



**L'enfant étranger et les prestations familiales
La lutte juridique pour le droit aux prestations familiales
des enfants entrés hors du regroupement familial**

**Actes du séminaire de réflexion du 28 mai 2011
et perspectives 2012**

Edition 2012

L'enfant étranger et les prestations familiales

I/ Introduction	3
1/ Une lutte de longue haleine	3
<i>Jean-Claude Loos (Président du CATRED)</i>	
2/ Le droit des enfants étrangers aux prestations familiales: éléments fondamentaux du débat	4
<i>Jean-Philippe Lhernould (Professeur de droit à l'Université de Poitiers)</i>	
II/ Constats et analyses	7
1/ Quelques mots à propos de l'origine des restrictions actuelles aux prestations familiales	7
<i>Patrick Mony, président de l'AFVS, membre fondateur du CATRED, ancien directeur du GISTI.</i>	
2/ Constats et analyses: l'expérience du CATRED	10
<i>Pierre Rogel, chargé de projets au CATRED</i>	
3/ L'expérience de la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE)	17
<i>Anne du Quennec, juriste à la HALDE</i>	
4/ Le « regard du juge »	22
<i>Patrick Henriot, substitut général à la Cour d'appel de Paris</i>	
III/ Perspectives	29
Table ronde : « Pratiques juridiques et contraintes politiques : quelles stratégies pour les acteurs »?	29
<i>Animée par Antoine Math (secrétaire général du CATRED et co-animateur du groupe de travail sur le droit à la protection sociale des étrangers et précaires).</i>	
1/ A propos de l'audience de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, du 20 mai 2011	29
<i>Anne du Quennec, juriste à la HALDE.</i>	
2/ Les difficultés rencontrées par les travailleurs sociaux dans l'accès aux droits	32
<i>Muriel Bombardi, travailleuse sociale, membre du CATRED.</i>	
3/ Le témoignage d'un usager de la CAF	32
<i>Monsieur A.</i>	
4/ Le rôle clé des travailleurs sociaux dans l'accès aux droits	33
<i>Antoine Math, secrétaire général du CATRED.</i>	
5/ L'utilisation des conventions internationales pour le droit aux prestations familiales: expériences et perspectives	34
<i>Hélène Gacon, avocate au barreau de Paris.</i>	
6/ Expérience et réflexion d'une avocate confrontée aux refus des prestations	38
<i>Geneviève Afoua-Geay, avocate au barreau du Val de Marne.</i>	
IV/ Quelle perspective après les décisions de la Cour de cassation du 3 juin 2011?	
Lutte pour l'égalité des droits, textes internationaux et résistance des cours d'appel	41
<i>Lola Isidro, membre du CATRED</i>	
V/ Bibliographie indicative	43

I/ Introduction

1/ Une lutte de longue haleine

Jean-Claude Loos (Président du CATRED)

Cette introduction a été revue consécutivement aux développements intervenus depuis la tenue du séminaire le 28 mai 2011.

Les enfants étrangers, entrés en France en dehors de la procédure du regroupement familial, sont exclus des prestations familiales.

Cette restriction a été introduite par le législateur en 1986 dans un contexte de volonté de restreindre les droits des étrangers et de subordonner la politique sociale à la police de l'immigration.

Pour les milliers de familles concernées, des associations, parmi lesquelles le CATRED, ont introduit dès les années 1990 des recours contre ce qui constitue une discrimination contraire à des textes internationaux ratifiés par la France.

Sur ce fondement, de nombreux juges ont ainsi accordé les prestations familiales.

Ce mouvement s'est particulièrement accéléré lorsque la Cour de cassation, en Assemblée plénière, a considéré en 2004 que la restriction constituait une discrimination contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le gouvernement a toutefois refusé de reconnaître pleinement la jurisprudence de la Cour de cassation pourtant confirmée plusieurs fois.

Pour autant, d'autres autorités, comme la Défenseure des droits des enfants et la HALDE, ont demandé la fin de telles discriminations et des centaines de familles, soutenues par des associations, ont vu leur droit aux prestations reconnues par les nombreux tribunaux des affaires de sécurité sociale (TASS) et les cours d'appel.

En dépit de ces évolutions, l'administration a continué à refuser les prestations familiales s'appuyant en cela sur de nouveaux textes législatifs et réglementaires, adoptés en 2005 et 2006, lesquels sont venus confirmer le principe d'une exclusion des prestations familiales (tout en levant l'obstacle à une petite minorité d'entre eux).

La pression du gouvernement et des CAF a conduit la Cour de cassation à renverser sa jurisprudence. D'abord en avril 2010, à travers une décision isolée de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation, puis le 3 juin 2011 par deux décisions prises en Assemblée plénière.

Le CATRED, qui a aidé plusieurs centaines de familles à obtenir leurs droits ces dernières années en saisissant les juridictions compétentes et en assistant, dans la mesure du possible, les intéressés devant les tribunaux ou cours d'appel, a proposé, à la veille de ces deux décisions défavorables, un séminaire de réflexion sur cette question.

Rassemblant différents points de vue, cette rencontre a permis d'établir un constat et d'envisager les perspectives à venir.

Ces réflexions s'avèrent plus que jamais utiles et d'actualité à la suite des décisions défavorables de la Cour de cassation.

La réflexion et l'action sont aujourd'hui toujours nécessaires.

2/ Le droit des enfants étrangers aux prestations familiales: éléments fondamentaux du débat

Jean-Philippe Lhernould, Professeur de droit, Université de Poitiers

Au-delà de l'arrêt de l'assemblée plénière du 3 juin 2011, il convient de revenir sur les fondamentaux du droit des ressortissants étrangers aux prestations sociales et, parmi elles, familiales.

Sur le plan du droit, la question des conditions d'attribution des prestations familiales aux enfants étrangers relève de deux terrains : celui des discriminations et celui des libertés fondamentales. Ces deux terrains ne sont pas étanches.

Sur le terrain des discriminations, l'enjeu est de savoir si les enfants étrangers sont dans une situation comparable à celle d'autres enfants dont la situation ouvre droit aux prestations familiales. On ne peut en effet évoquer les discriminations sans faire de comparaison. Toute la difficulté réside dans les termes de la comparaison. Faut-il comparer l'enfant étranger à l'enfant français? L'enfant étranger issu de parents étrangers à l'enfant étranger de parents français ou de parents européens? Et dans quelle mesure la comparaison doit-elle incorporer l'élément de régularité ou d'irrégularité du séjour du/des parents?

La comparaison ne peut pas être établie de manière abstraite; elle doit se faire en relation avec la nature de la prestation familiale en cause, ce qui renvoie à des questions complexes concernant la cause de la prestation, son/ses objectifs, etc.

Sur le terrain des libertés fondamentales. C'est un terrain séduisant qui prend surtout appui sur les traités internationaux. Le droit à la vie privée et familiale, le droit à la santé, le droit à l'éducation ou encore la liberté d'aller et venir sont susceptibles d'être en lien avec les conditions d'accès aux prestations familiales des enfants étrangers. L'application des traités internationaux invite également à s'interroger sur l'essence des prestations familiales en droit français. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a-t-elle pas bâti une jurisprudence protectrice des étrangers en considérant les prestations sociales comme des droits entrant dans le patrimoine des bénéficiaires?

Pour aborder de manière complète le statut des enfants étrangers en matière de prestations familiales, il faudrait ajouter un troisième angle d'approche : quel sens le droit français donne-t-il au droit au séjour? A quelle réalité juridique et sociale correspond un titre de séjour?

Pour revenir au questionnement sur l'essence et la nature des prestations familiales, l'on peut s'essayer à apporter quelques éléments de réponse sur les bases d'une classification des prestations sociales en France. En substance, il existe trois catégories de prestations sociales:

1. Les prestations contributives. Ce sont les prestations versées à des personnes lorsque ces dernières ont contribué au préalable, généralement sous la forme de cotisations. Il s'agit en particulier des pensions de vieillesse calculées en fonction des périodes d'assurance.

Selon l'approche contributive, la condition de nationalité n'a pas de sens. Il n'y a aucune raison à ce qu'un étranger et un Français soient considérés comme étant dans une situation différente au regard de ce type de prestation. On peut affirmer que pour liquider leur pension de vieillesse, l'étranger et le Français sont placés dans une situation comparable.

De même, la régularité du séjour aussi bien que le lieu de résidence sont indifférents.

Le droit des étrangers doit s'incliner devant une logique qui lui est supérieure. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il y aurait d'ailleurs violation d'un droit fondamental, celui du droit au respect des biens, à priver une personne de prestations qu'elle a acquises par son assurance sociale, au seul motif qu'elle n'est pas française.

2. Les prestations d'assistance. Ces prestations ont pour objectif d'aider les personnes dans le besoin. Le critère principal d'attribution est la condition de ressources. Une personne a droit à ces prestations si ses ressources sont inférieures à un plafond légalement et objectivement défini. Ces prestations, non contributives, sont l'expression d'une solidarité de la communauté. L'enjeu consiste alors à définir le périmètre de la solidarité communautaire, ce qui oblige à interroger la nature des prestations visées.

On peut ici faire une comparaison rapide avec le droit de l'Union européenne, où l'on observe un glissement du critère de la nationalité vers celui de l'intégration sociale aux fins d'apprécier si un droit à prestation est ouvert. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) considère le critère de la nationalité comme tabou, tandis qu'elle est de plus en plus sensible à celui de l'intégration sociale. Elle admet ainsi qu'un Etat puisse subordonner le versement d'une prestation non contributive au fait que le demandeur entretienne un lien suffisant d'intégration dans le pays.

Comment constater cette intégration?

Dès lors que la logique est de satisfaire un besoin primaire, l'intégration sociale doit prévaloir sur l'intégration administrative. Autrement dit, les prestations d'assistance devraient être attribuées aux personnes (françaises ou étrangères) présentes de manière stable sur le territoire français, peu importe qu'elles soient en situation régulière ou pas. L'exigence d'une condition de régularité de séjour ou de titre de séjour n'est en effet pas en cohérence avec l'objectif sous-tendant les prestations d'assistance. La logique financière (les contraintes budgétaires), invoquée pour limiter le droit aux prestations d'assistance à l'égard des étrangers, n'a pas non plus sa place, d'autant moins qu'est en jeu la dignité de la personne et son droit à vivre dans des conditions décentes.

Il est possible à ce stade de faire le parallèle avec la prise en charge des soins de santé : les personnes en situation irrégulière n'ont pas accès à l'assurance maladie mais elles ont droit à l'aide médicale d'État (AME) sous condition, notamment, de résidence stable. Cette solution peut s'expliquer par le fait que l'accès aux soins est un droit fondamental reconnu aux personnes qui entretiennent des liens suffisamment étroits avec la France. Si l'on considère que les prestations familiales ont, au moins pour certaines d'entre elles, également pour fonction de satisfaire des besoins élémentaires, le critère de l'intégration sociale devrait prévaloir.

3. Les prestations reposant sur une logique universelle. À l'image des allocations familiales françaises, il s'agit de prestations versées à tous les résidents, indépendamment du niveau de leurs ressources. De telles prestations sont donc étroitement liées au fait d'appartenir à une communauté. L'approche universelle s'explique de différentes manières. C'est d'abord le besoin de légitimer la protection sociale auprès de toute la communauté: toute personne qui contribue au bien-être collectif, en payant des cotisations sociales et des impôts de toute nature, est légitime à recevoir une contrepartie individuelle, même si elle est symbolique au regard de sa capacité contributive. C'est indirectement une manière d'obtenir l'adhésion de tous les membres de la communauté au système de redistribution en place. Le fait que les allocations familiales s'inscrivent dans une politique d'encouragement à la natalité qui dépasse la question de la capacité financière des familles est une autre raison de l'approche universelle des allocations familiales.

Evoquer la portée universelle de certaines prestations conduit à déterminer le périmètre de la communauté concernée. Qui entre dans cette universalité? Observons à ce sujet que les allocations familiales sont au carrefour de divers droits fondamentaux: la santé, l'éducation, la capacité de la famille à vivre ensemble, le droit au respect des biens et plus généralement le droit à la privée et familiale. Par conséquent, toute personne appartenant à la communauté

est en droit de recevoir les allocations familiales, parce qu'elles sont l'accessoire de droits fondamentaux. Faut-il exclure de cette communauté des personnes en raison de leur nationalité ou de la régularité de leur séjour? A notre sens non, puisque les droits fondamentaux sont liés à l'individu et sont indifférents du statut civil ou administratif. Le critère de l'intégration sociale paraît nettement préférable pour définir la communauté en cause.

Quelques mots de conclusion:

Si les enfants étrangers n'ouvrent pas droit aux prestations familiales, c'est en raison de considérations financières mais surtout pour décourager les ressortissants étrangers de venir ou de rester en France.

Les arguments sanitaires, évoqués de manière inattendue dans l'arrêt de la deuxième chambre civile du 15 avril 2010, n'ont jamais été une cause du traitement réservé aux enfants étrangers.

Certes, l'équilibre des comptes financiers des branches de sécurité sociale est une préoccupation qui a valeur constitutionnelle; certes, aussi, un pays est en droit de mener de manière souveraine une politique à l'égard des ressortissants étrangers.

Toutefois, les droits fondamentaux des personnes obligent à s'assurer de la cohérence des mesures de restriction prises vis-à-vis des demandeurs aux prestations familiales et de leur proportionnalité aux buts recherchés.

Pour parvenir à cela, le critère de l'intégration sociale paraît à cet égard beaucoup plus adapté que celui de la nationalité/régularité du séjour, lequel apparaît inapproprié et excessif.

L'emploi du critère d'intégration sociale permettrait d'éviter des discriminations selon la nationalité ou selon le statut en matière de droit de séjour et ainsi de garantir les droits fondamentaux, conformément aux engagements internationaux. Il serait aussi en harmonie avec l'*ultima ratio* des prestations familiales.

II/ Constats et analyses

1/ Quelques mots à propos de l'origine des restrictions actuelles aux prestations familiales

Patrick Mony, président de l'AFVS, membre fondateur du CATRED, ancien directeur du GISTI

Ami de longue date du CATRED, engagé avec passion dans la défense des droits sociaux des étrangers, en particulier au GISTI, je suis très impressionné de présider cette première partie, devant un public aussi nombreux et compétent.

Auparavant, je voudrais rappeler certains points sur l'origine des mesures ayant conduit à limiter les prestations sociales, et en particulier les prestations familiales, à l'égard des résidents étrangers.

L'exclusion des étrangers en situation irrégulière de l'accès aux prestations familiales, mais également l'exclusion des enfants entrés en dehors de la procédure du regroupement familial, même lorsque les parents résident régulièrement en France, sont des mesures qui ont été décidées dans le cadre la loi « Barzach » du 29 décembre 1986, du nom de la Ministre des affaires sociales (Michèle Barzach) du gouvernement de l'époque, dont Jacques Chirac était le Premier ministre. Ces mesures trouvent cependant leurs origines bien antérieurement.

J'ai retrouvé un rapport de l'école nationale d'administration (ENA) de juillet 1984, réalisé par un groupe de travail animé par M. Christian Nguyen, membre du cabinet de la ministre socialiste Georgina Dufoix, et présidé par Gilles Johanet, qui avait été conseiller social du Premier ministre Pierre Mauroy (1981-1984) et qui était alors président de la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM)¹.

