



UNIVERSITE Lille 2 – Droit et santé

Ecole doctorale n° 74

Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales

Les conséquences financières de la résidence alternée.

Mémoire de Master Deuxième année Droit orientation Recherche présenté par
Estelle LEPRETTE sous la direction de Madame Delphine AUTEM

Année universitaire 2003 – 2004

Mémoire publié après autorisation du jury sur : <http://edoctrale74.univ-lille2.fr>

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....3

CHAPITRE I : LA GESTION MÉTHODIQUE.....19

Section I : La répartition envisagée des avantages fiscaux.....19

I- La répartition de l'avantage du quotient familial.....20

II- La répartition des autres avantages fiscaux.....28

Section II : La répartition envisageable de la responsabilité civile des parents.....34

I- La mise en œuvre de la responsabilité parentale.....34

II- L'obligation à la dette des parents.....39

CHAPITRE II : LA GESTION PRAGMATIQUE.....47

Section I : La recherche d'un règlement consensuel des conséquences financières...47

I- La prééminence des accords parentaux..... 48

II- L'opposabilité aux tiers.....55

Section II : La recherche d'un règlement judiciaire des conséquences financières....64

I- L'intervention initiale du juge aux affaires familiales.....	65
II- Le règlement des conflits parentaux.....	74
CONCLUSION.....	79

INTRODUCTION

Malgré une remise en cause passagère de la résidence alternée lors de la journée de réflexion organisée le 4 mars 2003 par le Ministre de la Famille, ce nouveau mode de résidence des enfants de parents séparés ou divorcés a fait son entrée dans le Code civil avec la réforme touchant à l'autorité parentale qui a donné lieu à la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*¹. Ce nouveau mode d'organisation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en cas de rupture des parents n'a jamais réellement fait l'unanimité auprès tant des professionnels du droit et que de ceux de l'enfant. Ainsi, Madame Françoise DOLTO jugeait la résidence alternée néfaste pour les enfants âgés de moins de treize ans. Aujourd'hui, reconnue dans notre législation, l'alternance de résidence de l'enfant n'a pourtant pas fini de poser des difficultés. Il convient de remarquer que ce n'est pourtant pas la première fois qu'elle entre dans notre droit. En effet, la résidence alternée a déjà fait l'objet d'une consécration législative passée totalement inaperçue. Elle fut consacrée au « détour d'un amendement » formulé à l'occasion de la loi du 16 mars 1998 *relative à la nationalité*² qui introduit un article 22-1 dans le Code civil³.

Encore peu prononcée par les juges aux affaires familiales, la résidence alternée fait l'objet de diverses enquêtes⁴ au sein des juridictions du fond dans le but de délimiter et de déterminer les éventuelles incidences matérielles et financières d'un tel système. En effet, seuls « 10 % des affaires terminées mettant en cause la résidence des enfants mineurs [à la fin de l'année 2003] ont donné lieu » à une demande de résidence alternée, « qu'elle émane des deux parents ou d'un seul »⁵. Cette demande est beaucoup plus fréquente dans une procédure de

1. Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale* : JO 5 mars 2002, p. 4161 et s. désignée ensuite comme la loi du 4 mars 2002.

2. Loi n° 98-170 du 16 mars 1998 *relative à la nationalité* : JO 17 mars 1998, p. 3935.

3. Art. 22-1 al. 1^{er} C. civ. : « *L'enfant mineur, légitime, naturel ou ayant fait l'objet d'une adoption plénière, dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française, devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que ce parent ou s'il réside alternativement avec ce parent dans le cas de séparation ou divorce.* ».

4. MOREAU (C.), MUNOZ PEREZ (B.), SERVERIN (E.), *La résidence en alternance des enfants de parents séparés devant les juges aux affaires familiales, enquête sur un échantillon de décisions prononcées par le juge aux affaires familiales du 13 au 24 octobre 2003*, ministère de la Justice, direction des affaires civiles et du sceau, cellule Etudes et Recherches, note CIV-CER/BMP/03/45 du 26 août 2003, p. 6. « *L'enquête a consisté à collecter les décisions, provisoires et définitives, concernant la résidence des enfants mineurs (divorce, après divorce, enfants naturels), rendues par les juges aux affaires familiales au cours d'une période de quinze jours (du 13 au 24 octobre 2003). Elle a permis de disposer à la mi-décembre de 7716 décisions, dont 797 relatives à l'alternance.* ».

5. *Id.*, p. 4.

divorce gracieux⁶ que dans celle d'un divorce contentieux⁷.

Depuis une trentaine d'années, le droit de la famille est en complète mutation à l'image de la société et des mœurs. Cette évolution est due à différents facteurs tant économiques qu'humains. Le travail des femmes, dans un premier temps, leur a donné l'indépendance économique nécessaire à la reconnaissance progressive de l'égalité juridique entre les hommes et les femmes dans leur rôle auprès des enfants communs, mais également, plus généralement, au sein même du foyer. Dans un second temps, l'éclatement de la cellule familiale traditionnelle, accompagné de la progression rapide du nombre des divorces et des familles monoparentales ou recomposées, ont rendu indispensable et inévitable l'adaptation du droit de la famille aux nouvelles formes de foyers.

L'évolution législative et jurisprudentielle, en droit de la famille, a commencé avec la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale*⁸. Cette loi a consacré la notion d'autorité parentale et aboli celle de puissance paternelle, connue depuis le droit romain sous le terme de *patria potestas*. Le père de famille possédait alors, sur les enfants, un droit absolu allant jusqu'au droit de vie et de mort sur eux. La mère n'avait de rôle à tenir que dans l'hypothèse où le père serait défaillant ou inexistant. En cas de divorce, les enfants revenaient de droit au père qui pouvait décider de les confier à la mère tout en se réservant le droit de les reprendre à tout moment. La loi sur l'autorité parentale bilatéralise les pouvoirs des parents sur leurs enfants et fait de la mère un réel acteur dans la vie de ces derniers. Avec cette loi, c'est une certaine égalité entre les parents qui est instaurée. Cette égalité juridique va cependant tourner à l'avantage de la mère dans la pratique judiciaire qui va se développer à cette époque, renversant la tendance ancienne au profit du père.

Malgré la réforme, en cas de rupture, un déséquilibre subsiste entre les pouvoirs du « parent-gardien » de l'enfant et ceux du « parent-non gardien ». La loi du 11 juillet 1975 *portant réforme du divorce*⁹ laisse aux juges, le soin d'apprécier quel est l'intérêt de l'enfant afin de

6. 15,8 % pour les divorces gracieux, *ibid.*

7. 6,1 % pour les divorces contentieux, *ibid.*

8. Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale* : JO 5 juin 1970, p. 5227.

9. Loi n° 75-617 du 11 juill. 1975 *portant réforme du divorce* : JO 12 juillet 1975, p. 7171.

déterminer son lieu de vie après la rupture du mariage. Or, il ressort de la pratique judiciaire de l'époque, et encore récemment, que la mère est de loin l'attributaire préférentiel de la « garde » et de la résidence de l'enfant après le prononcé du divorce. De cette constatation est née une protestation émanant principalement des pères mis de côté. Ces derniers, désireux d'occuper une réelle place auprès de leur enfant, ont alors réclamé auprès des tribunaux une nouvelle forme de « garde » de l'enfant, la « garde alternée ».

Cette notion est née dans les années quatre-vingts en même temps que celle de « garde conjointe » qu'il convient de différencier. Cette dernière, prémisses de la coparentalité recherchée aujourd'hui, permettait aux parents d'exercer l'autorité parentale, après le prononcé du divorce, comme ils le faisaient pendant le mariage, c'est-à-dire ensemble. Chacun assumait la garde, la surveillance et l'éducation de l'enfant, même si sa résidence était fixée à titre principal chez l'un des parents. Quant à la « garde alternée », elle permettait, en théorie, aux parents de détenir, à tour de rôle, l'exercice de l'autorité parentale, l'autre ayant pendant cette période qu'un simple droit de visite, d'hébergement et de surveillance sur l'enfant. Il s'agissait d'une sorte d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, exercice assumé par les deux parents de manière alternative. Ce système a fait l'objet d'une jurisprudence importante, la Cour de cassation l'ayant rejetée formellement. Considérée comme contraire aux textes par une partie du monde juridique, la mesure fut déconseillée par une circulaire du Garde des Sceaux du 6 mai 1983¹⁰. Quant aux professionnels de l'enfant, beaucoup la trouvaient traumatisante.

Essentiellement soutenue par les associations de pères divorcés, la « garde alternée » a fait l'objet de deux arrêts remarquables de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en dates des 21 mars 1983¹¹ et 2 mai 1984¹². A cette occasion, la Haute juridiction a consacré la « garde conjointe » et condamné la « garde alternée ». Elle a décidé « *qu'il résulte de la combinaison de ces textes [anc. art. 287, 290 et 373-2 C. civ.] que si, en cas de divorce, le juge, tenant compte des accords passés entre les époux, peut confier conjointement la garde des*

10. Courrier de la Chancellerie n° 25, oct. 1983.

11. Cass. 2^{ème} civ., 21 mars 1983 : *Bull. civ. II*, n° 86, p. 58 ; *Defrénois* 1983, art. 33174, pp. 1497-1499 ; *D.* 1984, pp. 53-56, *note* MOUSSA (T.) ; *JCP éd. G.* 1984, II, 20163, *note* DEKEUWER (A.) ; *RTD civ.* 1984, pp. 91-109, *note* NERSON (R.) et RUBELIN-DEVICHI (J.).

12. Cass. 2^{ème} civ., 2 mai 1984 : *Bull. civ. II*, n° 78, p. 57 ; *Defrénois* 1985, art. 33477, p. 328, *obs.* MASSIP (J.) ; *JCP éd. G.* 1985, II, 20412, *obs.* DEKEUWER (A.) ; *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 59, *note* MASSIP (J.) ; *RTD civ.* 1984, 691, *obs.* NERSON (R.), RUBELIN-DEVICHI (J.).

*enfants communs à leur père et mère, il ne peut leur en confier alternativement la garde »*¹³.

Deux raisons ont été avancées à ce rejet, l'une d'elles résidait dans l'exigence légale qu'avait le juge de fixer la « résidence habituelle de l'enfant »¹⁴ au domicile de l'un des parents, l'autre dans le caractère contraire à l'intérêt de l'enfant de la « garde alternée ». Cette position a été majoritairement suivie tant par les praticiens que par les administrations. En effet, la notion de « résidence habituelle de l'enfant » jouait un rôle important dans divers domaines tels que la procédure civile ou l'attribution des allocations familiales. De même, les juridictions du fond y ont répondu favorablement, notamment la cour d'appel de Toulouse qui, dans son arrêt du 2 mai 2000, considère « *que l'article 374 du Code civil interdit de fait la « garde » alternée puisqu'il impose la fixation d'une résidence, l'autre parent n'ayant alors qu'un droit de visite et d'hébergement libre mais qu'il est plus commode de fixer les parties ne s'accordant que rarement sur ce point* »¹⁵.

Monsieur Alain DEKEUWER donnait une définition des notions de « garde conjointe » et de « garde alternée » à l'occasion du second arrêt rendu par la Cour : « *Dans la garde alternée, chaque parent est successivement dépositaire de l'autorité parentale dans son intégralité, l'autre ayant à ce moment qu'un droit de surveillance et de visite. Au contraire, la « garde conjointe » est confiée aux deux parents collectivement ; tous deux sont titulaires ensemble de l'autorité parentale, comme pendant le mariage, même si en fait l'enfant vit tantôt chez l'un, tantôt chez l'autre* »¹⁶. Remarquons qu'à l'époque les notions ne recouvraient pas la même réalité qu'aujourd'hui. En effet, la résidence alternée, et non plus la « garde », le terme ayant disparu du droit de la famille, est un partage de l'hébergement de l'enfant dans l'organisation d'un exercice conjoint de l'autorité parentale après la rupture du couple, il s'agit désormais d'un mode d'organisation de la résidence de l'enfant dont les parents sont séparés.

La position claire de la Cour de cassation en faveur de la « garde conjointe » amena le législateur à consacrer la notion avec la loi du 22 juillet 1987, dite loi « Malhuret », *relative à*

13. Cass. 2^{ème} civ., 2 mai 1984 : *JCP* 1985, II, 20412, note DEKEUWER (A.).

14. Anc. Art. 287 C. civ.

15. Toulouse, 2 mai 2000 : *Petites affiches*, 3 juill. 2001, n° 131, p. 27, note BIGOT (A.).

16. *Loc. cit.*, note DEKEUWER (A.).

*l'exercice de l'autorité parentale*¹⁷. Elle rend possible l'exercice en commun de l'autorité parentale par les deux parents pendant le divorce et le rend plus accessible dans la famille naturelle, tout en maintenant le rejet de la « garde alternée ». Dans la pratique, les juges du fond vont fixer la résidence de l'enfant chez l'un des parents, majoritairement chez la mère, l'autre parent n'ayant qu'un droit de visite et d'hébergement sur l'enfant.

La loi du 8 janvier 1993 *relative à l'état civil, à la famille, aux droits de l'enfant, instituant le juge aux affaires familiales*¹⁸ pose comme principe celui de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Cette loi consacre la coparentalité mais rejette toujours l'idée d'alternance. L'exercice conjoint de l'autorité parentale devient la règle en cas de divorce¹⁹ et progresse dans la famille naturelle sous certaines conditions, l'exercice unilatéral devenant l'exception. Dès lors, les conflits portant antérieurement sur les modalités de la « garde » de l'enfant vont se porter sur le choix de la résidence de l'enfant et relancer l'idée de résidence alternée. Un des apports importants de cette loi est l'institution du juge aux affaires familiales par la modification de l'article L. 312-1 du Code de l'organisation judiciaire²⁰. Ce juge est désormais compétent en matière d'autorité parentale et doit veiller à la sauvegarde des intérêts de l'enfant.

Malgré la position, sans équivoque, de la Cour de cassation sur l'alternance, une petite partie des juridictions du fond vont contourner l'interdiction de recourir à la résidence alternée. Ainsi, elles vont prononcer la résidence alternée sous couvert d'un droit de visite et d'hébergement dès plus élargi²¹. Dans le même esprit, les parents désireux de ne pas recourir au juge et dont l'entente le permettait, vont, de part leur pratique, mettre en place une résidence alternée de fait. Certains avanceront comme argument, à la défense de telles pratiques, que les textes, alors en vigueur, n'exigent pas que la fixation de la résidence de l'enfant soit définitive. Dès lors, celle-ci pouvait être fixée de manière hebdomadaire sans pour autant être contraire à l'intérêt de l'enfant. Il relevait du devoir du juge, bien entendu, de vérifier certaines précautions, telles que l'existence d'un accord sérieux entre les parents, que chacun dispose de conditions matérielles, morales et intellectuelles suffisantes pour accueillir l'enfant en alternance ainsi qu'une proximité géographique permettant à l'enfant de fréquenter le même établissement

17. Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 *relative à l'exercice de l'autorité parentale* : JO 24 juill. 1987, p. 8253.

18. Loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 *relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant instituant le juge aux affaires familiales* : JO 9 janv. 1993, p. 495.

19. Anc. art. 287 C. civ.

20. Cet article se trouve sous l'article 247 du Code civil.

21. Cf. pour exemple Lyon, 5 oct. 1993 : JCP éd. G. 1994, II, 22231, obs. FULCHIRON (H.).

scolaire et le même réseau social. Puis, de plus en plus favorable à l'alternance, certaines juridictions du fond ont alors cessé de masquer leur penchant pour parfois admettre ouvertement un tel système d'organisation²².

A la lumière des différents rapports²³ commandés par le gouvernement et des évolutions constantes de la société, il est apparu indispensable de réformer le droit de la famille. En effet, la commission présidée par Madame Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ²⁴ a dégagé quatre grandes orientations générales : valoriser l'autorité parentale en réaffirmant l'importance de la fonction parentale et en construisant un droit commun de l'autorité parentale pour tous les enfants, renforcer le principe de coparentalité par la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale, organiser une plus grande liberté parentale dans l'organisation des conséquences de la séparation et assurer un respect accru de leurs devoirs et droits par eux-mêmes et par les tiers, enfin aménager la reconnaissance de la place des tiers par l'élaboration d'un statut du tiers et non du beau-parent ainsi que l'élaboration de mesures assurant la promotion des droits de l'enfant²⁵.

La loi du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*, issue de ces constatations a été adoptée quelques heures avant la clôture de la onzième législature. Elle met fin à la « clandestinité » de ces pratiques judiciaires et parentales en légalisant la résidence alternée, désormais prévue à l'article 373-2-9 du Code civil²⁶. Destinée à renforcer le principe de coparentalité, cette loi va au-delà même de ce qui se faisait, en autorisant le juge aux affaires familiales à imposer, en tant que mesure provisoire, la résidence alternée lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige et malgré l'impossibilité d'un accord entre les parents. Elle instaure un droit commun de l'autorité parentale qui trouve à s'appliquer à tous les couples séparés, quel que soit le type de rupture, ainsi qu'à tous les enfants, légitimes ou naturels. Elle a permis de déplacer les conséquences du divorce ou de la séparation des parents s'agissant des enfants dans le chapitre du

22. Paris, 10 févr. 1999 : *JCP* 1999, II, 10170, note GARÉ (T.).

23. THERY (I.), *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, op. cit. – DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au garde des Sceaux, Ministre de la Justice, coll. des rapports officiels : Paris, La documentation Française, 1999, p. 255.

24. *Ibid.*, DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*.

25. *Ibid.*, cité in FULCHIRON (H.), « L'autorité parentale rénovée, commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale » : *Defrénois* 2002, art. 37580, pp. 959-997, spé. p. 970.

26. Art. 373-2-9 al. 1^{er} C. civ. : « En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un deux. ».

Code civil consacré à l'autorité parentale. Il semble que la réforme du divorce aille dans le même sens en ne réintroduisant pas de telles dispositions. La réforme de l'autorité parentale finit donc de généraliser l'exercice en commun de l'autorité parentale après la séparation et propose aux parents la résidence alternée comme un des moyens pour y parvenir.

A l'origine de la proposition de loi, le groupe socialiste n'a fait, semble-t-il, que reprendre l'avant-projet gouvernemental de l'époque. La résidence alternée ne figurait, d'ailleurs, pas dans le texte initial déposé à l'Assemblée Nationale. Elle a été insérée lors de la discussion et après quelques hésitations sur les conditions de son existence. C'est l'idée d'une résidence alternée possible, lorsque les parents le demandent mais également en cas de désaccord entre eux, qui est née. Dans cette dernière hypothèse, l'alternance est prononcée par le juge de manière provisoire et pour une durée qu'il détermine.

Cependant, la résidence alternée va entraîner une série de conséquences tant matérielles que financières qui ont été nullement envisagées lors de la rédaction de la loi nouvelle. S'agissant des incidences matérielles, il convient de remarquer que le choix de l'alternance implique la réunion d'une série de conditions importantes pour sa réussite. Tout d'abord, les domiciles des parents séparés doivent géographiquement se trouver à proximité l'un de l'autre afin que l'enfant puisse avoir un établissement scolaire et un réseau social unique. Il demande de la part de chacun des parents une certaine disponibilité pour l'enfant ainsi que l'exercice d'une véritable coparentalité, supposant dès lors une faculté de communication avec l'autre malgré la séparation. Enfin, chaque parent doit permettre à l'enfant d'entretenir en continu sa relation avec l'autre parent, alors même qu'il ne résiderait pas chez lui à ce moment.

S'agissant des incidences probables de la résidence alternée sur le plan financier, l'interrogation subsiste encore, en l'absence de règle et de contentieux, et se révèle décisive. En effet, ce mode de résidence de l'enfant dans l'après-divorce s'avère onéreux et avoir des conséquences bien plus importantes d'ordre pécuniaire.

Monsieur Michel DREYFUS-SCHMIDT l'avait fait observé lors de la discussion de la loi à propos du devenir des avantages fiscaux, familiaux et sociaux. Il avait ainsi proposé sous la forme

d'un sous-amendement, la possibilité pour les parents ou le juge de décider de la répartition proportionnelle de ces avantages. Cependant, il n'a pas été adopté par le Sénat en raison de trop grandes difficultés concrètes d'application. De même, l'amendement proposé par les sénateurs DARNICHE et DURAND CHASTEL n'a pas été retenu alors qu'il prévoyait que « *les documents d'information concernant la sécurité, la santé, l'éducation de l'enfant seraient remis par les administrations compétentes à chacun des parents* »²⁷.

Ainsi, la loi du 4 mars 2002 ne contient aucune disposition quant aux incidences sociales et fiscales de la résidence alternée. Ces problèmes avaient déjà fait l'objet de suggestions de la part de Madame Irène THÉRY à l'occasion du rapport rendu à la Ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, Ministre de la Justice. Elle suggérait ainsi la « *possibilité pour chacun des parents de faire état de son devoir d'hébergement pour obtenir un logement social approprié* », « *le réaménagement de la taxe d'habitation et de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, de façon à tenir compte de la présence d'enfants aux deux foyers* » ainsi que la « *réorganisation du versement des allocations familiales pour tenir compte du double hébergement de l'enfant* »²⁸.

En réalité, la loi prévoit uniquement la modification de l'article 156-II 2° alinéa premier du Code général des impôts²⁹ et l'insertion de l'article L. 161-15-3 dans le Code de la sécurité sociale³⁰. Seule la question de l'assurance maladie a été réellement envisagée par la loi nouvelle, offrant la possibilité à chacun des parents séparés de rattacher leur enfant, en tant qu'ayant droit, à leur régime d'assurance maladie-maternité. Ils peuvent, ainsi, recevoir directement le

27. Séance du 21 nov. 2001 : *JO Sénat* 22 nov. 2001, p. 1403.

28. THÉRY (I.), *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la Ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Paris : La Documentation française, 1998, cité in ESCHYLLE (J.-F.), GANZER (A.), *Effets du divorce, conséquences du divorce pour les enfants, aspects patrimoniaux, J.-Cl. divorce*, Fasc. n° 290, 2002, p. 6, n° 14.

29. Art. 18, L. 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : « *Après les mots : « du même code », la fin du troisième membre de phrase du premier alinéa du 2° du II de l'article 156 du code général des impôts est ainsi rédigée : « en cas de séparation de corps ou de divorce, ou en cas d'instance en séparation de corps ou en divorce et lorsque le conjoint fait l'objet d'une imposition séparée, les pensions alimentaires versées en vertu d'une décision de justice et en cas de révision amiable de ces pensions, le montant effectivement versé dans les conditions fixées par les articles 208 et 371-2 du code civil ; »* ».

30. Art. L. 161-15-3 CSS : « *Par dérogation à toutes dispositions contraires, les enfants de parents tous deux assurés d'un régime d'assurance maladie et maternité peuvent être rattachés en qualité d'ayant droit à chacun des deux parents.* ».

remboursement des soins médicaux engagés pour l'enfant alors que ce dernier résidait chez son parent. Avant la réforme de l'autorité parentale, seul le parent auquel l'enfant était rattaché pouvait bénéficier de ces remboursements, ce qui engendrait des conflits et des difficultés considérables entre les parents lorsque l'enfant, hébergé chez l'autre, entraînait pour lui des dépenses de santé. Ce dernier ne pouvait qu'espérer que son ex-conjoint veuille bien lui faire suivre le remboursement des frais. Cette disposition de la loi de 2002³¹ ne vise pas uniquement les situations de résidence alternée. Elle trouve à s'appliquer à tous les couples séparés quel que soit le mode d'exercice de l'autorité parentale dès lors que la filiation est établie et que le parent possède au moins l'attribution de l'autorité parentale. Cette mesure permet d'éviter des inégalités entre les parents.

C'est dans ce même but que la loi légalise la résidence alternée qui devient un moyen de parvenir à une véritable coparentalité et égalité entre les parents. La résidence alternée correspond au partage de l'hébergement de l'enfant, lorsque ses parents se séparent et afin que chacun d'eux ait un rôle et une influence égale sur la vie de l'enfant. L'article 373-2-9 alinéa premier du Code civil³² prévoit deux options quant à la résidence de l'enfant. Les parents peuvent faire le choix de l'alternance ou celui de fixer la résidence de l'enfant chez l'un des parents, ce qui revient à la pratique habituelle du droit de visite et d'hébergement par un des parents. Le législateur n'a pas souhaité ériger la résidence alternée en principe. Certes, l'option est mise en premier mais cela peut être considéré comme une sorte de promotion du système qui reste encore aujourd'hui rare.

La loi nouvelle se borne donc uniquement à intégrer ce nouveau mode de résidence de l'enfant dans notre Code civil. Il est dommage qu'elle ne soit pas allée plus loin dans l'ancrage d'un tel système qui suppose des adaptations importantes, notamment sur le plan financier. Madame Fédérica OUDIN fait remarquer qu' « *en particulier, n'a pas reçu de réponse la question des conséquences pécuniaires de la nouvelle résidence en alternance* »³³. C'est pourquoi il convient de se pencher sur différents domaines qui semblent être concernés par la résidence

31. Art. 12, L. n° 2002-305 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*, *op. cit.*

32. Art. 373-2-9 al. 1^{er} C. civ. : « *En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.* ».

33. OUDIN (F.), *obs. ss* Lyon, 4 juin 2002 - Paris, 4 juill. 2002 - Riom, 25 juin 2002 - Paris, 11 juill. 2002 : *Dr. famille* janv. 2003, pp. 19-22.

alternée. Parmi les domaines de recherche envisagés, le droit fiscal tient une place importante en tant qu'il est la seule matière dans laquelle le législateur soit intervenu, après coup, afin de clarifier un certain nombre de règles fiscales touchées par le choix de l'alternance. Il convient ensuite de s'interroger sur le devenir de la responsabilité parentale dans l'hypothèse de la résidence alternée au domicile de chacun des parents, l'évolution jurisprudentielle tendant à un régime de responsabilité de plein droit et par là même à la dématérialisation de la notion de cohabitation. La résidence alternée ne forcera-t-elle pas à un retour partiel de la notion matérielle de cohabitation afin de préserver l'égalité entre les parents ? Quant aux prestations familiales, bien qu'il y ait peu d'éléments en la matière, elles sont un enjeu essentiel de la résidence de l'enfant dans l'après-divorce. Enfin, même s'il a été parfois dit que la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants disparaissait avec l'alternance, cette affirmation semble à nuancer.

