

IRES

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 03.01

**LA PROTECTION SOCIALE DES RESSORTISSANTS D'ETATS TIERS
DANS L'UNION EUROPEENNE :
VERS UNE CITOYENNETE SOCIALE DE RESIDENCE ?**

Antoine Math

Juin 2003

**INSTITUT DE RECHERCHES ECONOMIQUES ET SOCIALES
« au service des organisations syndicales représentatives des travailleurs »
16, Boulevard du Mont d'Est 93192 Noisy-le-Grand Cedex
Tel (33) 01 48 15 18 90 Fax (33) 01 48 15 19 18**

LA PROTECTION SOCIALE DES RESSORTISSANTS D'ETATS TIERS DANS L'UNION EUROPEENNE : VERS UNE CITOYENNETE SOCIALE DE RESIDENCE ?¹

S'intéresser à la protection sociale des ressortissants d'Etats tiers dans l'UE implique d'examiner la question de l'égalité des droits et des discriminations dans le champ de la protection sociale. Dans les pays de l'UE, les discriminations entre ressortissants non communautaires et les autres ressortissants de l'UE s'inscrivent dans la poursuite des discriminations subies dans le passé, et parfois encore aujourd'hui, par les ressortissants communautaires eux-mêmes, par exemple les discriminations subies par les immigrés en France au cours du 20^{ème} siècle. Pour comprendre les discriminations qui touchent les ressortissants d'Etats tiers en matière de protection sociale dans l'UE, il importe donc de revenir sur celles qui ont touché ou touchent encore les ressortissants communautaires par rapports aux nationaux. Pour présenter les évolutions et la situation actuelle je scinderai ma présentation en deux parties. En m'intéressant d'abord aux **discriminations directes** (I) c'est-à-dire celles fondées directement sur la nationalité. Il s'agit des dispositifs dont les règles d'éligibilité posent une condition explicite de nationalité, c'est-à-dire traite différemment les personnes du seul fait de leur nationalité. Nous verrons que ces discriminations directes ou ostensibles tendent à être prohibées et sont appelées à disparaître en Europe. Ensuite, nous verrons qu'à mesure que les discriminations directes tendent à s'estomper, on assiste à une émergence ou un renforcement d'autres formes de discriminations moins ostensibles, mais tout aussi négatives dans leurs effets. Il s'agit des **discriminations indirectes** (II), formes déguisées de discriminations consistant non pas à conditionner l'accès aux prestations directement à la nationalité mais à poser d'autres règles d'éligibilité qui, bien que neutres en première apparence au regard du critère de nationalité, aboutissent à priver les étrangers de prestations, ou même simplement proportionnellement davantage les étrangers que les autres catégories. Ces discriminations indirectes sont particulièrement développées au détriment des ressortissants d'Etat tiers à travers de nombreuses conditions spécifiques, notamment des conditions liées au séjour (titres, durée).

Avant d'aborder le vif du sujet, il s'agit de planter rapidement le décor sur la question de la protection sociale des ressortissants d'Etats tiers dans l'UE.

La protection sociale, un droit de la personne humaine

La protection sociale concerne le système de soin et la protection de la santé, la retraite, la protection des chômeurs, des invalides, le soutien ou la prise en compte des charges familiales, la solidarité et plus généralement la nécessité de couvrir contre les risques de la vie et de préserver le « vivre ensemble ». La protection sociale est une composante essentielle de nos sociétés. Elle n'est pas une faveur accordée mais constitue un droit fondamental et fait partie intégrante des droits de l'Homme. A ce titre, elle constitue en particulier au regard des textes internationaux un droit pour toutes les personnes quelle que soit leur nationalité.

¹ Texte d'une communication présentée à la réunion du *Consiglio Generale degli Italiani all'Estero* (CGIE, sorte d'équivalent du Conseil supérieur des Français à l'étranger) du 29 au 31 mai 2003 à Casablanca, sur l'invitation du président de l'INCA-CGIL de Paris, membre du CGIE. L'analyse présentée ici repose pour partie sur une pratique du droit de la protection sociale des étrangers exercée depuis une petite dizaine d'années. Cette pratique, destinée à faire avancer l'égalité des droits, s'est effectuée essentiellement dans des cadres collectifs. Cette pratique s'est évidemment aussi appuyée sur un suivi régulier des évolutions et de la réflexion dans ce domaine. Une bibliographie indicative très partielle se trouve à la fin de ce texte.

Les ressortissants d'Etat tiers dans l'Union européenne

Population selon la nationalité (en % du total) dans l'UE, 2000 (ou dernières données)

Pays	Nationaux	Nationaux d'autres Etats membres de l'UE	Etrangers non communautaires
Autriche	90.7	1.2	7.9
Belgique	91.7	5.5	2.8
Danemark	95.2	1.0	3.8
Finlande	98.3	0.3	1.4
France	94.4	2.0	3.5
Allemagne	91.1	2.3	6.7
Grèce	98.5	0.4	1.1
Irlande	96.7	2.4	0.9
Italie	97.8	0.3	1.9
Luxembourg	65.1	31.0	3.8
Pays-Bas	95.9	1.2	2.9
Portugal	98.1	0.5	1.4
Espagne	98.0	0.8	1.2
Suède	94.5	2.0	3.5
R-U	96.1	1.5	2.5

Note : pour les pays d'immigration plus ancienne, la part des ressortissants non communautaires ne reflète pas seulement l'importance des flux migratoires passés mais également la législation au regard de l'acquisition à la nationalité du pays de résidence. En Allemagne et en Autriche par exemple, l'acquisition de la nationalité est plus difficile. Les ressortissants non communautaires ainsi que leurs enfants nés dans le pays d'accueil ont toujours la nationalité du pays de départ. A l'inverse, dans d'autres pays, la nationalité est plus facilement accessible aux ressortissants d'Etats tiers et surtout à leur enfants nés sur place, par exemple en Belgique, en France et au Royaume-Uni.

