



HAL
open science

Fasc. 740 : Droits et libertés des étrangers. -Droits économiques et sociaux

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Fasc. 740 : Droits et libertés des étrangers. -Droits économiques et sociaux. Wachsmann, Patrick; Picod, Fabrice. Juris-classeur libertés, LexisNexis, 2007. hal-03697287

HAL Id: hal-03697287

<https://hal.science/hal-03697287v1>

Submitted on 16 Jun 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Fasc. 740 : DROITS ET LIBERTÉS DES ÉTRANGERS . - Droits économiques et sociaux

Danièle Lochak

Professeur émérite de l'Université Paris Ouest - Nanterre La Défense

Points-clés

1. - Les étrangers qui veulent exercer en France une **activité professionnelle**, salariée ou non salariée, doivent y être autorisés. Certains titres de séjour dispensent toutefois de solliciter une autorisation (V. n° 3 à 13 et 17 à 21).
2. - Dès lors qu'ils sont autorisés à travailler, les étrangers bénéficient dans l'entreprise de la même **protection** et des mêmes **droits individuels et collectifs** que les nationaux (V. n° 14 à 16).
3. - Les étrangers ne sont pas en revanche entièrement assimilés aux nationaux en ce qui concerne la possibilité d'être **membres des chambres professionnelles et des ordres professionnels**, et ils ne peuvent siéger ni dans les conseils de prud'hommes, ni dans les tribunaux de commerce (V. n° 16 et 22 à 24).
4. - Un nombre considérable de professions et d'emplois - évalué à plus de six millions - est fermé aux étrangers qui ne sont pas **ressortissants d'un État membre de l'Union européenne**. Ces **emplois fermés** existent non seulement dans la fonction publique mais aussi dans l'ensemble du secteur public, ainsi que dans le secteur privé, où les étrangers sont notamment exclus de beaucoup de professions libérales, de professions judiciaires et de professions de santé (V. n° 26 à 48).
5. - Dans la mesure où la réalisation des **droits créances** a un coût pour la collectivité, la tendance a été pendant longtemps d'en restreindre le bénéfice pour les étrangers. Aujourd'hui, l'assimilation des étrangers aux nationaux est la règle dans ce domaine (V. n° 50 à 63).
6. - Le **principe d'égalité** voit toutefois sa portée restreinte par le **principe de territorialité** en matière de sécurité sociale et par la généralisation de la condition de séjour régulier, voire de l'obligation de détenir un titre de séjour déterminé, pour l'accès à un nombre toujours plus important de prestations (V. n° 64 à 76).
7. - Certains **droits**, soit parce qu'ils concernent des mineurs, tel le droit à l'instruction ou l'aide sociale à l'enfance, soit parce que leur octroi obéit à des considérations humanitaires, ne sont subordonnés à aucune autre condition que la **présence sur le territoire français**. Mais ils apparaissent comme des exceptions à la règle générale (V. n° 77 à 81).

Sommaire analytique

Introduction

I. - Activité professionnelle

A. - Emploi salarié

1° Accès à l'emploi salarié

a) Matérialisation de l'autorisation de travail

b) Opposabilité de la situation de l'emploi

c) Sanctions

2° Droits du travailleur salarié

B. - Activités indépendantes

1° Accès aux activités indépendantes

2° Participation aux organismes professionnels

3° Aides liées à l'exercice de la profession

C. - Emplois soumis à une condition de nationalité

1° Fonction publique

2° Secteur public

a) Entreprises publiques

b) Organismes de sécurité sociale

3° Secteur privé

a) Professions judiciaires

b) Professions de santé

c) Autres professions libérales

d) Activités diverses

II. - Droits créances

A. - Portée du principe de non-discrimination

B. - Régression de la condition de nationalité

1° Prestations non contributives

2° Pensions servies par l'État

3° Carte famille nombreuse

C. - Droits soumis à une condition de régularité du séjour

D. - Droits soumis à la détention d'un titre de séjour particulier

E. - Droits soumis à une condition de séjour habituel

F. - Droits indépendants d'une condition de régularité ou de durée de résidence en France

Introduction

1. - Généralités - Dans la sphère économique et sociale, l'analyse de la condition des étrangers fait apparaître au départ un contraste assez net. En ce qui concerne la jouissance des droits sociaux, qu'il s'agisse des droits reconnus aux travailleurs ou du bénéfice des droits garantis par l'État providence, l'égalité est désormais la règle et les exceptions ne sont plus que résiduelles. Il n'en va pas de même en ce qui concerne l'accès à l'emploi, puisque les étrangers doivent, pour exercer une activité professionnelle, salariée ou non salariée, en France, y être autorisés, et qu'un grand nombre de professions salariées ou indépendantes leur est de surcroît fermé.

