



UFR Droit & Science politique
Année universitaire 2022 - 2023
Master 2 Droits de l'Homme

**LE JUGE
ET LES RESTRICTIONS D'ACCÈS AUX PRESTATIONS FAMILIALES
À L'ENCONTRE DES ÉTRANGERS**

Mémoire préparé sous la direction de
Madame Lola ISIDRO, Maîtresse de conférences en droit

Présenté et soutenu publiquement pour l'obtention du Master 2 Droits de l'Homme par
Madame Alicia CHEVALIER

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Table des abréviations

Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CAF	Caisse d'allocations familiales
Cass.	Cour de cassation
CDE	Comité des droits de l'enfant
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
CODESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CSS	Code de la sécurité sociale
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
OFII	Office français de l'immigration et de l'intégration
OIT	Organisation internationale du travail
ONU	Organisation des Nations unies
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
TA	Tribunal administratif
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne

Sommaire

Avant-propos

Introduction générale

TITRE 1 - LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ LACUNAIRE DE LA COUR DE CASSATION, SOURCE D'UNE JURISPRUDENCE INCOHÉRENTE

Chapitre 1 : Le contrôle de la proportionnalité de l'atteinte au droit à la vie privée et familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant, entre prudence et non-sens

Chapitre 2 : L'application à géométrie variable du principe d'égalité de traitement

TITRE 2 - LE CONTRÔLE DE SURFACE OPÉRÉ PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Chapitre 1 : La mise à mal de la logique du droit de la non-discrimination

Chapitre 2 : Le regroupement familial « sur place » érigé en garantie de régularisation et d'octroi des prestations familiales

Conclusion générale

Avant-propos

Dans le cadre du parcours professionnel du Master 2 Droits de l'Homme de l'Université de Paris Nanterre, j'ai eu l'opportunité d'effectuer un stage d'une durée de six mois au sein du pôle « Droits fondamentaux des étrangers » du Défenseur des droits, une autorité administrative indépendante dont la mission est de promouvoir et faire respecter les droits et libertés en France. L'institution agit dans plusieurs domaines de compétences, dont la défense des droits des usagers du service public et la lutte contre les discriminations, dans lesquels peuvent s'inscrire la défense des droits fondamentaux des étrangers.

Intégrée au sein d'une équipe composée de juristes expert.e.s en droit des étrangers, j'ai été en charge de la gestion d'un portefeuille de dossiers portant sur différentes thématiques, dont la protection sociale des étrangers. Une problématique était particulièrement récurrente : le refus de prestations familiales opposé à des parents étrangers au motif que leurs enfants n'étaient pas entrés en France par la voie du regroupement familial — principalement des étrangers ressortissants d'États d'Afrique subsaharienne. Diverses situations se présentaient : parents entrés en même temps que leurs enfants et munis d'un visa court séjour, parents admis exceptionnellement au séjour après le rejet de leur demande d'asile, enfants entrés postérieurement à l'entrée de leurs parents, etc. Les juristes du pôle ont élaboré un guide interne permettant d'avoir une meilleure visibilité sur les solutions envisageables pour engager un processus de médiation auprès des caisses d'allocations familiales (CAF), dans l'objectif d'obtenir le versement des prestations familiales pour les réclamants.

J'ai immédiatement été frappée par le nombre d'interventions du Défenseur des droits en la matière — ayant repris les missions de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) —, et la manière dont l'institution se heurtait à une jurisprudence désormais bien établie. S'agissant des étrangers ressortissants d'États d'Afrique subsaharienne, dont la situation de l'enfant ne correspondait à aucune des situations prévues par la loi pour bénéficier des prestations familiales, l'issue de la réclamation se traduisait malheureusement par une clôture : le Défenseur des droits ne pouvait intervenir au regard des décisions définitives rendues par la Cour de cassation. J'ai également été interpellée par l'existence d'une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme, se trouvant être une décision d'irrecevabilité. Face à cela, une question m'est venue : pourquoi les juges ont-ils cessé de reconnaître l'existence d'une discrimination des étrangers dans l'accès aux prestations familiales ?

Je me suis dès lors attachée à étudier de plus près les différentes décisions de justice rendues dans le cadre de ce contentieux. Nullement surprise par la motivation « laconique » de la Cour de cassation, je suis cependant demeurée perplexe au regard des arguments mobilisés pour justifier sa position. La décision d'irrecevabilité rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme m'a en revanche davantage interloquée. C'est pourquoi j'ai voulu, avec un regard d'étudiante spécialisée en droits de l'Homme, analyser en profondeur les raisonnements suivis par les juges pour mettre en lumière leurs lacunes et ainsi, tenter de les déconstruire. Les développements suivants sont le fruit de cette analyse.

Introduction générale

Les restrictions d'accès aux prestations familiales à l'encontre des étrangers s'inscrivent plus généralement dans la question de l'accès des étrangers au système de sécurité sociale français¹ et des droits qui leur sont reconnus dans le cadre de leur séjour en France. L'étranger est en effet, par définition, celui qui n'a pas la nationalité française, qu'il ait une nationalité étrangère ou qu'il n'ait pas de nationalité². Pour autant, dès lors qu'il réside sur le territoire de l'État, celui-ci a l'obligation de lui garantir la jouissance des droits fondamentaux sans distinction fondée sur sa nationalité.

Si l'accès à la sécurité sociale, dont l'une des finalités est de protéger les individus appartenant à la « communauté » contre les aléas de la vie en société³, a été dans un premier temps nié à l'étranger en tant que « non-national »⁴, la discrimination fondée sur la nationalité dans l'accès à la sécurité sociale devient prohibée durant la deuxième moitié du XX^e siècle, grâce à l'avènement, d'une part, de la Communauté économique européenne qui consacre un principe d'égalité de traitement entre les nationaux et les ressortissants des États membres, et d'autre part, à la réaffirmation des droits de l'Homme dans des instruments juridiques contraignants⁵. L'organisation de l'accès à la protection sociale de l'étranger s'opère autour d'un nouveau critère, celui de la résidence, dans le même temps du mouvement de généralisation de la sécurité sociale⁶. Cependant, dans un contexte de suspension de l'immigration de travail en 1974 et d'objectif de réduction de l'immigration familiale⁷, la portée de cette généralisation est limitée concernant les étrangers, se traduisant par l'instauration d'un critère de résidence régulière sur le

¹ Pour aller plus loin, v. : ISIDRO Lola, *L'étranger et la protection sociale*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2017.

² CESEDA, art. L. 110-3.

³ Pour une réflexion approfondie sur la notion de « sécurité sociale », voir : BORGETTO Michel, LAFORE Robert, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. Précis, 19^e édition, 2019, p. 189.

⁴ ISIDRO Lola, *L'étranger et la protection sociale*, thèse préc., p. 61.

⁵ *Ibid.*, p. 115.

⁶ *Ibid.*, p. 245.

⁷ IZAMBERT Caroline, « La régularité du séjour des étrangers en France : frontière du projet d'universalisation de la protection sociale ? », *Revue française des affaires sociales*, 2018/4 p. 17-37.

territoire français, dont le bien-fondé peut être discuté⁸ : l'étranger doit être en conformité avec la législation relative à l'entrée et au séjour en France pour bénéficier de prestations sociales.

S'agissant plus particulièrement des conditions communes aux prestations familiales, leur bénéfice est subordonné à la résidence sur le territoire français et à la démonstration de l'existence d'un ou plusieurs enfants à charge⁹. Les citoyens de l'Union européenne et les étrangers ressortissants d'États tiers à l'UE, non-nationaux, doivent tout de même démontrer de la régularité de leur séjour sur le territoire français¹⁰. Cependant, la loi du 29 décembre 1986 dite « loi Barzach »¹¹, vient ajouter une condition supplémentaire concernant les étrangers ressortissants d'États tiers à l'UE : alors qu'ils sont censés bénéficier *de plein droit* des prestations familiales dès lors qu'ils résident régulièrement en France, ils doivent également attester de la régularité de l'entrée et du séjour des enfants dont ils ont la charge, en produisant un certificat de naissance en France ou bien le certificat médical délivré par l'Office national d'immigration — actuel Office français de l'immigration et de l'intégration (ci-après « OFII ») — délivré dans le cadre de la procédure de regroupement familial¹². Le regroupement familial est en effet une procédure administrative par laquelle l'étranger résidant en France peut être rejoint par les membres de sa famille, qui se verront à leur tour attribuer un titre de séjour¹³.

Cette condition de « régularité de l'entrée et du séjour des enfants à charge » étonne pour plusieurs raisons¹⁴ : d'abord, la loi de 1986 vient exiger une condition de régularité du séjour propre à l'enfant alors que les bénéficiaires des prestations familiales sont les allocataires en raison de l'enfant qu'ils ont à charge, et non l'enfant lui-même. Techniquement, l'enfant n'est pas titulaire d'un droit aux prestations familiales bien que celles-ci aient une influence sur son

⁸ V. notamment : ISIDRO Lola, « La protection sociale des personnes étrangères. Pour un nouveau critère d'accès aux prestations sociales », *Informations sociales*, 2016/3 (n° 194), p. 106-116.

⁹ CSS, art. L. 512-1.

¹⁰ V. Annexe : CSS, art. L.512-2 dans sa version en vigueur du 21 décembre 1985 au 30 décembre 1986. S'agissant des citoyens de l'Union européenne, il convient de préciser que ceux-ci ne sont pas soumis à une obligation de détention d'un titre de séjour (CESEDA, art. L. 231-1), mais peuvent être amenés à justifier d'une situation régulière par tout moyen lorsqu'ils sollicitent le bénéfice de prestations familiales, en démontrant qu'ils satisfont aux exigences des articles L. 233-1 et suivants du CESEDA.

¹¹ Loi n° 86-1307 du 29 décembre 1986 relative à la famille, article 7.

¹² CSS, ancien art. D. 511-2 (abrogé) dans sa version en vigueur du 28 avril 1987 au 28 février 2006.

¹³ CESEDA, art. L. 434-1 à L. 434-12.

¹⁴ V. notamment : ISIDRO Lola, « L'enfant étranger et les prestations familiales : retour sur un usage singulier des sources du droit », *Revue de droit sanitaire et social*, 2012, p. 1123.

bien-être. De plus, cette condition est uniquement prévue dans le cadre du régime des prestations familiales, faisant ainsi figure d'exception en droit de la sécurité sociale. Enfin, et surtout, l'objet du droit de la sécurité sociale est détourné en ce sens qu'il introduit dans la législation française une condition de régularité de l'entrée et du séjour de l'étranger mineur qui n'existe pas en droit des étrangers : l'article 6 de l'ordonnance du 2 novembre 1945¹⁵, à l'époque en vigueur, ne précisait en rien que les étrangers mineurs devaient être en situation régulière sur le territoire français. Une disposition du Code de la sécurité sociale, dont l'objet est d'organiser la sécurité sociale en fixant ses conditions d'accès, instaure donc une condition se rapportant au droit des étrangers.

Les articles L. 512-2 et D. 511-2 du Code de la sécurité sociale étant source d'une discordance en droit français, ont conduit le juge judiciaire compétent en matière de contentieux de la sécurité sociale à venir pallier les lacunes de la loi : tous les étrangers qui ne disposaient pas des documents exigés par les dispositions réglementaires étaient exclus du bénéfice des prestations familiales, et ce malgré leur résidence régulière en France. La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la conformité des dispositions du Code de la sécurité sociale au droit à la vie privée et familiale¹⁶ et au principe de non-discrimination¹⁷ garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après « Convention EDH »), mettant en lumière la question de l'existence d'une discrimination — soit d'une différence de traitement non justifiée de manière objective¹⁸ — à l'encontre des étrangers ressortissants d'États tiers à l'UE en raison de leur nationalité. La Haute juridiction de l'ordre judiciaire tranche ainsi cette question dans un arrêt d'Assemblée plénière rendu le 16 avril 2004¹⁹, affirmant que « *les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales* ». Le seul fait de résider régulièrement en France ouvre droit aux prestations familiales pour le ressortissant étranger, écartant ainsi l'application de la condition de régularité de l'entrée et du séjour de l'enfant.

¹⁵ Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, abrogée par l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

¹⁶ Conv. EDH, art. 8.

¹⁷ *Ibid.*, art. 14.

¹⁸ « Discrimination » in THARAUD Delphine, BOYER-CHAPELLE Caroline, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, coll. Le droit d'aujourd'hui, 2021.

¹⁹ Cass. Ass. plén., 16 avr. 2004, n° 02-30.157

Face à l'important contentieux judiciaire qui s'en est suivi, le législateur français est intervenu en 2005²⁰ pour compléter les dispositions du Code de la sécurité sociale : sans remettre en cause l'exigence d'une condition spécifique aux étrangers ressortissants d'États tiers à l'UE, la condition de régularité de l'entrée et du séjour de l'enfant étranger à charge a été remplacée par l'obligation d'attester de l'une des situations énumérées par le législateur, parmi lesquelles figure tout de même « l'entrée régulière » de l'enfant par la voie du regroupement familial²¹. D'autres situations ont été prévues par la loi, telles que celle des enfants de réfugiés, apatrides et bénéficiaires de la protection subsidiaire ; des enfants d'étrangers titulaires de certaines cartes de séjour pluriannuelles portant la mention « passeport talent » ; et des enfants d'étrangers titulaires d'une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale », délivrée en raison de leurs liens personnels et familiaux établis en France²². Par conséquent, les parents étrangers dont les enfants ne sont pas nés en France ni entrés par la voie du regroupement familial et ne se trouvant pas dans l'une des situations précédentes, demeurent exclus du bénéfice des prestations familiales, ce qui constitue une différence de traitement dont la légalité pose question.

Ces dispositions ont été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 décembre 2005²³, ayant considéré que l'article 89 de la loi de 2005 n'emportait pas de rupture d'égalité, étant en rapport avec l'objectif fixé par le législateur, et ne portait pas d'atteinte disproportionnée au droit de mener une vie familiale normale. À la lecture des observations du Gouvernement et de la décision du Conseil constitutionnel, l'objectif de la restriction de l'accès aux prestations familiales pour les étrangers est désormais clair et assumé : l'exigence d'une régularité de l'entrée des enfants étrangers a vocation à assurer le respect des règles du regroupement familial dans le cadre d'une politique de maîtrise de l'immigration²⁴.

L'instrumentalisation de la politique sociale par le législateur en vue de servir sa politique en matière d'immigration appelle une remarque importante : pour rappel, le principe d'égalité tel qu'il a été défini par le Conseil constitutionnel en 1987, « *ne s'oppose ni à ce que le législateur*

²⁰ Loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006, article 89.

²¹ V. Annexe : CSS, art. L. 512-2 dans sa version en vigueur depuis le 20 décembre 2005.

²² *Ibid.*

²³ Cons. const., Décision n° 2005-528 DC, 15 déc. 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*.

²⁴ *Ibid.*, considérant 16.

règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »²⁵. Une différence de traitement instaurée par la loi doit donc être en rapport avec *l'objet* de cette loi, et non son objectif. Ceci étant dit, l'article 89 de la loi de 2005 poursuivait certes l'objectif de maîtrise de l'immigration, contribuant à la sauvegarde de l'ordre public²⁶, mais il nous est permis de rechercher dans quelle mesure une disposition réservant le bénéfice des prestations familiales aux étrangers entrés par la voie du regroupement familial, est en rapport avec l'objet d'une loi de financement de la sécurité sociale²⁷, qui vise à déterminer les conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale et de fixer les objectifs de dépenses compte tenu des prévisions de recettes²⁸. Malgré le « brevet de constitutionnalité » conféré par le Conseil constitutionnel, demeurait la question de la conventionnalité de la loi. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a finalement opéré un revirement de jurisprudence dans deux arrêts du 3 juin 2011²⁹ — perçu comme injustifié par la doctrine³⁰ —, affirmant que les dispositions du Code de la sécurité sociale ne portaient ni une atteinte disproportionnée aux articles 8 et 14 de la Convention EDH, ni ne méconnaissaient l'article 3 §1 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989.

Le contentieux en matière de refus de prestations familiales aux parents étrangers n'ayant pas respecté la procédure de regroupement familial s'est amplifié une fois de plus, impliquant pour les requérants de rechercher de nouveaux moyens à invoquer pour contester la conventionnalité de l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale : la Cour de cassation a atténué sa position concernant les enfants d'étrangers ressortissants d'un État ayant conclu un accord d'association avec l'UE³¹ — à savoir l'Algérie, le Maroc, la Tunisie et la Turquie. En

²⁵ Cons. const., Décision n° 87-232 DC, 7 janv. 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, considérant 10.

²⁶ L'objectif de sauvegarde de l'ordre public a été reconnu comme étant un objectif à valeur constitutionnelle dans la décision du Conseil constitutionnel n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

²⁷ Sur ce point, v. : ISIDRO Lola, *L'étranger et la protection sociale*, thèse préc., p. 300.

²⁸ Constitution du 4 octobre 1958, art. 34.

²⁹ Cass. Ass. plén., 3 juin 2011, n° 09-69.052 et 09-71.352

³⁰ V. notamment : DEVERS Alain, « Subordonner le versement de prestations familiales à l'entrée régulière des enfants étrangers en France est licite », *La Semaine Juridique Social*, n° 31-35, 2011, 1380 ; GOUTTENOIRE Adeline, « Le bénéfice des prestations familiales réservé à certains enfants étrangers », *AJF*, 2012, p. 183 ; ISIDRO Lola, « L'enfant étranger et les prestations familiales : retour sur un usage singulier des sources du droit », *RDSS*, 2012, p. 1123.

³¹ V. notamment Cass. Ass. plén., 5 avr. 2013, n° 11-17520 et 11-18947.

effet, en vertu du principe d'égalité de traitement contenu dans ces accords ayant valeur supra-législative, la condition d' « entrée régulière » des enfants étrangers ne peut leur être opposée. Les étrangers ressortissants des États d'Afrique subsaharienne ayant conclu des conventions bilatérales de sécurité sociale avec la France ont à leur tour invoqué le principe d'égalité de traitement stipulé dans ces différentes conventions, lesquelles ont autorité sur la loi nationale. Cependant, ce moyen a été rejeté à plusieurs reprises par la Cour de cassation³².