Ce rapport s'intitule **Les immigrés et la protection sociale**. Le groupe de travail y faisait des propositions en matière de droits sociaux et de contrôle de l'immigration. Des passages sont à cet égard fort éclairants.

Dans une partie intitulée « **III. Interdire aux étrangers en situation irrégulière l'accès au système de protection sociale** » (page 59) un passage commence ainsi :

« (...) On trouvera ci-dessous les grandes lignes des mesures qui pourraient être prises afin d'interdire aux étrangers en situation irrégulière l'accès à la protection sociale française. En tout état de cause, ne seraient concernés, tout au moins pour l'assurance maladie et vieillesse, que les affiliations nouvelles. (...) Le 'verrouillage' du système de protection sociale est susceptible d'exercer un fort effet dissuasif sur les flux irréguliers, tant par l'effet d'annonce qu'il provoquera que par son influence concrète sur la situation des intéressés» (page 61).

1- Gilles Johanet est un haut fonctionnaire français, spécialiste des secteurs de la santé, de tendance libérale. Il entre à la Cour des comptes en 1977. Il est directeur de cabinet de Georgina Dufoix au secrétariat d'État à la Famille dans le gouvernement socialiste, en 1981-1983. Il est ensuite chargé de mission pour les questions de santé, maladie et retraite auprès de Pierre Mauroy, en 1983-84. Il est nommé à la tête de la CNAMTS en 1989-1993 et de juillet 1998 à février 2002. Tout comme d'autres personnes ayant eu des responsabilités dans le système de soins solidaire, il recommande la mise en concurrence du secteur de la santé, annonçant même en 1999 l'effondrement du système de Sécurité sociale français dans les trois ans. Il occupe également le poste de conseiller maître à la Cour des comptes. Directeur général adjoint jusqu'en 2006, à la tête de la branche santé et assurances collectives de l'assureur privé AGF, il propose en avril 2006 une réduction de la cotisation à l'assurance santé maison contre des preuves d'achat du yaourt *Danacol*TM de Danone, et une complémentaire santé dite *Excellence santé* à 12000 € par an et par personne, donnant accès aux meilleurs médecins de France. Un réseau de 200 médecins, dont Pierre Godeau, président de l'Institut Servier, est déjà constitué. Les soins plus lourds (comme la chirurgie) restent à la charge de la Sécurité sociale. Face au tollé général, le projet ne verra jamais le jour. Il quitte AGF devenu Allianz en 2007 et retourne à la Cour des Comptes. Source: Wikipedia

Le rapport contient toutes les mesures mises en œuvre ultérieurement, notamment par le Ministre Charles Pasqua en 1993. Ce dernier avait d'ailleurs dit à leur propos qu'il ne faisait que mettre en œuvre et légaliser les pratiques de ses prédécesseurs.

S'agissant des enfants, le rapport propose ainsi d'« **Instituer une attestation de régularité de séjour des enfants étrangers** ». « Dans le cadre de la procédure du regroupement familial, les préfetures connaissent, et gardent dans leurs fichiers, les noms des enfants admis à séjourner en France. L'attestation, qui serait remise aux chefs de familles étrangères en France, prouverait la régularité de la présence des enfants vis-à-vis de la législation du regroupement familial. (...) Ce document rend possible l'interdiction aux étrangers en situation irrégulière d'être assurés ou ayants droit de l'assurance maladie, de bénéficier des allocations familiales, et d'accéder à l'aide sociale. C'est une pièce essentielle de la lutte contre les regroupements familiaux par le fait accompli. » (pages 61-62).

A propos des prestations familiales, le rapport fait la proposition de « Soumettre l'octroi des prestations familiales à la régularité du séjour des enfants bénéficiaires ». Il s'agit d'« empêcher l'accès aux prestations familiales en cas de regroupement familial de fait. (...) La Direction de la population et des migrations évalue à 10000 le nombre de familles dont la présence est irrégulière, ce qui représente 30000 enfants. Si l'on considère que 75 % bénéficient des prestations familiales, le gain généré par la mesure s'évalue, à partir des chiffres extraits de l'annexe 2.3, à environ 230 millions de Francs par an. »

ECOLE NATIONALE
D'ADMINISTRATION

Promotion Léonard de Vinci

SEMINAIRES

VOIE D'ADMINISTRATION ECONOMIQUE

IMMIGRATION

Groupe 7 : Les immigrés et la protection sociale

Rapport présenté par :

M. DUBOIS Christian
M. DUPIN Philippe
Mme MILOVANOVIC Gillian
M. ORY-LAVOLLEE Bruno
M. PRACHE Guillaume
M. SEKELY Jean-Pierre
M. VAN DER WERFF Johan
M. de WARENGHEN de FLORY
M. Anbury
M. WASTABLE Jean-Claude

Groupe animé par :

M. NGUYEN Christian

La coordination des travaux des différents groupes a été assurée par Gilles JOHANET

(Juillet 1984)

Les rapports sont présentés collectivement au TNSA. Ils se trouvent en même temps que les copies en même temps que les documents accompagnés, déposés de l'Etat. Il est par ailleurs possible de les consulter dans le magasin de l'Etat.

S'agissant des prestations familiales, ces mesures ont donc finalement été adoptées en 1986 et mises en œuvre le 1^{er} avril 1987. La logique sous-jacente était une logique de dissuasion de l'immigration irrégulière davantage qu'une logique d'économie budgétaire, me semble-t-il. En ce sens, Georgina Dufoix, la ministre des affaires sociales, avait supprimé le droit au regroupement familial sur place. La limitation de l'octroi des prestations familiales s'inscrivait donc dans la continuité, dans une logique de contrôle et de limitation de l'immigration.

Globalement, ce qui est frappant, c'est l'utilisation constante, depuis les années 1980, des droits sociaux et de leur restriction comme moyen de contrôle de l'immigration et de dissuasion de l'immigration clandestine. Et ce, tant au niveau de l'assurance maladie que des prestations de vieillesse ou des prestations familiales. Ce rapport le dit textuellement. Il explique beaucoup de mesures que nous essayons, aujourd'hui, au nom des libertés fondamentales, de contester par le droit.

Après ces quelques mots d'introduction historique, je passe la parole à Pierre Rogel, chargé de projets au CATRED, qui pourra nous expliquer les difficultés que vivent au quotidien les familles et les associations, comme le CATRED, qui les soutiennent pour faire reconnaître leurs droits.

2/ Constats et analyses: l'expérience du CATRED

Pierre Rogel, chargé de projets au CATRED

Si le CATRED est là, aujourd'hui, c'est parce qu'il est à l'initiative d'un séminaire dont le sujet traverse depuis plusieurs années l'actualité juridique.

S'agissant du CATRED, c'est une actualité décennale qui, tout en légitimant son action, l'inscrit dans un mouvement paradoxal.

Alors même que le CATRED ne dispose pas, notamment sur ce sujet, d'un rayonnement et d'une reconnaissance publique éclatante, il jouit cependant d'une réputation de terrain, véhiculée parfois lapidairement par certains de ses partenaires, qui en fait la plateforme d'action vers laquelle les sollicitations relatives à la problématique de l'accès aux prestations familiales sont systématiquement réorientées.

Publicisation confidentielle, mais mobilisation essentielle: voilà deux caractéristiques de l'inscription du CATRED dans le champ de la problématique du jour qui, d'une part, légitiment le bien-fondé et la qualité de sa démarche puis, d'autre part, invitent à diffuser ses connaissances et son savoir-faire pour encourager une plus large réappropriation de cette problématique par l'ensemble des acteurs du champ de la protection sociale.

Ainsi, après avoir rapidement exposé ce que représente, au CATRED, la question de l'accès aux prestations familiales pour les enfants étrangers – et plus précisément, à mon sens, pour les enfants nés à l'étranger –, il conviendra de dévider l'écheveau d'un parcours semé d'embûches pour esquisser, par-delà le corpus juridique théorique pertinemment rappelé et explicité par d'autres intervenants du jour, une généalogie de l'accès aux prestations familiales (et à ses prestations connexes) en faveur des enfants nés à l'étranger.

1/ Panorama statistique et qualitatif de la problématique entre 2001 et 2011.

Evolution quantitative.

Durant les dix années écoulées, nous pouvons distinguer trois phases distinctes dans l'ampleur des sollicitations et de la prise en charge, par le CATRED, de l'accès aux prestations familiales. D'abord embryonnaire entre 2001 et 2003 (environ 2% des sollicitations), l'année 2004, marquée par un arrêt d'Assemblée Plénière du 16 avril 2004² et un autre arrêt de décembre 2004, représente un premier tournant, les sollicitations relatives à cette problématique passant à 11% de l'ensemble des sollicitations.

Ces arrêts de la Cour de Cassation ont ouvert une brèche et, pour certains allocataires de la CAF (Seine-Saint-Denis, Val de Marne notamment), ont facilité l'octroi des prestations, ces organismes ouvrant les droits sous réserve de justifier d'un DCEM (document de circulation pour étranger mineur) pour les enfants. Le bouche-à-oreille et la multiplication des situations ont concouru à accroître la part des sollicitations ayant trait à ce litige (émanant d'assistants sociaux CASVP, hospitaliers, scolaires, de la CAF, partenaires associatifs, etc.), pour représenter, courant 2005, près de 24% de l'ensemble des dossiers suivis.

L'adoption de la Loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 et son entrée en vigueur à compter du 1er janvier 2006 (via le décret n° 234 du 27 février 2006) ont modifié l'appréhension de ce contentieux, l'ensemble des CAF se saisissant de la nouvelle rédaction des dispositions des

2 - Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que « les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales ».

articles L.512-2, D.512-1 et D.512-2 du code de la Sécurité sociale (CSS) pour appliquer un examen disjoint de l'accès aux prestations familiales (avant et après le 1er janvier 2006).

Cette modification législative et ses conséquences en terme de pratiques administratives et judiciaires ont contribué à l'explosion des sollicitations à l'endroit du CATRED et de la prise en charge des dossiers (2006: 41%, 2007: 52%, 2008: 63%; 2009: 65%; 2010: 61%).

Sociologie des demandeurs.

A l'issue de l'exercice 2010, il ressort que les demandeurs sont de toute nationalité: 52% d'origine subsaharienne; 39% d'origine maghrébine; 5% d'Amérique du Sud (Equateur, Brésil, Colombie); 2% de communautaires (Hollande, Roumanie); 2% du Moyen-Orient.

Les demandeurs se décomposent suivant trois profils: couple avec enfants (certains nés à l'étranger, d'autres en France); famille monoparentale (mère célibataire isolée); l'un des parents avec un des enfants souffrant d'un handicap (nécessité de soins).

Nous verrons ultérieurement que tant l'origine nationale (et plus précisément géographique) que la nature de la composition familiale ont une incidence sur les pratiques administratives et donc l'accès aux droits.

Le CATRED et le contentieux: une assistance ponctuée de nombreux succès significatifs.

Dès 2001, le CATRED a engagé des recours contentieux auprès des juridictions compétentes pour faire valoir les droits de ses usagers à l'octroi et au versement des prestations concernées (Allocation Familiales, APJE puis PAJE, ASF, API, AES et ses compléments, ARS). Les refus étant alors opposés tant au regard de la situation administrative des attributaires, de la nationalité des enfants ou de la nature de leur entrée et de leur séjour sur le territoire français.

Le CATRED a également été en pointe sur la question de la rétroactivité du versement des prestations familiales en faveur de demandeurs s'étant vus reconnaître la qualité de "réfugiés" (jugement décisif rendu par le TASS de Paris en date du 4 décembre 2003, qui a été suivi de décisions jurisprudentielles de la Cour de Cassation).

L'argumentaire du CATRED, basé tant sur la codification interne que sur les dispositions internationales exposées plus tôt aujourd'hui (art. 8 et 14 de la CEDH combinés à l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à ladite Convention; art. 3-1 de la CIDE, etc.), a permis l'aboutissement de très nombreuses décisions favorables devant les juridictions sociales d'Ile-de-France (TASS et Cour d'Appel confondus). Ces succès judiciaires ont conduit au recouvrement de droits à hauteur de plusieurs centaines de milliers d'euros. Ce qui, au-delà de la lutte pour une égalité des droits effective, confère au CATRED un véritable rôle d' "amortisseur social".

L'année 2008 est également une année importante pour le CATRED qui, auprès de la Cour d'Appel de Paris, a fait reconnaître la prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant dicté par l'article 3-1 de la CIDE au terme de l'arrêt rendu le 15 mai 2008 qui argua que "*l'intérêt supérieur de l'enfant impose de garantir la continuité du droit quelle que soit la situation administrative de l'attributaire*". Depuis, plusieurs juridictions (TASS 93, TASS 94, certaines sections du TASS 75) ont rendu des jugements favorables aux demandeurs sur la base de l'article 3-1 de la CIDE.

Parallèlement, l'instauration de la loi du 19 décembre 2005 (ajout de l'alinéa 5° du L.512-2 du CSS) a complexifié les délibérés de certaines juridictions de premier degré (TASS 75, TASS 95) qui se sont mises à examiner les situations de fait sous l'empire des deux législations successives. Conduisant à l'ouverture de droit antérieurement au 31 décembre 2005, puis à leur suspension à compter du 1er janvier 2006.

Dans ces cas-là, sous la pression des arrêts favorables obtenus devant la Cour d'Appel de Paris, se référant aux attendus de l'arrêt d'Assemblée Plénière du 16 avril 2004, ces juridictions ont fini par ne plus opter pour cette instruction dichotomique.

A la lumière de ces changements législatifs, il est intéressant d'analyser l'évolution des jurisprudences des juridictions sociales et des pratiques des CAF:

1. TASS 75: Jugements favorables entre 2001 et 2004 (situation régulière du demandeur et DCEM); jugements favorables en 2005 (situation régulière du demandeur, quelle que soit la situation de l'enfant); entre 2006-avril 2009, jugements favorables avant le 31/12/2005 (Assemblée Plénière) et rejets en application de la Loi du 19/12/2005; Mai 2009: jugements favorables sur la base de l'Assemblée Plénière sauf une section.
2. TASS 93: Jugements favorables depuis 2001 (situation régulière du demandeur et DCEM jusqu'à 2004 puis pas) sur la base de l'arrêt d'Assemblée Plénière du 16 avril 2004, versement par la CAF 93 dès justification du DCEM jusqu'au 31/12/2005, pas d'appel; interruption des versements par la CAF 93 même avec un DCEM post-Loi du 19/12/2005.
3. TASS 94: Jugements favorables depuis 2001 (situation régulière du demandeur et DCEM jusqu'à 2004 puis pas) sur la base de l'Assemblée Plénière.
4. TASS 91: Jugements favorables jusqu'au 31/12/2005 (situation régulière du demandeur et DCEM jusqu'à 2004 puis pas); revirement depuis l'arrêt de la 2ème Chambre Civile de la Cour de Cassation du 15 avril 2010.
5. TASS 92: Jugements TASS défavorables jusqu'à juillet 2008, puis arrêt favorable CA de Versailles et revirement du TASS.
6. CA 75: Arrêts favorables sur la base des articles 8 et 14 de la CEDH et 3-1 de la CIDE jusqu'à l'arrêt de la 2ème Chambre Civile de la Cour de Cassation du 15 avril 2010.