Deux remarques amènent toutefois à nuancer ce tableau contrasté. En premier lieu, il faut rappeler que le principe d'égalité ne

joue, en matière de protection sociale, qu'une fois acquis le droit au séjour, puisque la régularité du séjour conditionne depuis 1993 l'affiliation à la sécurité sociale et le versement des prestations ; de même, en matière de droit du travail, l'assimilation des salariés étrangers aux nationaux ne joue qu'une fois acquise l'autorisation de travailler. Dans la mesure où le droit au séjour, d'une part, l'autorisation de travailler, de l'autre, sont soumis à l'appréciation souvent discrétionnaire de l'Administration, ceci atténue d'autant la portée du principe d'égalité (sur le droit au séjour, *V. Fasc. 725*).

Mais en second lieu, et en sens inverse, si l'accès à l'emploi est subordonné à une autorisation, dans un très grand nombre de cas le titre de séjour délivré confère par lui-même autorisation de travailler : c'est le cas de la carte de résident mais aussi de la carte de séjour temporaire "vie privée et familiale". Dans ces hypothèses, le droit de travailler est inclus dans le droit au séjour. Or ces hypothèses, malgré les restrictions apportées au fil des réformes, restent encore aujourd'hui très largement majoritaires : d'après les statistiques officielles, les cartes de résident et les certificats de résidence de dix ans (qui en sont l'équivalent pour les Algériens) représentent à eux seuls près des trois quarts des titres de séjour en circulation (*V. par ex. 6e rapport au Parlement du Comité interministériel de contrôle de l'immigration, déc. 2009* : sur 2 373 000 titres de séjour en cours de validité détenus par les ressortissants de pays tiers au 31 décembre 2008, 1 745 000 avaient une durée de validité de dix ans). Il faut y ajouter les cartes "vie privée et familiale", elles-mêmes délivrées en plus grand nombre que toutes les autres mentions réunies. De plus, lorsqu'un étranger est autorisé à travailler en France, il ne saurait faire l'objet de discriminations à l'embauche en raison de sa nationalité (*V. Fasc. 720*).

2. - Plan - On envisagera d'abord les conditions auxquelles est soumis l'accès des étrangers à une activité économique, en y incluant les droits et prérogatives liés à l'exercice de cette activité, qu'elle soit salariée ou indépendante (I). On examinera ensuite les droits sociaux garantis en tant que "droits créances" dans le cadre de l'État providence pour constater que, si la condition de nationalité tend à reculer, la condition de régularité du séjour représente en revanche une entrave de plus en plus importante pour l'accès à ces droits (II).

I. - Activité professionnelle

3. - Évolution - Paradoxalement, la liberté économique était mieux garantie aux étrangers au XIXe siècle, où le droit de gagner sa vie apparaissait comme un droit naturel dont les étrangers devaient nécessairement bénéficier, qu'elle ne l'est aujourd'hui. C'est à partir de la fin du XIXe siècle que des restrictions de plus en plus importantes ont été apportées au travail des étrangers, dictées parfois par la crainte de l'influence étrangère dans des domaines supposés sensibles (telle la construction de matériel de guerre) et des préoccupations d'ordre public, mais beaucoup plus souvent par la volonté de protéger l'activité économique des nationaux contre la concurrence étrangère. Ces restrictions se sont traduites, d'une part, par la multiplication des emplois réservés aux nationaux et, corrélativement, par le rétrécissement progressif des activités professionnelles accessibles aux étrangers, d'autre part par un contrôle de l'emploi des étrangers, soumis à autorisation. Ces deux types de restrictions subsistent encore aujourd'hui.

4. - Nécessité d'une autorisation - En dépit de l'affirmation du préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel "*chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines (...)*", la liberté de travailler n'est pas reconnue dans son principe aux étrangers, si l'on admet qu'une liberté soumise à autorisation n'est pas une liberté. Or, pour exercer une profession salariée, les étrangers doivent en principe solliciter une autorisation préalable qui leur sera délivrée ou refusée en fonction de la situation de l'emploi. Et pour exercer une profession non salariée, ils doivent être en possession, selon les cas, d'une carte d'exploitant agricole ou d'une carte de commerçant ou d'artisan.

Certes, dans la pratique, comme on l'a rappelé plus haut, ces contraintes ont été considérablement allégées pour la très grande majorité des étrangers résidant en France, et notamment pour les titulaires d'une carte de résident qui sont dispensés de solliciter aussi bien une autorisation de travail qu'une carte de commerçant ou d'artisan. Mais l'évolution qui a abouti à attacher le droit de travailler au droit au séjour n'est pas irréversible : dans le contexte d'une relance de l'immigration de main-d'oeuvre, l'autorisation de travail devrait logiquement redevenir le pivot du dispositif de régulation de la main-d'oeuvre étrangère.