En parallèle de cette jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après « CEDH ») a été saisie aux fins que celle-ci se prononce sur la compatibilité de la législation française avec les articles 8 et 14 de la Convention EDH, ainsi qu'avec l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 à la Convention protégeant le droit de propriété. Néanmoins, la CEDH a rendu une décision d'irrecevabilité le 8 septembre 2015³³ en considérant que la requête était manifestement mal fondée. Il semblerait dès lors que ce contentieux conduise à une « impasse »³⁴ juridique : les différents moyens invoqués par les requérants souhaitant contester l'application des dispositions du Code de la sécurité sociale — malgré leur validation par le Conseil constitutionnel — sont massivement rejetés par le juge judiciaire français, tandis que le juge européen n'a pas réellement examiné l'existence d'une éventuelle violation par la France de la Convention EDH.

Comme il a été pu être démontré en doctrine, l'instauration d'une condition spécifique aux étrangers non ressortissants d'États membres de l'UE pour bénéficier des prestations familiales peut être qualifiée de « discrimination », pourtant prohibée par les normes de protection des droits de l'Homme. La loi française se contredit, crée une condition d' « entrée régulière » de l'enfant mineur étranger qui ne trouve pas d'écho en droit des étrangers en détournant l'objet du droit de la sécurité sociale, et manque de prendre en considération des situations dans lesquelles les étrangers sont pourtant en conformité avec la législation en matière d'entrée et de séjour. Face à cela, le juge est censé user de son pouvoir d'interprétation pour venir combler les lacunes de la loi et l'appliquer de manière conforme aux normes qui lui sont supérieures, notamment en matière de garantie des droits fondamentaux.

³² V. notamment : Cass. Civ. 2^e, 3 nov. 2016, n° 15-21.204.

³³ CEDH, 8 sept. 2015, *Okitaloshima Okonda Osungu c. France* et *Selva Lokongo c. France*, n°76860/11 et 51354/13.

³⁴ ISIDRO Lola, « Le droit aux prestations familiales au profit des enfants étrangers entrés en dehors du regroupement familial dans l'impasse », *RDSS*, 2016, p. 555.

Il semble pourtant que les juges construisent des argumentaires juridiques appliqués de manière abstraite, assortis d'un manque de motivation, dont le bien-fondé pose question. Les défenseurs des droits des étrangers s'interrogeant sur les leviers pouvant encore être actionnés au sujet d'un point de droit ayant d'ores et déjà fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine juridique, il apparaît indispensable de concentrer notre analyse sur les nombreuses décisions de justice produites par les juges afin d'en saisir les motivations, les enjeux et les conséquences, et ainsi en exploiter les éventuelles failles qui permettraient de les contester au sein du discours juridique — ou tout au moins, d'en proposer une critique qui se veut contrariante de la « vérité juridique » imposée en droit français.

Il s'agit plus généralement de s'interroger sur le fondement de l'appréciation du juge s'agissant de la légalité d'une condition spécifiquement prévue à l'encontre des étrangers ressortissants d'États tiers à l'UE, et sur ce que cela révèle de sa capacité à garantir le droit aux prestations familiales des étrangers. Notre analyse consistera à démontrer que la Cour de cassation, en tant que juridiction suprême de l'ordre judiciaire, impose un contrôle de conventionnalité lacunaire étant source d'une certaine incohérence dans la jurisprudence en la matière (titre 1), encouragée par la mise en retrait de la Cour européenne des droits de l'Homme qui se contente d'un contrôle demeurant en surface (titre 2).

TITRE 1 - LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ LACUNAIRE DE LA COUR DE CASSATION, SOURCE D'UNE JURISPRUDENCE INCOHÉRENTE

L'article 55 de la Constitution confère une valeur supérieure aux textes internationaux par rapport à celle des lois³⁵. La mission de contrôle de la conventionnalité de la loi, soit de sa conformité aux normes internationales, revient au juge ordinaire³⁶ : le juge judiciaire, tout comme le juge administratif³⁷, endosse cette responsabilité depuis le fameux arrêt *Jacques Vabre* rendu par la Cour de cassation en 1975³⁸. Dès lors dans l'hypothèse où à l'occasion d'un litige, un moyen d'inconventionnalité de la loi est soulevé par l'une des parties devant le juge, celui-ci doit rechercher si la disposition législative en cause est contraire ou non à la norme supérieure invoquée, en usant au besoin de son pouvoir d'interprétation. S'il s'avère que la loi ne peut se concilier avec une norme de droit international, son application est écartée : elle est maintenue dans l'ordre juridique mais ne peut être appliquée, ce qui suppose une action du législateur pour la modifier voire l'abroger en vue de garantir la conformité du droit interne aux engagements internationaux de l'État français.

La conventionnalité de l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale, précisé par l'article D. 512-2 du même code, a ainsi été questionnée devant le juge judiciaire au regard des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'Homme ainsi qu'au regard du principe d'égalité de traitement contenu dans d'autres conventions internationales, afin que l'application de ces dispositions soient écartée. Au vu de l'ampleur du contentieux, l'objectif était de constituer un moyen de pression obligeant le législateur à modifier les conditions d'accès aux prestations familiales pour les étrangers ressortissants d'États tiers à l'UE. Néanmoins, la Cour de cassation s'est attachée à faire primer la logique du droit interne sur les normes internationales à l'aide d'un contrôle de la proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux des étrangers allant de la prudence au non-sens (chapitre 1). La Cour a continué à démontrer

³⁵ Constitution du 4 octobre 1958, art. 55 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* »

³⁶ Cons. const., Décision n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, considérants 6 et 7 : le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour connaître de la conventionnalité de la loi.

³⁷ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

³⁸ Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, n° 73-13.556.

l'inconstance de sa position en faisant une application à géométrie variable du principe d'égalité de traitement, (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le contrôle de la proportionnalité de l'atteinte au droit à la vie privée et familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant, entre prudence et non-sens

La Cour de cassation déclare dans un premier temps les dispositions du Code de la sécurité sociale comme étant inconstitutionnelles, sans toutefois remettre explicitement en cause la légalité d'une condition prévue spécifiquement à l'encontre des étrangers (section 1). Ayant laissé entendre que le législateur disposait d'une certaine marge de manoeuvre pour rendre le droit français conforme aux normes internationales, la Cour infléchit finalement sa position à la suite de la loi de 2005 et reconnaît l'existence d'une atteinte, certes, mais proportionnée aux droits fondamentaux, en interprétant nouvellement certaines notions juridiques de manière peu convaincante (section 2).

Section 1 : L'absence de remise en cause explicite d'une condition prévue spécifiquement à l'encontre des étrangers

La Cour de cassation considère que l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale doit être interprété conformément à la Convention européenne des droits de l'Homme (§1), avant de s'égarer sur le terrain de la proportionnalité (§2).

§1 - L'exigence d'une interprétation des dispositions du Code de la sécurité sociale conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme

Dans un premier temps, la Cour de cassation n'écartait pas l'application des dispositions de l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale mais admettait tout de même que la régularité de l'entrée et du séjour de l'enfant étranger soit attestée par un autre document que ceux prévus à l'ancien article D. 511-2³⁹. Cette jurisprudence n'était néanmoins pas satisfaisante en ce sens que la légalité de la condition imposée spécifiquement aux étrangers n'était pas interrogée : la Cour, approuvant la solution adoptée par les juges du fond, affirmait que la « régularité du séjour de l'enfant » en France était établie, alors que comme évoqué précédemment, cette notion n'existe pas en droit des étrangers.

³⁹ V. notamment Cass. Civ. 2^e, 9 déc. 2003, n° 02-30.401 : la Cour de cassation a admis qu'un document de circulation pour étranger mineur (DCEM) permettait d'établir la régularité du séjour de l'enfant étranger en France, justifiant ainsi le versement de prestations familiales.

Les juges de la Cour de cassation ont été amenés à clarifier leur position dans un arrêt d'Assemblée plénière rendu le 16 avril 2004⁴⁰, en opérant un contrôle de la conventionnalité des dispositions du Code de la sécurité sociale au regard du droit à la vie privée et familiale et du principe de non-discrimination consacrés par la Convention EDH. Il s'agissait en l'espèce d'une ressortissante congolaise entrée en France en même temps que ses enfants, pour lesquels elle demandait le bénéfice de prestations familiales. Ces dernières lui ont été accordées seulement après présentation du certificat médical délivré par l'OFII⁴¹, alors qu'elle justifiait d'une situation régulière deux ans avant sa demande de prestations familiales. La cour d'appel a interprété l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale en retenant seulement son premier alinéa, qui dispose simplement que les étrangers bénéficient de plein droit des prestations familiales dès lors qu'ils résident régulièrement en France. La seule constatation d'une résidence régulière est donc censée permettre « automatiquement » le versement de prestations familiales — sous réserve qu'elles soient sollicitées. Les juges du fond ne semblaient pas considérer que la rédaction du deuxième alinéa de la disposition prévoyait une condition impérative de régularité de l'entrée et du séjour de l'enfant étranger, et cette interprétation a été déclarée conforme aux stipulations de la Convention EDH par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans que celle-ci ne motive davantage sa solution. Cela revenait implicitement à dire qu'exiger la présentation d'un document attestant de la régularité de l'entrée et du séjour de l'enfant étranger pour accorder le versement de prestations familiales n'était pas compatible avec la Convention EDH. Le manque de fermeté de la Cour de cassation paraît regrettable sur ce point en ce qu'elle semble offrir une faille exploitable par le législateur.

À la suite de l'intervention de ce dernier en 2005, approuvé par le Conseil constitutionnel, le bénéfice des prestations familiales est explicitement réservé aux étrangers dont les enfants se trouvent dans l'une des situations prévues par la loi. La marge d'appréciation des juges s'en trouve réduite. La loi avait bien été déclarée comme étant inconstitutionnelle avant sa modification, et malgré la reconnaissance de sa conformité à la Constitution, la Cour de cassation pouvait pertinemment maintenir sa position dès lors que le législateur persistait à prévoir une condition spécifique à l'encontre des étrangers ressortissants d'États tiers à l'UE.

⁴⁰ Cass. Ass. plén., 16 avr. 2004, décision préc.

⁴¹ Il est supposé que la requérante a suivi la procédure de regroupement familial « sur place », soit postérieurement à l'entrée de ses enfants en France.

§2 - L'égaré sur le terrain de la proportionnalité

La Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi la conduisant à se prononcer de nouveau sur la conventionnalité des dispositions du Code de la sécurité sociale, avec la particularité que les faits d'espèce étaient antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 2005, tombant sous l'empire du droit ancien. Néanmoins, la modification de la législation applicable ne pouvait être ignorée. Les juges du quai de l'Horloge ont étayé leur solution adoptée deux années plus tôt dans un arrêt rendu le 6 décembre 2006⁴² en rappelant dans leur attendu de principe que les étrangers résidant régulièrement en France bénéficiaient de plein droit des prestations familiales pour leurs enfants à charge, au vu des articles 8 et 14 de la Convention EDH. Ils en ont conclu en l'espèce que « *le fait de subordonner à la production d'un justificatif de la régularité du séjour des enfants mineurs le bénéfice des prestations familiales porte une atteinte disproportionnée au principe de non-discrimination et au droit à la protection de la vie familiale* ».

La question de la proportion de l'atteinte portée aux droits des étrangers par la législation française n'était pas sans rappeler les motivations de la décision rendue par le Conseil constitutionnel s'agissant de la conciliation des différentes « *exigences constitutionnelles en cause* »⁴³. Affirmer qu'une mesure législative porte une atteinte disproportionnée à un droit fondamental conduit à s'interroger sur l'existence d'une mesure qui serait au contraire proportionnée au but qu'elle poursuit⁴⁴. La Cour de cassation ne condamne pas fermement les dispositions du Code de la sécurité sociale, qu'il s'agisse des incohérences juridiques créées en droit français ou des atteintes aux droits des étrangers, mais semble laisser entendre qu'il existe une certaine marge de manœuvre pour le législateur. La solution de la Cour de cassation devrait ainsi être lue et appréhendée à la lumière des justifications avancées à l'appui de la constitutionnalité de la loi de 2005.

Avant l'entrée en vigueur de la loi, les dispositions du Code de la sécurité sociale portaient une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale ainsi qu'au principe de non-discrimination, en ce que tout étranger dont l'enfant n'était pas né en France ni entré par la voie du regroupement familial était exclu du bénéfice des prestations familiales — à défaut de

⁴² Cass. Civ. 2^e, 6 déc. 2006, n° 05-12.666

⁴³ Cons. const., Décision n° 2005-528 DC, 15 déc. 2005, décision préc., considérant 16.

⁴⁴ ISIDRO Lola, « L'enfant étranger et les prestations familiales : retour sur un usage singulier des sources du droit », *RDSS*, 2012, p. 1123.

pouvoir présenter un acte de naissance français ou le certificat médical délivré par l'OFII. Étaient concernés les réfugiés, apatrides et bénéficiaires de la protection subsidiaire, ainsi que les étrangers dont la situation avait été régularisée en raison de liens personnels et familiaux établis, et plus généralement, tous ceux dont les enfants étaient entrés en France par une autre voie que celle du regroupement familial. Cependant, ces situations ont partiellement été prises en considération par le législateur lors de la modification des dispositions du Code de la sécurité sociale, et la liste des documents permettant d'en attester a été élargie. Cette mesure, bien que susceptible de porter atteinte aux droits des étrangers, s'est voulue « proportionnée ». Comme le souligne Lola Isidro⁴⁵, il est pourtant bien difficile d'admettre qu'un contrôle de la régularité de l'entrée de l'enfant sur le territoire français, lorsque son parent a d'ores et déjà été admis au séjour, soit proportionné à l'objectif de maîtrise des flux migratoires dès lors que celui-ci ne pourra bénéficier de prestations familiales contribuant à l'entretien et à l'éducation de l'enfant dont il a la charge.

La Cour de cassation a dès lors nettement manqué d'audace et de rigueur en omettant de mettre en exergue les incohérences existantes entre les règles de droit de la sécurité sociale et les règles de droit des étrangers : la condition prévue à l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale n'a en réalité pas lieu d'être, qu'il s'agisse d'un souci d'harmonie du droit ou de garantie d'un traitement égal aux étrangers. La décision de 2006 laisse ainsi planer le doute quant à un possible revirement de jurisprudence.

Section 2 : L'infléchissement de la jurisprudence par une interprétation peu convaincante des notions juridiques

Un premier revirement de jurisprudence intervient en 2010, invoquant l'intérêt de la santé de l'enfant et l'intérêt de santé publique comme nouvelles justifications de l'instauration d'une différence de traitement dans la loi française (§1). Peu de temps après, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation confirme cette solution en revenant quelque peu sur sa motivation tout en dénaturant les notions mobilisées (§2).

⁴⁵ *Ibid.*

§1 - La protection de l'intérêt de la santé publique et de la santé de l'enfant, nouvelles justifications à l'instauration d'une différence de traitement dans les conditions d'accès aux prestations familiales

Malgré la reconnaissance de la constitutionnalité de la loi de 2005 par le Conseil constitutionnel, les juges du fond ont persisté à écarter l'application des dispositions du Code de la sécurité sociale dans le cadre de leur contrôle de conventionnalité s'agissant de demandes de prestations familiales formulées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. C'est ainsi que des enfants étrangers entrés sur le territoire français munis d'un visa de court séjour⁴⁶ ont été considérés comme étant entrés régulièrement en France, bien que la procédure de regroupement familial n'ait pas été suivie⁴⁷. Dans un arrêt du 3 juillet 2008⁴⁸, la cour d'appel de Paris est allée jusqu'à affirmer que la différence de traitement en cause, justifiée par l'objectif de maîtrise de l'immigration, portait une atteinte disproportionnée au principe de non-discrimination et à l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁹ — caractérisé par le droit de mener une vie familiale normale — dès lors que l'une des finalités de l'octroi de prestations familiales était de satisfaire cet intérêt.

La Cour de cassation était tout à fait en mesure d'approuver les décisions des juges du fond, continuant d'admettre que l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale n'était pas compatible avec les engagements internationaux de la France, et ce indépendamment de la validation de la loi par le Conseil constitutionnel. Il est en effet admis que « contrôle de constitutionnalité » et « contrôle de conventionnalité » sont distincts, ce qui a pour conséquence qu'une loi déclarée conforme à la Constitution dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* peut être par la suite déclarée comme étant inconventionnelle par les juges ordinaires, menant ainsi à un « conflit d'interprétations »⁵⁰. Bien que les deux types de contrôles puissent

⁴⁶ Un visa de court séjour permet à un étranger de séjourner en France pour une durée maximale de trois mois, dans le cadre d'un voyage touristique ou professionnel, d'une visite familiale, d'une formation courte ou d'un stage, ou encore dans le cadre de l'exercice d'une activité rémunérée sous réserve de l'obtention qu'une autorisation provisoire de travail (CESEDA, article L. 312-2).

⁴⁷ CA Versailles, 26 fév. 2008, n° 07/01772.

⁴⁸ CA Paris, 3 juil. 2008, n° 07/00679.

⁴⁹ L'intérêt supérieur de l'enfant, garanti par l'article 3 §1 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, a été reconnu d'applicabilité directe en droit français dans un arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2005 (Cass. Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20.613 et 02-16.336).

⁵⁰ LEVADE Anne, « Perspectives : confrontation entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité », *AJDA*, 2011, p. 1257.

porter sur les droits fondamentaux, le juge constitutionnel et les juges ordinaires connaissent de normes de référence différentes s'inscrivant dans un ordre juridique différent, et mobilisent ainsi des critères d'appréciation distincts. Ici, alors que le Conseil constitutionnel a examiné la constitutionnalité de l'article 89 de la loi de 2005 au regard du principe d'égalité et du droit de mener une vie familiale normale, les juges de l'ordre judiciaire ont confronté les dispositions du Code de la sécurité sociale au droit à la vie privée et familiale et au principe de non-discrimination contenus dans la Convention EDH, ainsi qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant. Si les différents droits en cause peuvent être rapprochés, ils n'ont pas la même définition ni la même portée, qui plus est dans la mesure où le juge ordinaire est tenu d'appliquer la Convention EDH conformément aux précisions données par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Il était donc envisageable et même souhaitable que la Cour de cassation rejoigne l'appréciation des juges du fond et conforte leur interprétation du droit : l'application de l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale, bien que déclaré conforme à la Constitution, devait être écartée en vertu des stipulations de la Convention EDH et de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989.