Source: Eurostat. Données de 1999 pour le Danemark et le R-U, de 1998 pour l'Autriche, la France et le Luxembourg, de 1997 pour la Grèce.

La protection sociale des ressortissants d'Etat tiers est une question d'autant plus importante que les étrangers des Etats tiers représentent une partie croissante de la population de l'Union européenne. Dans l'Union européenne, les étrangers - les personnes résidant dans un pays dont il n'ont pas la nationalité - sont 19 millions, soit environ 5% de la population totale. Environ 6 millions, soit 30% des étrangers, ont la nationalité d'un autre pays membres et ils représentent 1.6% de la population totale de l'UE. Les non communautaires sont estimés à 13 millions, soit 3.4% de la population totale. Cette part a augmenté depuis une quinzaine d'année, puisque les non communautaires représentaient 2.3% de la population en 1985. Cette évolution n'est pas une surprise, et cette évolution n'est pas une exception européenne, puisque l'augmentation de la mobilité et des migrations est une évolution mondiale, les flux de migrations sud-sud étant même bien supérieurs aux flux de migrations sud-nord. Les étrangers non communautaires représentent une part de la population totale inférieure à 2% dans les pays de l'Europe du sud (Italie, Espagne, Grèce, Portugal), en Irlande et en Finlande, tous des pays d'immigration relativement plus récente par rapport aux autres pays. Cette part est au contraire élevée en Autriche (près de 8%) et en Allemagne (près de 7%). Elle se situe entre 3 et 4 % en France, en Suède, au Danemark et au Luxembourg.

La protection sociale des ressortissants d'Etat tiers : entre politiques d'immigration et politiques sociales, entre compétence nationale et compétence communautaire

La protection sociale des ressortissants d'Etats tiers se trouve à l'intersection des politiques d'immigration – les législations sur l'entrée et le séjour des étrangers - et des politiques sociales. Les politiques d'immigration et les politiques sociales sont encore très largement de la compétence des Etats membres. Les premières sont engagées dans un processus de communautarisation depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam en 1999. Pour les secondes, il existe quelques domaines de compétence communautaire, notamment ceux liés à l'égalité entre hommes et femmes et à la libre circulation des travailleurs et des personnes, mais l'essentiel de l'organisation et du financement de la protection sociale reste du ressort des Etats membres. D'une manière générale, la protection sociale des ressortissants d'Etats tiers est subordonnée aux politiques d'immigration : l'accès aux prestations sociales pour les étrangers tend à être conditionnée au droit au séjour. Sur cette question, il convient donc de revenir sur les interactions entre politiques sociales et politiques d'immigration et entre compétences nationales et communautaires.

La longue histoire des obstacles rencontrés par les étrangers pour accéder à la protection sociale

L'histoire des discriminations en matière de protection sociale est aussi longue que l'histoire de la protection sociale. La situation d'exclusion que connaissent de nombreux ressortissants non communautaires est celle qu'ont longtemps connue tous les étrangers, y compris les ressortissants de pays membres de la CEE.

La tentation des Etats a souvent été de limiter leurs avantages aux seuls nationaux. Ainsi, en France, les premières lois sociales à la fin du 19^{ème} siècle ou au début du 20^{ème} siècle exigeait souvent la nationalité française pour accéder aux droits sociaux. L'égalité des droits des immigrés italiens, espagnols ou portugais n'est pas allée de soi en France et il a fallu souvent la ténacité des organisations syndicales, d'associations et des immigrés eux-mêmes pour l'obtenir à travers des luttes politiques et des actions juridiques. D'un autre côté, comme la protection sociale s'est construite en lien étroit avec l'emploi, c'est une logique territoriale qui s'est peu à peu imposée, en particulier pour tous les droits sociaux acquis à travers le travail. Dans les pays d'Europe, les législations relatives aux prestations contributives fondées sur le travail, et essentiellement financées par les cotisations sociales des travailleurs, vont donc s'adresser à tous les salariés ou tous les travailleurs, excluant la prise en considération de la nationalité. La conception de la protection sociale qui prévaut à partir de 1945, au moins théoriquement, est donc déjà celle d'une citoyenneté sociale de résidence, affranchie du carcan de la nationalité. De ce point de vue, la conception des droits économiques et sociaux apparaît très en avance sur la conception des droits civils et politiques.

1^{ère} partie. L'évolution vers la prohibition de toute discrimination directe en matière de protection sociale

La discrimination directe est "*une différence de traitement fondée sur une caractéristique précise*", par exemple, un avantage social accordée différemment selon le sexe, la religion ou la nationalité du demandeur. La discrimination est aussi dite ostensible. Les progrès en matière de suppression des discriminations directes ont d'abord concerné les ressortissants communautaires pouvant se prévaloir de la liberté de circulation avant de s'étendre à tous les ressortissants communautaires, puis aux ressortissants non communautaires, non pas grâce au droit communautaire, sous la pression d'autres normes juridiques.