A. - Emploi salarié

1° Accès à l'emploi salarié

5. - Généralités - Un étranger ne peut exercer une activité professionnelle salariée en France sans avoir obtenu au préalable une autorisation de travail (*C. trav., art. L. 5221-5*). De son côté, un employeur ne peut engager ou employer un étranger démuné d'autorisation de travail (*C. trav. art. L. 8251-1*) et il doit s'assurer auprès de l'Administration de l'existence du titre qui autorise l'étranger à exercer une activité salariée (*C. trav., art. L. 5221-8*).

Certains titres de séjour - la carte de résident et la carte "vie privée et familiale" - dispensent de solliciter une autorisation de travail ; d'autres sont attribuées en fonction du type d'activité que l'étranger se propose d'exercer - notamment la carte "scientifique-chercheur" ou la carte "profession artistique et culturelle" ou encore les cartes portant la mention "compétences et talents" ou "carte bleue européenne". Dans les autres cas, l'étranger doit solliciter une autorisation de travail qui est

matérialisée par la mention apposée sur sa carte de séjour temporaire : "salarié", "travailleur temporaire", "travailleur saisonnier" ou "salarié en mission", selon les caractéristiques du contrat de travail produit à l'appui de la demande ; pour accorder ou non l'autorisation demandée, l'Administration prend en considération la situation de l'emploi.

Le Code du travail récapitule les différents documents par lesquels l'autorisation du travail peut se matérialiser (*C. trav., art. R. 5221-3*) et précise les conditions de délivrance de ces différentes autorisations (*C. étrangers, art. R. 5221-11 et s.*).

Le fait d'embaucher un travailleur étranger démuné d'autorisation de travail ou de travailler sans autorisation est passible de sanctions.

a) Matérialisation de l'autorisation de travail

6. - Titres de séjour dispensant de solliciter une autorisation de travail - Deux catégories de titres de séjour valent par eux-mêmes autorisation d'exercer une activité professionnelle :

- la carte de résident, dont les titulaires sont de plein droit admis à exercer l'activité professionnelle de leur choix sur l'ensemble du territoire français métropolitain - mais pas dans les départements ou les collectivités d'outre-mer ;
- la carte de séjour temporaire portant la mention "vie privée et familiale". La seule exception concerne les conjoints d'un étranger ayant acquis dans un autre État membre le statut de résident de longue durée-CE et qui n'ont pas le droit de travailler pendant l'année qui suit la première délivrance de la carte (*C. étrangers, art. L. 313-12*).

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, la carte de séjour "étudiant" confère à son titulaire le droit de travailler parallèlement à ses études sans avoir, comme auparavant, à solliciter une autorisation provisoire de travail (*V. infra n° 9*). L'activité professionnelle salariée doit être exercée à titre accessoire, dans la limite de 60 % de la durée de travail annuelle (*C. étrangers, art. L. 313-7*).

7. - Titres de séjour permettant l'exercice d'un type déterminé d'activité professionnelle salariée - Certains titres de séjour valent autorisation de travail mais ne confèrent le droit de travailler que dans un secteur d'activité déterminé.

- La carte de séjour temporaire portant la mention "scientifique-chercheur", délivrée sur la base d'une convention d'accueil avec un organisme public ou privé ayant une mission de recherche ou d'enseignement supérieur, dispense le chercheur étranger de demander une autorisation de travail. Mais elle ne lui permet pas d'exercer une autre activité que celle d'enseignant ou de chercheur pour laquelle il a obtenu son titre de séjour (*C. étrangers, art. L. 313-8 et R. 313-11 à R. 313-13*).

- La carte de séjour temporaire portant la mention "profession artistique et culturelle" vaut elle aussi autorisation de travail. Elle est délivrée à un artiste-interprète ou à l'auteur d'oeuvre littéraire ou artistique sur présentation d'un contrat d'une durée supérieure à trois mois - qui peut être ou non un contrat de travail - conclu avec une entreprise ou un établissement dont l'activité principale comporte la création ou l'exploitation d'oeuvres de l'esprit (*C. étrangers, art. L. 313-9 et R. 313-14*).

- Les étrangers qui se proposent d'exercer une activité professionnelle, salariée ou non salariée, non soumise à autorisation (architecte, journaliste, traducteur...), reçoivent une carte de séjour temporaire portant la mention de l'activité exercée dès lors qu'ils justifient pouvoir vivre de leurs ressources (*C. étrangers, art. L. 313-10, 3° et R. 313-17*).

