

Paris, le 12 octobre 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-296

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code de la sécurité sociale, notamment les articles L.512-2, D.512-1 et D. 512 - 2 ;

Vu la loi n°2016-274 du 7 mars 2016 ;

Saisi par Monsieur X qui estime avoir subi une discrimination fondée sur sa nationalité lors du rejet de sa demande de prestations familiales ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Observations devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation relative au refus de versement de prestations familiales que la Caisse d'allocations familiales Y a opposé à Monsieur X au motif qu'il ne produisait aucun des documents requis par l'article D.512-2 du code de la sécurité sociale à titre de justificatifs de la régularité de l'entrée et du séjour des enfants dont il a la charge.

• **Rappel des faits et de la procédure**

Ressortissant égyptien, Monsieur X est entré en France au cours de l'année 2015 avec un visa de long séjour valant titre de séjour portant la mention « salarié en mission ».

La carte de séjour « salarié en mission » prévue par l'ancien article L.313-10 5° du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) est accordée à l'étranger détaché par un employeur établi hors de France lorsque ce détachement s'effectue entre établissements d'une même entreprise ou entre entreprises d'un même groupe.

En l'espèce, Monsieur X a fait l'objet d'une procédure d'introduction en France sous le statut « salarié en mission » pour un poste au sein de la société W. Son contrat de travail conclu avec l'entreprise française est régi par le droit du travail français.

Il s'est établi en France avec ses deux enfants, A X et B X ainsi que son épouse, Madame C X.

Sa famille est entrée régulièrement en France par la procédure de « *famille accompagnante* » qui se substitue à la procédure de regroupement familial à l'égard de certaines catégories de ressortissants étrangers, notamment les travailleurs étrangers hautement qualifiés.

A leur arrivée en France, les membres de sa famille ont obtenu un titre de séjour et un document de circulation pour enfant mineur (DCEM) auprès de la Préfecture Y :

- Madame C X bénéficie d'un titre de séjour « vie privée et familiale » valable jusqu'au 29 octobre 2018 ;
- Ses deux enfants, A X et B X, bénéficient d'un document de circulation pour enfant mineur valable jusqu'en 2021.

Muni de ces différents documents, Monsieur X a introduit une demande de prestations familiales au bénéfice de ses deux enfants auprès de la CAF Y.

Par courrier du 28 juillet 2016, les services de la CAF ont refusé d'accorder de telles prestations à Monsieur X pour le motif suivant :

« Les allocations sont versées aux personnes qui peuvent présenter le certificat médical de l'ANAEM accordé à la fin de la procédure de regroupement familial. Ce certificat est nécessaire pour prouver la régularité de l'entrée et du séjour des enfants sur le territoire français. Or, après étude de votre dossier, je constate que vous n'avez pas adressé ce document. C'est pourquoi vous ne pouvez pas recevoir ces allocations. Référence à l'article D.512-2 du code de la Sécurité sociale ».

Monsieur X a de ce fait effectué un recours contre cette décision en faisant valoir le fait qu'il ne pouvait pas produire de certificat médical délivré par l'OFII, ses enfants n'étant pas entrés par la procédure du regroupement familial mais par celle de famille accompagnante.

Préalablement à la saisine du Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z (TASS), il a saisi la Commission de recours amiable (CRA) qui s'est abstenue de prendre une décision.

Par courrier du 14 novembre 2016, le médiateur administratif de la CAF a porté à la connaissance de Monsieur X les éléments suivants :

« Nous avons bien pris en compte que votre famille vous accompagne dans votre mission salariée en France, ceux-ci sont dispensés du contrôle médical de l'OFII. L'OFII ne délivre pas de certificat médical aux enfants entrés en France dans le cadre d'une procédure de famille accompagnante, procédure simplifiée dérogatoire au regroupement familial. La procédure de famille accompagnante s'applique notamment aux conjoints et enfants mineurs des salariés en mission, des titulaires de la carte compétence et talents, des bénéficiaires de la carte bleue européenne, des scientifiques-chercheurs. Les justificatifs délivrés dans le cadre de la procédure accompagnante ne figurent pas à la liste des documents prévus à l'article D.512-2 du CSS et ne permettent donc pas l'ouverture du droit aux prestations familiales. A ce jour, une dérogation est possible uniquement pour les titulaires de la carte compétences et talents. La régularité de séjour de leurs enfants mineurs étrangers est considérée comme satisfaite de plein droit. Si vous ne pouvez pas nous fournir l'un des documents prévus à l'article D.512-2 du CSS pour vos enfants qui sont à votre charge, le droit aux prestations familiales ne peut être ouvert ».