La loi restée volontairement lacunaire s'agissant des conséquences financières pratiques de la résidence alternée dans la vie des parents qui font ce choix, tout, ou presque, reste donc à être réglé. L'intervention législative en droit fiscal est une piste à explorer et à exploiter pour résoudre les différentes incidences de l'alternance. De même, l'adoption progressive d'un tel mode de résidence dans d'autres pays peut nous renseigner. L'évolution vers un tel système est souvent, dans ce cas, précédée d'une valorisation des accords parentaux dans la séparation et de la dissociation du sort des enfants des causes du divorce. « *Au Canada, cette pratique tend à devenir le modèle* »³⁴ d'après Monsieur Michel THIZON, Président fondateur de « SOS Papa », une association engagée dans la reconnaissance des droits du père auprès de ses enfants. Il fait également remarquer qu'aux Etats-Unis, en 1990, la « garde conjointe »³⁵ représentait 44,0 %, tandis qu'au Kansas, elle représentait 43,6 %³⁶. En Europe même, ce système est admis de plus en plus que ce soit en Suède, en Italie, en Belgique ou au Royaume-Uni. En droit belge, depuis 1995, des demandes dans ce sens ont été formées grâce à la reconnaissance donnée aux accords parentaux sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant.

C'est dans le même but que la jurisprudence italienne a admis la possibilité d'une « garde conjointe » fondée sur la requête présentée par les deux ex-époux, afin de tenir compte du rôle des accords parentaux. Ainsi, les juridictions ont eu recours à des formules dites « *d'autorité*

34. THIZON (M.), « Pour améliorer encore la coparentalité » : *AJ fam.* 2003, p. 300.

35. *Joint physical custody.*

36. *Loc. cit.*, *supra* note n° 34.

commune et alternée »³⁷ en prenant en considération à la fois l'âge de l'enfant, les capacités éducatives des parents ainsi que l' « *esprit suffisant de collaboration des parents* »³⁸.

Quant au modèle scandinave, il a été conduit par le mouvement de développement de nouveaux modèles de responsabilité parentale dans les Etats où le taux de divorce augmentait rapidement³⁹. Les droits scandinaves se caractérisent par la place qu'ils donnent au consentement mutuel dans le prononcé du divorce. Ainsi, 60 % de ces accords vont dans le sens d'une autorité juridique conjointe, les décisions les plus importantes étant prises ensemble. Dans 5 à 10 % des cas, les parents vont même jusqu'à retenir l'alternance de l'enfant chez chacun d'eux.

Une des sources internationales en faveur de la résidence alternée se trouve être la Convention internationale des droits de l'enfant de New York du 20 novembre 1989. Elle reconnaît, à travers différents articles⁴⁰, le droit pour l'enfant d'être élevé par ses parents, celui d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec eux, mêmes séparés et pose un principe de responsabilité commune des parents dans l'éducation de leurs enfants. Nous pouvons également citer l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui protège la famille en considérant comme des ingérences dans le droit au respect à la vie familiale toutes mesures internes contraires et non justifiées par des intérêts supérieurs.

Parmi les incidences non envisagées par le législateur lors de la réforme, certaines nécessitent d'être soulevées ici. En effet, la fixation de la résidence entraîne certaines conséquences juridiques importantes lors du divorce ou de la séparation telles que l'attribution du bail sur le local appartenant en propre à l'autre parent au parent résident⁴¹, la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants⁴², la simplification des relations avec les tiers qui savent à quel parent s'adresser⁴³, l'application des conventions sur les déplacements

37. BOULANGER (F.), *Les rapports juridiques entre parents et enfants, Perspectives comparatistes et internationales* : Paris, Economica, 1998, p. 88 : *affidamento congiunto alternato*.

38. *Ibid.*, *il massimo spirito collaborativo*.

39. Tels le Danemark et la Finlande.

40. Art. 7-1, 9-3, 10-2 et 18-1 Convention internationale des droits de l'enfant.

41. Art. 285-1 C. civ.

42. Art. 373-2-2 C. civ.

43. Art. 372-2 C. civ.

illicites d'enfants à l'étranger, les sanctions pénales en cas de non-représentation d'enfant⁴⁴ ou d'absence de notification de changement de domicile⁴⁵, ainsi que la détermination du domicile de l'enfant⁴⁶ et celle de la compétence territoriale des tribunaux⁴⁷.

La loi du 4 mars 2002 supprime la notion de « résidence habituelle » en abrogeant l'article 287 du Code civil⁴⁸. L'objectif de la loi étant la coparentalité, l'égalité entre parents séparés et leur plus grande responsabilisation auprès de leurs enfants, cette suppression, soutenue par la commission présidée par Madame Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, devenait nécessaire. En effet, la fixation, par le juge, de la « résidence habituelle de l'enfant » au domicile de l'un des parents entraînait des inégalités et laissait sous-entendre qu'il existait un parent principal et un parent subsidiaire. Cependant, l'abrogation de l'article 287 du Code civil n'est pas sans conséquences pour d'autres domaines, notamment celui de la détermination du domicile légal de l'enfant. Dans l'hypothèse d'une résidence alternée, l'enfant réside alternativement chez son père et sa mère, tous deux séparés. L'alternance est arrêtée à l'avance, selon un calendrier, par le juge ou par les parents. Elle peut être paritaire, dans ce cas, le temps de l'enfant est partagé de manière égale entre les deux domiciles, elle peut également ne pas l'être.

La disparition de la notion de « garde » juridique de l'enfant a laissé place à celle de « résidence habituelle » qui désormais est supprimée en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale. Corrélativement, l'habituel « droit de visite et d'hébergement » octroyé au parent qui ne voyait pas la résidence de l'enfant fixée chez lui disparaît. La résidence de l'enfant est fixée à la fois chez la mère et chez le père, suivant la périodicité de l'alternance. Une des interrogations que pose la résidence alternée et sa fixation est de savoir s'il faut considérer que l'enfant réside alternativement au domicile de chacun de ses parents, dans ce cas, l'enfant posséderait une seule résidence qui change suivant l'alternance fixée précédemment. Son domicile légal correspond

44. Art. 227-5 CP.

45. Art. 227-6 CP.

46. Art. 108-2 C. civ.

47. Art. 1072 NCPC.

48. Art. 287 al. 1^{er} anc. C. civ. : « *L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle.* ».

alors au domicile du parent chez lequel il réside à un moment donné. Le principe de l'unicité de domicile est alors respecté⁴⁹. La seconde hypothèse est de considérer que l'enfant possède simultanément deux résidences. Or, à moins de déterminer l'une d'elles comme la principale, ce qui à notre sens serait contraire à l'esprit de la loi nouvelle et à la volonté législative, il s'avère que la résidence de l'enfant objet d'une résidence alternée soit dédoublée. Sur le terrain de la résidence, la difficulté ne semble pas insurmontable, en revanche, concernant la détermination du domicile légal du mineur, la chose semble moins certaine. L'article 373-2-9 du Code civil utilise le terme « résidence » et n'évoque pas celui de domicile, cependant, la question n'est pas des moindres dans la mesure où le domicile tient une place importante dans notre droit.

Cela nous permet de soulever la contradiction qui existe entre les articles 108-8 et 373-2-9 du Code civil. Précisons, dans un premier temps, rapidement les notions. La résidence se définit par le lieu où une personne physique vit de façon quotidienne. La notion traduit la réalité et la stabilité. Il peut s'agir du domicile mais cela n'est pas toujours le cas. Quant au domicile, régi par le principe d'unicité, il est défini à l'article 102 du Code civil⁵⁰ comme le lieu du principal établissement d'une personne physique. S'agissant des mineurs non émancipés, l'article 108-2 du Code civil⁵¹ dispose que l'enfant est considéré domicilié chez leur père et mère. En cas de domicile distinct des parents, l'enfant « *est domicilié chez celui des parents avec lequel il réside* »⁵². C'est ici donc que réside le nœud de la contradiction. Or, il s'avère difficile de faire prévaloir un texte sur l'autre. Certains éléments⁵³, retenus pour caractériser le lieu du principal établissement d'une personne physique, quand celui-ci n'est pas connu, peuvent constituer des pistes dans cette recherche. L'indice de la résidence ne nous est d'aucun secours, tout comme celui de l'installation durable puisque selon une pratique courante, l'enfant change de domicile au moins toutes les semaines. La loi du 4 mars 2002 n'a pas touché ces articles et cela est peut-être à regretter.

Plusieurs parades sont alors envisageables, si l'on considère que l'enfant réside

49. Cass. req., 1^{er} févr. 1911 : DP 1913, 1, p. 400.

50. Art. 102 C. civ. : « *Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.* ».

51. Art. 108-2 C. civ. : « *Le mineur non émancipé est domicilié chez ses père et mère. Si les père et mère ont des domiciles distincts, il est domicilié chez celui des parents avec lequel il réside.* ».

52. Art. 108-8 C. civ.

53. L'établissement durable, le lieu de paiement des impôts...

alternativement chez chacun de ses parents et que l'on fait référence à la périodicité des changements de domiciles, il s'agirait d'un « domicile en alternance ». Cette solution n'est pas satisfaisante puisqu'un domicile doit être stable afin de permettre, notamment aux tiers, de connaître de façon précise le lieu du principal établissement de l'enfant. Le juge pourrait, lorsqu'il prononce la résidence alternée, fixer le domicile de l'enfant chez l'un des parents de façon totalement arbitraire dans le cas d'une alternance paritaire ou en prenant en considération le partage de l'alternance s'il s'agit d'une résidence alternée non égalitaire. Ainsi, le juge pourrait fixer le domicile de l'enfant chez celui des parents qui partage le plus de temps avec l'enfant. Cependant, ces différentes solutions envisagées sommairement iraient à contre courant de la volonté d'égalité entre les parents qui marque la réforme de 2002. Il semble donc que l'enfant possède de manière implicite deux domiciles lorsqu'il fait l'objet d'une résidence alternée.

L'intérêt principal de la détermination du domicile est procédural. En effet, la compétence territoriale du juge est fondée sur la « résidence habituelle » de l'enfant. L'article 1072 du nouveau Code de procédure civile fixe la compétence du juge aux affaires familiales, en cas de conflits sur les conséquences du divorce, suivant le lieu où réside l'époux chez qui a été fixée la résidence habituelle des enfants mineurs. Une solution proposée serait d'ajouter un alinéa offrant une option au demandeur entre le juge aux affaires familiales du lieu de chacune des résidences de l'enfant.

Cependant, la modification de l'article ne semble pas primordiale puisqu'il met à la disposition du demandeur une série d'options : 1° - est compétent le juge du lieu où réside l'époux qui a l'exercice de l'autorité parentale, ce qui en situation de résidence alternée ne permet pas de résoudre la difficulté. Il faut donc envisager la deuxième option qui prévoit : 2° - en cas d'exercice commun de l'autorité parentale, le juge compétent est celui du lieu où réside l'époux chez qui a été fixée la résidence habituelle des enfants mineurs. La notion ayant disparu, il convient de se référer à la dernière option : 3° - à défaut, le juge compétent est celui du lieu où réside l'époux qui n'a pas pris l'initiative de la demande, c'est-à-dire la résidence du défendeur.

Les articles 42 et 43 du nouveau Code de procédure civile prévoient, quant à eux, s'agissant des personnes physiques, que le lieu où elles demeurent est celui de son « *domicile ou,*

à défaut, sa résidence ». Ainsi, à défaut de domicile, il est toujours possible de recourir à la résidence. La difficulté se pose également pour le jeune majeur vivant encore chez ses parents, son domicile restant celui de sa minorité lorsqu'il exerce aucune profession lucrative et qu'il ne peut se suffire à lui seul⁵⁴. On peut se demander ce qu'il en sera de son domicile en tant que jeune majeur si lors de sa minorité il a bénéficié de la résidence alternée. Il est alors possible de recourir à la notion de domicile apparent, notion à laquelle des effets sont reconnus.

La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale est passée de l'interdiction totale de la résidence alternée, à l'initiative de la Cour de cassation, à son érection en moyen privilégié de la coparentalité sans pour autant aller au fond de la réforme. Sollicitée par diverses pressions et lobbies de pères divorcés ou en situation de rupture, l'insertion de la résidence alternée ne sera pas si simple. En effet, elle complique considérablement les conséquences pécuniaires de la séparation en forçant et en prolongeant artificiellement une cohésion parentale qui existait pendant le mariage. C'est pourquoi la résidence alternée reste encore rare. Elle demande la réunion de conditions incertaines du fait de la rupture. En effet, elle suppose une bonne entente entre les parents ainsi que des conditions matérielles de mise en œuvre importantes, telle qu'une proximité géographique des domiciles des parents séparés.

La réforme de l'autorité parentale, intervenue quelques heures avant la fin de la onzième législature, est une réforme isolée. Le législateur n'a pas tenu à l'étendre aux différents domaines touchés par l'alternance. Ainsi, rien n'a été prévu concernant les conséquences financières de la résidence alternée et les problèmes vont commencer à apparaître peu à peu. En l'absence de dispositions, réserve faite en matière fiscale, la difficulté va résider dans la manière dont les juges et les parents vont appréhender les conséquences financières entraînées par la résidence alternée.

Il faut, semble-t-il, recourir à la combinaison de deux sortes de gestion. La première consiste à gérer, les incidences pécuniaires de la résidence alternée, de la même manière que cela l'a été fait en droit fiscal par le législateur, c'est-à-dire de manière globale et sans prendre en considération la diversité des situations familiales. Il s'agit pour le législateur d'appréhender *in abstracto* les conséquences financières de l'alternance (Chapitre 1). Tout en laissant la possibilité aux juges et pourquoi pas aux parents d'intervenir lorsque la règle générale crée de l'inéquité entre des parents

54. Civ. 2^{ème} civ., 16 déc. 1982 : *Bull. civ.* II, n° 165.

séparés et ainsi, prendre en compte les contingences et les spécificités de chaque répartition des frais dégagés entre eux. Dans cette hypothèse, l'objectif étant de rééquilibrer des situations de droit injustes, il faudra alors recourir à une gestion plus concrète des situations (Chapitre 2).

CHAPITRE I : LA GESTION MÉTHODIQUE.

La loi du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale* ne prévoit en elle-même rien sur la manière dont les parents, le juge ou encore les administrations concernées devront appréhender les conséquences pécuniaires engendrées par le choix de la résidence alternée. Il a donc été nécessaire de remplir, après coup, le vide législatif. Les difficultés sont apparues en premier lieu en matière fiscale, matière dans laquelle le législateur est, par conséquent, intervenu de manière rapide mais complète afin de régler et anticiper les problèmes (Section 1). Cependant, on peut regretter que cette intervention législative se soit limitée à ce domaine alors que d'autres, telle la responsabilité civile parentale, semblent poser également des difficultés toutes aussi importantes auxquelles il faudra trouver des solutions (Section 2). Les règles posées en droit fiscal vont nous servir de fil directeur dans notre recherche de solutions aux difficultés qui vont naître du choix d'une résidence alternée.

SECTION I : La répartition envisagée des avantages fiscaux.

Un des enjeux importants de la résidence alternée pour les parents, en dehors du fait d'élever au quotidien son enfant, va être le calcul de leur montant d'imposition. En effet, le nombre d'enfants rattachés au foyer fiscal d'un contribuable permet de déterminer la charge supportée et ainsi limiter le poids de l'impôt. L'intervention législative en matière fiscale, la seule depuis l'introduction de la résidence alternée, repose sur l'initiative de la cour administrative d'appel de Lyon qui, se considérant dans l'impossibilité de répondre à la demande des requérants, a sollicité l'avis du Conseil d'Etat. Ce dernier a d'ailleurs ouvert la voie à la loi de finance rectificative pour 2002 du 30 décembre 2002⁵⁵. Il était nécessaire d'adapter les règles fiscales concernant le quotient familial (I) ainsi que les règles régissant les autres avantages fiscaux (II) à la dernière réforme du droit de la famille.

55. L. fin. rect. n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 : *JO* 31 déc. 2002, p. 22070 ; *JCP éd. N.* 2003, n°6, p. 255.

I - La répartition de l'avantage du quotient familial.

L'administration fiscale ainsi que la jurisprudence méconnaissaient jusque-là la notion de résidence alternée. Il faudra l'intervention du Conseil d'Etat pour qu'elles mettent en place des mécanismes fiscaux adaptés à la nouvelle organisation de l'exercice commun de l'autorité parentale. Il s'agissait de déterminer à quel parent et selon quelle règle les enfants objet d'une alternance pourraient être rattachés fiscalement. En effet, la résidence alternée ne supprime pas cette question importante aux yeux des parents, et semble même la compliquer. L'avis que le Conseil d'Etat a rendu le 14 juin 2002⁵⁶ porte sur cette délicate question qu'il tente de résoudre en l'absence de dispositions. C'est d'ailleurs cet avis qui va impulser (A) la rectification opérée par le législateur lors de la loi de finance rectificative pour 2002 (B).

A - L'intervention initiatique du Conseil d'Etat.

Le quotient familial a pour objectif d'alléger la contribution fiscale des contribuables chargés de famille⁵⁷. Ainsi, il permet une certaine égalité entre les contribuables chargés de famille et les contribuables seuls. La difficulté ici réside dans le fait qu'en plus de la rupture, la séparation ou le divorce, les parents ont fait le choix pour leurs enfants de la résidence alternée.

Selon le principe d'indivisibilité du quotient familial, un enfant ne peut être rattaché qu'à un seul foyer fiscal pour une même année d'imposition⁵⁸. Or, l'enfant est considéré à la charge du parent qui en a la « garde » lorsque les parents font l'objet d'une imposition distincte, c'est-à-dire lors de l'instance en divorce ou en séparation et après le prononcé de la séparation ou du divorce c'est le parent qui en assume la charge⁵⁹. Une des difficultés résidait donc dans l'utilisation du terme « garde » dans les textes fiscaux alors qu'il avait été banni des textes civils.

Cela ne posait pas de problème, car la doctrine administrative avait élaboré une interprétation de cet article. En effet, pour cette dernière, seul le parent chez lequel la « résidence habituelle de l'enfant » était fixée pouvait bénéficier de la majoration de son quotient familial. A

56. CE, avis, 14 juin 2002, Mme Mouthe : JO 10 juill. 2002, p. 11813.

57. L'article 194 du Code général des impôts définit la notion d'enfant à charge.

58. Art. 196 CGI.

59. Art. 6-4-b et 194-I CGI.

charge pour l'autre parent de déduire le cas échéant le montant de la pension qu'il versait pour l'entretien des enfants ou d'apporter la preuve qu'il assumait en réalité la charge de l'enfant. Ainsi, lorsque l'administration faisait face à des situations de résidence alternée, elle se référait au critère de la « résidence habituelle de l'enfant », à défaut de détermination judiciaire de cette résidence, elle s'en remettait alors à l'accord des parents dès lors qu'il prévoyait lequel d'entre eux aurait le bénéfice du quotient familial⁶⁰. Enfin, en l'absence d'accord entre les parents, la doctrine décidait que le ou les enfants devaient être rattachés au foyer fiscal du parent dont les revenus étaient les plus élevés, ce parent ayant vocation, selon elle, à contribuer le plus à l'entretien de l'enfants⁶¹.

L'intervention du Conseil d'Etat, le 14 juin 2002, a permis l'abandon du critère des revenus les plus hauts ainsi que celui du terme de « garde ». La Haute juridiction consacre, à cette occasion, le critère matériel de « charge d'entretien de l'enfant », à la fois pour les parents en instance de divorce ou de séparation et les parents divorcés ou séparés. Enfin, elle élabore des règles fiscales cohérentes répondant à la situation de la résidence alternée.

L'avis du Conseil d'Etat est intervenu peu après l'introduction de ce nouveau mode d'organisation de l'exercice commun de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 et à la suite de la saisine opérée par la cour administrative d'appel de Lyon. Rappelons brièvement les faits de cet arrêt rendu le 29 novembre 2001⁶². Deux époux en instance de divorce, autorisés à résider séparément présentent une convention au juge aux affaires familiales prévoyant un système de résidence alternée pour les enfants après le divorce. Le juge homologue la convention.

Cependant, Madame M. se voit refuser par l'administration fiscale le bénéfice du quotient familial au titre de deux enfants mineurs issus d'un premier lit ainsi que la déduction des frais engagés pour l'entretien des enfants de son revenu imposable au titre de deux années d'imposition et fait appel du jugement confirmatif du tribunal administratif de Clermont-Ferrand. Elle a au titre de ces deux années d'imposition établi ses déclarations en mentionnant ses deux enfants comme étant à sa charge, en précisant pour l'année 1992 uniquement, que la charge était

60. Cf. pour ex. CAA Nancy, 14 juin 2001, req. n° 97NC01691, Mme Renault : arrêt dans lequel le juge prend en considération la convention homologuée attribuant la charge fiscale de l'enfant au père alors qu'une résidence alternée était en place.

61. Doc. adm. DGI, 5B-3121, 1^{er} sept. 1999, n° 27 ; *Rép. min.* n° 37329, *JOAN Q* 8 juill. 1996, DUBOC, p. 1855.

62. CAA Lyon, 29 nov. 2001, Mme Mouthe : *Petites affiches* 14 juin 2002, n° 119, p. 19-20.

partagée avec le père. Elle a également déduit des sommes qu'elle considérait comme des pensions alimentaires.

Plusieurs difficultés⁶³ se présentaient en l'espèce, une nous intéresse principalement, celle de la détermination du parent auquel les enfants doivent être rattachés fiscalement pour l'année de l'alternance⁶⁴. Le commissaire du gouvernement, Monsieur André BONNET⁶⁵, rejette dans un premier temps les solutions doctrinales et rappelle que le quotient familial ne peut faire l'objet d'un partage⁶⁶ entre les parents. Il propose ensuite quatre solutions⁶⁷ à la cour avant de recommander l'inapplicabilité pure et simple de l'article 194 du Code général des impôts dans l'hypothèse d'une alternance paritaire et non accompagnée du versement d'une pension alimentaire.

Or, la cour va suivre une toute autre démarche puisqu'elle va solliciter l'avis du Conseil d'Etat sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative⁶⁸. Elle pose deux questions à la Haute juridiction. Dans un premier temps, elle avance la difficulté du terme de « garde » utilisé dans l'article 194 du Code général des impôts et de la notion de « résidence habituelle » utilisée par l'administration en cas de difficultés lors de l'instance en divorce. Dans un second temps, la cour présente le problème de la combinaison de la résidence alternée de l'après divorce avec les règles de détermination de la majoration du quotient familial. Elle demande au Conseil de définir un critère pour son attribution.

Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat, Monsieur Gilles BACHELIER,

63. Remarquons qu'une seconde difficulté était soulevée, celle de savoir si les sommes que Mme M. avait déduit de son revenu imposable remplissaient les conditions de déductibilité posées par l'art. 156-II-2° CGI.

64. La première année mise en cause ne posait pas véritablement de difficulté puisque la résidence des enfants avaient été fixée chez le père seul bénéficiaire de l'avantage du quotient familial.

65. Concl. Comm. Gouv. BONNET (A.) : *Petites affiches* 14 juin 2002, n° 119, pp. 15-19.

66. CE, 9 mars 1957, req. 33-938 : *RJF* 6/1957, p. 294 – CE sect., 11 mars 1977, n° 3797 : *rec. Lebon* p. 138 ; *RJF* n° 191.

67. Concl. Comm. Gouv. BONNET (A.), *loc. cit.*, conclusions dans lesquelles le commissaire du gouvernement invoque le partage du quotient familial entre les parents, l'attribution de ce dernier au parent ayant les revenus les plus élevés ou bien encore l'attribution a posteriori du quotient familial au parent qui aurait contribué le plus à l'entretien de l'enfant.

68. Art. L. 113-1 C. just. adm. : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse se posant dans de nombreux litiges, (...) la Cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'Etat ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai ».

rappelle dans ses conclusions⁶⁹, l'adaptation nécessaire de la législation fiscale ainsi que les problèmes de cohérence entre les textes fiscaux. Il propose à la cour administrative d'appel d'abandonner la distinction entre les parents divorcés ou séparés et les parents simplement en instance de divorce ou de séparation⁷⁰. Enfin, il avance quatre propositions⁷¹ qu'il rejette avant de recommander aux juges de retenir : « *A titre principal, si la convention conclue entre les parents et homologuée par le juge judiciaire stipule qu'eu égard à l'existence d'une charge également partagée entre eux, l'un des parents sera réputé avoir la charge fiscale de l'enfant. (...) A titre subsidiaire dans le silence de la convention ou si aucune convention n'a été conclue et homologuée il y a lieu de diviser le quotient familial en deux et d'en attribuer la moitié à chaque parent.* »⁷². Il précise plus loin que le mode de résidence de l'enfant importe peu, que la présomption posée à titre principale est simple et que donc la preuve de la charge effective est toujours possible par tout moyen. Il invite le Conseil d'Etat à rejeter le critère de la doctrine administrative, celui des revenus les plus élevés avant d'envisager l'hypothèse dans laquelle le partage de la charge de l'enfant ne serait pas égalitaire entre les parents, préconisant dans ce cas le critère de la charge principale.

L'avis du Conseil d'Etat rendu à la suite de ces diverses interventions propose un règlement d'ordre général englobant la situation non résolue de l'alternance, la Haute Cour de préciser que « *quels que soient tant les modalités de résidence de cet enfant chez ses parents que le mode d'exercice de l'autorité parentale* »⁷³.