1.1. L'égalité des droits entre ressortissants communautaires

Une égalité de traitement d'abord subordonnée au marché unique et à la libre circulation

L'égalité de droit entre nationaux et ressortissants communautaires n'était pas un objectif en soi de la Communauté économique européenne lors de sa création. L'objectif était celui de créer un marché unique. L'égalité entre nationaux et ressortissants communautaires va donc s'imposer, non comme un objectif souhaitable en soi, mais d'abord comme un moyen de rendre effectif le marché unique des travailleurs inscrit dans le Traité de Rome.

Il s'agissait de prendre des dispositions communautaires en matière de protection sociale afin de favoriser la libre circulation des travailleurs (article 51 du Traité de Rome). Faire en sorte que les différences dans les régimes de sécurité sociale ne soient pas désavantageuses, ne constituent pas une entrave pour les travailleurs migrants ressortissants communautaires voulant user de leur droit d'exercer une activité professionnelle sur le territoire d'un autre Etat membre.

A cette fin, deux règlements adoptés au début des années 1970 (1408/71 et 574/72) et adaptés de très nombreuses fois vont ainsi permettre de coordonner les régimes de sécurité sociale pour les travailleurs migrants.

Quatre principes régissent cette « coordination des régimes de sécurité sociale ». Ces principes ont pour but de ne pas pénaliser le travailleur qui exerce son droit à la libre circulation.

- **L'égalité de traitement** avec les ressortissants de l'Etat membre dans lequel le travailleur migrant exerce son activité.
- **L'unicité de la législation applicable** afin d'éviter que le travailleur ne soit assuré nulle part, ou qu'à contrario il bénéficie de plusieurs systèmes en même temps, ou paie deux fois des cotisations. La règle veut que la législation soit celle du pays où travaille le travailleur.
- **Maintien des droits acquis** : les prestations déjà acquises peuvent être exportées (ex : retraites ou prestations de chômage).
- **Maintien des droits en cours d'acquisition** : le travailleur qui se déplace ne doit pas perdre le bénéfice de ses droits et doit pouvoir les cumuler. Par exemple, en matière d'assurance maladie ou de retraite, il s'agit du principe de la totalisation des droits.

Il n'a cependant pas suffi que ce règlement soit adopté en 1971 pour obtenir en pratique l'égalité des droits, en raison de nombreuses réticences des Etats. Ces derniers ont mis longtemps à adapter leurs législations et leurs pratiques. Le cas de la France est exemplaire à cet égard. Par exemple, la France a refusé pendant très longtemps de verser les prestations familiales aux travailleurs communautaires pour leur famille restée au pays, et alors même que ces travailleurs versaient des cotisations aux régimes français de prestations familiales. Il faudra même deux arrêts de la CJCE, en 1986 et en 1989, pour que la France cède². Et tout ça grâce à un travailleur migrant italien, Monsieur Pietro Pinna, qui finira après douze ans de procédures à obtenir les

² CJCE, 15 janvier 1986, Pinna I. CJCE, 2 mars 1989, Pinna II.

prestations familiales pour sa famille restée au pays. A la suite de ces deux arrêts, la France a finalement dû se résoudre à exporter ses principales prestations familiales non sans avoir négocié pour en rendre quand même certaines non exportables (règlement CEE n°3427/89 du 30 octobre 1989).

Le contentieux relatif à l'application du règlement 1408/71 est très abondant ce qui témoigne des difficultés ou des réticences des Etats à appliquer l'égalité de traitement.

Le champ couvert par ce règlement s'est beaucoup étendu depuis 1971. Le bénéfice des règles de coordination des régimes de sécurité sociale, et donc l'égalité de traitement, ont été d'abord subordonnés au droit à la libre circulation. Au début, seuls ceux exerçant une activité professionnelle salariée et justifiant d'un droit à la libre circulation pouvaient donc se prévaloir de l'égalité des droits. Mais les règles ont été étendues à d'autres catégories : aux membres de famille des travailleurs migrants et à leurs survivants, aux anciens travailleurs migrants – par exemple les retraités ou les invalides - et aux membres de famille de ces anciens travailleurs migrants et à leurs survivants ; aux travailleurs indépendants (règlement 1390/81). Ils ont aussi été étendus plus récemment aux étudiants (règlement 307/99) et aux fonctionnaires (règlement 1606/98). L'intérêt croissant de ce règlement vient également de l'extension de son champ territorial et personnel avec l'agrandissement de l'Union européenne, à 15 pays aujourd'hui, avec son extension à la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein lors de l'entrée en vigueur de l'Espace Economique Européen, puis depuis juin 2002, à la Suisse dans le cadre d'un accord bilatéral entre l'UE et ce pays. L'élargissement de l'Union européenne va également étendre l'application de ce règlement à une population et à un territoire beaucoup plus vaste (10 nouveaux membres dès 2004). Enfin, le champ personnel vient de s'étendre avec un règlement du 14 mai 2003 (règlement CE/859/2003, JOUE, 20 mai, n°L124/1) puisque les ressortissants d'Etats tiers résidant légalement dans l'Union pourront s'en prévaloir. L'intérêt est limité puisqu'il s'agira seulement de coordonner les régimes pour les ressortissants d'Etats tiers ayant résidé et travaillé dans deux Etats de l'Union européenne (à l'exception du Danemark).