C'est dans ces circonstances que Monsieur X a saisi le Défenseur des droits.

Un recours contentieux tendant à l'annulation de la décision de rejet implicite de la CRA a été introduit devant le TASS de Z le 12 décembre 2016.

Une audience est fixée le 24 octobre 2017.

- **Intervention du Défenseur des droits :**

Par courrier 16 mars 2017, le Défenseur des droits a adressé à la CAF Y une note récapitulant les éléments qui, selon lui, permettraient de faire droit à la demande de prestations familiales de Monsieur X.

Par courriel du 31 mai 2017, le médiateur administratif de la CAF Y a indiqué au Défenseur des droits ne pas vouloir revenir sur le refus opposé à Monsieur X.

Par courriel du 2 juin 2017, les services du Défenseur des droits sont intervenus auprès de la médiatrice de la Caisse nationale des allocations familiales afin qu'elle rappelle à la CAF Y que l'exigence d'un certificat médical ne saurait être imposée aux titulaires des anciens titres « *salarié en mission* » afin d'ouvrir leurs droits aux prestations familiales.

Les services du Défenseur des droits ont souligné que « *dans des circonstances similaires, il semblerait que certaines CAF dont celle de D adoptent des raisonnements sensiblement différents et suivent les préconisations de nos services en considérant que l'application stricte de la législation actuelle semble produire des effets injustes et incohérents dans les situations des intéressés.* »

La CAF a répondu le 7 juillet 2017 aux services du Défenseur des droits, confirmant le refus de versement des prestations familiales au bénéfice des enfants B et A aux motifs que « *un décret modifiant les articles D.512-1 et D.512-2 du code de la sécurité sociale est en cours de rédaction au niveau du ministère. Nous sommes toujours en attente d'un positionnement de la Direction de la Sécurité Sociale. Il nous est également demandé la possibilité de prendre une décision en équité suite à un positionnement de la Caf de D. La situation invoquée ne peut pas être assimilée à celle-ci du fait que les conditions d'obtention de la carte pluriannuelle mention « passeport talent » différent des conditions qui étaient exigées pour l'obtention d'un titre de séjour « salarié en mission ». La condition de rémunération brute exigée est passée de 1.5 à 1.8 smic annuel brut, cette condition étant vérifiée par les services préfectoraux. Je vous informe également que le médiateur de la CAF n'a pas la possibilité de déroger aux textes en vigueur.* »

- **Discussion juridique**

En vertu des articles L.512-2 et D.512-2 du code de la sécurité sociale, certains étrangers sont tenus, pour pouvoir bénéficier des prestations familiales, de justifier non seulement de la régularité de leur séjour mais également, par la production du certificat médical OFII, de l'entrée en France de leurs enfants par la voie du regroupement familial.

Par deux arrêts du 3 juin 2011, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que ces dispositions revêtaient un caractère objectif, justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants et ne contrevenaient, dès lors, ni aux dispositions des articles 8 et 14 combinés de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Convention EDH), ni à celles de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Cette position se trouve aujourd'hui confortée par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 1er oct. 2015, *Okitaloshima Okonda Osungu et Selpa Lokongo c. France*, nos76860/11 et 51354/13).

Ce dispositif connaît toutefois des exceptions énoncées à l'article L.512-2 du CSS. Par ailleurs, dans certaines circonstances, il est susceptible de revêtir un caractère discriminatoire.

1. Une dérogation à l'obligation de production du certificat OFII justifiée par l'impossibilité matérielle de satisfaire cette exigence

L'article L.512-2 du CSS dans sa version applicable au litige - antérieure à la loi n°2016-274 du 7 mars 2016 - dispose que les ressortissants étrangers sont dispensés de la production du certificat médical OFII, s'ils justifient pour les enfants qui sont à leur charge de l'une des situations suivantes :

- leur naissance en France ;
- leur qualité de membre de famille de réfugié ;
- leur qualité d'enfant d'étranger titulaire de la carte de séjour mentionnée au 10° de l'article L.313-11 du CESEDA (apatrides) ;
- leur qualité d'enfant d'étranger titulaire de la carte de séjour mentionnée à l'article L.313-13 du même code (protection subsidiaire) ;
- leur qualité d'enfant d'étranger titulaire de l'une des cartes de séjour mentionnées à l'article L.313-8 du même code (« scientifique-chercheur ») ;
- leur qualité d'enfant d'étranger titulaire de la carte de séjour mentionnée au 7° de l'article L.313-11 du même code (vie privée et familiale) 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.