Ce n'est pourtant pas la voie pour laquelle les juges de la Cour de cassation ont opté : dans un arrêt du 15 avril 2010⁵¹, la Cour a considéré que la cour d'appel avait procédé à une application erronée des dispositions du Code de la sécurité sociale en accordant le droit au versement de prestations familiales pour un ressortissant étranger qui avait fait venir son enfant en France sans suivre la procédure de regroupement familial. La motivation de la solution de la Cour surprend : « (...) répondant à l'intérêt de la santé publique et à l'intérêt de la santé de l'enfant, la production du certificat médical exigée à l'appui de la demande de prestations familiales du chef d'un enfant étranger ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale ».

Cette jurisprudence est contestable à deux égards : d'une part, l'intérêt de l'enfant, et plus particulièrement la protection de sa santé, n'est pas mobilisé comme une norme de référence du contrôle de conventionnalité mais comme une justification à l'instauration d'une différence de traitement dans la législation en matière de prestations familiales. Associé à l'impératif de protection de la santé publique, les juges de la Haute juridiction semblent considérer que l'exigence de la production d'un certificat médical délivré par l'OFII dans le cadre de la

⁵¹ Cass. Civ. 2^e, 15 avr. 2010, n° 09-12.911.

procédure de regroupement familial permet d'assurer la garantie de la santé au niveau de la population et à l'égard de l'enfant lui-même. Or, ce certificat médical constitue un simple document administratif délivré à l'issue d'une visite médicale ayant pour fonction, dans l'esprit du législateur, d'attester de l'entrée en France par la voie du regroupement familial. Nul n'a avancé que la régularité de l'entrée de l'enfant étranger conditionnant le versement de prestations familiales était exigée dans un objectif de protection de la santé : il a au contraire été clairement mentionné l'objectif de maîtrise de l'immigration. Il est donc curieux que le juge de cassation ait recherché une nouvelle justification à l'instauration de la condition de régularité de l'entrée de l'enfant étranger sur le territoire.

D'autre part, la Cour de cassation semble faire une regrettable confusion : en énonçant que la production du certificat médical délivré par l'OFII ne porte pas d'atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale dès lors qu'elle répond aux deux intérêts susmentionnés, la Cour reconnaît que les dispositions du Code de la sécurité sociale poursuivent un but pouvant être qualifié de légitime. Néanmoins, la poursuite d'un but légitime est insuffisante pour déclarer une mesure législative conforme à la Convention EDH : encore faut-il examiner la proportionnalité des moyens employés dans la réalisation de cet objectif. Or, la Cour de cassation en déduit automatiquement que la loi ne porte pas d'atteinte disproportionnée aux droits en cause, omettant ainsi de contrôler s'il n'existait pas d'autres moyens de protéger l'intérêt de la santé publique et l'intérêt de la santé de l'enfant. On ne voit pourtant pas dans quelle mesure refuser le versement de prestations familiales à des parents étrangers pour leurs enfants contribue concrètement à la préservation de la santé de l'enfant et de la santé publique, ni en quoi cette mesure est proportionnée, dès lors qu'il est possible d'envisager que la délivrance d'un certificat médical postérieurement à l'entrée de l'enfant sur le territoire français répond à ces intérêts. Par ailleurs, remarquons que la santé des enfants qui entrent en France par une autre voie que le regroupement familial — leurs parents étant exemptés du suivi de cette procédure — n'est pas nécessairement contrôlée⁵².

⁵² Tel est par exemple le cas des étrangers concernés par la procédure simplifiée « famille accompagnante », soit les étrangers titulaires d'une carte de séjour mention « passeport talent » (CESEDA, art. L. 421-22 à L. 421-25), les étrangers titulaires d'une carte de séjour mention « ICT » (CESEDA, art. L. 421-26 à L. 421-33), et les ressortissants algériens titulaires d'un certificat de résidence d'une durée d'un an mention « scientifique ».

Le contrôle de conventionnalité opéré en l'espèce paraît dès lors incomplet. Confrontée à une résistance des juges du fond, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a assis cette position à l'appui d'une motivation différente mais emportant la même conséquence.

§2 - *Le « brevet de conventionnalité » conféré au moyen d'une dénaturation des notions mobilisées*

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation tranche la question de la conventionnalité des articles L. 512-2 et D. 512-2 du Code de la sécurité sociale dans deux arrêts rendus le 3 juin 2011⁵³, énonçant que « *ces dispositions qui revêtent un caractère objectif justifié par la nécessité dans un état démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni ne méconnaissent les dispositions de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant* ». Il est flagrant que la motivation de l'arrêt de 2010 n'a pas été reprise par l'Assemblée plénière : les juges de la Haute juridiction « innovent » une fois de plus en justifiant leur position par d'étonnantes formulations se voulant le reflet d'un contrôle de conventionnalité rigoureux, en instrumentalisant la « nécessité dans un état démocratique » (A) ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

A. L'instrumentalisation de la « nécessité dans un État démocratique »

Les juges affirment en premier lieu que les dispositions du Code de la sécurité sociale « *revêtent un caractère objectif* », insinuant que la différence de traitement instaurée par le législateur repose sur un motif non prohibé par le principe de non-discrimination, à savoir l'entrée sur le territoire français par la voie du regroupement familial. La différence de traitement ne serait donc pas fondée sur la nationalité. Ensuite, les juges reprennent une notion employée par la Cour européenne des droits de l'Homme, disant que la réserve du bénéfice des prestations familiales aux seuls parents dont les enfants sont entrés par la voie du regroupement familial est justifiée par « *la nécessité dans un état démocratique d'exercer un contrôle des conditions*

⁵³ Cass. Ass. plén., 3 juin 2011, n° 09-69.052 et 09-71.352.

d'accueil des enfants ». La référence à « l'État démocratique », associée aux conditions d'accueil des enfants, interpelle.

Il convient de rechercher la signification de cette notion en s'intéressant de plus près au droit de la Convention EDH et à la jurisprudence de la CEDH. La Convention comporte en effet, comme tout texte relatif à la protection des droits de l'Homme, des « clauses » d'ordre public qui autorise les États parties à apporter des restrictions à certains droits fondamentaux⁵⁴ en vue de protéger leur ordre public : il s'agit d'une ingérence. Cependant cette ingérence doit être prévue par la loi et « nécessaire dans une société démocratique » à la protection de l'ordre public — considérée comme un but légitime — pour être compatible avec la Convention. La CEDH, sans définir précisément la notion de « société démocratique », sème quelques indices dans ses différentes décisions permettant d'en apprécier la teneur. Dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni* de 1976, la Cour énonce qu'une société se voulant démocratique implique une garantie du pluralisme, de la tolérance et de l'esprit d'ouverture⁵⁵. Différents droits et principes ont postérieurement été reconnus par la Cour comme constituant les fondements d'une « société démocratique », notamment le principe de non-discrimination prévu par l'article 14 de la Convention⁵⁶.

Il se trouve que l'interdiction de discrimination est justement invoquée à l'appui du moyen d'inconventionnalité des dispositions du Code de la sécurité sociale. Si l'on reprend la motivation de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, il serait nécessaire dans un État « démocratique » — garantissant donc le principe de non-discrimination — de contrôler les conditions d'accueil des enfants étrangers en instaurant une différence de traitement entre ceux « entrés régulièrement » par la voie du regroupement familial et ceux qui ne le sont pas, ayant pour conséquence de les exclure du bénéfice de prestations familiales. Ce raisonnement semble contradictoire, pour ne pas dire que l'on en cherche encore le sens. De plus, on ne voit pas très bien dans quelle mesure le contrôle des conditions d'accueil des enfants étrangers se rapportent

⁵⁴ Sont concernés le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8), la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9), la liberté d'expression (art. 10) et la liberté de réunion et d'association (art. 11). S'agissant du droit à la vie privée et familiale, l'article 8 §2 de la Convention EDH dispose que : « *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

⁵⁵ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, §50.

⁵⁶ CEDH, 13 fév. 2003, *Refah Partisi et al. c. Turquie*, n° n°41340/98 et autres, §119.

aux valeurs démocratiques de pluralisme, de tolérance et d'ouverture d'esprit. Il aurait sans doute été plus compréhensible de rattacher la nécessité du contrôle des conditions d'accueil à la protection de l'ordre public. Les juges de cassation poursuivent cependant en faisant une curieuse interprétation de la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant ».

B. L'instrumentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant

Les juges de la Cour de cassation surprennent à nouveau dans leur appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par la Convention de New York de 1989 : d'après leur motivation, puisque l'instauration de la différence de traitement en cause est nécessaire au contrôle des conditions d'accueil des enfants étrangers, cette mesure ne méconnaît pas l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui revient à dire qu'il est respecté voire même garanti. L'appréhension de cette justification implique de s'attarder sur la question de la teneur de « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

L'expression est en réalité utilisée comme un « raccourci » : selon l'interprétation de l'article 3 §1 de la Convention relative aux droits de l'enfant par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU, il s'agit plus exactement du « droit de l'enfant à que son intérêt supérieur soit une considération primordiale » dans la prise d'actes et de décisions⁵⁷, ces derniers pouvant avoir un impact direct ou indirect sur les droits de l'enfant⁵⁸. L'intérêt supérieur de l'enfant est qualifié de « *concept dynamique* »⁵⁹ par le Comité, ce qui signifie que son contenu peut évoluer selon la situation en présence. Il ne peut par conséquent être préalablement défini dans une situation donnée : le contenu de la notion se construit au contraire au moment de son interprétation et de son application concrète par les institutions et les organes censés mettre en oeuvre les droits de l'enfant⁶⁰, dont le législateur et les organes juridictionnels. Néanmoins, bien qu'il s'agisse d'un concept « *souple et adaptable* » au contenu variable, le Comité met en garde contre ses éventuelles « *manipulations* »⁶¹ : il ne doit pas être utilisé de manière abusive, ce qui implique

⁵⁷ CDE, 29 mai 2013, *Observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale* (art. 3, par. 1), CRC/C/GC/14.

⁵⁸ *Ibid.*, §19.

⁵⁹ *Ibid.*, §11.

⁶⁰ *Ibid.*, §32.

⁶¹ *Ibid.*, §34.

concrètement qu'il ne doit par exemple pas être mobilisé par les pouvoirs publics dans le cadre de la justification d'une politique discriminatoire — le Comité donne ici l'exemple d'une politique raciste. L'organe onusien prend soin de préciser qu'en tant que « considération primordiale », l'intérêt supérieur de l'enfant « *ne peut être mis sur le même plan que toutes les autres considérations* » en raison de la vulnérabilité de l'enfant⁶². Dès lors en cas de conflits avec d'autres intérêts ou d'autres droits, ceux-ci doivent être conciliés dans la mesure du possible en retenant *in fine* ce qui est davantage conforme à l'intérêt de l'enfant⁶³.

Remarquons que l'observation générale du Comité des droits de l'enfant a été publiée postérieurement à l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Il convient néanmoins de rappeler que le Comité avait auparavant — avant l'entrée en vigueur de la loi de 2005 — exprimé ses préoccupations quant aux discriminations persistantes dans la législation française, notamment dans le domaine des droits sociaux et concernant les enfants étrangers, allant jusqu'à recommander à l'État français d'examiner sa législation en vue de la rendre conforme à la Convention relative des droits de l'enfant⁶⁴. S'agissant de la garantie de la santé et du bien-être de l'enfant et plus particulièrement de son niveau de vie, le Comité s'est dit préoccupé par « *l'existence de restrictions d'accès aux allocations familiales en ce qui concerne certains groupes d'enfants* », recommandant ainsi de prendre des mesures qui contribuent à l'amélioration de leur niveau de vie. La législation française est explicitement considérée comme non-conforme à la Convention relative aux droits de l'enfant dès lors que l'organe onusien déclare que « *le versement des allocations familiales ne devrait pas être lié aux modalités de l'entrée de l'enfant sur le territoire français* »⁶⁵.

L'État français a ainsi été « épinglé »⁶⁶ par un organe onusien de protection des droits de l'Homme concernant les dispositions du Code de la sécurité sociale qui réservent l'accès aux prestations familiales aux seuls ressortissants étrangers dont les enfants sont entrés par la voie du

⁶² *Ibid.*, §37.

⁶³ *Ibid.*, §39.

⁶⁴ CDE, 30 juin 2004, *Observations finales relative à l'examen du deuxième rapport périodique de la France*, CRC/C/15/Add.240, §18 et 19.

⁶⁵ *Ibid.*, §46 et 47.

⁶⁶ Les observations et constatations des comités onusiens sont dépourvues d'autorité de la chose jugée et n'ont ainsi pas de caractère contraignant pour les États. Elles ont tout de même une autorité interprétative reconnue par l'ensemble des organes de protection des droits de l'Homme. Sur ce point, v. notamment : NGUYEN Quoc Dinh, DAILLIER Patrick, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, MIRON Alina, *Droit international public*, LGDJ, coll. Traités, 9^e édition, 2022, p. 973.

regroupement familial. Cela n'a cependant pas empêché le législateur de réaffirmer cette condition en 2005 avec l'aval du Conseil constitutionnel, en considérant l'intérêt supérieur de l'enfant de manière abstraite sans même en faire mention⁶⁷. Restait donc pour le juge ordinaire, dans le cadre du contrôle de conventionnalité, le soin d'examiner la conformité de la loi française à l'article 3 §1 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989.

D'après les juges de cassation dans la décision d'Assemblée plénière de 2011, il semble relever de l'intérêt supérieur de l'enfant que l'enfant étranger rejoignant sa famille en France soit accueilli dans des conditions satisfaisantes — certes —, dont la garantie est assurée par la procédure de regroupement familial⁶⁸. Réserver le bénéfice des prestations familiales aux seuls parents étrangers dont les enfants sont entrés en France dans le cadre de cette procédure permettrait ainsi d'en assurer le respect et éviter que des enfants ne séjournent en France dans des conditions jugées peu satisfaisantes. Seulement, les juges apprécient le respect du « droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale » en se plaçant au moment de leur entrée en France et non au moment de la demande de prestations familiales. Lorsque les ressortissants étrangers sollicitent le versement de prestations familiales pour leurs enfants, ceux-ci sont d'ores et déjà présents sur le territoire français, peu important leur modalité d'entrée. Au regard des orientations données par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU, il n'est dès lors plus tellement question de vérifier s'ils ont été accueillis dans des conditions satisfaisantes ou non, mais de veiller à leur bien-être et à la garantie d'un niveau de vie suffisant — ce qui implique que leurs parents aient les moyens nécessaires à leur entretien et leur éducation. Telle est l'une des finalités de l'attribution de prestations familiales, qui s'inscrit dans une politique de lutte contre la pauvreté et de réduction des inégalités en allouant des ressources aux foyers les plus modestes⁶⁹.

⁶⁷ Bien que le Conseil constitutionnel ne puisse se référer directement à la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 en raison de son incompétence à opérer un contrôle de conventionnalité, l'intérêt supérieur de l'enfant aurait pu être rattaché à une norme constitutionnelle, comme cela a été le cas dans la décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S.* : ici, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur les dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 pour en déduire une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette interprétation est conforme à la Convention relative aux droits de l'enfant, qui d'après le Comité des droits de l'enfant de l'ONU, exige des États que le « droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale » soit intégré au sein de leur ordre juridique interne (CDE, *Observation générale n°14*, observation préc., § 6).

⁶⁸ L'autorisation du regroupement familial implique en effet de remplir des conditions de ressources et de logement témoignant de la capacité de l'étranger à accueillir et entretenir sa famille (CESEDA, art. L. 434-7 à L. 434-9).

⁶⁹ BORGETTO Michel, LAFORE Robert, *Droit de la sécurité sociale*, op. cit., p. 732.

L'Assemblée plénière aurait de ce fait pu retenir une solution différente en se fondant sur la totalité des éléments en présence pour rechercher lesquels étaient à même de servir l'intérêt supérieur de l'enfant : est-ce véritablement protéger cet intérêt que de priver des ressortissants étrangers de prestations familiales pour leurs enfants, au prétexte que sans cette restriction d'accès, les conditions d'accueil des enfants ne peuvent efficacement être contrôlées dans le cadre du respect de la procédure de regroupement familial ? De plus, il n'apparaît pas dans la motivation des juges qu'il ait été recherché si le contrôle des conditions d'accueil des enfants étrangers pouvait être assuré d'une autre manière⁷⁰. Une fois encore, les juges de la Cour de cassation omettent le suivi d'une étape dans leur contrôle de conventionnalité, s'agissant du contrôle de la proportionnalité de l'atteinte aux droits en présence.

Les arrêts du 3 juin 2011 marquent ainsi un tournant important : les articles L. 512-2 et D. 512-2 du Code de la sécurité sociale sont définitivement déclarés conformes à la Convention EDH ainsi qu'à la Convention relative aux droits de l'enfant. Alors que cette mesure législative porte atteinte aux droits des étrangers — la question de la proportionnalité de cette atteinte pouvant être débattue —, et impacte indirectement les droits des enfants étrangers, les juges de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire français lui confèrent un « brevet de conventionnalité ». Après avoir invoqué « l'intérêt de la santé publique » et « l'intérêt de la santé de l'enfant », les juges se fondent sur le contrôle « nécessaire » des conditions d'accueil des enfants étrangers pour soutenir que la législation est conforme aux engagements internationaux de l'État français, alors même qu'un organe onusien de protection des droits de l'Homme a affirmé le contraire. Il convient cependant de souligner que la Cour de cassation fait preuve d'une certaine inconstance dans sa motivation en mettant en avant des justifications qui n'ont pas été évoquées lors de l'adoption de la loi de 2005 et en se réappropriant des concepts juridiques de manière erronée. Cette jurisprudence démontre bien l'inexistence d'une « vérité juridique » en la matière : les règles de droit applicables et les notions mobilisées peuvent être manipulées afin de convaincre de la légalité au sens large d'une mesure législative qui manque de faire consensus. Par ailleurs, tant dans l'arrêt de 2010 que dans les arrêts de 2011, la Cour de cassation ne met jamais en lumière les fondements du raisonnement lui permettant de conclure qu'il n'existe pas de différence de traitement contraire à l'article 14 de la Convention EDH. En tout état de cause, les

⁷⁰ V. notamment CA Toulouse, 17 oct. 2013, n° 11/05763 : dans cette décision rendue postérieurement à l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation, la cour d'appel a considéré que le contrôle des conditions d'accueil était assuré dès lors que l'enfant majeur était titulaire d'un titre de séjour et que l'enfant mineur était régulièrement scolarisé en France.

dispositions du Code de la sécurité sociale ayant été déclarées comme étant en conformité à la Convention EDH ainsi qu'à la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, les requérants ont cherché à se fonder sur d'autres moyens en mobilisant le principe d'égalité de traitement contenu dans d'autres conventions internationales.