Effectivement, courant 2010 (le 15 avril 2010), la 2ème Chambre Civile de la Cour de Cassation a rendu l'arrêt dont les attendus ont conduit, en partie, à l'organisation du présent séminaire. Cet arrêt est particulièrement significatif en ce qu'il introduit, pour la première fois, la notion de "*sauvegarde de la santé publique et de la santé de l'enfant*", préoccupation jamais avancée jusqu'à présent pas plus que constitutive de la codification interne, conférant au certificat médical de l'OFII (présenté là aussi comme une nouvelle exigence alors même qu'il était exigé depuis 1986) une qualité autre qu'administrative.

Or, ce souci soudain ne semble pas tenir factuellement, puisque, pour exemple, tout en se prévalant de cet objectif impérieux, la Cour de Cassation impose à un enfant reconnu handicapé, auquel les autorités policières ont reconnu le droit d'entrée et de séjour au regard de cet handicap, la justification d'un document dont le défaut le prive justement d'une prestation (AEEH et compléments) visant à atténuer et pallier la manifestation et les conséquences de son handicap.

Quoi qu'il en soit, depuis la notification de cet arrêt, plusieurs CAF et juridictions s'en sont saisis pour opérer un revirement de leur jurisprudence (CA 75, TASS 91, une section du TASS 75). D'autres lui résistent. Sans compter que les procédures en appel actuelles devant la Cour d'appel de Paris ne seront pas débattues avant le second semestre 2013.

Cet arrêt impose donc de maintenir un argumentaire fort basé sur les textes internationaux déjà évoqués et sur le questionnement de la conventionnalité des dispositions du Code de la Sécurité Sociale, tout en l'enrichissant, quand cela est possible, d'autres références (dont le CATRED s'est saisi depuis longtemps): les Conventions bilatérales de Sécurité Sociale CEE – Pays Tiers.

2. Généalogie de l'accès aux prestations familiales (et à ses prestations connexes) : des pratiques administratives aléatoires parfois illégales, une méthodologie rigoureuse, la difficile continuité de l'accès au droit.

Des pratiques administratives aléatoires parfois illégales

Même si cela peut paraître tautologique, toute demande (ou prétention à) de reconnaissance d'un droit présuppose la formulation d'une demande. Or, force est de constater que cette première étape échappe parfois à certains prétendants aux prestations familiales.

Cette démarche préliminaire étant connue, reste à connaître la nature de sa formalisation (verbale ou écrite) et ses implications. En effet, à une demande formulée verbalement, il n'est pas rare d'obtenir pour seule et lapidaire réponse un refus verbal (ou refus de guichet).

Cette difficulté, ce défaut d'information, constituent un obstacle réel qui contrevient aux dispositions prévues par l'article 19 de la loi du 12 avril 2000 relative aux *"droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations"*. Devoir d'information, devoir de notification, devoir de motivation, voilà trois exigences indispensables à la mise en œuvre d'un réel accès au droit.

Partant, si à l'étape de l'oralité succède une formalisation écrite, cela ouvre un autre champ d'intervention au cheminement parfois (souvent) tortueux. Les refus peuvent s'avérer carenciels, de par: l'absence de tout motif (sinon de toute motivation au sens de l'article 3 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979), l'absence de mention des délais et voies de recours amiable puis contentieux, voire la mention répétée de délais erronés (*"vous pouvez saisir la CRA. Si vous n'avez pas de réponse dans un délai de 3 mois vous pouvez saisir le TASS"* alors que le délai est d'un mois aux termes de l'article R 142-6 du code de Sécurité Sociale).

D'autres arguments sont parfois avancés pour refuser le versement des prestations sollicitées: *"une décision de la CRA vous a déjà été notifiée"* (cette ancienne décision frappant, aux yeux de la CAF, toute nouvelle demande de l'allocataire d'irrecevabilité) ou *"vous ne nous avez pas adressé l'attestation préfectorale"* exigée par l'alinéa 5 de l'article L.512-2 du CSS (alors même que le demandeur en remplit les conditions et/ou que la Préfecture refuse de la lui délivrer et qu'il est prévu par circulaire interne que les CAF se rapprochent directement de la Préfecture pour s'assurer que les conditions sont bien remplies au terme de la transmission de la fiche-navette prévue à cet effet).

Notons enfin qu'il n'est pas rare que certaines MDPH, dont le rôle (*via* la CDAPH) est de prodiguer une expertise médicale susceptible de permettre l'octroi de prestations destinées à pallier une incapacité (AEEH), refusent d'instruire une demande de reconnaissance de handicap en faveur d'un enfant dont les conditions administratives ne seraient pas remplies au sens de la CAF. Il s'agit là également d'un frein important et disproportionné.

Ces situations non exhaustives témoignent bien de la difficulté originelle d'initier une démarche d'accès aux prestations familiales, qu'un accompagnement administratif et juridique de proximité, tel que le met en œuvre le CATRED, vise à contrecarrer. D'où une certaine exigence de méthode dans la prise en charge et le suivi.

L'exigence d'une méthodologie rigoureuse d'accompagnement administratif et juridique

En-deçà de l'argumentaire juridique qu'il est nécessaire de mobiliser dans le cadre d'une procédure de reconnaissance des droits, il convient, à la mesure des formes de refus pléthoriques et parfois absurdes rencontrées, de dresser une méthodologie rationnelle qui, *a minima*, prémunit de toute difficulté d'ordre procédural. Sans compter que cette méthodologie explicitée peut constituer, pour le requérant, un outil pédagogique important de réappropriation autonome de son dossier.

Il faut donc absolument privilégier le processus écrit au processus oral en exigeant, de la part des CAF, la production de demandes ou de décisions motivées écrites. De même, il est impératif de tenir informé l'organisme prestataire de tout changement de sa situation, justificatifs à l'appui.

Il faut également, *in abstracto* et *in concreto*, opter pour un respect scrupuleux des délais et voies de recours légaux, afin de ne pas s'exposer au risque de forclusion. Ainsi, le CATRED a pris pour principe de saisir le TASS au terme du refus implicite opposable à la CRA en vertu de l'article R.142-6 du CSS (soit à l'expiration du mois qui suit la réception de sa saisine).

Une fois passée la procédure amiable, l'étape contentieuse peut également présenter des difficultés. Si le ministère d'avocat n'est pas nécessaire pour soutenir son recours devant le TASS (ni la CA), la complexité technique peut néanmoins l'imposer. Dans ce cas-là, la demande d'aide juridictionnelle (qui concerne en 2010 44% des dossiers traités/suivis par le CATRED jusqu'à la saisine du TASS) ne va cependant pas toujours de soi.

Ce que nous allons expliquer en interrogeant l'effectivité contrariée de la continuité de l'accès au droit.

La continuité contrariée de l'accès au droit en matière de prestations familiales.

Outre les considérations strictement juridiques qui innervent ce contentieux, le problème de l'accès aux prestations familiales (et à ses prestations connexes) se heurte également à plusieurs obstacles périphériques, de nature différente mais néanmoins constitutifs d'une propension à freiner un égal accès aux droits sociaux.

Reprenons tout d'abord là où nous nous étions arrêtés: l'étape pré-contentieuse de l'aide juridictionnelle.

Quand un requérant ne peut se rendre seul à une audience, ni être assisté (par une structure associative ou autre), l'aide juridictionnelle peut le pourvoir d'une représentation fort utile concernant ce litige.

Reste qu'actuellement, plusieurs requérants se voient opposer des rejets de la part des bureaux d'aide juridictionnelle (BAJ) pour des motifs divers et variés fréquemment infondés voire illégaux: refus en raison de la nature du titre de séjour détenu (absence de titre, autorisation provisoire de séjour, récépissé de renouvellement d'une carte de séjour temporaire – pour exemple, le BAJ 92 n'a d'égard que pour les demandeurs titulaires de la nationalité française ou d'une carte de résident), refus pour défaut de communication de la décision explicite de la CRA (quand bien même celle-ci fait défaut ou qu'il est justifié que le TASS a été saisi sur un rejet implicite de la CRA), refus au motif que la demande est infondée en droit (le BAJ jugeant sur le fond dans le même sens que la CAF).

Nous le voyons donc: certaines décisions du BAJ fragilisent la capacité de défense des requérants, ce qui est susceptible de constituer une entrave à la continuité de l'accès au droit quand, structurellement, un organisme/une association n'est plus habilité(e) à accompagner et assister le requérant, ce qui est le cas des points d'accès aux droits (ex: requérant démuné quand, lors d'une audience, la CAF ne s'oppose pas à l'ouverture d'un droit mais passe sous silence l'examen des droits rétroactifs).

Il est également important de souligner qu'en cas d'inéligibilité à l'aide juridictionnelle pour cause de dépassement des barèmes, les conditions financières de la poursuite d'un contentieux jusqu'à la Cour de Cassation peuvent également être sources de rupture de continuité de l'accès au droit (coût de la procédure). La question de principe se heurte à un impératif pécuniaire du requérant.

Ces entraves procédurales exposées, il convient d'aborder un autre frein à la continuité effective de l'accès au droit: la méconnaissance ou la mauvaise application des textes.

Eu égard à l'inflation des modifications législatives, certains refus pâtissent en effet d'une méconnaissance des textes, décrets ou circulaires d'application par les agents (voire la Direction) des organismes concernés. Cela a pu être le cas, par exemple, à l'endroit d'une ressortissante hollandaise qui, titulaire du RMI et de différentes prestations familiales (dont l'API) jusqu'à mai 2009, s'est soudainement vu suspendre l'intégralité de ses droits à compter de juin 2009, à la fois au motif de l'applicabilité de la Directive Communautaire n° 2004/38 du 29 avril 2004 relative à la condition de séjour pour ouvrir droit aux prestations sociales et par défaut d'information quant aux modifications induites par l'instauration du RSA (et, en l'espèce, du RSA majoré se substituant à l'API). Dans le cas d'espèce, la CAF a fait fi de l'obligation d'information qui lui incombe et de la circulaire ministérielle N° DSS/2B//2009/146 du 03 juin 2009 garantissant un maintien de droits pour les personnes s'en étant vu reconnaître avant l'application de la Directive précitée.

L'accès aux prestations familiales est donc clairement subordonné à l'évolution de la législation sociale et, de ce fait, les conditions imposées par la CAF font obstacle à l'accès à d'autres dispositifs (RSA majoré prévu en vertu des articles L.262-4, L.262-9 du CASF et L.512-2 du CSS; Commission d'Attribution des Logements sociaux – Accords Collectifs).

Sur le fond, même les textes en vigueur qui régissent ces organismes – et dont se prévalent régulièrement leurs représentants devant les juridictions – ne sont pas appliqués, et ce au plus haut rang. A en juger par certaines pratiques à l'endroit d'enfants nés à l'étranger, nombre d'enfants pourraient dissenter sur cette maxime: *“De l'inconvénient d'être né dans un Pays Tiers”*. Car, en effet, comment comprendre qu'un Directeur Général d'une CAF puisse écrire, en date du 06 août 2010:

“En effet, lors du traitement de votre dossier, mes services ont par erreur omis de retenir que deux de vos enfants sont nés en Allemagne. Nous vous adressons une déclaration de situation en vue de procéder à un rappel de prestations familiales pour vos deux enfants D et A nés en Allemagne. Par contre, pour l'enfant né en Algérie, un contact avec la Préfecture a été pris le 21 juillet 2010 afin de savoir si votre titre de séjour a été délivré selon l'article 6-5 de l'accord franco-algérien. Si tel est le cas, nous procéderons au rappel de vos prestations familiales.”

Comment comprendre également qu'une autre Caisse verse les prestations à un enfant ressortissant guinéen né en Italie et entré en France en dehors de la procédure de regroupement familial? Comment comprendre encore qu'une autre Caisse procède soudainement à la régularisation des prestations lorsqu'un enfant congolais, né au Congo et entré en France en dehors de la procédure de regroupement familial, acquiert entre-temps la nationalité française?

Tous ces exemples tendent à démontrer que la conditionnalité de l'origine préside de manière sous-jacente à l'examen des dossiers porté par certaines Caisses. L'accès aux prestations familiales (et à ses prestations connexes) demeure donc à géométrie variable et les conditions supplémentaires imposées jusqu'à ce jour revêtent indubitablement un caractère discriminatoire.

Comment, enfin, ne pas soupçonner que ce présumé perdure quand, jusqu'aux juridictions mêmes, des arguments économiques et budgétaires nourrissant des postures strictement idéologiques font œuvre d'arguments juridiques? Il est effectivement particulièrement troublant de constater qu'un jugement (TASS 92) soit défavorablement rendu, le 10 juillet 2008, à l'aune de considérations rédigées ainsi:

“Les “pères fondateurs” des Conventions invoquées en demande (CEDH, CIDE) étaient assez pragmatiques pour montrer la voie idéale à suivre, nécessairement limitée par : 1) le bien-être économique du pays, 2) les ressources dont dispose celui-ci. Attendu qu’il est constant que les fonds sociaux, en ce pays, sont non seulement modestes mais que les organismes qui les gèrent et l’ensemble des citoyens déplorent à leur budget un passif considérable, pour ne pas dire insondable. Qu’il convient, en conséquence, qu’une législation équilibrée et non discriminatoire assure toutefois le respect des priorités sociales, même étrangères, et la pérennité du système d’assistance.”

Peut-être une manière, à ce moment-là, de célébrer le 14 juillet à venir...

3. En guise de conclusion

Alors que nous arrivons au terme de cet exposé factuel et analytique tiré de l’expérience et de la pratique du CATRED, je repense avec vous au chemin parcouru depuis 10 ans, aux succès et aux avancées, multiples mais fragiles, au déséquilibre des forces et des moyens en présence, à la nécessité de démultiplier nos modalités d’action pour contribuer à promouvoir un plus large égal accès aux prestations familiales (et à ses prestations connexes).

Je souhaite enfin associer l’ensemble des salariés du CATRED ayant activement participé au quotidien, depuis 2001, à l’action menée en la matière et, plus particulièrement, les petites mains inépuisables en activité : Stéphanie Séguès, Malika Kachout indirectement, et Teresa Vecchio, qui nous a récemment rejoints. Sans oublier l’appui bienveillant de Lola Isidro.

Patrick Mony

Merci Pierre pour cette intervention très intéressante sur le travail du CATRED et son implication pour la reconnaissance du droit aux prestations sociales et familiales. Je tiens à rappeler que le CATRED a été l’artisan, en lien avec d’autres associations, de la reconnaissance des prestations non contributives pour les étrangers handicapés, âgés et invalides. On ne peut que saluer la constance dans le travail effectué par l’association à travers ses salariés et ses bénévoles.

Je passe la parole à Anne du Quellenec qui va nous parler de l’expérience de la HALDE.

3/ L'expérience de la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE)

Anne du Quellenec, juriste à la HALDE

Une longue histoire unit la HALDE et le contentieux du refus des prestations familiales pour les enfants entrés hors du regroupement familial. Cette histoire est à replacer dans le contexte de l'existence de la HALDE, créée en décembre 2004 mais véritablement installée au milieu de l'année 2005. Evidemment, une histoire bien moins longue que celle du CATRED.

Cette histoire peut être scindée en trois périodes assez distinctes.