- La carte "compétences et talents" permet à son titulaire d'exercer toute activité professionnelle en lien avec le projet qui lui a permis d'accéder à ce statut (*C. étrangers, art. L. 315-5 et R. 315-4*) (*V. Fasc. 725*).

- La "carte bleue européenne", créée par la loi n° 2011-672 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité du 16 juin 2011 qui a transposé la directive relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié (*Cons. UE, dir. 2009/50/CE, 25 mai 2009 : Journal Officiel de l'union européenne 18 Juin 2009*), est délivrée au titulaire d'un contrat de travail d'une durée d'au moins un an pour un emploi dont la rémunération annuelle brute est au moins égale à une fois et demie le salaire moyen annuel de référence et qui soit est titulaire d'un diplôme sanctionnant au moins trois années d'études, soit justifie d'une expérience professionnelle d'au moins cinq ans d'un niveau comparable (*C. étrangers, art. L. 313-10, 6°*).

8. - Cartes dont la délivrance est subordonnée à une autorisation de travail préalable - Dans les autres cas, l'autorisation de travail, lorsqu'elle est accordée, prend la forme d'une mention apposée sur la carte de séjour temporaire (*C. étrangers, art. L. 313-10, 1°, 4°, 5°*) :

- la carte porte la mention "salarié" si l'activité pour laquelle l'autorisation est demandée a une durée

égale ou supérieure à douze mois (*C. étrangers, art. L. 313-10, 1°*). Les textes prévoient la possibilité de limiter la validité de l'autorisation de travail à une ou plusieurs activités professionnelles ou zones géographiques (*C. trav., art. L. 5221-7*) ;

- la carte porte la mention "travailleur temporaire" si l'activité est exercée pour une durée déterminée inférieure à douze mois (*C. étrangers, art. L. 313-10, 1°*) ;
- la carte porte la mention "travailleur saisonnier" si l'intéressé est titulaire d'un contrat de travail saisonnier au sens du Code du travail, à savoir une activité subissant les fluctuations climatiques. La carte est valable trois ans, mais elle n'autorise son titulaire à séjourner et à travailler en France que six mois consécutifs sur douze. La carte indique la ou les périodes durant lesquelles l'étranger peut séjourner en France (*C. étrangers, art. L. 313-10, 4°*) ;
- la carte porte la mention "salarié en mission" lorsque l'étranger est un salarié détaché en France par son employeur étranger. Elle a une durée de validité de trois ans (*C. étrangers, art. L. 313-10, 5°*).

9. - Autorisation provisoire de travail - Une autorisation provisoire de travail d'une durée maximum de douze mois, éventuellement renouvelable, peut être délivrée à un étranger appelé à exercer chez un employeur déterminé, pendant une période dont la durée initialement prévue n'excède pas un an, une activité présentant par sa nature ou les circonstances de son exercice un caractère temporaire (*C. trav. art. 5221-3, 13°*).

Ces autorisations provisoires de travail sont délivrées à des catégories particulières d'étrangers telles que : chercheurs, stagiaires professionnels, aides familiaux, étudiants en médecine ou en pharmacie, médecins ou pharmaciens des hôpitaux exerçant les fonctions d'interne, artistes... En revanche, les étudiants n'ont plus à demander une autorisation provisoire de travail s'ils souhaitent travailler parallèlement à leurs études (*V. supra n° 6*).

Des autorisations provisoires de travail peuvent être également attribuées à des étrangers en possession d'une autorisation provisoire de séjour (*V. Fasc. 725*) ou d'un récépissé de demande de titre de séjour autorisant son titulaire à travailler. Elles peuvent aussi être délivrées à l'étranger assigné à résidence (*V. Fasc. 725*).

b) Opposabilité de la situation de l'emploi

10. - Principe - L'Administration, lorsqu'elle instruit une demande d'autorisation de travail, doit prendre en considération "la situation de l'emploi dans la profession et dans la zone géographique pour lesquelles la demande est formulée" (*C. trav., art. R. 5221-20*). En conséquence, même si l'intéressé présente un contrat de travail ou une promesse d'embauche établi par une entreprise qui souhaite le recruter, l'autorisation peut être refusée si, dans la profession et la zone considérées, le déséquilibre entre les offres et les demandes d'emploi est trop important.

Si l'Administration dispose ici d'un large pouvoir d'appréciation, elle doit toutefois, comme le rappelle la jurisprudence du Conseil d'État, procéder à un examen de la situation de l'emploi par rapport au métier et à la qualification précise de l'étranger, et non par simple référence à une branche d'activité.

11. - Exceptions - Il existe plusieurs exceptions ou dérogations au principe de l'opposabilité de la situation de l'emploi : les unes concernent des catégories déterminées d'étrangers, les autres concernent certains types d'emplois.