L'égalité de traitement, un attribut d'une citoyenneté européenne pour les ressortissants communautaires

La CJCE va ériger l'égalité de traitement en principe général du droit communautaire dans de nombreux domaines comme les droits sociaux à partir de l'article 12 du Traité instituant la Communauté européenne (ex. art. 6 traité CEE) qui prévoit que : « *Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité* ». Ce principe a été particulièrement mobilisé dans le domaine de la libre circulation des travailleurs. La prohibition des discriminations exercées en raison de la nationalité est toutefois restreinte aux ressortissants communautaires.

Plus récemment, après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam en mai 1999, l'égalité de droits entre ressortissants communautaires va s'étendre à partir de la notion de citoyenneté. La cour de justice des communautés européennes a ainsi étendu récemment l'égalité de traitement en matière de protection sociale à des ressortissants ne tirant pas du Traité un droit à la libre circulation (CJCE, Rudy Grzelczyk, 20 septembre 2001) Il s'agissait d'un Français ayant séjourné en Belgique comme étudiant et, y ayant terminé ses études, qui demandait à bénéficier du minimex (le revenu minimum garanti en Belgique), une prestation à laquelle un belge dans la même situation peut prétendre. Sa demande avait été rejetée au motif que le bénéfice de cette prestation non contributive pour les ressortissants communautaires est subordonné à la condition qu'ils aient la qualité de travailleur. La CJCE a considéré que les principes de citoyenneté européenne et de non-discrimination s'opposait à ce que la qualité de travailleur soit exigée des ressortissants communautaires et pas des nationaux pour bénéficier d'une prestation sociale, même non contributive.

L'égalité des droits en matière sociale n'est donc plus seulement un instrument pour parvenir à des objectifs économiques, ni même limitée aux domaines d'application du traité, mais est

devenue en tant que telle partie intégrante du projet d'intégration européenne. La limite est que cette citoyenneté sociale reste encore confinée aux seuls ressortissants communautaires. Le projet de constitution européenne – la Convention présidée par Valéry Giscard d'Estaing - actuellement en discussion ne prévoit ainsi pas d'étendre la citoyenneté européenne – ni même l'égalité des droits en matière sociale - aux 13 millions de ressortissants non communautaires qui résident pourtant habituellement sur le territoire de l'UE. Pour ces derniers, les progrès ne sont d'ailleurs jamais venus de la volonté politique de l'Union européenne ou des Etats mais essentiellement des actions juridiques qu'ont entamées les intéressés eux-mêmes.

1.2 L'égalité des droits pour les ressortissants d'Etat tiers : une lutte de longue haleine

Les ressortissants d'Etat tiers, même ceux résidant légalement depuis longtemps dans un Etat, ne bénéficient donc toujours pas de la liberté de circulation dans l'Union européenne, même si un statut des résident légalement et durablement installés qui inclurait la libre circulation est sur le point d'être adopté³. Cette situation est particulièrement préjudiciable pour les étrangers résidant dans les régions frontalières.

Pourtant, la libre circulation, c'est-à-dire la mobilité du travail, est souvent présentée, depuis la création de la CEE, comme étant favorable à l'économie de l'UE. De ce point de vue, la liberté de circulation aurait dû depuis longtemps être étendue aux ressortissants d'Etat tiers qui résident déjà dans un Etat membre et qui souhaite aller travailler dans un autre Etat membre. Ce serait même nécessaire pour atteindre pleinement l'objectif de l'établissement d'un marché unique des travailleurs ou encore, en reprenant la formulation de la Stratégie européenne pour l'emploi lancée en 1997, pour promouvoir un espace européen de mobilité professionnelle.

De nombreuses législations nationales ont maintenu une condition de nationalité pour l'octroi de prestations. Afin de se conformer aux normes communautaires interdisant les discriminations entre ressortissants communautaires, les législations sont passées d'une condition de nationalité du pays à une condition de nationalité de l'espace économique européen.

Les ressortissants d'Etats tiers obtiennent peu à peu également la suppression de la condition de nationalité dans l'attribution des prestations sociales mais ce n'est pas au droit communautaire qu'ils le doivent. Il ne leur offre quasiment pas de protection. C'est grâce à l'invocation d'autres normes que des progrès ont été réalisés :

A) dans un certain nombre de pays, la jurisprudence va peu à peu conclure que la condition de nationalité pour l'octroi d'une prestation est contraire au principe d'égalité reconnu en droit interne. Par exemple, le Conseil constitutionnel français, dans une décision de 1990, a considéré que la condition de nationalité pour l'attribution d'une prestation aux handicapés enfreignait le bon vieux principe républicain d'égalité.

B) La jurisprudence, tant de la Cour de justice des communautés européennes, que des juridictions internes, va donner raison au début des années 1990 à des ressortissants non communautaires se prévalant de conventions internationales. Il peut s'agir de conventions prises dans le cadre de l'OIT⁴ et surtout les accords conclus entre la CEE et des Etats tiers, et qui

³ Proposition de directive sur le statut des résidents de longue durée, Commission européenne, COM 127/2001 final.

⁴ En particulier, La convention n°19 sur l'égalité de traitement en matière d'accidents du travail du 5 juin 1925, la convention 118 de l'OIT sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale du 28 juin 1962 et la convention n°97 sur les travailleurs migrants du 1^{er} juillet 1949.

prévoient l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale. Quatre pays sont particulièrement concernés : l'Algérie, le Maroc, la Tunisie et le Maroc.