Dans un premier temps, il reconnaît comme critère d'attribution du bénéfice du quotient familial le critère de la charge effective d'entretien et d'éducation, invalidant le critère de la « résidence habituelle » élaboré par la doctrine administrative et mettant fin au terme de « garde » encore utilisé par les textes, critère qu'il considère inopérant depuis la loi du 22 juillet 1987. Il abandonne également la distinction entre les parents séparés ou divorcés et ceux en instance de séparation ou de divorce. Enfin, il se prononce sur l'attribution de la majoration du quotient

69. Concl. Comm. Gouv. BACHELIER (G.) : *RJF* 2002, 8-9, p. 657-665.

70. Les premiers étant soumis à la notion de charge effective, les seconds à celle de « garde » de l'enfant jusqu'à présent.

71. Concl. Comm. Gouv. BACHELIER (G.), *op. cit.*, p. 663 : parmi lesquelles l'absence d'attribution du quotient familial, l'attribution intégrale de ce dernier aux deux parents ou à un seul, l'autre ayant la possibilité de déduire les frais exposés pour l'enfant ou enfin l'attribution en alternance de l'intégralité du quotient familial aux deux parents lorsque l'alternance est parfaite.

72. *Id.*, p. 664.

73. *Loc. cit.*, *préc. supra note n° 2*, CE sect., 14 juin 2002.

familial. Pour cela, il distingue deux hypothèses, soit la charge de l'enfant est répartie de manière inégale entre les parents et ce indépendamment du mode d'exercice de l'autorité parentale et du mode de résidence de l'enfant, soit la répartition est égale entre les parents. Dans le premier cas, le Conseil d'Etat adopte le critère de la charge principale. Dans le second cas, il propose, « *en l'absence de dispositions de la loi fiscale adaptant celle-ci à l'évolution du Code civil, et pour assurer aux contribuables le bénéfice de l'avantage fiscal voulu par le législateur (...)* »⁷⁴, de s'en remettre aux conventions homologuées par le juge, à défaut ou dans le silence de cette dernière de partager le bénéfice de la majoration du quotient familial en deux⁷⁵. Il est, cependant, toujours possible pour un des parents d'apporter la preuve, par tout moyen, que la répartition de la charge de l'enfant entre ses parents ne correspond pas ou plus à ce qui avait été décidé par les parents ou par le juge.

A de nombreux titres, l'avis rendu le 14 juin 2002 innove. Il force la lettre de l'article 194 du Code général des impôts en interprétant de manière personnelle le terme « garde » et décide du critère matériel de charge d'entretien de l'enfant. Il reconnaît également force juridique aux conventions homologuées⁷⁶. Il s'agit d'une innovation importante puisqu'il refusait jusqu'alors que les parties à l'élaboration d'une convention puissent prévoir une application différente de la loi fiscale. Enfin, il convient de remarquer que le Conseil d'Etat décide de manière prétorienne du partage de la majoration du quotient familial, créant ainsi « *ici de toute pièce le quart de part de quotient !* »⁷⁷ comme le soulignait avec humour Monsieur Thierry SCHMITT. Il admet ainsi un double rattachement fiscal de l'enfant, ce qu'il excluait jusqu'à présent⁷⁸.

La Haute juridiction profite de la réforme sur l'autorité parentale pour y trouver un argument en faveur de son appréciation matérialiste du critère de rattachement des enfants. Il s'affranchit totalement du texte et le déclare obsolète en raison des évolutions récentes.

74. *Id.*, p. 674.

75. *Ibid.*, « *-le bénéfice de la majoration du quotient familial est attribué à celui des parents que la convention homologuée par le juge judiciaire a expressément désigné à cette fin.*

-en l'absence d'une telle convention ou dans son silence, l'enfant est réputé à la charge de chacun de ses parents, au sens et pour l'application de l'article 196 du CGI, mais n'ouvre droit qu'à un avantage égal à la moitié de celui prévu au premier alinéa de l'article 194 et à l'article 197 de ce Code pour un enfant de même rang. ».

76. CE, 16 nov. 1998, n° 151208, *Cantegreil*: *RJF* 11/98, n° 1250, concl. LOLUM (espèce dans laquelle le CE avait pris en compte la convention homologuée qui stipulait la garde conjointe des enfants et l'attribution fiscale de la charge d'un enfant à chacun des deux parents).

77. SCHMITT (T.), « Résidence alternée et quotient familial » : *AJ fam.* 2003, n°1, p. 25.

78. CE, 11 mars 1977, *préc. supra note n° 12*, le quotient familial avait été accordé en dépit de la garde confiée à l'autre conjoint.

L'avis du Conseil d'Etat confirme donc l'inadaptation des règles fiscales et propose une solution dans l'attente d'une intervention législative. Il s'arroge par là même le droit d'interpréter plus que librement les textes fiscaux qui n'ont pas fait l'objet d'adaptation malgré les réformes successives du droit de la famille. La Haute juridiction a donc, sous couvert de l'interprétation de la loi fiscale, ouvert la voie à l'intervention rectificative du législateur le 30 décembre 2002.

B- L'intervention rectificative du législateur.

Lors des travaux préparatoires de la loi du 4 mars 2002, certaines suggestions avaient été proposées, notamment Monsieur Michel DREYFUS-SCHMIDT avait avancé, sous la forme d'un sous-amendement, l'idée selon laquelle, en cas de résidence alternée, les parents ou le juge pourraient décider de répartir proportionnellement les avantages fiscaux, familiaux et sociaux. Pourtant, aucune n'avait été retenue. C'est pourquoi, après l'intervention remarquée du Conseil d'Etat, le législateur s'est vu dans l'obligation de réagir. Il l'a fait à l'occasion de la loi de finance rectificative pour 2002 du 30 décembre 2002 en son article 30. Cet article fait de la notion de charge effective d'entretien des enfants le critère d'attribution de la majoration du quotient familial et introduit dans le Code général des impôts un nouvel article 193 ter qui définit la notion d'enfant à charge ainsi : « *A défaut de dispositions spécifiques, les enfants ou les personnes à charge s'entendent de ceux dont le contribuable assume la charge d'entretien à titre exclusif ou principal, nonobstant le versement ou la perception d'une pension alimentaire pour l'entretien desdits enfants.* ». Il s'agit là de la consécration législative de la conception matérialiste du critère de rattachement de l'enfant au foyer fiscal de ses parents, conception développée par le Conseil d'Etat. La notion de « garde » de l'enfant est enfin supprimée.

L'article 194-I alinéa 3 du Code général des impôts⁷⁹ prévoit désormais l'hypothèse de la résidence alternée et les règles applicables en la matière. En cas d'alternance, l'enfant est

79. Art. 194-I al. 3 CGI : « *En cas de résidence alternée au domicile de chacun des parents et sauf disposition contraire dans la convention homologuée par le juge, la décision judiciaire ou, la cas échéant, l'accord entre les parents, les enfants mineurs sont réputés être à la charge égale de l'un et l'autre parent. Cette présomption peut être écartée s'il est justifié que l'un d'entre eux assume la charge principale des enfants.* ».

considéré comme à la charge égale de l'un et l'autre des parents. Cette présomption simple cède devant les dispositions de la convention homologuée passée entre les parents ou la décision du juge, elle peut être écartée également lorsque l'un des parents dit assumer la charge principale de l'enfant. Cette preuve se fait par tout moyen. Le législateur reprend ici ce que le Conseil d'Etat a proposé dans son avis.

L'article 30-II-A-b de la loi de finance rectificative pour 2002 prévoit que lorsque les parents font l'objet d'une imposition séparée⁸⁰, chacun d'eux est considéré comme un célibataire ayant à sa charge les enfants dont il assume la charge principale et non plus la « garde ». En cas de résidence alternée au domicile de chacun des parents, les enfants mineurs sont réputés à la charge égale de l'un et l'autre de ses parents⁸¹ sauf s'il existe une convention homologuée, une décision du juge ou un accord entre les parents prévoyant une répartition différente de la charge d'entretien et d'éducation de l'enfant. La loi pose une présomption qui cependant reste simple puisqu'elle supporte la preuve contraire. Dans l'hypothèse où la répartition est considérée comme égale entre les parents, l'enfant, alors, n'ouvre droit, pour chacun d'eux, qu'à la moitié de l'avantage auquel il aurait pu prétendre pour un enfant de même rang⁸².

Prenons un exemple : un couple avec un enfant divorce n'opte pas pour une résidence alternée mais pour un mode de résidence de l'enfant « classique ». C'est la mère qui en assume la charge principale. Le père a ainsi une part fiscale au titre de divorcé sans enfant à charge, la mère, quant à elle, déclare une part et demie en tant qu'elle supporte la charge exclusive et principale de l'enfant. Prenons maintenant la même situation familiale mais avec l'existence d'une résidence alternée au domicile de chacun des parents. Avec le nouveau dispositif et en l'absence de dispositions contraires entre les parents et de la part du juge, chacun des parents peut rattacher l'enfant à son foyer fiscal : pour le père, une part pour sa personne et un quart de part au titre de l'enfant dont il partage l'hébergement. Il a désormais droit à une part un quart, de même pour la mère. Il en va ainsi pour les deux premiers enfants, la majoration passant à une demi-part à

80. Art. 6-4 CGI.

81. Art. 194-I al. 4 CGI : « Lorsque les enfants sont réputés être à la charge égale de chacun des parents, ils ouvrent droit à une majoration de : a) 0,25 part pour chacun des deux premiers et 0,5 part à compter du troisième, lorsque par ailleurs le contribuable n'assume la charge exclusive ou principale d'aucun enfant ; b) 0,25 part pour le premier et 0,5 part à compter du deuxième, lorsque par ailleurs le contribuable assume la charge exclusive ou principale d'un enfant ; c) 0,5 part pour chacun des enfants, lorsque par ailleurs le contribuable assume la charge exclusive ou principale d'au moins deux enfants. ».

82. Nouv. art. 194-I CGI.

compter du troisième lorsque le parent n'assume pas la charge principale d'un autre enfant au lieu d'une part entière. Les règles antérieures restent donc valables, l'alternance entraînant simplement la division par deux de la majoration « classique » du quotient familial pour charge de famille.

Le principe qui ressort de l'article 30 de la loi de finance rectificative pour 2002 est celui du partage égalitaire des avantages fiscaux. Dès lors, la majoration du quotient familial pour cause d'invalidité⁸³ de l'enfant obéit à la même logique, la majoration étant d'un quart de part au lieu d'une demi-part lorsque l'enfant assumé de manière égale entre les parents est titulaire d'une telle carte. De même, le montant de l'abattement pour enfants à charge mariés ou chargés de famille déductible du revenu brut global est réduit de moitié⁸⁴. Les revenus que peut percevoir un enfant et que les parents déclarent le sont dans ce cas pour la moitié par chacun des parents. Quant au plafonnement des effets du quotient familial, l'article 30-II-D de la loi de finance rectificative pour 2002 prévoit qu'en cas de résidence alternée, son montant est divisé par deux. Quel que soit l'avantage, qu'il s'agisse de part fiscale, du montant d'un abattement ou d'un plafond, la logique reste la même : la présomption légale simple est celle d'un partage par deux des avantages liés au quotient familial.

Nous l'avons dit plus haut, il est toujours possible pour un parent d'apporter, par tout moyen, la preuve que la répartition de la charge de l'enfant ne correspond pas ou plus à ce qui a été décidé entre les parents ou par décision de justice ou en l'absence de décision de justice ou de convention à la présomption posée par les textes fiscaux nouveaux. Le législateur donne ainsi priorité aux accords parentaux et rend la règle fiscale qu'il pose subsidiaire.

Le nouveau dispositif prévu par l'article 30 de la loi de finance rectificative pour 2002 ne s'applique qu'à compter de l'imposition des revenus de l'année 2003 c'est-à-dire lors de la déclaration de 2004. Cependant, les parents qui auraient déjà eu recours à la résidence alternée et décidé de la répartition du quotient familial par convention homologuée passée en force de chose jugée, il leur est possible de saisir à nouveau le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 373-2-13 du Code civil pour modifier le contenu de la convention s'agissant par exemple

83. Art. L. 241-3 C. act. soc. et fam.

84. Il passe de 4137 euros par personne prise en charge pour l'imposition des revenus de l'année 2002 (art. 196-B al.2 CGI) à 2069 euros, de 8274 euros pour un couple à 4137 euros et de 12411 euros pour un couple avec un enfant à 6205,5 euros.

de la répartition du quotient familial. Remarquons, que si des difficultés naissent de l'application du nouveau régime fiscal, elles n'apparaîtront que courant de l'année 2004.

Le législateur à l'occasion de la loi de finance rectificative pour 2002 ne s'est pas limité au règlement du partage du quotient familial, il a également prévu la répartition des autres avantages fiscaux. Il s'agit donc d'une intervention tardive mais complète en matière fiscale qui répond à une logique d'ensemble qui est celle du partage entre les parents des avantages fiscaux.

II - La répartition des autres avantages fiscaux.

De nombreuses modifications fiscales ont été nécessaires suite à la consécration de la résidence alternée. Bien que l'avantage de la majoration du quotient familial soit un point essentiel et primordial dans l'évaluation par les parents de la répercussion de l'alternance sur leur imposition, il est courant, qu'en cas de divorce ou de séparation, l'un des parents soit dans l'obligation de verser à l'autre une contribution au titre de l'entretien et de l'éducation des enfants sous forme d'une pension alimentaire. Cette dernière est une charge pour le parent qui la supporte, une charge qui dans certaines conditions ouvre droit à une déduction de son montant de l'imposition. Or, l'introduction de la résidence alternée et des nouvelles règles en matière de quotient familial a modifié la déductibilité des pensions alimentaires qui dépend désormais du choix opéré en amont par les parents de partager ou non la majoration du quotient familial (A). De la même manière, les autres avantages fiscaux ont été modifiés et soumis à la même logique, celle du partage (B).

A- La déduction des pensions alimentaires.

L'article 156-II du Code général des impôts prévoit la possibilité pour le contribuable de déduire de son revenu imposable certaines charges sous certaines conditions d'existence. L'article 156-II-2° du Code général des impôts dispose quant à lui que certaines pensions alimentaires, celles issues d'une décision judiciaire par exemple, entrent dans le champ de cette déduction. La loi du 4 mars 2002 ainsi que la loi de finance rectificative pour 2002 ont modifié en partie ces

dispositions.

Avant l'intervention de ces deux lois, seule la pension versée pour l'entretien et l'éducation de l'enfant par le parent qui n'avait pas la charge de l'enfant pouvait être déduite qu'elle soit issue d'une décision de justice ou d'un accord. C'était donc le parent qui n'avait pas la « garde » de l'enfant ou chez lequel la résidence de l'enfant n'était pas fixée en cas d'exercice conjoint qui pouvait déduire de son revenu imposable le montant de la pension qu'il versait. En contrepartie, il ne bénéficiait pas, au titre de cet enfant, de la majoration du quotient familial, seul le « parent-gardien » pouvant, quant à lui, y prétendre.

La loi relative à l'autorité parentale a introduit dans le titre consacré à l'autorité parentale du Code civil les articles 373-2-2 à 373-2-5 qui prévoient les conditions propres d'existence de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. Son article 18 modifie les conditions de déduction des pensions revalorisées spontanément.

S'agissant des conséquences de la consécration de la résidence alternée sur la déductibilité des pensions alimentaires, il a fallu attendre l'article 30-III-A et B de la loi de finance rectificative pour 2002⁸⁵ qui vient modifier les articles 156-II-2° et 80 *septies* du Code général des impôts. Cet article pose comme principe celui du non cumul entre la majoration du quotient familial et la déductibilité d'une pension alimentaire. Dès lors, ne sont déductibles que les pensions versées par l'un des parents pour l'entretien des enfants dont la charge exclusive ou principale est assumée par l'autre parent. Le montant de la contribution versée pour un enfant dont la charge est réputée répartie de manière égale entre les parents ne permet pas à celui qui la supporte de la déduire de son revenu brut global.

Ainsi, lorsqu'il existe une résidence alternée et que les parents n'ont rien prévu dans leur convention ou s'ils n'ont pas passé de convention et que le juge n'a rien prévu également dans sa décision concernant la répartition de la charge de l'enfant entre les parents, le parent qui verse la

85. Art. 30-III-A, L. fin. rect. 30 déc. 2002, *préc. supra note n° 1* : « III.-A.-Le deuxième alinéa du 2° du II de l'article 156 est ainsi rédigé : « Le contribuable ne peut opérer aucune déduction pour ses descendants mineurs lorsqu'ils sont pris en compte pour la détermination de son quotient familial. ».

B.-L'article 80 *septies* est complété par une phrase ainsi rédigée : « Les pensions alimentaires versées pour un enfant mineur résidant en alternance chez ses parents et pris en compte pour la détermination du quotient familial de chacun d'eux ne sont pas imposables entre les mains de celui qui les reçoit. » ».

pension alimentaire ne pourra pas déduire son montant de son revenu brut global⁸⁶. Corrélativement, le parent qui perçoit la pension n'aura pas à en déclarer le montant au titre de ses revenus imposables⁸⁷. Cette règle se justifie très facilement puisque l'enfant est pris en compte pour la détermination du quotient familial dans les deux foyers fiscaux et qu'à ce titre il ouvre droit à un avantage pour chacun de ses parents.

Il s'agit donc pour les parents de bien réfléchir aux conséquences de leur choix de partager ou non le quotient familial entre eux et d'en peser à la fois les avantages et les inconvénients. S'ils choisissent de désigner le parent qui ne verse pas de pension comme seul bénéficiaire du quotient familial, la solution reste celle existante précédemment. Le parent qui bénéficie de l'avantage du quotient familial prend en compte l'enfant pour son foyer fiscal. Le parent qui verse la pension en déduit le montant de ses revenus. L'autre parent les ajoutant à ses revenus imposables. En revanche, s'ils se partagent l'avantage du quotient familial, quel que soit le parent qui verse la contribution et son montant, la déduction n'est pas possible.

C'est une question délicate qui requiert un certain nombre de calculs ainsi qu'une connaissance relativement précise des mécanismes fiscaux. En effet, il n'est pas forcément plus avantageux de ce partager l'avantage du quotient familial lorsqu'une pension est versée par l'un des parents pour les enfants. Les parents vont devoir se poser la question de la « rentabilité » de l'alternance, est-il préférable de désigner le parent bénéficiaire du quotient familial afin de pouvoir déduire le montant de la pension ou de se partager l'avantage fiscal ? Cela dépendra de la situation fiscale de chacun des parents.

La loi du 30 décembre 2002 règle ainsi de façon complète les difficultés fiscales que peut entraîner le choix d'une résidence alternée pour son enfant. L'article 30 de la dite loi fixe les incidences de la résidence alternée en matière fiscale. Ainsi, en dehors du quotient familial et de la déductibilité des pensions alimentaires versées pour l'entretien et l'éducation des enfants, le nouveau texte prévoit également les incidences de l'alternance sur les autres avantages fiscaux qui restent des questions complexes mais dont l'importance n'est pas moindre.

86. Nouv. art. 156-II-2° CGI.

87. Nouv. art. 80 *septies* CGI.

B- L'attribution des autres dispositions fiscales.

Le principe reste le même que celui précédemment énoncé, lorsque l'enfant est considéré à charge égale de l'un et l'autre parent, il ouvre droit pour chacun d'eux à la moitié de l'avantage fiscal habituellement consenti pour un enfant de même rang, à charge pour les parents ou le juge de prévoir une répartition différente ou d'apporter la preuve d'une telle répartition. Les incidences de la résidence alternée sur les majorations pour charge de famille touchent une série de mécanismes fiscaux complexes.

Ainsi, la réduction d'impôt accordée au titre des frais de scolarité est divisée de moitié en vertu de l'article 30-IV-B de la loi de finance rectificative pour 2002. L'article 199 quater F du Code général des impôts prévoit ainsi que le montant de la réduction de l'impôt sur le revenu est de 61 euros pour un enfant fréquentant un collège, de 153 euros par enfant allant au lycée d'enseignement général et technologique ou au lycée professionnel et de 183 euros par enfant en formation d'enseignement supérieur. Dès lors, si cet enfant fait l'objet d'une résidence alternée et qu'il est considéré à charge égale de ses parents, chacun d'eux recevra la moitié⁸⁸ de cette somme au titre de sa scolarité.

L'article 30-IV-A de la loi de finance rectificative pour 2002 prévoit la limitation du montant global des dépenses à retenir pour le calcul de la réduction d'impôt pour frais de garde des jeunes enfants. Le montant est limité à la moitié de 2300 euros, soit 1150 euros par enfant à charge⁸⁹. Quant à l'article 30-IV-D, il prévoit la réduction, par deux, des majorations, pour enfant à charge, du plafond de la réduction d'impôt accordée au titre de certaines primes d'assurance⁹⁰. Enfin, au titre des réductions d'impôt, l'article 30-VI de la loi de finance rectificative pour 2002 divise par deux le montant de la réduction d'impôt accordée au contribuable en fonction de ses charges de famille au titre du calcul de l'impôt de solidarité sur la fortune⁹¹. La réduction d'impôt

88. 31 euros par enfant fréquentant le collège ; 77 euros par enfant allant au lycée général et technologique ou au lycée professionnel ; 92 euros par enfant en formation d'enseignement supérieur.

89. L. fin. rect. pour 2002, *préc. supra note n° 1*.

90. *Id.*, p. 258-259.

91. *Id.*, p. 249-250.

sera de 75 euros par enfant réputé à charge égale entre les parents au lieu de 150 euros lorsque l'enfant est à la charge exclusive ou principale de l'un des parents.

Au titre des crédits d'impôt, l'article 30-IV-E de la loi de finance rectificative pour 2002 prévoit de diviser par deux les majorations pour enfant à charge du plafond du crédit d'impôt accordé au titre de certains équipements de l'habitation principale⁹². Dans cette hypothèse, les enfants réputés à charge égale de chacun des parents sont décomptés en premier, ce mode de calcul étant plus favorable aux contribuables. C'est également le cas s'agissant des incidences de la résidence alternée sur le calcul du seuil d'exonération des plus-values immobilières⁹³. Certaines plus-values immobilières⁹⁴ sont exonérées pour le patrimoine du contribuable ne dépassant pas un plafond majoré lorsque le contribuable est chargé de famille. Cette majoration du plafond accordée pour charge de famille est réduite de moitié lorsque l'enfant qui ouvre droit à cet avantage est réputé à charge égale de ses parents⁹⁵.

Au titre des diverses incidences de l'alternance sur les mécanismes fiscaux, selon l'article 30-VII les abattements et majorations pour charge de famille en matière d'impôts locaux sont partagés de manière égale entre les parents dont le ou les enfants vivent en alternance au domicile de chacun. L'abattement obligatoire ainsi que les abattements facultatifs voient divisé par deux leurs majorations pour charge de famille. Le texte précise que lorsque le nombre total de personne à charge dépasse deux, les enfants réputés à charge égale des parents sont décomptés en premier, ce qui revient à réduire de moitié le taux d'abattement le plus faible. Enfin, l'article 30-IV-F modifie, en cas de résidence alternée, le montant des majorations accordées lors de la prime pour l'emploi. Les modifications touchent à la fois les conditions d'attribution et le calcul même de la prime.

Vu la complexité originelle des mécanismes fiscaux, l'ajout de nouvelles dispositions dans le but de répondre à la situation de la résidence alternée va amener les juges à simplifier le

92. *Id.*, p. 251, les majorations passent de 400 euros par personne à charge au sens des articles 196 à 196 B du Code générale des impôts à 200 euros ; 500 euros à 250 euros pour le second enfant ; 600 euros à 300 euros par enfant à partir du troisième.

93. Art. 30-V, L. fin. rect. 30 déc. 2002, *loc. cit.*

94. Art. 150-A à T CGI.

95. La valeur du patrimoine immobilier ne doit pas excéder 61000 euros, plafond majoré de 15250 euros par enfant à charge à partir du troisième selon l'article 150-B du Code général des impôts ; cette majoration est de 7625 euros lorsqu'il y a une résidence alternée.

travail de répartition entre les parents des différents avantages fiscaux. Il semble pourtant qu'ils aient une préférence pour la répartition des charges et des avantages plutôt que pour leur partage systématique, quitte à faire varier, une année sur deux, la répartition entre les parents⁹⁶.

Ces nouvelles mesures s'appliquent à tous les parents qu'ils soient divorcés, séparés, en instance de divorce ou de séparation, qu'ils aient été mariés ou non, à compter de l'imposition des revenus de 2003. Cependant, selon une instruction de la direction générale des impôts du 20 janvier 2004⁹⁷, les contribuables qui veulent bénéficier de ces nouvelles mesures pour les années antérieures, pourront le faire à condition de déposer une réclamation contentieuse à l'administration fiscale qui instruira les demandes selon l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 14 juin 2001. La Haute juridiction n'a pourtant pas pu répondre à toutes les questions que soulève la résidence alternée, c'est pourquoi, le travail de prospection reste à faire, notamment en matière de responsabilité civile des parents.

SECTION II : La répartition envisageable de la responsabilité civile des parents.

C'est à partir de ce qui a été posé par le législateur en matière fiscale qu'il convient d'envisager autant que possible ce que pourra être la responsabilité civile des parents en cas de résidence alternée. En effet, en l'absence de disposition, la loi du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale* ne modifiant pour ainsi dire pas le régime de responsabilité, les prochains développements ne sont que des propositions et des perspectives envisageables. Le nouveau mode de résidence des enfants va certainement influencer sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité parentale posée par l'article 1384 alinéa 4 du Code civil (I) ainsi que sur l'obligation des parents à la dette de responsabilité civile pour le fait dommageable de l'enfant concerné par la résidence alternée (II).

I - La mise en œuvre de la responsabilité parentale.

