils reposent essentiellement sur le lien conjugal, même s'ils peuvent exceptionnellement être attribués à d'autres membres du foyer. Les assurances invalidité, vieillesse et veuvage n'envisagent en effet de droits dérivés qu'au profit du conjoint. Seule l'assurance décès envisage plus largement le cercle des ayants droit, à la condition supplémentaire de charge.

²⁵⁶ Cependant, s'il ne justifie pas des conditions de temps de travail pour percevoir les prestations, il peut bénéficier de celles-ci comme ayant droit du conjoint assuré.

²⁵⁷ Au sens strict du terme.

Même si aucune condition de sexe n'est posée, cette situation se fonde une présomption de dépendance du conjoint au foyer (la femme) à l'égard du salaire et des revenus de remplacement d'un conjoint professionnellement actif. D'une certaine manière, les droits dérivés traduisent donc la survivance d'un modèle, si ce n'est désuet, du moins dépassé de répartition des rôles familiaux dans lequel la femme demeure au foyer et l'homme exerce une activité professionnelle. Quelle que soit l'appréciation que l'on porte sur cette façon de concevoir la répartition des rôles au sein du foyer, une première observation peut être effectuée à cet égard : la désignation de l'ayant droit n'est pas acceptable puisque seul le conjoint, dans trois assurances sociales sur quatre, est pris en considération. Une première proposition est donc d'attribuer la qualité d'ayant droit à de nouvelles personnes qui connaissent cette situation de dépendance **(1)**.

En outre, même si l'absence de condition de sexe ne peut permettre d'affirmer nettement que la technique des droits dérivés conduit à une limitation de la reconnaissance des droits propres au profit de la femme, il est tout de même possible de dire que le système des droits dérivés conduit à une restriction de droits propres pour certains bénéficiaires (en majorité des femmes en pratique), et confronte les femmes à des difficultés pour ouvrir des droits propres aux membres de leurs familles **(2)**.

1) Postulat de dépendance économique et extension de la qualité d'ayant droit à de nouveaux cohabitants

Face à l'évolution des structures familiales tenant essentiellement à la multiplication des ménages de fait et des couples séparés ou divorcés, la technique des droits dérivés fondée sur la dépendance à l'égard d'un **conjoint** travailleur révèle incontestablement ses limites²⁵⁸. En effet, de nos jours, le statut matrimonial ne peut plus constituer le critère nécessaire ou suffisant de cette dépendance. Avec la transformation des structures familiales, les droits dérivés ne couvrent plus de manière satisfaisante les personnes cohabitantes inactives appartenant à la famille de l'assuré social **(a)**. Ils ne couvrent pas non plus de façon acceptable les personnes séparées ou divorcées demeurées inactives pendant le mariage **(b)**.

²⁵⁸ P. VIELLE, *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales Une approche de genre*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2001, sp. pp 270 et s.

a) Dépassement du statut matrimonial et attribution de la qualité d'ayant droit à de nouveaux cohabitants

C'est certainement une des questions essentielles sur lesquelles le droit de la sécurité sociale ne pourra pas faire l'économie d'une adaptation. Les risques qui sont concernés par cette question sont le veuvage, l'invalidité, la vieillesse et les risques professionnels.

* De l'assurance veuvage à l'assurance survivant ?

Si l'on prend en considération le développement important des modèles familiaux qui se sont construits en marge du mariage, on ne peut que relever l'inadaptation actuelle de **l'assurance veuvage**, pourtant inventée à une époque où la vie maritale était en pleine expansion et réformée à un moment où cette forme de vie commune concernait près du tiers des ménages. Certes, si on se réfère à la seule dénomination de la prestation, il ne fait pas de doute qu'elle ne s'adresse qu'à celui qui était marié avec l'assuré social. Mais là est justement le problème. Une assurance sociale peut-elle encore ignorer celui qui vit maritalement avec l'assuré social, celui qui «vit avec» lui au sens de la loi du 27 janvier 1993 ou celui qui a passé un PACS avec lui ? Or, seule, la personne ayant la qualité de conjoint survivant d'un assuré peut prétendre à l'allocation de veuvage. Le bénéfice de cette prestation n'a pas été étendue aux concubins ou concubines vivant maritalement avec l'assuré social décédé lors de la réforme de 1999. Il ne l'a pas été non plus au bénéfice de celui qui vit avec l'assuré social. Enfin, la loi sur le PACS, qui a prévu le bénéfice du capital décès, n'a rien envisagé pour l'assurance veuvage.

Pourtant, une telle extension nous semble non seulement souhaitable pour tenir compte des transformations actuelles des formes de familles, construites en marge du mariage, mais encore indispensable pour que la sécurité sociale remplisse les fonctions qui lui sont assignées par l'article L.111-1 du Code de la sécurité sociale : garantir « *les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire leur capacité de travail ou de gains* ». Incontestablement, tant le partenaire du PACS que le concubin peut former une famille avec l'assuré social en présence d'enfants : il s'agira d'une famille naturelle ou adoptive. A ce titre, il devrait donc pouvoir accéder à la qualité d'ayant droit.

En outre, on peut même se demander s'il ne faut pas, pour ce risque, dépasser la référence à l'enfant pour élargir le cercle des ayants droit. En effet, depuis que la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 a supprimé la condition tenant à l'existence d'enfant(s)²⁵⁹, celui qui est ayant droit n'est plus seulement un père ou une mère, ou une personne qui a assuré la charge d'un enfant. C'est plus simplement le conjoint survivant qui était économiquement dépendant de l'assuré social. Dès lors, compte tenu de l'obligation d'assistance qui est instituée pour certains couples, tel le couple fondé sur le PACS²⁶⁰, il ne nous semble plus possible de l'exclure aujourd'hui encore du bénéfice de la prestation. Nous sommes en revanche plus réservés sur l'avenir des concubins car, non seulement aucune obligation n'a été instituée entre eux par la loi du 15 novembre 1999, mais ils nous mettent en présence d'une situation de fait qui, si elle présente un caractère de stabilité, n'a pas réellement de date certaine. Mais nous sommes conscients que, en proposant ce type de solution, nous introduisant une différence entre le couple de concubins chargé d'enfants et celui qui n'en est pas chargé. Dès lors, une conception large de la famille devrait permettre de considérer que tout couple forme une famille même en l'absence d'enfants.

Nous savons bien que les extensions auxquelles nous pensons ne sont pas compatibles avec le maintien de l'appellation assurance veuvage. Mais cela ne constitue aucunement un obstacle à l'évolution que nous envisageons car on peut faire confiance à l'imagination du législateur ou des cabinets ministériels pour rebaptiser l'assurance afin de lui donner une dénomination qui serait conforme à son objet. Si l'extension n'a jamais été envisagée, c'est certainement parce que la volonté actuelle est de réserver le bénéfice de la prestation à celui qui était le conjoint de l'assuré social et qui avait fait ses preuves en tant que parent. D'ailleurs, lors de sa création en 1980, la prestation avait été présentée comme un progrès dans la protection sociale des femmes. Certains auteurs y avaient même vu une nouvelle pierre au statut social de la

²⁵⁹ Cf. supra, Première partie, p.46.

²⁶⁰ « *Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixés par le pacte* » (art. 515-4 c. civ.).

mère de famille et ont estimé que cette disposition entrerait dans le cadre de la politique familiale²⁶¹. Mais les dernières évolutions, précisément l'abandon de la condition d'enfant, ne démontrent-elles pas la volonté de dépasser cette conception originelle ?

L'assurance veuvage n'a pas, comme nous avons pu le relever, été organisée dans les régimes spéciaux. Néanmoins, certains d'entre eux distribuent des allocations de veuve. Dans ces hypothèses, une condition de solitude est systématiquement posée. Le remariage du veuf ou de la veuve comme un concubinage notoire entraînent en effet ipso facto la perte de droit. Pour autant et c'est ce qui nous semble étonnant, la veuve ou le veuf peut recouvrer son droit si le dernier conjoint vient à décéder sans laisser, à son veuf, veuve, de pension ou d'allocation d'un montant supérieur. Le fait qu'un lien conjugal originel puisse continuer à produire des effets ne nous paraît pas en soi choquant au contraire de la prise en considération de deux liens conjugaux successifs. Il serait en conséquence souhaitable, bien entendu, de continuer à permettre à la veuve ou veuf de percevoir une allocation conformément à la finalité assignée à l'assurance veuvage, mais en aucun cas, de cumuler deux allocations.

* De nouveaux ayants droits pour les assurances invalidité et vieillesse et pour la couverture du risque professionnel

Ce sont en substance les mêmes raisons qui conduisent à proposer l'ouverture de la qualité d'ayant droit au partenaire du PACS tant en matière d'invalidité, de vieillesse que de risque professionnel. Compte tenu des fonctions de la sécurité sociale tant en matière de garantie des revenus antérieurs qu'en matière d'indemnisation, il semble tout à fait anachronique d'exclure encore le pacsé du cercle des ayants droit pour les risques précités. Celui-ci dispose d'un statut juridique dont la date est certaine et d'une créance alimentaire. Aussi, il nous semble devoir être intégré dans le groupe des ayants droits exactement au même titre que le conjoint actuel de l'assuré au moment de son décès, soit pour bénéficier de la garantie de ressources (invalidité, vieillesse), soit pour bénéficier de la réparation de son préjudice consécutif au décès de l'assuré. On pourra objecter à cet égard que, dans ce dernier cas, le bénéficiaire de la qualité d'ayant droit conduit à priver le partenaire du PACS d'une éventuelle réparation intégrale, au moins lorsque c'est l'employeur ou le coprésosé de la victime qui est responsable de son décès (sauf faute intentionnelle ou inexcusable). Mais c'est ici une autre question, non résolue pour l'heure, qui se pose, celle de la modernisation de la réparation du risque professionnel²⁶².

²⁶¹ C'est dire combien la politique familiale est un vaste ensemble, dépassant de loin les seules prestations familiales.

²⁶² Cf. sur ce point M. BADEL, « Le perfectionnement du dispositif de réparation du risque professionnel par le droit social », *Dr. soc.* 1998, pp. 644-651.

b) La question du maintien des droits à prestations des personnes séparées ou divorcées

Une des grandes difficultés à laquelle se heurte la technique des droits dérivés réside dans le **maintien des droits à prestations des conjoints séparés ou divorcés**. Les droits dérivés sont fondés dans leur principe sur la pérennité du lien conjugal. De ce point de vue, on doit noter que le droit français a réalisé un remarquable effort d'adaptation.

Ainsi, on peut observer qu'en matière **d'assurance vieillesse**, le conjoint séparé de droit ou de fait, de même que le conjoint divorcé non remarié, ont droit à la pension de réversion. Depuis la loi du 17 juillet 1978, le droit à la **pension de réversion** est d'ailleurs accordé au conjoint divorcé quelle que soit la cause du divorce. En matière **d'assurance décès**, le conjoint séparé de droit ou de fait conserve également un droit au **capital décès**, à condition d'être à la charge effective, totale et permanente de l'assuré au moment du décès. Tant que le mariage n'est pas dissout, le conjoint conserve des droits. C'est également le cas en matière **d'assurance veuvage**.

En revanche, dès que le mariage n'est plus, les droits dérivés ne sont maintenus que de façon exceptionnelle et sont soumis à une condition d'absence de remariage. On ne trouve en effet de traces du mariage défunt que dans le cas de l'assurance vieillesse, et dans la réparation du risque professionnel, mais pour ce dernier risque, aucune référence expresse n'est faite à la dépendance économique d'un des membres du couple à l'égard de l'autre²⁶³.

Le régime de ces assurances sociales montre que ces dernières intègrent la réalité du mariage qui peut connaître la rupture, que celle-ci soit régie par le droit (divorce, séparation de corps), ou qu'elle s'effectue en marge du droit (séparation de fait). Mais en même temps, le régime de ces assurances sociales montre qu'une sorte de priorité, ou prépondérance, est accordée au mariage. En effet, le fait d'accorder des droits au conjoint divorcé ou séparé conduit à priver de droits un compagnon ou partenaire actuel de l'assuré social, ou à diminuer ses droits. C'est sur ce point qu'une évolution nous semble devoir intervenir. La reconnaissance de droits au partenaire de l'assuré(e) social(e) ne semble pas pouvoir souffrir le maintien des droits en faveur d'un ancien conjoint. Le concours des droits qui existe nous semble en outre incompatible avec les finalités des prestations en cause puisque celles-ci ne peuvent plus remplir leur fonction alimentaire du fait de leur réduction proportionnelle. Le même problème existe d'ailleurs déjà lorsque l'assuré social a contracté plusieurs mariages successifs : les anciens conjoints non remariés qui se partagent la pension de réversion à proportion de leurs années de mariages n'ont finalement droit qu'à une pension symbolique qui est impuissante à remplir sa fonction alimentaire.

Alors de deux choses l'une : soit c'est sur le principe même du partage proportionnel de la pension de réversion qu'il faut revenir, soit sur l'existence même d'une pension de réversion.

La suppression de la pension de réversion ne pourrait intervenir sans aménagement corrélatif. Elle ne pourrait être envisagée que dans le cadre du remplacement du droit dérivé (pension de réversion) par un droit propre : le droit propre envisagé prendrait alors la forme d'une pension de survivant qui occuperait uniquement le champ laissé libre par la pension de réversion. On pourrait imaginer le principe d'une pension versée sous condition de ressources d'un montant forfaitaire, identique pour tous les survivants. Certes, une telle pension est difficilement envisageable car elle rompt avec la tradition assurantielle qui domine l'ensemble de notre sécurité sociale. En outre, elle recoupe une prestation vieillesse déjà existante, relevant du régime de solidarité de l'assurance vieillesse, l'allocation du fonds national de solidarité. Malgré tout, pour ne pas nier le rôle du membre du couple qui reste au foyer et pour reconnaître la valeur du travail domestique de celui qui n'a pas d'activité professionnelle, une nouvelle prestation de vieillesse peut être envisagée au titre des prestations qui relèvent du régime de solidarité. Elle pourrait tout à fait se substituer à

²⁶³ On peut cependant considérer que la référence est implicite puisque le conjoint divorcé devait être créancier d'une pension alimentaire dont était débitrice la victime décédée.

l'actuelle allocation aux mères de famille et s'accompagner de majorations pour enfants qui reflèteraient l'actuelle reconnaissance conférée à la qualité de parent.

Une autre voie peut aussi être explorée avec **l'adaptation de l'actuelle pension de réversion**. Cette adaptation prendrait la forme d'une réduction du cercle de ses bénéficiaires. Pour que la prestation remplisse efficacement sa fonction alimentaire, il s'agirait en effet de réserver son versement à un seul ayant droit : le droit à la pension de réversion serait alors un droit exclusif. Reste alors à déterminer le titulaire de ce droit. Si l'on se réfère à la logique économique qui domine l'attribution de la pension de réversion, force est de constater que celle-ci a vocation à permettre à un survivant, privé de ressources du fait du décès de l'assuré, de bénéficier d'un certain niveau de garantie de revenus. La pension de réversion a donc pour objet de garantir au survivant des ressources minimales, c'est d'ailleurs ce qui explique, dans le régime général, le placement de la prestation sous conditions de ressources. Elle se substitue à la pension de vieillesse qui était versée à l'assuré et qui permettait sa subsistance. A partir du moment où le bénéficiaire de la pension de retraite décède, la subsistance de ce foyer n'est plus assurée : la pension de réversion a vocation à pallier cette situation. Mais dès lors que la pension de réversion va subir la règle du partage proportionnel, elle ne peut plus remplir efficacement cette fonction. Certes, on peut soutenir que lorsque l'assuré social décédé était aussi débiteur d'une pension alimentaire envers un ancien partenaire (conjoint ou autre), il soutenait économiquement plus d'un foyer. Dès lors, le partage de la pension de réversion pourrait encore s'expliquer. Mais le fondement d'une telle explication résiderait dans la nature qui serait attribuée à la pension de réversion : celle-ci ne serait que la traduction de l'obligation alimentaire qui aurait existé entre l'assuré social décédé et le créancier de la pension de réversion. Or, une telle explication n'est pas recevable. En effet, on l'a souligné, le conjoint divorcé, non remarié, conserve un droit à la pension de réversion, quelle que soit la cause du divorce. Or, la survie de l'obligation alimentaire entre anciens époux n'existe que dans une seule forme de divorce²⁶⁴. Le droit à la pension de réversion du conjoint divorcé n'est donc pas dépendant du maintien de l'obligation alimentaire de son ancien conjoint à son égard. Il existe même lorsque le divorce n'a pas laissé demeurer l'obligation alimentaire, ce qui n'est pas le cas de toutes les formes de divorces. En conséquence, l'absence de lien entre le droit à la pension et l'existence d'une créance alimentaire ayant été mis en évidence, rien ne s'oppose plus à ce qu'un seul bénéficiaire de la pension de réversion soit désigné, celui qui, au moment du décès, formait un couple avec l'assuré social.

Ce raisonnement laisse toutefois demeurer quatre problèmes distincts.

Le premier problème concerne la polygamie : dans ce cas en effet, on ne peut pas opposer un mariage actuel à des mariages passés puisqu'il y a coexistence de plusieurs unions. Décider laquelle privilégier et déterminer des critères à cette fin nous semble difficilement surmontable.

Le deuxième problème concerne la nature des unions qui doivent être prises en considération pour ouvrir droit à la pension de réversion. Doit-on s'attacher uniquement aux situations régies par le droit et, donc se limiter au mariage, au PACS, et au concubinage ? Doit-on dans cette logique ignorer les situations de fait et priver de droits à la pension de réversion les personnes en situation de *vie maritale* ou de *vie avec* selon les terminologies employées par le Code de la sécurité sociale ? A cet égard, compte tenu de la logique de généralisation qui anime le droit de la sécurité sociale, il nous semble souhaitable de favoriser l'approche la plus large possible du lien familial.

Il en résulte un troisième problème qui est tout à la fois la conséquence du deuxième et qui se pose en termes proches du premier. Lorsque l'assuré social, marié, est à la fois séparé de fait et en situation de *vie maritale*, quel ayant droit privilégier ? Le conjoint séparé de fait ou le partenaire qui vivait maritalement avec l'assuré social au moment de son décès ?

²⁶⁴ L'obligation alimentaire entre anciens époux n'est maintenue que dans le divorce pour rupture de la vie commune. L'époux qui a pris l'initiative du divorce reste entièrement tenu au devoir de secours (art. 281 C. civ.).

Enfin, le quatrième problème auquel nous sommes confrontés résulte de la récente réforme relative à la prestation compensatoire en matière de divorce²⁶⁵. Le nouvel article 276-2 du Code civil dispose en effet désormais que « à la mort de l'époux débiteur, la charge de la rente viagère passe à ses héritiers. Les pensions de réversions éventuellement versées du chef du conjoint décédé sont déduites de plein droit de la rente versée au créancier ». Ces dispositions, qui permettent à la pension de réversion d'absorber tout ou partie de la prestation compensatoire transmise aux héritiers, font penser que la pension de réversion constitue un acquêt du mariage. Cette conception est évidemment peu compatible avec l'évolution que nous proposons, et qui consiste justement à réserver la pension de réversion au seul partenaire (marié ou non) de l'assuré au moment de son décès.

Dans la perspective de l'extension des droits dérivés, on doit également envisager la question du **maintien des droits dérivés aux cohabitants**. Comme pour le conjoint et pour les mêmes raisons, il nous semble que seul le dernier partenaire de l'assuré devrait pouvoir prétendre à la pension de réversion.

2) La difficulté du titulaire des droits dérivés à faire naître de nouveaux droits dérivés

Il s'agit là d'un véritable effet pervers du droit dérivé et qui consiste dans l'impossibilité, pour le titulaire du droit dérivé, de faire naître à son tour des droits dérivés.

Pendant très longtemps et jusqu'à l'institution de la couverture maladie universelle, l'exemple type qui permettait d'illustrer cela était **l'assurance veuvage**. Le bénéficiaire de l'allocation de veuvage, le plus souvent la femme, n'avait en principe aucun droit propre aux assurances maladie et maternité²⁶⁶. Elle ne bénéficiait que de la prolongation de droits classiques, de 12 mois²⁶⁷, ouverte à toute personne qui cesse de relever d'un régime obligatoire de sécurité sociale. De ce fait, elle ne pouvait pas faire bénéficier ses enfants de droits dérivés à l'assurance maladie maternité. Ceux-ci bénéficiaient comme elle et dans les mêmes conditions de cette période de prolongation de droits. A l'issue de la première année, l'allocataire de l'assurance veuvage relevait alors de l'assurance personnelle. Ce n'est qu'à partir de ce moment que, titulaire d'un droit propre aux prestations en nature de l'assurance maladie maternité, qu'elle pouvait créer au profit de ses enfants des droits dérivés. On était alors, avant l'institution de la couverture maladie universelle, dans une logique de droits dérivés qui allait jusqu'à empêcher de pouvoir envisager la distinction, dès la première année de l'allocation, entre des droits dérivés à l'assurance veuvage et des droits propres à l'assurance maladie maternité.

Cette logique des droits dérivés qui s'étend au-delà de la prestation versée en raison de la réalisation d'un risque spécifique s'observe toujours dans les autres assurances sociales. Ainsi, tant dans le cas de la **pension de veuf ou de veuve invalide de l'assurance invalidité** que dans le cas de **la pension de réversion de l'assurance vieillesse**, l'allocataire ne devient pas automatiquement titulaire d'un droit propre aux prestations en nature de l'assurance maladie et maternité. Il est enserré dans une logique de droits dérivés qui conduisent à prolonger d'abord ses droits dérivés, ensuite seulement à envisager l'attribution de droit propres, via la CMU aujourd'hui.

Dans ces situations, on constate que le statut conjugal produit des effets négatifs pour l'acquisition des droits propres. L'acquisition de ces droits propres, sans être totalement déniée, est retardée en raison de la protection que le conjoint peut obtenir à titre de droits dérivés, attribués en raison de son ancienne qualité de personne à charge²⁶⁸. Notre proposition consiste donc dans la reconnaissance de droits propres aux prestations en nature de l'assurance maladie et maternité, contemporaine à l'ouverture du droit à l'allocation de veuvage, la pension de réversion ou la pension de veuf ou de veuve invalide. La mise en œuvre de cette

²⁶⁵ Loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, art. 9, JO du 1^{er} juillet.

²⁶⁶ La loi du 5 janvier 1988 maintient ce droit aux prestations en nature, sans limitation de durée, pour le conjoint divorcé de plus de quarante-cinq ans, ayant ou ayant eu à sa charge trois enfants, ainsi que pour ses ayants droits.

²⁶⁷ Ou jusqu'à ce que le dernier enfant ait atteint trois ans.

²⁶⁸ Pour des éléments de droit comparé, cf. P. VIELLE, op. cit., sp. pp. 238 et s.

proposition devrait être facilitée par le développement de la technique de l'ayant droit autonome : le conjoint qui ne remplit pas les conditions pour être assuré social peut en effet déjà être identifié de façon individuelle.

B - Pour une mise en adéquation des droits propres et des transformations de la famille :

l'élargissement du cercle des ouvrants droit

Dans une conception extensive mais impropre, les majorations pour personnes à charge qui sont octroyées à un titulaire de droits propres en raison de la composition de son ménage sont parfois également qualifiées de droits dérivés²⁶⁹. Dans un tel système, c'est le titulaire des droits propres qui est personnellement allocataire des suppléments qui lui sont octroyés au titre des personnes à charge, ce qui dénote une conception patriarcale de la famille. Outre cette critique incidente que l'on peut adresser au procédé de majoration des prestations, il en est une autre qui concerne la liste de ces personnes qui ouvrent droit à des majorations. A l'heure actuelle, les majorations du montant des prestations concernent uniquement l'assurance maladie (1) et l'assurance vieillesse (2). Cette situation nous semble devoir être adaptée à plusieurs égards. Non seulement les majorations actuelles devraient reposer sur un cercle élargi d'ouvrants droit, mais elles devraient exister pour des prestations qui ignorent encore cette technique (3).

1) L'adaptation des majorations des indemnités journalières de l'assurance maladie

L'idée d'une majoration des indemnités journalières de maladie peut sembler curieuse au regard de la finalité de la prestation. En effet, ces indemnités constituent un revenu de remplacement et sont destinées à compenser la perte de revenu professionnel que subit le travailleur se trouvant dans l'incapacité physique médicalement constatée de poursuivre son activité, en raison d'une maladie ou d'un accident non professionnel.

Nul rapport *a priori* avec les charges éventuellement assumées par l'assuré au sein de son foyer. Pourtant, les indemnités journalières versées à l'assuré sont augmentées à partir du 31^{ème} jour lorsqu'il a au moins trois enfants à charge. Les indemnités journalières sont alors élevées de 50% à 66,66% du gain journalier de référence. C'est certainement le fait que la famille est considérée comme « nombreuse » qui explique cette majoration. C'est aussi l'admission implicite que le taux normal de l'indemnité journalière ne procure pas au chargé de famille une garantie de revenu suffisante.

A partir de là, on peut formuler deux types de critiques, qui vont chacune déboucher sur des propositions. En premier lieu et dans un premier temps, on peut se demander pourquoi la majoration envisagée reste invariable, quel que soit le nombre d'enfants au-delà de trois. En effet, si la famille nombreuse doit bénéficier d'un traitement particulier, la logique demanderait que la majoration progresse en même temps que le nombre d'enfants. Cela permettrait au revenu de remplacement de rester adapté aux besoins de la famille dite nombreuse, étant entendu que la majoration ne devrait pas permettre à ce revenu de s'élever au-delà de 100% de la rémunération nette. En deuxième lieu et dans un deuxième temps, on peut considérer qu'il est contestable de réserver de telles majorations aux familles nombreuses. Pourquoi en effet ne pas les admettre dès le premier enfant, et même, dès le premier cohabitant à charge, en portant progressivement le taux de l'indemnité journalière progressivement de 50% à 66,6% ? Cette proposition est d'autant plus envisageable qu'elle s'inscrit dans les objectifs formulés par l'article L.111-1 du Code de la sécurité sociale. Enfin, et c'est la proposition finale, ces majorations devraient intervenir dès le début du versement des indemnités journalières.