Chapitre 2 : L'application à géométrie variable du principe d'égalité de traitement

La question de la conformité des dispositions du Code de la sécurité sociale aux normes de protection des droits de l'Homme étant tranchée, les requérants persistant à demander le bénéfice des prestations familiales se reposent sur d'autres instruments de droit international en vue d'obtenir gain de cause. Est dès lors invoqué le principe d'égalité de traitement prévu par les accords d'association conclus entre l'Union européenne et des États tiers, ainsi que par les conventions bilatérales de sécurité sociale conclue par la France avec les États d'Afrique subsaharienne. La Cour de cassation décide de l'application du premier (section 1), tout en écartant l'application du deuxième, contournant l'article 55 de la Constitution lorsqu'il n'est plus question de respecter le droit de l'Union (section 2).

Section 1 : L'application du principe d'égalité de traitement prévu dans les accords d'association conclus entre l'Union européenne et des États tiers

La Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière pour la troisième fois, s'est prononcée sur la compatibilité des dispositions du Code de la sécurité sociale aux accords d'association conclus par l'Union européenne avec des États tiers, ayant pour objectif d'instituer un dialogue et une coopération dans les domaines désignés par les États. Deux arrêts ont été rendus le 5 avril 2013⁷¹, dans lesquels la Cour de cassation a nuancé sa position adoptée en 2011. Il s'agissait en l'espèce d'un ressortissant algérien et d'un ressortissant turc dont la demande de prestations familiales avait été rejetée au motif qu'ils ne produisaient pas le certificat médical délivré par l'OFII dans le cadre de la procédure de regroupement familial. Dans la première affaire, la Cour de cassation a pris soin de réitérer sa solution précédente selon laquelle les dispositions du Code de la sécurité sociale sont conformes à la Convention EDH ainsi qu'à la Convention relative aux droits de l'enfant. Cette jurisprudence n'est donc aucunement remise en cause. Néanmoins, la Cour s'est, dans les deux cas, fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne pour considérer que la législation française instituait « *une discrimination fondée directement sur la nationalité* » étant contraire au droit de l'Union.

⁷¹ Cass. Ass. plén., 5 avr. 2013, n° 11-17.520 et 11-18.947.

S'agissant premièrement de l'accord d'association conclu entre l'Union européenne et l'Algérie⁷², celui-ci comporte un titre portant sur la « coopération sociale et culturelle », comprenant lui-même des dispositions relatives aux travailleurs. D'après l'article 68 dudit accord, « *les travailleurs de nationalité algérienne et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient, dans le domaine de la sécurité sociale, d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des États membres dans lesquels ils sont occupé* ». La Cour de cassation reprend la jurisprudence de la CJUE en déduisant de cette stipulation un principe d'égalité de traitement qui implique qu'un ressortissant algérien résidant régulièrement sur le territoire d'un État membre doit recevoir un traitement identique à celui réservé aux nationaux de cet État. Dès lors, l'octroi d'une prestation sociale ne peut être subordonné à des « *conditions supplémentaires ou plus rigoureuses* » que celles prévues pour les ressortissants nationaux. Telle est l'interprétation que les juges font de « l'absence de discrimination fondée sur la nationalité » : le droit interne ne peut instaurer une condition spécifique et donc supplémentaire pour les ressortissants algériens en raison de leur non-appartenance à un État membre de l'Union européenne. Autrement, cela constitue une « *discrimination directement fondée sur la nationalité* ».

Les juges ont suivi un raisonnement identique s'agissant de l'accord d'association entre l'Union européenne et la Turquie. Le Conseil d'association de l'accord a adopté une décision *relative à l'application des régimes de sécurité sociale des États membres des Communautés européennes aux travailleurs et aux membres de leur famille*⁷³, dont l'article 3 §1, s'intitulant « égalité de traitement », pose le principe selon lequel la législation de tout État membre doit être appliquée aux ressortissants turques dans les mêmes conditions que pour les nationaux — sous réserve des dispositions particulières de la décision. Dès lors, la cour d'appel a « légalement justifié sa décision » en se fondant sur la jurisprudence de la CJUE pour juger que l'article 3 §1 de la décision exigeait une absence de discrimination fondée sur la nationalité impliquant un traitement identique des ressortissants turcs par rapport aux nationaux d'un État membre. L'octroi d'un « droit » ne peut donc être subordonné à des « *conditions supplémentaires ou plus rigoureuses* » que celles prévues pour les ressortissants de cet État. Une fois encore, l'application

⁷² Accord euro-méditerranéen du 22 avril 2002 établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres et la République Algérienne démocratique.

⁷³ Décision n° 3/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980 relative à l'application des régimes de sécurité sociale des États membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille.

des dispositions du Code de la sécurité sociale français est écartée au motif que celles-ci instituent une « discrimination directement fondée sur la nationalité ».

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation reconnaît ainsi explicitement que le législateur français, en exigeant des étrangers ressortissants d'États tiers à l'Union européenne que leurs enfants soient entrés en France dans le cadre de la procédure de regroupement familial pour leur accorder des prestations familiales, a instauré une discrimination fondée « directement » sur la nationalité contraire au droit de l'Union européenne. Or, en vertu du principe de primauté consacré par la CJUE en 1964⁷⁴ et admis par la suite par le juge judiciaire⁷⁵, le droit de l'Union — dont font partie les accords externes conclus par l'Union européenne — a une valeur supranationale. Un État membre dont la législation n'est pas conforme au droit de l'Union s'expose dès lors à l'introduction d'un recours en manquement par la Commission européenne⁷⁶ : en effet, l'article 216 §2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que les États membres sont liés par les accords d'association conclus par l'Union européenne. Les États ont donc l'obligation de les respecter et les appliquer ; dans le cas contraire, cela revient à un manquement à l'obligation imposée par les stipulations du traité. L'État français aurait pu être mis en cause si la Cour de cassation n'avait pas écarté l'application de la condition « d'entrée régulière » à l'encontre des enfants algériens et turcs, alors que la CJUE avait d'ores et déjà considéré dans des décisions préjudicielles que les accords d'association en présence comportaient un « principe de non-discrimination »⁷⁷ s'opposant à une telle mesure législative.

La solution des juges de cassation apparaît certes satisfaisante : concrètement, la condition d' « entrée régulière » par la voie du regroupement familial des enfants pour lesquels sont demandés les prestations familiales ne peut être opposable aux ressortissants algériens et turcs en vertu du droit de l'Union européenne. Sont également concernés les ressortissants

⁷⁴ CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64.

⁷⁵ Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, n° 73-13.556.

⁷⁶ TFUE, art. 258.

⁷⁷ V. notamment : CJCE, 5 avr. 1995, *Krid*, aff. C-103/94, §21 ; CJCE, 17 déc. 1998, *Sürül*, aff. C-262/96, §20.

marocains⁷⁸ et tunisiens⁷⁹, avec la réserve que seuls les travailleurs ou assimilés peuvent bénéficier des stipulations des accords d'association conclus par l'Union européenne. Il est cependant paradoxal de constater qu'au sein d'une même décision⁸⁰, est reconnue l'existence d'une discrimination fondée sur la nationalité dans la législation française contraire au principe d'égalité de traitement des accords d'association de l'Union européenne, alors que la Cour de cassation réaffirme quelques lignes auparavant que les dispositions du Code de la sécurité sociale sont conformes à l'article 14 de la Convention EDH — combiné avec l'article 8 —, qui interdit la discrimination fondée sur « l'origine nationale ». Sont pourtant en cause les mêmes dispositions et le même motif de discrimination : la seule différence réside dans le fait que dans un cas, la Cour opère son contrôle de conventionnalité au regard du droit européen des droits de l'Homme, et dans un autre, le contrôle est opéré au regard du droit de l'Union européenne. Il ne s'agit certes pas du même ordre juridique, mais il ne semble pas absurde d'avancer que l'interdiction de discriminer en raison de la nationalité peut trouver le même sens dans l'un comme dans l'autre.

Cette variation dans la jurisprudence de la Cour de cassation peut justement s'expliquer par la différence des normes supra-législatives invoquées : les juges ne pouvaient raisonner autrement qu'en se fondant sur les décisions préjudicielles de la CJUE, qui donnait explicitement sa portée au principe d'égalité de traitement prévu par les accords d'association. Il était déjà admis que « *l'absence de discrimination fondée sur la nationalité* » impliquait que les ressortissants des États tiers à l'Union européenne résidant dans l'un des États membres devaient être exactement soumis aux mêmes conditions que les ressortissants d'un État membre pour bénéficier de prestations sociales. En refusant d'appliquer les stipulations des accords d'association, la Cour en faisait une interprétation contraire à celle de la CJUE, qui a pour mission de garantir une application uniforme du droit de l'Union.

⁷⁸ Cass. Civ. 2^e, 12 fév. 2015, n° 13-26.821 : l'application des dispositions du Code de la sécurité sociale est écartée au regard des articles 65 et 66 de l'Accord euro-méditerranéen du 26 février 1996 établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres et le Royaume du Maroc.

⁷⁹ Cass. Civ. 2^e, 23 janv. 2020, n° 19-10.087 : la Cour s'est prononcée sur la conventionnalité de l'article L. 816-1 CSS qui réserve le bénéfice de l'allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA) aux étrangers satisfaisant une condition de stabilité de résidence, entendue au sens d'une durée de résidence préalable. L'application de ces dispositions a été écartée au regard de l'article 65 de l'Accord euro-méditerranéen du 17 juillet 1995 établissant une association entre les Communautés européennes et la République tunisienne, comportant un principe d'égalité de traitement identique à celui prévu par les accords d'association conclu avec l'Algérien et le Maroc. La solution des arrêts du 5 avril 2013 est donc applicable aux ressortissants tunisiens.

⁸⁰ Cass. Ass. plén., 5 avr. 2013, n° 11-17.520.

Cependant, s'agissant de l'article 14 de la Convention EDH, la Cour de cassation semble raisonner d'une autre manière, qu'il nous est difficile d'appréhender puisque ce raisonnement n'apparaît pas dans sa motivation⁸¹ : le fait de subordonner le versement de prestations familiales à une condition prévue spécifiquement pour les étrangers ressortissants d'États tiers à l'Union européenne ne constitue pas une discrimination au sens de cette stipulation. Il est vrai qu'au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, celle-ci condamne fermement les discriminations fondées « exclusivement » sur la nationalité⁸², soit dans le cas où un ressortissant étranger résidant dans un État partie à la Convention EDH se voit refuser l'accès aux prestations sociales au seul prétexte qu'il n'a pas la nationalité de cet État. Or, en 2013, la CEDH ne s'est pas encore prononcée sur la compatibilité de la législation française avec le droit européen des droits de l'Homme, laissant ainsi à la Cour de cassation une certaine marge de manœuvre dans son interprétation des stipulations de la Convention EDH.

Par ailleurs, rappelons que d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel — que la Cour de cassation semble suivre attentivement —, les étrangers et les nationaux sont par définition considérés comme étant placés dans une situation différente⁸³, de sorte que la question de l'existence d'une différence de traitement illicite ne se pose pas vraiment. La position de la Cour de cassation ne surprend donc pas. En tout état de cause, il n'était pas impossible pour les juges de la Haute juridiction d'interpréter le principe de non-discrimination de l'article 14 de la Convention EDH à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Cela les aurait conduit à considérer que l'interdiction de discrimination fondée sur l'origine nationale entraînait une interdiction de traiter différemment les nationaux et les ressortissants d'États membres de l'Union européenne, et les étrangers ressortissants d'États tiers — sous réserve d'établir qu'ils sont placés dans une situation analogue.

Cela étant dit, quelle est la portée des arrêts d'Assemblée plénière du 5 avril 2013 ? Le moyen fondé sur le principe d'égalité de traitement contenu dans les accords d'association conclu par l'Union européenne porte ses fruits : certains étrangers peuvent accéder aux prestations familiales bien que leurs enfants ne soient pas entrés en France par la voie du regroupement familial. Cependant, le contrôle de conventionnalité ayant seulement pour

⁸¹ V. Chapitre 1.

⁸² V. Titre 2, chapitre 1.

⁸³ Cons. const., décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, considérant 2.

conséquence d'écarter l'application de la loi jugée comme étant inconstitutionnelle, les dispositions du Code de la sécurité sociale sont maintenues pour les étrangers qui ne peuvent bénéficier du droit de l'Union. D'autres textes à valeur supra-législative ont dès lors été invoqués devant les juges en raison du principe d'égalité de traitement qu'ils contiennent, dans l'espoir que la Cour de cassation transpose sa solution.

Section 2 : La mise à l'écart du principe d'égalité de traitement prévu par d'autres conventions internationales ou le contournement de l'article 55 de la Constitution

Il était légitime de s'interroger sur une éventuelle transposition de la solution des arrêts de 2013 à l'application du principe d'égalité de traitement prévu par d'autres conventions internationales, similaire à celui des accords d'association conclus par l'Union européenne⁸⁴. Néanmoins les juges, faisant preuve d'un certain tâtonnement, ont contourné l'autorité des traités en écartant l'application de ce principe, niant l'effet des conventions bilatérales de sécurité sociale conclues avec les États d'Afrique subsaharienne (§1) ainsi que celui des conventions adoptées dans le cadre de l'Organisation internationale du travail (§2).

§1 - La limitation de l'utilité des conventions bilatérales de sécurité sociale conclues avec les États d'Afrique subsaharienne

Les conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la France avec d'autres États ont pour objectif de coopérer dans le domaine social et plus particulièrement celui de la sécurité sociale, en coordonnant leur législation interne en matière de sécurité sociale. Les conventions conclues avec les États d'Afrique subsaharienne comportent généralement un principe d'égalité de traitement dans leurs dispositions générales, auquel les États se disent « attachés » — comme ils le rappellent en préambule —, signifiant que les ressortissants des États parties ainsi que leurs ayants droit résidant en France sont soumis à la législation de l'État dans lequel ils résident « dans les mêmes conditions » que les nationaux de cet État. Cela fait écho au principe d'égalité de traitement contenu dans les accords d'association conclus par l'Union européenne : ainsi, un ressortissant étranger d'un État ayant conclu une convention bilatérale de sécurité sociale avec la

⁸⁴ ISIDRO Lola, « Les parents d'enfants algériens et turcs entrés en dehors du regroupement familial ont droit aux prestations familiales », *Lettre "Actualité Droits-Libertés" du CREDOF*, 12 avril 2013.

France ne peut être soumise à des conditions différentes que les ressortissants français dans le cadre de la législation relative à la sécurité sociale⁸⁵.

Dans les années suivant les arrêts d'Assemblée plénière rendus par la Cour de cassation en 2011, les requérants étrangers se voyant refuser le versement de prestations familiales au motif que leurs enfants n'étaient pas entrés par la voie du regroupement familial se sont fondés sur la convention bilatérale de sécurité sociale leur étant applicable afin que la condition d'« entrée régulière » de l'enfant ne leur soit pas opposable. Dans un premier temps, la Cour de cassation a admis l'application du principe d'égalité de traitement, conduisant dès lors à la non-application des dispositions du Code de la sécurité sociale⁸⁶. Cette solution se voulait cohérente avec les arrêts d'Assemblée plénière de 2013.

Néanmoins, la jurisprudence de la Cour a connu une nouvelle fluctuation par un arrêt du 3 novembre 2016⁸⁷ : une ressortissante ivoirienne invoquait le principe d'égalité de traitement consacré à l'article 1^{er} de la convention bilatérale de sécurité sociale conclue entre la France et la Côte d'Ivoire le 16 janvier 1985 afin d'avoir accès aux prestations familiales. Les juges de cassation ont ici procédé à une articulation pour le moins étonnante de la convention bilatérale de sécurité sociale avec la convention relative à la circulation et au séjour des personnes, dite « convention d'établissement », conclue entre la France et la Côte d'Ivoire le 14 avril 1995. En effet, cette dernière stipule en son article 8 que les membres de la famille d'un ressortissant étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un des États parties peuvent le rejoindre « *dans le cadre de la législation en vigueur (...) en matière de regroupement familial* ». Les juges ont en ainsi déduit dans que dans la mesure où la convention d'établissement, ayant la même valeur juridique que la convention bilatérale de sécurité sociale, prévoit une entrée « régulière » des membres de la famille d'un ressortissant étranger par la voie du regroupement familial, le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à l'exigence de présentation du certificat médical délivré par l'OFII. En d'autres termes, le principe d'égalité de traitement est seulement applicable aux ressortissants étrangers résidant régulièrement en France et ayant respecté la procédure de regroupement familial, la lecture de la convention bilatérale de sécurité sociale se

⁸⁵ ISIDRO Lola, *L'étranger et la protection sociale*, thèse préc. p. 107.

⁸⁶ S'agissant de la convention bilatérale de sécurité sociale conclue entre la France et l'ex-Yougoslavie le 5 janvier 1950 : Cass. Civ. 2^e, 6 novembre 2014, n°13-23.318. S'agissant également de la convention bilatérale de sécurité sociale conclue entre la France et le Sénégal le 29 mars 1974 : Cass. Civ. 2^e, 11 février 2016, n° 15-13.891.

⁸⁷ Cass. Civ. 2^e, 3 nov. 2016, n°15-21.204.

faisant à la lumière de la convention d'établissement. La Cour de cassation a ultérieurement confirmé cette solution dans le cas d'un ressortissant malien⁸⁸ et d'un ressortissant camerounais⁸⁹ qui invoquaient à leur tour la convention bilatérale de sécurité sociale conclue par la France et leur pays d'origine.

Le raisonnement suivi par les juges de cassation dans ces différentes décisions a été vivement critiqué en raison du « scepticisme »⁹⁰ qu'il provoque lorsqu'on s'attache à le « décortiquer ». La pertinence de l'articulation entre les convention d'établissement et les conventions bilatérales de sécurité sociale prête en effet à interrogation sur plusieurs points. Comme le souligne Lola Isidro, la seule condition à l'application du principe d'égalité de traitement prévu par les conventions bilatérales de sécurité sociale est que la personne qui l'évoque entre dans le champ d'application personnel de la convention : autrement dit, il est nécessaire d'exercer une activité salariée ou assimilée⁹¹. Cela avait notamment conduit la Cour de cassation, dans son arrêt du 11 février 2016⁹², à rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel puisque la cour d'appel avait « exactement décidé » que le droit aux prestations familiales devait être ouvert à compter de l'exercice d'une activité salariée par la requérante. Ici, la Cour vient ajouter une seconde condition : le ressortissant étranger qui invoque le principe d'égalité de traitement doit avoir respecté la procédure de regroupement familial, conformément aux stipulations de la convention d'établissement qui lie également son pays d'origine et la France. Cette curieuse articulation entre les deux types de convention amène à se pencher sur les méthodes d'interprétation employées par les juges de cassation.