1. Les premières réclamations reçues à la HALDE

La 1^{ère} fois que la HALDE a eu à se prononcer sur cette question, c'est fin 2006, par le biais d'une réclamation individuelle. Une personne se voyait refuser les prestations familiales pour ses enfants. La HALDE a instruit ce dossier, c'est-à-dire qu'elle a posé des questions, demandé des pièces, des justifications à la CAF mise en cause et à la Direction de la Sécurité sociale. Non convaincue par les éléments fournis, elle a constaté le caractère discriminatoire de tels refus, fondés eux-mêmes sur les textes litigieux du code de la sécurité sociale que l'on connaît.

Sans revenir sur ce qui a été exposé de manière tout à fait complète précédemment, il peut être intéressant de s'arrêter un instant sur la manière dont la HALDE a retenu sa compétence et a été amenée à constater qu'il y avait une discrimination. Elle a estimé que la différence de traitement - contraire aux articles 8 et 14 de la CEDH - n'était pas justifiée au regard, d'une part, de la finalité des prestations familiales (Cf. la présentation du Professeur Lhernould) et, d'autre part, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il découle de la CIDE.

Une fois qu'elle a constaté le caractère discriminatoire de la disposition en cause, elle a utilisé deux de ses pouvoirs:

- celui de faire des observations juridiques devant le TASS qui avait été saisi par le réclamant. Il s'agit concrètement pour la HALDE d'exposer dans une délibération de son Collège les raisons pour lesquelles elle estime qu'il y a discrimination, avec les éléments en fait et en droit. Cette délibération constitue un avis qu'elle soumet au juge. A l'époque, elle devait lui demander l'autorisation alors que depuis fin 2006, cette intervention est de droit, tout comme elle sera de droit dans le cadre du Défenseur des droits.

Le TASS de Bobigny a décidé de suivre cet avis et a fait droit aux demandes de l'intéressé. Dans le cadre de cette réclamation, l'enjeu n'était pas de taille dans la mesure où la demande de prestations faite à la CAF était antérieure à la modification législative intervenue fin 2005 et mise en œuvre en février 2006. Il était évident que le TASS suivrait ces observations, au regard de la décision de la Cour de cassation de 2004.

Parallèlement, la HALDE s'est saisie d'un autre pouvoir:

- celui de faire des recommandations aux mis en cause, autrement dit à la CAF, la CNAF et surtout à la Direction de la Sécurité sociale, au gouvernement. En l'occurrence, la recommandation visait à modifier la législation en vigueur, celle de fin 2005.

Régulièrement, le Collège a réitéré ses recommandations et a demandé à intervenir devant les juridictions saisies.

Toujours dans cette première période, en 2007-2008, un bras de fer, institutionnel et cordial, s'est installé entre la HALDE et la Direction de la Sécurité sociale (DSS). La DSS considérait que la loi n'était pas discriminatoire, s'appuyant sur la décision du Conseil constitutionnel qui l'avait considérée conforme au principe d'égalité.

La HALDE, quant à elle, continuait à lui rappeler que le Conseil constitutionnel refusait d'opérer un contrôle de conventionnalité des lois alors que l'autorité administrative indépendante qu'elle était se devait de le faire, conformément à l'article 1^{er} de la loi la créant, lequel lui permet de constater que la loi est discriminatoire *au regard des textes internationaux supérieurs* qui doivent prévaloir. La HALDE était en cela soutenue par les juridictions.

Ces recommandations n'ayant pas été suivies d'effet, la HALDE a alors utilisé un autre pouvoir, le pouvoir ultime dont elle dispose dans ces cas-là: une publication de ses recommandations au Journal Officiel en 2008. Evidemment, il ne s'agit pas vraiment d'une arme de destruction massive... Elle est d'ailleurs restée sans effet sur le gouvernement.

Davantage que la publication au JO de ses recommandations, c'est le choix de la HALDE de communiquer sur cette publication qui a été utile.

D'une part, cette communication a permis que ce sujet soit exposé sur la place publique au-delà d'un cercle d'initiés, ce qui n'est pas fréquent concernant l'accès à la protection sociale des étrangers. Il est vrai que c'était une période pendant laquelle les communiqués de presse de la HALDE étaient largement relayés par les médias.

D'autre part, cette communication a également constitué un levier supplémentaire pour les associations menant ce combat depuis de très nombreuses années.

Parallèlement, les délibérations de la HALDE ont été reprises par certains avocats et puis aussi par ceux qui auront eu une grande place en tant que maillon entre les individus concernés, les associations et la HALDE : les travailleurs sociaux.

La HALDE n'a fait qu'intervenir bien après un travail de longue haleine mené par les associations mais elle a permis de donner un écho plus important - institutionnel qui plus est - à cette lutte associative, écho lui permettant d'être reconnue et entendue par les juridictions de manière encore plus publique.

2. Les nombreuses interventions de la HALDE auprès des tribunaux

On entre alors dans une deuxième période, entre 2007 et 2009, pendant laquelle la HALDE a présenté près de 300 observations devant les tribunaux.

En dehors de ces observations juridiques, un travail en amont d'accès aux droits a été réalisé: beaucoup de réclamants saisissaient la Haute autorité de refus oraux, de refus de guichet ou de refus trop anciens pour pouvoir être contestés devant le juge, des courriers type ont alors été rédigés pour expliquer aux personnes ce qu'elles devaient faire concrètement pour faire valoir leurs droits (demande en LRAR, en cas de refus et si absence de réponse, saisine de la CRA, etc.).

En fin de courrier, les personnes étaient invitées à saisir de nouveau la HALDE une fois que la juridiction serait saisie afin que des observations puissent être portées devant les juridictions. Ces observations étaient formulées par le biais d'un avocat représentant la HALDE et venant en soutien de la personne. Même si ces avocats ne représentaient pas les réclamants, leur présence à leur côté était, de fait, extrêmement précieuse dans la mesure où le contentieux social ne nécessite pas d'avocat et que la plupart des réclamants n'en disposait pas.

Dans cette période assez incroyable pour les juristes qui avaient en charge ces dossiers, il faut savoir que chaque dossier reçu donnait lieu à une délibération du Collège, de plus en plus convaincu d'avoir une mission importante sur ce sujet et, on peut le dire, pris au jeu de ce contentieux.

La HALDE est intervenue devant de nombreuses juridictions: les TASS de Bobigny, Nanterre, Paris, Evry, Cergy-Pontoise, mais aussi Mulhouse, Troyes, Marseille, etc., les cours d'appel de Bordeaux, Amiens, Versailles. A chaque fois, les observations étaient suivies. Les personnes obtenaient le versement des prestations.

Il y a eu aussi une époque encore plus incroyable, celle pendant laquelle certaines CAF (celle de Mulhouse notamment) ont été convaincues par la lecture de la délibération de la HALDE et ont décidé de verser les prestations, avant qu'une décision de justice ne soit rendue. Ces caisses ont cependant très rapidement été rappelées à l'ordre par la CNAF, elle-même ayant eu l'occasion de dire à la HALDE qu'elle était régulièrement invitée par la DSS à faire une application stricte de la loi.

Ainsi, à côté d'un mouvement où l'ensemble des juridictions est convaincu et fait droit aux demandes des intéressés, une crispation et une réticence des CAF sont nettement apparues.

Et pourtant, les CAF et la CNAF ne se pourvoient pas en cassation après les décisions de cour d'appel, ce qui fut frustrant pour la HALDE qui attendait une décision définitive. La Haute autorité l'interprétait comme une peur de leur part de perdre ce contentieux.

Il a alors fallu un jour de 2009 où Monsieur O., de nationalité congolaise, a eu la malchance d'être débouté par la cour d'appel de Rennes (devant laquelle la HALDE n'était pas intervenue, faute d'avoir été saisie) et a offert à l'institution la « chance » – c'est cynique de le présenter comme cela – d'aller porter des observations devant la Cour de cassation. En 2009, l'état d'esprit était le suivant: enfin la Cour de cassation allait se prononcer - favorablement pensions-nous - sur les articles litigieux du code de la sécurité sociale issus de la modification législative de 2005.

3. Depuis 2010, le temps des incertitudes

La troisième période fut, l'on s'en doute, bien moins euphorique...

Parallèlement aux observations que la HALDE allait porter devant la 2^{ème} chambre civile, un autre pourvoi était en cours devant la Cour de cassation et a donné lieu à l'arrêt du 15 avril 2010. C'est peu de dire que le ciel nous est tombé sur la tête: d'une part, il y a eu un effet de surprise, personne ne savait qu'une telle affaire était portée devant la Cour de cassation. D'autre part, l'on ne se doutait pas une seconde que la Cour répondrait de cette manière.

Au moment même de cette grande déception, la HALDE changeait de présidence et de Collège – moins convaincus du caractère discriminatoire du texte. Heureusement, la délibération de 2009 concernant le cas de Monsieur O. prenait acte de cette discrimination contraire aux textes internationaux et autorisait l'institution à intervenir.

Toutefois, que faire de toutes les réclamations arrivant de manière massive? Si le Collège et le président de la HALDE avaient été ceux en place depuis 2005, il est fort probable que, quelle que soit la décision de la Cour de cassation du 15 avril 2010, le Collège aurait poursuivi et maintenu sa position. Mais là, rien n'était moins certain.

Dans l'attente de la nouvelle décision de la Cour de cassation, un traitement alternatif des dossiers a alors été choisi par les services de la HALDE.

Ce traitement a consisté à écrire aux réclamants pour les informer de l'arrêt de la Cour et à leur indiquer que l'institution développerait sa position initiale prochainement dans le cadre d'un contentieux porté devant la Cour de cassation.

En attendant, la Haute autorité leur indiquait qu'elle ne pourrait les soutenir et faire d'observations juridiques dans le cadre de leur contentieux. Toutefois, elle décidait de leur donner tous les éléments de fait et de droit pour faire valoir leurs droits. Concrètement, il leur a été envoyé une délibération type contenant l'argumentaire de la HALDE accompagnée, pour contrecarrer la décision de la Cour de cassation, d'arguments clairs de la doctrine.

Parallèlement à ce traitement, des observations juridiques dans l'affaire de Monsieur O. ont été présentées. Me Masse-Dessen, mandatée pour faire valoir la position initiale de la HALDE de 2009, est allée bien plus loin, en reprenant les arguments d'une doctrine très critique à l'égard de l'arrêt d'avril 2010.

Une audience en décembre 2010 devant la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a eu lieu. Cette audience avait peu de chances de faire aboutir favorablement les thèses défendues ici puisque cela serait revenu, pour cette chambre, à se dédire quelques mois après la décision d'avril 2010.

Pour la convaincre de le faire quand même, il a donc été tenté de faire passer l'idée selon laquelle la Cour, en avril 2010, ne s'était pas prononcée sur le caractère discriminatoire de la loi.

En effet, si la Cour avait mentionné dans ses visas l'article 14 de la CEDH, elle ne s'était pas, bizarrement, prononcée sur le caractère discriminatoire de la loi dans le corps de l'arrêt et avait simplement affirmé que l'exigence d'un certificat médical n'était pas contraire à l'article 8 CEDH, en ne portant pas une atteinte excessive au droit à une vie familiale normale.

Dans le cadre de cette nouvelle affaire, l'idée était que si la Cour venait à constater la discrimination, il ne s'agirait pas, en réalité, d'un véritable revirement de jurisprudence.

Ainsi, la décision de renvoyer l'affaire en assemblée plénière, comme si la 2^{ème} chambre civile doutait de ce qu'elle avait fait quelques mois auparavant, a été vécue comme une petite victoire.

Pour finir, quelle que soit l'issue donnée à ce point de droit par la Cour de cassation, ce qu'il faut savoir est que nous entrons dans une quatrième période, qui apparaît floue: aux termes de la loi, le Défenseur des droits, créé en mars dernier, hérite de l'ensemble des prérogatives dont disposait la HALDE, avec le même champ de compétences, la même possibilité de formuler des recommandations, de porter des observations devant les juridictions, y compris devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

Quelle que soit la personne qui incarnera le Défenseur des droits, elle sera à la tête d'une administration regroupant quatre institutions, parmi lesquelles trois sont allées dans le même sens sur le sujet: le Médiateur de la République, la Défenseure des enfants et la HALDE ont recommandé la modification de la législation litigieuse.

Dans son dernier rapport annuel, le Médiateur faisait à nouveau part de ses regrets face à la décision de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 15 avril 2010.

Cette nouvelle période, qui va maintenant s'ouvrir, devra être l'occasion d'interpeller le Défenseur des droits sur ce point et constater quelle lecture – restrictive ou bien audacieuse – il fait des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi organique du 29 mars 2011, notamment en ce qui concerne la possibilité de faire une tierce intervention devant la Cour européenne, dans l'hypothèse où une personne intéressée la saisirait.

Patrick Mony

Le combat continue et il ne faut pas se décourager.

Lorsque l'on a vu ce qui s'est passé sur la question de la cristallisation des pensions des anciens combattants et anciens fonctionnaires des ex-colonies, sur les prestations non contributives (minimum vieillesse, allocation aux adultes handicapés) longtemps refusées aux étrangers, lorsque l'on a vécu les batailles perdues mais avec au final de grandes victoires, je pense que, même en cas de décision défavorable de la Cour de cassation dans les prochains jours, à la fin, nous gagnerons. Nous pouvons en être certains.

Je vais passer la parole à Monsieur Henriot.

4/ Le « regard du juge »

Patrick Henriot, substitut général à la Cour d'appel de Paris

Je dois, à titre liminaire, vous demander votre indulgence: des circonstances indépendantes de ma volonté ne m'ont pas permis, en effet, de préparer un exposé aussi structuré et complet que ce que j'avais imaginé au départ. Il y a exactement une semaine je faisais un vol plané par-dessus le guidon de mon vélo, dont les séquelles expliquent que je n'ai pu préparer cette intervention qu'en traçant quelques pattes de mouche sur deux ou trois feuilles de papier.

En réalité, je crois que j'ai une deuxième excuse à cette impréparation. Elle tient à ce que l'intervention qu'il m'avait été demandé de présenter s'intitule « le regard du juge ». Or, je dois vous dire que je ne suis pas du tout certain que le juge ait un regard particulier sur la question qui nous occupe, ni même, d'ailleurs, en général. Je ne crois pas beaucoup au regard particulier, contrairement à ce qu'on pense généralement, du juge. Je ne crois pas que le juge ait une espèce de vertu particulière de neutralité qui apporterait une dimension spécifique au débat juridique. Hormis les aspects particuliers de l'exercice de sa fonction, qui n'impliquent selon moi, contrairement à ce qu'on pense généralement, aucune neutralité particulière, il est un juriste comme les autres. Mais j'y reviendrai un peu tout à l'heure.

Puis, il y a une troisième raison qui fait que je ne peux pas répondre complètement à la commande: je ne suis pas juge, mais représentant du ministère public et, par conséquent, ce n'est pas le regard du juge ou, plutôt, le témoignage du juge qui va vous être livré, c'est le témoignage d'un représentant du ministère public. Or, chacun sait à quel point cela n'est pas la même chose! Surtout depuis quelques arrêts de la Cour européenne...

Ce que je vous propose, c'est donc de vous parler de mon expérience dans le suivi de ce contentieux des prestations familiales pour les enfants étrangers. J'ai en effet été amené à présenter des conclusions devant la chambre de la cour d'appel de Paris qui traite du contentieux de la sécurité sociale puisque, pour tout vous dire, je suis affecté, comme membre du parquet général, aux chambres sociales de la cour. Je suis ainsi chargé de donner des avis dans des procédures de contentieux civil dans tous les domaines du droit social, y compris, même si ce n'est pas si fréquent que cela, dans le domaine de la sécurité sociale.