2) L'adaptation des majorations des prestations de l'assurance vieillesse

²⁶⁹ P. VIELLE, *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales Une approche de genre*, op. cit., pp.227 et s.

En matière d'assurance vieillesse, à côté des majorations de durée d'assurance²⁷⁰, des majorations sont organisées pour élever le montant de la pension dont est créancier l'assuré. Ce sont des avantages dits complémentaires car ils s'ajoutent à la pension de base. Parmi les majorations qui existent, deux sont déterminées par une référence à la famille. Il s'agit de la majoration pour enfants et de la majoration pour conjoint à charge.

La majoration pour enfants concerne les assurés, sans distinction de sexe, qui ont eu au moins trois enfants. Les enfants qui ont été élevés pendant au moins neuf ans avant leur seizième anniversaire par l'assuré et ont été à sa charge ou à celle de son conjoint ouvrent également droit à majoration. Le montant de la majoration s'élève à 10% de la pension principale effectivement servie. Il demeure inchangé si le nombre d'enfants est supérieur à trois. La majoration pour enfants est attribuée au point de départ de la pension. Si à cette date les conditions ne sont pas remplies, elle peut être attribuée au premier jour du mois qui suit la date à laquelle les conditions sont remplies (par exemple, naissance d'un troisième enfant).

Depuis le 1^{er} janvier 1998, il existe une **majoration forfaitaire pour enfant à charge dans la pension de réversion**. Cette dernière est majorée forfaitairement lorsque le conjoint survivant a un ou plusieurs enfants à sa charge²⁷¹. Cette majoration est également accordée au conjoint d'assuré disparu et au conjoint divorcé non remarié. Le montant de la majoration est fixé forfaitairement par enfant à charge et par mois. Son montant est revalorisé par application des coefficients de pension de l'assurance vieillesse.

La majoration pour conjoint à charge a été créée en 1948. Son montant est fixé à 4 000F par an depuis 1977. Pour ouvrir droit à cette majoration, le conjoint doit être âgé d'au moins 65 ans, ou de 60 ans s'il est médicalement reconnu inapte au travail. Il doit par ailleurs être à la charge de l'assuré. Il ne doit pas disposer de ressources personnelles supérieures à un certain seuil. Ce seuil correspond à la différence entre le plafond de ressources fixé pour l'attribution de l'allocation aux vieux travailleurs salariés aux personnes seules et le montant de la majoration entière. Concrètement, au 1^{er} janvier 1994, les ressources du conjoint à charge ne doivent pas dépasser 39 250 F – 4 000 F (montant de la majoration), soit 35 250 F par an. La majoration est servie intégralement lorsque la pension à laquelle elle se rattache est acquise avec 150 trimestres exigés au régime général. Si l'assuré ne réunissait pas le nombre de trimestres exigés selon son année de naissance (de 150 à 160), la majoration serait calculée en fonction du nombre de trimestres que réunit l'assuré. Si les conditions sont remplies au point de départ de la pension, la majoration prend aussi effet à cette date. Si elles ne le sont pas, la majoration sera attribuée au premier jour du mois qui suit l'événement qui ouvre droit à la majoration (mariage, 65^e anniversaire) ou le trimestre au cours duquel les ressources du conjoint sont devenues inférieures à la limite autorisée.

Ce système de majoration nous semble devoir être élargi plutôt que transformé. C'est en effet le cercle des personnes ouvrant droit à majoration de la pension que nous proposons d'élargir, de façon à tenir compte des configurations actuelles de la famille. Ainsi, c'est tout d'abord la condition d'âge du conjoint ouvrant droit qui devrait disparaître purement et simplement. Ensuite, c'est plus largement toute personne à charge qui devrait ouvrir droit à cette majoration. Une telle ouverture permettrait de ne plus prendre en considération le seul lien conjugal qui n'est plus le seul à exister, et à tenir compte de la présence d'enfants au foyer du retraité, compte tenu de l'entrée de plus en plus tardive dans la vie professionnelle. Ainsi, l'enfant à charge devrait ouvrir droit à majoration plus largement qu'il ne le fait, de même que le concubin à charge ou le partenaire pacsé à charge. Ces majorations devraient concerner tant les prestations contributives que les prestations non contributives.

3) L'introduction de majorations pour les prestations finalisées par la garantie de revenu ou de ressources

²⁷⁰ Art. L.351-1 et s., R.351-1 et s. du Code de la sécurité sociale.

²⁷¹ Article L.353-5 du Code de la sécurité sociale.

Certaines prestations de sécurité sociale, garanties de revenu (pension d'invalidité, indemnités journalières et rente d'accident du travail), ou garanties de ressources (allocation veuvage) ont un montant intangible quelle que soit la composition du foyer.

Pour les prestations qui constituent une garantie de revenu, l'explication avancée repose sur le fait que le montant de la prestation est déterminé par le montant du salaire antérieur. Pourtant, on a pu noter que des prestations qui remplissent la même fonction, les indemnités journalières de maladie, sont majorées lorsque l'assuré a au moins trois enfants à charge. Dès lors, garantie de revenu antérieur et majoration du revenu de remplacement pour personne à charge ne sont pas forcément incompatibles et des adaptations sont envisageables. Pour rechercher des clés d'adaptation de ces prestations, on peut introduire une distinction entre celles qui sont versées en cas d'incapacité temporaire et celles qui sont versées en cas d'incapacité définitive.

Concernant les indemnités journalières relevant de la couverture du risque professionnel, on peut penser à l'introduction d'une majoration de ces prestations pour enfants à charge, sur le modèle des indemnités journalières maladie. Il s'agit là d'une proposition *a minima*. En effet, on a relevé plus haut le caractère discriminatoire de cette majoration réservée à certains types de familles dites nombreuses. De façon plus ambitieuse, de telles majorations pourraient être envisagées non seulement dès le premier enfant à charge, comme nous l'avons indiqué plus haut, mais également pour le cohabitant à charge.

Par ailleurs, concernant les prestations versées en cas d'incapacité définitive, c'est l'exemple d'une prestation de sécurité sociale, l'allocation pour adulte handicapé, qui nous conduit à proposer la prise en considération d'ouvrants droit pour majorer le montant de la prestation de l'assuré. Cette allocation peut servir utilement de point de départ à notre réflexion car, même si elle appartient à la catégorie des garanties de ressources, elle est destinée à des personnes privées de leur capacité de travail. Or, on remarque que le montant de l'AAH est doublé lorsque l'intéressé est marié et non séparé, lorsqu'il vit maritalement ou lorsqu'il est lié par un pacte civil de solidarité, et majoré 50% dudit plafond par enfant à charge²⁷². Certes, il ne s'agit pas de proposer des majorations des montants des prestations invalidité et accident du travail dans de telles proportions car ces taux de majoration élevés s'expliquent par le fait que l'AAH fait partie des minima sociaux. Cependant, compte tenu de modes de calcul actuels et des plafonds de la pension d'invalidité et des rentes d'accident du travail (avec la notion de salaire utile), force est de constater que ces garanties de revenu ne remplissent pas convenablement leur fonction. Certes, la pension d'invalidité principale est majorée de 10% lorsque le bénéficiaire a eu au moins 3 enfants. Ouvrent également droit à cette majoration les enfants ayant été pendant au moins 9 ans avant leur seizième anniversaire élevés par le titulaire de la pension, à sa charge ou à celle de son conjoint. Mais ces majorations sont insuffisantes pour permettre une élévation convenable du niveau de la prestation. Aussi, un moyen de revaloriser ces prestations serait justement d'introduire des majorations pour les mêmes personnes à charge que celles considérées par l'AAH.

Concernant l'allocation de veuvage, garantie de ressources, la prise en considération d'ouvrants droits pour introduire des majorations de la prestation semble indispensable pour que sa fonction soit remplie. Certes, il ne s'agit pas d'ouvrir le cercle des ouvrants droit aussi largement que dans les cas précédents puisque le versement de la prestation est conditionné par la solitude du créancier, solitude au regard d'une situation de couple. En revanche, introduire des majorations pour enfants à charge est non seulement conforme à l'esprit de la prestation mais même indispensable à la réalisation de sa finalité. C'est donc la proposition que nous formulons. En outre, cela présenterait l'avantage d'éviter au créancier de cette allocation d'être également créancier du revenu minimum d'insertion lorsque des enfants sont à sa charge et d'avoir à s'adresser à deux organismes débiteurs, la caisse d'assurance vieillesse pour l'allocation veuvage et la caisse d'allocation familiale pour le revenu minimum d'insertion.

²⁷² Art. D.821-2, al.2du Code de la sécurité sociale, modifié par le décret n°2000-98, 3 fév. 2000, JO 5 fév.

SECTION 2 - STATUTS FAMILIAUX ET AVENIR DES POLITIQUES FAMILIALES

L'approche de la politique familiale que nous avons réalisée dans la première partie de notre étude montre combien il est difficile de saisir de façon synthétique des orientations de la politique familiale. Si cette difficulté existe, c'est peut-être bien, qu'à la vérité, la politique familiale a pris quelques distances par rapport à son objet d'origine : la famille proprement dite. En d'autres termes, la politique familiale et, avec elle, les prestations familiales auraient perdu de vue leur objet naturel qui est la famille.

Une telle affirmation peut sembler provocatrice. Pourtant, les développements de la politique familiale de ces vingt-cinq dernières années montrent que l'intervention étatique a largement été contingente de la situation sociale, politique et économique de la France. Il en est résulté un développement important de l'objectif de lutte contre la pauvreté qui s'est immiscé dans la plupart des prestations familiales. Ce faisant, les fonctions originelles des prestations familiales ont été marginalisées, quitte à paraître aujourd'hui subsidiaires. L'avenir des prestations familiales nous semble donc devoir passer par un rééquilibrage de leurs finalités de façon à ne pas exclure certains types de familles de façon systématique (**Paragraphe 1**).

Par ailleurs, des enquêtes menées auprès de trois caisses d'allocations familiales ont permis de mettre en lumière un certain nombre de pratiques et ont conduit les acteurs eux-mêmes à indiquer quelles pouvaient être les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre des dispositifs et à formuler quelques axes d'évolution (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - Le nécessaire rééquilibrage des finalités des prestations familiales

La politique familiale a largement privilégié, depuis le milieu des années 1970, le soutien à certains types de familles, les familles pauvres ou, du moins, les familles qui sont considérées comme dépourvues de ressources suffisantes. Si une telle orientation a naturellement vocation à pénétrer le champ des prestations familiales, il nous semble dangereux qu'elle en vienne à effacer les autres. Ainsi, il semble indispensable de procéder à un premier rééquilibrage au profit des prestations destinées à compenser la charge de l'enfant pour toutes les familles, quel que soit leur niveau de revenu. Par ailleurs, il semble nécessaire d'enrichir les prestations destinées à soutenir économiquement des familles par une finalité d'insertion, de façon à ce qu'elles ne soient pas une antichambre du revenu minimum d'insertion, mais cette question ne concerne pas directement notre propos.

De façon générale, le lien familial retenu nous semble très pertinent et devoir à ce titre être maintenu. En effet, la référence à l'existence d'un enfant à charge semble la seule concevable ne serait ce qu'en égard aux finalités des prestations familiales. C'est la promotion de la famille au sens large du terme, qu'elle soit légitime, naturelle ou adoptive, indépendamment de l'existence d'un lien conjugal qui est ainsi assurée. Par l'aide octroyée, la sécurité sociale répond à l'une de ses finalités : compenser l'existence de charges nouvelles liées à la naissance, à l'adoption et à l'éducation d'un enfant ou d'un enfant supplémentaire.

Néanmoins le système ne nous paraît pas totalement cohérent à certains égards et nous semble devoir être adapté. Les prestations familiales doivent confirmer leur ancrage dans la compensation des charges familiales pour toutes les familles (**A**) et elles doivent prendre en considération l'évolution de la répartition des tâches à l'intérieur de la famille (**B**).

A - La compensation des charges familiales pour toutes les familles

La réalisation de cet objectif suppose plusieurs adaptations.

Le maintien voire le développement de prestations familiales sans conditions de ressources

Les partisans d'une généralisation des conditions de ressources, partant du constat selon lequel le nombre d'enfants désirés est inférieur à celui des enfants effectivement conçus, affirment que cela s'explique par la présence d'obstacles matériels. Ils en déduisent alors que les aides doivent être concentrées sur ceux qui en ont réellement besoin, argument renforcé par la nécessité actuelle de faire des économies. Pour autant, les motifs justifiant le fait que les couples n'ont pas d'autres enfants ne semblent pas obéir à une logique aussi mathématique et la généralisation du critère de ressources aboutirait à substituer un caractère d'assistance à la politique familiale et par là même à une remise en cause de sa nature première et profonde, à savoir, assurer une compensation entre les familles chargées d'enfants et celles qui n'en n'ont pas.

En outre, la quasi généralisation des conditions de ressources dans ce domaine est source d'incohérences. Elle conduit à substituer une solidarité entre familles pauvres et familles aisées à la solidarité entre chargés de famille et ceux qui ne le sont pas²⁷³. De plus, les discriminations suivant les niveaux de ressources sont particulièrement critiquables dans la mesure où elles s'exercent en sens contraire puisqu'il existe des aides qui augmentent avec le revenu (quotient familial) et des aides dégressives (prestations sous condition de ressources)²⁷⁴.

Dès lors, il nous semble essentiel que les fruits de la politique familiale bénéficient aussi à des familles qui ne rencontrent pas de difficultés économiques particulières, de façon à ce que toutes les familles se sentent concernées. Notre propos n'est pas de dire qu'un tel recentrage servirait une politique nataliste : chacun sait que les effets des prestations familiales n'ont jamais pu être réellement mesurés. Mais il nous semble important que, dans une certaine mesure, chaque famille, quels que soient ses revenus, se sente reconnue et dispose d'un droit, même symbolique, à des prestations familiales. Cela ne peut passer que par l'institution de prestations qui sont servies à toutes les familles qui conduiraient à ce que, dans toute famille, le coût de l'enfant soit l'objet d'une compensation. La présence d'enfants au foyer crée des besoins permanents, et des prestations doivent être versées pour aider à leur prise en charge. C'est cette idée qui avait présidé à la création des allocations familiales : ces prestations venaient s'ajouter à la rémunération ou au produit du travail pour constituer les revenus de la famille²⁷⁵.

Les prestations familiales ne doivent pas nécessairement être fondées sur l'idée d'assistance, qui conditionne l'attribution des prestations par un niveau de ressources. Elles doivent aussi reposer sur l'idée de solidarité. Il ne s'agit pas uniquement d'attribuer une aide parce qu'avoir des enfants peut aggraver la situation économique du foyer, voire le faire basculer dans la pauvreté. Il s'agit de la verser parce qu'élever des enfants rend service à la collectivité nationale en assurant le renouvellement des générations. D'où l'affirmation progressive qu'il existe un droit aux allocations familiales même si, très récemment, l'attribution de ces prestations sous condition de ressources a pu, de façon temporaire, contrarier la reconnaissance de ce droit²⁷⁶.

²⁷³ J. GERARD « Prestations familiales et politique familiale dans le 6^{ème} plan » *Dr. soc.* mai 1972 p. 187 et P. STECK « Les prestations familiales de 1976 à 1980. Ruptures ou constance ? » *Rev. fr. aff. soc.* n° sp. Juillet 1983 p.80.

²⁷⁴ G. JOHANNET « Politique familiale, une nouvelle donne », *Dr. soc.* janvier 1981 p. 129

⁽²⁷⁵⁾ F. Netter, *La sécurité sociale et ses principes*, éd. Sirey, Paris, 1959, p. 146 et s.

⁽²⁷⁶⁾ L. n° 97-1164 du 19 déc. 1997, JO 23 déc. 1997, p. 18635, Cons. const. décis. n° 97-393 DC du 18 déc. 1997, JO 23 déc. 1997, p. 18649.

En conséquence, non seulement il faut conserver l'existence de prestations versées indépendamment des ressources, mais il faut même rétablir certaines prestations dans leur régime originel. Nous pensons plus précisément à l'allocation pour jeune enfant. A l'origine, cette prestation était versée sans condition de ressources du 6^{ème} mois de la grossesse au 3^{ème} mois de l'enfant, dès la première naissance. Elle permettait à toute famille de bénéficier d'une compensation du coût de l'enfant à naître et premières dépenses liées à sa naissance. Aujourd'hui, cette prestation est entièrement placée sous condition de ressources. Les plafonds de ressources sont tels qu'ils conduisent à priver du bénéfice de la prestation des familles qui ne sont pas riches²⁷⁷, mais qui sont considérées comme suffisamment pourvues économiquement pour n'avoir pas droit à cette compensation. Il nous semblerait conforme aux fonctions des prestations familiales qu'elles soient recentrées sur la compensation du coût de l'enfant et qu'une telle prestation soit de nouveau versée à toutes les familles, pendant une durée limitée. Elle permettrait de faire en sorte que toute famille soit objet de sollicitude en période de naissance et qu'une certaine forme de reconnaissance lui soit témoignée.

Enfin, l'exclusion de certaines familles du droit aux prestations familiales va à l'encontre de la notion de droit de l'enfant qui émerge peu à peu et justifie l'abandon de la condition d'activité professionnelle et risque d'avoir une influence négative sur la natalité en portant préjudice aux familles à revenus moyens qui se situent au voisinage des plafonds²⁷⁸.

Finalement, il nous semble nécessaire d'assurer une meilleure adéquation de l'aide aux besoins non par la généralisation des conditions de ressources mais par la prise en compte de situations particulières. Il serait aussi bienvenu de réformer les allocations familiales proprement dites pour qu'elles remplissent plus efficacement le rôle qui est le leur : compenser une augmentation de charges liée à la survenance d'enfant(s) pour tous les enfants et de façon identique afin d'assurer une véritable liberté de choix à l'allocataire²⁷⁹.

L'attribution de prestations familiales dès le premier enfant

Nous avons amplement montré que la compensation du coût de l'enfant pour toutes les familles constituait la fonction des allocations familiales. Or, l'octroi des allocations familiales à partir du 1^{er} enfant nous paraît contredire largement cette finalité. La France fait d'ailleurs sur ce point figure d'exception dans l'Union européenne car elle est le seul Etat dont la législation attribue les allocations familiales seulement à partir du deuxième enfant. L'arrivée d'un premier enfant génère des dépenses importantes qu'il serait logique de prendre en considération. Cela aiderait aussi à la concrétisation de l'objectif nataliste : en effet, une politique nataliste ne peut être à notre sens efficace que si elle contribue à aider les familles à avoir des enfants donc un premier enfant puis un second et encore un troisième. Cibler toutes les mesures en faveur du troisième enfant indépendamment des deux premiers semble inefficace²⁸⁰. Enfin, ici encore l'exclusion du bénéfice de l'allocation familiale dès le premier enfant s'oppose largement à l'existence d'un droit de l'enfant aux prestations. Plus largement et au-delà des allocations familiales, l'allocation parentale d'éducation devrait pouvoir bénéficier aux parents dès le premier enfant, et non seulement à compter du deuxième comme c'est le cas actuellement.

Le relèvement de l'âge des enfants ouvrant droit à l'attribution des prestations familiales

Enfin, il semble nécessaire de mettre en adéquation le versement des prestations familiales destinées à la compensation du revenu avec les besoins effectifs des familles, car le régime actuel des prestations familiales ne permet manifestement pas de compenser certaines dépenses afférentes à l'entretien de l'enfant. Cette mise en adéquation passe par l'adaptation des **allocations familiales** et par le relèvement de l'âge de l'enfant ouvrant droit. Nous pensons plus spécialement aux familles dont les enfants poursuivent des études

²⁷⁷ Ces plafonds varient en fonction du nombre d'enfants, pour un couple avec deux revenus et pour un parent isolé ou un couple avec deux revenus.

²⁷⁸ P. STECK op. cit. p. 80

²⁷⁹ M. RIBEYROL – SUBRENAT op. cit. p. 225-230

²⁸⁰ Monique RIBEYROL – SUBRENAT, *Le fait de l'assuré social*, op. cit. pp 155-233

au-delà de 21 ans. On pourrait certes objecter qu'il existe un système de bourses servies au titre de l'enseignement supérieur dont l'objet est justement de couvrir les frais de scolarité. Ce système est cependant loin de concerner toutes les familles car il est en réalité réservé aux familles les moins pourvues. Même les familles qui ne disposent que de revenus moyens n'y accèdent pas. On pourrait donc envisager un relèvement de l'âge ouvrant droit aux allocations familiales, sous condition de scolarisation, et envisager de nouvelles majorations des allocations dans ce cas.

De même, un tel relèvement de l'âge de l'enfant paraît indispensable **pour l'allocation de présence parentale**. Cette prestation, pourtant très récemment créée, est réservée aux parents d'un enfant de moins de 20 ans, atteint d'une maladie ou d'un handicap grave. Dans un contexte où l'accueil de tels enfants pose justement problème, et à une époque où la présence des enfants au foyer se prolonge fréquemment au-delà de cet âge, la suppression de cette condition d'âge ou, au moins, son relèvement, doit être envisagé.

B - La prise en considération de l'évolution de la répartition des rôles à l'intérieur des familles

La famille évolue et ses modèles se diversifient. Pourtant, le régime juridique de la grande majorité des prestations familiales traduit encore une approche traditionnelle de la famille. Certes, un effort a été fait en faveur de nouveaux types de familles en raison de leur vulnérabilité, l'allocation de parent isolé en témoigne. Malgré tout, la plupart des prestations correspondent à un modèle dans lequel c'est presque naturellement la femme qui cessera son activité professionnelle pour garder l'enfant.

L'allocation parentale d'éducation n'est pas explicitement réservée la mère. Bien au contraire, lors de sa création, l'accent a été mis sur le fait qu'elle concerne aussi bien le père que la mère de l'enfant. Pourtant, à y regarder de plus près, si les deux parents exercent une activité professionnelle, c'est le plus souvent la femme qui cessera son activité. Est-ce en raison d'une prédisposition particulière ? Probablement pas. C'est plus sûrement le régime de la prestation qui entraîne cette pratique dans la prestation. En effet, on remarque que le montant de la prestation est forfaitaire²⁸¹ et qu'il est donc indépendant de la rémunération antérieurement perçue. C'est donc le parent dont la perte de revenu sera la moins importante qui est au premier plan concerné par l'allocation parentale d'éducation. Et compte tenu des progrès que l'égalité de traitement a encore à faire en matière de rémunération, c'est le plus souvent la femme qui est concernée. De ce fait d'ailleurs, la famille monoparentale où le parent travaille est, en pratique, quasiment exclue du bénéfice de cette prestation puisque le revenu de remplacement qui lui est versé est insuffisant²⁸². On pourrait essayer de rechercher l'explication du caractère forfaitaire de la prestation dans son mode de financement, en vain : les prestations familiales sont financées par des cotisations assises sur salaires, et le fait que ces prestations soient financées par des cotisations employeur pourraient justement servir de fondement à l'introduction d'un lien entre revenu antérieur et montant de l'allocation parentale d'éducation.

Une remarque du même ordre peut être formulée au sujet d'une prestation récemment créée, mais versée dès le premier enfant cette fois, **l'allocation de présence parentale**. Il s'agit d'une prestation qui peut être versée pendant quatre mois²⁸³ au parent qui a cessé de travailler, totalement ou partiellement, pour s'occuper de son enfant gravement malade, accidenté ou handicapé. Ici encore, même si le montant de la prestation varie en fonction de la composition du foyer, et même si la famille monoparentale fait l'objet d'une prise en considération particulière, les montants restent forfaitaires et fixés sans référence au revenu antérieur. Les mêmes adaptations que précédemment devraient être explorées.

Plus largement, c'est aussi la question de la prise en considération de la place du père qui est posée. Certes, d'une façon générale, les aides dispensées par les CAF s'adressent aussi bien aux pères qu'aux mères. Mais dans la pratique, ce sont surtout les mères qui les demandent. Certes, le **congé de paternité** a pour objet de permettre au père de participer davantage à l'accueil de l'enfant au foyer. Il permettra aux pères de disposer de deux semaines auprès de leur enfant, à l'occasion de sa naissance et dans les premier

²⁸¹ 3 131 F en cas de cessation totale d'activité, 2 070 F si la durée de l'activité professionnelle est inférieure ou égale à un mi temps, 1 566 F si l'allocataire travaille entre 50% et 80% de la durée du travail fixée dans son entreprise.

²⁸² Il est même inférieur au montant de l'allocation de parent isolé.

²⁸³ Ou deux mois en cas d'affection périnatale.

mois qui suivent. Calculé comme les indemnités journalières maternité mais financé par la branche famille, ce congé doit être indemnisé à 80% du salaire brut dans la limite du plafond de sécurité sociale²⁸⁴. De ce point de vue, on remarque que le législateur a opté pour un mode de calcul dépassé puisqu'il est abandonné depuis 1995 pour les indemnités journalières de maternité, fixées à hauteur de 100% du salaire net. En outre, le fait que la prestation soit plafonnée est encore une fois discriminante car elle rend le congé moins attractif pour les pères percevant une rémunération élevée. C'est donc déjà la révision du mode de calcul qui devrait être envisagée. De cette façon, la participation équilibrée des hommes et des femmes à la vie professionnelle et à la vie familiale, qui a été un objectif récemment formulé dans une résolution du Conseil des ministres de l'Union européenne le 29 juin 2001, devrait pouvoir être approché.