L'une des critiques avancées est que la solution adoptée par la Cour de cassation revient à établir une hiérarchie la convention d'établissement d'une part, et la convention bilatérale de sécurité sociale d'autre part, faisant primer la première sur la deuxième⁹³. Pourtant à la lecture des deux textes, aucune des stipulations ne contient un renvoi à l'un ou à l'autre, ce qui n'a rien

⁸⁸ Cass. Civ. 2^e, 4 mai 2017, n°16-14.425.

⁸⁹ Cass. Civ. 2^e, 25 janv. 2018, n°17-11.436.

⁹⁰ ISIDRO Lola, « Conditions d'octroi des prestations familiales au profit des enfants étrangers : la neutralisation des conventions bilatérales de sécurité sociale », *RDSS*, 2018, p. 354.

⁹¹ Les conventions bilatérales de sécurité sociale ont initialement été pensées dans un objectif de protection des travailleurs étrangers. Sur ce point, voir : ISIDRO Lola, *L'étranger et la protection sociale*, thèse préc., p. 100.

⁹² Cass. Civ. 2^e, 11 fév. 2016, décision préc.

⁹³ ISIDRO Lola, « Conditions d'octroi des prestations familiales au profit des enfants étrangers : la neutralisation des conventions bilatérales de sécurité sociale », article préc.

de surprenant dans la mesure où les deux types de convention ne portent pas sur le même objet : la convention d'établissement vise à déterminer des règles communes en matière de circulation et de séjour des personnes pour faciliter leur circulation, tandis que la convention bilatérale de sécurité sociale a pour but, comme mentionné précédemment, de coopérer dans le domaine de la sécurité sociale afin d'assurer une protection satisfaisante aux travailleurs étrangers. Il n'est donc nullement nécessaire d'interpréter une convention à la lumière de l'autre dans la mesure où elles n'entrent pas en conflit. Sont en cause des dispositions s'inscrivant dans le cadre de la législation en matière de sécurité sociale ; il est évident que seul le texte de valeur supra-législative portant sur la sécurité sociale trouve à s'appliquer. Il n'existe aucune difficulté sur ce point de droit et pourtant, la Cour de cassation décide de faire intervenir la convention d'établissement, allant jusqu'à faire dire aux conventions ce qu'elles ne disent pas. Tout bien considéré, ceci n'est que le reflet de la volonté du législateur français de lier le droit des étrangers et le droit de la sécurité sociale en insérant dans le deuxième une condition qui n'existe pas dans le premier⁹⁴.

Le raisonnement suivi par les juges de cassation peut ainsi être perçu comme étant « bancal » : partant du postulat que les conventions bilatérales de sécurité sociale entreraient en conflit avec les conventions d'établissement, il y a lieu de rechercher la meilleure manière de les articuler. Deux « pistes » ont pu être suivies par les juges, la première étant celle d'une « application distributive » des conventions⁹⁵. Or, il s'agit d'un principe de droit international privé qui ne trouve pas d'équivalence en droit international public. L'application distributive intervient en effet dans le cadre d'un rapport de droit privé entre deux particuliers, lorsque deux régimes juridiques différents peuvent trouver à s'appliquer : chaque régime sera appliqué pour une personne⁹⁶. Toutefois ici, en approfondissant l'analyse, il serait davantage question d'appliquer deux régimes juridiques à la fois pour une même personne : la convention d'établissement est appliquée s'agissant de sa situation au regard du droit des étrangers, tandis que la convention bilatérale de sécurité sociale est appliquée s'agissant de son droit aux prestations sociales. Ce qui en définitive est dépourvu de toute logique puisque les dispositions de la convention d'établissement viennent écartier l'application du principe d'égalité de

⁹⁴ V. Introduction générale.

⁹⁵ ISIDRO Lola, « Conditions d'octroi des prestations familiales au profit des enfants étrangers : la neutralisation des conventions bilatérales de sécurité sociale », article préc. : le principe d'application distributive a été invoqué dans le Bulletin d'information de la Cour de cassation pour expliquer cette solution.

⁹⁶ *Ibid.* : Lola Isidro prend l'exemple de l'article 202-1 du Code civil qui règle les conflits de lois en matière de mariage lorsque les époux n'ont pas la même nationalité, et prévoit ainsi que chaque époux se voit appliquer sa loi personnelle pour contracter mariage.

traitement : permettons-nous de rechercher où se situe l'idée de « distribution » dans cette hypothèse.

On peut en outre supposer que les juges de cassation ont fait primer l'application des conventions d'établissement en vertu de la maxime *lex posterior derogat priori*, soit « la loi postérieure déroge à la précédente ». Les conventions d'établissement ont en effet été conclues par la France et des États tiers, faisant partie de l'Afrique subsaharienne, durant les années 1990 et donc postérieurement à la conclusion des conventions bilatérales de sécurité sociale. Or, c'est à ce même moment que la condition de régularité du séjour pour accéder à la protection sociale se généralisait⁹⁷. Il apparaît néanmoins qu'en droit international des traités, la maxime *lex posterior* est seulement valable dans le cas de traités successifs portant sur la même matière⁹⁸, ce qui n'est pas le cas des conventions d'établissement et des conventions bilatérales de sécurité sociale. Il ne peut donc pas être soutenu qu'ayant été signées postérieurement, les conventions d'établissement priment sur les conventions bilatérales de sécurité sociale.

En tout état de cause, la solution adoptée par la Cour de cassation ne semble reposer sur aucune explication juridiquement valable mais bien sur la volonté d'appliquer le droit national dans un objectif de maîtrise de l'immigration, et ce en contournant l'article 55 de la Constitution : l'ignorance du principe d'égalité de traitement — justifiée par l'existence d'une convention d'établissement — revient *in fine* à maintenir les dispositions du Code de la sécurité sociale qui, on le rappelle, visent à garantir le respect de la procédure de regroupement familial. La portée du principe d'égalité de traitement est ainsi réduite à peau de chagrin pour les ressortissants étrangers dont l'État d'origine a conclu les deux types de conventions avec la France, ce qui concerne en pratique les États d'Afrique subsaharienne : il devient une simple prescription pour les États qui n'est plus invocable devant le juge. En effet, les ressortissants étrangers répondant aux conditions d'accès aux prestations familiales n'ont aucune raison d'engager un contentieux en se fondant sur la convention bilatérale de sécurité sociale applicable puisqu'ils bénéficient déjà des prestations familiales. Quant à ceux qui ne peuvent en bénéficier car ils n'attestent pas de la « régularité de situation » de leurs enfants, le principe d'égalité de traitement est automatiquement neutralisé.

⁹⁷ V. Introduction générale.

⁹⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, art. 30.

Remarquons tout de même que le procédé utilisé par la Cour de cassation pour faire primer la logique du droit interne revient à ajouter une condition supplémentaire à l'application d'une norme internationale qui n'a initialement pas été prévue par les États parties. Or, il n'est pas certains que les États ayant conclu une convention bilatérale de sécurité sociale avec la France aient consenti à ce qu'une condition supplémentaire soit prévue pour leurs ressortissants dans le but de restreindre leur droit aux prestations familiales.

§2 - *La limitation de l'utilité des conventions adoptées dans le cadre de l'Organisation internationale du travail*

Les conventions adoptées dans le cadre de l'Organisation internationale du travail (ci-après « OIT »), dont l'une des fonctions principales est de produire des normes internationales relatives au travail, peuvent trouver à s'appliquer dès lors qu'elles ont été ratifiées par l'État français et soumises à l'approbation du Parlement pour leur entrée en vigueur. Nous nous concentrerons sur la convention n°97 sur les travailleurs migrants (A) et la convention n°118 sur l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale (B), qui comportent chacune un principe d'égalité de traitement favorable aux travailleurs étrangers et pouvant conduire, à l'instar des conventions bilatérales de sécurité sociale, à la non-application des dispositions du Code de la sécurité sociale.

A. La convention n° 97 de l'OIT sur les travailleurs migrants

La convention n° 97 de l'OIT sur les travailleurs migrants⁹⁹, d'applicabilité directe¹⁰⁰, stipule en son article 6 §1 que : « *Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion ni de sexe, aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne les matières suivantes : (b) la sécurité sociale* », comprenant les prestations familiales. On retrouve une portée identique à clauses d'égalité de traitement contenues dans les accords d'association conclus par l'Union européenne et les conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la

⁹⁹ Convention (n° 97) sur les travailleurs migrants (révisée) du 1^{er} juillet 1949.

¹⁰⁰ CE, 7 juin 2006, *Aides et al.*, n° 285576.

France : les travailleurs de nationalité étrangère ne doivent pas subir de discrimination fondée sur leur nationalité — entre autres —, ce qui implique qu'ils doivent recevoir un traitement identique à celui réservé aux nationaux. Or en matière de droit aux prestations familiales, il suffit de résider en France et d'avoir un enfant à charge pour en bénéficier. Les travailleurs étrangers ne devraient donc pas avoir à attester de la « régularité » de l'entrée de leurs enfants sur le territoire en vertu du droit international dans le domaine social.

La Cour de cassation n'a pas à ce jour pas eu l'occasion de se prononcer sur la conformité des dispositions du Code de la sécurité sociale à l'article 6 §1 de la convention n° 97 de l'OIT. Néanmoins, l'application de cette clause d'égalité de traitement a d'ores et déjà été niée dans deux arrêts de cours d'appel. En 2019, la cour d'appel de Paris¹⁰¹ a en effet repris l'exception posée à l'article 6 §1 (b) (ii) prévoyant que cette clause est applicable sous réserve « *des dispositions particulières prescrites par la législation nationale du pays d'immigration et visant les prestations ou fractions de prestations payables exclusivement sur les fonds publics* ». En d'autres termes, des conditions d'accès supplémentaires peuvent être prévues par la législation nationale pour les prestations exclusivement financées par des fonds publics, annihilant le principe d'égalité de traitement. Les prestations familiales, relevant « de la solidarité nationale », ont été considérées comme étant financées par des fonds publics — les cotisations sociales ayant été assimilées à des fonds publics. Or, les fonds publics pourraient seulement se rapporter à la contribution sociale généralisée (CSG) et aux impôts et taxes affectées (ITAF). Les cotisations sociales représentant plus de la moitié des ressources totales de la branche « famille » du système de sécurité sociale français¹⁰², les prestations familiales ne seraient pas financées exclusivement par des fonds publics¹⁰³. Cette interprétation vient considérablement fragiliser la motivation de la cour d'appel.

Par ailleurs, dans un arrêt rendu en 2023¹⁰⁴, la cour d'appel de Poitiers s'est fondée sur la jurisprudence antérieure selon laquelle les dispositions du Code de la sécurité sociale ne sont pas contraires au principe de non-discrimination pour en déduire qu'elles ne méconnaissent pas

¹⁰¹ CA Paris, 22 fév. 2019, n° 15/11057.

¹⁰² « Comment la branche famille de la sécurité sociale est-elle financée ? », Vie publique, 2021. URL : <https://www.vie-publique.fr/fiches/37967-comment-la-branche-famille-de-la-securite-sociale-est-elle-financee>

¹⁰³ Telle est la thèse soutenue par le Défenseur des droits dans sa décision n° MLD-MSP-2016-274 du 7 novembre 2016.

¹⁰⁴ CA Poitiers, 27 avr. 2023, n° 20/01802.

non plus la convention n° 97 de l'OIT. Remarquons d'abord que la motivation de la cour d'appel de Paris n'a pas été reprise, créant de ce fait une incertitude quant à la justification pouvant être apportée pour exclure l'application de l'article 6 §1 de la convention. Ensuite, dès lors que la Cour de cassation considère dans sa jurisprudence antérieure que l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale ne porte pas atteinte à l'article 14 de la Convention EDH, les juges de la cour d'appel de Poitiers n'ont pas réellement recherché la portée de la clause d'égalité de traitement contenue dans la convention alors qu'elle peut être identique à des normes similaires en droit international.

La motivation des juges du fond quant à la mise à l'égard du principe d'égalité de traitement prévu par la convention n° 97 de l'OIT se révèle donc être fragile. Reste à savoir quel serait le sens de la position de la Cour de cassation si elle était amenée à connaître de la question de l'application de cette disposition, bien qu'il ne soit pas certain qu'elle suive un raisonnement différent.

B. La convention n° 118 de l'OIT sur l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale

La convention n° 118 adoptée dans le cadre de l'OIT¹⁰⁵, dont l'applicabilité directe a été reconnue par la Cour de cassation¹⁰⁶, porte sur l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale. L'État français a consenti à se soumettre aux obligations de la convention concernant plusieurs branches de sécurité sociale, dont celle des « prestations aux familles ». L'article 3 §1 de la convention consacrant un principe d'égalité de traitement a été invoqué devant la Cour de cassation par un ressortissant bolivien en vue d'obtenir le versement de prestations familiales. Néanmoins dans un arrêt rendu le 8 avril 2021, la Cour a écarté l'application du principe en énonçant simplement que celui-ci ne s'opposait pas à l'application du droit interne en matière d'entrée et de séjour¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Convention (n° 118) sur l'égalité de traitement (sécurité sociale) du 28 juin 1962.

¹⁰⁶ Cass. Soc., 17 oct. 1996, n° 95-14.748.

¹⁰⁷ Cass. Civ. 2^e, 8 avr. 2021, n° 19-24.661 : « (...) *s'il fait obstacle à ce que la législation nationale impose à l'allocataire de nationalité étrangère une condition de résidence distincte de celle imposée aux allocataires de nationalité française, le principe d'égalité de traitement, dont la finalité est de supprimer les discriminations fondées sur la nationalité, ne s'oppose pas, en revanche, à l'application à l'allocataire de nationalité étrangère des dispositions nationales qui régissent l'entrée et le séjour dans l'Etat.* »

Bien que la motivation des juges ne soit pas davantage étayée — pour ne pas dire qu'elle est inexistante —, il ressort en effet de l'article 3 de la convention n° 118 de l'OIT que l'application du principe d'égalité de traitement est subordonnée à une condition de réciprocité : il est nécessaire que l'État dont l'étranger est ressortissant ait également accepté l'égalité de traitement pour la branche des « prestations aux familles », ce qui suppose que cet État doit avoir ratifié la convention. La portée de cette stipulation est donc plutôt restreinte, dans la mesure où la convention n'a pas été massivement ratifiée¹⁰⁸. Néanmoins en l'espèce, l'État bolivien a ratifié la convention n° 118 de l'OIT et a accepté l'égalité de traitement pour la branche des « prestations aux familles ». En décidant tout de même d'écarter l'application du principe d'égalité de traitement, la Cour de cassation viole donc purement et simplement l'article 55 de la Constitution puisqu'elle fait primer les dispositions nationales sur la norme internationale, sans même tenter de justifier sa position.

Ainsi, les ressortissants d'États tiers ayant conclu un accord d'association avec l'Union européenne prévoyant un principe d'égalité de traitement en matière de sécurité sociale peuvent se voir octroyer des prestations familiales malgré la condition restrictive prévue par l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale. Sont également concernés les ressortissants dont l'État d'origine a conclu une convention bilatérale de sécurité sociale avec la France, à condition qu'il n'existe pas en parallèle une convention d'établissement liant les deux pays. Cependant, l'utilité des conventions adoptées dans le cadre de l'OIT se révèle incertaine ou limitée. Et encore faut-il que les étrangers qui invoquent ces normes exercent une activité salariée ou assimilée. Bien que quelques instruments internationaux soient encore invocables devant le juge, force est de constater que leur portée n'est pas aussi importante que les conventions de protection des droits de l'Homme : à la logique universelle se substitue une « approche « nationalité par nationalité » »¹⁰⁹ puisque le bénéfice du principe d'égalité de traitement dépend de l'existence d'un accord d'association, d'une convention bilatérale de sécurité sociale, ou encore de la ratification des conventions adoptées dans le cadre de l'OIT.

¹⁰⁸ Remarquons que parmi les États d'Afrique subsaharienne ayant conclu une convention bilatérale de sécurité sociale avec la France, seule la Mauritanie a ratifié la convention n°118 adoptée dans le cadre de l'OIT et a accepté la branche relative aux « prestations aux familles ». Les ressortissants mauritaniens pourront donc se prévaloir de l'article 3 §1 de la convention afin de pallier la jurisprudence de la Cour de cassation qui combine les conventions bilatérales de sécurité sociale et les conventions d'établissement pour écarter l'application du principe d'égalité de traitement.

¹⁰⁹ Expression employée par Lola Isidro in ISIDRO Lola, *L'étranger et la protection sociale*, thèse préc., p. 110.

La Cour de cassation brille par l'inconstance de sa position : l'existence d'une discrimination fondée sur la nationalité est reconnue dans un cas mais pas dans un autre, tandis que le principe d'égalité de traitement semblerait presque être appliqué selon son bon vouloir, ce qui est problématique s'agissant de l'impératif de sécurité juridique dès lors que certains requérants se sont vus octroyer des prestations familiales, contrairement à d'autres, au gré des fluctuations de la position de la Cour. Sa jurisprudence devient ainsi imprévisible et laisse place à l'incompréhension.

Les instruments nationaux prévoyant une protection du ressortissant étranger ne manquent pas. Nombreux sont les arguments pouvant permettre de conclure à l'inconventionnalité de l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale, ce qui conduirait potentiellement le législateur à modifier la rédaction de cette disposition. Toutefois la Cour de cassation se borne à affirmer qu'il n'existe aucune discrimination à l'encontre des étrangers, ni dans l'accès aux prestations familiales, ni dans la jouissance de leurs droits fondamentaux. Le principe d'égalité de traitement ne fait pas non plus obstacle — excepté pour celui prévu par le droit de l'UE — à l'application des dispositions nationales, réduisant quasiment à néant les moyens pour les étrangers de faire valoir les droits qui leur sont pourtant expressément reconnus au niveau international. Par conséquent, la Cour européenne des droits de l'Homme représentait naturellement un espoir pour mettre un terme à ce contentieux.