La lettre ministérielle du 12 octobre 2009 relative aux conditions de contrôle de la régularité du séjour pour certains ressortissants étrangers dispensés de l'obligation de détenir un titre de séjour pendant la durée de validité du visa de long séjour, a étendu les exemptions légales précitées à l'égard des titulaires de l'ancien titre de séjour portant la mention « compétences et talents » dans les termes suivants :

« J'appelle votre attention sur des ressortissants étrangers titulaires de la carte compétence et talents prévue à l'article L.315-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile. En effet, leur droit au séjour doit être considéré comme acquis de plein droit. Il en sera de même pour celui du conjoint et des enfants mineurs qui ne sont pas soumis à la procédure du regroupement familial. Leurs demandes de prestations familiales devront être étudiées sans que leur soient opposées les dispositions des articles D.512-1 et D.512-2 du code de la sécurité sociale. »

Toutefois, il convient de relever que L.315-1 du CESEDA a été abrogé par la loi n°2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France. L'ancien titre de séjour portant la mention « compétences et talents » est dorénavant intégré à la catégorie des titres de séjour portant la mention « passeport talent », dont la liste est dressée à l'article L.313-20 du CESEDA. En vertu de cet article, la carte de séjour pluriannuelle « passeport talent » se décline en dix catégories au nombre desquelles figurent également le titre « salarié en mission ».

La circulaire du ministère de l'Intérieur du 2 novembre 2016 relative à l'application de la loi du 7 mars 2016 souligne que cette carte de séjour donne « *ainsi toute son effectivité à ses objectifs de simplification et d'attractivité du parcours des étrangers en France pour contribuer à rendre le territoire national plus attractif pour les talents internationaux* ». Ce titre

unique réunit « *de manière lisible et cohérente, les catégories d'étrangers talentueux dont l'expérience et la qualification doivent être reconnues ainsi que les différentes facilités qui leur sont accordées* ». **Il y aurait donc lieu de considérer qu'il existe une certaine unité entre les régimes juridiques applicables aux titulaires des différents titres relevant de la catégorie « passeport talent ».**

La dérogation à l'obligation de production d'un certificat OFII résultant de la circulaire ministérielle du 12 octobre 2009 précitée est notamment justifiée par le fait que les conjoints et enfants des titulaires de ce titre sont exemptés du recours à la procédure de regroupement familial au profit d'une procédure simplifiée dite de « *famille accompagnante* ». Or, cette procédure concerne non seulement les détenteurs d'un titre « *compétences et talents* » mais également les titulaires d'un titre de séjour « *salarié en mission* ».

La circulaire du ministère de l'Intérieur du 3 août 2012 relative à la procédure de guichet unique auprès de l'OFII pour certaines catégories de travailleurs étrangers (NOR INTV1231400C) précise que la procédure de « *famille accompagnante* » prévoit « *la venue concomitante de l'étranger et de sa famille (conjoint et enfants mineurs), dans le cadre d'une procédure simplifiée dérogatoire au regroupement familial. Il y aura donc simultanéité de traitement, pour l'étranger et sa famille, à l'occasion du dépôt du dossier d'instruction, et en règle générale de la délivrance des visas, de la convocation à la visite médicale et pour la remise du titre de séjour* ».

S'agissant de la visite médicale, le décret n° 2014-921 publié au JO le 21 août 2014 a supprimé cette formalité auprès de l'OFII pour les travailleurs hautement qualifiés et les membres de leur famille.

Ainsi, les titulaires d'un titre de séjour portant la mention « *salarié en mission* » sont dispensés, d'une part, de la procédure de regroupement familial et, d'autre part, de la visite médicale auxquels sont en principe soumis les ressortissants étrangers qui entrent en France pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois.

L'exigence de production du certificat médical OFII opposé par la CAF au réclamant est par conséquent matériellement impossible à satisfaire. En outre, celui-ci ayant respecté la procédure dédiée permettant l'entrée et le séjour de ses enfants sur le territoire, cette obligation apparaît sans objet.

Dès lors, il y a lieu de considérer que la dérogation prévue par la lettre ministérielle du 12 octobre 2009 précitée, qui n'a pas été modifiée à la suite de la réforme des titres de séjour opérée par la loi du 7 mars 2016, devrait en toute logique être entendue comme s'appliquant aux titulaires d'un titre de séjour portant la mention « *salarié en mission* ».