Un arrêté ministériel énumère cinq catégories d'étrangers auxquels la situation de l'emploi n'est pas opposable (*A. 14 déc. 1984 : Journal Officiel 22 Décembre 1984, modifié par A. 28 janv. 2003 : Journal Officiel 7 Février 2003*). Il s'agit de situations spécifiques : techniciens envoyés par une entreprise étrangère en France pour effectuer des travaux de montage pendant maximum six mois ; étudiants qui accomplissent au cours ou à la fin de leurs études des stages pratiques dans des entreprises ou des établissements de soins ; adolescents étrangers, âgés de quatorze à seize ans, souhaitant travailler pendant les vacances scolaires ; stagiaires professionnels ; interprètes de conférence.

Des circulaires ministérielles recommandent par ailleurs aux directions départementales du travail chargées d'instruire les dossiers d'examiner "avec bienveillance" les demandes d'autorisation émanant d'étrangers de haute qualification dont le salaire mensuel est supérieur à 1 300 fois le minimum horaire garanti (*Circ. 21 déc. 1984*) ou de cadres dirigeants ou de haut niveau (*Circ. 15 mars 2006*). Périodiquement, d'autres instructions visent, en fonction des besoins conjoncturels, les étrangers ayant une qualification déterminée (infirmiers ou informaticiens, par exemple).

La loi du 24 juillet 2006 a officialisé ces dérogations dans la perspective de la reprise d'une immigration de travail "choisie", répondant aux besoins de main-d'oeuvre de l'économie française. Ainsi, "pour l'exercice d'une activité professionnelle salariée dans un métier et une zone géographique caractérisés par des difficultés de recrutement et figurant sur une liste établie au plan national par l'autorité administrative (...), l'étranger se voit délivrer [la carte portant la mention salarié ou travailleur temporaire] sans que lui soit opposable la situation de l'emploi (...)" (*C. étrangers, art. L. 313-10, 1°*).

La liste de ces métiers et de ces zones géographiques a été fixée par deux arrêtés ministériels du 18 janvier 2008, le premier s'appliquant aux ressortissants des États tiers, le second aux ressortissants des États membres de l'Union européenne soumis à des dispositions transitoires (en pratique : les Roumains et les Bulgares). La première liste comprend une trentaine de métiers, qui sont pour l'essentiel des métiers qualifiés, voire très qualifiés, correspondant à des spécialités souvent pointues, dont la plupart ne sont de surcroît ouverts que dans certaines régions (*A. 18 janv. 2008 relatif à la délivrance, sans opposition de la situation de l'emploi, des autorisations de travail aux étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse : Journal Officiel 20 Janvier 2008*). La seconde liste comprend 150 métiers (*A. 18 janv. 2008 relatif à la délivrance, sans opposition de la situation de l'emploi, des autorisations de travail aux ressortissants des États de l'Union européenne soumis à des dispositions transitoires : Journal Officiel 20 Janvier 2008*).

Les accords bilatéraux relatifs à la gestion concertée des flux migratoires négociés par la France avec plusieurs pays (*V. Fasc. 720*), contiennent eux aussi des listes - de longueur très inégale d'un accord à l'autre - de métiers pour lesquels la situation de l'emploi ne sera pas opposée aux ressortissants des pays concernés.

c) Sanctions

12. - Sanctions visant l'employeur - Le fait d'employer un étranger dépourvu d'autorisation de travail est constitutif d'un délit passible d'une amende de 15 000 EUR et d'un emprisonnement de cinq ans, ainsi que de différentes peines complémentaires. Les peines sont portées à 100 000 EUR d'amende et dix ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est commise en bande organisée (*C. trav., art. L. 8256-2*).

Si l'employeur est lui-même étranger, il peut être condamné à une peine complémentaire d'interdiction du territoire français de dix ans au plus ou définitive (*C. trav., art. L. 5224-3. - sur l'interdiction du territoire français, V. Fasc. 725*).

Il peut aussi, indépendamment de toute poursuite pénale, se voir retirer son titre de séjour et notifier une obligation de quitter le territoire français, assortie le cas échéant de l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle en France pendant trois ans (*C. étrangers, art. L. 313-5, al. 2, L. 315-8 et L. 314-6*).

À ces sanctions s'ajoute le paiement par l'employeur d'une contribution spéciale versée à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) dont le montant, fixé par décret, ne peut être inférieur à 500 fois le taux horaire du SMIC et, en cas de récidive, à 5 000 fois ce même taux (*C. trav., art. L. 341-7*). Si le travailleur étranger est en situation de séjour irrégulier, l'employeur peut en outre se voir réclamer une contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminement de l'étranger dans son pays d'origine (*C. étrangers, art. L. 8253-1*).