TITRE 2 - LE CONTRÔLE DE SURFACE OPÉRÉ PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La décision de la Cour européenne des droits de l'Homme était plus qu'attendue, nourrissant l'espoir qu'il soit mis un terme au contentieux relatif à l'exclusion de certains parents étrangers du bénéfice des prestations familiales. L'issue apparaissait quasi certaine : la CEDH prendrait en considération l'intérêt supérieur de l'enfant pour reconnaître une violation des stipulations de la Convention EDH par l'État français¹¹⁰. Mais il n'en a rien été : le 8 septembre 2015¹¹¹, la Cour a rendu une décision d'irrecevabilité au fond¹¹² de la requête, considérant celle-ci comme étant « manifestement mal fondée » au motif que la différence de traitement ne repose pas sur la seule nationalité ou « *tout autre critère couvert par l'article 14* » de la Convention¹¹³.

Néanmoins, la motivation de la Cour européenne des droits de l'Homme se discute en ce qu'elle met à mal à la logique du droit de la non-discrimination (chapitre 1), et juge que le refus de prestations familiales opposé aux étrangers n'ayant pas respecté la procédure de regroupement familial n'emporterait pas de fatalité puisque le regroupement familial « sur place » serait une garantie de régularisation et de ce fait, d'octroi des prestations familiales (chapitre 2).

¹¹⁰ GOUTTENOIRE Adeline, « Le bénéfice des prestations familiales réservé à certains enfants étrangers », *Actualité Juridique Famille*, 2012, p. 183.

¹¹¹ CEDH, 8 sept. 2015, *Okitaloshima Okonda Osungu c. France et Selpa Lokongo c. France*, décision préc.

¹¹² Conv. EDH, art. 35 §3 : « La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime : a) que la requête est (...) manifestement mal fondée (...) ».

¹¹³ CEDH, *Okitaloshima*, décision préc., §48.

Chapitre 1 : La mise à mal de la logique du droit de la non-discrimination

Après avoir jugé que les stipulations invoquées par les requérants étaient applicables aux situations d'espèce¹¹⁴, la Cour européenne des droits de l'Homme rappelle les principes généraux tirés de sa jurisprudence antérieure. Pour répondre à la question de savoir s'il existe une discrimination contraire à l'article 14, il est en premier lieu nécessaire de déterminer s'il existe une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations « comparables », fondée sur une « caractéristique personnelle identifiable »¹¹⁵. Pourtant, la Cour applique son propre principe à contresens en se concentrant directement sur le motif de la différence de traitement observé, décidant ainsi d'ignorer l'étape de la comparaison des situations (section 1). Partant, la Cour demeure en-deçà de son pouvoir d'interprétation en opérant un contrôle superficiel du critère de différenciation inscrit dans la législation française (section 2).

Section 1 : La mise à l'écart de l'étude de comparaison des situations

Comme le laisse entendre l'énoncé des principes guidant la Cour européenne des droits de l'Homme dans son contrôle, la comparaison des situations constitue la première étape de son raisonnement : pour parler d'une « discrimination », encore faut-il qu'il y ait une différence de traitement entre des personnes qui sont placées dans une situation analogue, semblable ; ou autrement dit, qui devraient être traitées de manière identique. On remarque d'emblée qu'il n'est pas question d'une identité des situations : « comparable » revient seulement à considérer que les situations doivent présenter des points communs¹¹⁶. Il n'est pas non plus question d'apprécier la comparabilité des situations au regard du motif de distinction puisque naturellement, c'est celui-ci qui vient instaurer une différence qui n'a initialement pas lieu d'être¹¹⁷. Cependant, c'est exactement ce que fait la CEDH en estimant qu'il n'est « *pas nécessaire de trancher la question de savoir si la situation des requérants est comparable, (...) compte tenu de son appréciation*

¹¹⁴ *Ibid.*, §40.

¹¹⁵ *Ibid.*, §41.

¹¹⁶ « Comparaison des situations » in THARAUD Delphine, BOYER-CHAPELLE Caroline, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, coll. Le droit d'aujourd'hui, 2021.

¹¹⁷ *Ibid.*

relative à l'existence d'une justification objective et raisonnable »¹¹⁸. La Cour examine donc directement le motif de distinction sur lequel se fonde le législateur français pour dire si les étrangers, dont l'accès aux prestations familiales leur est refusé, sont ou non dans la même situation que d'autres résidents du territoire. Son raisonnement contrevient ainsi à la logique du droit de la non-discrimination en ce sens qu'une discrimination consiste justement à opérer une distinction entre des personnes qui devraient recevoir un traitement égal, en se fondant sur un motif prohibé souvent dissimulé par un critère se voulant objectif. De plus, la Cour apporte une certaine confusion en parlant d'une « justification objective », qui en droit ne correspond pas au critère de distinction mais au « but légitime » poursuivi, soit à la « finalité de la différence de traitement »¹¹⁹.

Il aurait pourtant été plus rigoureux de la part du juge européen de consacrer un développement indépendant à l'appréciation de la comparabilité des situations, dès lors que cela permet par la suite de déterminer s'il y a ou non discrimination. En effet, l'absence de similitude entre les situations conduit automatiquement à une absence de discrimination tandis qu'en cas d'analogie, la justification de la différence de traitement sera examinée¹²⁰. La CEDH rappelle bien que les États « *jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement* »¹²¹. Or en ce qui concerne le domaine économique et social, cette marge d'appréciation peut se trouver plus étendue. Cela ne justifie pas pour autant que la Cour refuse de se pencher sur la question de savoir si les étrangers qui sont exclus du bénéfice des prestations familiales sont dans une situation comparable à celle d'autres étrangers, ou à celle des nationaux et des ressortissants d'États membres de l'UE.

En tentant d'opérer cette comparaison, il apparaît immédiatement que celle-ci peut être faite à deux niveaux. Si l'on suit la Cour européenne des droits de l'Homme, les ressortissants étrangers n'ayant pas suivi la procédure de regroupement familial pour faire venir leurs enfants en France ne sont pas dans la même situation que ceux ayant respecté ladite procédure. En effet, les premiers sont considérés comme n'étant pas en conformité avec la législation en matière

¹¹⁸ CEDH, *Okitaloshima*, décision préc. §44.

¹¹⁹ SUDRE Frédéric (dir.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Puf, coll. Droit fondamental, 2021, p. 439.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 432.

¹²¹ CEDH, *Okitaloshima*, décision préc. §41.

d'entrée et du séjour alors que les deuxièmes le sont. Toutefois comme évoqué précédemment, ce raisonnement est erroné puisque c'est le critère de distinction inscrit dans la loi qui vient justifier la différence de situation. La comparaison des situations ne doit donc pas être faite entre les étrangers eux-mêmes, mais entre les étrangers ressortissants d'États tiers à l'Union européenne d'une part, et d'autre part, les nationaux et les ressortissants d'États membres de l'Union.

Bien que l'analyse de la comparabilité des situations soit empreinte d'une certaine subjectivité dépendant de l'angle adopté¹²², il n'est pas aberrant de considérer que dans les faits, les étrangers ressortissants d'États tiers à l'UE sont placés dans la même situation que les nationaux et les citoyens de l'UE. Tous résident régulièrement en France et peuvent y être installés de manière durable, ils occupent potentiellement un emploi supposant le prélèvement de cotisations sociales, nouent des liens avec le pays d'accueil en développant des relations sociales. Ils paient également des impôts dès lors qu'ils consomment et travaillent en France. En résumé, leur vie sociale, familiale et professionnelle se déroule principalement en France et ils contribuent à l'effort collectif, de sorte qu'*a priori*, leur situation présente des points communs. La seule différence vraisemblable est qu'un régime juridique différent leur est applicable et ce en raison de leur nationalité : les personnes n'ayant pas la nationalité française font nécessairement l'objet d'une législation relative à leur entrée, leur séjour, leur éloignement, les droits qui leur sont reconnus, qui ne concernera pas les nationaux. Néanmoins, cette différence ne peut justifier une quelconque différence de traitement dans la jouissance des droits fondamentaux puisque toutes ces personnes relèvent de la juridiction de l'État français¹²³. Ces droits leur sont donc garantis sans qu'il ne puisse exister de distinction fondée sur leur nationalité en vertu de l'article 14 de la Convention EDH. À ce sujet, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé dans plusieurs affaires que seules des « *considérations très fortes* » pouvait rendre compatible une différence de traitement fondée sur la nationalité, si tant est qu'elle soit fondée *exclusivement* sur ce motif¹²⁴. Pourtant, on observe bien une distinction dans l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale français fondée sur la nationalité.

¹²² THARAUD Delphine, BOYER-CHAPELLE Caroline, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, *op. cit.*

¹²³ Conv. EDH, art. 1^{er} : « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.* »

¹²⁴ V. notamment : CEDH, 16 sept. 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, §42.

Section 2 : Le contrôle superficiel du critère de différenciation

La Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît elle-même qu'il existe une différence de traitement fondée « *sur un critère lié à la nationalité* » et au respect de la procédure de regroupement familial. Il s'agit cependant d'une distinction qui n'est pas fondée *exclusivement* sur la nationalité selon elle et qui « *intervient dans le domaine économique et social* » : la conséquence est qu'une plus grande marge d'appréciation est laissée à l'État¹²⁵, impliquant un contrôle moins approfondi de la part de la Cour. Celle-ci n'appréhende donc pas la distinction fondée sur la nationalité de manière indépendante mais la relie directement à la condition de respect de la procédure de regroupement familial, manquant de prendre de la hauteur sur l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale.

Il est vrai que le cas de la France semble inédit : dans les autres affaires jugées par la Cour en matière de refus de prestations sociales aux étrangers, la législation de l'État mis en cause prévoyait expressément une condition de nationalité pour bénéficier de prestations sociales, de sorte que les ressortissants étrangers résidant dans cet État en étaient automatiquement exclus¹²⁶. La législation française, en revanche, ne réserve pas le bénéfice des prestations familiales aux seuls nationaux puisque les étrangers résidant régulièrement en France en bénéficient *a priori* de plein droit¹²⁷. Cependant, la loi se contredit puisqu'il est tout de même nécessaire, pour les étrangers ressortissants d'États tiers à l'UE seulement, de justifier la régularité de la situation de leur enfant en attestant notamment de leur « entrée régulière » en France par la voie du regroupement familial. Cette condition vaut pour les enfants étrangers nés à l'étranger qui n'entrent dans le champ d'application des autres situations prévues par le législateur. Il existe donc deux niveaux de différence de traitement : d'une part, entre les nationaux et les citoyens de l'Union européenne, et les étrangers ressortissants d'États tiers, et d'autre part, entre les étrangers ressortissants d'États tiers selon leur statut au regard du droit des étrangers. Si la deuxième n'est pas liée à la nationalité, tel n'est pas le cas de la première.

Dès lors qu'il peut être considéré que ces catégories d'individus se trouvent dans une situation analogue à plusieurs égards, où se trouve la différence ? Les étrangers n'ont, par définition, pas la même nationalité que les nationaux. Ils n'ont pas non plus la même nationalité

¹²⁵ CEDH, *Okitaloshima*, décision préc., §44.

¹²⁶ V. notamment : CEDH, *Gaygusuz*, décision préc. ; CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, n° 20458/92.

¹²⁷ CSS, art. L. 512-2 al. 2.

que les citoyens de l'Union puisque leur État d'origine n'est pas membre de cette organisation. Il pourrait être soutenu qu'il ne s'agit pas seulement d'une question de nationalité puisque l'Union européenne constitue un système particulier au sein duquel les frontières ont été ouvertes en vertu du principe de la liberté de circulation. Cette circonstance peut certes justifier l'instauration de règles particulières en matière de droit des étrangers, mais pas en droit de la sécurité sociale où seul compte en principe la résidence régulière pour bénéficier de prestations sociales. En effet, si le droit d'entrée et de s'installer sur le territoire n'est pas garanti aux étrangers, le droit à bénéficier de prestations est en revanche un droit fondamental¹²⁸ dont la jouissance ne peut dépendre de la nationalité de l'individu.

Les étrangers exclus du bénéfice des prestations familiales pour ne pas avoir respecté la procédure de regroupement familial sont à l'origine soumis à une condition supplémentaire qui exige d'attester de la régularité de la situation de l'enfant à charge. Les seules conditions prévues pour bénéficier de prestations familiales sont en effet la résidence sur le territoire et le fait d'avoir un enfant à charge¹²⁹, conditions qu'ils remplissent. Cette résidence doit de plus être régulière qu'il s'agisse des citoyens de l'Union ou des ressortissants d'États tiers : les personnes concernées satisfont également à cette exigence puisqu'elles sont titulaires d'un titre de séjour, souvent pérenne. Mais il existe encore une différence entre ces deux catégories qui au vu de la rédaction de l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale, repose sur la non-appartenance à l'Union européenne. Or, ne pas appartenir à l'Union européenne revient à ne pas avoir la nationalité d'un État membre de l'Union européenne, ce qui nous ramène à une distinction fondée sur la nationalité. Dans la mesure où une condition supplémentaire est prévue par le législateur français en raison de cette différence de nationalité, les étrangers ressortissants d'États tiers à l'Union européenne reçoivent un bien un traitement différent fondée exclusivement sur leur nationalité.

Comme il a été vu dans les développements précédents, la Cour de cassation a reconnu que cette différence de traitement constituait une discrimination — donc n'était pas justifiée — s'agissant des étrangers ressortissants d'États tiers ayant conclu un accord d'association avec

¹²⁸ La CEDH s'est attachée à protéger le droit à la sécurité sociale sur le fondement du droit de propriété garanti à l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention EDH (v. notamment : CEDH, *Gaygusuz*, décision préc.), ainsi que sur le fondement du droit à la vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention (v. notamment : CEDH, 8 avr. 2014, *Dhahbi c. Italie*, n° 17120/09).

¹²⁹ CSS, article L. 512-1.

l'Union européenne¹³⁰. Cette jurisprudence, fondée sur le principe d'égalité de traitement contenu dans le droit de l'Union et l'interprétation qu'en a fait la Cour de justice de l'Union européenne, est mentionné par la CEDH dans le droit interne pertinent. Les requérants soutiennent auprès de la Cour qu'il n'est pas cohérent de considérer que la différence de traitement inscrite dans la législation française constitue une discrimination à l'égard de certains ressortissants seulement, au prétexte qu'il existe un accord d'association conclu avec l'Union européenne¹³¹. Il s'agit certes d'une circonstance non-négligeable, néanmoins le principe d'égalité de traitement n'est rien d'autre qu'un synonyme du principe de non-discrimination, interdisant de prévoir des conditions supplémentaires ou plus sévères au motif d'une différence de nationalité¹³².

Il était tout à fait envisageable pour la CEDH de soulever ce point et, dans la continuité de sa jurisprudence en matière d'accès des étrangers aux prestations sociales, de s'inspirer de la CJUE pour interpréter nouvellement l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité au sens de l'article 14 de la Convention EDH : il ne s'agit pas seulement du cas où l'accès aux prestations sociales est subordonné à une condition de nationalité — aujourd'hui prohibée —, mais également du cas où des étrangers sont soumis à des conditions supplémentaires plus sévères en raison de leur nationalité. De plus, la circonstance qu'il existe un accord d'association conclu avec l'Union européenne ne saurait être une justification pertinente dès lors que les étrangers ressortissants d'États tiers à l'UE résidant en France relèvent tous de la juridiction de l'État. La CEDH avait d'ailleurs raisonné de manière similaire lorsque la législation française subordonnait l'octroi de l'allocation aux adultes handicapés aux étrangers à l'existence d'une convention bilatérale de sécurité sociale¹³³.

En somme, en demeurant en-deçà de son pouvoir d'interprétation, le juge européen produit un raisonnement dénué de toute logique en refusant de procéder à la comparaison des situations des différents groupes d'individus en cause. Il se fonde sur un critère de distinction en apparence objectif sans examiner les conditions d'accès aux prestations familiales dans leur globalité, ignorant de ce fait que ce critère de distinction a été instauré pour une catégorie

¹³⁰ Cass. Ass. plén., 5 avr. 2013, décision préc.

¹³¹ CEDH, *Okitaloshima*, décision préc., §31.

¹³² V. Titre 1, chapitre 2, section 1.

¹³³ CEDH, 30 sept. 2009, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98.

d'individus seulement : les étrangers ressortissants d'États tiers à l'Union européenne, en raison de leur différence de nationalité. Le contrôle opéré semble dès lors superficiel, emportant une conséquence fâcheuse : l'absence d'analogie des situations est déduite du critère de distinction, jugé objectif, ce qui permet en définitive à la CEDH de conclure que la requête est manifestement mal fondée et donc irrecevable. La Cour ne se penche donc pas sur la question de savoir si la différence de traitement « repose sur une justification objective et raisonnable » alors que tout l'enjeu est là. Seulement, la « justification objective », soit le but poursuivi par la différence de traitement, est confondue avec le motif de distinction.

Chapitre 2 : Le regroupement familial « sur place » érigé en garantie de régularisation et d'octroi des prestations familiales

Après un rapide examen de la comparaison des situations et du motif de distinction fondant la différence de traitement, la Cour européenne des droits de l'Homme se penche sur sa « justification »¹³⁴, censée être « objective et raisonnable ». Alors que cette notion se réfère en principe au « *but légitime* » poursuivi par la différence de traitement et au « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »¹³⁵, la Cour apporte une certaine confusion en poursuivant sur le respect des règles applicables en matière de regroupement familial : jusque-là, à bien comprendre son raisonnement, il existe une différence de traitement entre des individus qui ne sont pas dans des situations comparables car ils n'ont pas respecté la procédure de regroupement familial, cette distinction repose sur le suivi ou le non-suivi de cette procédure, et est justifiée car ladite procédure n'a pas été respectée. Le juge européen semble tourner en rond.

Le refus de prestations familiales opposé aux étrangers n'ayant pas respecté les règles relatives au regroupement familial est donc justifié car ils se soustraient volontairement à la loi : en d'autres termes, il s'agit d'une simple sanction. Cependant, puisque la législation française prévoit la possibilité d'un regroupement familial « sur place » pour ceux qui n'y auraient pas eu recours en premier lieu, une régularisation permettant *in fine* l'accès aux prestations familiales est garantie. La Cour européenne des droits de l'Homme relève qu'« *en l'espèce* », soit pour les requérants, il existe une « *faculté de régularisation effective* » pour obtenir le versement de prestations familiales¹³⁶. Toutefois à l'instar du Conseil constitutionnel français, la Cour n'examine pas les règles applicables au regroupement familial lorsque les membres de la famille pour lesquels il est sollicité résident d'ores et déjà sur le territoire, alors que cette « faculté » relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative compétente (section 1). Cela explique que la CEDH approuve le gouvernement français de s'en remettre au juge administratif pour garantir le droit au respect à la vie privée et familiale des étrangers, sans interroger l'effectivité du regroupement familial « sur place » (section 2).