La résidence alternée de l'enfant au domicile de chacun de ses parents semble réserver un

96. Lyon, 4 juin 2002 : *Juris-Data* n° 2002-188536 ; *Dr. famille* 2003, n° 2, *obs.* OUDIN (F.).

97. BOI 5 B-3-04, n° 11, 20 janv. 2004, p. 2.

sort tout particulier à la condition de cohabitation (A), condition qui déjà a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle importante. En effet, les différentes décisions en la matière en ont réduit la conception à une acception juridique. La condition était traditionnellement entendue comme une cohabitation physique de l'enfant avec ses parents, supposant une communauté de vie au moment des faits dommageables. A la suite d'une importante évolution jurisprudentielle tendant vers l'objectivation de la responsabilité parentale, la notion de cohabitation est désormais entendue de manière juridique. Quant à la nature même de la responsabilité civile parentale (B), la question qui se pose est de savoir si la résidence alternée de l'enfant entre les domiciles des parents, les rend simultanément ou alternativement responsables des dommages causés par leur enfant.

A- Les incidences sur la condition de cohabitation.

Lorsque la jurisprudence fondait la responsabilité parentale sur une présomption simple de faute des parents dans la surveillance ou l'éducation de l'enfant, la condition de cohabitation jouait un rôle primordial dans la mise en œuvre du régime de responsabilité pour autrui. A la suite de l'évolution jurisprudentielle et en l'absence de définition légale, la condition légale de cohabitation a varié entre une interprétation stricte supposant la présence de l'enfant auprès de ses parents et une interprétation large admettant l'absence, elle est ainsi devenue surabondante pour certains auteurs⁹⁸. En effet, avec les arrêts *Bertrand*⁹⁹ et *SAMDA contre MACIF*¹⁰⁰, la responsabilité civile parentale est devenue une responsabilité de plein droit. Le changement jurisprudentiel de la nature de la responsabilité a entraîné une modification de la conception même de la condition de cohabitation. Celle-ci est passée d'une conception matérielle, reposant sur la présence effective des parents avec l'enfant au moment du dommage, à une conception juridique.

Dès lors, la jurisprudence considère que la condition de cohabitation est remplie par

98. PONSEILLE (A.), « Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant mineur » : *RTD civ.* 2003, p. 651.

99. Cass. 2^{ème} civ., 19 fév. 1997, arrêt *Bertrand* : *Bull. civ.* II, n° 56 ; *JCP éd. G.* 1997, II, 22848, concl. KESSOUS (R.), note VINEY (G.) ; *D.* 1997, 265, note JOURDAIN (P.) ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, 572, note CHABAS (F.) ; *Dr. famille* 1997, n° 83, note MURAT (P.) (1^{re} espèce) ; *Petites affiches*, 15 sept. 1997, note LEBRETON.

100. Cass. 2^{ème} civ., 19 fév. 1997, arrêt *SAMDA c/ MACIF* : *Bull. civ.* II, n° 55 ; *Petites affiches* 29 déc. 1997, n° 156, pp. 12-14, note DAGORNE-LABBE (Y.) ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, 575, note CHABAS (F.) ; *Dr. famille* 1997, n° 97, note MURAT (P.) ; *RTD civ.* 1997, 670, obs. JOURDAIN (P.).

l'attribution de la « résidence habituelle de l'enfant ». Ainsi, lorsque l'exercice de l'autorité parentale se fait en commun et que les parents sont divorcés ou séparés, seul le parent chez lequel l'enfant « réside habituellement » peut être poursuivi¹⁰¹ sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil¹⁰², l'autre parent pouvant voir engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du même Code uniquement. Pourtant, il ne faut pas confondre « résidence habituelle » et cohabitation effective au moment du dommage. Comment accepter, alors que les parents ont sur l'enfant les mêmes prérogatives et les mêmes pouvoirs en vertu de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, qu'un parent plutôt que l'autre réponde des dommages causés par l'enfant sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil. Le texte ne peut pas jouer à l'encontre d'un parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale alors même que le dommage serait survenu lors de l'exercice de son droit de visite et d'hébergement, ni même à l'encontre du parent qui, exerçant l'autorité parentale ne s'est pas vu attribuer la résidence de l'enfant chez lui. Dans ces hypothèses, la seule responsabilité possible est celle de l'article 1382 du Code civil pour faute prouvée. La jurisprudence lie la responsabilité parentale à la « garde » de l'enfant qui n'est autre aujourd'hui que l'exercice de l'autorité parentale ajouté à l'attribution de la « résidence habituelle ». Or, le texte pose comme condition celle de la cohabitation, condition escamotée en réalité, puisqu'elle résulte, depuis l'arrêt *SAMDA* de la Cour de cassation, de la « *résidence habituelle de l'enfant au domicile des parents ou de l'un d'eux* ». Une difficulté supplémentaire intervient lorsqu'il n'existe aucun règlement amiable ou judiciaire concernant l'attribution de cette résidence à l'un des parents.

Dès lors, la suppression de la notion de « résidence habituelle de l'enfant » ainsi que la consécration de la résidence alternée par la loi du 4 mars 2002 vont amener de nouvelles discussions s'agissant de la condition de cohabitation exigée entre l'enfant et ses parents au moment du dommage, condition légale de mise en œuvre de leur responsabilité. Il semble que par cohabitation, il faille entendre la communauté de vie habituelle existante entre les parents et l'enfant. Or, la résidence alternée permet de créer une telle communauté de vie à la fois avec le père et la mère.

101. Cass. 2^{ème} civ., 20 janv. 2000 : *Bull. civ.* II, n° 14 ; *Petites affiches* 2000, n° 224, pp. 16-17 ; *JCP éd. G* 2000, II, 10374, p. 1607, comm. GOUTTENOIRE-CORNUT (A.) ; *RJPF* 2000, 4/38, note CHABAS (F.).

102. Art. 1384 al. 4 C. civ. : « *Le père et la mère, en tant qu'ils exercent « l'autorité parentale », sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ».

L'introduction de l'alternance dans le droit de la famille repose donc le débat de l'acceptation qu'il convient de donner à la notion de cohabitation. En effet, si l'on considère que la cohabitation doit être juridique entre les parents et l'enfant objet d'une résidence alternée au moment du dommage, la condition est semble-t-il remplie à la fois par le père et par la mère, puisque chacun d'eux, a la résidence de l'enfant. Ainsi, donc chacun des parents sera responsable des dommages causés par leur enfant même si celui-ci résidait au moment des faits chez l'autre parent. En revanche, si l'on considère que la cohabitation doit être effective et répondre à une définition matérielle de la notion, il appartiendra aux juges de rechercher chez lequel de ses parents l'enfant résidait au moment des faits. La résidence alternée confère aux parents les mêmes prérogatives sur l'enfant et partage entre eux la résidence de l'enfant. Chacun d'eux a la « garde juridique » de l'enfant ainsi que sa résidence.

La cohabitation pose des difficultés, car elle semble mal s'accorder avec un régime de responsabilité de plein droit. Plusieurs possibilités sont envisageables. L'une d'elle serait de conserver la notion de « résidence habituelle de l'enfant » même en cas de résidence alternée, de désigner le domicile d'un des parents comme telle. En cas de résidence alternée non paritaire entre les parents, cette résidence serait facilement fixée chez le parent chez lequel l'enfant passerait le plus de temps. Ainsi, seul le parent attributaire de cette résidence pourrait voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil ce qui correspondrait à la jurisprudence actuelle. Cependant, cette proposition va à l'encontre même de l'esprit de la loi nouvelle. En effet, la loi du 4 mars 2002 tend à faire disparaître le déséquilibre qui existait entre le sort des parents séparés ou divorcés, ni l'un ni l'autre ne doit être positionné comme un parent principal. D'après Madame Anne PONSEILLE, le débat se situe donc, à l'heure actuelle, essentiellement sur les avantages et les inconvénients du maintien de la condition de cohabitation dans sa conception moderne¹⁰³.

Une seconde proposition serait de remanier le texte de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, cependant, il aurait été logique de le faire à l'occasion de la loi nouvelle, cette dernière ayant partiellement déjà retouché ce texte¹⁰⁴. En effet, la loi n'a pas supprimé la condition de

103. PONSEILLE (A.), *op. cit.*, p. 658.

104. La réforme a prévu cependant l'adaptation du texte aux évolutions déjà intervenues en droit de la famille, l'article 8 supprime le terme « garde » pour lui substituer l'expression « autorité parentale ».

cohabitation alors que beaucoup d'auteurs¹⁰⁵ voulaient la voir disparaître. Pour Madame Annick BATTEUR¹⁰⁶, « *c'est l'autorité parentale qui constituera demain le fondement de la responsabilité* », c'est-à-dire les pouvoirs juridiques qu'ont les parents sur l'enfant.

Alors que l'évolution jurisprudentielle, s'agissant de la notion de cohabitation, tend vers sa dématérialisation, la consécration de la résidence alternée ainsi que la suppression de la notion de « résidence habituelle de l'enfant »¹⁰⁷ par la loi du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale* vont relancer la discussion et peut-être être à l'origine d'un retour vers la conception matérielle de la condition de mise en œuvre de la responsabilité parentale. En effet, de cette conception, matérielle ou juridique, dépend en partie la nature de la responsabilité civile parentale.

B- Les incidences sur la nature de la responsabilité parentale.

Ainsi, suivant la définition donnée à l'alternance en terme de résidence de l'enfant et la conception de la notion de cohabitation, la responsabilité des parents qui en découle ne sera pas de même nature. Il convient de se demander s'il s'agit d'une responsabilité parentale alternée ou permanente. Même si un certain nombre d'auteurs¹⁰⁸ s'interrogeant sur le sujet se rejoignent quant à la position qu'il faudrait adopter, la solution ne semble pas si simple. Dans l'hypothèse d'une résidence alternée, rappelons-le, l'exercice de l'autorité parentale se fait de manière conjointe et l'ancienne « résidence habituelle » de l'enfant est considérée comme fixée par le juge ou les parents chez chacun d'eux.

Madame Anne PONSEILLE faisait remarquer que ces questions avaient déjà fait l'objet d'interrogations de la part de la doctrine à l'époque des travaux préparatoires de la loi nouvelle. Ainsi, elle se questionnait sur les implications qu'entraînerait le choix d'un tel système, la résidence alternée, sur la responsabilité parentale à retenir : « *une responsabilité alternée des parents en présence de « deux » résidences habituelles ou une responsabilité civile*

105. DURRY (G.), VINEY (G.), JOURDAIN (P.).

106. BATTEUR (A.), « La responsabilité parentale en cas de séparation du couple » : *Petites affiches* 28 av. 1999, n° 84, p. 73.

107. L'article 287 du Code civil a été abrogé par la loi du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*.

108. PROUTIERE-MAULION (G.), « La notion de cohabitation dans la responsabilité des père et mère » : *Petites affiches*, 26 sept. 2002, n° 193, p. 13 – REYNAUD (P.), « Responsabilité des père et mère et résidence alternée » : *AJ fam.* 2002, n° 4, p. 134 – MAUGER-VIELPEAU (L.) : *obs. ss Cass. crim.* 29 oct. 2002 : *D.* 2003, p. 2115 – PONSEILLE (A.) : *op. cit.*, *supra note n° 44*, p. 665.

« permanente » ou « continue » par référence à une résidence commune même si elle est partagée ? »¹⁰⁹.

Il s'agit d'envisager les différentes options qui s'offrent à nous en matière de responsabilité parentale. Nous envisagerons l'hypothèse d'une responsabilité alternée des parents avant de proposer celle d'une responsabilité permanente. La responsabilité parentale alternée correspondrait au rythme de l'alternance de l'enfant entre les domiciles de chacun de ses parents. Un seul parent serait alors tenu sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil en cas de dommage causé par l'enfant, celui avec qui ce dernier résidait au moment des faits. Cette hypothèse ne correspond pas à la conception qu'a la jurisprudence actuellement. Elle supposerait un retour à une conception matérielle de la cohabitation puisque chacun des parents ayant la « résidence habituelle » du mineur, chacun des parents remplirait les conditions de mise en œuvre de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil. La responsabilité parentale cesserait donc avec le changement de domicile de l'enfant et jusqu'à son retour chez le parent. Cela impliquerait, qu'en amont, le juge et les parents aient déterminé précisément l'alternance de manière à connaître facilement chez lequel des parents l'enfant se trouvait au moment des faits. A défaut, il reviendrait au juge de la responsabilité de rechercher le lieu de vie de l'enfant au moment des faits, ce qu'il n'a plus besoin de faire depuis la consécration de la conception juridique de la cohabitation. Ainsi donc, l'enfant aurait dans ce cas de figure un ensemble de résidences alternatives, résidence qui change suivant le rythme donné à l'alternance par les parents ou le juge, ce qui implique une résidence permanente de l'enfant mais interrompue. Les parents ne pourront pas être poursuivis sur le même fondement par la victime.

Deuxième proposition, la responsabilité des parents est considérée comme continue, permanente, ininterrompue. Cette solution correspond à l'acception juridique que la jurisprudence a de la cohabitation. En effet, les parents ont tous deux l'exercice de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant, ils remplissent tous deux les conditions de mise en œuvre de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, quel que soit le lieu de vie effectif de l'enfant au moment du dommage. La résidence alternée fait ici référence à une résidence commune et ininterrompue mais partagée de l'enfant, chacun des parents conservant l'organisation et le contrôle du mode de vie de l'enfant.

109. PONSEILLE (A.), *loc. cit.*

Il semble que la seconde solution soit celle recommandée par les auteurs. En effet, elle correspond à l'esprit du texte de la loi de 2002, c'est-à-dire à la recherche d'une véritable coparentalité et égalité entre les parents. L'enfant est considéré comme continuant à vivre habituellement avec ses deux parents même s'ils ont du fait de la rupture des domiciles distincts. Selon Madame Gwenaële PROUTIERE-MAULION¹¹⁰, « *la pratique de l'hébergement alterné n'est pas de nature à modifier* » l'évolution jurisprudentielle en matière de responsabilité parentale. « *La cohabitation cessera simplement d'être conçue comme le cumul de l'autorité parentale et de la résidence habituelle pour devenir le cumul de l'autorité parentale et du lieu de vie de l'enfant au moment des faits* ».

La loi du 4 mars 2002 n'ayant pas modifié les règles relatives à la responsabilité parentale, le critère de la résidence habituelle de l'enfant étant supprimé par cette même loi, l'application du texte devient énigmatique. Il reviendra aux juges, lorsque les difficultés apparaîtront, de déterminer la nature de la responsabilité parentale en présence d'une résidence alternée. De même, il sera de leur devoir, réserve faite d'une intervention législative, de mesurer les incidences du nouveau mode d'organisation de la résidence des enfants sur l'obligation des parents à la dette de responsabilité.

II - L'obligation à la dette des parents.

La consécration de la résidence alternée a également des incidences importantes dans la relation que les parents ont avec un tiers particulier qui est la victime du dommage causé par l'enfant. En effet, il semble que l'alternance puisse multiplier les possibilités de mise en œuvre de la responsabilité parentale et redonner un sens et une importance à la solidarité posée par le texte lui-même (A). La victime devrait ainsi bénéficier d'une meilleure prise en charge de l'indemnisation de ses préjudices par le système de l'assurance (B).

A- La condamnation des parents.

110. PROUTIERE-MAULION (G.), *op. cit.*, *supra* note n° 54.

Dans la formulation initiale de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil¹¹¹, les rédacteurs faisaient peser la responsabilité civile parentale uniquement sur la personne du père, car en principe c'était à lui qu'était confié l'exercice de la puissance paternelle. De ce fait, la mère ne pouvait être reconnue responsable que sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, réserve faite de la disparition du père, situation dans laquelle elle exerçait alors la puissance paternelle. Selon Anne PONSEILLE, les parents étaient alors responsables *in solidum* en vertu de l'application de textes différents¹¹². La loi du 4 juin 1970 a rattaché la responsabilité parentale à l'exercice du droit de garde des parents. Corrélativement, la responsabilité incombe désormais, en principe, aux deux parents. Afin de faciliter le recours des victimes contre eux, le législateur a institué une solidarité. Ainsi, ils sont tous les deux responsables pour le tout. La solidarité s'impose et ne pose pas de difficulté lorsqu'ils vivent ensemble. En revanche, lorsqu'ils sont séparés ou divorcés, chacun des parents doit réunir les conditions de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, dont la mise en œuvre est facilitée. Dans le cas contraire, son application sera impossible. La solidarité en tant que sûreté personnelle multiplie ainsi les chances de la victime de voir son préjudice pris en compte et réparé.

Nous l'avons vu, la mise en œuvre de la responsabilité parentale obéit à un certain nombre de conditions. L'une d'elles est liée à l'exercice de l'autorité parentale, l'autre à la notion de cohabitation. La première ne pose pas grande difficulté dans la mesure où l'exercice commun de l'autorité parentale tend à se généraliser. En revanche, la seconde risque de provoquer des discussions dans la mesure où elle se prête à deux interprétations possibles en cas de résidence alternée. En effet, suivant la nature donnée à la responsabilité parentale, la solidarité se trouvera ou non activée. Il s'agit donc de déterminer quels seront le ou les parents débiteurs de la dette de responsabilité.

Dans un premier temps, il convient de rappeler qu'il est toujours possible d'engager la responsabilité des parents pour un dommage causé par leur enfant sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, dès lors qu'il est possible d'apporter la preuve de l'existence d'une faute commise de la part des parents. Cependant, ce régime de responsabilité n'est pas le plus

111. L'ancien article 1384 du Code civil prévoyait que « *le père et la mère après le décès du père, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ».

112. PONSEILLE (A.), *op. cit.*, p. 646.

facile à mettre en œuvre puisqu'il nécessite de la part de la victime d'apporter la preuve d'une faute de surveillance ou d'éducation à l'origine du dommage, du préjudice et du lien de causalité entre les deux.

Il convient maintenant d'examiner les conséquences de la résidence alternée en fonction du type de responsabilité, permanente ou alternative, retenu. Si l'on considère que la responsabilité est alternée entre les parents suivant le rythme de l'alternance, un seul parent pourra alors être poursuivi sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, l'autre pouvant être poursuivi uniquement sur le fondement des textes précédents. La solidarité n'a ici aucun rôle à jouer. En revanche, si l'on considère que la responsabilité est permanente, les deux parents pourront être poursuivis suivant le régime de la responsabilité civile parentale et être reconnus responsables solidairement. Il s'agirait là d'une réaffirmation de la solidarité entre les parents face à la dette de responsabilité. Cette solution va donc dans le sens de la loi nouvelle et de ces objectifs de responsabilisation grandissante des parents et d'égalité face à l'enfant.

La question se pose également s'agissant de la nature même de la solidarité. Certains auteurs invoquent une obligation *in solidum*, alors que d'autres parlent de solidarité légale. La rupture des parents est censée mettre fin à tout lien entre eux. Ainsi, l'obligation *in solidum* interviendrait comme correctif alors qu'il n'existe aucun lien entre les débiteurs de la dette. C'est une garantie pour la victime qui peut dès lors réclamer la réparation de son préjudice dans son intégralité à n'importe lequel des coresponsables qu'il soit fautif ou non, à charge pour lui de se retourner contre l'autre parent afin de lui réclamer sa part.

Cependant, nombre de raisons laisse penser qu'il s'agit en réalité d'une solidarité légale. En premier lieu, la solidarité ne se présument pas, elle a été clairement voulue par le législateur. Son fondement serait la qualité de parent, l'attribution ainsi que l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents justifie qu'ils soient traités de la même façon. La résidence alternée vient renforcer l'idée d'égalité de traitement des parents face aux joies et aux bêtises de leurs enfants. Jean CARBONNIER¹¹³ considère que la responsabilité de plein droit des parents de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil se rattache à l'idée de responsabilité commune.

113. CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, t. 4, coll. thémis droit privé, 22^{ème} éd. Refondue : Paris, PUF, 2002, p. 604.

Pour Madame Geneviève VINEY et Monsieur Patrice JOURDAIN¹¹⁴, il s'agit d'une solidarité complète soumise aux articles 1200 et suivants du Code civil et non une simple obligation *in solidum*. Son principal effet est de permettre à la victime de poursuivre, indifféremment et pour le tout, l'un ou l'autre des parents. Le parent ainsi poursuivi est habilité à se retourner contre l'autre pour lui faire supporter sa part de la condamnation, cependant, cette question fera l'objet de développements ultérieurs¹¹⁵.

Ainsi, il ressort de nos développements que les parents seront tenus responsables solidairement lorsqu'ils auront été condamnés tous les deux sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil. En revanche, il appartiendra aux juges de les condamner *in solidum* lorsque les fondements seront différents. Tout ceci est la marque d'une grande souplesse du régime de responsabilité mise au service du recours de la victime.

Les juges ont donc entre leurs mains la possibilité de redonner tout son sens à la solidarité légale des parents à travers les conséquences qu'entraîne la résidence alternée. C'est de leur refus ou de leur accueil du recours de la victime, formé à l'encontre des deux parents séparés, sur le même fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil dont va dépendre la réaffirmation de cette solidarité familiale. Il est impensable que les tiers de manière générale et la victime d'un dommage causé par l'enfant en particulier pâtissent du choix de la résidence alternée dans leurs rapports avec les parents. C'est pourquoi le droit à réparation de la victime va être pris en charge, en principe, par le système de l'assurance.

B- Le droit à réparation de la victime.

L'objet de l'assurance responsabilité civile est de garantir les dommages éventuels causés par l'assuré ou un tiers pour lequel il s'est assuré, envers la victime. En vertu du droit commun des assurances, l'assuré doit effectivement être responsable d'un dommage. La dette de responsabilité qui résulte du préjudice doit entrer dans l'objet de l'assurance que l'assuré a

114. VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil : les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2^{ème} éd. : Paris, LGDJ, 1998, p. .

115. Cf. infra p. , « Le recours principal à l'action récursoire ».

souscrit ou qui a été souscrit par un tiers à son profit. L'assurance permet ainsi de garantir la victime de l'insolvabilité possible du responsable du dommage. Elle dispose d'une action directe qui, lorsque le responsable est assuré, permet d'attirer devant le tribunal, en plus du responsable, son assureur. Ce dernier est obligé envers l'assuré dans la limite d'une double condition¹¹⁶. En effet, l'assureur doit être tenu envers l'assuré en vertu d'un contrat d'assurance et l'assuré doit l'être envers la victime, ce qui oblige cette dernière à mettre en cause l'assuré afin de faire établir sa responsabilité. La victime peut même obtenir une provision selon la procédure en référé si elle établit que la dette n'est pas sérieusement contestable.

Ainsi que nous l'avons démontré précédemment, la victime a donc le choix entre les différents régimes de responsabilité mis à la disposition par le Code civil. Bien que le régime de l'article 1384 alinéa 4 lui soit plus favorable, la victime peut donc parfois hésiter entre les différents fondements textuels. La jurisprudence lui reconnaît la faculté de choisir le fondement le plus favorable.

En outre, en droit de la responsabilité, la notion de faute rétrécit tellement qu'il devient nécessaire de garantir le préjudice des victimes par la recherche de situations objectives d'où découleront une indemnisation, un droit à réparation automatique. C'est dans ce même souci d'indemnisation de la victime que la jurisprudence a fait de la condition de cohabitation une application si souple, allant jusqu'à la dématérialiser. Considérée comme une « *condition de second ordre* »¹¹⁷, elle renforce cependant le droit des victimes à être indemnisées en permettant l'identification aisée des répondants naturels de l'enfant. A l'examen de cette évolution jurisprudentielle, c'est donc une meilleure indemnisation de la victime qui ressort, celle-ci étant permis par une reconnaissance plus large de la responsabilité des père et mère. La consécration de la résidence alternée et d'une responsabilité permanente des parents répondent à cette même philosophie, c'est ce qui nous fait dire qu'elle sera celle suivie par les tribunaux. La résidence alternée ne doit pas être un obstacle pour les tiers dans leurs rapports avec les parents séparés ou divorcés. Cette solution leur permet d'avoir ainsi deux interlocuteurs, deux répondants de même importance en face d'eux. La victime verra son droit à réparation amélioré puisqu'alors elle pourra agir contre l'assurance de chacun des père et mère pour le tout. Elle voit ainsi son statut de

116. L'article L. 124-1 du Code des assurances prévoit que la garantie de l'assureur n'est due qu'à la suite d'une réclamation amiable ou judiciaire formulée par le tiers lésé.

117. PONSEILLE (A.), *op. cit.*, *supra* note n° 44, p. 652.

victime revalorisé.

Précisons-le, les problèmes en la matière se présenteront essentiellement dans les familles en difficulté lorsque l'un des parents, malgré l'alternance de l'enfant aux domiciles de ses parents, n'aura pas pris la précaution de s'assurer pour les dommages éventuels qu'il pourrait causer à cette occasion.

De manière générale, l'alternance va donc relancer le débat sur l'obligation d'assurance des parents pour leurs enfants. La majorité des auteurs¹¹⁸ préconisait, avant même l'introduction de la résidence alternée, l'instauration d'une telle obligation ainsi que d'un fonds de garantie pour les victimes, ce dernier ne jouant un rôle que dans la mesure où le responsable du dommage ne serait pas ou plus couvert par une assurance responsabilité civile familiale ou lorsque l'assureur lui-même serait insolvable. Madame Geneviève VINEY et Monsieur Patrice JOURDAIN¹¹⁹, favorables à ces propositions, incitent également à un contrôle des clauses des contrats d'assurances afin d'éviter les doubles emplois avec d'autres types d'assurances, tel que l'assurance scolaire et certaines clauses d'exclusion en cas d'éloignement temporaire de l'enfant par exemple. L'assureur peut-il prévoir une clause spéciale en cas de résidence alternée selon laquelle les dommages commis alors que l'enfant résidait chez l'autre parent ne seront pas pris en charge par l'assurance ?

Nous pouvons également imaginer qu'en présence d'une bonne entente entre eux, condition importante à la réalisation de l'alternance, les parents décident de conserver la même assurance que celle qui couvrait les enfants le temps du mariage, se répartissant la charge des cotisations selon un accord passé entre eux. L'objectif du législateur sera donc celui de continuer à protéger les victimes tout en limitant l'alourdissement du budget de la famille au profit des compagnies d'assurances.