2. Une obligation de production de certificats OFII contraire à la clause d'égalité de traitement conventionnellement reconnue

Dans la situation spécifique des réclamants, l'exigence de certificats OFII contrevient aux dispositions de la convention n°97 de l'Organisation internationale du travail (OIT) relative aux travailleurs migrants.

L'article 11 de cette convention dispose que : « *le terme travailleur migrant désigne une personne qui émigre d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte ; il inclut toute personne admise régulièrement en qualité de travailleur migrant* ».

En l'espèce, Monsieur X s'est régulièrement établi en France afin d'occuper un emploi dans le cadre d'une mission au sein de la société française W. Il conviendra dès lors de considérer qu'il entre précisément dans le champ d'application de la convention précitée.

Or, l'article 6 point 1 de cette convention, dont les stipulations ont été jugées d'effet direct par le Conseil d'Etat (CE, 11 avril 2012, *Gisti Fapil*, n° 285576), pose un principe de non-discrimination de large portée en matière de sécurité sociale, prévoyant que :

« 1. *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 (à savoir les dispositions légales relatives aux accidents du travail, aux maladies professionnelles, à la maternité, à la maladie, à la vieillesse et au décès, au chômage et aux charges de famille, ainsi qu'à tout autre risque qui, conformément à la législation nationale, est couvert par un système de sécurité sociale), sous réserve :*

(i) *des arrangements appropriés visant le maintien des droits acquis et des droits en cours d'acquisition ;*

(ii) *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, ainsi que les allocations versées aux personnes qui ne réunissent pas les conditions de cotisation exigées pour l'attribution d'une pension normale ; »*

Ces stipulations s'appliquent sans condition de réciprocité, c'est-à-dire qu'elles peuvent être invoquées par toute personne étrangère séjournant régulièrement en France, indépendamment de la question de savoir si elle est ressortissante d'un Etat ayant lui-même ratifié la Convention n° 97 de l'OIT.

Ce point a été expressément confirmé par la Commission d'experts en charge de l'application des conventions et recommandations de l'OIT, dans un rapport présenté à la 87e session de la Conférence internationale du travail (Genève, 1999) :

« *Indépendamment des paramètres mentionnés plus haut, il convient de relever que la règle de la réciprocité ne s'applique ni aux dispositions des instruments de 1949 ni à celles des instruments de 1975 (contrairement à la convention (no 66) de l'OIT sur les travailleurs migrants, 1939, qui n'est jamais entrée en vigueur faute de ratification). Autrement dit, pour que les dispositions de ces instruments s'appliquent à un travailleur migrant, il n'est pas nécessaire que celui-ci soit ressortissant d'un Etat qui les a ratifiés ou qui garantit l'égalité de traitement aux ressortissants des Etats qui les ont ratifiés. Au cours des dernières années, la commission a formulé de nombreux commentaires sur ce point, rappelant aux Etats*

concernés que l'application des dispositions de ces instruments n'est pas subordonnée à l'existence d'un régime de réciprocité. » (Rapport III, partie 1B, Etude sur l'ensemble des travailleurs migrants, point 109).

Par ailleurs, s'agissant de la réserve formulée à l'égard des prestations payables exclusivement sur les fonds publics, il convient de préciser qu'elle ne saurait en aucun cas concerner les prestations familiales, dans la mesure où celles-ci ne sont pas exclusivement financées par les fonds publics (CSG et taxes affectées) mais principalement par les cotisations sociales.

A cet égard, une comparaison des termes de la convention de l'OIT n°97 avec ceux de la convention n°102 permet de s'apercevoir que les rédacteurs de la convention n°97, en formulant une réserve à l'égard des seules prestations « exclusivement » payables sur fonds publics, ont entendu ne pas exclure les prestations financées en partie ou principalement par des fonds publics puisqu'en effet, pour exclure ce type de prestations du champ d'application de la clause d'égalité de traitement qu'elle formule, la convention n°102 de l'OIT prévoit quant à elle une réserve à l'égard des « *prestations ou fractions de prestations financées exclusivement ou d'une façon prépondérante par les fonds publics* ».

Ainsi, le principe de non-discrimination formulé à l'article 6 de la convention n°97 de l'OIT s'applique à l'accès aux prestations familiales et peut, aux termes mêmes de la convention, être invoqué par tout étranger séjournant légalement en France, quelle que soit sa nationalité.