Je vais donc tenter de vous expliquer comment j'ai abordé ce contentieux et quels enseignements j'en tire a posteriori.

Je suis intervenu deux fois dans ce contentieux. Une première fois, lorsque la cour d'appel de Paris a été saisie d'un contentieux quelque temps après la modification des textes applicables par la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2006 et que s'est donc posée la question de savoir si, en dépit de ce qu'avait dit l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 16 avril 2004, les modifications apportées par la loi reposaient le problème en termes nouveaux ou si, au contraire, la même solution devait continuer de s'appliquer.

J'ai donc eu l'occasion de présenter des observations devant la cour d'appel. J'ai alors eu le plaisir, partagé par beaucoup je crois, de voir que la cour se rangeait à l'avis non seulement du ministère public mais, évidemment, du demandeur et aussi de tous ceux qui avaient œuvré, tout autour, pour soutenir que la solution adoptée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation devait continuer de recevoir application, puisque les modifications de texte n'avaient rien changé du problème du fond tel qu'il avait été traité par la Haute juridiction.

J'ai ensuite eu l'occasion d'intervenir une deuxième fois, beaucoup plus récemment, après que la Cour de cassation, deuxième chambre civile cette fois, eut rendu son arrêt du 15 avril 2010 - le coup de tonnerre dans un ciel clair, dont Anne du Quellenec parlait il y a un instant. Cet arrêt imposait de revisiter toute la démonstration, toute l'analyse juridique, pour voir ce

qu'il fallait répondre sur ce moyen tombé du ciel, trouvé par la deuxième chambre civile, tiré de la protection de la santé de l'enfant. Mon intervention a alors eu moins de succès puisque, cette fois, la chambre sociale de la cour d'appel de Paris - dans une composition, il faut le dire, différente - a, si je puis dire, « calé » et s'est rangée en quelques lignes à la jurisprudence de la deuxième chambre civile. Elle l'a d'ailleurs fait sans même juger nécessaire de répondre à l'ensemble des moyens qui avaient été soulevés, tant par le requérant que par le ministère public.

Comment le juge, en tout cas le magistrat du ministère public que j'étais, a-t-il abordé ce contentieux? Je dois vous dire de manière très simple. Lorsque j'ai pris connaissance du premier dossier, j'ai fait ce que fait le juriste normalement constitué, la démarche un peu simpliste, la démarche un peu « bourrin », si vous m'autorisez l'expression: j'ai regardé les textes.

Et c'est en essayant de comprendre les textes et la logique qui les sous-tendait, c'est-à-dire en essayant de voir au-delà de ce qu'ils disaient littéralement, que m'est apparue l'ampleur du problème né, précisément, de ces textes eux-mêmes. Je voudrais, sans être trop technique, vous inviter à refaire rapidement avec moi ce cheminement dans l'analyse de ces dispositions du code de la sécurité sociale (CSS), étant précisé qu'à ce moment-là je ne pensais pas encore à mobiliser les instruments internationaux. C'est donc en se concentrant sur les textes de droit interne que l'on découvre tout ce que ces textes ont d'extraordinairement ... étonnant pour le juriste (j'emploie un mot qui reste volontairement assez neutre à ce stade). [Rires dans la salle]

L'article L. 512-2 alinéa 1 CSS posait seulement une condition de régularité du séjour des parents. Or, première bizarrerie, l'alinéa 2, renvoyait au décret pour fixer la liste des titres « attestant de la régularité du séjour des bénéficiaires étrangers et des enfants qu'ils ont à charge et au titre desquels les prestations familiales sont demandées ». Le juriste moyen réagit déjà à cette curiosité: l'on a un principe à l'alinéa 1^{er}, puis un alinéa 2 qui renvoie à un décret pour l'application de ce principe, mais en le modifiant déjà puisqu'il ajoute une condition de régularité du séjour des enfants qui n'est pas énoncée à l'alinéa 1, alors même que l'objet du décret est de fixer les conditions d'attribution des prestations familiales, donc les modalités d'application du principe.

Ensuite, l'on se reporte aux articles réglementaires: l'article D. 511-1, fixant la liste des titres justifiant de la régularité du séjour des parents et, surtout, l'article D. 511-2, fixant la liste des titres justifiant de la régularité du séjour des enfants.

Là, deuxième curiosité, une espèce d'anomalie encore: lorsque l'on se reporte aux documents auxquels il est fait référence, il s'agit soit de justificatifs de la régularité du séjour des parents, soit d'un extrait d'acte de naissance en France, soit encore du fameux certificat de contrôle médical.

Force est donc de constater qu'alors que l'on nous annonce des titres justifiant de la régularité du séjour des enfants, rien de tout cela ne constitue un titre de séjour pour un enfant.

Enfin, troisième anomalie, la plus massive, la plus sidérante: lorsque l'on commence à se demander à quoi correspond la régularité du séjour d'un enfant et que l'on va se documenter un peu, on constate qu'il n'y a pas, dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers, de condition de régularité du séjour des enfants, que la notion est inexistante.

Et ce n'est pas seulement le vide du CESEDA qui indique qu'il n'y a pas de condition de régularité du séjour pour les enfants dans notre droit français mais aussi la doctrine et la jurisprudence. Le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation notamment ont dit à plusieurs reprises qu'il n'y a pas, en soi, de condition de régularité du séjour pour les enfants.

Il y a donc une sorte de stupéfaction à voir que les textes - dont on va devoir, comme représentant du Ministère public, proposer une interprétation à la Cour - sont déjà à ce point biaisés, qu'ils contiennent des dispositions qui sont des non-sens juridiques.

Voilà en effet une loi qui pose une condition de régularité du séjour des parents mais qui renvoie à un décret qui impose une condition de régularité du séjour des enfants.

Voilà encore que, dans le décret, on s'aperçoit qu'il ne s'agit pas de documents justifiant de la régularité du séjour des enfants, et pour cause, puisque cette notion n'a aucune espèce d'existence, sauf à considérer, mais alors là ce serait le monde à l'envers, qu'il y aurait un droit du séjour des enfants qui serait spécifique au droit de la sécurité sociale ou, plus exactement, qu'il n'y aurait que dans le domaine du droit de la sécurité sociale qu'il y aurait une notion de séjour régulier des enfants.

Lorsque l'on constate que les textes (je parle ici des textes antérieurs à la LFSS pour 2006) sont à ce point viciés dans leur économie interne, l'on se dépêche évidemment d'aller voir ce que la Cour de Cassation en a dit.

Loin de moi l'idée de vouloir minimiser la portée considérable de l'arrêt du 16 avril 2004, en ce qu'il fait référence aux articles 8 et 14 de la Convention EDH, je me suis cependant d'abord intéressé à la lecture qu'il faisait du seul droit interne.

Ce que la Cour dit à cet égard c'est, tout simplement, que selon les articles L. 512-1 et L. 512-2 CSS les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales. Ayant ainsi rappelé le principe énoncé par la loi, elle relève que la cour d'appel avait constaté que cela était le cas en l'espèce, que Madame X résidait régulièrement en France avec ses deux enfants. Puis, elle décide que la cour d'appel en a exactement déduit, certes par une interprétation des textes conforme aux exigences des articles 8 et 14, que les prestations familiales étaient dues.

La loi ne disait pas – et la Cour de cassation n'a donc pas dit – « *les étrangers et leurs enfants mineurs résidant régulièrement en France ...* », elle disait « *les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs ...* » ; ainsi, sans même analyser cet arrêt en tant qu'il fait référence à la Convention européenne, on peut penser que la Cour de cassation aurait pu adopter la même solution sans même se référer aux articles 8 et 14.

On a donc le sentiment que la Cour aurait très bien pu ne pas faire référence au droit européen dès lors que, retenant que l'unique condition pour l'accès aux prestations familiales est la régularité du séjour des parents et relevant que la cour d'appel avait constaté que Madame X résidait régulièrement en France, la mesure était dite, les prestations étaient dues.

Il y a dans cet arrêt, en ce sens, une réponse apportée à cette anomalie législative et réglementaire dont je parlais. Le vice interne de la loi a été évacué avant même que la Cour de cassation n'ait besoin d'invoquer la Convention, même si elle le fait par ailleurs et si, encore une fois, cela n'est évidemment pas sans portée. Il lui suffit néanmoins dans un premier temps de rappeler que les conditions fixées par le droit interne étaient remplies et que de ce point de vue, le juge du fond ne pouvait pas échapper à l'application de ces règles de droit interne.

Vient ensuite la modification du texte par la LFSS pour 2006, dont chacun sait qu'elle a été clairement adoptée pour neutraliser les effets de l'arrêt de l'Assemblée plénière. Reprenons la même démarche d'analyse du texte issu de la loi nouvelle. L'article L. 512-2 alinéa 2 affirme le droit aux prestations familiales pour les parents en situation régulière sous réserve « *de l'une des situations suivantes ...* », parmi lesquelles « *l'entrée régulière dans le cadre du regroupement familial* », le texte renvoyant à un décret listant les documents justifiant de ces conditions.

Le décret, quant à lui, vise « *la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers est justifiée* ». On décèle ici un glissement sémantique: la loi vise des « situations » particulières qui justifient l'ouverture des droits, dans le renvoi au décret, elle parle de conditions et, enfin, dans le décret lui-même, l'on retrouve la notion de régularité de séjour des enfants.

Ainsi, la condition de régularité du séjour des enfants, toujours aussi absurde juridiquement, que l'on a chassée par la porte - puisque la loi n'y fait plus référence - revient par la fenêtre dans le décret. Par conséquent, le vice interne du texte, qui existait avant la loi de 2005, est toujours présent mais est descendu d'un cran. On a ainsi gommé les anomalies de la loi, laquelle devient conforme, en apparence, aux exigences de la Cour de cassation, seule la condition de la régularité du séjour des parents y apparaissant.

Quid de la position du Conseil constitutionnel? Celui-ci a validé le texte mais non pas en ce qu'il subordonne le droit aux prestations familiales à la régularité du séjour des enfants, mais en ce qu'il le subordonne à leur entrée en France dans le cadre du regroupement familial. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas fait piéger: il a pris le texte pour ce qu'il voulait dire et au moins les choses sont claires.

On peut discuter du bien-fondé de la décision du Conseil constitutionnel - et Anne du Quellenec a rappelé tout à l'heure que son contrôle est purement limité à la question constitutionnelle et exclut le contrôle de conventionalité - mais au moins les choses sont dites: on ne veut verser des prestations familiales qu'au titre des enfants entrés dans le cadre du regroupement familial, ce qui signifie que l'on veut dissuader les étrangers de s'installer en France.

On est dans une logique de maîtrise des flux migratoires. C'est très exactement ce que disait Patrick Mony tout à l'heure: à l'occasion et au moyen d'une législation dont l'objet concerne les conditions d'attribution des prestations familiales, on instaure en réalité, par ce truchement, une politique de gestion des flux migratoires.

Pourquoi ce cheminement par les textes? Parce que lorsque l'on voit resurgir sans arrêt cette condition de régularité du séjour des enfants et ce, de manière incompréhensible pour le juriste - magistrat ou pas -, c'est qu'en réalité cette condition omniprésente, qu'on chasse par la porte et qui revient par la fenêtre, est le marqueur de la vraie intention du législateur.

Même lorsque le Parlement semble être redevenu vertueux, avec la réforme de 2005, en gommant dans la loi la référence aux conditions de régularité du séjour des enfants, le Gouvernement, lui, n'a pas pu s'empêcher de réintroduire sa logique de contrôle de l'entrée des enfants et, finalement, de gestion des flux migratoires. L'important pour le Gouvernement est le contrôle de la régularité du séjour, peu important si, s'agissant des enfants, le terrain juridique est mal assuré, bancal.

On assiste ainsi à une instrumentalisation de la loi qui ne doit pas mettre le juriste mal à l'aise puisque c'est la fonction même de la loi que d'être instrumentalisée. La loi est un instrument des politiques économiques et sociales, il est donc normal qu'un gouvernement, qu'un parlement fasse de la loi un instrument de sa politique, c'est l'objet de la loi.

En revanche, ce qui crée le malaise chez le juriste - et donc chez le juge aussi puisqu'il fait partie de la communauté des juristes - c'est cette impression que la loi est détournée de son objet, que la règle de droit poursuit une autre finalité que celle qui lui est en apparence assignée. Une logique de maîtrise des flux migratoires est en effet assignée à une législation, le droit de la Sécurité sociale, dont ce n'est pas l'objet. Le juriste se sent alors un peu piégé et a l'impression de participer à un jeu de dupe. En d'autres termes, quand le droit « ment », cela ne sert à rien de s'échiner à faire du droit dès lors que les logiques poursuivies sont antagonistes.

Heureusement, il existe des textes internationaux. Quand le législateur national avance masqué, l'on recourt en effet à ces normes supérieures pour faire tomber le masque et pour réintroduire de la « vraie » logique juridique. Cela fait partie du contrôle de conventionalité qui incombe au juge judiciaire et qui est réellement en train de devenir son arme suprême, presque magique, lorsqu'il est face à des archaïsmes du droit national, ou à des égoïsmes nationaux qui se traduisent dans le droit national.

Or, c'est bien un égoïsme, ou un archaïsme, national qui s'exprime dans la législation sur les prestations familiales, suivant que l'on envisage la question sous l'angle des discriminations, du droit à la vie privée et familiale, ou encore des droits de l'enfant. C'est donc en réintroduisant dans notre droit ces principes que l'on arrive à redresser ces archaïsmes et, peut-être, à les éradiquer.

Voilà en quoi consiste le « regard du juge ». Le juge s'interroge sur les divergences de jurisprudence et sur les « stop and go » qui marquent ses évolutions. Il se demande parfois, lui aussi, comment des positions aussi diamétralement opposées peuvent être prises par des juristes, des TASS, des cours d'appel ou les avocats généraux devant la Cour de cassation, lesquels, il faut bien le dire, ont adopté, aussi bien en 2004 qu'en 2011, des positions pour le moins ... surprenantes.

Comment expliquer tout cela? Pourquoi surgit, d'un seul coup, la décision de la deuxième chambre civile du 15 avril 2010? Je voudrais vous donner en quelques mots mon sentiment.

Comme je vous le disais tout à l'heure, le juge n'est pas neutre, la neutralité du juge n'existe pas. Le juge est partisan, évidemment, mais ce n'est pas nécessairement un défaut. Le juge est partisan parce qu'à l'issue de son raisonnement, que l'on espère juridique, il adopte, il épouse la thèse d'une des parties.

Il est également partisan parce qu'il prend parti dans le débat juridique qui s'est noué devant lui et qui recouvre, parfois, un débat juridique plus large, impliquant la jurisprudence, la doctrine, voire même la société civile toute entière.

Il a en outre conscience que sa prise de position va bien au-delà. Il sait la portée économique, sociale, politique des décisions qu'il rend sur le fondement du droit; il ne l'ignore pas.