C'est en raison de l'absence totale de mesures d'accompagnement de la réforme de l'autorité parentale que le travail de recherche sur les conséquences de l'alternance va revenir

118. VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *loc. cit.*, *supra note n° 60* – PROUTIERE-MAULION (G.), *op. cit.*, *supra note n° 54*, p. 14.

119. VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *id.*, n° 892.

essentiellement aux parents et aux juges. L'intervention législative en matière de droit fiscal est une base à cette recherche. Elle a permis d'attribuer une logique, un esprit à la résidence alternée. Cet esprit, dans la continuité de l'objectif de la réforme de l'autorité parentale, permettra peut-être aux juges de donner tout son sens à l'alternance et à la coparentalité. Chacun des parents retrouvera ainsi sa place auprès de l'enfant dans l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

La diversité des situations, auxquelles la résidence alternée va donner lieu, sera l'occasion pour les praticiens du droit de trouver des réponses pratiques aux difficultés que ce nouveau mode de résidence de l'enfant risque de soulever. La loi du 4 mars 2002, bien que lacunaire sur la mise en œuvre pragmatique de l'alternance, pose un certain nombre de principes qui devront guider les juges dans leurs décisions mais également les parents dans leur gestion des conséquences financières de la résidence alternée.

CHAPITRE II : LA GESTION PRAGMATIQUE.

De l'avis de certains juges aux affaires familiales, le choix de la résidence alternée ne saurait être imposé aux parents qui y seraient fortement opposés. En effet, ils considèrent que la réussite de ce nouveau mode de résidence des enfants dans l'après séparation des parents, doit relever d'un accord réel et sérieux entre les parents. Le partage de l'hébergement dépend donc de la survivance de l'entente entre les parents séparés. La loi leur permet de réaliser cet accord qui pourra envisager de façon plus large les difficultés financières que pose la résidence alternée (Section I). Cependant, cette bonne entente des parents, indispensable à la réussite de l'alternance, n'est pas toujours de mise du fait même de la rupture. C'est pourquoi il faut permettre le recours au juge lorsque les difficultés de la résidence alternée ne peuvent plus être réglées à l'amiable (Section II).

SECTION I : La recherche d'un règlement consensuel des conséquences financières.

La loi nouvelle, relayée par la récente réforme du divorce¹²⁰, pose comme principe celui de l'exercice consensuel de l'autorité parentale mettant ainsi en avant les accords parentaux (I). Ces derniers obéissent, à première vue, dans leur réalisation, à la seule volonté des parents. Principalement destinés à anticiper et régler les difficultés de gestion de l'exercice commun de l'autorité parentale lors de la rupture familiale, ils trouvent également un rôle à jouer dans la

120. Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 *relative au divorce* : JO 27 mai 2004, p. 9319.

gestion des conséquences financières de l'alternance par les parents. Cependant, les conventions parentales n'auront de véritable utilité que dans la mesure où elles pourront être utilisées dans la vie courante par les parents dans leurs relations avec les tiers au sujet des enfants (II). Elles doivent donc pouvoir être prises en considération dans ces rapports sans pour autant léser les tiers.

I - La prééminence des accords parentaux.

A l'origine prévu en matière de divorce par consentement mutuel, ce type d'accord est désormais valorisé avec l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*. Cette dernière privilégie l'exercice consensuel, entre les parents séparés, de l'autorité parentale. Ainsi, ils peuvent avoir recours à des conventions dont le contenu (A) est la résultante de leurs négociations et de leur entente. Cependant, elles ne peuvent produire d'effets juridiques, dans les relations entre les parents mais également avec les tiers, qu'après le contrôle effectué par le juge aux affaires familiales (B).

A- Le contenu des accords parentaux.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, les accords passés entre parents séparés ne représentaient qu'un élément d'appréciation, parmi d'autres, offert au juge dans le règlement de la situation des enfants. Le juge n'était ainsi pas lié par le contenu de l'accord qui se résumait à une série de suggestions proposées par les parents¹²¹. Fortement encouragées par le législateur au cours de la procédure de divorce, les conventions parentales sont devenues non seulement le mode de principe du règlement des conséquences du divorce mais également le mode d'organisation de l'autorité parentale. En effet, la loi permet aux parents d'établir une « *convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant* »¹²². La volonté législative qui imprègne cette réforme est celle de donner au couple parental, marié ou non, uni ou désuni, la possibilité de régler, de sa propre initiative ou après le recours à la médiation¹²³, les droits et devoirs parentaux. Ce principe de liberté conventionnelle se prolonge avec la récente réforme du divorce¹²⁴ qui prévoit à diverses occasions¹²⁵ la possibilité de recourir à de tels pactes.

Le texte de l'article 373-2-7 du Code civil prévoit que l'accord parental porte sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, exercice unilatéral ou conjoint, la fixation de la résidence, et celle de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants versée sous la forme

121. Anc. art. 287 al. 3 C. civ.

122. Art. 373-2-7 al. 1^{er} C. civ.

123. Art. 373-2-10 C. civ.

124. Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 *relative au divorce*, *op. cit.*, *supra note n° 66*.

125. Cf. pour exemple le nouvel article 230 du Code civil.

d'une pension alimentaire par un parent à l'autre. Cependant, l'étendue du contenu donné par les parents à la convention peut être bien plus large et découle des choix opérés par eux en la matière. En effet, ils peuvent disposer, depuis l'intervention législative en droit fiscal, de la répartition de l'avantage du bénéfice du quotient familial, soit en désignant un bénéficiaire unique, soit en le partageant entre eux. Ainsi, les parents élaborent eux-mêmes, avant même la saisine du juge parfois, un accord global portant sur l'ensemble des éléments extra-patrimoniaux et patrimoniaux de l'autorité parentale. Il convient de préciser que la convention ainsi élaborée ne porte pas sur la création d'obligations relatives à l'autorité parentale mais bien sur l'aménagement des droits et devoirs déjà préexistants.

En raison d'une croyance commune partant du principe selon lequel le parent qui ne réside pas avec l'enfant doit contribuer à son entretien à proportion de ses facultés, une partie des auteurs mais également des parents concernés a cru à la disparition de la contribution versée au titre de l'entretien et l'éducation des enfants du fait de la consécration de la résidence alternée. En effet, ce mode de résidence permet à chacun des parents de résider avec l'enfant selon un calendrier arrêté à l'avance et met fin à l'obligation légale faite au juge de fixer la « résidence habituelle de l'enfant ». *« A l'occasion de cette réforme [celle de l'autorité parentale], il a été dit que le système de résidence alternée mettait un terme à la pension alimentaire qui est l'expression pécuniaire du devoir d'entretien. Il est en effet séduisant d'imaginer que chaque parent peut exercer en nature son devoir d'entretien sans que le versement d'une pension alimentaire soit nécessaire. Cette vision est pourtant totalement erronée »*¹²⁶. Certains parents, mal intentionnés, ont ainsi formé des demandes de résidence alternée dans le but de ne pas avoir à proposer de pension alimentaire dans leurs prétentions. Pourtant, la résidence alternée ne met pas fin à la contribution versée pour l'entretien et l'éducation des enfants.

Dès lors, la liberté, laissée par le législateur aux parents séparés dont l'entente est bonne, va donner lieu à une diversité de situations et de façons détournées pour un parent de contribuer à l'entretien de l'enfant. Ainsi, pourquoi pas, abandonner, dans le contenu de la convention parentale, un bien ou une série de biens dans le but recherché de contribuer à la charge pécuniaire que va représenter l'enfant commun pour l'autre parent. Ils peuvent également prévoir de ce répartir les différentes catégories de frais liés à l'éducation et l'entretien de l'enfant entre eux, ainsi papa prend en charge les cours de piano et maman les frais de scolarité, ou au contraire

126. CAMASSES (M.), *La famille que je veux, quand je veux ?*, dir. NEIRINCK (C.) : Paris, Erès, 2003, p. 152.

décider que chacun paiera la moitié de tous les frais engagés pour l'enfant. De même, les parents pourraient prévoir l'ouverture d'un compte joint au profit des enfants dont le but serait de recevoir des sommes d'argent versées par les deux parents, sommes destinées uniquement à leur entretien et leur éducation. Ce compte serait ouvert pour faciliter la gestion de la répartition des frais engagés pour la résidence alternée. Les parents fixeraient dans leur convention un montant qu'ils verseraient chacun tous les mois. Cependant, cette solution suppose que subsiste entre les parents séparés une certaine confiance, chacun d'eux ayant accès à l'argent déposé.

Il convient d'envisager, en vertu du principe du parallélisme des formes, la question de la révision du montant de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. Elle peut prendre la forme d'une nouvelle convention entre les parents, sans autre condition particulière, car la loi du 4 mars 2002 a supprimé l'exigence des « motifs graves »¹²⁷ pour la demande de révision dans le divorce par consentement mutuel. L'entente persistante entre les parents leur permet de réviser à la hausse ou à la baisse le montant de la pension alimentaire et de la supprimer quand cela leur semble nécessaire, les conditions de la révision restant inchangées¹²⁸.

Le choix des parents devra également mettre en balance les effets du plafonnement du quotient familial et ainsi que ceux de la déductibilité des pensions alimentaires, sans oublier le principe du non cumul de ces deux mécanismes fiscaux. Le choix de la déduction de la pension alimentaire peut se révéler plus avantageux que celui du partage du bénéfice du quotient familial, et ce d'autant plus depuis que la loi du 4 mars 2002 autorise celle des pensions revalorisées spontanément dans la limite de leur compatibilité avec les ressources du débiteur, les besoins de l'enfant et le caractère alimentaire des versements.

A l'image du droit fiscal, les parents pourraient, décider de fixer dans leur convention la répartition des prestations familiales de manière différente de ce que permet le principe, en droit social, de l'allocataire unique. Ainsi, ils pourraient envisager de se partager les allocations familiales, auxquelles ils pourraient chacun prétendre, un mois sur deux par exemple, ou prévoir de prendre en compte le montant de ces allocations dans la fixation de la contribution versée pour l'entretien et l'éducation des enfants, ce qui serait contraire à la tendance jurisprudentielle en la

127. Anc. art. 292 C. civ.

128. Les besoins du créancier ou les ressources du débiteur doivent avoir variés de manière involontaires.

matière. En effet, la jurisprudence, après hésitation, a tiré de l'affectation des prestations familiales aux besoins de l'enfant une conséquence en matière de divorce ou de séparation : l'impossibilité de prendre en compte les sommes versées au titre des allocations familiales dans la fixation du montant de la pension alimentaire¹²⁹. Ce qui nous amène à la question : jusqu'où les parents peuvent-ils aller ? Certains de leurs choix risquent de compliquer considérablement le règlement des conséquences financières de la séparation du couple.

A priori, il est judicieux de supposer que les parents prendront en considération l'alternance dans la fixation de la contribution pécuniaire, car la résidence alternée permet, dans une certaine limite, celle de la périodicité de l'alternance, l'exécution en nature par les deux parents de leur devoir d'entretien. S'ils ne le faisaient pas, le juge pourrait alors intervenir lors de son contrôle en refusant d'homologuer l'accord parental. Le contenu de ces conventions repose entre les mains des parents, sans pour autant être totalement libre. Il s'agit, pour Madame Christine HUGON, d'un « *compromis entre la liberté laissée aux justiciables d'organiser les relations, de négocier ensemble la solution de leurs litiges, et le maintien d'un certain contrôle judiciaire* »¹³⁰.

129. Trib. Seine, 23 nov. 1938 : *Gaz. Pal.* 1939, I, 155 – Cass. 2^{ème} civ., 3 déc. 1997 : *Bull. civ.* II, n° 295 ; *Defrénois* 1998, 1388, note MASSIP (J.) ; *JCP* 1998, II, 10077, note GARÉ (T.) ; *D.* 1998, 441, note EVERAERT-DUMONT (D.) ; *Dr. famille* 1998, n° 65, note LÉCUYER (H.) : « à défaut de dispositions contraires du jugement, la somme allouée au titre des allocations familiales ne s'impute pas sur le montant de la somme versée pour la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ».

130. HUGON (C.), « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? » : *Petites affiches*, 11 déc. 2003, n° 247, p. 4-5.

B- Le contrôle de l'initiative parentale.

La liberté laissée aux parents dans l'aménagement des conséquences de la résidence alternée, notamment financières, n'est pas sans limite. Les pactes ainsi conclus ne sauraient produire, en eux-mêmes et sans l'intervention du juge aux affaires familiales, des effets juridiques pleins. Ce ne sont que de simples échanges de consentements, qui tiennent plus de l'engagement sur l'honneur de respecter les dispositions négociées que d'un acte véritablement exécutoire. Aucun des parents ne peut dès lors s'en prévaloir pour éventuellement en obtenir une exécution forcée. Le juge aux affaires familiales doit donc intervenir pour consacrer l'accord parental. Il s'agit, dans ce cas, de l'exercice d'une compétence générale en matière d'autorité parentale¹³¹. L'homologation, dans ce domaine, est autonome d'une éventuelle procédure de divorce en raison de la dissociation procédurale du règlement du divorce et du sort des enfants.

L'article 373-2-7 du Code civil¹³² invite les parents à saisir le juge dans le but de faire homologuer leur entente. Il opère à cette occasion un contrôle de légalité et d'opportunité des choix envisagés par les parents. Cependant, il ne peut pas, de son propre chef, apporter de modifications. Il peut simplement refuser l'homologation, obligeant ainsi les parents à revoir leur copie.

En droit de la famille, l'homologation permet le règlement de certaines questions anciennement considérées comme indisponibles, sous réserve, tout de même, que le juge en vérifie certaines conditions imposées par le législateur. En l'espèce, le juge aux affaires familiales doit contrôler le libre consentement des parents, car il est possible que l'un d'eux fasse l'objet de pressions de la part de l'autre, et veiller à ce que l'intérêt de l'enfant soit sauvegardé par les mesures prises par les parents. Selon la définition de l'homologation donnée par Monsieur Gérard CORNU, il s'agit d'une « *approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice* »¹³³. L'homologation est donc la

131. Art. 373-2-6 C. civ.

132. Art. 373-2-7 al. 2 C. civ. : « *Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement.* ».

133. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, coll. Quadriges, 3^{ème} éd. mise à jour : Paris, PUF, 2002, p. 436.

consécration judiciaire de l'accord parental.

Il est possible de distinguer l'homologation initiale, c'est-à-dire celle qui sanctionne le contrôle effectué par le juge sur l'accord parental initial, de celle rendue suite à une demande conventionnelle en révision. En effet, les décisions en matière d'autorité parentale sont par nature provisoires¹³⁴, la consécration de la résidence alternée n'affectant pas ce caractère. Il est toujours possible pour les parents de repasser devant le juge afin de faire compléter ou modifier la convention initialement homologuée. Dans cette dernière hypothèse, l'accord initial est repris à l'initiative des deux parents, ce qui est encourageant s'agissant de la poursuite, dans la durée, de l'alternance. La réussite de ces nouvelles négociations repose sur un nouvel accord des parents et sur leur bonne entente qui doit perdurer au-delà même de leur passage devant le juge aux affaires familiales. Lorsque la révision est conventionnelle, les parents saisissent ensemble le juge¹³⁵ qui homologuera la nouvelle convention après en avoir contrôlé le contenu. L'accord révisé est inévitablement judiciaire afin de permettre l'opposabilité de son contenu aux tiers.

Le juge aux affaires familiales va donc être confronté à la diversité des dispositions prévues par les parents. Cependant, il est opportun de se demander ce que vont advenir les choix parentaux opérés en matière fiscale ou sociale, choix qui relèvent plus de leur intérêt financier que de celui de l'enfant ? Dans sa mission de vérification globale, le juge va devoir répondre, au cas par cas, à des difficultés de gestion et d'aménagement de ces intérêts de nature financière. Laisée à la convenance des parents, la résidence alternée peut donner lieu à des situations atypiques qui poseront évidemment des soucis de gestion complexes et encore inconnus jusque-là. Il semble que cela dépasse la compétence du juge aux affaires familiales et alourdisse son travail, pourtant il devra y faire face dans la mesure où il est un référant pour les parents.

L'enquête faite auprès des juges aux affaires familiales courant octobre 2003 rapporte que le juge, lorsqu'il y a accord entre les parents, se borne, dans la motivation de sa décision, à

134. Art. 373-2-13 C. civ. : « Les dispositions contenues dans la convention homologuée ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non. ».

135. Art. 373-2-13 C. civ. : « Les dispositions contenues dans la convention homologuée ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non. ».

renvoyer à la convention qu'il homologue dans 90 % des cas¹³⁶. Les modalités prévues par les parents dans la convention portent, en grande majorité, « *sur la répartition des enfants en cas de fratrie multiple, la périodicité, le montant de la pension alimentaire, la répartition des parts de quotient familial et des prestations sociales* »¹³⁷. Quant aux choix même des parents, il semble qu'ils préfèrent attribuer les prestations familiales à la mère et l'attribution exclusive de l'avantage fiscal¹³⁸. Ainsi, la résidence alternée donne lieu à des calculs plus complexes que ceux exigés par la fixation d'une simple pension alimentaire.

Avec la loi du 4 mars 2002, le législateur reconnaît aux parents séparés une plus grande liberté dans l'appréhension et l'organisation des conséquences financières, et cela se ressent essentiellement en matière de résidence alternée. Monsieur Jean HAUSER affirme qu'en droit de la famille, l'homologation est « *comme une voie moyenne entre l'ordre public et la liberté des conventions* »¹³⁹. Cela pose la question des limites posées à la liberté parentale et à l'autonomie de la volonté dans les conventions relatives à l'autorité parentale. Le contrôle du juge confère à l'acte la force exécutoire nécessaire à l'effectivité de l'accord des parents dans leurs relations en tant que couple parental, qu'il continue de former pour l'enfant, mais également dans les relations qu'ils entretiennent avec les tiers. Il doit permettre à l'acte de produire des effets à l'égard des tiers qui devront les respecter, sans toutefois être lésé.

136. *Op. cit.*, p. 5, *supra* note n° 4.

137. *Ibid.*

138. *Ibid.*

139. Cité in HUGON (C.), « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? » : *Petites affiches*, 11 déc. 2003, n° 247, p. 6.

II - L'opposabilité aux tiers.

Les accords ainsi conclus ont donc vocation à être opposés à toute une série de tiers, particuliers, établissements scolaires, club sportif, mais également à certaines administrations telles le Trésor Public et les caisses d'allocations familiales. Exclus de la négociation à l'origine de la convention homologuée, ils vont pourtant y être confrontés dans leurs relations avec les parents à propos des enfants. Il convient donc de déterminer quelle est la valeur reconnue aux accords homologués par le juge (A) afin d'évaluer les moyens mis à la disposition des tiers pour connaître et faire appliquer le contenu de ces conventions (B).

A- La valeur des accords.

L'exercice en commun de l'autorité parentale, alors que les parents de l'enfant sont séparés, est devenu la règle avec l'intervention de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993¹⁴⁰. Dans ce cas, la situation doit être claire pour les parents mais également pour les tiers susceptibles d'entretenir des rapports avec eux à propos des enfants. Chaque tiers doit pouvoir connaître avec lequel des parents il peut négocier et dans quelle mesure. Pour cela, il faut pouvoir connaître l'étendue des pouvoirs de chacun des parents ainsi que le contenu de la convention homologuée par le juge. La situation doit être claire pour tout le monde afin que les tiers ne se trouvent pas abusés par les parents.

Lorsque les parents sont mariés, il n'y a aucune difficulté puisqu'ils sont censés être en accord sur tout ce qui concerne l'éducation de l'enfant. La présomption est de bon sens. En revanche, lorsqu'ils se séparent, l'entente entre eux n'est pas souvent la règle, au contraire. Cependant, lorsqu'elle existe, les tiers doivent pouvoir s'en prévaloir afin de faciliter les rapports. Les parents, à cette occasion, recourent parfois à une convention. Il s'agit donc de déterminer quelle en est la valeur.

C'est l'association de l'accord parental et de la décision judiciaire d'homologation qui donne toute sa force à l'accord parental, qu'il soit initial ou révisé. Pour Madame Christine HUGON, l'homologation est à la fois « *normateur* » en ce sens qu'elle assure la reconnaissance

140. *Loc. cit., supra note n° 18.*

*par l'autorité publique (...) et « perfecteur » en ce qu'elle se greffe sur un acte préexistant, soit pour lui faire produire des effets (convention de divorce), soit pour les renforcer (médiation ou transaction) »*¹⁴¹. L'acte homologué a donc une nature mixte. Il est à la fois une « simple » convention passée entre des parties, produisant des effets limités aux rapports qu'elles peuvent entretenir, et une décision judiciaire, une fois l'homologation du juge obtenue, les deux étant indissolublement liés.

Le Conseil d'Etat est d'ailleurs intervenu en la matière. Il est revenu sur sa position¹⁴², et reconnaît depuis son intervention en juin 2002, une certaine valeur nécessaire à l'application des conventions parentales. Cependant, il subordonne l'opposabilité de ces accords parentaux à l'intervention du contrôle du juge. Ainsi, la Haute juridiction pose une limite importante qui suppose le recours au juge aux affaires familiales. L'accord en lui-même n'est pas suffisant à faire produire des effets à l'égard des tiers. Ainsi, l'accord, à l'origine de la décision judiciaire, doit être couvert par l'autorité attachée aux jugements judiciaires. Il a force exécutoire et autorité de chose jugée de par le contrôle et la validation opérés par le juge.

Ainsi, la direction générale des impôts invite dans une instruction de janvier 2004 les services administratifs « à ne pas remettre en cause l'accord des parties sauf si les circonstances de fait portées à leur connaissance révèlent une situation manifestement incohérente »¹⁴³. Il s'agira donc pour les services compétents de vérifier que les documents joints à la déclaration fiscale par les parents correspondent bien à la situation de résidence alternée déclarée. La vérification s'opérera lors du contrôle sur pièces. Les parents doivent, lorsqu'ils font le choix de ne pas se partager le quotient familial par exemple, joindre les documents permettant d'attester de cet état de fait. Ainsi, ils doivent fournir à l'administration toutes les preuves nécessaires, telles que la convention homologuée ou la décision judiciaire prévoyant la résidence alternée et l'aménagement de ces conséquences. La direction générale des impôts les invite même à rédiger une attestation assurant de la répartition qu'ils ont choisi, à savoir le partage de la charge de l'enfant ou la désignation d'un parent assumant à titre principal cette charge¹⁴⁴. Le choix opéré conventionnellement par les parents dans leur accord doit correspondre à la réalité de la situation,

141. HUGON (C.), *op. cit.*, p. 4, *supra note n° 83*.

142. Cf. *infra* p. reconnaissance du CE des conventions parentales.

143. BOI 5 B-3-04, *op. cit.*, *supra note n° 43*, p. 13.

144. Cf. annexes 2 et 3.

c'est-à-dire à la réelle répartition de la charge quotidienne de l'enfant entre eux, sous réserve que l'administration corrige les éléments de calcul et sanctionne les parents au moment du calcul de l'impôt. Il appartient donc aux services fiscaux d'en contrôler la cohérence lors du contrôle sur pièces, contrôle qui reste envisageable dans la mesure où les situations de résidence alternée sont encore assez rares. Cela risque, cependant, d'alourdir un peu plus leur travail de vérification et va nécessiter de leur part une certaine souplesse dans la mesure où la résidence alternée a vocation à se développer.

La situation de fait peut ne pas correspondre à ce qui a été prévu dans la convention homologuée. La valeur de la convention librement consentie par les parents dans l'hypothèse de l'aménagement des conséquences financières de la résidence alternée n'est donc pas sans limite. Dans ce cas, les administrations pourraient avoir recours à la notion de fait d'enfant à charge et de charge effective et permanente de l'enfant s'agissant du droit social et fiscal. Le tribunal administratif de Lyon a rendu, le 2 juillet 2002, un jugement dans lequel il ne prend pas en considération le contenu de la convention homologuée en raison de l'absence de correspondance à la réalité des faits¹⁴⁵.

Les caisses d'allocations familiales font de même depuis longtemps à travers la notion d'enfant à charge. Ainsi, lorsque les conventions homologuées ne sont pas en adéquation avec la réalité de la charge assumée, elles réclament le remboursement des prestations versées indûment au parent attributaire et ne voient aucune difficulté à les verser à l'autre parent. Le parent, qui a perçu les allocations familiales alors qu'il n'assumait pas effectivement la charge de l'enfant et bien que la décision de justice ou la convention homologuée prévoit le contraire, est tenu à leur remboursement¹⁴⁶. Madame Claude BOUVIER-LE BERRE remarque à ce sujet qu'« *en cas de divorce ou de séparation des parents, il leur appartient de décider ; ce n'est qu'en l'absence d'accord que les caisses rechercheront qui a la charge effective et permanente de l'enfant et tiendront éventuellement compte des décisions judiciaires statuant sur l'autorité parentale* »¹⁴⁷. La solution repose essentiellement sur l'honnêteté des parents et leur volonté de notifier aux services

145. TA Lyon, 2 juill. 2002, n° 98-1787, Fornasier-Doitrand : *RJF* 11/2002, n° 1206, pp. 869-870.

146. Cass. soc., 11 janv. 1989 : *JCP* 1989, IV, 93, le père a été tenu de rembourser ce qu'il avait perçu alors qu'il avait en vertu d'un jugement la « garde juridique de l'enfant ». C'était la mère qui avait la charge effective et permanente.

147. BOUVIER-LE BERRE (C.), « L'enfant à charge en droit social et en droit fiscal après la réforme de l'autorité parentale du 4 mars 2002 » : *RD sanit. soc.* 2003, p. 489-490.

concernés la décision rendue par le juge. Le désavantage que présentent les organismes sociaux est de ne pas accepter de reconnaître les deux parents comme attributaires possibles des prestations familiales, ce qui en matière de résidence alternée va amener des difficultés et des injustices.