Les accords de coopération conclus entre la Communauté européenne et trois Etats du Maghreb. Ces accords ont été conclus au milieu des années 1970 et renégociés récemment dans le cadre de l'accord euro-méditerranéen⁵. Ces accords valent pour les travailleurs salariés ressortissants, respectivement, de l'Algérie, du Maroc et de la Tunisie, qui résident sur le territoire d'un Etat membre, et les membres de leur famille quelle que soit leur nationalité. Ces accords prévoient un principe d'égalité de traitement entre ressortissants communautaires et ressortissants de l'Etat signataire en matière de sécurité sociale⁶. Il convient de noter que, jusqu'à leur renégociation, ces textes ne subordonnaient pas la jouissance de l'égalité de traitement à une condition de régularité de séjour : les nouvelles versions des accords contiennent désormais une telle exigence.

En France, l'invocation des dispositions de ces accords a permis de faire reconnaître le droit aux prestations non contributives (handicapés, invalides, retraités) à des ressortissants maghrébins. Ce sont les centaines de contentieux engagés pendant plusieurs années sur la base de ces accords qui ont contraint le gouvernement français à modifier sa législation sur l'allocation adulte handicapé, le « minimum vieillesse » ou la pension minimum d'invalidité. Les ressortissants du Maghreb ayant engagés des contentieux ont finalement obtenu la suppression de la condition de nationalité française par la loi du 11 mai 1998 et l'ont obtenue non seulement pour eux mêmes mais pour tous les étrangers.

L'accord avec la Turquie est le plus ancien de la Communauté avec un autre pays puisqu'il s'agit de l'accord d'association d'Ankara de 1963 et dans le cadre duquel sont adoptées certaines décisions, notamment la n°3/80 du 19 septembre 1980 concernant la sécurité sociale.

Ce texte s'applique aux travailleurs turcs qui se déplacent à l'intérieur de l'Union européenne, et les membres de leur famille quelle que soit leur nationalité. L'article 3 de la décision n°3-80 énonce le principe de l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale, comparable à celui existant pour les accords avec le Maghreb. Ce texte a également donné lieu à une jurisprudence abondante tant au niveau de la CJCE que du droit interne. Par exemple, le droit français exige qu'un enfant soit passé par la procédure du regroupement familial pour pouvoir être considéré à charge et pour faire bénéficier des prestations familiales. Cette exigence a été reconnue par les juges comme discriminatoire car violant le principe d'égalité de traitement tel que prévu par l'accord avec la Turquie.

⁵ Algérie : accord signé le 26 avril 1976 à Alger, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1978, remplacé par l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la République Algérienne Démocratique et Populaire et les Communautés européennes et leurs Etats membres, signé le 19 décembre 2001, mais pas encore entré en vigueur;

Maroc : accord signé le 27 avril 1976 à Rabat, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1978, remplacé par l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre le Royaume du Maroc et les Communautés européennes et leurs Etats membres, signé le 26 février 1996, entré en vigueur le 1^{er} mars 2000

Tunisie : accord le 25 avril 1976 à Tunis, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1978, remplacé par l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la République tunisienne et les Communautés européennes et leurs Etats membres, signé le 17 juin 1995, entré en vigueur le 1^{er} mars 1998.

⁶ Article 39 de l'Accord Algérie/UE de 1976 et article 68 de celui de 2001 ; article 41 de l'Accord Maroc/UE de 1976 et article 65 de celui de 1996 ; article 40 de l'Accord Tunisie/UE de 1976 et article 65 de celui de 1995.

C) l'avancée majeure en matière d'égalité des droits va venir d'une autre norme européenne, non pas du droit communautaire, mais de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) du Conseil de l'Europe. Avec l'arrêt Gayguzuz (CEDH, 16 septembre 1996, Gayguzuz c/ Autriche, solution confirmée CEDH, 30 juillet 1998, Sheffield et Horsham c/ Royaume Uni), la Cour de Strasbourg a condamné l'Autriche qui refusait une prestation de chômage de fin de droits à un ressortissant turc du seul fait de sa nationalité. Dans son raisonnement, la Cour de Strasbourg a considéré que les prestations sociales constituaient un bien, elle en a déduit qu'elles entraient dans le champ considéré par la convention et que l'égalité de traitement devait s'appliquer. Elle a considéré qu'une condition de nationalité pour une prestation sociale est discriminatoire car il s'agit une "mesure qui manque de justification objective et raisonnable", qui ne poursuit pas de "but légitime" ou encore qui ne comprend pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé".

Cette décision a été rapidement suivie en France par la Cour de Cassation⁷ et par le Conseil d'Etat⁸. Son intérêt pourrait provenir du fait que, reposant sur la protection du droit de propriété, elle pourrait même permettre de s'opposer à l'exigence d'un titre de séjour, sauf à démontrer une justification objective et raisonnable pour une telle limitation.

Au vu de ces évolutions, les discriminations directes fondées sur la nationalité en matière sociale devraient toutes disparaître en matière de protection sociale dans l'Union européenne. C'est malheureusement encore loin d'être le cas dans la réalité. Par exemple en France, le code des pensions civiles et militaires et le code des pensions militaires d'invalidité comportent encore de telles distinctions. Les anciens fonctionnaires et les anciens combattants des anciennes colonies françaises subissent toujours des discriminations, à travers un mécanisme dit de « cristallisation » des pensions. En dépit de condamnations par la plus haute juridiction administrative française, l'administration continue de bafouer ouvertement le droit en s'obstinant à refuser d'attribuer des droits égaux en matière de pensions aux anciens fonctionnaires et anciens combattants. Les trois quarts des bénéficiaires ainsi spoliés vivent au Maghreb.