13. - Sanctions visant le salarié - L'étranger est également passible de sanctions. S'il travaille sans autorisation de travail ou s'il n'a pas respecté les limitations géographiques et professionnelles figurant le cas échéant sur sa carte, il peut se voir retirer sa carte de séjour temporaire (*C. étrangers, art. L. 313-5, al. 2*). Il peut également faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière.

Par ailleurs, un étranger qui travaille sans autorisation alors qu'il se trouve en France depuis moins de trois mois, peut faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière (*C. étrangers, art. L. 533-1*).

2° Droits du travailleur salarié

14. - Principe de l'égalité de traitement - Dès lors qu'ils sont autorisés à travailler, les étrangers bénéficient de la même protection et des mêmes prérogatives que les nationaux en tant que travailleurs. La tendance à l'assimilation est d'ailleurs ancienne pour tout ce qui touche à l'application de la réglementation du travail, dans la mesure où l'égalité de traitement permet aussi de protéger les travailleurs français contre la concurrence de travailleurs étrangers qui risqueraient d'accepter des conditions d'emploi et de salaire moins favorables.

Par conséquent, s'agissant des conditions de travail, des rémunérations, de la formation et du contenu du contrat de travail, des conditions d'embauche et de licenciement, non seulement le Code du travail n'établit aucune distinction entre nationaux et étrangers, mais il impose l'égalité de traitement et proscrie toute discrimination de la part de l'employeur en la matière. Un employeur ne peut refuser d'embaucher un salarié en raison de sa nationalité ou simplement parce qu'il est étranger, ni subordonner une embauche à une condition de nationalité française (*C. trav., art. L. 122-45*). Le Code du travail interdit également d'introduire dans le règlement intérieur des dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leurs origines, de leurs opinions ou confessions, de leur apparence physique, de leur patronyme... (*C. trav., art. L. 122-35*).

Les discriminations à l'embauche constituent par ailleurs un délit pénalement réprimé (*C. pén., art. 225-1 et 225-2. - V. Fasc. 720*).

15. - Droits collectifs et participation dans l'entreprise - Les salariés étrangers, qui participaient depuis l'origine à l'élection des institutions représentatives du personnel, ont obtenu également en plusieurs étapes, à partir des années soixante-dix, le droit de siéger dans les comités d'entreprise ainsi que l'éligibilité aux fonctions de délégués du personnel. La loi du 27 juin 1972, qui leur a ouvert l'accès aux fonctions de représentants du personnel, subordonnait l'éligibilité à la condition de "*savoir lire et écrire en français*", condition assouplie par la loi du 11 juillet 1975 qui n'a plus exigé que de pouvoir s'exprimer en français. La loi du 28 octobre 1982 a supprimé les restrictions qui subsistaient : les étrangers sont donc électeurs et éligibles dans les mêmes conditions que les Français.

L'exercice du droit syndical a évolué de façon parallèle. Si les étrangers pouvaient librement adhérer à un syndicat, c'est la loi du 11 juillet 1975 qui leur a donné le droit d'exercer des fonctions d'administration ou de direction d'un syndicat, à condition toutefois de travailler en France depuis cinq ans au moins et que la proportion d'étrangers ne dépasse pas le tiers des administrateurs du syndicat. Ces conditions ont été supprimées par la loi du 28 octobre 1982. Par ailleurs, les fonctions de délégué syndical que la loi de 1968 avait réservées aux Français ou aux étrangers pouvant se prévaloir des dispositions d'un accord de réciprocité ont été rendues accessibles aux étrangers dans les mêmes conditions qu'aux nationaux par la loi du 11 juillet 1975.

Cette même loi a reconnu aux étrangers, salariés ou employeurs, le droit de participer à l'élection des conseils de prud'hommes. Le Code du travail n'impose plus en effet aucune condition de nationalité (*C. trav., art. L. 1441-1*).

La condition de nationalité pour l'éligibilité aux fonctions de délégué à la sécurité des ouvriers mineurs ("délégués mineurs") (*C. trav., ex-art. L. 712-10 et L. 712-11*) a été abrogée au 1er mai 2008, date d'entrée en vigueur de la partie législative du nouveau Code du travail. Le Code minier impose seulement de "*savoir lire et écrire le français*" (*C. minier, art. L. 192-12*).

16. - Droits réservés aux nationaux - Depuis que la condition de nationalité a été supprimée pour les délégués mineurs, les étrangers ne se voient plus refuser que l'éligibilité aux fonctions de conseiller prud'homme (*C. trav., art. L. 1441-16*). Pour justifier cette condition, on fait valoir que les conseillers prud'hommes, bien que n'ayant pas la qualité de magistrats, rendent des jugements exécutoires et exercent de ce fait une autorité de droit public. Le Conseil constitutionnel a estimé qu'on ne saurait en principe confier à des personnes de nationalité étrangère des fonctions juridictionnelles, qui sont "inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale" (*Cons. const., déc. n° 98-399 DC, 5 mai 1998*).