Paragraphe 2 - L'expérience des caisses d'allocation familiales

Trois caisses d'allocation familiales ont été choisies pour répondre à nos questions. Le choix de ces caisses ne s'explique pas par aucune stratégie particulière qui aurait par exemple résulté d'une connaissance de certains de ces organismes. En réalité, ce sont essentiellement des motivations qui tiennent aux facilités géographiques qui expliquent que ce sont des CAF de la Gironde, de la Dordogne et du Loir et Cher qui ont été retenues. Le questionnaire qui avait été élaboré (A) a permis de prendre conscience des écarts entre théorie et pratique et de mettre en lumière quelques difficultés rencontrées dans la mise en œuvre des dispositifs légaux (B).

A - Le questionnaire destiné aux caisses d'allocations familiales

1° Thème : Appréciation de la vie maritale et du concubinage

Les caisses font-elles une distinction, du fait de la rédaction des textes, entre vie maritale et concubinage ?
Quels sont les indices permettant de reconnaître l'existence d'une vie maritale ou du concubinage ?

2° Thème : Les contrôles opérés sur les situations de fait

Sur quelles situations :

Concubinage et vie maritale

Isolement

Enfant à charge

Avec quels moyens :

Enquêteurs ?

Croisement des informations avec d'autres administrations et les autres caisses ? (traitement informatique ; demande de renseignements)

Demande de documents : ex le PACS

La fréquence des contrôles :

Quelles sont les prestations qui entraînent un contrôle systématique ? (concubinage et vie maritale ; isolement, enfant à charge) Quelle définition de ces situations de fait ?

Quelles sont les prestations qui n'entraînent aucun contrôle ?

Y-a-t-il des indices qui déclenchent une procédure contrôle ?

3° Thème : Les recours alimentaires

Recouvrement de pensions alimentaires impayées

²⁸⁴ 14 950 F bruts soit un peu plus de 11 000 F nets).

Obligation du demandeur de la prestation de faire valoir ses droits à aliments avant de demander le bénéfice de la prestation

4° Thème : Les actions contentieuses

Les caisses ont-elles mené des actions contentieuses ? Par exemple, quelle est la pratique des actions contre le débiteur d'aliments, devant le juge judiciaire ?
Quelle efficacité ?

5° Thème : Action sociale des CAF

Quelles prestations avez-vous instituées au titre de l'action sociale ?
A quels types de familles vous semblent-elles majoritairement destinées ?
Quelles carences des prestations sociales obligatoires font-elles ressortir ?

6° Thème : Propositions de solutions pour résoudre les difficultés d'appréciation des situations de fait ouvrant droit aux différentes prestations.

Ce questionnaire avait été transmis aux différentes caisses d'allocations familiales préalablement à l'entretien. Il devait permettre de déterminer un cadre de discussion et servir de soutien à une conversation informelle.

B - Le regard des caisses d'allocations familiales sur leurs activités

L'équipe tient à remercier le personnel des caisses d'allocation familiales pour leur accueil et leur disponibilité, en particulier Mme Hemery-Bricou, M. Chevalier et Mme Meymat pour la CAF de la Gironde, Mme. Colombier (responsable du groupe prestations), Mme Lacombe et Mme Meyrat (agents de contrôle), Mme Bersars (responsable action sociale) et M. Légier (service contentieux) pour la CAF de la Dordogne.

1° Thème : Appréciation de la vie maritale et du concubinage

La circulaire ministérielle DSS/4A/2000/136 du 13 mars 2000 et la circulaire CNAF 029/2000 du 25 septembre 2000 donnent un certain nombre d'indications au sujet de la définition du concubinage et des modalités d'appréciation du droit à prestations dans le cadre d'un PACS, du concubinage et de l'isolement. Ceci explique que les CAF rencontrées à l'occasion de notre enquête procèdent à des appréciations similaires.

La **CAF de la Dordogne** ne fait aucune distinction entre concubinage et vie maritale. Ils ont les mêmes incidences sur le droit aux prestations. La définition de l'isolement à retenir est celle qui figure dans le suivi législatif API. Elle est complétée, a contrario, par la règle suivante : « Sont présumées vivre maritalement, deux personnes de sexes opposés, sans lien de parenté ou avec un lien de parenté autre que parents, grands-parents, enfants, frères ou sœurs, et ne pouvant justifier d'une résidence distincte. Depuis le 8 novembre 2000, les formulaires sont remplacés par des déclarations sur l'honneur. Désormais, figurent côte à côte, le conjoint, le concubin et le partenaire (cf. présentation imprimé).

La **CAF du Loir et Cher** recourt à un certain nombre d'indices pour reconnaître l'existence d'une situation de concubinage. Parmi eux, on retient :

* Domicile commun

- Participation au paiement des charges par deux occupants
- Contrat de location ou acte d'achat du logement conclu au nom du couple, facturation des abonnements liés au logement, assurance multirisque habitation établie au nom du couple, ou au nom de l'occupant non connu sur le contrat de location.
- Adresse fiscale similaire (impôt sur le revenu)
- Taxe d'habitation enregistrée au nom du couple ou au nom de l'occupant non mentionné sur le contrat de location. A noter que depuis 3 ans, il existe un recoupement et un rapprochement entre le fichier de la fiscalité sur le revenu et celui de la taxe d'habitation. Tous les occupants d'un même logement ayant déposés une déclaration de revenue mentionnant l'adresse du logement concerné à titre de résidence principale.
- Adresse connue de l'employeur similaire (connue au fichier local de recoupement regroupant les DAS des employeurs).

* Compte bancaire commun :

Elément difficilement appréciable autrement que par la déclaration des intéressés, compte tenu du droit d'investigation limité en ce domaine.

* Enfants du couple :

Enfants répertoriés fiscalement à charge dans le nombre de parte, ce qui implique pour le CDI que le contribuable vit avec les enfants (dans ce cas, il n'est pas possible de porter en charge déductible une pension alimentaire)

* Adresse similaire

Auprès des différents organismes (ASSEDIC, CAPAM, etc...). Ordre de réexpédition postale existant pour le domicile concerné.

* La notoriété de la situation :

Ces éléments sont recueillis essentiellement auprès des mairies (communes de petite et moyenne importance pour les informations précises, les plus grandes ne délivrant que des informations concernant l'appartenance à la liste électorale ou celle de résidents).

De son côté, la **CAF de la Gironde** souligne que la notion de concubinage est désormais substituée à celle de vie maritale. Cette notion, plus large que celle de vie maritale, est désormais définie par le Code civil et permet de prendre en considération les couples homosexuels. Cependant, en réalité, cet élargissement est plus théorique que pratique. En effet, aujourd'hui encore, les concubins homosexuels ont des difficultés à faire valoir leurs droits car ils hésitent à se déclarer. Malgré la reconnaissance légale de ces formes de couples réalisée à l'occasion de la loi du 15 novembre 1999, il semble que la population concernée, le plus souvent, renonce purement et simplement à demander des prestations auxquelles elle aurait droit car elle n'ose pas déclarer sa situation et, de façon générale, est peu demandeuse. Crainte de réprobation sociale, peur du jugement moral ?... Il semble vraiment que, en ce domaine, la loi précède l'opinion publique. Ainsi, notre interlocuteur a mentionné le cas d'un couple homosexuel dans lequel chaque membre avait également la qualité de parent et assumait la charge d'un seul enfant. Alors que ces personnes auraient pu percevoir les allocations familiales en déclarant les deux enfants à la charge de l'une d'entre elles, elles n'avaient pas demandé le bénéfice de ces prestations afin de ne pas avoir à faire part de leur situation. La charge d'un seul enfant n'ouvrant pas droit aux allocations familiales, la prestation n'était donc pas versée. De tels comportements, difficiles à identifier puisqu'ils consistent dans une inertie et un renoncement des bénéficiaires potentiels, sont aussi également suspectés en matière d'aides au logement. L'individu en situation de concubinage homosexuel renoncerait à déclarer son partenaire à charge alors qu'une telle

déclaration lui permettrait souvent de bénéficier de l'aide ou de pouvoir prétendre à un niveau de prestation plus élevé.

En outre, malgré la loi, le **système informatique des caisses** est encore inadapté à des personnes de même sexe qui voudraient faire valoir leur droits à prestations. Malgré la possibilité légale du PACS entre partenaires de même sexe et l'ouverture de la définition légale du concubinage à des personnes de sexe identique, il est encore impossible d'enregistrer un couple homosexuel comme couple demandeur de prestations familiales. Les caisses sont obligées de désigner l'un des membres du couple comme cohabitant et de l'enregistrer ainsi pour qu'il ne soit pas « *rejeté* » par le système informatique.

* Quels sont les indices qui permettent de reconnaître l'existence d'une vie maritale ou du concubinage ?

La pratique semble être la même dans les différentes caisses. Un certain nombre d'indices sont utilisés et vérifiés par les agents contrôleurs des différentes CAF. Pour ces derniers en effet, les éléments de preuve du concubinage sont les suivants : une adresse commune et une communauté d'intérêts soit financiers (bail aux deux noms, existence d'un compte bancaire commun, factures au nom des deux telles que abonnement EDF, France Télécom..., déclaration fiscale, emprunt commun), soit matériels (par exemple prêt d'un véhicule de l'un à l'autre, partage des repas, enfants amenés à l'école par l'autre...), soit affective (c'est le fait de vivre ensemble qui est établi par les témoignages notamment des voisins, à partir d'informations obtenues en mairie).

La **CAF de la Gironde** insiste sur le fait que ces intérêts doivent se cumuler et qu'il est souvent très délicat d'apprécier la dimension affective de la relation qui est pourtant l'un des éléments déterminant pour la qualification de la situation de concubinage. Par ailleurs, cette relation ne va produire des conséquences que dans la mesure où elle présente un certain caractère de stabilité. Pour présenter un tel caractère, la situation doit avoir, selon la pratique de la CAF de la Gironde, une antériorité de 6 mois. Notre interlocuteur déplore le fait que la définition du concubinage soit propre aux caisses d'allocations familiales. Il déplore également l'absence de traitement uniforme des différentes situations de vie en commun. L'exemple du PACS fournit un exemple type de ces distorsions : il n'est pris en considération qu'à partir de la troisième année par le fisc, pour une imposition commune, alors qu'il est pris immédiatement en considération par les caisses d'allocations familiales (et plus largement par le droit de la sécurité sociale).

2° Thème : *Les contrôles opérés sur les situations de fait*

Les contrôles privilégiés ne sont pas nécessairement les mêmes selon les caisses car, bien qu'il y ait des directives nationales, ils dépendent largement des axes des politiques de contrôle déterminés au sein de chaque caisse par le plan de contrôle.

Ainsi, la **CAF de la Dordogne** semble privilégier le concubinage et la vie maritale, les situations d'isolement, et la charge d'enfants. Le pourcentage d'enquête isolement est le plus important. Cela s'explique par le fait que le risque de fraude est élevé par le montant des prestations versées en cas d'isolement. Les contrôles les plus difficiles portent sur le troisième volet des contrôles, la qualité d'enfant à charge. Ces contrôles ont surtout lieu en cas de divorce des parents. Les prestations sont alors dues à la personne chez qui vit l'enfant. Un problème se pose en cas de garde alternée. La CAF essaie alors de trouver un compromis avec les deux parents. Quoiqu'il en soit la CAF s'appuie sur les décisions de justice rendues et cela même si, dans les faits, ces décisions ne sont pas toujours appliquées. Si la situation est trop obscure, par exemple, en cas de garde alternée, ou lorsque la situation de fait ne correspond pas à la décision de justice relative à la garde, la CAF procède à la saisine du juge.

La **CAF de la Dordogne** compte deux agents de contrôle assermentés pour 60 000 familles allocataires. Ils effectuent environ 1000 contrôles par an. La CAF de la Dordogne, comme celles du Lot et Garonne, des Landes et de Nanterre, fait partie du chantier de simplification et de coproduction. Cela conduit à une

simplification des formulaires administratifs et à une simplification des pièces justificatives à produire à l'appui des demandes formulées. Souvent les attestations sur l'honneur prévalent.

En pratique, les moyens restent faibles : aucun moyen matériel, aucun croisement d'informations avec les autres administrations, à l'exception de l'ASSEDIC, pas d'utilisation de l'outil informatique pour obtenir d'information, pas d'accès au minitel. Depuis peu, les agents de contrôle ont accès au fichier ASSEDIC.

Leur champ d'investigation est réduit. En effet, les agents de contrôle disposent de prérogatives limitées. Leurs recherches doivent, en vertu des textes, être orientées vers les ASSEDIC, les CPAM, les impôts, les organismes de retraite, les collectivités territoriales. Pourtant, les agents de contrôle essaient d'obtenir des informations auprès d'autres interlocuteurs mais ils ont de plus en plus de difficultés à les obtenir, notamment auprès des employeurs, de la préfecture, des banques, de la gendarmerie qui leur objectent le secret professionnel. Les interventions à domicile sont peu efficaces. Cela tient en partie au fait que la personne doit obligatoirement être prévenue de la visite des agents de contrôle. Il semblerait que tout cela corresponde à la politique suivie par la CNAF : protection de la vie privée au sacrifice du contrôle.

A la **CAF de la Gironde**, les contrôles privilégiés portent à l'heure actuelle sur les situations qui sont relatives aux aides au logement (sous-location, colocation, hébergement), exception faite des étudiants, sur le concubinage, sur le RMI et sur les enfants à charge. Les personnes contrôlées ne reçoivent pas systématiquement une information préalable de ce contrôle. Elles peuvent toutefois en être indirectement informées lorsque le contrôleur, qui n'a pu effectuer son contrôle en raison de l'absence de l'allocataire, lui laisse un avis de passage et lui indique à quelle date il se représentera. En tout état de cause, cette information n'est pas nécessaire dans la mesure où, lors de la demande de la prestation, il leur est indiqué qu'elles peuvent être contrôlées à tout moment et qu'elles encourent la suspension des paiements de leur prestation. C'est aussi lors de la demande de la prestation qu'un document est remis à l'allocataire pour l'avertir de ce que l'on entend par vie en concubinage. Ces contrôles sont effectués par un agent contrôleur de la caisse, assermenté. Notre interlocuteur insiste sur le rôle du contrôleur et sur la façon dont son action est perçue. Le contrôleur ne doit pas apparaître comme un « gendarme ». Il est le lien entre le bénéficiaire des prestations et la caisse, joue un rôle d'information et de conseil important car il peut aider des allocataires à obtenir une réévaluation de leurs droits. Il est d'ailleurs généralement perçu comme tel, en dehors des cas de fraudes où, bien sûr, son intervention est très mal accueillie. Généralement et encore une fois en dehors des cas de fraudes, les bénéficiaires reconnaissent assez facilement les modifications qui affectent leur situation. L'intervention des contrôleurs est importante car la très large population des bénéficiaires des prestations forment une population stable (80% de stabilité contre 20% seulement de mobilité) mais dont la situation personnelle peut se modifier. Il est donc important d'accompagner les allocataires dans les déclarations relatives à leur situation.

Par ailleurs, la CAF de la Gironde souligne la difficulté de définir la situation d'isolement. En effet, celle-ci n'est pas toujours l'inverse de la situation de concubinage car une personne qui cohabite avec une autre peut en réalité répondre à la définition de l'isolement, précisément s'il n'existe pas de communauté affective. La notion d'isolement, qui est déterminante pour l'attribution de certaines prestations, ne fait cependant l'objet d'aucune définition précise, ce qui pose problème pour la mise en œuvre des contrôles.

La **CAF du Loir et Cher** contrôle essentiellement les situations d'isolement et l'enfant à charge.

* La fréquence des contrôles :

Le plan de contrôle est élaboré par chaque CAF. La cible privilégiée de la **CAF de la Dordogne** dans son plan de contrôle est le RMI. Le pourcentage des enquêtes isolement est le plus important, alors que les prestations liées au logement sont, elles, les moins contrôlées. Néanmoins, on ne peut pas dire qu'il existe

des prestations qui ne fassent l'objet d'aucun contrôle. Les procédures de contrôle sont déclenchées soit dans le cadre du plan de contrôle, soit en cas de suspicion de fraude notamment en cas d'incohérence dans les demandes de prestations diverses. Les agents de contrôle se rendent alors sur place et remettent à la personne concernée un document intitulé « *la politique de contrôle de votre caisse d'allocations familiales* » .

Pour remédier à cette situation, la CAF de la Dordogne formule un certain nombre de propositions. Il faudrait que les agents de contrôle disposent de moyens matériels plus importants, que leur domaine d'investigation soit élargi (EDF, Poste, employeur, banque, préfecture, ...), le contrôle trouve sa place dans le programme actuel de simplification des procédures et soit de nouveau valorisé.

Parmi les cibles déterminées par la CNAF, la **CAF de la Gironde** privilégie quant à elle le RMI et les enfants à charge. Elle procède à des croisements d'informations avec les ASSEDIC, les services du fisc, l'ANPE et le CNASEA (centre national d'aménagement des structures des exploitations agricoles) qui accueille de jeunes stagiaires qui, éventuellement, perçoivent une rétribution. L'informatisation facilite la réalisation de ces échanges. Dans tous les cas cependant, l'échange d'information se limite aux données de nature économique et ne porte pas sur des données familiales. Concernant la charge d'enfants, le contrôle a pour objet de vérifier si les conditions de l'ouverture des droits sont remplies. Ainsi, le contrôle de la scolarisation et de l'apprentissage se fait essentiellement par la technique de l'appel de pièces : il s'agit de demander à l'allocataire de produire les certificats de scolarité ou les contrats d'apprentissage requis.

La question de l'enfant à charge se présente en des termes particuliers dans le cas des **enfants recueillis**. Le réflexe qui se développe à l'heure actuelle est d'inciter ceux qui recueillent un enfant à demander une pension alimentaire aux parents. Il est vrai cependant que l'insolvabilité des parents constitue un obstacle difficilement surmontable. S'il existe un jugement qui confie l'enfant à la personne qui demande la prestation, la CAF de la Gironde verse la prestation demandée, dès lors que ses conditions de versement sont remplies. Pour les enfants étrangers, il faut que cet accueil repose sur une convention internationale. En d'autres termes, la situation de fait qui est revendiquée et qui fonde la demande de prestation doit toujours être accompagnée de pièces justificatives (jugement par exemple). De ce point de vue, on n'est d'ailleurs plus véritablement en présence d'une situation de fait puisqu'elle est régie ou organisée par le droit : il s'agit plutôt d'une situation juridique.

La **CAF du Loir et Cher** procède à certains contrôles de façon systématique. Ainsi en est-il en matière d'allocation de parent isolé où un contrôle est effectué à l'ouverture des droits, puis tous les ans afin de vérifier l'isolement, la charge des enfants et les ressources. Plus largement, des contrôles sont systématiquement effectués en cas de désaccord sur la charge d'un enfant. En revanche, certaines prestations ne donnent généralement lieu à aucun contrôle : il s'agit de l'AGED, de l'AFEAMA, de l'AVPF et de l'AES.

3° thème : Les recours alimentaires

La **CAF de la Dordogne** développe une action importante en matière de recouvrement de pensions alimentaires impayées. Le demandeur de la prestation a en effet l'obligation de faire valoir ses droits à aliments avant de demander le bénéfice de la prestation. La CAF intervient quand la prestation a été fixée et non payée. Elle verse l'allocation de soutien familial (ASF) en non récupérable en tenant compte du montant du RMI de base, montant variable selon que personne isolée ou ayant des personnes à charge. Elle exerce alors un recours contre le débiteur de pension alimentaire pour le remboursement et le versement de la différence entre l'ASF et la pension alimentaire. Cependant, souvent, il est difficile de trouver le débiteur. Un outil est à la disposition des agents, c'est le FICOBA (fichier des comptes bancaires) situé à Nantes lequel balaie tous les comptes ouverts par les gens. Une fois localisé, il faut savoir si le débiteur est « *hors d'état* » ou pas (sous entendu hors d'état de faire face au paiement). Ces enquêtes sont également effectuées

par les deux agents contrôleurs de la CAF qui doivent également effectuer celles-ci quand elles sont demandées par les autres CAF. La procédure est par conséquent très lourde. Actuellement, à la CAF de la Dordogne trois paiements directs. Le tribunal de Périgueux ne donne jamais gain de cause à la CAF.

La **CAF du Loir et Cher** indique agir en recouvrement des pensions alimentaires impayées sur le fondement de la loi du 22 décembre 1984, mis ne pas obliger le demandeur de la prestation à faire valoir ses droits à aliments avant de demander le bénéfice de la prestation. En cas de séparation, l'ASF est versée pendant 4 mois, même si l'allocataire déclare ne pas vouloir engager d'action en fixation de pension. Au-delà de la 4^{ème} mensualité, le paiement de l'ASF intervient uniquement si l'allocataire apporte la preuve de l'engagement d'une procédure en fixation d'une pension alimentaire.

La **CAF de la Gironde** rappelle que les CAF sont souvent qualifiées d'organismes dépensiers et que cette réputation s'explique à plusieurs points de vue. En effet, si la CAF se réfère à l'obligation alimentaire, c'est moins pour agir en récupération des sommes versées que pour aider les bénéficiaires à faire valoir leurs droits. Certes, des actions en remboursement de prestations indues sont engagées en cas de fraude, mais les actions engagées pour le recouvrement des pensions alimentaires ont surtout pour objet d'accompagner le bénéficiaire dans sa démarche. Il s'agit aussi d'encourager les bénéficiaires à faire jouer les solidarités familiales : ce cas de figure se rencontre notamment lorsque des grands-parents qui accueillent leurs petits enfants et qu'ils veulent pas demander aux parents de participer à l'entretien de ces enfants. Quant à l'action en récupération sur succession prévue par la loi relative au RMI, elle n'est pas mise en oeuvre, faute pour le décret d'application d'être intervenu. D'ailleurs, son exercice n'avait jamais vraiment été envisagé par les CAF qui, dès le départ, ne l'avaient pas intégrée.

4° Thème : Les actions contentieuses

La réalité des actions contentieuses n'est pas nécessairement la même selon les caisses.

La CAF de la Dordogne indique que le contentieux est beaucoup moins important aujourd'hui qu'hier. Cela est en partie lié au fait qu'il est proposé systématiquement à la personne concernée, de remplir un questionnaire visant à demander la remise de dettes. Cela concerne plus de 300 dossiers par mois. Pourtant, le barème a été fixé à 5000F. A défaut, le dossier est transmis au tribunal et l'audience se déroule un an et demi après environ. Plusieurs dizaines de dossiers sont ainsi concernés par an. Par exemple, en septembre 2001, 33 dossiers ont été concernés.

Les résultats de ces actions contentieuses sont peu convaincants car ils ne caractérisent par leur efficacité. Cela est dû à différents facteurs. Tout d'abord le délai d'attente est très long et, au moment où l'audience a lieu, il est parfois difficile de retrouver les allocataires. En outre, il n'y a que deux audiences par an. Or, en raison du nombre d'indus (environ 1000 par an) il serait utile et même indispensable d'augmenter leur fréquence.

Critiques et propositions :

Il faudrait des recouvrements inter fonds, résoudre le problème des saisies attributions, augmenter la fréquence des audiences, que les jugements soient publiés pour que la CAF soit plus crédible.

La Caisse d'Allocations Familiales du Loir et Cher tente régulièrement des actions contentieuses pour le recouvrement des pensions alimentaires par l'intermédiaire :

- De tiers débiteurs de fonds : paiements directs auprès de la CRAM pour les retraités, la CPAM pour les indemnités maladie ou rentes AT, les ASSEDIC, le TPG pour les fonctionnaires, l'employeur.
- Du Trésorier payeur général par l'intermédiaire de la préfecture pour le recouvrement public des pensions alimentaires
- Des mandateurs liquidateurs (pour débiteurs en règlement judiciaire)
- Des huissiers : saisie de revenus (opposition au comptes bancaires)
- Débiteurs à l'étranger

Parallèlement aux autres procédures, des saisies sur rémunérations sont demandées devant les tribunaux d'instance pour recouvrer des arriérés antérieurs à 6 mois (prescription quinquennale pour le recouvrement des pensions alimentaires).

Une bonne efficacité de ces procédures mais quelques difficultés quelquefois pour :

- déterminer l'activité des débiteurs qui, pour certains, changent constamment d'emplois ou d'adresse
- évaluer les revenus des débiteurs qui travaillent sans être déclarés
- retrouver des débiteurs qui disparaissent ou qui organisent leur insolvabilité (revenus virés sur compte de la concubine, etc...).

5° Thème : L'action sociale

Les prestations instituées par la **CAF de la Dordogne** au titre de l'action sociale se distribuent autour de plusieurs axes privilégiés et on peut distinguer des prestations de service, ou collectives, et des prestations individuelles.

Les prestations de service ou prestations collectives

Ainsi, au titre de la garde d'enfants, l'institution subventionne des crèches (collectives, parentales ou familiales) et des haltes-garderies afin d'alléger le coût de la garde. Au sein des relais assistantes maternelles, la CAF participe à la formation et au regroupement des assistantes maternelles, ainsi qu'à l'information entre celles-ci et les parents.

La CAF de la Dordogne intervient aussi en faveur des loisirs et des vacances avec la distribution de bons de vacances, de tickets loisirs, bons loisirs ou forfaits loisirs. La CAF attribue des bons de vacances pour les enfants à charge. Pour les recevoir, il faut être bénéficiaire d'une prestation pour le mois de Décembre précédent à moins qu'un changement de situation professionnelle ou familiale n'intervienne pendant la durée de validité des bons, et avoir un quotient familial inférieur ou égal à 4000F. La CAF participe également aux frais de séjour des enfants âgés de 2 ans et demi à 16 ans, à charge, fréquentant un centre de loisirs sans hébergement, sous la forme de bons de réduction centres de loisirs. Ce dernier doit être implanté en Dordogne ou dans un canton limitrophe du département. Pour cela, il faut être bénéficiaire d'une prestation pour le mois de décembre précédent et avoir un quotient familial inférieur ou égal à 4000F.