3. A titre subsidiaire, sur l'ouverture de droit aux prestations familiales pour les enfants à charge du titulaire d'un ancien titre de séjour portant la mention « vie privée et familiale » remplacé par le titre « passeport talent famille »

Madame X est titulaire d'un titre de séjour « vie privée et familiale » valable jusqu'au 29 octobre 2018, délivré sur le fondement de l'ancien article L.313-11 3° du CESEDA qui prévoyait l'octroi d'un tel titre de séjour « *3° A l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3, dont l'un des parents est titulaire de la carte de séjour "compétences et talents", de la carte de séjour temporaire portant la mention "salarié en mission" ou "carte bleue européenne", ainsi qu'à l'étranger dont le conjoint est titulaire de l'une de ces cartes. Le titulaire de la carte de séjour temporaire portant la mention "salarié en mission" doit résider en France dans les conditions définies au dernier alinéa du 5° de l'article L. 313-10* ».

Toutefois, cet article a été abrogé par la loi n°2016-274 du 7 mars 2016. Désormais, le conjoint de l'étranger titulaire d'un titre de séjour portant la mention « salarié en mission » se voit délivrer de plein droit le titre de séjour « passeport talent famille », prévu à l'article L.313-21 du CESEDA.

Or, l'article L.512-2 du CSS prévoit désormais, dans sa version issue de la loi n°2016-274 du 7 mars 2016, que les ressortissants 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 qualité*

d'enfant d'étranger titulaire de l'une des cartes de séjour mentionnées au 4° de l'article L.313-20 et à l'article L.313-21 du même code ».

Cette exemption de certificat OFII nouvellement prévue paraît de nature à démontrer que le législateur a entendu ouvrir le bénéfice des prestations familiales aux familles des titulaires d'un titre de séjour « salarié en mission », qui rappelons-le, ne peuvent matériellement présenter de certificat OFII, puisqu'elles ne sont pas soumises à la procédure de regroupement familial.

Madame X pourrait donc solliciter le changement de son titre de séjour sur le fondement du nouvel article L.313-21 du CESEDA et se voir accorder des prestations familiales au vu de l'article L.512-2 du CSS dans sa version actuellement en vigueur.

Ainsi, le fait que la demande de la famille X soit intervenue avant que le législateur n'ait pu tirer toutes les conséquences de la réforme des titres de séjour sur les dispositions du code de la sécurité sociale ne paraît pas de nature à justifier, compte-tenu des circonstances, un maintien du refus de prestations familiales qui leur est opposé.

4. Sur des interprétations divergentes en fonction des CAF

Dans une autre affaire soumise à l'examen du Défenseur des droits portant sur le même problème de droit, la CAF de D dans un courrier du 10 avril 2017, adressé au Défenseur des droits a accepté de liquider les prestations des intéressés. Pour ce faire, elle a constaté que depuis le 1^{er} novembre 2016, les cartes de séjour mention « carte bleue européenne », « salarié en mission » et « compétences et talents » ont été regroupées au sein d'une seule carte pluriannuelle mention « passeport talent ». Elle a ensuite rappelé que les titulaires de carte de séjour mention « *compétences et talents* » pouvaient bénéficier des prestations en faveur de leurs enfants sans que ne leur soient opposés les dispositions de l'article D.512-2 du code de la sécurité sociale.

Les services de la CAF susvisée ont à cet égard considéré que ce regroupement des différents titres de séjour en un seul renforçait la contradiction du refus opposé à la deuxième catégorie de détenteurs de titre de séjour (mention « carte bleue européenne » et « salarié en mission ») alors que la première catégorie de titre de séjour (« compétences et talents ») permettait de prétendre à ces prestations.

Enfin, la CAF de D a informé les services du Défenseur des droits qu'un arbitrage a été demandé à la Direction de la Sécurité sociale afin de prendre en compte les situations des titulaires de ces cartes de séjour pluriannuelles et faire évoluer la législation.

L'existence de cet arbitrage a été confirmée par la CAF Y aux services du Défenseur des droits dans le courrier du 7 juillet 2017 portant sur le cas d'espèce.

L'absence d'arbitrage et le vide juridique auquel il conduit ne saurait peser sur le réclamant en tant qu'utilisateur du service public.

Pour tous ces motifs, cette décision de refus de prestations familiales opposé à Monsieur X au bénéfice de ses enfants implique une différence de traitement contraire à l'article 6 de la convention n°97 de l'OIT et constitue une atteinte aux droits du réclamant en qualité d'utilisateur du service public.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du Tribunal des affaires de sécurité sociale de Z.

Jacques TOUBON