B. - Activités indépendantes

1° Accès aux activités indépendantes

17. - Présentation générale - Traditionnellement, et pendant tout le XIXe siècle, les étrangers ont pu exercer librement en France une activité industrielle ou commerciale. Les premières dispositions restrictives ont été prises avant la guerre, dans un contexte de crise économique et de montée de la xénophobie. Le décret-loi du 9 août 1935 impose aux artisans étrangers la détention d'une carte d'identité spéciale. Plus tard, le décret-loi du 12 novembre 1938 institue une carte d'identité portant la mention "commerçant", délivrée par le préfet à l'étranger qui souhaite exercer une profession industrielle, commerciale ou artisanale, et dont les conditions de délivrance seront précisées par un décret du 2 février 1939. Ce texte a été abrogé et remplacé par un décret du 28 janvier 1998 (*D. n° 98-58, 28 janv. 1998, relatif aux conditions d'attribution de la carte d'identité de commerçant étranger : Journal Officiel 31 Janvier 1998*), lui-même abrogé par le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du Code de commerce.

Les dispositions relatives à la carte d'identité de commerçant figurant dans le Code de commerce (*C. com., ex-art. R. 122-1 à R. 122-17*) ont été abrogées à la suite de la refonte intervenue en 2007. Seule figure désormais dans ce code l'indication des formalités que l'étranger résidant à l'étranger doit accomplir s'il souhaite exercer une profession commerciale sur le territoire français (*C. com., art. D. 122-1 à D. 122-4*). Les modalités de délivrance de l'autorisation nécessaire pour l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale sont délivrées quant à elles, dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (*C. étrangers, art. L. 313-10, 2° et R. 313-16 à R. 313-16-4*). L'autorisation se matérialise par l'apposition sur la carte de séjour temporaire de la mention de la profession exercée (*C. étrangers, art. L. 313-10, 2°*). Aucune référence n'est plus faite à la détention de la carte de commerçant.

Certaines catégories d'étrangers sont dispensées de l'obligation de solliciter l'autorisation prévue. Par ailleurs, les activités indépendantes qui n'entrent pas dans le champ des activités industrielles, commerciales ou artisanales ne sont pas soumises à ce régime d'autorisation. Enfin, il existe un régime spécifique pour l'exercice de la profession d'exploitant agricole.

18. - Professions non soumises à autorisation - Certaines activités professionnelles indépendantes échappent à ce régime. Dans ce cas, et à condition qu'il justifie pouvoir vivre de ses seules ressources, l'étranger se voit délivrer une carte de séjour temporaire portant la mention de l'activité qu'il entend exercer (*C. étrangers, art. L. 313-10, 3°*).

Ces dispositions ne concernent toutefois qu'un petit nombre d'étrangers. Une partie des activités concernées sont des professions libérales, en principe fermées aux étrangers non ressortissants de l'Union européenne, qui n'y ont accès que s'ils bénéficient d'une convention bilatérale favorable ou sur la base d'une autorisation individuelle : avocat, expert-comptable, géomètre-expert, etc. (*V. infra n° 38 à 48*). L'autre partie est constituée de métiers très divers qui ne sont pas répertoriés comme professions commerciales : auteur, agent commercial rémunéré par commissions, artiste, écrivain, graphologue, journaliste, traducteur et interprète indépendant, etc.

19. - Dispenses - Certaines catégories d'étrangers - que l'ancien article R. 122-1 du Code de commerce dispensait de la détention de la carte de commerçant - ne sont pas tenues de solliciter une autorisation pour l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou artisanale. Outre les ressortissants des États membres de l'Union européenne et assimilés (ressortissants d'un autre État membre de l'Espace économique européen et de la Suisse), ce sont :

- les étrangers pouvant se prévaloir d'un accord ou d'une convention les en dispensant. Il s'agit des ressortissants d'Andorre, de Monaco et d'Algérie. L'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968, modifié en dernier lieu par un avenant du 11 juillet 2001, stipule que "*les ressortissants algériens s'établissant en France pour exercer une activité professionnelle autre que salariée reçoivent (...) sur justification, selon le cas, qu'ils sont inscrits au registre du commerce ou au registre des métiers ou à un ordre professionnel, un certificat de résidence (...)*" (publié par *D. n° 2002-1500, 20 déc. 2002 : Journal Officiel 26 Décembre 2002*) ;
- les titulaires de la carte de résident ;
- les titulaires d'une carte de séjour temporaire "vie privée et familiale". Ceux-ci n'étaient pas expressément dispensés de la carte de commerçant par l'article précité du Code de commerce désormais abrogé. Mais, dans la mesure où cette carte donne droit "*à l'exercice d'une activité professionnelle*" (*C. étrangers, art. L. 313-12*), sans préciser qu'il s'agit d'une activité professionnelle salariée, on en déduit que les activités industrielles, commerciales et artisanales sont englobées dans les activités professionnelles que peut exercer le titulaire de la carte (en ce sens, *V. Circ. n° DPM/DMI2 2007/323, 22 août 2007, relative aux autorisations de travail, point 1.2.4.1*).