Il a pour rôle, pour office, d'interpréter le droit, d'articuler les différentes règles, de les associer, de les assembler et de les « faire parler » pour dénouer des situations, apporter des solutions. Il a donc, pour se mouvoir dans le cadre de la loi, une marge de manœuvre. Or, il en use en sachant pertinemment que sa décision, au-delà du parti qu'il aura pris sur le fond du droit, exprimera aussi un parti, aura une conséquence, au-delà du strict débat juridique, au plan social, économique, etc.

Toute la question est de savoir comment le juge use de cette « liberté » qu'il a- en réalité ce n'est pas une liberté, c'est son office, sa mission - de se mouvoir dans l'espace d'interprétation que lui offre la loi. Il doit évidemment le faire de manière d'abord techniquement correcte, en bon juriste, étant bien sûr entendu que personne n'est à l'abri d'une erreur de droit.

Mais il doit le faire surtout en restant « loyal » par rapport à la règle de droit. Cela signifie qu'il doit non seulement s'interdire de méconnaître volontairement la règle de droit, mais aussi qu'il doit s'interdire de la déformer volontairement, de « tordre le droit » pour lui faire dire autre chose que ce qu'il dit. Là est la limite.

Le juge est partisan, la chose est entendue et cela n'est pas un problème. Le problème, c'est quand il devient partial, lorsque, volontairement, il méconnaît la règle de droit. Il transgresse alors la loi des juristes, des juristes loyaux à l'égard du droit, c'est-à-dire qu'il ne joue plus dans le même registre, il n'utilise plus la même grammaire, la même syntaxe; il se débarrasse de la syntaxe du droit pour dire ce qu'il a décidé *a priori* de dire, en dehors de toute considération juridique, parce que c'est son bon plaisir.

Pour conclure, et pour revenir à notre sujet, je dirai, en restant prudent, qu'il me semble que, parmi certaines des positions adoptées par certaines juridictions ou par certains magistrats dans le traitement de ce contentieux, l'on ne peut pas exclure que certains soient allés au-delà de ce qu'autorisait une interprétation loyale du droit.

Dans son intervention, Pierre Rogel nous lisait tout à l'heure une décision d'un TASS qui en était une illustration frappante. Cela peut arriver, malheureusement, de temps en temps. Ce que j'espère c'est que dans le « quatrième temps » qu'évoquait Anne du Quellenec, tous les juristes qui interviendront, qu'ils soient magistrats ou autres - mais spécialement les magistrats parce que ce sont quand même eux qui détiennent la clé - resteront dans le cadre d'un travail de juriste loyal et que, par conséquent, ils feront prévaloir les mêmes principes que ceux qui ont prévalu dans l'arrêt d'Assemblée de 2004.

Parce qu'au-delà de l'analyse un peu sommaire et rapide que j'ai pu en faire tout à l'heure, je crois profondément que la LFSS pour 2006 n'a évidemment rien changé à la question de savoir si les dispositions du code de la Sécurité sociale sont compatibles avec le principe de non-discrimination et avec le principe du droit à une vie familiale normale.

Je crois qu'à cet égard le doute ne devrait vraiment pas subsister, en tout cas pour tous ceux qui s'attachent à avoir une démarche « loyale » dans l'application du droit. Voilà les quelques observations que je voulais vous proposer.

III/ Perspectives

Table ronde

« Pratiques juridiques et contraintes politiques: quelles stratégies pour les acteurs ? »

Table ronde animée par Antoine Math (secrétaire général du CATRED et co-animateur du groupe de travail sur le droit à la protection sociale des étrangers et précaires).

1/ A propos de l'audience de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le 20 mai 2011³

Anne du Quellenec, juriste à la HALDE

Les plaidoiries ont commencé par celles de l'avocat de la CAF, Maître Gatineau, lequel a eu le mérite d'être court et très clair: le certificat médical est un outil de maîtrise des flux migratoires.

Afin d'étayer cet argument d'autorité, il n'a pas hésité à « *appeler l'attention de la Cour sur le fait qu'en remettant en cause les dispositions du code de la sécurité sociale, [vous] contribuerez à voir fleurir des bidonvilles en banlieue nord de Paris* ». Développant ce scénario, c'est donc bien l'intérêt de l'enfant et la protection de sa santé qui dictaient de telles restrictions.

Par ailleurs, le représentant de la CAF s'est également adressé à la Cour sur un autre terrain, celui tenant au fait que les « *les caisses de la sécurité sociale sont vides* » et qu'on ne saurait « *demande de creuser le déficit encore plus* ».

On pouvait penser que cette plaidoirie, certes claire et assumée, desservirait la cause qu'elle entendait défendre tant elle n'était pas dénuée d'un certain caractère caricatural. La suite montrera qu'il n'en sera rien.

Ensuite, l'avocat de Monsieur O., le demandeur, est intervenu et a indiqué s'en remettre – comme il l'avait déjà fait devant la Deuxième chambre civile – à ses observations écrites ainsi qu'aux observations orales de ses confrères. L'avocat de l'autre requérant (deux affaires étaient en effet portées devant la Cour de cassation) a quant à lui développé une longue plaidoirie tout à fait complémentaire à celle du représentant de la HALDE et sur un axe identique.

Puis est venue la plaidoirie de Maître Hélène Masse-Dessen, représentant la HALDE, forte d'une délibération du Collège de l'institution datant de 2009, laquelle statuait sur le caractère discriminatoire des dispositions du code de la sécurité sociale. Evidemment, sa plaidoirie a largement dépassé les développements de cette délibération dans la mesure où elle a visé à contre argumenter la décision défavorable de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation d'avril 2010.

Me Masse-Dessen a débuté sa plaidoirie par un exemple assez symptomatique du caractère absurde de l'exigence de l'entrée *via* le regroupement familial pour le bénéfice des prestations familiales, exemple dont la HALDE avait été saisie: une femme algérienne, en situation régulière, mère de deux enfants nés en France pour lesquels elle percevait les prestations familiales, est retournée en vacances en Algérie et y a accouché prématurément. Pour cet enfant avec lequel elle est le plus naturellement du monde rentrée en France à la fin de ses vacances (donc hors de la procédure du regroupement familial), elle ne percevra jamais de prestations familiales. L'avocate, interpellant les magistrats, a demandé si cette loi leur paraissait logique et humaine.

3 - Propos complétés après le 3 juin 2011, date à laquelle l'arrêt de la Cour a été rendu.

Elle a ensuite expliqué que la portée des décisions de la Cour de cassation de 2004 et 2006 était toujours pertinente⁴, la loi de 2005, introduisant les dispositions litigieuses dans le code de la sécurité sociale, n'ayant rien changé à ce qui présidait au préalable. Au contraire, la seule modification du contexte juridique depuis cette date réside dans la reconnaissance de l'effet direct et concret de la CIDE, de nature à renforcer les décisions initiales de la Cour.

Fort logiquement, le cœur de sa plaidoirie a porté sur l'objectif conféré au certificat médical. A ce titre, Me Masse-Dessen est revenue sur le fait qu'il n'a jamais été question avant 2010 d'en faire un outil de protection de la santé de l'enfant et de la santé publique. Il ressort, en effet, tant des débats parlementaires que de l'avis de Monsieur de Gouttes par exemple, mais aussi de la lettre des textes, que le certificat médical en cause ne vise qu'à s'assurer de la régularité de l'entrée sur le territoire des enfants et ce, exclusivement *via* le regroupement familial.

Or, c'est justement parce que ce que c'est un outil de maîtrise des flux migratoires qu'il en devient un outil discriminatoire. En effet, au regard du droit européen, même dans une vision pessimiste des choses à travers laquelle la Cour européenne des droits de l'homme viendrait à dire que la maîtrise de régulation de flux migratoire est un objectif légitime, il n'en demeurerait pas moins que les moyens utilisés pour parvenir à ce but seraient jugés, sans nul doute, totalement disproportionnés, puisqu'ils feraient peser sur l'enfant - et donc de manière totalement contraire à son intérêt - des conséquences qui sont censées au contraire lui échapper.

Sur ce point, la représentante de la HALDE a développé, à l'aide de nombreux exemples, qu'un contrôle médical, s'il était légitime, le serait pour tous les enfants, étrangers ou Français, quel que soit leur mode d'arrivée sur le territoire français, et que celui-ci pourrait alors s'exercer le plus logiquement possible par un médecin traitant, un médecin du quotidien.

A ce titre, elle a précisé que si l'on s'intéressait vraiment à la santé de l'enfant, on s'intéresserait à celles de tous les enfants. Or, le deuxième élément qui a changé dans la loi de 2005 c'est l'extension des catégories d'étrangers exemptés de cette obligation, dont les enfants de scientifiques par exemple. Est-ce que cela signifierait que, d'un côté, on inciterait ces étrangers à venir en France (« immigration choisie ») et que, d'un autre, on se désintéresserait de la santé de leurs enfants? C'est pour le moins illogique et incompréhensible.

Enfin, l'audience s'est achevée par l'intervention, assez courte, de l'Avocat général, reprenant les éléments de ses conclusions écrites. Il semble que les propos qu'il a tenus dans le cadre de cette audience méritent d'être rapprochés de ce que Patrick Henriot évoquait dans son intervention, à savoir le devoir de loyauté que le magistrat ou le juriste doivent avoir à l'égard du droit. Selon l'Avocat général :

- La décision du Conseil constitutionnel de 2005, validant la loi mise en cause, prévaudrait sur les conventions internationales. Contre toute attente, l'Avocat général affirmait cela, s'appuyant sur le fait que le Président de l'Assemblée nationale l'avait écrit dans un quotidien du soir.
- Les prestations familiales ne seraient pas des droits patrimoniaux⁵.
- Le certificat médical ne serait pas un outil de maîtrise des flux migratoires mais viserait à protéger la santé de l'enfant.

4 - Elle a, à ce titre, rappelé que la loi du 19 décembre 2005 instaurant le dispositif litigieux était le fruit d'un amendement parlementaire, lequel avait pour but évident d'anéantir la portée des décisions de la Cour de cassation, en particulier celle de 2004.

5 - Affirmation à confronter à la jurisprudence de la CEDH et du Conseil d'Etat jugeant le contraire depuis de nombreuses années.

Evidemment, l'audience relatée de cette manière, telle que je l'ai vécue, pouvait laisser penser que l'affaire connaîtrait une issue favorable, tant les arguments des requérants et de l'avocate de la HALDE étaient pertinents et développés, de manière exhaustive, avec force. Des doutes avaient toutefois été émis quant à la réception de certains arguments du représentant de la CAF auprès de magistrats pas tous spécialisés en droit de la protection sociale.

Et ce sont justement les arguments tenant à la maîtrise des flux migratoires et à la réduction des dépenses de sécurité sociale qui ont prévalu sur le respect de la hiérarchie des normes et de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La Cour, dans son arrêt du 3 juin 2011, s'est en effet bien gardée de légitimer la loi mise en cause par l'intérêt de l'enfant et de la santé publique (argument qui avait été anéanti par la plaidoirie de Me Masse-Dessen) mais a préféré aller sur un terrain autre, celui de « *la nécessité dans un état démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants* ».

Epilogue (postérieur au séminaire de réflexion)

Ainsi que nous l'avions évoqué ce jour de colloque, les voies à emprunter au lendemain des décisions défavorables de la Cour de cassation du 3 juin 2011 visent à s'appuyer sur les textes internationaux. Elles sont de deux ordres:

- Inciter les tribunaux, les TASS et cours d'appel à poser une question préjudicielle à la CJUE sur la conformité des dispositions litigieuses du code de la sécurité sociale aux conventions UE-pays tiers (pour les Algériens, les Marocains, les Tunisiens et les Turcs) ou à la directive de 2003 relative aux résidents de longue durée (pour les étrangers titulaires d'une carte de résident), lesquelles prévoient une égalité de traitement en matière de protection sociale.
- Saisir la Cour européenne des droits de l'Homme de cette question, ce qu'a réalisé Monsieur O. Dans ce cadre, il pourrait être aussi envisagé que le Défenseur des droits, reprenant les missions de la HALDE depuis le 1^{er} mai 2011, vienne au soutien du requérant par le biais de la procédure de la tierce intervention.

Le combat sur le terrain judiciaire pour la fin des discriminations des enfants étrangers dans l'accès aux prestations familiales n'est manifestement pas terminé!

2/ Les difficultés rencontrées par les travailleurs sociaux

Muriel Bombardi, travailleuse sociale, membre du CATRED

Ce qui est difficile pour nous, travailleurs sociaux et militants associatifs, qui ne sommes pas juristes de formation, c'est de s'approprier du droit et de le mettre en pratique. C'est pour cela que les brochures, comme celles du GISTI ou de l'association AIDES, et le kit qui a été fait sur les prestations familiales, sont très importantes car les procédures sont expliquées avec des modèles de recours.

Avoir des personnes ressources est également nécessaire car on peut vite se sentir coincés.

Je pense, par exemple, à des réponses de la CAF qui ne sont ni de refus ni des accords, mais qui conseillent aux familles de se rapprocher de l'OFII pour demander une procédure exceptionnelle d'admission au séjour. La première fois que j'ai vu cela, je me suis dit « qu'est-ce que je fais ? Est-ce que je considère cela comme un refus ou pas? ».

Avec un peu de pratique, on sait qu'il ne faut pas en tenir compte et continuer la procédure. Il est vrai qu'une fois que l'on a gagné plusieurs recours, avec des rappels de prestations parfois conséquents, on prend confiance et on présente les choses avec plus d'assurance aux familles. Du coup, ces dernières acceptent plus facilement d'aller au tribunal.

Je dis toujours aux familles que le combat qu'elles mènent est important pour elles, bien sûr, mais aussi pour toutes les familles qui, derrière, feront valoir leurs droits, comme cela a été le cas en matière de prestations non contributives (allocation supplémentaire du FNS, AAH).

A la suite de l'arrêt de la Cour de cassation d'avril 2010, la CAF de Seine Saint-Denis a commencé à systématiquement faire appel, le TASS de Bobigny reconnaissant le droit aux prestations familiales et prononçant l'exécution provisoire.

Ce que je constate néanmoins c'est que la CAF tarde à payer. J'ai des jugements qui datent de novembre-décembre 2010 et de janvier 2011 pour lesquels les prestations n'ont toujours pas été versées.

A cette difficulté, s'en ajoutent d'autres. Par exemple, j'ai une famille qui a obtenu ses prestations avec des rappels assez importants mais la totalité des rappels a été récupérée par la CAF pour une ancienne créance d'allocation parents isolés de 10 000€, et la CAF a également arrêté le versement de la totalité de leurs prestations, à savoir le RSA, les allocations familiales et l'aide au logement, toujours pour continuer à rembourser. C'est une pratique de plus en plus régulière de la CAF qui demande encore de faire des courriers...

Je viens parfois aussi en appui de collègues assistantes sociales; c'est dans ces circonstances que j'ai rencontré monsieur A., pour lequel non seulement il y avait un problème de prestations familiales pour sa fille mais également de RSA majoré

3/ Le témoignage d'un parent usager de la CAF

Monsieur A.

Je suis résident en France, j'ai la carte de résident. Ma femme et ma fille, qui est âgée de six ans, sont entrées en France hors du regroupement familial. Par l'intermédiaire d'une assistante sociale, j'ai connu Madame Muriel Bombardi qui m'a aidé pour l'accès aux droits sociaux, en particulier pour l'attribution des prestations familiales et du RSA.