Les prestations individuelles

En matière de logement, la CAF de la Dordogne a institué un certain nombre de mesures. Ainsi, des prêts aux familles démunies sont proposés, l'un de 7000F l'autre de 50 000F et peuvent être cumulés.

Pour pouvoir bénéficier du premier, il faut être propriétaire, accéder à la propriété ou être locataire de son logement. Seuls sont pris en compte les travaux d'aménagement, de réparation, comportant une amélioration des conditions de logement. Le prêt est consenti avec un intérêt de 1%. IL est remboursable en 36 mensualités maximum par retenues sur les prestations familiales.

Pour pouvoir bénéficier du second, il faut être propriétaire ou accédant à la propriété et occuper son logement depuis 2 ans au moins ; avoir un quotient familial inférieur ou égal à 4000F. Sont pris en compte les travaux de réparation, de transformation, d'amélioration. sont exclus les travaux à caractère luxueux. Ce prêt sans intérêt est remboursable en 72 mensualités maximum, par retenues sur les prestations familiales.

Un prêt sans intérêt ou une subvention peuvent être accordés aux familles de condition modeste propriétaires ou locataires dont l'un des membres est une personne handicapée et par priorité bénéficiaire de l'AES ou de l'AAH. Les travaux envisagés en peuvent avoir d'autre objet que l'accessibilité et l'adaptation du logement à un handicap. Le montant et le délai de remboursement du prêt sont décidés en fonction des ressources et des possibilités de la famille. Le remboursement est effectué par retenues mensuelles sur les prestations.

D'autres aides concernent l'équipement ménager. Pour en bénéficier, il faut acheter chez un fournisseur professionnel ou une association agréée de l'équipe de première nécessité : réfrigérateur, gazinière, machine à laver, meubles de cuisine... et bénéficier d'un quotient familial inférieur ou égal à 4000F pour pouvoir bénéficier d'un prêt sans intérêt pouvant atteindre 6000F (15000F pour une première installation) remboursable en 48 mensualités maximum prélevées sur les prestations.

Pour les études :

Distribution d'aides ou octroi de prêts destinés à la poursuite des études des lycées et des étudiants

Si un enfant suit une formation BAFA ou BAFD, il peut percevoir une aide.

Pour la première de ces formations, l'enfant doit avoir 17 ans révolus, suivre la formation générale et la session d'approfondissement organisées par les associations habilitées par le ministère de la jeunesse et des sports, effectuer le stage pratique d'animation dans un centre de vacances ou de loisirs, résider en Dordogne. Il pourra alors prétendre à une aide de 600F majorée de 100F si la formation est centrée sur l'accueil du jeune enfant et, s'il relève du régime général, si ses revenus et celui de ses parents ne dépassent pas un quotient familial de 4000F, il peut bénéficier d'une aide complémentaire de 1500F versée également lors de son inscription au stage de perfectionnement ou de qualification. Pour la seconde, il doit avoir 21 ans au moins et être titulaire du BAFA ou avoir 25 ans et une dispense pour le BAFA délivrée par la Direction Jeunesse et Sports, suivre la formation générale, les deux stages pratiques et la session de perfectionnement, relever du régime général, avoir un quotient familial inférieur ou égal à 4000F. Il pourra alors bénéficier d'une aide de 1500F lors de l'inscription au stage de perfectionnement.

D'autres prestations instituées au titre de l'action sociale sont destinées à **lutter contre l'endettement** : il s'agit de subventions ou prêts peuvent également être octroyés aux familles dans le but de résorber leurs dettes de logement. Des secours ou des prêts d'honneur sans intérêt peuvent être accordés aux familles faisant face à des difficultés financières passagères au vu d'un dossier établi par les travailleurs sociaux du département ou de la CRAMA. Si c'est un prêt qui est octroyé, les modalités de remboursement sont fixées en fonction de la situation de la famille et de ses possibilités de remboursement. Les retenues sont faites sur les prestations mensuelles.

Pour la vie sociale, sont institués des prestations de soutien des centres sociaux contribuant à l'animation et au développement de la vie sociale locale. Accueil des familles par des travailleurs sociaux.

Les types de familles majoritairement concernés par ces prestations sont à 80%, des familles dépourvues de revenus d'activités, au chômage, indemnisées ou pas, sur endettées, monoparentales

Ces prestations facultatives font ressortir un certain nombre de **carences** des prestations légales. Deux carences majeures apparaissent. La première concerne l'âge limite pour les enfants. Rien n'est prévu pour les 21- 25 ans, cette catégorie a été complètement oubliée. La seconde concerne l'ARS. D'autres

carences peuvent être relevées notamment relatives au volet insertion qui semble avoir été oublié. Les minimums garantis sont insuffisants.

Plusieurs **propositions** peuvent être formulées. Il faudrait une meilleure coordination des aides financières, une véritable coordination de l'action sociale des partenaires sociaux et simplifier les procédures. La constitution d'un seul dossier et non plus d'un dossier pour chaque partenaire comme c'est le cas aujourd'hui permettrait une meilleure gestion, plus rapide : une réponse immédiate, résultant d'une analyse globale de la situation pourrait ainsi être donnée.

Des contrôles sont également opérés en matière de prestations d'action sociale par les deux mêmes agents contrôleurs. Ces contrôles concernent essentiellement les « *prêts caravanes* » essentiellement destinés aux gens du voyage : il faut justifier du caractère vétuste de sa caravane (le justificatif de destruction est, par exemple, un élément de preuve). La destination de l'aide est vérifiée dans le cadre du plan de contrôle : le fournisseur est payé directement, comme pour tous les autres prêts ménager – mobilier. Les contrôles sont ciblés quand il existe un doute sur la destination de l'aide. Ils peuvent porter sur les prêts habitats : un technicien du logement PACTARIM établit la liste des travaux envisagés, conseille la personne et repasse après la réalisation des travaux afin de vérifier qu'ils ont bien été effectués et ce conformément à ce qui avait été prévu.

La CAF du Loir et Cher a institué, au titre de son action sociale une **allocation décès** versée lors du décès de l'allocataire ou de son conjoint ou concubin si la famille a un quotient familial avant le décès inférieur à 3800 francs. Par ailleurs, il existe des PEL (prestations extra-légales) pour **naissances multiples**, attribuées sans condition de ressources. Elles s'élèvent à 4000 F pour eux enfants, 8000 F pour 3 enfants et plus, et le bénéficiaire de l'assistance d'une travailleuse familiale à titre gratuit pour un crédit de 40 heures par enfant à utiliser dans l'année qui suit la naissance.

La **CAF de la Gironde** développe, au titre de son action sociale, des aides assez proches de celles initiées par la CAF de la Dordogne. On retiendra cependant un certain nombre de spécificités. Cela s'explique par le fait que l'action sociale développée par les caisses est à la croisée des axes formulés par la CNAF et des orientations privilégiées par chaque CAF.

A cet égard, la CAF de la Gironde présente une première originalité. L'action sociale développée par les caisses sur leurs fonds propres²⁸⁵ s'ordonne classiquement en trois volets. Le premier concerne l'intervention technique (accompagnement de la famille par des travailleurs sociaux, animateurs...). Le deuxième volet couvre des prestations collectives, versées à des partenaires qui offrent des services aux familles (dans le secteur de la petite enfance par exemple). Le troisième volet regroupe les prestations à la famille qui ont un caractère individuel. Ces prestations peuvent être en nature ou en espèces.

Parmi ces volets, la CAF de la Gironde privilégie depuis longtemps le premier volet et confère une place subsidiaire au troisième. Cela s'explique de façon historique : à la tradition de coopération entre la CAF et l'action sociale de l'Etat en a succédé une nouvelle, à partir des lois de décentralisation, entre la CAF et l'action sociale du département. De plus, la CAF de la Gironde a la conviction que les aides financières aux familles, qui relèvent du troisième volet, ne doivent constituer qu'un outil et non une fin. Les observateurs qui interviennent sur le terrain ont d'ailleurs également constaté que les prestations servies dans le cadre du troisième volet²⁸⁶ ne peuvent être qu'un appui aux actions développées dans le cadre du premier

²⁸⁵ Le budget affecté à l'action sociale résulte d'une dotation nationale calculée en fonction du nombre de familles allocataires. En Gironde, un allocataire sur deux est une famille. Ce budget subit des adaptations en fonction des caractéristiques propres aux populations de chaque caisse. Ainsi, en Gironde, la dotation par famille est bonifiée car certaines d'entre elles sont en grande situation de précarité.

²⁸⁶ Par exemple des aides aux transports et à la garde d'enfants pour les bénéficiaires de l'API qui s'engagent dans une démarche d'insertion.

volet. En tout état de cause, les prestations à la famille n'ont pas vocation à devenir des compléments institués. Elles sont étroitement dépendantes des besoins observés sur le terrain et, par nature, occasionnelles. C'est donc le pragmatisme qui domine cette matière.

Parmi les domaines privilégiés de l'action sociale, il faut mentionner le **logement** qui a donné lieu à un certain nombre d'aides distributives. Parmi elles, on retiendra les prêts à l'équipement (à taux 0). Leur remboursement est prélevé sur les prestations. Cette prestation ne présente cependant guère d'originalité dans la mesure où elle est instituée dans la plupart des CAF. Tel n'est pas le cas des deux autres mesures, initiées par la CAF de la Gironde. Ainsi, une **aide financière à l'investissement**, d'un montant de 50 000 F, a été instituée en faveur des bailleurs qui s'engagent à loger des familles nombreuses²⁸⁷. Cette aide, d'un montant limité, satisfait à la fois le bailleur en lui permettant de boucler son budget, et la CAF qui rencontre de graves difficultés pour loger les familles particulièrement démunies. Cette aide est attribuée annuellement à une dizaine de bailleurs. Par ailleurs, des **opérations achats + travaux** ont été instituées, en partenariat avec une banque, pour permettre à certaines familles en grande difficulté d'accéder à la propriété. Cette aide prend la forme d'un emprunt de 350 000 à 450 000 F qui donnera lieu à un remboursement sur 7 à 8 ans. Compte tenu du montant de l'aide, le logement acheté se situe fréquemment en zone rurale. La CAF se porte garante auprès des banques et s'engage à rembourser le solde du prêt à l'issue du délai convenu, si des sommes restent encore à payer. Pour l'attribution de cette aide, le rôle des travailleurs sociaux est essentiel. Ce sont en effet eux qui détectent les familles qui en sont potentiellement bénéficiaires.

L'action sociale en faveur **des bénéficiaires de l'allocation de parent isolé et de l'allocation parentale d'éducation versée après une période de chômage** est également largement développée par la CAF de la Gironde. Des actions d'insertion professionnelle leur sont systématiquement proposées et, dans 45% des cas, ces personnes y répondent favorablement. Dans un premier temps, des actions « *tronc commun* » ont pour finalité la redynamisation des personnes, leur mise à niveau en français et en mathématiques, et doit leur permettre de formuler un projet individuel adapté à leurs capacités. Ces actions se déroulent sur une durée de trois à quatre mois, à raison de quatre jours par semaine. Dans un deuxième temps, un accompagnement plus individualisé est proposé. Il peut déboucher sur une formation qualifiante, voire sur un emploi. Ces formations sont organisées au centre de préparation à la vie active et des passerelles avec l'ANPE ont été instituées.

Les **aides aux études et à la formation destinées aux jeunes** sont rares. Certes, la CAF subventionne une cinquantaine d'opérateurs qui pratiquent l'accompagnement scolaire dans le département. Il n'existe en réalité qu'une seule bourse destinée aux jeunes de 18 à 25 ans, celle qui finance la formation au BAFA. L'explication de cette situation tient certainement au fait que la CAF a eu en la matière un comportement très pragmatique : ces formations lui permettaient de recruter des moniteurs pour ses centres de vacances. Pour le reste, l'action sociale en faveur des jeunes est plutôt axée sur la culture et les loisirs.

En revanche, **le temps libre et les vacances** forment, en Gironde aussi, un versant non négligeable de l'action sociale de la CAF. Traditionnellement, il s'agissait d'aides distributives, telles des subventions aux départs en camps ou en colonies pour les enfants. Cependant, on observe à l'heure actuelle une tentative de déplacement des tendances. La CAF de la Gironde se retire progressivement de ces actions traditionnelles qui se consacraient au départ de l'enfant pour privilégier les départs de la famille.

En outre, notre interlocutrice a remarqué une **carence** non négligeable de notre système qui aide exclusivement le parent qui a la garde permanente des enfants. A titre expérimental, il faudrait envisager l'ouverture de ces **aides au parent non gardien**. Cela demanderait de fonder l'attribution de l'aide non pas sur le droit du parent, mais sur le droit de l'enfant. Il est certain qu'un tel projet confrontera ses auteurs à des difficultés inédites car si l'enfant est ressortissant de la caisse, le parent qui n'en a pas la garde ne l'est pas nécessairement. En outre, un certain nombre de garanties devront être prises, de façon notamment à ce que la

²⁸⁷ Est considérée comme famille nombreuse la famille qui assume la charge de trois enfants au moins, ou de deux enfants lorsque l'un d'entre eux est frappé d'un handicap lourd.

sécurité de l'enfant soit assurée (prévention des problèmes d'inceste par exemple). Dans le même ordre d'idées, la reconnaissance de droits au parent qui n'est pas titulaire du droit de garde pourrait prendre la forme d'une aide au logement. Une telle aide pourrait lui permettre s'exercer son droit de visite et d'hébergement dans de bonnes conditions. Elle pourrait aussi prendre la forme d'une mise à disposition d'appartement en faveur du parent qui réside dans un autre département et qui n'a pas forcément la capacité contributive suffisante pour aller à l'hôtel, ou en faveur du parent sans domicile fixe. La CAF de la Gironde mène actuellement une réflexion sur la faisabilité de ce projet et elle est à la recherche de partenaires.

Parmi les défaillances des prestations légales observées par la CAF de la Gironde, on en retiendra une, essentielle, qui concerne le **régime de l'allocation de soutien familial**. Cette prestation n'est jamais différentielle, si bien qu'elle incite les magistrats à fixer des niveaux élevés de pension alimentaire de façon à ce que, si le parent débiteur est défaillant, le parent créancier puisse obtenir cette prestation. Pourtant, un tel régime est souvent défavorable à des parents qui pourraient, par le versement d'une pension alimentaire même symbolique, témoigner de leur attachement à l'égard de leur enfant et de leur volonté de s'investir. C'est essentiel car cela permet aussi de concrétiser le lien entre le parent et l'enfant. par ailleurs, les procédures amiables devraient être favorisées et les actions en récupérations de l'indû devraient être marginalisées. Ces dernières en effet ne permettent pas à un parent qui a pu être défaillant, de reprendre le cours du versement de la pension alimentaire, ce qui est préjudiciable, encore une fois, aux relations parent débiteur/ enfants.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

A l'heure actuelle, les conditions d'attribution de la qualité d'ayant droit conduisent à instituer une hiérarchie entre les modèles familiaux puisque seuls certains d'entre eux sont créateurs de droit à prestation. Dans une logique d'adaptation des régimes des prestations aux finalités de la sécurité sociale, ces conditions doivent être largement modifiées. Ces modifications doivent passer par l'acceptation généralisée de nouvelles catégories d'ayants droit, tels le partenaire pacsé et le concubin de l'assuré social. Ainsi, les transformations envisagées devraient laisser largement demeurer la technique des droits dérivés en matière d'assurance maladie et maternité. Elle pourraient néanmoins conduire à la promotion de nouveaux droits propres, particulièrement en matière de vieillesse. Enfin, les prestations existantes fondées sur la garantie de revenu devraient être plus largement ouvertes à la technique de la majoration pour personne à charge, de façon à ce que la garantie de revenu soit, dans le même temps, une garantie de ressources suffisante.

CHAPITRE II : AIDE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS

SECTION 1 - DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE AU LIEN ECONOMIQUE

A - Les critiques à l'égard du maintien de la référence à l'obligation alimentaire

Il convient d'abord de remarquer que les sujets concernés par l'obligation alimentaire sont limitativement énumérés et qu'il n'est pas possible d'étendre cette obligation en dehors des cas prévus. Ainsi, on comprend que soit mal supporté aujourd'hui le fait qu'une obligation existe entre alliés alors qu'aucune n'est prévue entre frères et sœurs. Il faut bien reconnaître que l'obligation alimentaire est moralement et sociologiquement plus vaste que l'obligation légale²⁸⁸. La technique de l'obligation naturelle permet de répondre à cette critique mais son application reste encore très limitée. Le cas le plus connu concerne justement les relations entre frère et sœur, mais il n'y aurait pas d'obstacle à ce qu'une solution analogue soit appliquée entre d'autres membres d'une même famille²⁸⁹. Il faut rappeler que l'un des intérêts d'une telle solution est de permettre la naissance d'une obligation civile en cas d'exécution volontaire par le débiteur²⁹⁰.

C'est ensuite la charge qui pèse sur les familles qui doit attirer l'attention. Celle liée à l'hébergement des personnes âgées est souvent très lourde. Cette charge s'est accrue avec l'allongement de la durée de vie et l'augmentation du coût de l'hébergement en établissement. Les belles-filles et les gendres n'accepteront pas toujours facilement le fait de devoir contribuer aux frais d'hébergement du beau-père ou de la belle-mère. Surtout que l'obligation alimentaire ne cesse que « lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés »²⁹¹. Il est important de remarquer que l'aide sociale fait un usage de l'obligation alimentaire que n'avait apparemment pas à l'origine prévue le code civil. Celui-ci évoque l'obligation de fournir des aliments, c'est à dire le couvert et le gîte pour les personnes âgées. Ce qui est évidemment sans commune mesure avec leur prise en charge par un établissement spécialisé.

Il faut également souligner le paradoxe dans le fait que les parents auxquels on a retiré l'essentiel de leur autorité se voient reprochés de ne pas payer, voire de ne pas surveiller les jeunes majeurs²⁹². A cela il faut ajouter les difficultés qui apparaissent lors des recours²⁹³.

Ces disfonctionnements ne peuvent que relancer la question du maintien du principe de la subsidiarité de la dette collective par rapport à l'entraide familiale.

²⁸⁸ J.Hauser, op.cit. n°1311.

²⁸⁹ Ainsi entre beaux-frères, Cass.req. 10 janvier 1905, *DP* 1905 , 1, 47. l'obligation naturelle permet de valider le fait de subvenir aux besoins de l'enfant de sa maîtresse, C.cass. 1^{er} 21 juillet 1987, *D.* 1988 p 225, ou encore de payer une pension alimentaire contractée dans un acte sous seing-privé, C.cass. civ. 2^{ème}, 9 mai 1988, *D.* 1988 IR 149.

²⁹⁰ J. GHESTIN , *Traité de droit civil, Introduction au droit*, « Les obligations naturelles », LGDJ, 2001. M. ROTONDI, « Quelques considérations sur le concept d'obligation naturelle et sur son évolution ».

²⁹¹ Commission centrale aide sociale, 11 mai 1995, dépt.des Hauts-de-Seine.

²⁹² En ce sens, J. HAUSER, « Une famille récupérée », *Etudes offertes à P.CATALA, Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Litec, 2001.

B - la suppression de la référence à l'obligation alimentaire

Une étude sur les rapports qu'entretiennent l'obligation alimentaire et l'aide sociale a été entreprise par le Conseil d'Etat²⁹⁴. Si certaines propositions nous semblent pouvoir être suivies, nous serons plus réservés sur d'autres points.

La proposition selon laquelle il serait souhaitable de mettre fin au système issu du décret du 29 novembre 1953 consistant à évaluer l'obligation alimentaire et à la déduire de l'aide sociale attribuée est tout à fait convaincante. Le montant de l'aide sociale se verrait ainsi fixé sans tenir compte du montant des dettes alimentaires potentielles. Faut-il pour autant revenir à un système consistant à prévoir que la collectivité publique qui supporte les dépenses d'aide sociale puisse se retourner contre les débiteurs d'aliments pour récupérer ses dépenses ? En d'autres termes, faut-il continuer à maintenir le principe de la subsidiarité de la dette publique par rapport à l'obligation alimentaire ?

L'analyse a permis de mettre en exergue un certain nombre de critiques à l'encontre du maintien de ce principe. La principale étant que l'aide sociale se retranche derrière l'obligation alimentaire et en fait un usage qui n'avait apparemment pas été à l'origine prévue par le Code civil. Les dépenses sont en effet bien souvent trop lourdes pour les familles. Cette critique a été retenue par le Conseil d'Etat. Mais au lieu de proposer la suppression définitive de la référence à l'obligation alimentaire, il considère qu'elle doit être maintenue tout en limitant la prise en compte de l'obligation alimentaire. Les dépenses lourdes seraient ainsi exclues en matière d'hébergement des personnes âgées. La position retenue est donc celle-ci ; le recours auprès des créanciers alimentaires est maintenu, mais leurs charges sont alléguées. On peut reconnaître que cette proposition du maintien de la règle avec quelques limites permet de rejoindre la logique traditionnelle de l'obligation alimentaire, toutefois, elle se heurte à des objections.

Tout d'abord, il n'est plus possible aujourd'hui de raisonner en mettant uniquement en opposition la solidarité familiale et la solidarité sociale. Si l'on prend le cas des personnes âgées, il est certain que le montant des aides publiques s'est sensiblement accru ces dernières années, mais il est difficile de n'y voir que la conséquence d'une démission des familles. Le déséquilibre démographique qui conduit de plus en plus à faire supporter un poids croissant de personnes âgées à une population active décroissante et de plus frappée par le chômage constitue déjà une approche qui souligne les facteurs conjoncturels. Il en est de même des modes de vie. La mobilité géographique, la civilisation des loisirs, la généralisation du travail salarié à deux supprimant le rôle social traditionnel des femmes auprès des enfants et des vieillards, constituent d'autres facteurs importants. Enfin, on n'oubliera pas non plus que l'allongement de la durée de la vie qui retarde les héritages et la rotation économique des patrimoines modifie l'équilibre entre les charges et les revenus.

C'est ensuite la motivation du Conseil d'Etat qui doit être soumise à la critique. Celui-ci craint que la disparition de l'obligation alimentaire « soit de nature à favoriser l'affaiblissement du lien familial ». Et de citer comme exemple le fait que les familles aient intérêt à placer leurs proches dans les établissements privés plutôt que de les prendre elles-mêmes en charge. Ce pessimisme sur la nature humaine doit être modéré. Comme le relèvent des travaux de recherche sociologiques, l'état des réseaux familiaux est beaucoup plus florissant qu'on ne le dit couramment²⁹⁵. Qu'il s'agisse de jeunes à la recherche d'un premier

²⁹³ Sur ces recours, V° infra paragraphe II

²⁹⁴ Conseil d'Etat, section du rapport et des études, *Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine*, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 16 mars 1999, La documentation française, 2000.

²⁹⁵ C. ATTIAS-DONFUT, « Solidarités invisibles entre générations », *Projet n°249 mars 1997* p 45, A. PITROU, « Les solidarités familiales, Vivre sans famille ? », *Pratiques sociales*, Privat, Toulouse, 1992, p. 230.

emploi qui continuent à cohabiter avec leurs parents²⁹⁶, des personnes âgées qui doivent compter sur la présence et le soutien de leurs enfants pour faire face à leur dépendance²⁹⁷, ou les adultes qui obtiennent le soutien de leurs parents à l'occasion d'une maladie ou d'une perte d'emploi, il semble bien que cette protection familiale s'exerce tout au long du cycle de vie. Dans une étude récente, le point a été fait sur la plupart de ces recherches²⁹⁸. Il a été ainsi montré qu'elles mettent en lumière « la nature, les fondements, mais aussi incidemment la force et la stabilité du lien familial ».

Faut-il pour autant conclure au renouveau de ces solidarités familiales ou plutôt à une opportune redécouverte liée à la crise de notre système de solidarité collective ? Il faut bien avoir conscience que le maintien de la règle de la subsidiarité de la dette collective par rapport à la solidarité familiale n'est pas principalement lié au maintien des liens familiaux. C'est essentiellement le besoin de trouver une solution à la crise financière du dispositif de protection sociale qui nécessite le concours de la famille. Un auteur a ainsi souligné que « l'un des problèmes de cette soudaine redécouverte de l'importance du rôle des solidarités familiales est qu'elle donne l'illusion d'un nouveau gisement de ressources pour répondre aux difficultés sociales que rencontre une part croissante de la population »²⁹⁹. Or, cette option « familialiste » se révèle assez fragile³⁰⁰. Pour ses partisans, l'octroi d'aides publiques aurait un effet démobilisateur sur le réseau familial. Or, les études relatives à la question de la vieillesse dans différents pays ont montré, au contraire, que la suppression des aides publiques comportait un risque grave de rupture dans les familles les plus fragiles³⁰¹. En outre, l'entraide familiale n'est pas inépuisable.

Finalement, pour que les solidarités familiales persistent, il conviendrait de supprimer la référence à l'obligation alimentaire dans le droit de l'aide sociale. En 1974, Elie Alfandari soulignait déjà que « dans un système rénové, l'aide familiale ne devrait plus être comptée pour l'attribution de la prestation de base. Au contraire, comme les prestations d'assurances, elle pourrait venir s'ajouter à cette prestation. Loin d'être pénalisé, l'effort familial serait au contraire favorisé »³⁰². Ceci s'avère d'autant plus nécessaire que les familles dont sont issus les postulants à l'aide sociale sont, le plus souvent, de condition modeste.