Si l'enfant ouvre droit au versement de certaines prestations familiales à la faveur des deux parents, la résidence alternée va influencer sur la détermination du créancier. Ce qui nous amène à envisager la remise en cause du principe d'unicité de l'allocataire en matière de prestations familiales. Le problème ne se présente que dès lors que les ressources des deux parents leur ouvrent droit aux avantages sociaux. Quelle sera la réaction des services sociaux le jour où les deux parents feront une demande d'aide sociale, pour un même enfant, ou lorsqu'un juge aux affaires familiales aura homologué une convention parentale prévoyant la répartition entre eux des prestations familiales, un mois sur deux ? Vont-ils reconnaître à chaque parent la possibilité de recevoir ces aides¹⁴⁸ ? En effet, la résidence alternée permet la prise en charge quotidienne de l'enfant par les deux parents. La notion de charge, inexistante en droit civil, permet une approche plus pragmatique des situations familiales. Elle repose sur des éléments matériels et financiers, tels que les frais d'entretien de l'enfant et sur l'existence de liens affectifs, c'est-à-dire sur l'ensemble des responsabilités civiles exercées par les représentants légaux de l'enfant¹⁴⁹.

Selon Madame Lisiane FRICOTTÉ, il est indispensable que les parents désignent l'allocataire lorsque, par décision judiciaire, les enfants sont confiés alternativement à la « garde » de leur père et de leur mère, car dans ce cas, les prestations ne peuvent pas être versées aux deux parents. Il leur appartient donc de désigner celui d'entre eux qui aura la qualité d'allocataire en titre, à charge pour lui de réserver à son ex-conjoint la part de prestations lui revenant. En cas de désaccord, les allocations ne peuvent être réglées¹⁵⁰.

148. Art. L. 513-1 CSS : « Les prestations familiales sont, sous réserve des règles particulières à chaque prestation, dues à la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant ».

149. La circulaire d'application du décret du 17 mars 1978 rappelle que la charge effective et permanente doit comporter « d'une manière générale, les frais d'entretien et la responsabilité éducative et affective de l'enfant ; cette charge doit être appréciée au regard de ces différents critères et non seulement de la charge financière ».

150. FRICOTTÉ (L.), *Prestations familiales, allocations familiales, complément familial, allocation de soutien familial, allocation de parent isolé*, J.-Cl. Protection sociale Traité, Fasc. n° 528, 2003, § 22.

A l'image du droit fiscal qui a renoncé au principe d'indivisibilité du quotient familial, les caisses d'allocations familiales mettront-elles fin à celui de l'allocataire unique ? Le peu d'éléments en la matière ne permet pas de trancher la question, c'est pourquoi l'intervention du législateur sera, semble-t-il, nécessaire. Seule la distinction de la résidence de l'hébergement de l'enfant permettrait la survie de la règle. Madame Christine BOUVIER-LE BERRE regrette que le législateur ait oublié que certaines évolutions en matière civile doivent s'accompagner de « *toilettes fiscales et sociales* »¹⁵¹, ces deux branches du droit étant des droits de superposition.

Les tiers doivent dans leur rapport avec les parents tenir compte de la situation de résidence alternée ainsi que des conséquences qu'elle entraîne. Dans ce but, il convient de rechercher s'ils disposent de moyens d'information mis à leur disposition.

B- Les moyens à la disposition des tiers

Il s'agit de permettre, concrètement, aux différents tiers de savoir précisément à quel(s) parent(s) réclamer la cotisation annuelle impayée du cours de judo ou de danse. Pour cela, ils doivent avoir connaissance de la répartition des pouvoirs entre les parents contenue dans la convention homologuée. Par hypothèse, les tiers perdent le bénéfice de la solidarité ménagère¹⁵² qui existe lorsque le couple parental était marié.

Avant l'intervention de la loi nouvelle sur l'autorité parentale, la difficulté se résolvait, lorsqu'il s'agissait d'un exercice conjoint de l'autorité parentale, grâce à la fixation obligatoire par le juge de la « résidence habituelle de l'enfant » au domicile de l'un des parents. Cette détermination avait une importance capitale dans les rapports des parents avec les tiers. Elle entraînait l'existence d'une présomption de charge de l'enfant sur la tête du parent chez lequel l'enfant avait sa résidence. Elle permettait de désigner lequel des parents avait à sa charge les frais de scolarité ou lequel avait droit aux prestations familiales, l'autre parent versant, le plus souvent, une contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant et n'exerçant qu'un simple droit de visite et d'hébergement¹⁵³.

151. BOUVIER-LE BERRE (C.), *op. cit.*, p. 495-496, *supra note n° 90*.

152. Art. 220 C. civ.

153. FULCHIRON (H.) : *obs.* ss Lyon, 5 oct. 1993 : *JCP éd. G.* 1994, II, 22231, p. 116.

Ainsi, Monsieur Hugues FULCHIRON¹⁵⁴ invitait les parents à fixer la résidence de l'enfant au domicile de l'un d'eux, tout en prévoyant le partage de l'hébergement de l'enfant dans la convention. Ainsi, la notion de « résidence habituelle » survivait à la résidence alternée et cela permettait aux tiers de connaître la situation. De même, les prestations familiales étaient normalement versées suivant la détermination de cette « résidence habituelle »¹⁵⁵. La distinction entre résidence et hébergement¹⁵⁶ se retrouve, cependant ce n'est pas la voie qui a été choisie par le législateur lors de la réforme.

La difficulté est donc de déterminer s'il existe des moyens à la disposition des tiers pour faire reconnaître leurs droits et connaître la situation de parents séparés ayant fait le choix de la résidence alternée et qui donc par hypothèse sont amenés à organiser et se répartir les frais occasionnés par ce choix. Plusieurs solutions sont envisageables pour permettre aux tiers de faire valoir leurs droits. De manière assez commune, se pose la question du recours exercé contre la décision d'homologation du juge aux affaires familiales ou contre l'accord homologué lui-même.

Le recours formé contre la décision d'homologation va dépendre de son analyse processuelle¹⁵⁷. Si elle est considérée comme un acte juridictionnel, la mise en œuvre des recours existant en matière gracieuse est alors envisageable. Le contrôle du juge étant impérativement prévu par le texte légal en matière d'autorité parentale, la décision semble entrer dans cette catégorie d'actes. Ainsi, la voie de la tierce opposition s'ouvre aux tiers, sous réserve qu'ils démontrent l'existence d'un intérêt légitime. Elle est possible pour tous les tiers « *lésés ou même simplement menacés d'un préjudice par l'effet d'un jugement auquel ils sont restés étrangers* »¹⁵⁸. Ce recours est parfois réservé à certains tiers par le texte lui-même, ce n'est pas le cas en la matière.

154. *Id.*, p. 118.

155. Lyon, 5 oct. 1993 : *JCP éd. G.* 1994, II, 22231, *obs.* FULCHIRON (H.) : les allocations familiales sont versées au père qui a reçu du juge la résidence des enfants.

156. La première est une notion juridique à laquelle le législateur confère des effets juridiques, notamment en procédure civile. En revanche, la notion d'hébergement est plus concrète et ne se réfère qu'au cadre de vie de l'enfant.

157. HUGON (C.), *op. cit.*, p. 10, *supra note n° 83*.

158. GUINCHARD (S.), VINCENT (J.), *Procédure civile*, coll. précis droit privé, 25^{ème} éd. : Paris, Dalloz, 1999, p. 995-996, § 1484.

S'agissant du recours formé contre l'acte homologué, il semble exclu pour les tiers, deux principes s'opposant à sa remise en cause, celui de sécurité juridique et celui de l'autorité de la chose jugée. L'homologation est censée purger l'acte de tous ces vices. Cependant, il convient de remarquer que pour certains auteurs, le recours en nullité serait ouvert, mais aux parties à l'acte uniquement et concernant les dispositions non vérifiées ou non tranchées par le juge.

L'exercice conjoint de l'autorité parentale implique, dans son principe, que toutes les décisions concernant la personne du mineur soient prises d'un commun accord par les parents. La difficulté apparaît principalement dans les familles désunies dans lesquelles l'accord parental n'est pas ou plus une réalité. La légitimité et la lourdeur de ce système sont donc accentuées par la rupture du couple parental.

Le législateur a voulu dès 1993 remédier à ce problème en instaurant une présomption légale d'accord entre les parents s'agissant des actes usuels¹⁵⁹ uniquement. Ainsi, les tiers de bonne foi n'ont pas à recueillir l'accord de chacun des parents chaque fois que l'un d'entre eux passe un acte de la vie courante relatif à l'enfant. Rappelons que la bonne foi se présume¹⁶⁰, ce qui est un avantage pour les tiers. La règle opère un renversement de la charge de la preuve mais ne peut être opposée que par eux, les parents ne peuvent jamais s'en prévaloir. La solution semble donc résider dans cette présomption.

Cependant, une difficulté persiste en ce qui concerne la délimitation de ce qui est considéré comme relevant de la bonne ou de la mauvaise foi. Pour certains, le tiers sera considéré comme de mauvaise foi lorsqu'il aura eu connaissance des désaccords existants entre les parents et notamment si le conflit portait sur l'acte passé avec le tiers, mais également lorsqu'il aura eu connaissance du risque de désaccord entre les parents¹⁶¹, ce qui vient limiter l'étendue de la présomption.

Pour Mesdames Anne GUINERET-BROBBEL DORSMAN et Sylvie SIRE, la légitimité de la

159. Art. 372-2 C. civ. : « A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des « parents » est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. ».

160. Art. 2268 C. civ. : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. ».

161. GUINERET-BROBBEL DORSMAN (A.), SIRE (S.), « Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale » : *Petites affiches*, 31 mars 2003, n° 64, p. 6.

présomption légale d'accord entre les parents disparaît dans la famille désunie¹⁶². Pourtant, la consécration de la résidence alternée semble redonner force à la présomption, dans la mesure où l'alternance repose, lorsqu'elle est voulue par les parents, sur leur bonne entente. L'alternance consensuelle redonne à la présomption toute son utilité et sa légitimité dans la famille désunie. Limitée aux actes usuels, la présomption reste simple et supporte dès lors la preuve du contraire, les parents pouvant ainsi la combattre.

Dans la pratique, il est rare qu'un tiers, simple particulier, réclame la justification aux parents de ses prérogatives sur les enfants. Il leur appartient donc de le faire, notamment pour les actes graves ou lorsqu'ils ont un doute sur l'étendue des pouvoirs du parent. Cela leur est toujours possible dans la mesure où le parent concerné peut lui produire une copie de la convention homologuée. Il ne tient donc qu'aux tiers de se ménager ou non une preuve en cas de conflit, la décision d'homologation ne pouvant être notifiée à tout le monde. Une notification à certains tiers en particulier, tels que des services administratifs, ne paraît pas pour autant impossible. En revanche, elle ne pourra jamais toucher tout le monde. Le caractère provisoire des décisions en matière d'autorité parentale s'oppose à une inscription en marge des registres de l'état civil.

Une difficulté particulière apparaît, lorsqu'aucun recours au juge aux affaires familiales n'a été formé par les parents, ce qui est tout à fait probable dans l'hypothèse d'un couple non marié. Qu'en est-il des tiers ? Il convient de s'interroger sur l'opportunité d'un recours formé par un tiers sur le fondement des articles 373-2-8 et 373-2-13 du Code civil dans le but d'inciter les parents à passer devant le juge pour fixer les modalités de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. En effet, ces textes prévoient la possibilité pour les tiers de saisir le juge aux affaires familiales par l'intermédiaire du Ministère public. Anciennement ouvert aux tiers de manière directe, le recours est aujourd'hui toujours possible dans la limite de la saisine préalable du Ministère public, qui a le rôle de filtre. Cet intermédiaire instauré va permettre de limiter les saisines inutiles, infondées ou farfelues des tiers.

La seule solution logiquement envisageable repose donc essentiellement sur l'honnêteté des parents dans l'information des tiers s'agissant de leur situation familiale. A moins d'organiser une sorte de notification globale des tiers, ce qui est impossible à réaliser, les tiers devront faire

162. *Ibid.*

confiance aux parents.

La direction générale des impôts, quant à elle, invite les parents qui ont fait le choix de la résidence alternée à joindre à leur déclaration d'impôts une attestation faisant le point sur leur situation concernant la répartition de la charge de l'enfant dans l'alternance¹⁶³. En effet, l'administration fiscale perd par l'effet de la séparation le bénéfice de la solidarité ménagère. Les époux tenus solidairement du paiement de leurs impôts, ne le sont plus car ils sont considérés comme célibataires ayant à leur charge les enfants rattachés fiscalement à leur foyer. Cette garantie ayant disparu, les services fiscaux vont devoir trouver des parades. L'attestation en est une, la notification de la décision du juge pourrait en être une autre. Le maintien de la solidarité en matière fiscale semble impossible dans la mesure où les parents ne sont plus liés. Seul un engagement contractuel permettrait la survie de la solidarité, or, la solidarité fiscale est une solidarité légale. Le fisc ne peut pas se permettre de passer avec tous les couples séparés faisant le choix de la résidence alternée un engagement solidaire concernant la dette fiscale.

Monsieur Olivier LAOUENAN en conclut que « *l'espace de liberté concédé par le législateur à la volonté des parents quant à l'aménagement de l'exercice de leurs devoirs est dominé par les exigences d'ordre public tirées de la préservation de l'intérêt de l'enfant qui viennent contrarier pour une large part le principe de l'autonomie de la volonté. Nul ne doit cependant s'en émouvoir, la loi ne pouvant raisonnablement laisser la liberté contractuelle jouer à plein dans une matière aussi sensible d'un point de vue politique et social. Si « contractualisation » de l'autorité parentale il y a, celle-ci demeure largement encadrée et surveillée par le juge* »¹⁶⁴. L'intervention du juge, jusque-là posée en soutien au travail parental fait en amont, ne se limite pas à ce contrôle. Parfois, le contexte conflictuel dans lequel se trouvent les parents séparés peut rendre difficile ou impossible le recours à l'aménagement conventionnel des conséquences financières de la résidence alternée. Le juge doit alors intervenir d'autorité.

SECTION II : La recherche d'un règlement judiciaire des conséquences financières.

163. Cf. annexes 2 et 3.

164. LAOUENAN (O.), « Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002 » : *JCP éd. G.* 2003, I, 149, p. 1303.

Avec la loi du 4 mars 2002, le juge peut, en cas de désaccord entre les parents, prononcer, de manière provisoire, une résidence alternée¹⁶⁵. Dans ce cas de figure, il devra, en raison de l'absence d'entente entre les parents, fixer la répartition des conséquences financières liées au choix de la résidence alternée (I), choix qui doit être fait dans l'intérêt de l'enfant. De même, alors que les parents avaient eux-mêmes choisi l'alternance pour leurs enfants, le juge interviendra dans le règlement des conflits parentaux pouvant naître ultérieurement en raison de l'application de ce mode de résidence et dans le but de le sauver si cela est encore possible (II).

165. Art. 373-2-9 al. 2 C. civ.

I - L'intervention initiale du juge aux affaires familiales.

La situation entre les parents ne permet pas, à cette étape de notre réflexion, de trouver un accord entre eux ou lorsqu'il existe, il est parfois simplement partiel et ne porte pas sur toutes les modalités financières de la résidence alternée, à savoir essentiellement la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. Un des enjeux importants du prononcé de la résidence alternée va donc résider dans la fixation de ces modalités (A). Le juge intervient d'autorité par une décision judiciaire applicable entre les parents mais également à l'égard des tiers (B).

A- La fixation des modalités financières.

La difficulté de la détermination des modalités financières de la résidence alternée réside essentiellement dans le maintien ou la suppression de la pension alimentaire versée au titre de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants (1). Cependant, ce n'est pas la seule. En effet, la diversité des situations rencontrées du fait de la résidence alternée va amener le juge à répartir entre les parents de nouveaux pôles financiers, inexistants dans la gestion ordinaire des conséquences financières de l'exercice conjoint de l'autorité parentale (2).

1) La fixation de la pension alimentaire.

La consécration de la résidence alternée donne lieu à de nouveaux calculs plus complexes que d'ordinaire. Nous l'avons évoqué plus haut, la réforme de l'autorité parentale a posé la question de la suppression de la pension alimentaire versée par un parent à l'autre au titre de sa contribution à l'entretien et l'éducation des enfants dans l'organisation de la résidence alternée. Cette dernière entraîne une répartition différente des frais entre les parents séparés. Ordinairement, le juge fixait la « résidence habituelle de l'enfant » au domicile de l'un des parents, ce qui déterminait par conséquent le parent attributaire des prestations familiales ainsi que de la pension alimentaire.

Certains auteurs ont considéré que la résidence alternée, dans la mesure où elle permet l'exécution en nature, au moins en partie, du devoir d'entretien et d'éducation des enfants par

chacun des deux parents, mettait fin à la fixation d'une telle pension. En effet, dans la pratique, le parent qui ne recevait pas la « résidence habituelle » de l'enfant et qui exerçait à son encontre qu'un droit de visite et d'hébergement versait une pension à l'autre parent en raison de son incapacité à assumer quotidiennement la charge de l'enfant. Le plus souvent également, ce parent était le père et le parent qui percevait l'argent la mère. Le parent condamné à verser la pension prend souvent la chose comme une sanction et comme de l'argent qu'il verse à l'ex-conjoint ou ex-concubin et non à l'enfant. Cependant, la réforme de l'autorité parentale ne supprime pas automatiquement ce versement.

Dans un premier temps et succinctement, il convient de remarquer que la loi du 4 mars 2002 a innové s'agissant de la forme que peut prendre l'exécution du devoir d'entretien par les parents. En effet, elle prévoit la prise en charge directe de frais engagés pour l'enfant ainsi que le paiement de la pension sous la forme d'un droit d'usage et d'habitation et ce quel que soit le mode de résidence choisi¹⁶⁶. Cependant, le texte de la loi n'est pas allé plus loin et n'a pas retenu plusieurs amendements tendant à préciser la forme que pourrait avoir la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants en cas de résidence alternée. Ces amendements ont été jugés trop techniques et leur mise en œuvre compliquée. Ainsi, l'amendement proposé par Monsieur BÉTEILLE, sénateur, pour une pension alimentaire versée les années paires et impaires en alternance avec le bénéfice du quotient familial a été rejeté¹⁶⁷.

Le maintien de la contribution pécuniaire se justifie pour plusieurs raisons : les conditions de la fixation de son montant, dans un premier temps. En effet, elle repose sur la prise en considération des ressources respectives des parents et des besoins de l'enfant¹⁶⁸. La différence dans les facultés contributives des parents peut entraîner un écart dans le niveau de vie de l'enfant chez chacun de ses parents. Dans un second temps, il convient de rappeler qu'alterné ne signifie pas forcément paritaire. Le partage du temps de l'enfant dans la résidence alternée n'est pas automatiquement égal entre les parents. Si un parent assume 60 % de ce temps contre 40 % pour l'autre parent, la charge financière supportée par chacun d'eux ne sera pas la même. Dès lors, il convient de prendre en considération ces éléments. Il s'agit donc d'effacer le plus possible les inégalités financières afin que le cadre de vie de l'enfant ne diffère pas exagérément d'un

166. 373-2-2 C. civ.

167. Séance parlementaire au Sénat du 21 nov. 2001 : JO 22 nov. 2001, p. 5297.

168. Art. 373-2-7 C. civ.

domicile à l'autre. Ainsi, en fonction de l'existence ou non d'un déséquilibre entre leurs ressources, les parents verront une pension alimentaire fixée par le juge.

Une série d'arrêts rendus en la matière par les juges du fond permettent de faire ressortir la tendance suivie. Elle confirme que le versement d'une pension alimentaire dépend des ressources des parents. Cette tendance pouvait dès avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle se pressentir. En effet, nous l'avons dit, les juridictions du fond prononçaient des résidences alternées de fait. Or, un arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu le 1^{er} mars 2001, retenait un « *hébergement hebdomadaire alterné* » tout en fixant la « résidence habituelle de l'enfant » au domicile du père¹⁶⁹. A cette occasion, et alors que les parents n'avaient pas de ressources équivalentes, les juges n'ont pas retenu le versement d'une contribution pécuniaire en raison du fait que « *chaque parent assume la charge de son fils lorsqu'il se trouve chez lui* »¹⁷⁰. En revanche, tenu de prendre en compte la différence entre les facultés contributives de chacun des parents, ils ont partagé proportionnellement les frais de scolarité et de loisir de l'enfant, à savoir deux tiers à la charge du père contre un tiers à la charge de la mère. La suppression de la contribution n'est donc pas une difficulté pour les juges.

La tendance se confirme par des arrêts rendus assez rapidement après l'entrée en vigueur de la loi. Ainsi, deux arrêts respectivement rendus les 4 juin 2002¹⁷¹ et 4 juillet 2002¹⁷² par les cours d'appel de Lyon et Paris n'ont pas retenu à la charge de l'un ou l'autre des parents le versement d'une contribution pécuniaire. Le premier arrêt tenant compte « *des revenus respectifs des parties* » décide qu'« *aucune pension alimentaire ne sera mise à la charge du père qui déclarera fiscalement l'enfant à sa charge à compter du présent arrêt et les allocations familiales seront laissées au bénéfice de la mère* »¹⁷³. Le second fait de même en le justifiant par l'alternance et décharge ainsi le père de sa contribution tout en prévoyant le partage des frais de scolarité, notion à laquelle la cour apporte une définition rapide. Ils recouvrent « *les frais d'enseignement, d'hébergement, de restauration et d'activité ou de séjours et de transport*

169. Paris, 1^{er} mars 2001 : *Juris-Data* n° 137974 : « *Considérant que chaque parent assume la charge de son fils lorsqu'il se trouve chez lui ; qu'il n'y a pas lieu de fixer de contribution à la charge de l'un ou l'autre des parents* ».

170. *Id.*

171. Lyon, 4 juin 2002 : *Dr. famille* 2003, n°2, p. 19, *obs.* OUDIN (F.).

172. Paris, 4 juillet 2002 : *Dr. famille* 2003, n°2, p. 20, *obs.* OUDIN (F.).

173. *Loc. cit.*, *supra* note n° 169.

organisés par l'établissement »¹⁷⁴ et seront partagés pour moitié entre les parents. Plus récemment, un juge aux affaires familiales d'Aix-en-Provence n'a pas retenu de contribution pécuniaire pour l'entretien et l'éducation des enfants¹⁷⁵.

La suppression de la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant s'accompagne souvent du partage des frais de scolarité et de loisir des enfants entre les parents. Il semble que l'entente entre les parents permette ce partage. Cependant, il n'est pas toujours possible en raison des trop grandes divergences entre les parents. Certains juges décident alors de simplifier les relations entre les parents en les limitant le plus possible. Ainsi, ils choisissent de maintenir le versement de la contribution par l'un des parents et la prise en charge par l'autre de certaines catégories de frais engagés pour l'enfant. Enfin, le juge prend en compte l'alternance ce qui le conduit à fixer le montant de la pension alimentaire en conséquence.

L'arrêt rendu le 11 juillet 2002 par la cour d'appel de Paris¹⁷⁶ en est une illustration. Afin d'éviter de nouveaux litiges entre les parents, le juge a maintenu la contribution pécuniaire à la charge du père, cependant, cette dernière a considérablement diminué dans son montant. Fixée à l'origine à 3000 Frs¹⁷⁷, soit 1500 Frs par enfant et par mois, la contribution est passée à 190 euros¹⁷⁸, soit 95 euros par enfant et par mois, ce qui représente une baisse de plus de la moitié. Dans certains cas complexes, le juge va même jusqu'à ne pas prononcer la résidence alternée en raison des trop grandes difficultés liées à la mise en place de l'alternance sur le plan financier et le manque de dialogue entre les parents. Ainsi, les difficultés que pose la répartition des conséquences financières de la résidence alternée motivent parfois son rejet¹⁷⁹. L'enquête déjà citée confirme cette tendance, dans 70 % des cas, « *l'alternance est exclusive du versement d'une pension, et lorsque ce versement existe, il est d'un montant modique, inférieur le plus souvent à*

200 euros par enfant »¹⁸⁰.

174. *Loc. cit.*, *supra* note n° 170.

175. Ord. JAF Aix-en-Provence, 23 janvier 2003 : *Dr. famille* 2003, n° 5, comm. n° 60, *obs.* MURAT (P.).

176. Paris, 11 juill. 2002 : *Dr. famille* 2003, n°2, *obs.* OUDIN (F.).

177. Soit 457,35 euros ou 228,67 euros par enfant et par mois.

178. Soit 1246,32 F ou 623,16 F par enfant et par mois.

179. Riom, 25 juin 2002 : *Dr. famille* 2003, n°2, p. 21, *obs.* OUDIN (F.).

180. *Op. cit.*, p. 5, *supra* note n° 4.

Le juge peut être amené à compléter les dispositions prévues par les parents et prévoir ainsi l'indexation de la pension alimentaire¹⁸¹. Le juge aux affaires familiales fait application des articles 371-2 et 373-2-2 du Code civil. Il intervient également dans la révision du montant de la pension alimentaire en l'absence de nouvel accord entre les parents, lorsqu'un seul d'entre eux la demande. Dans cette dernière hypothèse, la survie de la résidence alternée est menacée. La révision du montant de la pension alimentaire n'est ni libre ni automatique, elle doit résulter d'une décision judiciaire afin de pouvoir être opposée aux tiers par la suite. Il s'agit là de la compétence générale du juge aux affaires familiales¹⁸². La motivation de ces décisions est essentiellement développée lorsqu'il y a un désaccord entre les parents, ce qui représente, selon l'enquête effectuée auprès des tribunaux en octobre 2003¹⁸³, une demande sur cinq. Dans ce cas, la motivation est systématique et concerne le rejet de la résidence alternée comme son prononcé¹⁸⁴.

La tâche du juge a donc vocation à s'élargir. A l'origine, compétent principalement dans la fixation de la pension alimentaire, la résidence alternée va lui amener différents domaines de compétence dont il ne pourra pas faire l'économie en raison de leur importance aux yeux des parents. La résidence alternée ne doit pas être plus lourde financièrement qu'un partage classique de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Cependant, la diversité des situations familiales et parentales va faire apparaître de nouvelles considérations d'ordre pécuniaire.