La CAF m'a opposé de nombreuses conditions et surtout celle d'apporter le certificat de la préfecture. Je n'ai pas pu le faire parce que je ne pouvais pas aller à la préfecture avec ma femme vu qu'elle est en situation irrégulière.

Ils m'ont également demandé un certificat médical de l'OFII.

Finalement, nous sommes allés au TASS qui, heureusement, m'a donné raison et a rendu un jugement favorable le 9 décembre dernier avec exécution provisoire.

Mais, jusqu'à présent, la CAF ne m'a toujours rien versé. D'ailleurs, j'ai aussi droit à l'AAH car je suis reconnu handicapé par la MDPH. J'ai déposé la décision à la CAF il y a deux mois, cette dernière aurait dû me payer à partir du mois de février. Cependant, jusqu'à maintenant, elle ne m'a rien versé.

Je suis donc reconnaissant aux personnes et au CATRED qui peuvent nous aider à faire valoir nos droits.

4/ Le rôle clé des travailleurs sociaux dans l'accès aux droits

*Antoine Math, secrétaire général du CATRED et co-animateur
du groupe de travail sur le droit à la protection sociale des étrangers et précaires*

Les juges le savent bien, les avocats un peu, dès que l'on se trouve dans le domaine de la protection sociale des pauvres ou des précaires, les personnes ne font pas de recours. Les recours restent des exceptions, des accidents. D'ailleurs, la plupart de grandes jurisprudences des « cours suprêmes », Cour de cassation, Cours européennes, etc., celles qui sont commentées dans les revues de droit par de grands universitaires, ce sont toujours des accidents de parcours. La règle qui prévaut pour les personnes concernées est plutôt celle de ne jamais faire valoir ses droits en justice, de ne pas engager de recours.

Qui sont alors les rares juristes qui agissent en matière de droits sociaux des personnes précaires?

On les trouve parfois dans de petites associations aidant les étrangers ou les précaires, mais très peu font du contentieux en matière de protection sociale. Le CATRED fait partie de ces exceptions.

On trouve certes des associations s'engageant dans l'action juridique pour tout ce qui a trait à l'accès aux soins et à la protection maladie, avec des associations de professionnels de santé ou de défense des malades. On peut citer, à titre d'exemples, le Comede, Médecins du Monde, AIDES, Act Up. Mais dès lors qu'il s'agit d'autres dispositifs de protection sociale, le milieu associatif est très peu présent. De ce point de vue, le CATRED est aussi - malheureusement - une exception.

De fait donc, ceux qui doivent faire du droit en matière de protection sociale, les juristes de la vie réelle, ce sont les travailleurs sociaux, souvent pas même formés ni acculturés aux rudiments élémentaires du droit. Reste que ce sont souvent eux qui permettent l'accès ou le non accès au droit.

Un des enjeux de la lutte pour les prestations familiales, et pour l'accès aux droits sociaux en général, n'est donc pas d'espérer un engagement des praticiens du droit sur ce terrain – même si toutes les participations d'avocats ou d'universitaires sont toujours plus que bienvenues – mais de faire en sorte que ces travailleurs sociaux soient en capacité intellectuelle, en terme de connaissance juridique mais aussi d'un point de vue idéologique, pour pouvoir aider les personnes à faire des démarches, à faire valoir leurs droits, y compris à travers des recours contentieux.

5/ Intérêt et utilisation des conventions internationales : expériences et perspectives

Hélène Gacon, avocate au barreau de Paris

Ce contentieux des prestations familiales est peut être un des rares cas, et pas seulement sur le plan juridique, pour lequel je suis optimiste. Très franchement, je crois que l'on va finir par gagner. Le problème c'est quand et à quel prix ?

Si l'on prend la logique judiciaire du contentieux des prestations non contributives, on a eu la décision du Conseil constitutionnel en 1990, puis l'arrêt *Exibert* de la Cour de Luxembourg en 91 (un arrêt belge mais qui peut complètement être transposé au droit français) et, finalement la loi du 11 mai 1998 qui a supprimé la condition de nationalité pour l'accès aux prestations non contributives.

Dans le cas des prestations familiales, nous n'avons même pas encore d'arrêt clair de la Cour de cassation donc même si, à l'issue de l'audience de mai 2011, l'arrêt est favorable, il se peut que la question soit vraiment réglée uniquement dans 8 ou 9 ans. J'ai en tout cas la conviction qu'elle le sera.

Ce qui a fait notamment basculer le contentieux des prestations non contributives c'est l'appui sur les conventions internationales. Ainsi, je voudrais m'attacher à l'évocation des conventions internationales pour la question qui nous intéresse aujourd'hui, celle des prestations familiales. Comment utiliser ces conventions de manière un peu astucieuse, pertinente ?

Ce qui nous a beaucoup aidés, c'est un arrêt de la Cour du Luxembourg rendu en 2006 dans un domaine qui n'avait rien à voir, l'arrêt *Brasseries du pêcheur*.

Pour la première fois, la Cour du Luxembourg a dit que le seul fait de constater une violation du droit communautaire était suffisant pour engager la responsabilité de l'Etat ou de l'institution fautive. Nous avons là un outil pour faire constater la responsabilité de la caisse et demander des dommages-intérêts. La première fois que j'ai plaidé cela, nous avons eu 200 francs de dommages-intérêt pour violation du droit communautaire. C'est peu, mais petit à petit, cela a commencé à embêter le directeur de la CNAM.

Ce qui est toutefois délicat avec les conventions internationales, c'est qu'il y en a beaucoup. Ainsi, les conclusions des avocats ressemblent souvent à des inventaires face auxquels les juges sont quelque peu désarmés.

Les avocats se doivent donc, en plus d'être « loyaux », d'être pédagogiques. Un exemple: l'arrêt G. de la cour d'appel de Paris qui s'est prononcée sur renvoi de l'arrêt de la Cour de cassation. L'arrêt se présente sous forme d'inventaire et la cour a de nouveau rejeté le recours de M. G. Cela montre qu'il faut avoir une stratégie quant à la manière dont on va présenter les conventions internationales: quelles conventions choisir? Dans quel ordre et comment les présenter?

Cela n'a aucun intérêt de dire que la loi est discriminatoire ou que l'application de la loi dans le cas d'espèce est discriminatoire, qu'il y a des conventions internationales qui posent le principe de non-discrimination et que, donc, ce n'est pas compatible avec la convention.

Il faut, pour chaque convention, essayer de voir quelle est sa spécificité, quel est son apport et comment les conventions peuvent se compléter les unes les autres, pour finalement inciter le magistrat à se dire « j'ai l'embarras du choix— laquelle est la plus appropriée dans le cas d'espèce? ».

La première chose à regarder lorsque l'on veut invoquer une convention, c'est sa portée géographique. Cela va dépendre de la nationalité de la personne concernée mais aussi de son lieu de résidence.

On a de multiples conventions qui sont quasi universelles. L'exemple type ce sont les conventions de l'ONU, par exemple la CIDE (puisque l'on est dans un contentieux où des enfants sont concernés).

On a aussi des conventions régionales, notamment européennes. Une bonne stratégie peut être, soit de les mettre en concurrence, soit, au contraire, de montrer en quoi elles sont complémentaires.

Je fais allusion au Conseil de l'Europe, avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme, et notamment l'article 14 qui interdit les discriminations au vu de l'origine nationale dans l'octroi des droits protégés par la Convention.

En matière de protection sociale, la grande invention de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, à partir de l'arrêt *Gaygusuz* en 1996, a été de dire que l'article 14 doit se combiner avec une autre disposition, l'article 1^{er} du protocole n° 1, c'est-à-dire l'article qui protège le droit patrimonial.

Ce qui était nouveau et tout à fait essentiel, c'est que pour la première fois, les juges de Strasbourg ont dit très clairement qu'une prestation sociale, quelle qu'elle soit, quel que soit le domaine, que ce soit une prestation contributive, non contributive ou même d'assistance sociale, est un droit patrimonial.

Donc, moi, bénéficiaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, j'ai un droit patrimonial pour lequel je peux revendiquer le principe de l'égalité de traitement.

Il faut en outre souligner que le gros avantage de la Convention européenne des droits de l'homme c'est que peut l'invoquer toute personne *résidant* sur le territoire d'un Etat signataire, quelle que soit sa nationalité.

A côté de la Convention européenne, il y a le droit communautaire.

Le droit communautaire est celui auquel nous avons particulièrement pensé dans les années 90 car le traité sur la Communauté européenne était une des premières conventions internationales qui posait très clairement le principe de l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale, à travers un règlement de coordination des régimes nationaux de sécurité sociale et divers accords de coopération et d'association remplacés maintenant par des accords d'association conclus avec l'Union Européenne d'un côté et certains Etats tiers de l'autre, c'est-à-dire : l'Algérie, le Maroc la Tunisie et la Turquie.

Le champ d'application de ces derniers textes est limité, mais par exemple, M. G. qui est marocain, a tout intérêt à invoquer en premier l'accord UE-Maroc.

En matière de droit européen au sens large, il faut aussi noter que l'article 8 de la CEDH sur le droit à la vie privée et familiale a été de manière quasi littérale repris à l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui est entrée en vigueur et fait maintenant partie du droit contraignant communautaire.

Enfin, troisième catégorie de conventions internationales (si on les prend sous l'angle géographique) ce sont les conventions bilatérales.

Les conventions bilatérales ont aussi leur intérêt mais elles vont souvent redire ce que dit par ailleurs une convention multilatérale. Généralement ce n'est pas un axe majeur, à mon avis, dans la défense.

Ensuite, il faut être très attentif au caractère contraignant de ces conventions.

Aujourd'hui, nous sommes à peu près tranquilles pour toutes les conventions, encore qu'il y a certains doutes sur certains textes nouveaux, notamment s'agissant de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant. En ce qui concerne la CEDH et le droit communautaire, il n'y a aucun doute.

Dans tous les cas, il faut vraiment analyser et, surtout, exposer la valeur contraignante de chaque convention car les juges sont assez souvent ignorants de cela, même s'ils ont une volonté très loyale.

Autre aspect tout à fait essentiel lorsque l'on est dans le cadre d'une convention internationale: le champ d'application personnel.

Il s'agit ici de vérifier que l'allocataire, pour lequel nous intervenons, a vraiment vocation à invoquer telle ou telle convention selon sa nationalité et aussi selon son lieu de résidence.

Par exemple, devant la cour d'appel de Lyon: pour M. G., la convention bilatérale franco-marocaine devrait s'appliquer en tant qu'elle concerne les travailleurs mais le juge considère que ce n'est pas possible car M. G. est au chômage.

Il suffit pourtant d'aller regarder ce qu'est un chômeur pour voir qu'en droit communautaire, un chômeur est un travailleur, c'est-à-dire une personne légalement admissible sur le marché du travail.

Vient ensuite le champ d'application matériel, et l'arrêt concernant M. G. comprend une autre erreur. La cour soutient que les prestations familiales ne feraient pas partie du champ d'application matériel de la directive relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, autre texte important, ce qui est une aberration.

A côté de ce petit « guide » pour l'invocation des conventions internationales, l'autre point, à mon avis essentiel en ce moment, est de bien s'expliquer sur la manière dont l'on envisage le droit qui est revendiqué. C'est quelque chose de nouveau par rapport aux contentieux des années 90.

Dans les années 90, nous étions davantage dans une réflexion binaire: est-ce qu'il y a une discrimination ou pas?

Ces dernières années, le contentieux s'est complexifié avec des nuances dans les discriminations selon les étrangers. Des logiques nouvelles entrent également en scène et élargissent le débat, comme celles de la santé publique ou encore de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela donne des raisons d'être optimiste.

Enfin, d'un point de vue procédural, il faut imaginer les suites.

Ainsi, lorsque l'on est dans le cadre du droit communautaire, il y a la possibilité pour la juridiction d'arrêter le procès en cours de route par un sursis à statuer et de poser une question à la Cour du Luxembourg. Il faut néanmoins y réfléchir à deux fois dans la mesure où cela ralentit tout de deux ans au moins. Ensuite, stratégiquement est-ce une bonne chose, lorsque l'on sait que les juges, comme le législateur, ne suivent pas forcément les préconisations de la Cour de justice?

Voilà ce que je voulais dire sur les conventions internationales.

J'aurais voulu également aborder les questions de pratiques mais je m'en abstiens. J'ai néanmoins deux conseils pratiques très importants:

- Dans les écritures, bien demander la liquidation des prestations familiales et pas des allocations familiales qui ne constituent qu'une partie des prestations familiales.

- Avoir en tête la règle de la prescription biennale car normalement le droit est ouvert à partir du premier jour suivant le mois où l'on a fait la demande mais il y a une rétroactivité possible qui peut courir pour autant que la personne a un titre de séjour. Il faut donc vérifier que dans les deux ans la personne avait bien un titre de séjour. A défaut, le droit est ouvert à partir du jour où cela a été jugé.

Il y a aussi la question de l'exécution provisoire mais, concrètement, je ne sais pas encore quoi conseiller à mes clients... C'est sûr qu'il vaut mieux que l'argent leur soit versé et placé dans leur compte d'épargne plutôt que dans la trésorerie de la CAF. Toutefois, avec toutes les incertitudes liées au contentieux, c'est concrètement un énorme problème.

6/ Expérience et réflexion d'une avocate confrontée aux refus des prestations

Geneviève Afoua-Geay, avocate au barreau du Val de Marne, membre du CATRED

Comme l'a rappelé Patrick Mony, la lutte pour obtenir les prestations sociales est une longue lutte, ancienne, qui continue. Il est possible de l'apparenter au mythe de Sisyphe. Nous essayons de monter au sommet de la montagne et à chaque fois que nous croyons y être arrivés, nous retombons et sommes obligés de recommencer. J'ai l'impression que nous sommes dans ce cycle de recommencement permanent et que nous ne sommes pas au bout de nos peines.

Le décret du 27 février 2006, pris pour l'application de la loi du 19 décembre 2005, et qui impose un certain nombre de documents pour justifier la régularité de l'entrée et du séjour des enfants va dans le sens de la politique de restriction du flux migratoire. En effet, le législateur a créé des catégories d'étrangers pour satisfaire son souhait de choisir les immigrés qui peuvent vivre en France. C'est la politique de l'immigration choisie.

Outre l'exigence du certificat médical délivré par l'OFII pour justifier l'entrée et le séjour des enfants, l'article D. 512.2 du code de Sécurité Sociale prévoit- comme l'a rappelé Anne Du Quellennec- d'autres catégories d'étrangers pour lesquels ce certificat n'est pas exigé. C'est le cas notamment les enfants de scientifiques.

Nous voyons bien qu'il y a une gradation entre les gens que nous voulons faire venir en France. Ceux dont nous voulons n'ont pas besoin de présenter un certificat médical et ceux dont nous ne voulons pas se voient imposer des conditions plus strictes

Avant, il y avait discrimination entre les ressortissants français et étrangers. Désormais, la discrimination se répartit également entre étrangers.

Le Professeur Lhernould a rappelé tout à l'heure que l'un des éléments qui fondait l'accès aux prestations sociales, c'était aussi l'intégration. Or, il y a beaucoup d'étrangers qui sont titulaires, par exemple, de la carte de résident de dix ans, pour lesquels on exige la production du certificat médical (même si l'enfant est entré en France en même temps que l'un des parents), alors qu'un étranger titulaire d'une carte temporaire d'un an « vie privée et familiale », dont l'enfant est venu en même temps que lui, et qui n'a pas encore fait preuve de son intégration, est dispensé de la présentation de ce certificat.