Cette option n'aboutit pas à la remise en question de la règle de la subsidiarité de la dette de la collectivité. Simplement au lieu d'avoir recours à l'obligation alimentaire, il conviendrait de tenir compte encore davantage des ressources de ceux qui « entourent » le demandeur à l'aide sociale. Cette situation vise ceux qui bénéficient d'un statut (conjoint et partenaires du PACS), mais aussi, plus largement ceux qui sont unis par un lien économique avec le demandeur³⁰³. Ce lien peut être constaté, dans le foyer, par l'existence d'une charge entre les membres du couple ou par la mise en commun des ressources. La charge entre les membres du couple est en mesure de faire apparaître l'existence d'un lien économique lorsque l'un des membres est le soutien de l'autre. Quant à la mise en commun des ressources, elle est aisément démontrable, à partir du paiement des charges locatives, du loyer ou la mise en commun des revenus.

²⁹⁶ Selon l'enquête « emploi » de L'INSEE de 1987, 63% des jeunes scolaires ou étudiants de 20 à 24 ans vivaient chez leurs parents (en 1982 un jeune de 25-29 ans sur quatre seulement était dans ce cas). Le report du départ des jeunes de leur famille d'origine est donc très important.

²⁹⁷ La moitié des aidants principaux des personnes âgées dépendantes sont des enfants, sachant que dans les trois-quarts des cas, il s'agit d'une fille (Lesemann et Martin 1993).

²⁹⁸ M.E JOËL et C. MARTIN, *Aider les personnes âgées dépendantes*, ed. ENSP 1998, not. chap. 4

²⁹⁹ C. MARTIN, « La solidarité des proches : enjeux et limites pour la protection des personnes âgées dépendantes », in F. KESSLER, *La dépendance des personnes âgées. Un défi pour le droit de la protection sociale*, PU de Strasbourg, 1994 p 257.

³⁰⁰ F. KESSLER et F. GEA, « Le principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale », in *Drôle(s) de droit(s), Mél.en faveur de E.Alfandari*, Dalloz, 2000.

³⁰¹ C. ATTIAS-DONFUT, « Transfert publics et transferts privés entre générations », in C.ATTIAS-DONFUT, *Les solidarités entre générations. Vieillesse, familles, Etat*, Nathan, Paris 1995 p 23

³⁰² E. ALFANDARI, « L'aide sociale et l'exclusion : paradoxes et espérances », *Dr.soc.* 1974 p 96.

³⁰³ A.M. GILLES, *Le couple en droit social*, Economica, 1997.

Mais le moyen de preuve le plus efficace reste certainement la liaison systématique entre les différentes caisses et les administrations au moyen du traitement informatique. Il est vrai que cette méthode risque d'entraîner un risque pour la vie privée puisque des informations nominatives pourront être librement consultées. Néanmoins, ce risque doit être modéré à partir du moment où l'on ne fonde pas sur le concubinage mais sur le lien économique. Pour bénéficier des prestations sociales, il suffira que les concubins déclarent qu'il existe une communauté de ressources entre eux. Or, cette déclaration ne porte pas atteinte au respect de la vie privée puisqu'elle n'est pas relative au contenu des ressources. Pour cette raison, il semble possible d'admettre que les caisses d'allocations familiales, qui souhaitent vérifier l'exactitude de la déclaration d'une personne qui se dit isolée, puissent vérifier au moyen du traitement informatique, si celle-ci n'a pas déclaré auprès d'un autre organisme vivre en concubinage avec une autre personne.

SECTION 2 – LA RECUPERATION DES SOMMES VERSEES

La suppression de la référence à l'obligation alimentaire réduit le domaine des recours. Les sommes versées ne pourraient être récupérées qu'à l'encontre du bénéficiaire revenu à meilleure fortune ou contre sa succession et sur le légataire ou le donataire. Mais l'opportunité de maintenir le recours sur la succession doit aussi être examinée.

Même si le recours sur la succession est sur le plan juridique parfaitement distinct de l'obligation alimentaire, il n'est pas dépourvu de tout lien avec lui. En effet il conduit au bout du compte à priver d'une partie du patrimoine qu'il aurait dû recueillir celui qui a été le plus souvent le débiteur alimentaire de la personne bénéficiant d'une prestation sociale, et qui a été dispensé de lui apporter une aide. Dans la mesure où ce débiteur d'aliments n'a pas été appauvri du vivant du bénéficiaire, il le sera après sa mort (seuls les 300 000 premiers francs du patrimoine transmis échapperont au recours de l'aide sociale). Cette idée selon laquelle les héritiers ne peuvent bénéficier d'une succession intacte monte qu'il s'agit d'une sorte d'obligation alimentaire à rebours. On sait que la loi du 20 juillet 2001 relative à l'allocation personnalisée d'autonomie a supprimé le recours sur la succession. Cette voie devrait être généralisée à toutes les prestations versées par l'aide sociale.

Quant aux recours contre les donations et les legs, on a pu constater que la mise en œuvre était difficile en raison de l'ambiguïté de certaines règles. Les exemples donnés font apparaître que les fraudes et les injustices côtoient souvent la mauvaise utilisation des fonds publics. Le vieillissement de la population, le coût croissant de la santé font encore davantage mettre en évidence les dysfonctionnements du système. Comment alors revenir à plus de cohérence? Il est exact que l'aide sociale a un rôle à joué, mais il faut aussi que le droit civil des libéralités accepte de s'interroger. Comme l'a souligné le professeur Hauser il ne faut pas oublier que « le droit civil a pour premier devoir de fournir aux autres branches du droit, tant que leur autonomie absolue n'est pas démontrée, critères et classifications »³⁰⁴. Il est en effet sans doute temps qu'un effort de coopération interdisciplinaire soit réalisé.

³⁰⁴ J. HAUSER, « Une famille récupérée », *Etudes offertes à P.CATALA, le droit privé français à la fin du XXème siècle*, éd. Litec 2001 p 325

CONCLUSION DU CHAPITRE II

La disparition de la référence aux solidarités familiales pour l'ensemble des prestations relevant de l'aide sociale préconisée dès 1962 dans le rapport de la commission vieillesse dite « commission Laroque » doit aujourd'hui être mise en œuvre. Il ne s'agit cependant pas d'une remise en question radicale de la règle de la subsidiarité de la dette de la collectivité. Simplement au lieu d'avoir recours à l'obligation alimentaire, il conviendrait de tenir compte encore davantage des ressources de ceux qui « entourent » le demandeur à l'aide sociale. Cette situation vise ceux qui bénéficient d'un statut (conjoints et partenaires du PACS), mais aussi, plus largement ceux qui sont unis par un lien économique avec le postulant à l'aide sociale. Puisque le recours sur succession n'est pas dépourvu de tout lien avec l'obligation alimentaire, la suppression de la référence à l'obligation alimentaire devrait entraîner celle du recours sur la succession. C'est dans cette voie que s'est engagée la loi du 20 juillet 2001 relative à l'allocation personnalisée d'autonomie. Il serait souhaitable d'aller plus loin en généralisant la suppression à toutes les prestations versées par l'aide sociale.

CHAPITRE III : DROIT DU TRAVAIL ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL : PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS

Le constat de l'analyse critique révèle que les normes travaillistes, droit conventionnel compris, restent attachés à des liens familiaux légitimes si l'on excepte quelques règles sur le PACS. On pourrait envisager deux voies de réforme soit une amélioration, une rénovation des dispositions existantes (**Section 1**) soit une application généralisée du principe de non discrimination en matière de famille (**Section 2**).

SECTION 1 – L'AMELIORATION DES DISPOSITIONS EXISTANTES

Les règles existantes comportent un certain nombre d'oublis qui n'ont pas toujours été révisés au gré de l'introduction de nouvelles normes. Le constat critique établi précédemment peut conduire à réformer certains textes notamment ceux touchant aux institutions du droit du travail (**Paragraphe 1**), d'autres relatifs à la relation de travail (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - L'amélioration des règles relatives aux institutions du droit du travail

Les institutions du droit du travail sont en premier le conseil de prud'hommes (**A**) puis les institutions représentatives du personnel (**B**).

A - Sur la juridiction prud'homale

Il serait peut-être intéressant que le Code du travail repense la liste limitative de l'article R.516-5 du Code du travail et élargisse par là même la conception des liens familiaux notamment sur les questions d'assistance et de représentation, la procédure de récusation soulève des questions différentes. Sur ce dernier point en effet, les règles de récusation de droit commun peuvent trouver à s'appliquer et dans la mesure où le juge peut avoir un intérêt dans une affaire, la récusation serait possible. Il ne semble pas que le droit du travail doive allonger la liste de l'article R-516-5 du Code du travail. En effet, il ne serait pas aberrant que le juge soit récusé dans une affaire le liant à son concubin en vertu du 1° de l'article 516-5.

En revanche, il semble nécessaire d'élargir les possibilité d'assistance et de représentation à des personnes liées au salarié plaideur dans une procédure le concernant. Ainsi, le fait que le concubin ou une personne vivant maritalement et de fait un PACSE, un conjoint polygame ou même un parent puisse représenter ou assister un salarié dans une procédure prud'homale sans que cela nuise au bon fonctionnement de cette institution. Au contraire, l'allongement possible de la liste à des personnes de la famille du salarié plaideur ne ferait que rendre plus facile l'accès à cette juridiction. Les membres d'une famille sont en effet concernées de premier chef par le conflit et connaissent souvent parfaitement le contentieux dans lequel est impliqué le salarié. La seule exigence comme pour tout représentant serait celle de posséder un mandat.

B - Sur les institutions représentatives du personnel

Si la liste concernant les représentants du personnel concerne essentiellement la famille légitime, il paraîtrait souhaitable que celle-ci puisse intégrer le concubin et le partenaire pacsé du chef d'entreprise et ce dans un souci même de bon fonctionnement des institutions. On objectera que les salariés sont toujours à même de ne pas élire une personne dont la partialité serait présumée. Il reste que cette interdiction légale qui aurait un caractère d'ordre public aurait du poids.

De la même manière, des interdictions issues d'un lien familial au sens large devraient être édictées pour la désignation d'un délégué syndical. Les salariés dans les entreprises moyennes n'ayant pas toujours les possibilités matérielles de contester une candidature. L'indépendance des institutions représentatives du personnel devrait être renforcées.

La conception trop étroite que le droit du travail se fait des liens familiaux peut ainsi porter préjudice à la collectivité des salariés et il n'appartient pas toujours à la jurisprudence de combler les lacunes issues de la loi. Cette remarque vaut également, et surtout, pour les normes relatives à la relation de travail.

Paragraphe 2 - L'amélioration des règles relatives à la relation de travail

On peut en premier lieu s'attarder sur les règles régissant la relation de travail dans l'entreprise familiale. La question du conjoint et du partenaire pacsé semble avoir trouvé une réponse puisque le Code du travail édicte à leur égard une présomption de salariat dès lors que le conjoint ou la partenaire pacsé participe régulièrement et de façon professionnelle à l'activité de son conjoint ou de son partenaire et qu'il perçoit une rémunération équivalente au SMIC. Il semblerait peut être opportun que l'on puisse reconnaître la même possibilité à des concubins, voire à d'autres membres de la famille qui travaille et participe à l'accroissement de l'activité du chef d'entreprise. La difficulté existe évidemment d'englober des situations typiques d'entraide. Si le risque est grand pour des parents ou des enfants, il l'est beaucoup moins pour le concubin qui peut en ce sens ne bénéficier que des règles de l'enrichissement sans cause, s'il en remplit les conditions. Les liens affectifs qui lient le concubin au chef d'entreprise pourraient justifier la présomption de contrat de travail dans de nombreuses circonstances. Il paraît assez clair que la jurisprudence pourrait relever à l'inverse la situation de concubin pour rejeter la qualification de contrat de travail dans cette mesure il semblerait donc normal qu'on puisse faciliter la preuve d'accès au salariat à ce dernier.

Sur le lien familial comme mode d'accès au salariat : l'examen des règles de la protection sociale devrait conduire le droit du travail à intégrer d'autres situations de précarité dans laquelle une personne prend en charge un membre de la famille au nom de la solidarité familiale. En effet, bien que les dispositifs modernes tendent à rendre autonome les personnes en état de besoin, le droit français de la protection sociale compte dans une large mesure sur la solidarité familiale ne serait-ce qu'à l'égard des parents. Il reste que peut-être on devrait généraliser les dispositifs de maintien ou d'accès à l'emploi de personnes prenant en charge un membre de sa famille comme les lois Aubry l'ont fait par référence aux besoins impérieux de la vie familiale. Il est vrai que la plupart du temps au contraire des enfants de nombreux dispositifs existent pour les personnes dépendantes mais l'on sait également que la majorité d'un enfant notamment handicapé peut parfois conduire à des sacrifices. De plus, le régime de protection sociale ôte souvent le statut de « personne à charge » à un certain nombre de personnes majeures.

La question de la discrimination à l'embauche ou la question du licenciement discriminatoire mériterait des positions plus fermes de la part de la jurisprudence. En effet, le dispositif en place qui vise « la

situation de famille » est assez large pour que des situations extrêmement hétérogènes soient prises en considération, même si l'on peut toujours discuter de la notion de famille. Ainsi, les arrêts relatifs à cette question se sont voulus d'une portée générale puisqu'ils sont intégrés dans un attendu de principe mais on pourrait souhaiter que la chambre sociale ait l'occasion de s'expliquer sur la terminologie employée à savoir qu'elle entend par « quelque soit le lien matrimonial ». Cette formulation en effet peut laisser place au doute et n'éclaire pas sur la notion de situation de famille qui au demeurant devrait englober d'autres situations que celle du lien matrimonial. On peut aisément affirmer que le mariage, le divorce, ou le veuvage sont de plein droit considérés comme un lien matrimonial.

Dans la mesure où le Code du travail étend certaines dispositions au partenaire pacsé, on pourrait affirmer, mais sans certitude que le PACS crée un lien matrimonial. En revanche, peut-on avancer ce type d'argument pour les concubins qui par hypothèse refusent le lien matrimonial en ne choisissant ni le pacte civil de solidarité ni la mariage. Dès lors, si la chambre sociale admet que le PACS puisse entraîner la naissance d'un lien matrimonial, elle ne pourrait faire de distinction (discrimination ?) entre les partenaires pacsés de même sexe et le concubinage homosexuel. Le fait que l'article L.122-45 intègre les mœurs comme motif de discrimination ne règle pas tout car cet article ne vaut que dans les hypothèses de licenciement et d'embauche, et ne vaut pas reconnaissance d'un type de famille. S'il faut une cohérence à la jurisprudence elle devra soit éliminer tous les gens qui ne sont pas dans un lien « matrimonial » au sens strict soit les accepter tous.

En effet, reconnaître le concubinage homosexuel ou le PACS comme autant de « types » de famille entrant dans le champ de protection du principe de non discrimination permettrait d'ouvrir et de faire accepter celles-ci dans d'autres champs de réglementation comme par exemple celui de l'octroi de congés payés. Les dispositions relatives à l'octroi de congés aux conjoints travaillant dans la même entreprise ainsi qu'aux personnes pacsées, sont un droit créance. Or, la reconnaissance du concubinage en droit civil, devrait permettre d'étendre et de reconnaître ce droit aux concubins hétérosexuels comme homosexuels. Il est vrai que l'employeur reste libre pour l'octroi des congés, et notamment lorsque les salariés ne travaillent pas dans la même entreprise de donner les congés en tenant compte de la situation de famille. Mais il s'agit ici d'une prérogative de l'employeur et en aucun cas d'une obligation qui s'impose à lui.

La hiérarchisation des couples en droit du travail ne permet pas une réelle égalité dans l'octroi des droits dès lors n'autorise pas à toutes les familles d'avoir les mêmes possibilités d'organisation de leur vie personnelle en dehors de l'entreprise –si l'on excepte les règles relatives aux enfants-. Or, la lecture du droit conventionnel est sur ce point assez décevante car peu de conventions collectives intègrent le concubinage comme une situation permettant d'ouvrir certains droits. L'impulsion devrait en effet venir de la loi. Or, il n'y a là rien moins qu'une discrimination qui se joue pendant l'exécution du contrat de travail que le droit du travail ne peut cependant soutenir. Dès lors peut-être qu'il faudrait poser un principe général de non discrimination en raison de la situation de famille pour toutes les règles relatives à l'exécution du contrat de travail.

SECTION 2 - L'INTRODUCTION D'UN PRINCIPE GENERAL DE NON DISCRIMINATION

Les règles du Code du travail ont posé, parce que la violation était flagrante, un principe de non discrimination à l'embauche et en droit disciplinaire. Mais dans la mesure où le texte est assorti d'une nullité, l'interprétation qui est faite par les juges reste restrictive. De plus, il appartiendra au salarié de prouver que la mesure prise par l'employeur est fondée sur un motif discriminatoire et qu'elle a ainsi conditionnée sa

décision³⁰⁵. Pour autant, dans l'exécution même du contrat de travail, il n'est pas certain que les mesures discriminatoires soient sanctionnées. Au regard du droit positif, il apparaît que seul le biais de l'égalité hommes-femmes puisse permettre que les normes liées à la famille soient respectées, notamment en matière de rémunération. Or, celles-ci sont conditionnées seulement par la présence d'un enfant.

Il faudrait alors que toutes les règles dans lesquelles un droit est octroyé à un couple légitime la règle soit étendue au nom du principe de non discrimination à d'autres types de famille. Dans la mesure où le droit du travail ne peut justifier de la présence de différences entre les différents types de famille on ne comprend pas qu'elle serait le fondement de ces distinctions. Sur cette question d'ailleurs, le droit conventionnel est assez peu porteur de changement car très peu de conventions collectives intègre des familles atypiques dans leur champ d'application. Le droit du travail serait ainsi inscrit dans un mouvement général du droit social et encore plus largement du droit privé.

CONCLUSION DU CHAPITRE III

Les propositions de modifications des textes de droit du travail que ce soit disposition par disposition ou par l'introduction plus radicale d'un principe général de non discrimination permettraient peut-être de tendre à plus d'égalité entre les familles dans l'accès aux normes du droit du travail. S'interroger en effet aujourd'hui sur l'articulation de la vie professionnelle et de la vie familiale devrait conduire à admettre un principe d'égalité³⁰⁶ entre tous les « types » de famille qu'elles soient légitimes ou pas.

Rien ne justifie dans ses fondements comme dans sa finalité que le droit du travail n'intègre que la famille légitime et dans une moindre mesure, les partenaires du PACS. Aussi, on ne peut qu'inciter le législateur à reprendre les dispositions en place et à modifier celles-ci en vue d'une plus grande reconnaissance de tous les liens familiaux comme pouvant ouvrir droits aux règles de droit du travail. De fait cette question est également liée à celle de la politique familiale, et plus encore aux droits et libertés des salariés de mener une vie familiale à leur convenance au nom des principes fondamentaux³⁰⁷.

³⁰⁵ On attend à ce propos un changement législatif qui viserait sur le point très précis de la discrimination un renversement de la charge de la preuve, puisque l'employeur serait contraint de démontrer que la mesure qu'il a prise n'est pas discriminatoire.

³⁰⁶ P.-L. REMY, op. cit. sp. p. 1013. « L'utilisation du temps libre est fortement sexué : les deux tiers du travail domestique – donc familial – restent à la charge des femmes qui exercent une activité professionnelle à temps complet. La bataille pour l'équilibre des temps est aussi une bataille pour l'équilibre des sexes dans la société. L'articulation de la vie professionnelle et de la vie familiale est un enjeu non seulement de politique familiale, mais également de politique d'égalité professionnelle d'égalité entre les sexes. ».

³⁰⁷ On pense bien sûr au droit de mener une vie familiale normale énoncé par la Convention européenne des droits de l'homme.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Une véritable ouverture vers de nouveaux modèles familiaux demanderait que toutes les branches du droit social prennent également en considération les groupes qui se constituent et s'organisent en marge du mariage, spécialement le PACS et le concubinage. Une telle évolution trouverait d'ailleurs de solides fondements dans le principe de non discrimination. Certes, de tels aménagements ne seraient pas uniquement créateurs de droits puisqu'ils signifieraient, tant en matière de prestations familiales qu'en matière de droit de l'aide sociale, que l'on tienne compte plus largement des ressources de ceux qui « entourent » le créancier de la prestation.

TROISIEME PARTIE - LA REFERENCE AU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX DROITS SOCIAUX, ETUDE COMPARATIVE

Quelles leçons tirer d'une comparaison des droits français, allemand, belge, espagnol et italien ?

Prétendre mener une étude comparative sur la référence au lien familial pour l'accès aux droits sociaux, c'est déjà s'exposer au risque de cacophonie dans les définitions du droit social, et donc des droits sociaux. Disons le tout net : c'est la conception française qui a été retenue ici. On sait qu'elle est particulièrement large et qu'elle englobe dans le droit social aussi bien le droit du travail que le droit de la protection sociale, c'est-à-dire, pour aller très vite, le droit de la sécurité sociale et celui de l'aide sociale. Et si l'on observe que les droits sociaux sont tout de même en majorité ceux de la sécurité sociale et de l'aide sociale, on se heurte vite à la vérité d'évidence que la méthode comparative est d'application particulièrement délicate en matière de protection sociale. Il suffirait même de forcer un peu sur le pessimisme pour aller jusqu'à affirmer qu'elle y serait impossible. Il est tout à fait exact, en tout cas, qu'il n'est aucune règle en la matière qui ne s'insère dans une conception plus large, les dispositions étant prises toutes ensemble dans des systèmes plus ou moins homogènes, qui peuvent varier d'un pays à l'autre. On sait, par exemple, la distinction essentielle qu'il faut toujours faire, entre les systèmes de sécurité sociale de type beveridgien et ceux qui sont ou seraient restés de type bismarckien. De toute façon, en quelque pays que ce soit, le système de sécurité sociale, ou de protection sociale, est lui-même placé en interaction constante avec d'autres systèmes, et par exemple, avec le système fiscal³⁰⁸, de telle sorte qu'une bonne et exacte comparaison supposerait en définitive de maîtriser différentes branches du droit en même temps dans plusieurs ordres juridiques à la fois. On le voit, la tâche risque de tenir de la jonglerie voire de la gageure.

Une telle constatation n'est déjà pas rassurante. Alors que ne faut-il pas craindre si l'on ajoute que prétendre comparer, dans cinq pays différents, à savoir l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie et bien sûr la France, la référence au lien familial pour l'accès aux droits sociaux ajoute encore à la difficulté ? Et si l'on précise qu'il faut redouter moins la comparaison de cinq ordres juridiques, pourtant déjà assez complexe, que celle de la référence au lien familial qui est faite, dans chacun de ces pays, pour l'accès aux droits sociaux ?

L'expression de lien familial en effet peut être fort ambiguë. S'agit-il des seuls liens que le droit reconnaît ? Le terme même de lien pourrait le laisser penser. Mais alors que faire de rapports entre personnes qui, sans avoir la consécration du droit, n'en ont pas moins dans la réalité une place telle qu'ils imposent à tout le moins qu'on les prenne en considération ? L'exemple du concubinage, très longtemps laissé par le droit français sans définition³⁰⁹, suffit pour se convaincre que la question n'est pas seulement d'école. Du reste si l'on s'en tient tout de même aux seuls liens juridiques, s'agira-t-il seulement de ceux que consacre le droit civil et plus précisément le droit civil de la famille, ou bien tiendra-t-on compte aussi de liens familiaux que seul reconnaît le droit social³¹⁰ ? La question mérite d'être posée car, pour reprendre l'exemple du concubinage, ce n'est pas du tout nécessairement la même chose d'en faire une voie d'accès aux droits

³⁰⁸ Il peut même arriver que certaines prestations finissent par basculer purement et simplement dans le droit fiscal comme c'est le cas des allocations familiales (« Kindergeld ») en Allemagne.

³⁰⁹ On sait que ce n'est plus le cas depuis que la loi du 15 novembre 1999, non contente d'instaurer le pacte civil de solidarité, a aussi ajouté au Code civil un article 515-8 selon lequel « le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

³¹⁰ A quoi s'ajoute la possibilité que le droit social retienne des liens familiaux différents selon les questions.

sociaux sans pour autant qu'il ait la consécration du droit civil ou au contraire de le retenir précisément parce qu'il est déjà connu du droit civil. Et l'on peut faire l'hypothèse que les différents ordres juridiques sont également susceptibles de se distinguer de ce point de vue, spécialement du point de vue de la latitude qu'ils laissent ou non, ou qu'ils laissent plus ou moins, au droit social de prendre quelques libertés avec les canons du droit civil de la famille.

C'est dire la difficulté de la tâche. Faut-il pour autant se décourager ? Assurément non, et d'autant moins que les quatre systèmes juridiques étrangers retenus dans le cadre de cette étude présentent aussi avec le nôtre des affinités qui ne sont tout de même pas négligeables. Et cela est vrai d'abord sur les trois principaux versants de ce que nous appelons en France le droit social, à savoir, sans ordre de mérite ou d'importance, le droit de la Sécurité sociale, le droit de l'aide sociale, le droit du travail.