Conclusion du 1 : les discriminations directes fondées sur la nationalité en matière d'attribution de prestations sociales sont clairement reconnues comme incompatibles avec les normes juridiques en vigueur des sociétés démocratiques. Seuls des partis extrémistes se plaçant en dehors de ce cadre préconisent encore ouvertement une « préférence nationale » dans ce domaine. La suppression de toute discrimination fondée directement sur la nationalité n'est toutefois pas encore une réalité dans tous les pays de l'UE. Par ailleurs, les progrès réalisés se trouvent contrecarrés par le maintien ou l'accroissement d'autres restrictions qui aboutissent au même résultat, à exclure les étrangers des prestations sociales : les discriminations indirectes.

⁷ Soc. 14 janvier 1999, Bozkurt c/ CPAM de Saint Etienne, pourvoi n°B 97-12.487 ; Soc. 21 octobre 1999, Kunt, droit social 1999, p.1122.

⁸ par exemple, CE, Rouquette et Lipietz, 5 mars 1999, RFDA 1999 p.357 concl. Maugüe et CE, Ministre de la défense c/ M. Diop / Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. Diop, 16 novembre 2001, n°212179/212211.

2^{ème} partie. L'étendue des discriminations indirectes en matière de protection sociale

2.1 La notion de discrimination indirecte : du droit communautaire au droit interne

C'est la Cour de justice des communautés européenne qui a introduit et peu à peu précisé la notion de discrimination indirecte ou "dissimulée". La CJCE a d'abord estimé que "*les règles d'égalité de traitement, [résultant] du traité prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat*" (Sotgiu, CJCE, 12 février 1974, aff. 152/73). La définition va ensuite s'élargir pour englober d'autres situations. Il y a aussi discrimination indirecte dès lors qu'une « *disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte (a pour simple effet sans pour autant avoir pour intention d'affecter) une proportion plus élevée de* » personnes d'une catégorie que de l'autre, même si elle n'aboutit pas totalement au même résultat qu'une discrimination directe (voir par exemple, CJCE, 21 septembre 2000, *Borawitz*, aff. C-124/99, rec. p. I-7293, point 25). Enfin, pour établir la discrimination indirecte, la CJCE va ensuite considérer qu'il n'est pas nécessaire de disposer de mesures ou statistiques montrant qu'une catégorie est proportionnellement plus affectée qu'une autre par une disposition. Une disposition révèle en effet par elle-même une discrimination indirecte « *dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers* » (CJCE, O'Flynn c./Adjudication Officer, C-237/94, 23 mai 1996).

Cette notion de discrimination indirecte a ensuite été reprise dans les nouvelles directives adoptées en vertu du nouvel article 13 du traité d'Amsterdam au regard des discriminations. Elle a enfin été reprise en droit interne français, par exemple dans le code du travail, mais aussi par les juridictions comme la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat⁹. Une discrimination indirecte est donc constituée lorsqu'une "*mesure apparemment neutre aboutit en fait au même résultat qu'une discrimination directe*" sans justification objective et raisonnable, c'est-à-dire sans que la différence de traitement de fait soit appropriée, légitime et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

2.2 La prohibition des discriminations indirectes vis-à-vis des ressortissants communautaires

L'égalité de traitement est d'abord garantie pour les ressortissants communautaires tirant du traité un droit à la libre de circulation et plus largement à tous les ressortissants communautaires par le principe d'égalité de traitement prévu dans le Traité instituant la Communauté. Ce principe doit conduire à la suppression de toute discrimination directe ou indirecte dans l'attribution des prestations sociales aux ressortissants communautaires. La Cour de justice a admis cette notion de discrimination indirecte dès 1974 et la jurisprudence a depuis été très abondante pour condamner les discriminations indirectes en matière de protection sociale. Cette évolution conduit à supprimer non seulement toute exigence particulière qui ne serait pas demandée aux nationaux mais aussi toute condition conduisant dans la pratique à pénaliser davantage les étrangers. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a ainsi admis comme critères apparemment neutres au regard de la nationalité mais qui peuvent constituer une discrimination indirecte et violer le principe d'égalité entre nationaux et étrangers des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur (Sotgiu, CJCE, 12 février 1974, aff. 152/73), la nationalité des enfants pour exclure les parents du bénéfice d'une allocation (CJCE 12 juillet 1979 *Toia*, aff. C-237/78, *Rec.* 1979, p.2645, §14), l'exigence de la possession d'un titre de séjour d'une certaine durée (4 mai 1999, *Sürül c/Bundesanstalt für Arbeit*, aff. C-262/96) ou encore le fait de

⁹ CE, 18 octobre 2002, Mme Spaggiari, n°224804/236744.

soumettre le versement d'allocation de naissance et de maternité à des conditions de résidence préalable sur son territoire (10 mars 1993, *Commission/Luxembourg* aff. C-111/91, *Rec.* p. I-817, §9). La question de savoir si le fait de ne pas accorder une prestation à taux majoré pour couple à un bénéficiaire lorsque son conjoint n'est pas résident dans le pays a aussi été considérée par la CJCE comme une discrimination indirecte (*Stallone et Onem*, 16 octobre 2001, aff. C-212/00)¹⁰.

De nombreuses législations ont dû ainsi être adaptées dans l'UE. En France, de nombreuses prestations, par exemple des prestations d'aide sociale pour les personnes âgées ou dépendantes étaient conditionnées à une durée de résidence préalable de 15 ans en France. Le revenu minimum garanti est lui aussi conditionné à une résidence préalable d'au moins 3 ans sous couvert de certains titres spécifiques. Désormais, ces conditions ne sont plus exigibles des ressortissants communautaires en raison de leurs effets discriminatoires.