¹³⁴ CEDH, *Okitaloshima*, décision préc., §45.

¹³⁵ *Ibid.*, §41.

¹³⁶ *Ibid.*, §46.

Section 1 : La minimisation du pouvoir discrétionnaire de l'autorité préfectorale

En se fondant dans un premier temps sur la décision du Conseil constitutionnel de 2005¹³⁷, la Cour européenne des droits de l'Homme s'en tient elle aussi à une appréciation abstraite pour affirmer la « *réalité de la possibilité d'obtenir le regroupement familial pour un enfant se trouvant déjà sur le territoire français* »¹³⁸. La régularisation de la situation de l'enfant étranger, entré en France en dehors de la procédure de regroupement familial, semble considérée comme étant une formalité à remplir pour obtenir après-coup le versement de prestations familiales.

Pourtant la lecture des règles applicables au regroupement familial en droit français ne renvoie pas telle impression : un membre de la famille résidant en France « peut » être exclu du regroupement familial¹³⁹, sous-entendu que les membres de la famille souhaitant rejoindre un ressortissant étranger présent en France doivent se trouver en dehors du territoire. Des dispositions ayant valeur réglementaire viennent cependant préciser que le bénéfice du regroupement familial « *peut être accordé (...) sans recours à la procédure d'introduction* », sous réserve que le demandeur remplisse les conditions initialement prévues pour le regroupement de la famille¹⁴⁰. L'autorité préfectorale étant seule compétente pour se prononcer sur une demande de regroupement familial, celle-ci peut alors l'accueillir favorablement tout comme elle peut la rejeter : cela dépend de son bon-vouloir. Il s'agit bien d'un pouvoir purement discrétionnaire qui ne dit pas son nom. Le droit français des étrangers n'en dit pas plus, qu'il s'agisse des critères à considérer pour autoriser un regroupement familial sur place ou de la nécessité pour l'autorité préfectorale de rendre une décision motivée. Le juge administratif est tout de même intervenu afin de borner le pouvoir du préfet en contrôlant ses décisions au regard du droit à la vie privée et familiale.

¹³⁷ Cons. const., Décision n° 2005-528 DC, décision préc., considérant 18.

¹³⁸ CEDH, *Okitaloshima*, décision préc., §46.

¹³⁹ CESEDA, art. L. 434-6 : « *Peut être exclu du regroupement familial : (...) 3° Un membre de la famille résidant en France.* »

¹⁴⁰ *Ibid.*, article R. 434-6.

Section 2 : Le manque d'effectivité du droit au respect à la vie privée et familiale des étrangers

La Cour européenne des droits de l'Homme approuve le Gouvernement français lorsque celui-ci soutient que le juge administratif français oeuvre pour une garantie effective du regroupement familial sur place¹⁴¹ : il est de jurisprudence établie que l'autorité préfectorale ne peut rejeter une demande de regroupement familial au seul motif que les membres de la famille pour lesquels la demande a été formulée résident d'ores et déjà sur le territoire français. Et preuve en est : des cours administratives d'appel annulent en seconde instance des décisions de préfet allant en ce sens. Il n'est nullement nécessaire que les enfants non entrés par la voie du regroupement familial retournent dans leur pays d'origine et soient séparés de leurs parents pour que ceux-ci bénéficient des prestations familiales. Dès lors, le droit français entendu au sens large — les dispositions législatives et réglementaires complétées par la jurisprudence —, ne contrevient pas au droit à la vie privée et familiale des étrangers. Cet argument laisse une amère impression de « circulez, il n'y a rien à voir », notamment au vu du contentieux important en matière de refus de regroupement familial sur place.

Il est vrai que dans le silence de la loi, le juge administratif français a procédé au contrôle des décisions de refus de regroupement familial conduisant à réduire la portée du pouvoir discrétionnaire de l'autorité préfectorale : celle-ci ayant la faculté d'accorder le bénéfice du regroupement familial, dispose d'un pouvoir d'appréciation à cet égard qu'elle se doit de mettre en oeuvre¹⁴². Cette jurisprudence a récemment été réaffirmée dans un arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Bordeaux, considérant que « *l'administration ne peut refuser le bénéfice du regroupement familial à un ressortissant étranger du seul fait de sa présence en France, sans avoir préalablement examiné si ce refus ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit des personnes intéressées de mener une vie privée et familiale normale* »¹⁴³. L'autorité préfectorale n'a pas de compétence liée mais doit tenir compte des circonstances particulières du demandeur en vertu de l'article 8 de la Convention EDH.

Plus concrètement, des décisions de refus émanant des préfets ont été annulées par le juge administratif au motif que celles-ci portaient une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familial. Tel est notamment le cas lorsque des parents étrangers résident régulièrement en

¹⁴¹ CEDH, *Okitaloshima*, décision préc., §36.

¹⁴² CE, 1^{er} fév. 1999, n° 170962.

¹⁴³ CAA Bordeaux, 13 janv. 2020, n° 19BX03229.

France depuis plusieurs années, munis d'un titre de séjour d'une durée de validité de dix ans, et que leurs enfants résidant avec eux depuis leur entrée en France sont scolarisés en France¹⁴⁴. Il ne suffit cependant pas de constater une période de résidence antérieure sur le territoire : encore faut-il démontrer de l'existence de liens solidement établis en France. Or, il a pu être jugé qu'un requérant, dont la conjointe est présente en France depuis *seulement* trois ans, ne démontre pas de « l'intensité des liens » entretenus avec celle-ci et ses enfants dès lors qu'ils ont vécu plusieurs années dans leur pays d'origine. Et ce, malgré le fait que le demandeur produise au soutien de sa demande des certificats de scolarité des enfants ainsi qu'un « diplôme d'études en langue française de niveau B2 » obtenu par son épouse¹⁴⁵. En d'autres termes, les membres de la famille doivent attester de leur intégration au sein de la société française pour que le refus de regroupement familial soit considéré comme une atteinte disproportionnée à leur droit à la vie privée et familiale, ce qui signifie qu'ils doivent attendre plusieurs années pour espérer une régularisation de leur situation. Et pendant ce temps, le bénéfice des prestations familiales leur est refusé. Mais la Cour européenne des droits de l'Homme peut être tranquille : le contrôle de proportionnalité est assuré par le juge français. Ainsi en vertu du principe de subsidiarité¹⁴⁶, elle n'a pas à intervenir : il s'agit d'un simple « contrôle du contrôle ».

Le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur la proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux lorsqu'une décision de refus de regroupement familial fait obstacle au versement de prestations familiales¹⁴⁷. La cour administrative d'appel, dont la décision était contestée, avait considéré que le refus de regroupement familial sur place portait une atteinte au droit à la vie privée et familiale et ne prenait pas en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, dès lors que la décision litigieuse contrevenait au bénéfice des prestations familiales. Le juge administratif suprême s'est néanmoins fondé sur la jurisprudence de la Cour de cassation de 2011¹⁴⁸ pour remettre en cause cette solution : dès lors que le refus de prestations familiales a pour objectif de garantir le respect de la procédure de regroupement familial dans l'intérêt de

¹⁴⁴ V. notamment : CAA Bordeaux, 22 fév. 2008, n° 07BX00733 ; CAA Paris, 22 sept. 2022, n° 22PA00235 ; TA Melun, 23 fév. 2023, n° 2111599.

¹⁴⁵ TA Bordeaux, 1^{er} fév. 2023, n° 2204174.

¹⁴⁶ Conv. EDH, Préambule : le principe de subsidiarité signifie qu'il revient en premier lieu aux États parties à la Convention de mettre en oeuvre les droits fondamentaux garantis. La CEDH intervient seulement dans un deuxième temps pour exercer son contrôle juridictionnel.

¹⁴⁷ CE, 11 mai 2016, n° 392191.

¹⁴⁸ Cass. Ass. plén., 3 juin 2011, décision préc.

l'enfant, « *la seule circonstance qu'un refus de regroupement (...) fasse obstacle à la perception des prestations familiales, ne saurait, en principe, faire regarder cette décision comme méconnaissant le droit au respect de la vie privée et familiale du demandeur ou l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Le Code de la sécurité sociale exige donc le respect de la procédure de regroupement familial pour que des prestations familiales soient octroyées. Pourtant lorsqu'un parent étranger sollicite ce regroupement au bénéfice de son enfant afin de régulariser sa situation, il lui est non seulement refusé au motif que l'enfant réside déjà en France, mais en plus, la décision de refus n'est pas annulée car elle serait conforme aux droits fondamentaux.

Cette décision affaiblit considérablement la motivation de la Cour européenne des droits de l'Homme : seules des circonstances particulières liées à la vie familiale en France — ancienneté de présence, scolarisation des enfants etc. — peuvent justifier l'annulation d'une décision de refus de regroupement familial : l'existence d'une vie familiale n'est pas suffisante. Par ailleurs, l'exclusion du bénéfice des prestations familiales ne peut pas à elle seule être invoquée pour soutenir qu'une décision de refus de regroupement familial porte une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant : le Conseil d'État prévoit en effet une exception selon laquelle il est nécessaire de démontrer l'existence de « *circonstances très particulières tenant à la fois à la situation du demandeur et à celle de l'enfant, notamment à son état de santé, justifiant du caractère indispensable de l'ouverture du droit aux prestations familiales* »¹⁴⁹. La reconnaissance du droit aux prestations familiales comme étant un droit fondamental pèse légèrement dans la balance : au sens de l'arrêt du Conseil d'État, ce doit être un besoin impérieux, ce qui est bien loin de la finalité attribuée aux prestations familiales.

L'accès aux prestations familiales pour les parents étrangers n'ayant pas initialement respecté la procédure de regroupement familial se révèle ainsi être un véritable « parcours du combattant » se traduisant par une bataille judiciaire. La législation française ne garantit aucunement l'autorisation du regroupement familial sur place : les préfets sont libres de le refuser dès lors qu'ils constatent que l'enfant est déjà présent sur le territoire français. Pour espérer obtenir gain de cause, il est nécessaire de s'en remettre au juge, menant parfois jusqu'au second degré de juridiction, voire au Conseil d'État. Sans parler du temps d'exécution de la décision de justice par l'autorité préfectorale dans l'hypothèse où il lui est enjoint de faire droit à

¹⁴⁹ CE, 11 mai 2016, décision préc.

la demande de regroupement familial, sachant que la production de la décision de justice ne suffit pas à l'obtention du versement de prestations familiales¹⁵⁰. De nombreuses années peuvent donc s'écouler au fil de toutes ces étapes, durant lesquelles les prestations familiales restent hors d'atteinte.

Il convient de souligner qu'à toutes les conditions prévues par le juge administratif pour que le droit à la vie privée et familiale prime sur la logique du droit français, s'ajoutent bien évidemment les conditions initiales permettant le regroupement familial ; à savoir, les conditions de ressources et de logement. Or, si certains parents étrangers font entrer leurs enfants en France sans respecter cette procédure, c'est certainement car celle-ci n'était pas accessible au regard du mouvement législatif de durcissement des conditions d'accès au regroupement familial¹⁵¹, excluant ainsi les étrangers davantage précaires¹⁵². Cela peut mettre en lumière une certaine incohérence de la condition de respect de la procédure de regroupement familial pour bénéficier de prestations familiales : alors que ces dernières ont pour but d'améliorer la vie familiale des ménages modestes, il est nécessaire d'avoir suivi une procédure d'introduction des membres de la famille en France à l'occasion de laquelle il est vérifié que le demandeur dispose d'ores et déjà de ressources suffisantes à l'entretien de sa famille.

Il est tout de même curieux de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme de constater que le droit français prévoit un moyen de régularisation effectif en examinant seulement la situation des requérants, et non la situation des étrangers en général. Alors qu'il est souvent reproché aux juges, notamment aux juges français, de procéder à des contrôles trop abstraits, la Cour ne prend aucune hauteur sur le cas qui se présente à elle et se contente d'observer qu'« en l'espèce », les requérants peuvent potentiellement remplir les conditions du regroupement familial sur place. Elle conclut ainsi expressément que les dispositions de la législation instituent une différence de traitement « *reposant sur une justification objective et raisonnable* »¹⁵³.

¹⁵⁰ Cass. Civ. 2^e, 11 février 2016, n° 15-12.598.

¹⁵¹ COURNIL Christel, RECIO Manuel, « 8. La famille sous contrôle. Le durcissement des politiques de regroupement familial », dans : Didier Fassin éd., *Les nouvelles frontières de la société française*. Paris, La Découverte, « Poche / Sciences humaines et sociales », 2012, p. 197-218.

¹⁵² BROCARD Lucie, « Regroupement familial : les pauvres n'ont pas le droit de vivre en famille », *Plein droit*, 2019/4 (n° 123), p. 37-40.

¹⁵³ CEDH, *Okitaloshima*, décision préc., §48.

Pourtant, la décision d'irrecevabilité rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme ne comporte aucun paragraphe relatif à l'examen de l'objectivité et de la raisonnable de la justification de la différence de traitement. Rien de surprenant au regard des développements précédents : puisque la Cour constate en premier lieu, sur la base d'un raisonnement douteux, une absence d'analogie des situations ainsi que le caractère objectif du motif de distinction apparent, nul besoin de poursuivre les étapes du contrôle habituel de l'existence d'une discrimination. Toutefois, cela n'est pas dit explicitement dans la décision puisque les étapes semblent avoir été confondues : l'objectivité de la justification est garantie par la soi-disant objectivité du motif de distinction, tandis que la raisonnable l'est par l'existence de la procédure de regroupement familial sur place.

Par ailleurs, l'intérêt de l'enfant ayant été invoqué à la fois par les requérants¹⁵⁴ pour contester la législation française et par le gouvernement français¹⁵⁵ pour justifier celle-ci, n'est en aucun cas pris en considération par la CEDH, ne serait-ce qu'au titre des circonstances qui auraient initialement pu permettre de réduire l'étendue de la marge d'appréciation laissée à l'État français¹⁵⁶. La seule mention des conséquences de la législation française sur l'enfant étranger a lieu lorsque la Cour constate que le droit des requérants à recevoir des prestations sociales est entravé¹⁵⁷. Cette affirmation est immédiatement tempérée par le fait que les enfants peuvent résider et circuler en France en étant titulaires d'un document de circulation pour étranger mineur (DCEM). Cela relève de l'évidence puisque aucune disposition française n'exige une régularité de séjour de l'enfant mineur étranger, et que le DCEM constitue seulement un document permettant le retour en France en cas de sortie du territoire¹⁵⁸. Or, là n'est pas la question : l'exclusion de certains parents étrangers du bénéfice des prestations familiales a pour conséquence directe d'impacter les conditions de vie de l'enfant et donc son bien-être¹⁵⁹. Néanmoins, ce point n'est pas soulevé par la Cour.

¹⁵⁴ *Ibid.*, §31 et 34.

¹⁵⁵ *Ibid.*, §36.

¹⁵⁶ *Ibid.*, §41.

¹⁵⁷ *Ibid.*, §43.

¹⁵⁸ CESEDA, art. L. 414-5.

¹⁵⁹ V. Titre 1, chapitre 1, section 2.

Alors que la Cour européenne des droits de l'Homme a démontré de sa capacité à garantir le droit à la sécurité sociale au moyen d'une large interprétation des stipulations de la Convention EDH, elle admet ici qu'une exclusion du bénéfice des prestations familiales puisse devenir un instrument de punition : les « bons étrangers » en totale conformité avec la législation en matière d'entrée et de séjour ont le droit de recevoir ces prestations, contrairement aux autres. Cette décision d'irrecevabilité est jugée comme étant « décevante »¹⁶⁰ : la solution de la Cour repose sur un raisonnement dépourvu de logique, participant à sa décrédibilisation alors qu'elle joue un rôle fondamental dans la protection des droits de l'Homme en Europe. Malgré l'importance de ses prérogatives, la Cour transmet un message clair en rendant une décision d'irrecevabilité : les articles L. 512-2 et D. 512-2 du Code de la sécurité sociale ne constituent pas, selon elle, une discrimination fondée sur la nationalité. Dès lors, aucune violation apparente de la Convention EDH n'est observée¹⁶¹.

Partant, les juges français n'hésitent pas à réaffirmer la solution de la Cour de cassation de 2011 en énonçant désormais que celle-ci a été confortée par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁶², alors que le juge européen est demeuré en retrait en opérant un contrôle de surface. Le bien-fondé de l'instauration d'une condition spécifique aux étrangers ressortissants d'États tiers à l'Union européenne n'est nullement questionné ; sans doute en raison du rôle joué par cette différence de traitement dans la politique d'immigration de l'État français.

¹⁶⁰ ISIDRO Lola, « Le droit aux prestations familiales au profit des enfants étrangers entrés en dehors du regroupement familial dans l'impasse », article préc.

¹⁶¹ SUDRE Frédéric (dir.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, op. cit., p. 352 : telle est la signification d'une décision d'irrecevabilité rendue au fond.

¹⁶² Voir par exemple : CA Paris, 22 fév. 2019, n° 15/11057 ; CA Grenoble, 29 nov. 2022, n° 20/04000.

Conclusion générale

Les restrictions d'accès aux prestations familiales à l'encontre des étrangers sont désormais bien ancrées dans le droit français en tant qu'outil de « maîtrise » de l'immigration. Si la constitutionnalité des articles L. 512-2 et D. 512-2 du Code de la sécurité sociale ne peut plus être contestée, le juge judiciaire disposait en revanche des moyens suffisants pour « condamner » ces dispositions au regard des engagements internationaux de l'État français, notamment en matière de protection des droits de l'Homme. Cependant, le juge judiciaire s'est jusqu'à présent illustré non pas par une protection effective des droits fondamentaux des étrangers, mais par, disons-le, un acharnement consistant à « tordre le droit »¹⁶³ pour faire primer la logique du législateur : les lacunes de la loi ne sont pas comblées, les droits fondamentaux se voient donner une portée qui n'apparaît pas conforme à la philosophie des droits de l'Homme, l'application des normes internationales est écartée sans réelle justification — conduisant même à nier l'autorité des traités sur la loi nationale. Un renversement de la hiérarchie des normes semble s'opérer : le droit interne ne « s'adapte » pas aux normes qui lui sont supérieures mais au contraire, le juge fait en sorte d'interpréter ces normes conformément au droit interne. Le tout sous le regard, détourné ensuite, de la Cour européenne des droits de l'Homme.