S'agissant tout d'abord du droit de la Sécurité sociale, ou plus précisément ici du système de Sécurité sociale, force est de reconnaître que, dans chacun des cinq pays en cause, c'est la conception bismarckienne qui l'a emporté à l'origine, avec son souci de la distinction des catégories socioprofessionnelles et l'objectif premier d'éviter la chute dans l'indigence aux travailleurs frappés par la réalisation d'un risque ou d'une charge. C'est bien entendu le cas de l'Allemagne, foyer comme il se doit de la conception bismarckienne, mais ce l'est aussi de la Belgique, de l'Italie, de l'Espagne, et de la France. Or cette conception bismarckienne ne permet le développement de la Sécurité sociale et spécialement la généralisation de couverture maladie que s'il est largement tenu compte des ayants droit de l'assuré social, en d'autres termes de ceux qui, sans avoir d'activité professionnelle, ont un lien de famille avec l'assuré social. Il est donc particulièrement intéressant de voir dans quelle mesure les différents systèmes concernés se sont appuyés sur les liens familiaux pour réaliser cet objectif.

S'agissant ensuite de l'aide sociale, c'est-à-dire du volet de la protection sociale qui reste fondé sur l'assistance, celui-ci se rencontre dans les cinq pays de l'étude, qui par conséquent combinent tous le principe d'assurance et celui d'assistance.

Reste bien sûr le droit du travail. On sait que, dans les pays concernés, il peut relever de techniques assez différentes, codifié ici (Belgique, Espagne, Italie, France), non codifié là (Allemagne), voire de conceptions différentes (ainsi du rapport entre négociation collective et conflits collectifs, très étroitement discipliné en Allemagne, plus lâche ailleurs). Pour autant et du point de vue qui nous préoccupe particulièrement, celui de la considération des liens familiaux, le problème, pour ne pas dire le paradoxe, est à peu près le même dans les cinq pays : comment tenir compte, en faveur du travailleur, de liens familiaux qu'il est cependant en règle générale opportun de tenir soigneusement à l'écart des relations professionnelles ?

Cette dernière difficulté est du reste révélatrice d'une évolution des mœurs assez comparable d'un pays à l'autre, marquée par la reconnaissance du principe de l'égalité des sexes, la consécration, partout et dans les mêmes termes, de celui de l'égalité des filiations, le droit de cité désormais donné à la pluralité des modèles familiaux, plus récemment l'affirmation, au grand jour ou non, de la relation homosexuelle. Autant de questions fort éloignées de la protection sociale et des droits sociaux, sera tenté de penser le lecteur hâtif. Il n'en est rien bien entendu tant au contraire la dynamique des droits sociaux peut s'appuyer dans chacun de nos pays sur les rapports interpersonnels. Il est dès lors du tout premier intérêt de déterminer dans quelle mesure ces évolutions sociales, qui sont parfois autant de petites ou grandes révolutions, sont prises en compte dans chacun des systèmes concernés, sans pour autant que les équilibres traditionnels soient compromis, sans non plus qu'en pâtisse le respect dû à la vie privée de chacun, dont l'exigence est sans doute l'un des traits les plus marquants de la modernité. Non, décidément, la référence aux liens familiaux dans l'accès aux droits sociaux n'est pas une question neutre.

Reste à déterminer bien sûr ce qu'il est opportun de soumettre aux lumières de la méthode comparative. Assurément les modes de référence aux liens familiaux pour l'accès à la couverture sociale, et en premier lieu pour la couverture maladie et maternité. C'est en effet ici toute la question de la réalisation effective de ce que l'on appelle dans le système juridique français le droit à la santé. Toujours sur le terrain de la Sécurité sociale proprement dite, c'est aussi le point de savoir quels liens familiaux sont précisément pris en compte dans la couverture vieillesse, plus spécialement et pour reprendre une expression plus utilisée à l'étranger qu'en France, dans tout ce qui concerne les prestations réservées aux survivants. Et c'est enfin aussi,

comment ne pas en parler ici ?, l'approche des liens familiaux dans les prestations qui se qualifient elles-mêmes de familiales (I).

Tout autre risque bien entendu d'être la question de la référence aux liens familiaux dans le cadre de l'aide sociale car elle est ici très liée au caractère subsidiaire de cette aide (II) et autre encore la même référence en droit du travail, où c'est alors la recherche d'un compromis entre la faveur au salarié et le souci de ne pas mélanger vie professionnelle et vie privée qui doit normalement donner le ton³¹¹. (III).

³¹¹ C'est à propos du travail que l'on traitera aussi du non travail et donc de la place, sans doute réduite, de la référence au lien familial dans l'indemnisation du chômage.

CHAPITRE I - REFERENCE AUX LIENS FAMILIAUX ET ACCES AUX PRESTATIONS DE SECURITE SOCIALE

Il faut déterminer ici de quels liens familiaux on accepte de tenir compte, en d'autres termes sur quels liens familiaux on veut s'appuyer pour réaliser l'objectif d'extension maximale de la couverture. Il s'agit donc surtout, pour aller très vite, du problème du concubinage, pris au sens très large, ou du couple non marié, et le juriste français sait qu'il ne reçoit pas du tout la même solution en assurance maladie-maternité et en assurance vieillesse-invalidité. Quant à la branche famille, les problématiques qu'elle privilégie sont de nature tout à fait différente.

SECTION 1 - DANS LE CADRE DE L'ASSURANCE MALADIE ET MATERNITE

La combinaison sur une petite vingtaine d'années de trois lois novatrices a placé sur cette question le droit français tout à fait en pointe. L'assuré social a en effet désormais pour ayants droit non seulement son conjoint ou ses enfants, qui peuvent être légitimes, naturels, adoptifs ou simplement recueillis, mais aussi, naturellement selon les cas et pourvu que chaque fois la personne concernée soit à sa charge, la personne qui a conclu avec lui un pacte civil de solidarité (loi du 15 novembre 1999), celle qui est en situation de vie maritale avec lui (loi du 3 janvier 1978), ou encore celle qui vit avec lui (loi du 27 janvier 1993). Pareille extension sert en même temps deux objectifs, celui de reconnaître en quelque sorte droit de cité à de nouveaux modes de relations entre les personnes, celui de réaliser la généralisation de la couverture maladie dans un système qui dans ses fondements reste de nature socioprofessionnelle. C'est au fond le moyen de donner une réalisation concrète au fameux droit à la santé.

Force est bien sûr de constater qu'aucun des autres droits envisagés dans l'analyse comparative ne va aussi loin. Si en effet, dans tous les pays concernés, la qualité d'ayant droit est par principe reconnue à tout enfant quelle que soit la nature du lien de filiation, il en va tout autrement de celui qui vit avec un assuré social sans être engagé avec lui dans les liens du mariage. Ainsi l'Allemagne ne reconnaît point au concubin la qualité d'ayant droit dans l'assurance maladie. Seule la Belgique range le cohabitant parmi les ayants droit. Quant à l'Espagne, elle pourrait connaître dans un avenir plus ou moins proche une reconnaissance des relations hors mariage et des relations homosexuelles que, dans le cadre de leur compétence en la matière limitée, certaines Communautés autonomes tentent déjà de mettre en œuvre.

Comparaison n'est bien entendu pas raison et en tout cas elle ne doit nullement inciter le législateur français à rebrousser chemin. C'est plutôt lui qui sur ce terrain annonce les voies du futur. Bien entendu on pourrait préférer que les cartes soient entièrement rebattues et que l'instauration d'une assurance maladie véritablement universelle rende sans intérêt la prise en compte de la qualité d'ayant droit. L'Italie s'est il est vrai déjà engagée dans cette voie avec l'instauration en 1978 d'un Service National de Santé (« Servizio sanitario nazionale ») et la reconnaissance d'un droit individuel et propre de chaque citoyen, quelle que soit sa situation professionnelle ou sociale, à bénéficier des prestations de ce Service. Cet exemple cependant reste isolé, tout au moins dans le cercle de notre comparaison et donc, en attendant, c'est l'extension de la qualité d'ayant droit qui est bien l'issue la plus opportune, quitte, bien sûr, comme le droit français l'a fait ces dernières années, à reconnaître à tous les intéressés qui le souhaitent la qualité d'ayant droit autonome.

SECTION 2 - DANS LE CADRE DE L'ASSURANCE VIEILLESSE ET DE L'ASSURANCE INVALIDITE

Il convient tout d'abord d'observer que la pension de retraite, qui est la principale prestation de l'assurance vieillesse, peut-être majorée, plus ou moins, en raison de liens familiaux, précisément en raison d'un conjoint ou d'enfants à charge. Il n'y a là rien que de très normal, même si bien sûr ces majorations restent généralement fort limitées. Certaines législations, telle la législation allemande, ne paraissent cependant pas connaître cette possibilité. A l'inverse, le droit belge va beaucoup plus loin puisqu'il fait dépendre en partie

le taux de la pension de la situation de famille de l'assuré social en distinguant, selon des expressions significatives, la pension dite au taux isolé (taux de 60%) et la pension dite au taux ménage (taux de 75%) ; il y a lieu à pension au taux ménage lorsque le conjoint du retraité ne dispose ni d'un revenu professionnel ni d'un revenu de remplacement. Pour être fort protectrice, cette dernière formule se ressent peut-être un peu trop d'une vision traditionnelle de la famille pour exercer un rayonnement véritable hors de sa législation d'origine.

Le service d'une pension de réversion au survivant peut de son côté susciter deux types de difficultés.

La première est celle de savoir s'il est bien justifié que la pension de réversion, liée à une vision traditionnelle de la famille fondée sur l'union légitime, soit réservée au conjoint survivant, étant entendu que par conjoint il faut entendre strictement celui qui était lié à l'autre par mariage. Même si l'on observe que la couverture maladie est très liée au droit à la santé pour tous, il est décidément étrange que le concubinage ait pu prendre pied dans l'assurance maladie et qu'il reste si obstinément écarté de la branche vieillesse. On ne sache pas pourtant que les problèmes de preuve y soient plus aigus. Sans doute répondra-t-on que le droit à la pension de réversion serait en quelque sorte un acquêt du mariage, mais c'est précisément ce qu'il faudrait démontrer. Et si certes le mariage entraîne une solidarité spécifique des conjoints, cela ne signifie pas pour autant que les autres formes d'union ne puissent fonder aucun rapport durable. Il reste bien sûr que la position commune et restrictive des cinq droits concernés sur ce point ne manque pas d'impressionner, même si, encore une fois, on la juge regrettable, d'autant plus regrettable qu'elle pourrait bien être, comme l'observe fort justement le rapport belge, contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, plus connue sous le nom de Convention européenne des droits de l'homme. N'y a-t-il pas en effet dans l'exclusion du concubin de toute pension de réversion et de survie, atteinte à la fois à l'article 8 de cette Convention, selon lequel « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale » et à l'article 14, qui veut que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention soit assurée sans distinction de quelque situation que ce soit ? 312

Dans une perspective encore plus résolument d'avenir, les pensions de réversion pourraient connaître un autre problème, cette fois tout à fait radical, si elles finissaient par apparaître comme contraires au principe d'égalité des sexes, et à l'idéal d'autonomie des conjoints que ce principe pourrait à la longue porter avec lui, dans une lecture particulièrement radicale. L'idée fait son chemin, en Scandinavie par exemple. De toute évidence, elle n'a pas encore véritablement mordu sur les cinq pays de l'étude, même si le rapport allemand signale la nécessité de repenser la constitution des droits à pension de réversion, quitte à leur préférer des dispositifs de constitution de droits propres pour chacun des deux époux.

SECTION 3 - DANS LA BRANCHE FAMILLE

On est assez tenté de penser que c'est peut-être la branche famille qui suscite le moins de difficultés du point de vue de la référence aux liens familiaux. L'observation pourrait étonner tous ceux qui s'imaginent que les prestations familiales sont un terrain de prédilection des grands choix entre conceptions différentes de la matière. Il n'en est à peu près rien et peut-être d'ailleurs n'en a-t-il jamais été rien. Aujourd'hui en tout cas aucune distinction selon la filiation n'est faite entre les enfants dans aucun des cinq systèmes. Peu importe notamment que leurs parents soient mariés ou non pourvu qu'eux-mêmes soient effectivement à la charge de l'allocataire. On remarquera donc qu'ici le concubinage n'est en rien un obstacle au droit aux prestations ce qui est somme toute tout à fait logique puisque c'est l'enfant qui est et doit être au centre du dispositif.

Les vrais problèmes sont donc ailleurs et ils tiennent pour l'essentiel à trois considérations.

La première, d'abord, tout à fait fondamentale a trait à l'existence ou à l'absence d'une véritable politique de la famille dans les pays concernés. Certains rapporteurs³¹³ se sont là-dessus montrés assez perplexes, pour ne pas dire franchement sceptiques. Qu'est-ce du reste qu'une véritable politique de la famille ? Passe-telle par exemple par une augmentation significative des prestations à partir du troisième enfant, censé assurer le

³¹² Fort logiquement aussi le rapporteur belge porte la même critique aux dispositions bien connues et largement répandues qui, au cas d'accident mortel du travail, ne prévoient le service d'une rente que pour le conjoint et non pour le concubin survivant.

³¹³ Nous songeons surtout aux rapporteurs allemand et italien.

renouvellement des générations, voire par des prestations réservées aux seules familles nombreuses³¹⁴ ? Consiste-t-elle plutôt à n'aider que les familles qui en ont véritablement besoin ?

Le deuxième problème touche en effet l'existence éventuelle d'une condition de ressources³¹⁵. Les droits soumis à l'étude comparée se divisent sur cette question, ni le droit allemand ni non plus le droit belge ne posant une telle condition pour leurs allocations familiales, le droit espagnol s'y référant au contraire. La comparaison est du reste d'autant plus délicate qu'aucun des droits étudiés ne présente une palette aussi largement ouverte de prestations familiales que le nôtre. Il leur est donc difficile de jouer comme le fait le nôtre sur l'articulation de prestations « généralistes » sans condition de ressources – ainsi des allocations familiales et de prestations plus ciblées avec condition de ressources – ainsi par exemple de l'allocation de parent isolé ou du complément familial. Il y a donc fort à parier que le droit comparé ne gênera pas outre mesure le mariage de prestations familiales sans et sous condition de ressources que connaît notre droit.

Le troisième problème en tout cas a trait à la situation particulière des familles monoparentales. On sait que c'est une question importante tant il apparaît que ces familles sont particulièrement exposées au risque d'indigence. Le droit français n'a pas hésité à s'engager franchement en ce sens notamment avec la création, en 1978, de l'allocation de parent isolé. Cette initiative lui est parfois reprochée en France même, dans la mesure surtout où le service de cette prestation n'impose pas l'engagement dans un processus d'insertion. De ce point de vue, le droit comparé ne délivre pas d'enseignement très clair, soit que cette allocation ne soit pas connue, soit qu'elle apparaisse sous une forme qui semble atténuée (c'est le cas de l'avance sur dette alimentaire réservée aux familles monoparentales en droit allemand – « Unterhaltsvorschussgesetz », UVG – plus proche donc, vraisemblablement, de notre allocation de soutien familial), soit que sa création soit simplement évoquée. Ici encore toutefois, il serait dommage de prendre peur de l'avance de notre propre système.

CHAPITRE II - REFERENCE AUX LIENS FAMILIAUX ET AIDE SOCIALE

Il est manifeste qu'ici c'est en quelque sorte la réversibilité qui caractérise surtout la référence aux liens familiaux, puisqu'elle est susceptible de jouer aussi bien en faveur qu'en défaveur des bénéficiaires.

En faveur des bénéficiaires d'abord, puisque le montant de certaines prestations est susceptible d'être majoré en fonction de la présence de personnes à charge. Ces personnes sont le plus souvent le conjoint, le cohabitant ou les enfants. Tel est par exemple le cas, en France, du RMI.

Mais en défaveur aussi des bénéficiaires, plus ou moins directement.

En premier lieu, les prestations d'aide sociale étant toujours et par hypothèse sous condition de ressources, il est loisible au législateur d'inclure les ressources de proches ou de membres de la famille dans l'examen des moyens du demandeur³¹⁶.

En second lieu et plus largement encore, concurrence continue d'être souvent faite entre solidarité familiale et solidarité nationale. Et il est bien vrai que, dans tous les pays de l'étude, la solidarité familiale continue à être pensée comme première, et la solidarité nationale comme seconde et subsidiaire. Cette conception entraîne au moins deux types de conséquences.

En premier lieu, il est parfois demandé à celui qui entend bénéficier d'une prestation d'aide sociale de faire valoir, le cas échéant en justice, les créances d'aliments qu'il est susceptible d'avoir à l'encontre de membres de sa famille. C'est une disposition que l'on rencontre fréquemment dans les minima sociaux, c'est le cas en France pour le RMI (tout au moins à l'égard du conjoint et des ascendants en ligne directe) et en Belgique

³¹⁴ Pour un exemple, voir la prestation sous condition de ressources, créée en Espagne en l'an 2000, consistant en un versement servi pour chaque naissance à partir de la troisième.

³¹⁵ Bien entendu les ressources prises en compte peuvent parfois être celles tout au moins de membres de la famille proche.

³¹⁶ Dans ce cas les ressources du concubin seront le plus souvent également comptées.

pour le Minimex (mais elle est alors également cantonnée aux obligations alimentaires des seuls conjoint, ascendants et descendants du premier degré). Elle a bien entendu de solides raisons pour elle, l'une d'abord de droit civil, avec l'existence indiscutable d'obligations alimentaires entre membres d'une même famille, l'autre en quelque sorte de philosophie sociale, avec l'intérêt qu'il peut y avoir, même du point de vue de la restauration des liens sociaux, à inciter le bénéficiaire à faire valoir et respecter ses droits.

En second lieu, le remboursement tout ou partie du montant des prestations d'aide sociale peut être réclamé à ses débiteurs alimentaires après le décès du bénéficiaire, tout au moins quand il apparaît que la succession comprend un actif net suffisant. Ici, à côté de la même référence aux obligations alimentaires, c'est aussi une considération de justice élémentaire qui est avancée car on ne voit pas pourquoi ceux qui ne sont pas acquittés de leur dette d'aliments du vivant de leur créancier pourraient bénéficier de sa succession sans que la collectivité soit en rien défrayée. N'y aurait-il pas là une sorte d'enrichissement sans cause ? Notre droit en tout cas organise ce recours et le droit belge aussi. Le droit allemand dans le même esprit autorise par exemple le Sozialamt à vendre à la mort du bénéficiaire l'immeuble dont ce dernier pouvait être encore propriétaire et à se payer sur son prix.

Et pourtant, dans plusieurs des pays concernés, notamment en France et en Allemagne, cette stricte subsidiarité de l'aide sociale finit par causer un certain malaise, tant sur le terrain pratique que sur celui des principes. Sur le terrain pratique d'abord car comme l'observent les rapporteurs allemands, assez nombreuses sont les personnes qui auraient pourtant droit aux prestations de l'aide sociale et qui ne les réclament pas parce qu'elles craignent que leurs proches ou leur succession soient appelés à contribuer et redoutent les conflits familiaux qui pourraient s'ensuivre³¹⁷. C'est évidemment une situation très regrettable d'autant que sur le terrain cette fois des principes, on peut se demander s'il est bien cohérent d'affirmer par exemple que les garanties de ressources consacraient un véritable droit de citoyenneté tout en maintenant leur caractère strictement subsidiaire ou, plus encore, en exigeant le remboursement, fût-ce dans des cas très limités, par les proches.

Les rapporteurs allemands estiment qu'une modification de la législation actuellement en vigueur est probable à moyen terme, en raison du consensus politique que, selon eux, elle réunirait déjà. Il convient selon nous de s'en réjouir mais sans se cacher qu'une réforme de ce type pourrait rencontrer plus de difficultés qu'on ne le croit.

CHAPITRE III - REFERENCE AU LIEN FAMILIAL EN DROIT DU TRAVAIL

La problématique est ici assez nettement différente, comme on pouvait d'ailleurs s'y attendre. Il y aurait du reste beaucoup à craindre d'un droit du travail trop attentif au lien familial, à la fois par le risque de contrôle des comportements extra-professionnels des salariés qu'il pourrait entraîner et par celui, non négligeable, de paternalisme. Encore une fois, c'est une des caractéristiques les plus indiscutables de la modernité que de mettre la vie personnelle du salarié à l'abri de toute intrusion de l'employeur et de l'entreprise, ceux-ci seraient-ils animés des meilleures intentions. Comme on le sait et bien que, fort heureusement, nul ne soit revenu nous le confirmer, l'enfer en est pavé... Cela n'empêche pas que, pour autant, la prise en considération de certaines situations particulièrement dignes d'intérêt ne soit ici ou là opportune. Mais alors il faut que ce soit, très clairement et très exclusivement, en faveur des seuls salariés et il convient aussi que ce soit dans le strict respect de l'égalité entre salariés placés dans des conditions semblables. Manifestement les enseignements du droit comparé vont aussi dans ce sens et c'est assez réconfortant.

Bien entendu la prise en considération du lien familial ne doit pas intervenir, ou en tout cas le moins possible, au moment de la conclusion du contrat de travail. La vieille réticence à admettre l'existence d'un tel contrat entre mari et femme n'a plus cours aujourd'hui et il faut évidemment s'en féliciter. Outre qu'elle s'appuyait sur la crainte, aujourd'hui sans objet, que celui qui était alors le chef de famille vînt à devoir obéir

³¹⁷ Et que dire du risque que les donations qu'a pu faire antérieurement le bénéficiaire puissent être, en tout ou en partie, remises en cause ?

à son épouse si c'est celle-ci qui était l'employeur, elle ne correspond plus, non plus, tant à la plus grande souplesse que connaît aujourd'hui le droit des régimes matrimoniaux qu'à la vision strictement professionnelle qui doit présider à l'établissement de la relation de travail. Tous les droits objets de l'étude ont sur ce point la même position. Bien entendu, dans tous les pays concernés, il pourra être parfois difficile de distinguer ce qui relève encore de l'assistance entre conjoints et ce qui bascule dans la relation de travail mais c'est un problème pratique, ce n'est plus un problème de principe. On remarquera cependant que la relation une fois établie, la qualité de conjoint du chef d'entreprise peut, comme en droit français, ou au contraire peut ne pas empêcher d'exercer des fonctions de représentation du personnel.

Les cinq législations concernées sont également très proches dans le refus de faire dépendre la rémunération de la situation familiale du travailleur. Nous ne sommes plus à l'époque, lointaine, des sursalaires, et la couverture des besoins familiaux relève aujourd'hui naturellement des prestations familiales ou du droit fiscal. Tout au plus observera-t-on qu'en Allemagne, et c'est aussi le cas en France, la rémunération du fonctionnaire peut s'accompagner d'une majoration pour charges de famille. Mais c'est aussi que, dans ces deux pays au moins, le traitement du fonctionnaire est censé d'être moins le prix de son travail que le moyen de mener une vie personnelle et familiale en conformité avec la dignité de sa fonction.

Dans ces conditions les deux terrains d'élection de la prise en compte des liens familiaux en droit du travail paraissent bien être aujourd'hui celui des congés, et celui de la rupture du contrat de travail et de la perte de l'emploi.

S'agissant d'abord des congés, les droits soumis à comparaison prennent fréquemment en compte des obligations ou événements familiaux au titre des causes justificatives. Le congé de maternité, qui se rencontre bien entendu partout, en est évidemment l'exemple le plus significatif mais la tendance actuelle est plutôt au développement et à la diversification de ces congés comme le montre nettement le rapport espagnol, dans l'analyse des dispositions concernées du Statut des Travailleurs. L'émergence du congé pour adoption ou encore du congé pour assister durablement un enfant gravement malade ou handicapé sont là, dans les différents droits, pour le prouver. Les congés les plus favorables sont naturellement ceux qui sont rémunérés, ce qui semble bien être le cas le plus fréquent mais qui n'est pas nécessairement celui du congé maternité, qui relève plutôt des prestations de protection sociale, sauf les nombreuses dispositions législatives ou conventionnelles organisant un maintien de la rémunération. Le rapport belge toutefois précise que les travailleurs ont aussi la possibilité de prendre des congés sans maintien de la rémunération, pendant 10 jours par an, pour des raisons familiales impérieuses parmi lesquelles la maladie du cohabitant figure avec celle du conjoint. Enfin, s'agissant des congés payés proprement dits, dont la justification n'est pas seulement familiale, le rapport belge encore comme le rapport allemand observent que dans toute la mesure du possible l'employeur doit tenir compte des responsabilités familiales des salariés pour la période des départs en vacances.

La rupture du contrat de travail, spécialement au cas de licenciement économique et surtout quand ce licenciement est collectif, peut aussi inciter à ne pas négliger des situations familiales particulières que la perte de son emploi par le salarié pourrait gravement compromettre. Il est vrai que la problématique n'est pas ici exclusivement familiale et qu'il s'agit surtout de protéger particulièrement des travailleurs fragiles dont on peut craindre qu'ils aient plus de mal encore que les autres à retrouver un travail. Cependant parmi ces sources de handicap certaines caractéristiques de la famille peuvent indéniablement figurer. Le droit français n'est en tout cas pas seul, comme le montre la comparaison menée dans l'étude, à préciser par exemple qu'il convient d'éviter autant que possible le licenciement des parents isolées avec enfant. C'est une circonstance que, dans la mise en œuvre de ce qu'il appelle le « principe de sélection sociale », le droit allemand prend également en considération comme d'ailleurs d'autres liens familiaux des travailleurs menacés par un licenciement. Le droit italien et, peut-être dans une moindre mesure, le droit belge vont également dans ce sens.

Il reste que le droit du travail ne peut légitimement prendre en compte les liens familiaux que de façon plus limitée que la protection sociale. Il reste aussi que, quand il les prend en compte et sauf circonstances particulières telles que le licenciement économique, c'est souvent dans un esprit traditionnel, qui se réfère

surtout à la famille légitime. De ce point de vue les rédacteurs de conventions collectives n'ont pas toujours l'audace ou l'imagination que l'on pourrait attendre, laissant trop au seul législateur le soin de bousculer les habitudes acquises pour imposer la reconnaissance ou à tout le moins le respect de liens nouveaux entre les personnes.