Nous naviguons en pleine incohérence.

Ceci dit, quelles sont les pratiques observées?

Dans la pratique, les juges sont gênés pour faire le tri dans ce foisonnement de textes. Les motifs retenus par les jugements permettent de constater s'ils ont ou non fait une application loyale des textes.

A propos de l'arrêt d'avril 2010, je pense que les magistrats de la Cour de cassation subissaient une telle pression politique qu'ils n'ont pas tiré de conclusions loyales par rapport à l'interprétation à donner aux textes.

Lorsque l'on dit que la loi répond à un objectif de santé publique, ce n'est pas vrai sauf à l'appliquer à tout le monde. Nous voyons bien qu'il y a une malhonnêteté intellectuelle à dire que l'exigence du certificat médical répondrait à un objectif de santé publique alors même que les débats ayant précédé l'adoption de la loi n'ont pas exprimé cette préoccupation. D'ailleurs, beaucoup de TASS, notamment le TASS de Bobigny, n'ont jamais varié dans leur raisonnement et continuent à motiver, de manière récurrente, que la loi n'a pas voulu soumettre l'accès aux prestations familiales à un objectif de santé publique. Les magistrats du TASS de Bobigny

reprennent régulièrement l'arrêt d'assemblée plénière de 2004 ainsi que l'arrêt de décembre 2006, qui a également affirmé très clairement que l'exigence du certificat médical était contraire aux articles 8 et 14 de la CEDH (Cass. Civ. 2, 6 décembre 2006, n° 05-12666).

Un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 3 juillet 2008 (CA Paris, 18 B, 3 juillet 2008, *B. c/ CAF de la Seine Saint Denis*) s'est montré très progressiste sur la question (ce qui n'est plus le cas depuis l'arrêt d'avril 2010) en retenant que, certes, la loi de 2005 a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel – c'est souvent l'argument que nous opposent les caisses devant les tribunaux – mais qu'en leur qualité de juges de l'ordre judiciaire, ils étaient aussi juges de la conventionalité des lois et qu'il leur incombait, concernant les prestations familiales, d'apprécier si la loi porte une atteinte disproportionnée au principe de non-discrimination et au droit à la protection de la vie familiale, au regard des articles 8 et 14 de la CEDH ainsi qu'au regard de l'article 3-1 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant, qui met en exergue l'intérêt supérieur de l'enfant.

Partant de ce principe, la cour d'appel de Paris a considéré que la discrimination, opérée entre enfants remplissant les conditions de régularité de l'entrée sur le territoire français dans le cadre du regroupement familial et ceux ne les remplissant pas, était fondée sur des objectifs de maîtrise des flux migratoires et de maîtrise des dépenses publiques alors que la nature même des prestations familiales est de satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet arrêt de principe me paraît aller dans le sens de l'intérêt général.

Plus récemment, la cour d'appel de Colmar a rendu, le 24 mars 2011, un arrêt allant dans le même sens avec cette particularité que l'allocataire avait proposé à la CAF de faire pratiquer une visite médicale à son enfant dans les mêmes conditions que celles du regroupement familial. La CAF avait rejeté la proposition. Les juges en ont déduit que dès lors que la CAF refusait que l'enfant passe cette visite médicale, dans les mêmes conditions que celles de la visite pratiquée dans le cadre du regroupement familial, cela voulait dire que l'objectif poursuivi n'était pas l'intérêt de santé publique mais bien un objectif de maîtrise du flux migratoire.

Pour en terminer, il y a un point un peu inquiétant sur l'évolution de la jurisprudence du TASS de Créteil. Jusqu'à récemment, nous avions de bonnes décisions, y compris après le mauvais arrêt de la Cour de cassation de 2010. Depuis mai 2011, le TASS affirme de manière péremptoire que la nouvelle jurisprudence, issue de l'arrêt de cassation du 15 avril 2010, est maintenant stable et qu'il n'y a « aucune probabilité de revirement à court ou moyen terme » (je cite le jugement). Cette affirmation est fort inquiétante par rapport au nouvel arrêt d'Assemblée plénière attendu.

Pour l'avenir, je suis assez pessimiste. En effet, nous nous battons depuis fort longtemps pour obtenir des droits et ces droits sont sans cesse remis en cause.

Dans le meilleur des cas, il est possible que la Cour de cassation reconnaisse le document de circulation pour étrangers mineurs, comme une preuve de régularité de l'entrée et du séjour de l'enfant. Rappelons qu'en décembre 2003, la Cour de cassation a déjà rendu un arrêt allant dans ce sens, sauf que cet arrêt n'a pas pu prospérer, parce que la Cour avait visé dans son arrêt le texte relatif au document de circulation délivré aux gens du voyage, confondant ainsi document de circulation pour étranger mineur et document délivré aux gens du voyage (rires dans la salle). Cela démontre à quel point ces hauts magistrats sont proches de la réalité des gens...

En revanche, les juges du premier degré rendent des décisions plus favorables parce qu'ils voient les gens lors des audiences et qu'ils les entendent raconter leur réalité quotidienne.

En conclusion, je suis plutôt pessimiste par rapport à ce que décidera la Cour de cassation en Assemblée plénière. Vu le discours politique ambiant, je ne pense pas que l'on va vers un progrès dans les droits.

Epilogue écrit après les nouveaux arrêts d'assemblée plénière du 3 juin 2011

Geneviève Afoua-Geay

Les arrêts du 3 juin 2011 se prononcent sur la question de la conformité de la législation française, applicable au versement des prestations familiales, au regard des conventions internationales mais exclusivement sous l'angle de la vie familiale. Ils passent totalement sous silence la question des discriminations prohibées par de nombreux engagements internationaux de la France.

Ces arrêts mettent en avant la notion de « *nécessité dans un état démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants* », sans expliciter à quel but légitime se rattache cette notion et sans examiner la question de proportionnalité par rapport à ce but.

Alors que la loi de 2005 et son décret d'application n'ont rien modifié, ces arrêts opèrent une distinction entre les périodes antérieures et postérieures à la loi du 19 décembre 2005.

Pourtant la législation antérieurement en vigueur posait déjà la condition de régularité d'entrée des enfants en France en exigeant la production du certificat médical délivré à l'issue de la procédure de regroupement familial. Sur ce point la loi de 2005 et son décret d'application n'ont rien modifié. Or cette condition avait été jugée contraire aux articles 8 et 14 de la CEDH par l'arrêt d'Assemblée plénière de 2004.

Il est donc incohérent d'estimer que l'exigence de certificat médical est contraire aux articles 8 et 14 de la CEDH avant le 20 décembre 2005 mais respectueuse de ces mêmes articles après cette date. La Cour ne s'explique cependant pas sur cette distinction.

Reste également en suspens la position qu'aurait adoptée la Cour de cassation sur la conformité du droit interne au regard des accords d'association entre l'Union Européenne et le Maghreb ou entre l'UE et la Turquie.

IV/ Quelle perspective après les décisions de la Cour de cassation du 3 juin 2011 ? **Lutte pour l'égalité des droits, textes internationaux et résistance des juridictions**

Lola Isidro, membre du CATRED

Les arrêts d'Assemblée plénière du 3 juin 2011, par lesquels la Cour de cassation a considéré que les dispositions du code de la Sécurité sociale relatives à l'octroi des prestations familiales pour les enfants étrangers « revêtent un caractère objectif justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants », justifiant par-là les décisions de refus de versement des prestations familiales pour les enfants entrés hors du regroupement familial, n'auront pas constitué le dernier épisode de la « saga » des prestations familiales.

Le séminaire de réflexion du 28 mai 2011, et en particulier la conclusion de Serge Slama, avait souligné l'intérêt de s'appuyer sur les textes internationaux pour défendre l'égalité des droits et lutter contre les refus de prestations familiales opposés aux enfants étrangers vivant en France.

Les participants au séminaire, praticiens du droit et universitaires, avaient en particulier mis en exergue deux sources internationales:

- 1/ la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du Conseil de l'Europe.
- 2/ le droit de l'Union européenne, en particulier les accords conclus entre l'Union Européenne (UE) et l'Algérie, le Maroc, la Tunisie et la Turquie, ou encore la directive de 2003 sur les résidents d'Etat tiers de longue durée, tous ces textes exigeant l'égalité de traitement en matière de protection sociale.

À la suite des arrêts du 3 juin 2011, que la Cour de cassation a ultérieurement confirmé, il est plus que jamais nécessaire de mobiliser ces deux corpus juridiques.

En ce sens, les parents, lésés dans l'affaire qui a donné lieu à l'un des arrêts du 3 juin 2011, ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme. Dans leur démarche, ils devraient continuer à être soutenus par le Défenseur des droits.

Plus généralement, les familles intéressées, et ceux qui les soutiennent, comme le CATRED, ne baissent aujourd'hui pas les bras et n'hésitent pas à s'appuyer sur ces textes internationaux pour engager des recours. Et des juges, tout à leur « loyauté » vis-à-vis du droit, concluent au bien-fondé des réclamations.

Ainsi, récemment, des TASS et des cours d'appel font preuve de résistance en mobilisant le droit européen. Les cours d'appel de Colmar, Besançon et Lyon se distinguent.

La cour d'appel de Colmar tout d'abord, dans un arrêt du 24 mai 2012, s'est opposée frontalement à la Cour de cassation en jugeant sa motivation « générale et abstraite ». Les juges ont en particulier relevé que l'exigence de l'entrée de l'enfant par le regroupement familial portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie familiale en ce que son respect obligerait, dans la situation de la famille en cause, à un retour de l'enfant dans le pays d'origine et impliquerait donc une séparation d'avec les parents.

La cour d'appel de Besançon, quant à elle, dans cinq arrêts datés du 4 mai 2012, a décidé que la solution de l'Assemblée plénière de 2011 n'était pas applicable aux cas d'espèce dans la mesure où les enfants n'étaient pas entrés en France après les parents mais en même temps que ces derniers. Là encore, l'obligation de se conformer à la procédure de regroupement familial obligerait les enfants à quitter leurs parents, ce qui, l'a reconnu la Cour, porterait atteinte au droit à la protection de la vie familiale, tel qu'énoncé à l'article 8 de la CEDH.

Enfin, sans mentionner l'arrêt de l'Assemblée plénière de 2011, la cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 4 septembre 2012, a fait droit à des époux marocains ayant recueilli leurs trois neveux en vertu d'une kafala (adoption de droit musulman), sans passer par le regroupement familial. La cour a rappelé que l'accord euro-méditerranéen conclu entre l'Union européenne et le Maroc, que la France a ratifié en 1997, prévoit une égalité de traitement en matière de sécurité sociale en faveur des travailleurs marocains au sens large (incluant les retraités, comme c'était le cas en l'espèce) et leur famille. Ainsi, en vertu de cet accord, supérieur à la loi française, la cour a jugé que les prestations familiales devaient leur être accordées.

Ce faisant, tandis que les cours d'appel de Colmar et de Besançon préconisent une appréciation concrète des situations tout en rappelant le nécessaire respect des engagements internationaux de la France, en particulier en matière de droits de l'homme, la cour d'appel de Lyon met directement en œuvre un de ces engagements internationaux, à savoir l'accord UE-Maroc.

Sur la base des accords UE-Maroc ou UE-Algérie, certains TASS, comme celui de Paris, prennent aussi cette voie en accordant les prestations familiales à des ressortissants marocains ou algériens résidant sur le territoire français avec leurs enfants.

Ces jugements et arrêts confirment, s'il en était besoin, la nécessité pour la Cour de cassation de revoir sa position et de revenir à sa jurisprudence antérieure protectrice des enfants étrangers.

La haute juridiction a d'ailleurs été récemment appelée à se réunir de nouveau en Assemblée plénière pour trancher la question au regard de l'accord entre l'UE et l'Algérie. C'est le signe que le combat que mène le CATRED, avec d'autres, pour l'octroi des prestations familiales aux enfants étrangers a plus que jamais sa raison d'être.

VI/ Bibliographie indicative

R. de Gouttes, « Vérité et effectivité dans l'accès aux prestations familiales pour les enfants étrangers entrés en France avec leurs parents », *in* Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, La documentation Française, 2005, p. 89.

GISTI, *Les enfants entrés hors regroupement familial ont droit aux prestations familiales*, Les notes pratiques, 2^{ème} éd., 2009.

A. Gouttenoire, « Le bénéfice des prestations familiales réservé à certains enfants étrangers », *Actualités juridiques Famille* 2012, p. 183.

J.-E. Schoettl, « La LFSS pour 2006 devant le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit administratif* 2006, p. 126.

S. Séguès et A. Toullier, « L'accès des étrangers aux prestations servies par les caisses d'allocations familiales », *Droit social* 2005, p. 665.

Jurisprudence et commentaires

Ass. plén., 16 avril 2004, n° 02-30157, Bull. 2004 A. P. n° 8 :

- Ccl° du conseiller rapporteur A. Coeuret, *Droit social* 2004, p. 774.
- I. Daugareilh, « Du nouveau sur les allocations familiales pour les étrangers », *Revue de droit sanitaire et social* 2004, p. 964.
- X. Prétot, *Recueil Dalloz* 2004, Somm. 2614.

Civ. 2^e 6 déc. 2006, n° 05-12666, Bull. 2006 II n° 342 :

- A. Devers, « Les mineurs étrangers, même en situation irrégulière, ont droit aux prestations familiales ! », *Droit de la famille* 2007, n° 74.

Civ. 2^e 15 avr. 2010, n° 09-12911, Bull. 2010 II, n° 85 :

- A. Devers, « La saga du droit aux prestations familiales des enfants mineurs étrangers », *JCP S* n° 28, 2010, p.1303.
- J.-Ph. Lhernould, « Les prestations familiales pour enfants d'étrangers : le droit constitutionnel face au droit international », *JCP G* n° 24, 2010, p. 1240.

Ass. plén, 3 juin 2011, n° 09-69.052, publié au bull. :

- A. Devers, « Subordonner le versement des prestations familiales à l'entrée régulière des enfants étrangers en France est licite », *JCP S* 2011 n° 31, p. 1380.
- Avis de l'avocat général G. Azibert, *Droit social* 2011, p. 613.
- I. Sayn, *Actualités juridiques Famille* 2011, p. 375.
- Th. Tauran, « Les limites à l'attribution des prestations familiales aux parents d'enfants étrangers », *Revue de droit sanitaire et social* 2011, p. 738.

Nous tenons de nouveau vivement à remercier l'ensemble des participants
intervenues lors du séminaire du 24 mai 2011

**brochure a été soutenue et financée par la DRJSCS Ile-de-France,
le CCFD-Terre Solidaire et la DPVI / Mission Intégration (Ville de Paris)**

ISBN : 2-95617551-6-3

Dépôt légal : 4^{ème} trimestre 2012

**Imprimé sur les presses
de l'imprimerie Expressions2 à Paris 20^e**

CATRED
Collectif des Accidentés du Travail, handicapés et Retraités pour l'Égalité des Droits
20 Boulevard Voltaire 75011 PARIS
Tél : 01 40 21 38 11/ Télécopie : 01 40 21 01 67
Mail : asso.catred@wanadoo.fr
Site : www.catred.org
ISBN : 2-95617551-6-3