2) L'émergence de nouveaux pôles financiers.

Au même titre que la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants, le juge va, dès lors qu'il prononcera une résidence alternée, devoir prendre en compte toute une série de considérations pécuniaires dont il n'avait pas à se préoccuper auparavant. La répartition du bénéfice de l'avantage du quotient familial dans un premier temps mais également celle des allocations familiales entre les parents vont devenir des enjeux importants dans la réussite de l'alternance. Les parents ne peuvent pas en faire l'économie, le juge non plus.

181. Paris, 28 mars 2002 : *AJ fam.* 2002, n° 6, p. 221, *obs.* S. D.-B.

182. Art. 373-2-6 et 373-2-8 C. civ.

183. *Op. cit.*, p. 5, *supra note n° 4*.

184. Cf. annexe 4.

Ainsi, à l'occasion d'un des premiers jugements rendus sur la résidence alternée, le juge aux affaires familiales s'est vu dans l'obligation de statuer sur la répartition des conséquences financières de l'alternance. L'ordonnance du juge d'Aix-en-Provence du 23 janvier 2003 en est un exemple. La résidence alternée, prononcée sur opposition des parents, est fixée par le juge suivant leur pratique antérieure. Après avoir rejeté la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant et fixé les modalités de l'alternance et de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, le juge statue sur la répartition des allocations familiales. Dans le respect de la répartition de la charge de l'enfant entre chacun des parents, le juge déclare : « *disons que l'intégralité des prestations familiales y compris le supplément familial de traitement ou de solde éventuels, sera perçue par le père les années paires et par la mère les années impaires* »¹⁸⁵. Cette solution semble *a priori* équitable. Cependant, cela va dépendre de l'âge auquel intervient la décision. En effet, les aides sociales sont souvent liées à la minorité de l'enfant ou à sa scolarité. Il se peut qu'un des parents perçoive plus longtemps les prestations familiales que l'autre. Dès lors l'équité sera rompue.

Dans un autre genre, l'arrêt du 4 juin 2002 prévoit le partage des avantages sociaux et fiscaux entre les parents. Le père reçoit l'avantage fiscal, la mère les allocations familiales. La cour d'appel de Lyon s'est prononcée dans le sens d'une distribution de ces avantages. L'arrêt du 28 mars 2002 de la cour d'appel de Paris fait droit, quant à lui, à la demande des parents de fixer une contribution à l'entretien et l'éducation des enfants à la charge du père et de laisser la mère en tant que bénéficiaire des avantages fiscaux et sociaux.

Il s'agit également d'envisager des cas plus extrêmes de résidence alternée, dans lesquels les parents sont allés beaucoup plus loin dans l'aménagement des conséquences financières. Imaginons, un couple qui se sépare mais qui ne désire pas vendre la maison commune dont ils sont propriétaires afin d'y installer, après leur séparation, leurs trois enfants. Ils optent pour un système de résidence alternée, et louent chacun un studio pour les périodes où ils n'ont pas les enfants avec eux. Ils décident d'un commun accord de résider alternativement, une semaine sur deux, dans l'ancienne maison maritale avec les enfants. Cette solution, quelque peu atypique, est pour eux la moins chère, car s'ils avaient vendu la maison et partagé le prix entre eux, ils

185. *Op. cit.*, supra note n° 173.

n'auraient jamais pu acheter chacun un logement suffisamment grand pour accueillir en alternance les trois enfants.

L'avantage de la situation, les enfants ne sont pas perturbés par la séparation puisqu'ils gardent leurs repères et leurs habitudes. Seuls les parents se déplacent pour venir vivre chez leurs enfants une semaine sur deux ! Une telle situation est évidemment possible dès lors qu'il existe une véritable entente entre les ex-époux qui conservent ainsi une indivision sur la maison. Ils pourraient également prévoir d'ouvrir un compte joint destiné à gérer les différents frais liés au choix de la résidence alternée. Ils se partagent de manière égale tous les frais nés de ce choix qui nécessite une certaine aisance financière. Ainsi, il subsiste une sorte de communauté entre les parents qui va à l'encontre de leur volonté de se séparer.

Cependant, cette solution farfelue mais tout à fait plausible, ne pourra pas durer longtemps. Elle ne peut être que provisoire. En effet, si l'un des parents décide de se remarier, il ne pourra plus conserver un simple studio et la vente de la maison deviendra inéluctable. Cette situation poussée à son extrême fait naître de nouveaux éléments qui n'étaient jusque-là pas monnayables entre les parents dans l'exécution de leur devoir d'entretien. L'apparition d'un tel passif¹⁸⁶ lié à la maison qui accueille les enfants pose la question du rôle du juge. Ce passif va se monnayer entre les parents et le juge devra les aider dans la répartition. Il se peut que dans ce cas, le juge revienne alors à une solution plus classique et refuse d'homologuer ou de prononcer la résidence alternée.

Le risque encouru est que les conséquences financières des modalités de mise en œuvre de la résidence alternée ne prennent le dessus sur l'intérêt de l'enfant dans l'esprit des parents. Ces derniers ne recherchant plus que le meilleur profit tant fiscal que social dans la situation d'alternance. Les juges vont devoir entrer dans une gestion comptable complexe de la résidence alternée qui va alourdir considérablement leur travail. De même, plus la situation familiale sera complexe, plus son opposabilité aux tiers sera compliquée.

186. L'assurance habitation, les factures d'électricité, de téléphone, d'eau, de gaz, taxe d'habitation, taxe foncière...

B- L'opposabilité aux tiers.

De la même manière que pour la convention parentale, la décision du juge aux affaires familiales concernant la résidence alternée et ces conséquences financières va produire des effets à l'égard des tiers. Le contenu de la décision doit donc pouvoir être connu par tous ceux qui en aurait l'utilité. L'ordonnance du juge d'Aix-en-Provence¹⁸⁷ prononçant la résidence alternée, rendue sur opposition des parents, constate l'exercice en commun de l'autorité par les parents avant de prévoir de manière claire et précise les décisions pour lesquelles l'accord des parents doit être conjoint, à savoir la scolarité et l'orientation professionnelle, les sorties du territoire national, la religion, la santé ainsi que les autorisations à pratiquer des sports dangereux. Pour ces décisions, l'accord des deux parents est requis, sous peine de voir l'acte annulé en cas d'absence du consentement d'un des parents.

Il s'agit de l'opposabilité d'une décision judiciaire qui cependant a une nature provisoire du fait de la matière concernée. Elle peut donc être remise en cause à tout moment par les parties elles-mêmes, le juge ou un tiers parent ou non dans la mesure où il saisit le Ministère public d'une difficulté. La décision est notifiée aux parents uniquement, sous réserve que le juge considère qu'un tiers en particulier doit être touché par la notification. Il pourrait être envisagé une notification particulière pour certaines administrations directement concernées par l'information.

La question de la valeur des dispositions tranchées par le juge et de celle simplement prévues par les parents lorsqu'il existe un accord partiel est aussi valable ici. Existerait-il une sorte de hiérarchie interne à la décision judiciaire ? Il semble opportun de répondre par la négative en vertu du principe de sécurité juridique.

S'agissant de la position en droit social, le ministère ainsi que la caisse nationale d'allocations familiales estiment que la décision, rendue en cas de séparation et de désaccord sur la désignation du bénéficiaire, qui fixe la résidence de l'enfant fait naître une présomption de charge sur le parent qui bénéficie de cette résidence¹⁸⁸. Or, la jurisprudence rejette cette solution et considère qu'il faut rechercher qui assume la charge réelle de l'enfant¹⁸⁹. Selon Madame

187. *Loc. cit., supra note n° 175.*

188. Cf. lettre du ministre des affaires sociales du 30 mai 1988 et la circulaire de la CNAF n° 34-88 du 5 juillet 1988.

189. Cass. soc., 28 oct. 1999 : *JCP* 1999, IV, 3064 ; *RD sanit. soc.* 2000, 155, *obs.* MONÈGER (F.).

Françoise MONÉGER, « *l'esprit des textes en matière de prestations familiales étant de « coller » à la réalité, il ne faudrait pas se figer dans une situation écrite dans un jugement qui ne corresponde plus à cette réalité* »¹⁹⁰. Le droit social a de la notion d'enfant à charge une acception plus large qu'en droit fiscal, même si la pratique judiciaire et la doctrine sociale n'en ont pas toujours la même perception. Avec la consécration de la résidence alternée, les services sociaux vont être amenés à recourir plus souvent à la notion de fait.

En l'absence de disposition en la matière, les solutions raisonnablement envisageables sont soit la notification spéciale en faveur de certains tiers mais sûrement pas de tous soit celle de faire confiance aux parents, ceux-ci pouvant toujours apporter à leur soutien la copie de la décision judiciaire.

De même que la révision judiciaire du montant de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants, l'apparition de conflits entre les parents annonce la fin du système de l'alternance. Dès lors, les parents vont vouloir faire les comptes et rétablir entre eux l'équité qui n'a pas été respecté par l'un d'eux dans la mise en œuvre de la résidence alternée.

II - Le règlement des conflits parentaux.

Intervenu de manière initiale dans le règlement des conséquences financières de la résidence alternée, le juge est parfois amené à revenir sur ce qui a été fixé entre les parents afin de mettre fin aux conflits parentaux. Afin de permettre un réel partage des responsabilités parentales, il appartient au parent, poursuivi par la victime d'un dommage causé par l'enfant, de recourir, contre l'autre, à l'action récursoire (A). Cependant, cette action ne s'applique pas à toutes les situations conflictuelles qui pourraient exister du fait de la résidence alternée, c'est pourquoi, quand cela n'est plus possible, le droit commun (B) doit pouvoir venir en aide au parent qui a assumé plus que sa part de la charge.

A- Le recours principal à l'action récursoire.

190. MONÉGER (F.), « La relation de charge dans les prestations familiales » : *RD sanit. soc.* 1994, p. 618.

Il s'agit d'évaluer, dans la relation parentale, les moyens mis à la disposition des parents pour rétablir une certaine équité dans la gestion des conséquences financières de la résidence alternée. En matière de responsabilité civile parentale, les parents sont *a priori* cumulativement responsables des dommages causés par leur enfant. La dette pèse donc sur les deux parents en vertu du devoir d'entretien et d'éducation qu'ils ont envers leurs enfants. Pourtant, dans certaines situations, l'absence de prise en considération des faits risque de créer de l'injustice entre les parents et par là-même des conflits. Ainsi, la mère qui n'avait pas la résidence de l'enfant au moment des faits, mais contre qui la victime s'est retournée en premier, acceptera mal de payer à la place du père, en charge de l'enfant ce jour là, surtout si aucune faute ne peut être mise à sa charge.

Il faut donc déterminer quel parent supportera la charge définitive de la dette de responsabilité. Les questions qui se posent sont celles des conditions d'une éventuelle mise en œuvre de l'action récursoire entre les parents. L'action aurait pour but de prendre en compte la situation de fait au moment de la survenance du dommage afin de fixer la contribution de chacun des parents à la dette de responsabilité. La mise en œuvre de la responsabilité parentale supposant la mise en cause et l'établissement de la responsabilité du parent, le parent répondant auprès de la victime, pourra-t-il agir contre l'autre parent dans l'espoir de voir fixé sa part contributive.

Précédemment, nous avons hésiter entre deux types de solidarité lors de la condamnation des parents : une solidarité légale et une solidarité issue d'une obligation *in solidum*. Nous avons déduit que cela dépendait du fondement textuel sur lequel chacun des parents était condamné. Nous avons également fait remarquer que la consécration de la résidence alternée semblait remettre au goût du jour la solidarité entre les parents prévu par l'article 1384 alinéa 4 du Code civil. Dès lors, nous en concluons que la victime aurait intérêt à agir sur ce même fondement contre les deux parents.

Monsieur Pascal REYNAUD reprend ces différentes possibilités. Si les parents sont condamnés solidairement sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, chacun est tenu de supporter à titre définitif une part égale du montant de la réparation. Celui qui a

indemnisé la victime serait donc fondé à exercer une action récursoire afin de réclamer à l'autre un remboursement pour moitié ou en considération des fautes commises, ce qui pose la difficulté de la détermination de la gravité des fautes parentales. La solution la plus simple étant que le juge fixe cette contribution lors de la condamnation, Madame Annick BATTEUR¹⁹¹ proposait, quant à elle, une répartition de la charge des dommages-intérêts en fonction des ressources respectives, notamment dans les couples mariés séparés de fait.

S'ils « ont été condamnés *in solidum* sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, le partage de la dette entre eux se fera en fonction de la gravité de leurs fautes respectives. Enfin, si l'un a été condamné pour faute et l'autre sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4, le fautif devra assumer l'entière réparation du préjudice causé »¹⁹². Cependant, cette affirmation est à nuancer dans la mesure où, dans un certain nombre de cas, le parent chez lequel l'enfant ne résidait pas au moment des faits pourrait être tenté de reprocher à l'autre une faute de surveillance. Rien ne semble empêcher ce parent à fonder une action, contre l'autre, sur une faute que la victime n'aurait pas invoqué. Les parents pourront ainsi faire jouer certaines causes d'exonération de responsabilité, telle que la faute de l'autre parent.

Selon le doyen CARBONNIER¹⁹³, en règle générale, la dette se divise par têtes, cependant, il ne s'agit là que d'une présomption simple. Lorsque la solidarité existe de plein droit sur le fondement d'une responsabilité commune, c'est au juge qu'il appartient en prononçant la condamnation de déterminer la part contributive de chacun des coresponsables. En revanche, si la solidarité est fondée sur l'idée d'une communauté d'intérêt, c'est un partage égal qui prévaut.

S'agissant de l'action récursoire, la question est délicate lorsqu'elle touche la sphère familiale. Pourtant aucun texte ne semble l'exclure. Cela relèvera de la compétence des assurances des parents. Ainsi, les compagnies d'assurance feront jouer le mécanisme de la compensation lors du bilan de ce qu'elles se doivent entre elles. Pour autant, il faut que les deux parents soient assurer pour leurs enfants communs, ce qui relance le débat cité précédemment de

191. BATTEUR (A.), « La responsabilité parentale en cas de séparation du couple » : *Petites affiches*, 28 av. 1999, n° 84, p. 74 et s.

192. REYNAUD (P.), « Responsabilité des père et mère et résidence alternée » : *AJ fam.* 2002, n° 4, p. 135.

193. CARBONNIER (J.), *loc. cit.*, *supra* note n°59.

l'obligation légale d'assurance « chef de famille ».

Dès lors que l'idée d'un recours entre les parents est envisagée, selon leur implication et leur situation au moment des faits, la notion de cohabitation matérielle est réintroduite au stade de la contribution des parents à la dette. En effet, les parents ont tous deux la cohabitation juridique de part la fixation de la résidence alternée. Seule la cohabitation matérielle est à même de rééquilibrer des situations de droit inéquitables.

Le parent lésé financièrement dans le déroulement de la résidence alternée doit ainsi pouvoir faire rétablir judiciairement la vérité de la situation de fait et obtenir de l'autre sa part contributive à la charge de l'enfant et ce en dehors même du domaine de la responsabilité parentale.

B- Le recours subsidiaire au droit commun.

Dès lors, il faut s'interroger sur l'opportunité d'une reconnaissance législative ou jurisprudentielle d'un droit à agir en justice dans le but de rétablir les forces entre les parents. Cette action doit permettre d'examiner la réalité de la situation financière assumée par chacun d'eux. Dans le souci d'un rééquilibrage équitable de ces situations, le parent lésé pourrait alors agir contre l'autre. Nous l'avons vu, en matière de responsabilité civile parentale, l'action récursoire est envisageable. Cependant, les conflits peuvent porter sur bien d'autres questions pécuniaires. Or, à moins que les parents aient opté pour une gestion indépendante des conséquences financières de la résidence alternée en ouvrant un compte joint à cette fin par exemple, il faut trouver une autre possibilité pour eux de régler leurs différends.

Deux propositions peuvent être faites. La première suppose la création, par le législateur, d'une action qui serait spécifique aux difficultés pécuniaires qu'engendre la résidence alternée. Elle serait ouverte aux parents et à eux seuls et aurait pour but de rétablir l'équité financière entre les parents. Elle pourrait relever de la compétence de juge aux affaires familiales qui aurait eu

connaissance de la convention homologuée ou qui aurait rendu la décision concernant la résidence alternée. Les questions soulevées auraient, cependant, un caractère particulier. Elles aboutiraient à une sorte de bilan financier de la mise en œuvre de la résidence alternée entre les parents. Cette solution, bien que réalisable, ne semble cependant pas la plus adéquate. En effet, ne vaut-il mieux pas user de ce qui existe, dans une époque où les créations législatives vont déjà bon train ?

Dès lors, il convient de se retourner vers le droit commun. La première solution qui vient à l'esprit est l'action prétorienne créée pour les situations d'enrichissement sans cause. Elle n'est exclue par aucun texte et son caractère subsidiaire oblige les parents à recourir à une action principale éventuelle, telle l'action récursoire, citée précédemment. En outre, l'action *de in rem verso* a vocation à s'appliquer dans les rapports entre les époux, la jurisprudence l'utilisant dans les relations entre époux séparés de biens. Elle suppose la preuve d'un enrichissement, d'un appauvrissement, d'une relation causale entre les deux et surtout de l'absence d'autre moyen de droit. Elle ne peut être exercée qu'après échec d'une action principale ou en l'absence de celle-ci, son exercice prématuré se heurtant à une exception dilatoire. Elle repose sur la notion d'équité, ce qui semble adapté au contexte et aux questions financières traitées. Ce qui est à rechercher n'est pas forcément l'égalité parfaite de la prise en charge financière de l'enfant par les parents mais plutôt le partage équitable de celle-ci.

A l'image des Caisses d'allocations familiales qui acceptent le recours du parent qui assume réellement la charge de l'enfant afin de recevoir les prestations sociales, l'action pour enrichissement sans cause semble une piste à suivre de manière générale quel que soit le domaine litigieux entre les parents. Cependant, la mise en œuvre de cette action ou d'une action spécifiquement créée pour la circonstance annonce la fin de la résidence alternée, les parents n'ayant pas trouvé d'arrangement satisfaisant à l'amiable.

CONCLUSION

Il ressort principalement de cette réflexion sur la résidence alternée et ces conséquences financières une nécessité de légiférer afin de limiter la liberté des parents dans leur aménagement ainsi que dans leurs recours. La volonté législative qui a conduit la réforme de l'autorité parentale a laissé en suspend un certain nombre de questions dont les parents ne pourront pas faire l'économie en raison de leur importance. En effet, au sortir d'une rupture, les forces économiques ne sont plus les mêmes. Ainsi, les subtilités de la mise en œuvre de la résidence alternée nécessitent une certaine connaissance des mécanismes tant fiscaux que sociaux, connaissance qui n'est pas donnée à tout le monde.

Selon Monsieur Jean-Jacques LEMOULAND, la résidence alternée est un pari qui porte « *sur l'aptitude des parents à envisager et sur la capacité du juge à maîtriser les modalités et les conséquences de la résidence alternée. Le caractère évasif des textes dans ce domaine va ouvrir la voie à une création prétorienne qui risque d'alimenter son propre contentieux* »¹⁹⁴, « *le flou de la loi sur les modalités et les conséquences de la résidence alternée la font ressembler davantage à une auberge espagnole qu'à une institution cartésienne* »¹⁹⁵. La loi du 4 mars 2002, adoptée *in extremis* avant la clôture de la onzième législature, laisse à certains l'impression d'avoir été vite faite et dans le but de contenter des pressions, notamment celles venant des pères divorcés. Monsieur FULCHIRON parle de réforme parcellaire, sans volonté politique d'ensemble, sous forme de « saucissonnage » des textes¹⁹⁶.

Sur le plan psychologique, certains professionnels ont fait remarquer que la résidence alternée ne permet pas aux parents de véritablement se séparer. En effet, elle maintient un certain lien entre eux qui risque de compliquer une reconstruction familiale éventuelle. De même dans certains cas, l'alternance semble bannie, notamment lorsqu'elle porte sur un nouveau né, dont les besoins physiologiques nécessitent la présence constante de la mère.

Il semble tout de même que le législateur a sous-estimé les frais et les difficultés

194. LEMOULAND (J.- J.), « La résidence alternée, 18 mois plus tard » : *RJPF* 2003, n° 9, p. 9.

195. *Id.*, p. 7.

196. FULCHIRON (H.), « L'autorité parentale rénovée, commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale » : *Defrénois* 2002, art. 37580, pp. 959-997, spé. p. 970.

engendrés par la résidence alternée. Elle est réservée, selon les dires de certains juges aux affaires familiales, aux milieux favorisés. L'alternance ne semble pas avoir vocation à perdurer car elle peut devenir préjudiciable au parent qui désire refaire sa vie, dans la mesure où il ne se verra peut-être pas confier la nouvelle résidence de l'enfant en raison de son éloignement.

En attendant l'intervention législative plébiscitée, il revient aux juges d'organiser au mieux les conséquences financières de la résidence alternée ce qui va considérablement alourdir leur mission. La complexité que l'alternance engendre dans le règlement de ces conséquences financières ne va pas amener les auteurs et les juges réticents à reconsidérer leur position. Ils pourraient l'envisager sous la forme d'une gestion indépendante des conséquences financières uniquement, en dissociant le mode de résidence de l'enfant des conséquences qu'il entraîne. C'est également de cette organisation que va dépendre le succès de la résidence alternée auprès des parents.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES

1- Ouvrages généraux

- ◆ **BÉNABENT (A.)**, *Droit civil, la famille*, manuels juris-classeur, 11^{ème} éd. : Paris, Litec, 2003, pp. 597.
- ◆ **CARBONNIER (J.)**, *Droit civil, la famille, l'enfant, le couple*, t. 2, coll. thémis droit privé, 21^{ème} éd. Refondue : Paris, PUF, 2002, pp. 756.
- ◆ **CARBONNIER (J.)**, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, coll. thémis droit privé, 22^{ème} éd. Refondue : Paris, PUF, 2002, pp. 665.
- ◆ **CORNU (G.)**, *Droit civil de la famille*, coll. Domat droit privé, 8^{ème} éd. : Paris, Montchrétien, 2003, pp. 693.
- ◆ **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, coll. Quadrige, 3^{ème} éd. mise à jour : Paris, PUF, 2002, pp. 941.
- ◆ **COURBE (P.)**, *Droit de la famille*, coll. Armand Colin, 3^{ème} éd. : Paris, Dalloz, 2003, pp. 458.
- ◆ **EUDIER (F.)**, *Droit de la famille*, coll. Compact, 2^{ème} éd. : Paris, Armand Colin, 2003, pp. 421.
- ◆ **GUINCHARD (S.)**, **VINCENT (J.)**, *Procédure civile*, coll. précis droit privé, 25^{ème} éd. : Paris, Dalloz, 1999, pp. 1166.
- ◆ **LAMBERT-FAIVE (Y.)**, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd. : Paris, Dalloz, 2001, pp. 876.
- ◆ *Le droit non civil de la famille*, presses universitaires de France, publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 10, 1983, pp. 435.
- ◆ **TERRE (F.)**, **FENOUILLET (D.)**, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd. : Paris, Dalloz, 1996, pp. 1170.
- ◆ **VINEY (G.)**, **JOURDAIN (P.)**, *Traité de droit civil : les conditions de la responsabilité*, 2^{ème} éd. : Paris, LGDJ, 1998, pp. 1226.

◆ **VINEY (G.), JOURDAIN (P.),** *Traité de droit civil : les effets de la responsabilité*, 2^{ème} éd. : Paris, LGDJ, 2001, pp. 819.

2- Ouvrages spécialisés

- ◆ **AUTEM (D.),** *Les mesures judiciaires de placement de l'enfant mineur*, Thèse de Lille 2, Lille : 1998, pp. 631.
- ◆ **BOULANGER (F.),** *Les rapports juridiques entre parents et enfants, Perspectives comparatistes et internationales* : Paris, Economica, 1998, pp. 394.
- ◆ **CAMASSES (M.),** *La famille que je veux, quand je veux ?*, dir. NEIRINCK (C.) : Paris, Erès, 2003, pp. 199.
- ◆ **DERRIDA (F.),** *L'obligation d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants*, Thèse d'Alger 1947, Paris : Dalloz, 1952, pp. 351.
- ◆ **DOUET (F.),** *Précis de droit fiscal de la famille*, 3^e éd. : Paris, Litec, 2003-2004, pp. 694.
- ◆ **DUPEYROUX (J.-J.),** *Droit de la sécurité sociale*, coll. Précis Dalloz droit privé, 14^{ème} éd. : Paris, Dalloz, 2001, pp. 1265.
- ◆ **FRERE (G.),** *La réforme du 4 mars 2002 : consécration de la résidence alternée*, mémoire maîtrise droit privé, dir. SAUVAGE (F.), Université de Valenciennes : 2003.
- ◆ **VERON (A.),** *L'obligation d'entretien à l'égard des jeunes majeurs*, mémoire de DEA droit privé, dir. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), Université de Lille 2, 2002-2003, pp. 199.

II- RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS

1- Rapports

- ◆ **THERY (I.),** *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris : La Documentation française, 1998, pp. 408.
- ◆ **DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.),** *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au garde des Sceaux, ministre

de la Justice, coll. des rapports officiels : Paris, La documentation Française, 1999, pp. 255.

◆ **DOLEZ (M.)**, rapport *relatif à l'autorité parentale* remis au nom de la Commission des lois à l'Assemblée Nationale le 7 juin 2001 et enregistré à sa présidence le 5 décembre 2001, sur la proposition de loi relative à l'autorité parentale, AN, n° 3435, www.assemblee-nationale.fr.