Le droit du travail est en partie devenu aujourd'hui le droit de l'emploi et à ce titre il ne peut bien sûr rester indifférent au non travail, à l'absence ou à la perte de l'emploi, par conséquent à l'indemnisation du chômage. Tous les pays concernés connaissent une telle indemnisation même si sa place dans l'ensemble du droit social peut varier d'un pays à l'autre, selon qu'elle relève ou non –la France est dans ce dernier cas- de la Sécurité sociale. Quelles que soient cependant les modalités de cette indemnisation, la référence au lien familial ne peut qu'y être fort réduite, surtout en ce qui concerne l'accès aux prestations et spécialement aux prestations de nature assurantielle et contributive. Tout ici est en effet essentiellement question de durée antérieure d'activité salariée et de cotisations à l'assurance chômage. Il pourrait cependant en être autrement pour ce qui est de la durée et du montant des prestations contributives, qui seraient par exemple susceptibles de dépendre au moins en partie des charges de famille. Le droit français cependant ne va pas en ce sens³¹⁸. En revanche, mais sur un point il est vrai limité, le droit espagnol fait varier le minimum et le maximum de la prestation contributive en fonction de la charge d'enfants. Quant au droit belge, il va plus loin puisque c'est le taux même des allocations qui peut varier selon que le bénéficiaire est ou non chargé de famille.

On peut en revanche imaginer que la référence au lien familial ait une importance plus affirmée quand les prestations versées à l'occasion du chômage sont de nature non contributive. Il y aurait en quelque sorte un lien particulier entre souci de solidarité et considération plus marquée de la famille. L'examen des législations concernées ne permet cependant pas d'être très affirmatif sur ce point même si, par exemple, le droit espagnol réserve dans certaines hypothèses les prestations de solidarité aux chômeurs assumant des responsabilités familiales.

En définitive et somme toute, plus ou moins fréquente, plus ou moins ouverte, la référence au liens familial pour l'accès aux droits sociaux constitue bel et bien un trait commun des cinq systèmes étudiés. Dans les cinq systèmes elle revêt du reste des caractéristiques relativement proches : limitée à la protection particulière du salarié en droit du travail, dotée d'un rôle complexe et parfois contradictoire en droit de l'aide sociale, elle s'affirme avec plus de liberté et de dynamisme en droit de la sécurité sociale. Sur ce terrain et dans le cadre de dispositifs encore très marqués par les distinctions socioprofessionnelles, qui rendent très difficile pour ne pas dire impossible une couverture véritablement universelle de chaque résident en cette seule qualité, elle demeure un instrument irremplaçable de la généralisation de la couverture maladie, au service d'une réalisation concrète du droit à la santé. De même et comme on pouvait s'y attendre contribue-t-elle aussi, dans la branche famille, à la mise en oeuvre du droit à une vie familiale décente. C'est peut-être la branche vieillesse qui connaît aujourd'hui, en la matière, la situation la moins satisfaisante, bridée qu'elle semble toujours être par la seule référence au lien conjugal ou matrimonial.

L'heure d'ailleurs n'a-t-elle pas sonné de quitter les rivages, toujours un peu nappés de brume métaphysique, du singulier pour cingler vers ceux, davantage baignés de la lumière de l'expérience et de la vie concrète, du pluriel ? En d'autres termes, plutôt que de référence au lien familial en général, n'est-il pas temps de reconnaître que c'est de référence aux liens familiaux tels qu'ils sont réellement vécus aujourd'hui qu'il s'agit aujourd'hui, aussi bien dans ce qu'il est convenu d'appeler le droit de la famille que dans l'accès aux droits sociaux ?

Il est vrai que la prise en compte des liens familiaux n'entraîne pas à coup sûr un renouvellement de leur conception. Il n'est pas exclu, après tout, ni non plus forcément illégitime, d'entendre s'attacher seulement aux rapports les plus traditionnels ou les mieux assis. Il est cependant permis de penser qu'il est dans la logique profonde de l'accès aux droits sociaux, quand cet accès passe, comme il se doit dans chacun de nos systèmes, par la référence aux liens familiaux, d'écarter une approche trop strictement classique de ces liens au profit d'une vision beaucoup plus large, d'une vision de grand large, à la fois pour mieux réaliser tous les objectifs de la protection sociale et pour faire des nécessités de la protection sociale un levier privilégié de

³¹⁸ Les rapports allemand et italien ne font pas non plus apparaître de mesures de cette nature.

renouvellement voire de mutation des liens familiaux eux-mêmes. C'est au fond et pour parler de ce qui nous est le plus connu le sens ultime des évolutions françaises récentes et c'est vers cet horizon qu'il convient sans aucun doute et tous ensemble de continuer d'avancer.

CONCLUSION GENERALE

La référence au lien familial constitue à la fois une force et une faiblesse pour l'accès aux droits sociaux. Elle s'impose comme une force lorsqu'elle permet d'ancrer solidement les droits de l'individu dans un statut et lorsqu'elle lui garantit une protection large contre certains risques. Elle se présente néanmoins comme une faiblesse lorsqu'elle conduit à écarter de l'accès aux droits des personnes qui ont souhaité construire leur famille en dehors du cadre du mariage. Certes, des progrès ont été réalisés par le droit de la sécurité sociale en ce qui concerne l'acceptation de nouveaux types de familles et la reconnaissance de liens familiaux marginaux - au regard de la famille légitime - puisque de nouvelles formes de vie en commun ouvrent l'accès aux prestations sociales. Certes, le droit de l'aide sociale s'est également adapté aux nouvelles formes de foyer pour calculer de quantum des prestations. Bien sûr, le droit du travail a procédé à une nouvelle rédaction des certains textes pour prendre en considération le Pacte Civil de Solidarité.

Mais, ces avancées ne s'inscrivent dans aucune logique d'ensemble. Pour cette raison, elles sont encore insuffisantes pour témoigner de changements profonds qui affecteraient les paradigmes normatifs qui structurent notre droit social. Pour que tel soit le cas, il faudrait que ces progrès résultent de la volonté du législateur de supprimer toute hiérarchie entre ces types de familles. Or, aujourd'hui encore, n'importe quel lien familial, autre que le lien familial légitime, n'est pas opérant pour créer le droit dérivé ou pour fonder des droits individuels dans la relation de travail. La prise en considération des familles constituées en marge du mariage et des autres formes de vie en commun ne s'illustre pas dans toutes les prestations de sécurité sociale. Elle est en réalité très irrégulière. En droit de la sécurité sociale, il s'agirait assez modestement d'une conséquence de la technique assurantielle. En d'autres termes, la prise en considération de nouvelles structures familiales ne doit pas être comprise comme la volonté de consacrer et d'institutionnaliser ces structures, mais comme une simple facilité technique qui permet le rattachement à l'assuré social. La différence est d'importance, c'est une différence d'objectif : dans le premier cas, l'objectif premier du législateur est de reconnaître le lien familial, l'accès à la prestation n'étant que la conséquence de ce lien. Dans le deuxième, l'objectif premier du législateur est d'organiser l'accès à la prestation, le lien familial n'étant qu'une astuce pour légitimer cet accès, qu'un moyen au service d'une fin supérieure. Certes, le droit français n'est pas isolé dans cette démarche. L'exemple des droits étrangers a largement montré que si la référence au lien familial pour l'accès aux droits sociaux reste un trait commun aux systèmes étudiés, elle revêt des caractéristiques relativement proches.

Aussi, il semble aujourd'hui que nous soyons engagés dans une voie intermédiaire caractérisée par l'acceptation timide de nouvelles formes de familles. C'est notamment ce qui explique la reconnaissance de droits individuels et du droit à certaines prestations sociales du partenaire du PACS ou de la personne qui vit maritalement avec l'assuré. C'est également ce qui explique la prise en considération de toutes les formes de couples par la branche famille de la sécurité sociale, encore que, en ce domaine, la place centrale de l'enfant et l'approche économique de celui ou de ceux qui l'accueillent justifient l'effacement de la nature du foyer qui en a la charge.

Pour autant, dans la mesure où des prestations sociales constituent des réponses à des risques par nature familiaux - nous pensons par exemple au veuvage ou au décès - à des risques dont la réalisation a un retentissement particulier lorsque l'assuré social qu'il frappe a une famille - nous pensons ici au décès de l'assuré social victime de la réalisation d'un risque professionnel - et dans la mesure où les droits dérivés ont toujours droit de cité, c'est la notion de famille qui doit être revue. Dans la mesure où des pans entiers du droit du travail reposent sur le principe de non discrimination, il doit prendre en considération plus largement toutes les formes de couples. Aussi, la référence quasi exclusive à la famille fondée sur le mariage doit-elle être dépassée. Peut-elle l'être lorsque la famille se présente sous le jour d'un groupe à géométrie variable ? La réponse est incontestablement positive, si la volonté de le faire est réelle. La récente loi du 15 novembre 1999 lui donne déjà des moyens d'y parvenir, en donnant des définitions du PACS et du concubinage. Cela

demande d'accepter d'abandonner la recherche d'une définition unique de la famille, non pertinente au regard des finalités du droit social. Une telle définition serait en effet inmanquablement source d'exclusion, compte tenu du caractère discriminant de toute définition. Il faut donc résolument opter sur une approche pragmatique du groupe familial qui conduirait à l'identification de «marqueurs» de la famille qui seraient autant d'indices et qui coexisteraient sans hiérarchie. Dans la logique profonde de l'accès aux droits sociaux, c'est dans cette voie qu'il faut continuer d'avancer.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.A.H.	Allocation pour adultes handicapés
A.J.D.A.	Actualité juridique de droit administratif
A.L.D.	Actualités législatives Dalloz
Al.	Alinéa
A.P.E.	Allocation parentale d'éducation
A.P.I.	Allocation de parent isolé
A.P.J.E.	Allocation pour jeune enfant
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
C.A.	Cour d'appel
C.A.F.	Caisse d'allocations familiales
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C.E.	Conseil d'Etat
Chron.	Chronique
C.J.C.E.	Cour de justice des communautés européennes
C.N.A.F.	Caisse nationale d'allocations familiales
C.N.A.M.	Caisse nationale d'assurance maladie
Concl.	Conclusions
Cons. constit.	Décision du Conseil constitutionnel
Comm.	Commentaires
C.O.T.O.R.E.P.	Commission technique d'orientation et de reclassement
C.P.A.M.	Caisse primaire d'assurance maladie
C.S.B.P.	Cahiers sociaux du barreau de Paris
C. séc. soc.	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail

♦ Dalloz

D.H.	Dalloz hebdomadaire (de 1924 à 1940)
D.P.	Dalloz périodique (jusqu'en 1940)
D.P.S.	Revue pratique de droit social
Dr. ouv.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
I.R.	Informations rapides
J.O.	Journal officiel
J.C.P.	Juris-Classeur périodique, édition générale
J.C.P., E.	Juris-Classeur périodique, édition entreprise
N.C.P.C.	Nouveau code de procédure civile
Obs.	Observations
Op. cit.	Référence précitée
P.U.F.	Presses universitaires de France
R.D.P.	Revue de droit public
Rev. dr. san. soc.	Revue de droit sanitaire et social
Rev. fr. aff. soc.	Revue française des affaires sociales
Rev. int. dr. séc. soc.	Revue internationale de droit de la sécurité sociale
Rev. int. dr. trav.	Revue internationale de droit du travail
R.I.D. comp.	Revue internationale de droit comparé
R.J.S.	Revue de jurisprudence sociale
R.J.S.L.	Revue de jurisprudence sociale Lamy
R.D.P.S.	Revue pratique de droit social
R.D.S.S.	Revue de droit sanitaire et social
R.T.D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil

♦ Sirey

Somm.	Sommaires
Somm. S.S.	Sommaires de sécurité sociale
S.S.L.	Semaine sociale Lamy
t.	Tome
T.A.S.S.	Tribunal des affaires de sécurité sociale
T.G.I.	Tribunal de grande instance
T.I.	Tribunal d'instance
T.P.S.	Travail et protection sociale

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I - OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX

ATTIAS-DONFERT C.

Les solidarités entre les générations Vieillesse, familles, Etat, éd. Nathan, 1995.

BADEL M.

Le droit social à l'épreuve du revenu minimum d'insertion, P.U.B., 1996.

BERTHET P.

Les obligations alimentaires et les transformations de la famille, éd. L'harmattan, 2000.

BOISSIER P.

La question sociale, éd. Ellipses, 1999.

BOURGUIGNON O., ROUSSEL L.

Génération nouvelles et mariage traditionnel, travaux et document n° 86, éd. PUF

BURGUIERE A., KLAPISCH-ZUBER C., SEGALEN M., ZONABEND F.

Histoire de la famille, le choc des modernités, Tome III, éd. Le livre de poche

CAMMILERI A. F.

La protection sociale en Europe, Etude de droit public comparé, éd. Joly, 1993.

CARBONNIER J.

A chacun sa famille, à chacun son droit, Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, 7 éd. L.G.D.J., 1993.

CASTALDO A., TIMBAL P. C.

Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, Précis Dalloz, 8 éd.

COMMAILLE J.

Misères de la famille question d'Etat, Presses de sciences politiques.

COMMAILLE J., MARTIN Cl.

Les enjeux politiques de la famille, éd. Bayard, 1988.

ESMEIN P.

Problème de l'union libre, éd. Sirey, 1936.

GARAUD M.

La révolution française et la famille, Publication de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers.

GILLES A.-M.

Le couple en droit social, éd. Economica, 1997.

HANTRAIS L., LETABLIER M.-T.

Famille, travail et politiques familiales en Europe, Cahier du Centre d'Etudes de l'Emploi, PUF, 1996.

JENSON J., SINEAU M. (sous la direction de)

Qui doit garder le jeune enfant ?, Droit et société, L.G.D.J., 1998

JOEL M.-E, MARTIN C.

Aider les personnes âgées dépendantes, ENSP, 1998.

NOGUEROL D.

Discriminations sexuelles et droits européens, éd. Masson, 1993.

PELISSIER J.

Les obligations alimentaires, unité ou diversité, Thèse Lyon, LGDJ 1961 p 161

PETOT P.

Histoire du droit privé, la famille, textes établis et annotés par C. Bontems, éd. Loysel, 1992.

PITROU A.

Les politiques familiales Approches sociologiques, éd. Syros, 1994.

Les solidarités familiales, Vivre sans famille ?, Pratiques sociales, Privat, Toulouse 1992 p 230.

RIBEYROL-SUBRENAT M.

Le fait de l'assuré social, Thèse, Bordeaux, 1999.

ROUSSEL L.

La famille incertaine, éd. Odile Jacob, 1989.

SAYN I.

Enfant à charge et parent isolé ou les difficultés de mise en œuvre des critères de fait, groupe de recherche sur la socialisation, CNRS/Lyon, mai 1996.

SEGALEN M.

Sociologie de la famille, Armand Colin, quatrième édition, 1996.

DE SINGLY F., SCHULTHEIS F.

Affaires de famille, affaires d'Etat, Sociologie de la famille, Colloque franco-allemand, Ifras Goethe-Institut, éd de l'est.

DE SINGLY F.

Sociologie de la famille contemporaine, Nathan Université, 1993.

SUPIOT A.

Au-delà de l'emploi, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, 1999.

TAURAN T.

Contribution à l'étude des régimes spéciaux de sécurité sociale, thèse, Bordeaux, 1996.

THELOT Cl., VILLAC M.

Politique familiale, Bilan et perspectives, Rapport au ministre de l'emploi et de la solidarité et au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, mai 1998.

VIELLE P.

La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales Une approche du genre, bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, XXXI, éd. Bruylant, Bruxelles, 2001.

WALINE M.,
L'individualisme et le droit, éd. Domat-Montchrétien, 1949

II - MANUELS ET TRAITES

ALFANDARI E.
Aide et action sociales, éd. Dalloz, 1993.

BELORGEY J.-M., LAFORE R.
Droit de l'aide et action sociales, éd. Mont chrétien, coll. Domat, 2000.

BOULANGER F.
Droit civil de la famille, aspects internes et internationaux, Tome I, Economica 1990.

CARBONNIER J.
Droit civil " La famille ", PUF, 1993.

COLOMBERT C.
Droit civil " La famille ", PUF 1990.

DUPEYROUX J.-J., R. LAFORE, M. BORGETTO
Droit de la sécurité sociale, Précis Dalloz, 14 éd., 2001.

GHESTIN J.
Traité de droit civil, Introduction au droit, L.G.D.J.

HAUSER J., HUET-WEILLER D.
la famille, fondation et vie de la famille, Traité de droit civil, LGDJ, 1993.

LABRUSSE-RIOU C .
La famille, Droit civil, Masson, 1984.

MALAURIE PH., L. AYNES L.
La famille, Droit civil, 1993/1994, CUJAS.

NICOLEAU P.
Droit de la famille, Collection Ellipses, 1996.

De SINGLY F.
Faire avec" Vues rétrospectives sur le familial et le juridique, Normes juridiques et régulation sociale, L.G.D.J., coll. Droit et société, 1991, pp . 371-382.

TERRE F.
La famille, Dalloz, 1993.

III - RAPPORTS, ENQUETES, ET OUVRAGES COLLECTIFS

«*Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*», Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXIX, 1988.

«*Atouts et difficultés des allocataires du RMI : rapport final*», CERC, 3e trimestre, n° 102, p. 89, La Documentation française.

«*La sécurité sociale face à la transformation des structures familiales*», Etudes et recherches N° 29, Rev. int. séc. soc. 1991, vol. 1-2, p. 58.

«*Famille nombreuses, mères isolées : situation économique et vulnérabilité*», Etude du CERC, Documentation française, Documentation française, 1987.

«*Les notions de droit dérivé et de droit propre dans les législations de sécurité sociale des Etats membres du Conseil de l'Europe*», Conseil de l'Europe, Affaires sociales, Strasbourg; 1986.

«*Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés*», Colloque de droit européen, Messine, 1981.

«*Les concubinages*», éd. du CNRS, Tome I 1983, Tome 2 1986., sous la direction de J RUBELLIN-DEVICHI

«*Le droit non civil de la famille*», Faculté de droit de Poitiers et PUF, 1983.

«*Que sont les familles devenues ?*», Bulletin CAF n° 63/96.

«*La famille en débat*», Informations sociales n° 49 à 54.

Le travail des enfants en France, Rapport du ministère de l'Emploi- Direction des relations de travail, novembre 1998, Liaisons sociales, doc. du 18 mai 1999, n°43/99.

«*Le rapport Gisserot et l'avenir de la famille*», Questions de sécurités sociales n° 2/97 p 28.

«*Droit du logement, droits au logement et stratégies familiales*», Centre de droit de la famille, Economie et statistiques, n°321-322, 1/2, 1999.

«*Family observer*», Observatoire européen pour les affaires familiales, Office des publications officielles des communautés européennes, 1999.

«*Quels droits pour quelles familles ?*», Actes du colloque de Paris 2000, Ministère de la justice, La documentation française, 2001.

«*Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine* », Etude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 1er mars 1999, la documentation française 2000.

Rapport de la commission présidée par P.Vanlerenberghe, *RMI : le pari de l'insertion*, Tome I La documentation française, mars 1992.

La politique de contrôle des CAF, dossiers CAF mars 1987.

Données sur la situation sanitaire et sociale en France en 2000, DREES, la documentation Française fév. 2001

IV - ARTICLES, CHRONIQUES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

ACHOUÏ K., FLORA J.-M.

Vers un nouveau modèle d'organisation familiale : Le contrat d'union civile, Les petites affiches, avril 1993, n° 43, p 8.

AGOSTINELLI X.

Le concubinage homosexuel dans la loi D.M.O.S. du 27 janvier 1993 : le législateur a-t-il ouvert la boîte de Pandore ?, Revue de recherche juridique, Presses universitaires d'Aix Marseille, 1994/1, pp. 121-138.

ALFANDARI E.

L'aide sociale et l'exclusion : paradoxes et espérances, Dr.soc. 1974 p 96.

Le recouvrement des frais d'hospitalisation sur les débiteurs d'aliments, Mélanges Auby 1992 p. 673

ALLAND D.

Ouverture : les mœurs sont-elles solubles dans le droit ?, Droits, Revue française de théorie juridique, 1994, n° 19 «Droits et mœurs», PUF.

ALLIOT-MARIE M.

Familles et droit, Dr. soc. 1975.

ALT-MALTES F.

Choisir la vie maritale ou choisir la vie conjugale, JCP 1983, Vol 1, n° 3119.

La situation de la concubine et de la femme mariée dans le droit français, Rev. trim. dr. civ. 1983, p. 641.

AMIEL P.

Le concubinage et les prestations familiales (p 280)

Droit de la famille et contrôle social (Annales de Vaucresson 1987)

ATHIAS-DONFUT C.

Transferts publics et transferts privés entre générations, in C.Attias-Donfut Les solidarités entre générations. Vieillesse, familles, Etat, Nathan, Paris 1995 p 23.

Solidarités invisibles entre générations, Projet n° 249, mars 1997 p. 45.

BADEL M.

La solitude du parent, in *Insertion et solitude*, éd. De la Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 1993, pp. 37-54.

L'incidence des prestations familiales sur l'insertion des familles, Rev. dr. san. et soc.1994, pp. 674-686.

Quel droit aux allocations familiales, in *Drôle(s) de droit(s)*, Mélanges en l'honneur de E. ALFANDARI, Dalloz, 1999, pp. 203-218.

BARBIER J.-Cl., LETABLIER M.-Th.

Etat et familles, Politiques publiques comparées en Europe, in L'Etat à l'épreuve du social, sous la coordination de AUVERGNON Ph., MARTIN Ph., ROZENBLATT P., TALLARD M., éd. Sylepse, 1998, pp. 139-151.

BENOIT A.

Pour une meilleure conciliation entre vie familiale et vie professionnelle, Droit de la famille, 1999, p.4

BERTHOU K., MASSELOT A.

La CJCE et les couples homosexuels - CJCE 17 février 1998, Lisa Jacqueline Grant, Dr. soc. 1998 pp. 1034-1043.

BICHOT J.

Peut-on en finir avec les droits dérivés ? L'assurance maladie, Dr. Soc 1985, p59.

Protection sociale : clarifier les idées avant de réformer, Dr. Soc 1988, p 234.

Quelle prise en compte des activités non monétarisées par la Sécurité sociale, Dr. Soc 1991, p 522.

BICHOT J., MARCILHACY D.

Familles et retraites : un système incohérent et injuste, Dr. Soc 1994, p 734.

La farfouille des quotients familiaux, Dr. Soc. 2001, p. 167.

De BIE P.

Enjeux de la politique familiale, Rev. belge de séc. soc., mars 1977, p.242.

BOUDINEAU C.

L'enfant et le droit social, Les Petites Affiches, n°53, p.132.

BOULMIER D.

Procédure prud'homale et concubin. Une mise en ménage difficile, JCP, éd. E, 1999, n°17, p. 755.

BRISSET C.

La situation de l'enfant dans le monde, Les Petites Affiches, 1999, n°237, p. 11.

BRUEL A.

L'exploitation de l'image de l'enfant en France, Les Petites Affiches, 1999, n°328, p.14

BUCHER Daniel, *Concubinage, vie maritale, vie commune*, Dr. soc, 1997, p.288.

BURNEL R.

Un programme commun pour les familles, DS 1978, n° spé., p 78.

BUYSSE J.

Modèles familiaux et législations sociale dans les pays de la C.E.E : étude comparative, Rev. int. séc. soc., 1992, p. 111.

CANTILLON B.

Mutations socio-démographiques et sécurité sociale, Dr. Soc 1992, p 150.

La sécurité sociale face à la transformation des structures familiales, Etudes et recherches, n° 29, Association internationale de Sécurité sociale, 1992, p. 33.

CARBONNIER J.

A chacun sa famille, à chacun son droit, in Essai sur les lois, Defrénois, 1979, p. 231.

CHAUVIÈRE A.

Familialisme et régulation sociale ou aspects de la démultiplication du concept de famille, Annales de Vaucresson 1987, II, n°27.

CHENILLET P.

La majoration pour charge d'enfant, une prestation nouvelle, accessoire à la pension de réversion, RDSS 1988, p 808.

CREUZ H.

Les prestations de décès-survivant : réalités et perspectives d'avenir, Rev. int. séc. soc., 1992/1, p. 107.

CUVILLIER R.

Sur la protection sociale de l'épouse non active, Dr. soc. 1988, p. 531.

L'activité ménagère de l'épouse au foyer : base d'obligations et de droits propres ?, Dr. soc. 1990, p. 751.

DARRACQ L.

La protection de la vie personnelle du salarié au travail, Semaine sociale Lamy, n°940n p.3.

de la MARNIÈRE E.-S.

Concubinage homosexuel et assimilation du concubinage au mariage dans les avantages sociaux, Journal des notaires et des avocats 1986, p 1303.

Un choix, mariage ou concubinage ?, JCP 1988, 3326.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F.

Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, RTDC 1995, p 249.

La famille, RTDC 1995, p 249.

Modèles et normes en droit contemporain de la famille, in Mélanges Christian MOULY, éd. Litec, 1998, pp. 281-298.

DESDEVISES Y.

Comparution en personne et représentation des parties en matière prud'homale, Dr. soc. 1985, p.504.

DESPLANQUES G.

La famille : histoire d'un concept, RFAS 1994, p 95.

EEKELAAR J.

Droit de la famille et contrôle social, Annales de Vaucresson 1987, II, n°27.

EKERT-JAFFE O., MAUGÜE C.

La politique familiale, in La France dans deux générations, éd. Fayard, 1992, pp.223-253.

ENDREO G

Bigamie et double ménage, Rev. trim. dr. civ. 1991, pp. 263-282.

FAGNANI J.