L'exigence de la production d'un titre de séjour pour l'obtention d'un avantage social a également été supprimée, ou devrait l'être, car une telle exigence a été jugée discriminatoire (c'est par exemple le cas en France pour toutes les prestations sociales, retraites, prestations familiales, RMI, etc.). Il suffit désormais au ressortissant communautaire de prouver par tout moyen qu'il tire du traité un droit au séjour pour pouvoir bénéficier des prestations, il n'a plus besoin de justifier d'un titre de séjour. Cette exigence constituait de facto un moyen de ne pas verser, ou d'ouvrir des droits avec retard, les prestations aux ressortissants communautaires. Mais de telles dispositions restent légion, pour ne pas dire la règle, pour les ressortissants d'Etat tiers.

2.3 A quand la suppression des discriminations indirectes pour les ressortissants non communautaires ?

Pour les ressortissants d'Etat tiers, les progrès constatés avec la suppression progressive de toute condition fondée directement sur la nationalité dans l'attribution des prestations sociales se sont malheureusement accompagnés de nombreuses régressions avec le renforcement ou l'introduction d'exigences conduisant à restreindre l'accès à la protection sociale. Ce fut ainsi le cas en France lors de la suppression de la condition de nationalité en 1998 des prestations non contributives pour les handicapés, invalides et retraités. Très vite, l'administration s'est ingéniée à compenser cette ouverture par de nouvelles restrictions, souvent inscrites dans les textes réglementaires : en limitant la liste des titres permettant l'accès aux prestations, et donc excluant une partie des étrangers en situation régulière, en réservant les prestations aux personnes ne s'absentant pas du territoire même pour de courtes périodes, en pratiquant des politiques de contrôles « ciblées » et donc discriminatoires, en refusant de verser les majorations pour conjoint à charge quand ces derniers résident à l'étranger, etc.

Les discriminations indirectes en matière de protection sociale pour les ressortissants d'Etat tiers sont nombreuses. Il peut s'agir de conditions tels que la régularité de séjour, une certaine durée de séjour préalable, des titres de séjour spécifiques, la résidence en France des ayants-droit, etc. Ces mêmes exigences sont ou seraient considérées comme des discriminations, directes ou indirectes selon les cas, au regard du principe d'égalité de traitement du droit communautaire. Mais le droit communautaire protège seulement les ressortissants communautaires contre ces

¹⁰ La législation nationale belge exigeait pour le bénéfice d'une prestation sociale, en l'occurrence une allocation chômage, au taux majoré pour les couples que le bénéficiaire de la prestation de chômage cohabite avec les membres de sa famille sur le territoire belge. Il était demandé à la CJCE si une telle condition violait le principe d'égalité de traitement et de non discrimination (garanti en l'espèce dans le cadre du règlement 1408/71). La CJCE a dit qu'une telle condition constituait une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs étrangers « *puisque ce sont essentiellement ces derniers qui seront affectés par une condition de résidence des membres de leur famille sur le territoire national* ». La CJCE « *s'oppose à une réglementation nationale [...] en vertu de laquelle le bénéfice d'une allocation [...] au taux majoré est soumis à une condition de cohabitation du chômeur et des membres de sa famille sur le territoire de l'Etat membre compétent* ».

discriminations indirectes. Les ressortissants d'Etat tiers résidant dans l'Union européenne ne peuvent pas se prévaloir du principe d'égalité en droit communautaire. Sauf pour les rares nationalités qui peuvent se prévaloir d'un accord international avec l'Union européenne prévoyant l'égalité de traitement en matière de protection sociale. Ce fut le cas d'un ressortissant turc s'étant prévalu de l'accord avec la Turquie. Ce ressortissant s'était vu refuser une prestation familiale parce que, bien que résidant en situation régulière en Allemagne, il n'était pas titulaire d'un titre de séjour particulier d'une certaine durée exigée des autorités allemandes. La CJCE a estimé qu'il s'agissait d'une discrimination indirecte violant le principe d'égalité de traitement prévu par l'accord avec la Turquie (*Sürül c/Bundesanstalt für Arbeit*, 4 mai 1999, aff. C-262/96). On peut donc penser de la même manière que certaines exigences pourraient être contestées également devant le juge communautaire par des ressortissants algériens, marocains et tunisiens en vertu des accords passés entre l'UE et les pays du Maghreb (mais pas l'exigence en tant que tel de la régularité du séjour, car les accords récemment renégociés prévoient expressément la possibilité d'une telle condition).

La possibilité de faire reculer les discriminations indirectes passe plutôt, en l'état actuel du droit communautaire, par le recours à d'autres normes juridiques, les normes internes et la CESDH. En effet, la notion de discrimination indirecte est depuis peu intégrée en droit interne dans les textes et par la jurisprudence et, ne serait-ce que du fait de l'unicité de la notion de discrimination, son champ matériel n'est pas en droit interne limité aux seuls domaines où s'applique le droit communautaire et s'applique aussi au regard du critère de nationalité. Les ressortissants d'Etats tiers devraient en conséquence pouvoir contester devant le juge national les nombreuses exigences qui constituent une discrimination indirecte et qui constituent un obstacle dans l'accès aux droits.