2- Documents officiels

- ◆ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JO n° 54 du 5 mars 2002, p. 4161 et s.
- ◆ Loi n° 2002-1576 de finances rectificative pour 2002 du 30 décembre 2002, JO du 31 déc. 2002, p. 22070 et s. ; JCP éd. N. 2003, n° 6, pp. 236-266.
- ◆ Proposition de loi relative à l'autorité parentale n° 3074, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 mai 2001, présentée par MM. Ayrault (J.-M.), Dolez (M.), Mme Lazerges (C.) et les membres du groupe socialiste et apprentés, députés.
- ◆ Moreau (C.), Munoz Perez (B.), Serverin (E.), La résidence en alternance des enfants de parents séparés devant les juges aux affaires familiales, enquête sur un échantillon de décisions prononcées par le JAF du 13 au 24 octobre 2003, ministère de la Justice, direction des affaires civiles et du sceau, cellule Etudes et Recherches, note CIV-CER/BMP/03/45 du 26 août 2003.
- ◆ BOI, 5 B-3-04 du 20 janvier 2004, www.impots.gouv.fr.
- ◆ Rép. min. n° 37329, M. Duboc, JO AN Q 8 juill. 1996, p. 3654.

III – ENCYCLOPEDIES

◆ **BAUDET-CAILLE (V.), DARRAGON (O.), DEVILDER (R.), GALBOIS (Y.), GIRODROUX (C.), HALLER (M.-C.), IGLESIAS (C.), KATZ (A.), LEFRANÇOIS (F.), MILLET (F.)**, *Condition de charge d'enfant*, *Lamy protection sociale*, 2003, étude 1693.

◆ **ESCHYLLE (J.-F.), GANZER (A.)**, *Effets du divorce, conséquences du divorce pour les enfants, aspects patrimoniaux*, *J.-Cl. divorce*, Fasc. n° 290, 2002 ; *J.-Cl. Civil art. 286 à 295* : Fasc. n° 20, 2002.

◆ **FRICOTTÉ (L.)**, *Prestations familiales, allocations familiales, complément familial, allocation de soutien familial, allocation de parent isolé*, *J.-Cl. Protection sociale Traité*, Fasc. n° 528, 2003.

◆ **LHERNOULD (J.-P.)**, *Prestations familiales, règles communes*, *J.-Cl. Protection sociale*

Traité, Fasc. n° 520, 2003.

- ◆ X, *Résidence et domicile du mineur*, *Lamy Droit des personnes et de la famille*, 2003, étude 449-17.
- ◆ X, *Responsabilité civile*, *Lamy Droit des personnes et de la famille*, 2003, étude 449-39.

IV- ETUDES DOCTRINALES, ARTICLES ET NOTES

- ◆ **BATTEUR (A.)**

-« La responsabilité parentale en cas de séparation du couple » : *Petites affiches*, 28 av. 1999, n° 84, pp. 69-76.

- ◆ **BENOÎT (A.)**

-« Divorce et prestations sociales » : *D.* 1997, p. 13.

- ◆ **BERTHET (P.)**

-« L'étendue incertaine des solidarités familiales » : *JCP éd. G.* 2002, pp. 1621-1622.

-« La loi du 4 mars 2002 et les obligations alimentaires » : *JCP éd. G.* 8 janv. 2003, n° 1-2, I, 101, pp. 19-20.

- ◆ **BETANT-ROBET (S.)**

-« La notion d'enfant à charge dans le droit des prestations familiales » : *RD sanit. soc.* 1991, pp. 123-129.

- ◆ **BIGOT (A.)**

-« Autorité parentale : l'article 374 alinéa 3 du Code civil interdit de fait la résidence alternée » : *Petites affiches*, 3 juill. 2001, n° 131, ss Toulouse, 2 mai 2000, pp. 26-31.

- ◆ **BLANC (A.-M.)**

-« Divorce et fixation de la résidence des enfants » : *RJPF* 2002, 3/41, p. 22.

- ◆ **BONNET (A.)**

-« Quotient familial et garde alternée des enfants après un divorce : quand le texte fiscal devient inapplicable » : *Petites affiches*, 14 juin 2002, n° 119, pp. 15-20.

- ◆ **BOSSE-PLATIÈRE (H.)**

-« La légalisation de la résidence alternée » : *JCP éd. G.* 2002, n°38, pp. 1619-1621.

- ◆ **BOULANGER (F.)**

-« Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars

2002 », *D.* 2002, p. 1571-1577.

◆ **BOUVIER-LE BERRE (C.)**

-« L'enfant à charge en droit social et en droit fiscal après la réforme de l'autorité parentale du 4 mars 2002 » : *RD sanit. soc.* 2003, pp. 485-496.

◆ **BRUNETTI-PONS (C.)**

-« Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille : 1^{re} partie » : *Dr. famille* 2003, chron. n° 15, pp. 10-17.

-« Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille : 2^{ème} partie » : *Dr. famille* 2003, n°6, chron. n° 17, pp. 4-8.

◆ **CHABAS (F.)**

-« Nature de la responsabilité d'une mère du fait de son enfant majeur handicapé mental ou du bon usage des alinéas de l'article 1384 du Code civil » : *RJPF* 1999-4/39.

-« Responsabilité de plein droit des père et mère : la notion de cohabitation se précise » : *RJPF* 2000, 4/38, pp. 21-22.

-« Un père est responsable des dommages causés par sa fille mineure vivant en concubinage » : *RJPF* 2000, 12/30, p. 21.

◆ **CHAKIRIAN (L.)**

-« Vers une redéfinition du principe de subsidiarité de l'action *de in rem verso* » : *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* 2000-4, pp. 1407-1427.

◆ **CHARBONNIER (M.-E)**

-« La résidence alternée : en alternance ? » : *AJ fam.* 2003, n°4, p. 1.

◆ **DAGORNE-LABBÉ (Y.)**

-« La condition de cohabitation du mineur est-elle compatible avec la responsabilité de plein droit de ses parents ? » : ss Cass. 2^{ème} civ., 19 fév. 1997, *SAMDA c/ MACIF, Petites affiches*, 29 déc. 1997, n° 156, pp. 12-14.

-« L'évolution de la notion de cohabitation de l'enfant mineur avec ses parents » : ss Cass 2^{ème} civ., 20 janv. et 9 mars 2000 – Cass. crim., 15 juin 2000, *Petites affiches*, 9 nov. 2000, n° 224, pp. 16-19.

◆ **DAHAN (J.)**

-« Résidence alternée : regard d'une médiatrice familiale » : *AJ fam.* 2001, n°2, pp. 46-49.

◆ **DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**

- « Rénover le droit de la famille » : *RJPF* 1999-7/12, pp. 6-8.
- ◆ **DEKEUWER (A.)**
 - Obs. ss Cass.* 2^{ème} civ., 2 mai 1984, *JCP éd. G.* 1985, II, 20412.
 - ◆ **DOUET (F.)**
 - « Brèves remarques sur les conséquences fiscales de la résidence alternée » : *D.* 2002, chron. p. 1211.
 - Note ss CE sect.*, 14 juin 2002 : *D.* 2002, p. 3169.
 - « Principales nouveautés de la loi de finances rectificative pour 2002 intéressant le droit fiscal de la famille » : *Dr. famille* 2003, chron. n° 4, pp. 4-8.
 - ◆ **FAUCHER (D.)**
 - « Quotient familial : de la notion de garde au lieu de résidence » : *LEXBASE HEBDO*, n° 106, 5 février 2004, édition affaire.
 - ◆ **FULCHIRON (H.)**
 - Obs. ss Lyon*, 5 oct. 1993 : *JCP éd. G.* 1994, II, 22231.
 - « L'exercice en commun de l'autorité parentale après divorce et la question de la résidence » : *JCP éd. G.* 1996, I, 3903.
 - « L'autorité parentale à l'épreuve du pluralisme familial » : colloque des 26 et 27 nov. 1999, *Dr. famille* 2000, n° 12 bis Hors-série, chron. n° 8, pp. 43-47.
 - « L'autorité parentale rénovée, commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale » : *Defrénois* 2002, art. 37580, pp.959-997, spé. p. 970.
 - ◆ **GARÉ (T.)**
 - Note ss Paris*, 10 fév. 1999, *JCP éd. G.* 1999, II, 10170.
 - ◆ **GONZALES-GHARBI (N.)**
 - « L'enfant de parents désunis et l'impôt sur le revenu : de la coparentalité à l'optimisation fiscale ! » : *RJPF* 2002-10/11, pp. 6-9.
 - « Coparentalité, résidence alternée et partage du quotient familial : la réponse du législateur fiscal » : *RJPF* 2003-2/41, pp. 19-20.
 - ◆ **GOUTTENOIRE-CORNUT (A.)**
 - « Commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale » : *AJ fam.* 2002, n° 4, pp. 124-127.
 - « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 » : *Dr. famille* 2002, n°11,

chron. n° 24, pp. 4-6.

◆ **GRANET (F.)**

-« Séparations des couples et autorité parentale dans les législations européennes » : *AJ fam.* 2002, n° 4, pp. 138-139.

◆ **GROUDEL (H.)**

-« L'enfant mineur ravalé au rang de simple chose ? » : *Resp. civ. et assur.* 2001, chron. n° 9, pp. 4-6.

◆ **GUINERET-BROBBEL DORSMAN (A.), SIRE (S.)**

-« Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale » : *Petites affiches*, 31 mars 2003, n° 64, pp. 5-8.

◆ **HAUSER (J.)**

-*Obs. ss ord.* juge de la mise en état, Lyon, 14 août 1992, « L'exercice conjoint de l'autorité parentale après divorce et la résidence de l'enfant » : *RTD civ.* 1993, pp. 574-575.

-« L'enfant à temps partagé » : *RTD civ.* 1993, pp.818.

-« Prestations familiales et modèles familiaux » : *RD sanit. soc.* 1994, p. 633.

-« Obligation d'entretien : limites et conditions » : *RTD civ.* 1994, pp. 847-848.

-« Garde alternée : à quelles conditions ? » : *RTD civ.* 1996, pp. 890-891.

◆ **HÉBRARD (S.)**

-« Loi du 4 mars 2002 : regard d'un juge aux affaires familiales » : *AJ fam.* 2003, n° 9, pp. 296-297.

◆ **HILT (P.)**

-« Le point sur une jurisprudence partagée » : *AJ fam.* 2001, n°2, pp. 43-45.

-« Loi du 4 mars 2002 : les juges ne suivent pas toujours » : *AJ fam.* 2003, n° 9, pp. 288-293.

◆ **HUGON (C.)**

-« Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? » : *Petites affiches*, 11 déc. 2003, n° 247, pp. 4-13.

◆ **JADAUD (B.)**

-« Enfant à charge et fiscalité », 1^{ère} partie : *JCP éd. N.* 2001, pp. 1476-1479.

-« Enfant à charge et fiscalité », 2^{ème} partie : *JCP éd. N.* 2001, pp. 1520-1527.

- « Enfant à charge, divorce et fiscalité » : *JCP éd. N.* 29 nov. 2002, 1661, pp. 1670-1675.
- ◆ **LAOUEANAN (O.)**
 - « Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002 » : *JCP éd. G.* 2003, I, 149.
 - ◆ **LASSERRE-KIESOW (V.)**
 - « La garde et la responsabilité du fait d'autrui sur le fondement de l'article 1384 alinéas 1 ou 4 du Code civil » : *Petites affiches*, 11 oct. 2001, n° 203, pp. 12-19.
 - ◆ **LAYDU (J.-B.)**
 - « Vers une nouvelle simplification de la responsabilité des père et mère ? », ss Cass. Ass. plén., 13 déc. 2002 (2 arrêts) : *Petites affiches*, 18 av. 2003, n° 78, pp. 16-20.
 - ◆ **LEMOULAND (J.- J.)**
 - « La résidence alternée, 18 mois plus tard » : *RJPF* 2003-9/11, pp. 6-11.
 - ◆ **LIENHARD (C.)**
 - « L'avocat et la résidence alternée » : *AJ fam.* 2001, n°2, pp. 49-50.
 - « Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale » : *AJ fam.* 2002, n° 4, pp. 128-132.
 - ◆ **LIPINSKI (P.)**
 - Note ss Cass. 1^{re} civ.*, 25 fév. 2003 : *JCP éd. G.* 2003, II, 10124.
 - ◆ **MAUGER-VIELPEAU (L.)**
 - Obs. ss Cass. crim.* 29 oct. 2002 : *D.* 2003, pp. 2112-2116.
 - ◆ **MONÉGER (F.)**
 - « La relation de charge dans les prestations familiales » : *RD sanit. soc.* 1994, pp. 613-620.
 - ◆ **MONVILLE (J.)**
 - « Les conséquences fiscales du divorce » : *RJPF* 1999-2/11, pp. 6-8.
 - ◆ **MULON-MONTÉLAN (E.)**
 - « La nouvelle autorité parentale » : *RJPF* 2002-4/12, pp. 6-9.
 - ◆ **MURAT (P.)**
 - Obs. ss Ord. JAF Aix-en-Provence*, 23 janv. 2003 : *Dr. famille* 2003, n° 5, comm. n° 60.
 - ◆ **LOUDIN (F.)**
 - Obs. ss Lyon*, 4 juin 2002 - Paris, 4 juill. 2002 - Riom, 25 juin 2002 - Paris, 11 juill.

2002 : *Dr. famille* janv. 2003, pp. 19-22.

◆ **POMARÈDE (M.- H.)**

-« Le volet autorité parentale vu par un juge aux affaires familiales » : *AJ fam.* 2002, n° 4, pp. 131-132.

◆ **PONSEILLE (A.)**

-« Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant mineur » : *RTD civ.* 2003, pp. 645-668.

◆ **PONTON-GRILLET (D.)**

-« La famille et le droit fiscal » : *D.* 1987, pp. 125-130.

◆ **POUSSON-PETIT (J.)**

-« L'enfant, la mère et la question du père » : *Petites affiches*, 28 fév. 2001, n° 42, pp. 9-11.

◆ **PRÉTOT (X.)**

-« Quelle famille est prise en compte dans notre système de protection sociale ? » : *RD sanit. soc.* 1991, pp. 482-492.

◆ **PROUTIERE-MAULION (G.)**

-« La notion de cohabitation dans la responsabilité des père et mère » : *Petites affiches*, 26 sept. 2002, n° 193, pp. 6-14.

◆ **REBOURG (M.)**

-« La notion d'enfant à charge dans les familles recomposées » : *RD sanit. soc.* 1998, pp. 402-415.

◆ **REYNAUD (P.)**

-« Responsabilité des père et mère et résidence alternée » : *AJ fam.* 2002, n° 4, pp. 133-135.

◆ **ROUAST (A.)**

-« La sécurité sociale et le droit de la famille » : in *Mélanges RIPERT*, pp. 346-361, *Le droit privé français au milieu du XXè siècle, études offertes à Georges RIPERT*, t. 1 : Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, pp. 554.

◆ **SCHMITT (T.)**

-« Résidence alternée et quotient familial » : *AJ fam.* 2003, n°1, pp. 23-26.

◆ **THIZON (M.)**

- « Pour améliorer encore la coparentalité » : *AJ fam.* 2003, n° 9, pp. 302-304.
- ◆ **VAVILLÉ (F.)**
-« Du principe de coparentalité » : *Petites affiches*, 18 oct. 2002, n° 209, pp. 4-11.
 - ◆ **VIAUX (J.-L.)**
-« Fonction et fiction du juridique : l'autorité parentale après la loi du 4 mars 2002 », vision d'un professeur en psychopathologie : *AJ fam.* 2003, n° 9, pp. 293-296.
 - ◆ **ZEIDENBERG (S.)**
-« A la recherche de la source de la responsabilité parentale » : *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* 2001, n° 4/1, pp. 1351-1368.
 - ◆ X, « Les conséquences fiscales de la résidence alternée » : *RJPF* 2002-7-8/6, p. 5.
 - ◆ X, « L'enfant à charge en droit social et en droit fiscal après la réforme de l'autorité parentale du 4 mars 2002 » : *RD sanit. soc.* 2003, n°3, p. 485.
 - ◆ X, « Le rôle du juge aux affaires familiales : un entretien avec Danièle Galancia » : *AJ fam.* 2001, n°2, p. 43.

V- JURISPRUDENCE

1- Décisions rendues par la Cour de cassation

- ◆ **Cass. 2^{ème} civ., 21 mars 1983** : *Bull. civ.* II, n° 86, p. 58 ; *Defrénois* 1983, art. 33174, pp. 1497-1499 ; *D.* 1984, pp. 53-56, *note* MOUSSA (T.) ; *JCP éd. G.* 1984, II, 20163, *note* DEKEUWER (A.) ; *RTD civ.* 1984, pp. 91-109, *note* NERSON (R.) et RUBELIN-DEVICHI (J.).
- ◆ **Cass. 2^{ème} civ., 2 mai 1984** : *Bull. civ.* II, n° 78, p. 57 ; *Defrénois* 1985, art. 33477, p. 328, *obs.* MASSIP (J.) ; *JCP éd. G.* 1985, II, 20412, *obs.* DEKEUWER (A.) ; *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 59, *note* MASSIP (J.) ; *RTD civ.* 1984, 691, *obs.* NERSON (R.), RUBELIN-DEVICHI (J.).
- ◆ **Cass. soc., 11 janv. 1989** : *JCP* 1989, IV, 93.
- ◆ **Cass. 2^{ème} civ., 19 fév. 1997, arrêt Bertrand** : *Bull. civ.* II, n° 56 ; *JCP éd. G.* 1997, II, 22848, *concl.* KESSOUS (R.), *note* VINEY (G.) ; *D.* 1997, 265, *note* JOURDAIN (P.) ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, 572, *note* CHABAS (F.) ; *Dr. famille* 1997, n° 83, *note* MURAT (P.) (1^{re} espèce) ; *Petites affiches*, 15 sept. 1997, *note* LEBRETON.
- ◆ **Cass. 2^{ème} civ., 19 fév. 1997, arrêt SAMDA** : *Bull. civ.* II, n° 55 ; *Petites affiches* 29 déc.

1997, n° 156, pp. 12-14, *note* DAGORNE-LABBE (Y.) ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, 575, *note* CHABAS (F.) ; *Dr. famille* 1997, n° 97, *note* MURAT (P.) ; *RTD civ.* 1997, 670, *obs.* JOURDAIN (P.).

◆ **Cass. 2^{ème} civ., 3 déc. 1997** : *Bull. civ.* II, n° 295 ; *Defrénois* 1998, 1388, *note* MASSIP (J.) ; *JCP* 1998, II, 10077, *note* GARÉ (T.) ; *D.* 1998, 441, *note* EVERAERT-DUMONT (D.) ; *Dr. famille* 1998, n° 65, *note* LÉCUYER (H.).

◆ **Cass. 2^{ème} civ., 15 av. 1999** : *Dr. famille* 2000, comm. n° 38, *note* OUDIN (F.).

◆ **Cass. soc., 28 oct. 1999** : *JCP* 1999, IV, 3064 ; *RD sanit. soc.* 2000, 155, *obs.* MONÈGER (F.).

◆ **Cass. 2^{ème} civ., 20 janv. et 9 mars 2000** : *Bull. civ.* II, n° 14 ; *Petites affiches* 2000, n° 224, pp. 16-17 ; *JCP éd. G.* 2000, II, 10374, comm. GOUTTENOIRE-CORNUT (A.) ; *RJPF* 2000, 4/38, *note* CHABAS (F.).

2- Décisions rendues par les juridictions civiles du fonds

◆ **Lyon, 5 oct. 1993** : *JCP éd. G.* 1994, II, 22231.

◆ **Paris, 10 fév. 1999** : *JCP* 1999, II, 10170, *note* GARÉ (T.).

◆ **Paris, 16 déc. 1999** : *Juris-Data* n° 1999-106943.

◆ **Paris, 20 janv. 2000** : *Juris-Data* n° 2000-112334.

◆ **Toulouse, 2 mai 2000** : *Petites affiches*, 3 juill. 2001, n° 131, pp. 26-31, *note* BIGOT (A.).

◆ **Paris, 1^{er} mars 2001** : *Juris-Data* n° 2001-137974.

◆ **Paris, 28 mars 2002** : *AJ fam.* 2002, n° 6, pp. 221, *obs.* S. D.-B.

◆ **Paris, 3 mai 2002** : *Juris-Data* n° 2002-176422.

◆ **Lyon, 4 juin 2002** : *Dr. famille* 2003, n°2, p. 19, *obs.* OUDIN (F.).

◆ **Riom, 25 juin 2002** : *Dr. famille* 2003, n°2, p. 21, *obs.* OUDIN (F.).

◆ **Nîmes, 3 juillet 2002** : *AJ fam.* 2002, n° 10, pp. 339-340.

◆ **Paris, 4 juillet 2002** : *Dr. famille* 2003, n°2, p. 20, *obs.* OUDIN (F.).

◆ **Paris, 11 juill. 2002** : *Dr. famille* 2003, n°2, *obs.* OUDIN (F.).

◆ **Ord. JAF Aix-en -Provence, 23 janvier 2003** : *Dr. famille* 2003, n° 5, comm. n° 60, *obs.* MURAT (P.).

◆ **Bordeaux, 26 mars 2003** : *Juris-Data* n° 2003-205940.

- ◆ **Paris, 24 av. 2003** : *RD sanit. soc.* 2003, note MONÉGER (F.), pp. 483-484.

3- Décisions rendues par les juridictions administratives

- ◆ **CE, 9 mars 1957** : *RJF* 6/1957, p. 294.
- ◆ **CE sect., 11 mars 1977, n° 3797** : *rec. Lebon* p. 138 ; *RJF* n° 191.
- ◆ **CE, 16 nov. 1998, n°151208, Cantegreil** : *RJF* 11/98, n° 1250, concl. Lolum.
- ◆ **CE avis, 14 juin 2002, n° 241036, Mme Mouthe** : *RJF* 2002, n° 893, p. 657.
- ◆ **CAA Lyon, 29 nov. 2001, n° 97-1924, Mme Mouthe** : *Dr. fisc.* 2002, n° 13, comm. n° 263, concl. BONNET (A.) ; *Petites affiches* 14 juin 2002, n° 119, p. 15 ; *RJF* 4/2002, n° 360, pp. 298-299.
- ◆ **TA Lyon, 2 juill. 2002, n° 98-1787, Fornasier-Doitrand** : *RJF* 11/2002, n° 1206, pp. 869-870.

VI- SITES INTERNET

- ◆ www.assemblee-nationale.fr
- ◆ www.impots.gouv.fr
- ◆ www.legifrance.gouv.fr
- ◆ www.questions.assemblee-nationale.fr

LISTE DES ANNEXES TELECHARGEABLES

Ces annexes sont téléchargeables à partir de la page de chargement de ce mémoire (<http://edoctore74.univ-lille2.fr/246.0.html>) sous la forme d'un archive « .zip. »

- ◆ **Annexe 1** : Note du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice du 26 août 2003, p. 1, 4 et 5.
- ◆ **Annexe 2** : Bulletin officiel des impôts du 20 janvier 2004, p. 28, déclaration des parents dont l'enfant est en résidence alternée, attestant que la charge d'entretien et d'éducation est supportée à titre principal par l'un d'eux.
- ◆ **Annexe 3** : Bulletin officiel des impôts du 20 janvier 2004, p. 29, déclaration des parents attestant que la charge d'entretien de leur enfant est également partagée entre eux alors qu'aux termes de la décision judiciaire ou de la convention des parties, celui-ci est réputé résider à titre habituel au domicile de l'un d'entre eux.
- ◆ **Annexe 4** : Motivation type en cas de résidence alternée au tribunal de grande instance de Douai par les juges aux affaires familiales.
- ◆ **Annexe 5** : Autorité parentale : formules et clauses, LIENHARD (C.), *AJ fam.* 2003, n° 9, p. 305-306.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	2
INTRODUCTION.....	3
CHAPITRE I : LA GESTION MÉTHODIQUE DES CONSÉQUENCES FINANCIÈRES DE LA RÉSIDENCE ALTERNÉE.....	19
Section I : La répartition envisagée des avantages fiscaux.....	19
I- La répartition de l'avantage du quotient familial.....	20
A- L'intervention initiatique du Conseil d'Etat.....	20
B- L'intervention rectificative du législateur.....	25
II- La répartition des autres avantages fiscaux.....	28
A- La déduction des pensions alimentaires.....	29
B- L'attribution des autres dispositions fiscales.....	31
Section II : La répartition envisageable de la responsabilité civile des parents.....	35
I- La mise en œuvre de la responsabilité parentale.....	34
A- Les incidences sur la condition de	

cohabitation.....	35
B- Les incidences sur la nature de la responsabilité parentale.....	38
II- L'obligation à la dette des parents.....	40
A-La condamnation des parents.....	41
B-Le droit à réparation de la victime.....	44

CHAPITRE II : LA GESTION PRAGMATIQUE DES CONSÉQUENCES FINANCIÈRES DE LA RÉSIDENCE ALTERNÉE.....47

Section I : La recherche d'un règlement consensuel des conséquences financières...47

I- La prééminence des accords parentaux.....	48
A- Le contenu des accords parentaux.....	48
B- Le contrôle de l'initiative parentale.....	52
II- L'opposabilité aux tiers.....	55
A- La valeur des accords.....	55
B- Les moyens à la disposition des tiers.....	59

Section II : La recherche d'un règlement judiciaire des conséquences financières....64

I- L'intervention initiale du juge aux affaires familiales.....	65
---	----

A- La fixation des modalités financières.....	65
B- La fixation de la pension alimentaire.....	65
C- L'émergence de nouveaux pôles financiers.....	70
 B- L'opposabilité aux tiers.....	72
 II- Le règlement des conflits parentaux.....	74
A- Le recours principal à l'action récursoire.....	74
B- Le recours subsidiaire au droit commun.....	77
 CONCLUSION.....	79
 BIBLIOGRAPHIE.....	81
 LISTE DES ANNEXES TELECHARGEABLES.....	93
 TABLE DES MATIÈRES.....	94