Politique familiale, flexibilité des horaires de travail et articulation travail/famille. L'exemple des employées de la grande distribution en France et en Allemagne, Dr.soc. 1999, p. 244.

Lacunes, contradictions et incohérences des mesures de conciliation travail/famille bref bilan critique, Dr.soc. 1998, p. 596

FATOUX C.

Concubinage ou vie maritale : une appréciation difficile, Bull. CAF, n° 6-7 1980, p 13.

FAVIER Y.

Dossier sur " l'impact des politiques familiales ", Informations Sociales, n°49-50

FLOREAL N.

Peut-on généraliser la généralisation ?, Dr.Soc. 1978

La loi du 28 décembre 1979 sur le maintien des droits en matière de Sécurité sociale: pour quoi faire?, Dr.Soc., 1980, p 344.

La généralisation inachevée, Dr.Soc. 1985, p 35.

FRAGONARD B.

Problèmes relatifs à la famille monoparentale, Les Petites Affiches, 1997, n°121, p.14

FROGER D.

Difficultés inhérentes à la récupération des créances d'aide sociale, Defrénois 1999, p. 392.

GENESTE N., SUBRENANT M.

Patronat et action sociale en Dordogne, Bull. de la rev. d'histoire de la séc. soc., n°40.

GILBERT N.

Politiques sociales et relations familiales : que peut-on changer ?, RISS 3-4 1994, p. 177.

GISEROT H.

Rapport sur “ la famille aujourd’hui ”, Quest. De séc. Soc., février 1997, p 28.

GOUTTENOIRE-CORNUT A.

Collaboration familiale et enrichissement sans cause, Droit de la famille, 1999, p.6.

GRANET F.

Créances alimentaires : solidarités familiales ou solidarité sociale ?, in La dépendance des personnes âgées, n° sp. Rev. dr. san. et soc. 1997, p. 115.

GRANET L.

La branche famille ou le parent pauvre de la sécurité sociale, Quest. De séc. Soc. Avril 1997.

GRANGER R.

La situation du conjoint de l’assuré social au regard de l’assurance maladie, JCP 1958, I, 1457.

HARICHAUX-RAMU M.

L’évolution de la pension de réversion, Dr.Soc. 1980, p 236.

Vers un tournant de la médecine libérale ?, Rev. dr. san. et soc. 1994. 226.

HAUSER J.

Vers une théorie générale du droit familial ?, D 1991, chronique p 51.

L’avènement du Quasi-mariage, Petites affiches, 16 mai 1988, p. 61.

Prestations familiales et modèles familiaux, RDSS 1994.

Le droit de la famille et l’utilitarisme, in L’avenir du droit, Mélanges en l’honneur de François

TERRE F., 1999, pp. 441-453.

Une famille récupérée, études offertes à P. CATALA, Le droit privé à la fin du XXème siècle, éd. LITEC, 2001.

HOCHARD J.

Les finalités primaires et secondaires des prestations familiales, Dr. soc. 1957, pp.306-382.

Le droit personnel des enfants aux prestations familiales, Dr. soc. 1961, p.51.

JESTAZ Ph.

L’égalité et l’avenir du droit de la famille, in L’avenir du droit, Mélanges en l’honneur de François TERRE, 1999.

KAMERMAN B.

Les familles monoparentales, RISS 1989, n° 1.

KAMARMAN B., KAHL A.-J.

Les familles monoparentales dont le chef est une femme en Europe occidentale : évolution des situations sociales et des réponses, Rev. int. séc. soc. 1989, p. 3.

KELLERHALS J.

Les types d’interactions dans la famille, L’année sociologique 1987.

KERSCHEN N.

La doctrine du rapport Beveridge et le plan français de Sécurité Sociale de 1945, Dr.Ouvrier, 1995, p 415.

KESSLER et GEA F.

Le principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale, in Drôle(s) de droits(s), Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari, 2000.

KUHNMUNCH O.

Bilan des politiques de sécurité sociales : Les enjeux pour le troisième millénaire, D 1996, I, n° 3915, p 127.

KUIJMAN A.

Politique sociale et formes de vie familiales en Europe, RISS 1994, Vol 47, p 13.

LAGARDE P.

La rentabilité de l'assurance vieillesse des mères de famille, DS 1985, p 405.

LAROQUE P.

Famille et sécurité sociale, Rev. fr. aff. soc. 1947, p. 831.

De l'assurance sociale à la sécurité sociale, Rev. inter. trav. 1948, pp. 621-649.

Sécurité sociale et prestations familiales, 1950, p. 129.

Droits de la femme et pensions de veuve, Rev. int. du trav. 1972, p; 1

Quarante ans de sécurité sociale, Rev. fr. aff. soc. 1985/3

LE CHATELIER G.

La notion de couple dans les dispositifs d'indemnisation du chômage, Dr. soc. 1992, pp. 405-406.

LEFRANC C.

Ménages et familles : constructions statistiques et réalités nationales, RFAS, p 77.

LEFRANC-HARMONIAUX C.

L'entraide entre les époux à l'épreuve du temps, Droit de la famille, 1999, p.4.

LE GALL D.

La quête du sens de la famille, A propos de la 70^e session des semaines sociales de France : " Une idée neuve, la famille, le d'amour et lien social ", France Forum, p 38.

Les foyers monoparentaux, Annales de Vaucresson.

LE GALL D., MARTIN C.

La complexité des régulations sociales appliquées à la famille : l'exemple des foyers monoparentaux, Annales de Vaucresson, 1987, II, n°27.

LE GUIDEC J.

Le recul de la gratuité dans la sphère familiale, in Le travail en perspective, sous la direction de Alain SUPIOT, pp. 237-246.

LOUIS P., de MARCILLAC J.

Incohérent et injuste, le système des aides financières aux familles a besoin d'être totalement réformé, Dr. soc. 1981, pp. 113-123.

LUSSEAU J.-F.

Vie maritale et droit de la sécurité sociale, DS 1980, p 203.

LYON-CAEN G.

Les victimes d'accidents, victimes aussi d'une discrimination, Dr. soc. 1990, pp. 737-739.

MARSAULT H.

Droits propres contre droits dérivés : l'individualisation des droits sociaux comme moyen d'améliorer la sécurité économique d'existence individuelle et familiale, Dr. Soc. 1985, p 875.

MARTIN C.

La solidarité des proches : enjeux et limites pour la protection des personnes âgées dépendantes, in F.Kessler, *La dépendance des personnes âgées. Un défi pour le droit de la protection sociale*, PU de Strasbourg, 1994 p 257.

MASSIP J.,

Les recours exercés contre les débiteurs d'aliments par les services de l'aide sociale ou les hôpitaux et hospices, Defrénois 1990 p 475

MAURICE M.

Méthode comparative et analyse sociétale. Les implications théoriques des comparaisons internationales, Sociologie du travail, 1989, n°2, p. 178.

MADIOT Y.

De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain, in *Les orientations sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, pp. 353-365.

MARTIN

Les familles recomposées, Informations Sociales n° 105.

MARTINE E.-N.

Le développement de la législation sociale et le droit de la famille, RTDC 1953, p 623.

MERCEREAU

La loi désorientée, DS 1978.

MERIC

Sécurité sociale et structures familiales en France, Dr. Soc. 1972, p 149.

MONEGER F.

L'immigré et sa famille : l'incidence du statut personnel sur la protection sociale des immigrants, RDSS 1987, p 246.

Nullité du mariage et prestations sociales, RDSS 1989, p 554.

La polygamie en question..., JCP 1990, Vol I, n° 3460.

Ayant droit / pers vivant avec un assuré social, RDSS 1993, p 333.

Le respect de la vie familiale pour lutter contre l'exclusion, RD sanit.soc. 2000 p 447

MOUVEAU E.

Le contrat de couple et le droit du travail, D. 1998, I, p. 385

NICOLAIDES N.

La prestation spécifique dépendance : une nouvelle aide pour les personnes âgées,

NEIRINCK C.

Le statut juridique des mineurs de 7 à 13 ans, Les Petites Affiches, n° 44, 1994, p. 11.

OLIVIER F.

L'enfant et la profession de mannequin, Légicom, 1995, p.16.

ORY P.

L'abandon de la condition d'activité professionnelle pour l'ouverture du droit aux prestations familiales, dr. soc. 1978, n° sp. sept.-oct., p.14.

PAVARD F.

Remarques sur l'assurance vieillesse, DS 1978, p 62.

PRETOT X.

La création de l'assurance veuvage, RDSS 1981, p 454.

L'immigré et sa famille, RDSS 1987, p 254.

Quelle famille est prise en compte dans notre système de sécurité sociale, RDSS 1991, p 482.

REMY P.-L.

Réduction du temps de travail et vie familiale, Dr. soc. 1999, p. 1012

RENAUDAT E., M. VILLAC

L'allocation de soutien familial, l'intervention de l'Etat dans la gestion privée de l'après divorce, in affaires de famille, affaires d'Etat, s/ la direction de F. de SINGLY et de F. SCHUITEIS, éd. de l'Est, p. 89.

RODIERE P.

Droit social : famille et égalité de traitement, rev. dr. comp. 1990, p. 297.

RODIERE R.

Les prestations familiales, D. 1947. 15. d

ROMI P.

La conception sociale de la famille en droit européen, in *Le droit non civil de la famille*, 1983.

ROUAST A.

La sécurité sociale et le droit de la famille, Etudes offertes à G. Ripert, 1950, p 345.

ROUSSEAU F.

L'enfant et l'argent, Petites Affiches, 1995, p.10.

ROTONDI M.

Quelques considérations sur le concept d'obligation naturelle et sur son évolution

ROUSSEL L.

Les types de familles, in : *La famille, l'état des savoirs*, éd. La découverte 1992.

RUBELLIN-DEVICHI J.

L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait, RTDC 1984, p 390.

La condition juridique de la famille de fait en France, JCP 1986, Vol I, n° 3241.

Des éléments constitutifs du concubinage, RTDC 1989, p 53.

Mariage et concubinage, RJS 1996, N° 3903.

Droit de la famille, JCP 1996, I, n° 3903.

RUELLAN R.

La femme et la sécurité sociale, DS 1976, p 56.

SAVATIER R.

Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit, D 1939, p 49.
L'affectation des prestations familiales, J.C.P. 1941. I. 227.

SAVATIER J.

Les contrats de travail conclus avec un couple de travailleurs, Dr. soc. 1994, p. 237.

SCHEIWE K.

Qui perçoit une aide ?, RISS 1994, Vol 47, p 55.

SEVERIN E.,

La prise en charge des personnes âgées : entre solidarité familiale et solidarité nationale, in la dépendance des personnes âgées, n°spécial RD sanit.soc. 1997 p 133

SLEDZIEWSKISI

Individualité et modernité : regards sur une civilisation de l'individu, in *Vertus privées, vertus publiques*, p. 363.

SULLEROT E.

Rapport sur " le travail et l'emploi des femmes " présenté et adopté par le Conseil économique et social, JO du 31 janvier 1984, p 5 ; Résumé de l'avis adopté par le Conseil Economique et Social sur le rapport Sullerot au DS, p 117.

TAURAN T.

Le contrat de travail de l'incapable, Les Petites Affiches, 1999, p. 11-26, n° 135 et 136.

THERY R.

" Les personnes à charge et le droit de la famille ", JCP 1948, n° 739.
" Trois conceptions de la famille dans notre droit ", D 1953, p 57.

VACHET G.

Concubinages et vie maritale dans notre droit de la sécurité sociale, in " Les concubinages ", publication du CNRS 1986, Tome II, p 185.

VELDKAMP G.-M.

L'extension de la protection sociale aux catégories de personnes autres que les travailleurs : dynamique de l'Etat-providence et relations industrielles, DS 1977, p 108.

VIAL PEDROLETTI B.

Le concubinage homosexuel sous les feux de l'actualité ... et des foudres de la jurisprudence, *Loyers et copropriété*, 1998, Chr. 5, p. 4.

ZAIDMAN C.

L'individualisation des droits réduirait-elle les inégalités hommes/femmes ?, Dr. soc. 1998, pp. 590-595.

VI - JURISPRUDENCE **(classement thématique)**

Assurance décès :

- Cass. Civ. 2°, 15 décembre 1955, CPSS de Paris c. D. Carbonnier (JCP 1955, II, n° 9257).
- Cass. Civ. 2°, 17 novembre 1955, Veuve Garzon c. CPSS (JCP 1955, II, n° 9085).
- Cass. Civ. 2°, 13 janvier 1961, CPSS du Calvados c. Dame L (D 1961, p 269, note du professeur Dupeyroux).
- Ass. Plén. 30 janvier 1970, Directeur régional de la sécurité sociale de Lille c. Dame Dez (D 1970, JP, p 221, avec les conclusions de l'avocat général Lindon et une note du professeur Dupeyroux).
- Cass. Soc. 6 avril 1995, CPAM de la Haute Marne c. Blaque (RJS 5/95, n° 572, p 377)

Assurances maladie et maternité :

- Cass. Soc. 11 juillet 1989, CPAM de Nantes c. Mme L (Gaz. Du Palais 1990, JP, p 217, avec les conclusions de l'avocat général M. Dorwling-Carter ; D 1990, JP, p 582, Note du professeur Malaurie ; RDSS 1990, p 116, Chronique de M. Harichaux).
- Cass. Soc. 8 mars 1990, CPAM de Saint-Etienne c. Meguellati, (RJS 4/90, n° 340 ; D 1991, II, p 119 ; D 1991, sommaire commenté, p 119).
- Cass. Soc. 13 juillet 1994, CPAM de Seine et Marne c/ Ponnau, (RJS 8-9/94, n° 1074, p 629).
- CJCE 8 juin 1995, Delavant c. Allgemeines (RJS 8-9/95, n° 971).

Assurance vieillesse :

- Cass. Soc. 30 janvier 1970 (D 1970, p 221).
- CE 11 juillet 1980 (AJDA 1980, p 523 ; JCP 1981, n° 19629).
- Cass. Soc. 9 décembre 1985, Veuve Graffion c. CPAM de Bretagne (D 1986, info. Rapides, p 373).
- Cass. Soc. 22 avril 1986 (D 1986, p 270)
- Cass. Soc. 9 novembre 1995, DRASS du Centre c. Da Silva (RJS 12/95, n° 1286, p 817).

Droit du travail :

DARVES-BORNOZ Paul note sous Cass. soc. 1^{er} juin 1999, Banque Savoissienne de Crédit c/ mme Meynet et syndicat CFDT des Banques, Dr. ouvrier 1999, p. 289.

HALLER Marie-Christine, note sous Cass. Soc., 16 février 1999, Pourvoi n°96-41.838, arrêt n°609, JSL, n°32, p. 14

LE CANNU Paul note sous Cass. Com. 5 juillet 1995, Despinoy c/ASSEDIC de la Réunion, les Petites Affiches, 3 janvier 1996, n°2, p.9.

MOULY Jean note sous Ch. Soc., 17 décembre 1990, SNC Cuff et Cie c/Mme Spataro, D., 1991, II, p., 596 et sous Cass.soc. 18 novembre 1998, Duarte c/Copropriété Le Buffon, D. 1999, II, p. 443

NEVIERE Emmanuel, note sous Cass. soc., 18 novembre 1998, Duarte, Rép. Not. Defrénois, 1999, p. 854.

ROUSSEL Franck, note sous Civ. 1°, 20 décembre 1993, Guilpain c/consorts Guilpain et a., JCP, éd. N, 1995, II, p.536 et sous Civ. 1°, 11 juin 1980, Jorga c/ consorts Jorga et a., JCP, éd. N, 1995, p.985.

SAINTOURENS Bernard, note sous Paris, 4° CH., sect. A, 25 septembre 1996, SMI Mamelin c/ASSEDIC du Val-de-Marne, BMIS, 1997, p.47.

PLAN DETAILLE

AVANT-PROPOS.....	4
COMPOSITION DE L'EQUIPE.....	7
METHODOLOGIE ET CALENDRIER DES TRAVAUX.....	8
INTRODUCTION	9
PREMIERE PARTIE - LE ROLE DU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX DROITS SOCIAUX : ANALYSE CRITIQUE.....	19
CHAPITRE I : REGIMES DE SECURITE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, ANALYSE CRITIQUE.....	20
SECTION 1 – LES ASSURANCES SOCIALES : UN TABLEAU CONTRASTE	21
Paragraphe 1 - Le rôle marginal du lien familial dans les assurances maladie et maternité pour l'attribution de la qualité d'ayant droit.....	22
A – L'existence de la référence à la qualité de membre de la famille pour l'attribution de la qualité d'ayant droit	22
B - Le dépassement de la référence au lien familial pour l'attribution de la qualité d'ayant droit.....	24
Paragraphe 2 - Le rôle inégal du lien familial pour l'attribution de la qualité d'ayant droit pour l'assurance décès.....	27
Paragraphe 3 - Le rôle déterminant du lien conjugal pour l'attribution de la qualité d'ayant droit dans les assurances veuvage, invalidité et vieillesse	29
A - La référence au lien conjugal actuel	29
1) <i>La référence obligée au mariage en matière de veuvage</i>	30
2) <i>Les marques de la référence au mariage en matière d'invalidité et de vieillesse</i>	32
a) L'empreinte de la référence au mariage dans l'assurance invalidité	32
b) L'empreinte de la référence au mariage dans l'assurance vieillesse	33
B - La place accordée au lien conjugal dissout	34
SECTION 2 – LA COUVERTURE DU RISQUE PROFESSIONNEL : UN PRIVILEGE DE LA FAMILLE AU SENS TRADITIONNEL.....	36
Paragraphe 1 - Les ayants droit à rente en cas de décès de la victime directe du risque professionnel	36
Paragraphe 2 - Qualité d'ayant droit et réparation du dommage par ricochet : un obstacle pour la réparation intégrale ?	37
SECTION 3 - LES PRESTATIONS FAMILIALES : DES PRESTATIONS POUR TOUTES LES FAMILLES ?	40
Paragraphe 1 – La prépondérance de l'approche économique de la famille.....	41
A - <i>La place croissante des prestations familiales dans le soutien au revenu.....</i>	42
B - <i>La tentative vaine de placer les allocations familiales sous condition de ressources.....</i>	43
Paragraphe 2 - Le rôle des prestations familiales dans l'insertion des familles.....	49
A - <i>Les prestations familiales : un facteur d'insertion sociale</i>	50
B- <i>Prestations familiales et insertion professionnelle du parent</i>	53
Paragraphe 3 – La prise en compte contrastée des nouveaux liens familiaux par les prestations familiales. 56	
A – <i>La prise en compte limitée des obligations alimentaires : les restrictions apportées à la portée du lien familial.....</i>	56
B - <i>L'adaptation des prestations familiales aux nouvelles configurations de la famille : la prise en compte progressive de nouveaux liens familiaux</i>	58
Paragraphe 4 – L'éclairage des régimes spéciaux.....	58
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	61

CHAPITRE II : AIDE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, ANALYSE CRITIQUE	63
SECTION 1 – REFERENCE AU LIEN FAMILIAL ET ADMISSION A L'AIDE SOCIALE	63
Paragraphe 1 - Prise en compte des créances d'origine familiale.....	63
A – L'obligation alimentaire	63
1) <i>Les obligations alimentaires civiles</i>	63
2) <i>Les obligations alimentaires en aide sociale</i>	65
B – La prise en compte des prestations à orientation familiale	66
Paragraphe 2 - Les ressources des membres du foyer.....	67
A – La prise en compte des ressources des membres du foyer.....	67
1) <i>Les ressources du couple</i>	67
2) <i>La majoration du montant de la prestation</i>	68
B - La preuve de l'existence du couple non marié.....	69
SECTION 2 - REFERENCE AU LIEN FAMILIAL ET RECUPERATION DES SOMMES VERSEES	70
Paragraphe 1 - Une mise en œuvre ambiguë des recours.....	70
A- <i>Les recours contre les débiteurs d'aliments</i>	70
B – <i>Les recours prévus par l'article L 132-8 du Code de l'aide sociale et des familles</i>	71
Paragraphe 2 - Une mise en œuvre atténuée des recours	72
A - <i>Atténuations des recours pour certaines prestations</i>	72
B - <i>Les exonérations</i>	73
SECTION 3 – L'INDEMNISATION DU CHOMAGE	74
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	75
CHAPITRE III : DROIT DU TRAVAIL ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, ANALYSE CRITIQUE... 76	
SECTION 1 – L'EXCLUSION DU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX REGLES DU DROIT DU TRAVAIL.....	79
Paragraphe 1 – Le droit du travail protégé du lien familial	79
A - <i>La protection des institutions du droit du travail</i>	79
B - <i>La protection des instruments du droit du travail</i>	80
Paragraphe 2 – Le lien familial protégé par le droit du travail	83
A - <i>Le principe de non-discrimination</i>	83
B - <i>Des limites au principe de non discrimination ?</i>	84
SECTION 2 – LA PRISE EN COMPTE DU LIEN FAMILIAL DANS L'ACCES AUX DISPOSITIONS DU DROIT DU TRAVAIL	86
Paragraphe 1 - La prise en compte du lien familial en tant qu'accès aux politiques de l'emploi par le droit du travail.....	86
A - <i>Le lien familial comme mode d'accès au salariat</i>	86
B - <i>Le lien familial comme entrave au droit du licenciement</i>	87
Paragraphe 2 - Les dispositions privilégiant le lien familial dans les dispositions du droit du travail.....	87
A - <i>Les dispositions relatives aux événements affectant la vie familiale du salarié</i>	87
B - <i>Les dispositions relatives aux événements favorisant la vie familiale du salarié</i>	87
CONCLUSION DU CHAPITRE III.....	89
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	90

DEUXIEME PARTIE - LA REFERENCE AU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX DROITS SOCIAUX : PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS.....91

CHAPITRE I : REGIMES DE SECURITE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL : PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS.....92

SECTION 1 - L'AVENIR DE LA REFERENCE AU LIEN FAMILIAL DANS LES ASSURANCES SOCIALES ET DANS LA COUVERTURE DU RISQUE PROFESSIONNEL..... 93

Paragraphe 1 - L'avenir de la référence au lien familial en matière d'assurances maladie et maternité..... 93

Paragraphe 2 - L'avenir de la référence au lien familial pour la prise en charge des autres risques sociaux et du risque professionnel..... 96

A - Pour une mise en adéquation des droits dérivés et des transformations de la famille : l'élargissement du cercle des ayants droit 96

1) *Postulat de dépendance économique et extension de la qualité d'ayant droit à de nouveaux cohabitants* 97

2) *La difficulté du titulaire des droits dérivés à faire naître de nouveaux droits dérivés* 102

B - Pour une mise en adéquation des droits propres et des transformations de la famille : l'élargissement du cercle des ouvrants droit 103

1) *L'adaptation des majorations des indemnités journalières de l'assurance maladie* 103

2) *L'adaptation des majorations des prestations de l'assurance vieillesse* 103

3) *L'introduction de majorations pour les prestations finalisées par la garantie de revenu ou de ressources*..... 104

SECTION 2 - STATUTS FAMILIAUX ET AVENIR DES POLITIQUES FAMILIALES 106

Paragraphe 1 - Le nécessaire rééquilibrage des finalités des prestations familiales 106

A - La compensation des charges familiales pour toutes les familles..... 107

B - La prise en considération de l'évolution de la répartition des rôles à l'intérieur des familles 109

Paragraphe 2 - L'expérience des caisses d'allocation familiales..... 110

A - Le questionnaire destiné aux caisses d'allocations familiales 110

B - Le regard des caisses d'allocations familiales sur leurs activités..... 111

CONCLUSION DU CHAPITRE I..... 121

CHAPITRE II : AIDE SOCIALE ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL, PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS 122

SECTION 1 - DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE AU LIEN ECONOMIQUE 122

A - Les critiques à l'égard du maintien de la référence à l'obligation alimentaire 122

B - la suppression de la référence à l'obligation alimentaire 123

SECTION 2 – LA RECUPERATION DES SOMMES VERSEES 125

CONCLUSION DU CHAPITRE II..... 126

HAPITRE III : DROIT DU TRAVAIL ET REFERENCE AU LIEN FAMILIAL : PERSPECTIVES ET PROPOSITIONS 127

SECTION 1 – L'AMELIORATION DES DISPOSITIONS EXISTANTES..... 127

Paragraphe 1 - L'amélioration des règles relatives aux institutions du droit du travail 127

A - Sur la juridiction prud'homale..... 127

B - Sur les institutions représentatives du personnel..... 128

Paragraphe 2 - L'amélioration des règles relatives à la relation de travail 128

SECTION 2 - L'INTRODUCTION D'UN PRINCIPE GENERAL DE NON DISCRIMINATION 129

CONCLUSION DU CHAPITRE III.....	130
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	131
TROISIEME PARTIE - LA REFERENCE AU LIEN FAMILIAL POUR L'ACCES AUX DROITS SOCIAUX, ETUDE COMPARATIVE	132
CHAPITRE I - REFERENCE AUX LIENS FAMILIAUX ET ACCES AUX PRESTATIONS DE SECURITE SOCIALE	135
SECTION 1 - DANS LE CADRE DE L'ASSURANCE MALADIE ET MATERNITE	135
SECTION 2 - DANS LE CADRE DE L'ASSURANCE VIEILLESSE ET DE L'ASSURANCE INVALIDITE	135
SECTION 3 - DANS LA BRANCHE FAMILLE	136
CHAPITRE II - REFERENCE AUX LIENS FAMILIAUX ET AIDE SOCIALE	137
CHAPITRE III - REFERENCE AU LIEN FAMILIAL EN DROIT DU TRAVAIL	138
CONCLUSION GENERALE	142
PRINCIPALES ABREVIATIONS	144
BIBLIOGRAPHIE GENERALE.....	147