Conclusion :

Cette présentation s'est surtout centrée sur les perspectives juridiques ouvertes pour faire avancer l'égalité des droits des ressortissants d'Etat tiers en matière de protection sociale. En l'état actuel du droit, les brèches existantes se trouvent d'une part du côté de l'interprétation jurisprudentielle favorable de la Cour européenne des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, d'autre part dans la portée et le recours à la notion de discrimination indirecte.

L'insistance mise dans cette présentation sur les évolutions jurisprudentielles reflète en creux les défaillances politiques. On peut s'interroger sur l'absence de politique européenne en la matière dans l'Union européenne. L'égalité des droits en matière de protection sociale pour les ressortissants communautaires a été subordonnée aux règles liées à la libre circulation, avant de devenir un objectif, une norme en tant que telle. De façon similaire, les droits en matière de protection sociale pour les ressortissants d'Etat tiers sont, et de plus en plus, subordonnés aux règles relatives aux politiques d'immigration sur l'entrée et le séjour. Mais, à la différence de ce qui s'est passé pour les ressortissants communautaires, aucune volonté politique ne semble pousser à l'égalité des droits sociaux, en dépit des affirmations relatives à la volonté de favoriser l'intégration, comme celles exprimées lors du Conseil européen de Tampere en 1999. Les progrès obtenus en matière de protection sociale par les ressortissants d'Etat tiers ne l'ont été jusqu'à présent qu'à la suite de combats juridiques et jamais à travers des décisions politiques assumées. La récente directive adoptée en janvier 2003 sur les normes minimales d'accueil pour les demandeurs d'asile est un exemple d'approche entérinant au contraire explicitement un traitement discriminatoire entre ces étrangers et le traitement réservé aux autres résidents.

L'absence de volonté en faveur de l'égalité de traitement pour les ressortissants d'Etat tiers s'inscrit plus largement dans une vision étriquée de la citoyenneté européenne, une Europe ouvrant non seulement ses frontières de manière restreinte et sélective mais aussi, pour ceux

qu'elle a admis sur son territoire, autorisant un traitement ouvertement discriminatoire dans le domaine des droits économiques et sociaux.

Bibliographie indicative

CATRED, FNATH, GISTI, GRAVE, ODTI (1994) *Vers une égalité de traitement ? Les engagements internationaux de la France pour les handicapés et les retraités étrangers*, Première édition.

CATRED, FNATH, GISTI, GRAVE, ODTI (1997) *Vers une égalité de traitement ? Les engagements internationaux de la France pour les handicapés et les retraités étrangers*, Seconde édition.

CATRED, GISTI (2002), *Egalité des droits pour les anciens fonctionnaires et anciens combattants*, 64 pages. (<http://www.gisti.org/doc/publications/2002/retraites/index.html>)

Favarel-Dapas B. et Quintin O. (1999), *L'Europe sociale – enjeux et réalités*, Collection Réflexe Europe, La Documentation française, 159 pages.

Ghailani D. (2003), « L'extension de la coordination des régimes de sécurité sociale aux ressortissants des Etats tiers : la fin d'un périple », *Revue Belge de Sécurité Sociale*, 1^{er} trimestre 2003

GISTI (1997), *Le guide de la protection sociale des étrangers en France*, guide GISTI, Syros, 360 pages.

GISTI (2000), *La protection sociale des étrangers en France après la création de la CMU*, Les cahiers juridiques, gisti, 72 pages.

GISTI (2002), *Le guide de la protection sociale des étrangers en France*, guide GISTI en collaboration avec le COMEDE et le CATRED, La découverte, 264 pages.

GISTI (2003), *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux*, Les Cahier juridiques, gisti (à paraître).

Kessler F., L'Hernould J-P. (2002), *Code annoté européen de la protection sociale*, Groupe Revue Financière, 933 pages.

Math A. (2003), « Basses manœuvres », *Plein Droit* n°56, mars 2003 (<http://www.gisti.org/doc/plein-droit/56/manoeuvres.html>)

von Maydell B. (1995), « Le traitement des ressortissants d'Etats tiers en matière de droits sociaux dans les Etats de la CE et de l'EEE », in *La Sécurité sociale en Europe. Egalité entre nationaux et non nationaux*, Actes du colloque européen, Porto, novembre 1994, Departamento de Relações Internacionais e Convenções de Segurança Social, Lisbonne.

Michelet K. (2002), « La conception européenne du droit à des prestations sociales et la jurisprudence administrative », *Droit social* n°7/8, juillet-août 2002.

Michelet K. (2002), *Les droits sociaux des étrangers*, préface de Michel Borgetto, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan.

Schmitter. C. (1999), « Droits économiques, sociaux, politiques et différences de traitement entre les ressortissants de pays tiers et les ressortissants communautaires », in Bribosia E.,

Dardenne E, Magnette P. et Weyembergh A., *Union européenne et nationalités. Le principe de non discriminations et ses limites*, Bruylant Bruxelles.

Segues S. et Livio T. (2003), « Quarante ans de discriminations », *Plein Droit* n°56, mars 2003.

Slama S. (2003), Etude "Discriminations", *Dictionnaire Permanent - Droit des étrangers*, Editions législatives, janvier 2003.

Slama S. (2003), « La République 'Banania'. L'arrêt Diop, un long combat judiciaire », *Plein Droit* n°56, mars 2003.

Slama S. (2003), « La discrimination indirecte : du droit communautaire au droit administratif », *Actualité Juridique Fonction publique*, n° 2003-4.

Les spoliés de la décolonisation, n° de la revue *Plein Droit*, mars 2003
(<http://www.gisti.org/doc/plein-droit/56/index.html>)