L'impératif pour le législateur de poursuivre son objectif de « contrôle » de l'immigration prime ainsi sur le droit des étrangers à bénéficier de prestations familiales, pourtant protégé au titre des droits fondamentaux, et le juge renforce la légitimité de cette politique. Il est proclamé que la différence de traitement instaurée dans le droit de la sécurité sociale est justifiée, et ne constitue donc pas une discrimination qui serait fondée sur la nationalité. Néanmoins, si le bien-fondé de cette mesure législative continue d'être discuté au sein du discours juridique, sans doute est-ce parce qu'il manque cruellement de convaincre et de s'imposer comme une « vérité ».

Le droit aux prestations familiales des étrangers ressortissants d'États tiers à l'UE peut encore recevoir une protection grâce au droit de l'Union, aux conventions bilatérales de sécurité sociale qui ne trouvent pas de convention d'établissement sur leur chemin, ou encore aux conventions adoptées dans le cadre de l'OIT bien que leur portée soit limitée. Il serait également envisageable de continuer à invoquer les stipulations de la Convention EDH — notamment

¹⁶³ HENRIOT Patrick, « Le « regard du juge » » in CATRED, *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 perspective 2012, p. 22.

l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 — et l'intérêt supérieur de l'enfant en déconstruisant les précédentes décisions rendues en la matière pour espérer un revirement de jurisprudence. Cela suppose cependant que les requérants s'engagent dans un long contentieux, potentiellement coûteux, dont l'issue est peu certaine. Néanmoins une piste reste à explorer : celle de la justiciabilité des droits sociaux et en particulier du droit à la sécurité sociale garanti par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966¹⁶⁴. Le Comité onusien des droits économiques, sociaux et culturels, chargé de surveiller l'application du Pacte, considère en effet que l'obligation pour les États de garantir ces droits sans discrimination est d' « effet immédiat »¹⁶⁵. Bien que les juges français se soient montrés réticent à reconnaître les droits sociaux comme étant d'applicabilité directe en droit français, il serait possible et même souhaitable de porter la réflexion sur des arguments permettant de les invoquer utilement devant le juge¹⁶⁶, dans l'objectif de garantie du droit aux prestations familiales pour les étrangers.

¹⁶⁴ PIDESC, art. 9.

¹⁶⁵ CODESC, 14 déc. 1990, *Observation générale n° 3 relative à la nature des obligations des États parties (art. 2 par. 1 du Pacte)*, E/1991/23, §1.

¹⁶⁶ Pour aller plus loin, v. notamment : CAMAJI Laure, « La justiciabilité du droit à la sécurité sociale : éléments de droit français », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, p. 847 ; ROMAN Diane, « L'universalité des droits sociaux à travers l'exemple du droit à la protection sociale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 7 | 2009 [En ligne] ; ROMAN Diane, « Section 5. La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale », *La Revue des droits de l'homme*, 1 | 2012.

Annexe

Les modifications successives des articles L. 512-2 et D. 512-2 du Code de la sécurité sociale

Article L. 512-2

Version en vigueur du 21 décembre 1985 au 30 décembre 1986 :

« Bénéficiaire de plein droit des prestations familiales dans les conditions fixées par le présent livre les étrangers titulaires d'un titre exigé d'eux en vertu soit de dispositions législatives ou réglementaires soit de traités ou accords internationaux pour résider régulièrement en France. »

Version en vigueur du 30 décembre 1986 au 20 décembre 2005 :

« Bénéficiaire de plein droit des prestations familiales dans les conditions fixées par le présent livre les étrangers titulaires d'un titre exigé d'eux en vertu soit de dispositions législatives ou réglementaires, soit de traités ou accords internationaux pour résider régulièrement en France.

Un décret fixe la liste des titres et justifications attestant la régularité de l'entrée et du séjour des bénéficiaires étrangers et des enfants qu'ils ont à charge et au titre desquels des prestations familiales sont demandées. »

Version en vigueur depuis le 20 décembre 2005 (N. B. : seules quelques modifications de forme ont été apportées depuis cette date) :

« Bénéficiaire de plein droit des prestations familiales dans les conditions fixées par le présent livre les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne, des autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen et de la Confédération suisse qui remplissent les conditions exigées pour résider régulièrement en France, la résidence étant appréciée dans les conditions fixées pour l'application de l'article L. 512-1.

Bénéficiaire également de plein droit des prestations familiales dans les conditions fixées par le présent livre les étrangers non ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne, d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, titulaires d'un titre exigé d'eux en vertu soit de dispositions législatives ou réglementaires, soit de traités ou accords internationaux pour résider régulièrement en France.

Ces étrangers bénéficient des prestations familiales sous réserve qu'il soit justifié, pour les enfants qui sont à leur charge et au titre desquels les prestations familiales sont demandées, de l'une des situations suivantes :

- leur naissance en France ;*
- leur entrée régulière dans le cadre de la procédure de regroupement familial visée au chapitre IV du titre III du livre III du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;*
- leur qualité de membre de famille de réfugié ;*

- leur qualité d'enfant d'étranger titulaire de la carte de séjour mentionnée à l'article L. 424-19 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;
- leur qualité d'enfant d'étranger titulaire de la carte de séjour mentionnée à l'article L. 424-11 du même code ;
- leur qualité d'enfant d'étranger titulaire de l'une des cartes de séjour mentionnées à l'article L. 421-14 et aux articles L. 421-22, L. 421-23 et L. 422-13 du même code ;
- leur qualité d'enfant d'étranger titulaire de la carte de séjour mentionnée à l'article L. 423-23 du même code à la condition que le ou les enfants en cause soient entrés en France au plus tard en même temps que l'un de leurs parents titulaires de la carte susmentionnée.

Un décret fixe la liste des titres et justifications attestant de la régularité de l'entrée et du séjour des bénéficiaires étrangers. Il détermine également la nature des documents exigés pour justifier que les enfants que ces étrangers ont à charge et au titre desquels des prestations familiales sont demandées remplissent les conditions prévues aux alinéas précédents. »

Ancien article D. 511-2 (abrogé)

Version en vigueur du 28 avril 1987 au 28 février 2006 :

« La régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers que le bénéficiaire a à charge et au titre desquels il demande des prestations familiales est justifiée par la production d'un des titres de séjour ou documents prévus à l'article D. 511-1, à défaut par la production d'un des documents suivants :

- *extrait d'acte de naissance en France ;*
- *certificat de contrôle médical, délivré par l'Office national d'immigration à l'issue de la procédure de regroupement familial et comportant le nom de l'enfant. »*

Article D. 512-2

« La régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers que le bénéficiaire a à charge et au titre desquels il demande des prestations familiales est justifiée par la production de l'un des documents suivants :

1° Extrait d'acte de naissance en France ;

2° Certificat de contrôle médical de l'enfant, délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration à l'issue de la procédure d'introduction ou d'admission au séjour au titre du regroupement familial ;

3° Livret de famille délivré par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou, à défaut, un acte de naissance établi, le cas échéant, par cet office, lorsque l'enfant est membre de famille d'un réfugié, d'un apatride ou d'un bénéficiaire de la protection

subsidaire. Lorsque l'enfant n'est pas l'enfant du réfugié, de l'apatride ou du bénéficiaire de la protection subsidiaire, cet acte de naissance est accompagné d'un jugement confiant la tutelle de cet enfant à l'étranger qui demande à bénéficier des prestations familiales ;

4° Visa délivré par l'autorité consulaire et comportant le nom de l'enfant d'un étranger titulaire de la carte de séjour mentionnée à l'article L. 422-10 ;

5° Attestation délivrée par l'autorité préfectorale, précisant que l'enfant est entré en France au plus tard en même temps que l'un de ses parents admis au séjour sur le fondement de l'article L. 423-23 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ou du 5° de l'article 6 de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié ;

6° Titre de séjour délivré à l'étranger âgé de seize à dix-huit ans dans les conditions fixées par l'article L. 421-35 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Elle est également justifiée, pour les enfants majeurs ouvrant droit aux prestations familiales, par l'un des titres mentionnés à l'article D. 512-1.

Bibliographie

Ouvrages généraux

BORGETTO Michel, LAFORE Robert, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. Précis, 19^e édition, 2019

MORVAN Patrick, *Droit de la protection sociale*, Lexis Nexis, 11^e édition, 2023.

NGUYEN Quoc Dinh, DAILLIER Patrick, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, MIRON Alina, *Droit international public*, LGDJ, coll. Traités, 9^e édition, 2022

SUDRE Frédéric (dir.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Puf, coll. Droit fondamental, 15^e édition, 2021

Ouvrages spécialisés

CHARRUAU Jimmy, *La non-discrimination en droit public français : un principe en devenir ?*, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2022

GISTI, COMEDE, *La protection sociale des personnes étrangères par les textes internationaux*, coll. Les cahiers juridiques, 2017

NEIRICK Claire, BRUGGEMAN Maryline (dir.), *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires Études, 2014

ROMAN Diane (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, A. Pedone, 2011

THARAUD Delphine, BOYER-CHAPELLE Caroline, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, coll. Le droit d'aujourd'hui, 2021

Thèses

ISIDRO Lola, *L'étranger et la protection sociale*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2017

Articles et périodiques

« Droit aux prestations familiales pour les enfants entrés hors regroupement familial », *Plein droit*, 2008/2 (n° 77), p. I-VIII [En ligne]

BORGETTO Michel, « La sécurité sociale à l'épreuve du principe d'universalité », *Revue de droit sanitaire et social*, 2016, p. 11

BROCARD Lucie, « Regroupement familial : les pauvres n'ont pas le droit de vivre en famille », *Plein droit*, 2019/4 (n° 123), p. 37-40 [En ligne]

BRUGGEMAN Maryline, « Prestations familiales et non-respect du regroupement familial : le droit français jugé conforme à la convention. CEDH 1er octobre 2015, n°76860/11 et 51354/13, Okitaloshima Okonda Osungu c. France et Selpa Lokongo c. France. », *Droit, Santé et Société*, 2016/2-3 (N° 2-3), p. 25-29

CAMAJI Laure, « La justiciabilité du droit à la sécurité sociale : éléments de droit français », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, p. 847

CHAUCHARD Jean-Pierre, « La sécurité sociale et les droits de l'Homme », *Droit social*, 1997, p. 48

COURNIL Christel, RECIO Manuel, « 8. La famille sous contrôle. Le durcissement des politiques de regroupement familial », dans : Didier Fassin éd., *Les nouvelles frontières de la société française*. Paris, La Découverte, « Poche / Sciences humaines et sociales », 2012, p. 197-218 [En ligne]

DEMAGNY Benjamin, « La protection des droits sociaux des étrangers par les textes internationaux », *Plein droit*, 2015/3 (n° 106), p. I-VIII [En ligne]

DEVERS Alain, « Subordonner le versement de prestations familiales à l'entrée régulière des enfants étrangers en France est licite », *La Semaine Juridique Sociale*, n° 31-35, 2011, 1380

DUMORTIER Thomas, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », *Journal du droit des jeunes*, 2013/9 (N° 329), p. 13-20 [En ligne]

DUPEYROUX Jean-Jacques, PRÉTOT Xavier, « Le droit de l'étranger à la protection sociale », *Droit social*, 1994, p. 69

GOUTTENOIRE Adeline, « Le bénéfice des prestations familiales réservé à certains enfants étrangers », *Actualité Juridique Famille*, 2012, p. 183

ISIDRO Lola, « L'enfant étranger et les prestations familiales : retour sur un usage singulier des sources du droit », *Revue de droit sanitaire et social*, 2012, p. 1123

ISIDRO Lola, « Les parents d'enfants algériens et turcs entrés en dehors du regroupement familial ont droit aux prestations familiales », *Lettre "Actualité Droits-Libertés" du CREDOF*, 12 avril 2013

ISIDRO Lola, « La protection sociale des personnes étrangères. Pour un nouveau critère d'accès aux prestations sociales », *Informations sociales*, 2016/3 (n° 194), p. 106-116 [En ligne]

ISIDRO Lola, « Le droit aux prestations familiales au profit des enfants étrangers entrés en dehors du regroupement familial dans l'impasse », *RDSS*, 2016, p. 555.

ISIDRO Lola, « L'universalité en droit de la protection sociale », *Droit social*, 2018, p. 378

ISIDRO Lola, « Conditions d'octroi des prestations familiales au profit des enfants étrangers : la neutralisation des conventions bilatérales de sécurité sociale », *Revue de droit sanitaire et social*, 2018, p. 354

IZAMBERT Caroline, « La régularité du séjour des étrangers en France : frontière du projet d'universalisation de la protection sociale ? », *Revue française des affaires sociales*, 2018/4 p. 17-37 [En ligne]

LAURICHESSE Céline, « La subordination de l'octroi des prestations familiales au respect des règles du regroupement familial ne constitue pas une discrimination fondée sur la nationalité. Cour de cassation (Civ. 2e), 17 septembre 2015, n° 14-22.705 - Cour européenne des droits de l'homme, 1er octobre 2015, nos 76860/11 et 51354/13 », *Revue critique de droit international privé*, 2016/2 (N° 2), p. 339-345 [En ligne]

LEMAISTRE Séverine, « L'octroi des prestations familiales pour les enfants entrés hors regroupement familial », *Actualité Juridique Famille*, 2017, p. 241

LEVADE Anne, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas jeux de hasard », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1321

LEVADE Anne, « Perspectives : confrontation entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité », *Actualité Juridique Droit administratif*, 2011, p. 1257

LHERNOULD Jean-Philippe, « Les prestations familiales pour enfants d'étrangers : le droit constitutionnel face au droit international », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 24, 2010, 1240

ROMAN Diane, « L'universalité des droits sociaux à travers l'exemple du droit à la protection sociale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 7 | 2009 [En ligne]

ROMAN Diane, « Section 5. La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale », *La Revue des droits de l'homme*, 1 | 2012 [En ligne]

SLAMA Serge, « L'accès des enfants entrés en dehors du regroupement familial aux prestations familiales », *Actualité Juridique Famille*, 2009, Regroupement familial 2ème partie, 7, p. 289 [En ligne]

SLAMA Serge, « Compatibilité de la solution de l'Assemblée plénière avec la CEDH », *Actualité Juridique Famille*, 2013, p. 305

TCHEN Vincent, « La constitutionnalisation du droit des étrangers : essai de synthèse », *Titre VII*, 2021/1 (N° 6), p. 1-11 [En ligne]

VINEY François, « L'articulation des conventions internationales et de la loi nationalité en matière de sécurité sociale. Cour de cassation (Civ. 2e), 25 janvier 2018, n° 17-11.436 », *Actualité Juridique Famille*, 2018, p. 184

Actes de colloques et séminaires

CATRED, *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 perspective 2012

Sites internet

Centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale (Cleiss)

<https://www.cleiss.fr/>

Collectif des Accidentés du Travail, handicapés et Retraités pour l'Égalité des Droits (CATRED)

<http://www.catred.org/>

Défenseur des droits

<https://www.defenseurdesdroits.fr/>

Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s (Gisti)

<https://www.gisti.org/spip.php?page=sommaire>

Info Droit des étrangers

<https://www.info-droits-etrangers.org/>

Légifrance

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

Service public

<https://www.service-public.fr/>

Toute l'Europe

<https://www.touteurope.eu/>

Vie publique

<https://www.vie-publique.fr/>

Table des matières

Table des abréviations

Sommaire

Avant-propos 1

Introduction générale 3

**TITRE 1 - LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ LACUNAIRE DE LA
COUR DE CASSATION, SOURCE D'UNE JURISPRUDENCE
INCOHÉRENTE** 10

**Chapitre 1 : Le contrôle de la proportionnalité de l'atteinte au droit à la vie
privée et familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant, entre prudence et non-sens** 12

Section 1 : L'absence de remise en cause explicite d'une condition prévue
spécifiquement à l'encontre des étrangers 12

*§1 - L'exigence d'une interprétation des dispositions du Code de la sécurité
sociale conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme* 12

§2 - L'égarement sur le terrain de la proportionnalité 14

Section 2 : L'infléchissement de la jurisprudence par une interprétation peu
convaincante des notions juridiques 15

*§1 - La protection de l'intérêt de la santé publique et de la santé de l'enfant,
nouvelles justifications à l'instauration d'une différence de traitement dans
les conditions d'accès aux prestations familiales* 16

*§2 - Le « brevet de conventionnalité » conféré au moyen d'une dénaturation
des notions mobilisées* 19

A. L'instrumentalisation de la « nécessité dans un État démocratique » 19

B. L'instrumentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant 21

**Chapitre 2 : L'application à géométrie variable du principe d'égalité de
traitement** 26

Section 1 : L'application du principe d'égalité de traitement prévu dans les accords
d'association conclus entre l'Union européenne et des États tiers 26

Section 2 : La mise à l'écart du principe d'égalité de traitement prévu par d'autres
conventions internationales ou le contournement de l'article 55 de la Constitution 31

<i>§1 - La limitation de l'utilité des conventions bilatérales de sécurité sociale conclues avec les États d'Afrique subsaharienne</i>	31
<i>§2 - La limitation de l'utilité des conventions adoptées dans le cadre de l'Organisation internationale du travail</i>	36
A. La convention n° 97 de l'OIT sur les travailleurs migrants	36
B. La convention n° 118 de l'OIT sur l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale	38
TITRE 2 - LE CONTRÔLE DE SURFACE OPÉRÉ PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME	41
Chapitre 1 : La mise à mal de la logique du droit de la non-discrimination	42
Section 1 : La mise à l'écart de l'étude de comparaison des situations	42
Section 2 : Le contrôle superficiel du critère de différenciation	45
Chapitre 2 : Le regroupement familial « sur place » érigé en garantie de régularisation et d'octroi des prestations familiales	49
Section 1 : La minimisation du pouvoir discrétionnaire de l'autorité préfectorale	50
Section 2 : Le manque d'effectivité du droit à la vie privée et familiale des étrangers	51
Conclusion générale	57
Annexe : les modifications successives des articles L. 512-2 et D. 512-2 du Code de la sécurité sociale	59
Bibliographie	62