20. - Délivrance de l'autorisation - L'étranger qui sollicite la délivrance d'une carte de séjour temporaire afin d'exercer une profession commerciale, industrielle ou artisanale doit justifier d'une activité économiquement viable et compatible avec la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques et respecter les obligations imposées aux nationaux pour l'exercice de la profession envisagée (*C. étrangers, art. L. 313-10, 2°*).

À l'appui de sa demande, il doit donc présenter les justificatifs permettant d'évaluer la viabilité économique de son projet ou l'effectivité de l'activité à laquelle il envisage de participer, ainsi que la capacité de cette activité à lui procurer des ressources au moins équivalentes au SMIC. Il doit également justifier qu'il respecte la réglementation en vigueur dans le domaine de l'activité en cause. Le préfet vérifie, outre la compatibilité de l'activité avec la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques, l'absence de condamnation ou de décision emportant l'interdiction d'exercer une activité commerciale. Dans le cas d'une création d'entreprise, le trésorier-payeur général du département doit être consulté (*C. étrangers, art. R. 313-16-1 à R. 313-16-4*).

21. - Carte d'exploitant agricole - La réglementation concernant les professions agricoles est apparue postérieurement à celle qui régit les professions d'artisan et de commerçant. La carte d'exploitant agricole a été créée par un décret du 13 août 1947, qui n'est toutefois jamais entré en vigueur et a été remplacé par un décret du 20 janvier 1954. La réglementation figure aux articles R. 333-1 à R. 333-6 du Code rural et de la pêche maritime.

L'étranger qui désire exploiter une entreprise agricole doit y être autorisé. L'autorisation est matérialisée par la délivrance d'une carte professionnelle de chef d'exploitation mentionnant l'exploitation sur laquelle l'étranger est autorisé à s'établir (*C. rur., art. R. 333-1*). L'autorisation est accordée et la carte délivrée par le ministre de l'Agriculture ou, par délégation, par le directeur départemental de l'agriculture (*C. rur., art. R. 333-2*). Si l'étranger désire prendre une autre exploitation que celle sur laquelle il a été autorisé à s'installer, il doit en obtenir l'autorisation et donc solliciter la délivrance d'une nouvelle carte professionnelle (*C. rur., art. R. 333-3*).

2° Participation aux organismes professionnels

22. - Chambres professionnelles - Les chambres professionnelles étant des établissements publics administratifs, on en a tiré la conséquence que leurs membres devaient nécessairement avoir la nationalité française. Pour certaines d'entre elles, la condition de nationalité s'appliquait aussi aux électeurs. Un arrêt du Conseil d'État de 2006 déclarant illégale la condition de nationalité tant au niveau de l'électorat que de l'éligibilité pour les chambres de métiers a toutefois fragilisé le fondement juridique de cette exclusion.

En ce qui concerne les chambres des métiers et de l'artisanat, le décret n° 99-433 du 27 mai 1999 relatif à la composition des chambres de métiers et à leur élection avait étendu le droit de vote à l'ensemble des artisans, sans condition de nationalité, tout en continuant à subordonner l'éligibilité à une condition de nationalité. Un décret n° 2004-896 du 27 août 2004 (*D. n° 2004-896, 27 août 2004 : Journal Officiel 31 Aout 2004*) l'a modifié dans un sens restrictif, en retirant la qualité d'électeur aux étrangers non ressortissants d'un État partie à l'Espace économique européen. Mais le Conseil d'État a annulé ce décret, non seulement en tant qu'il refusait aux étrangers la qualité d'électeur, mais aussi en tant qu'il leur interdisait d'être élus comme membres des chambres des métiers (*CE, ass., 31 mai 2006, n° 273638, Gisti : RFD adm. 2006, p. 1194, concl. Casas*). Il a estimé que ces différences de traitement n'étaient justifiées ni par une différence de situation ni par des nécessités d'intérêt général en rapport avec le rôle et les prérogatives des chambres des métiers et de l'artisanat. Saisie parallèlement, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) avait, elle aussi, dans une délibération du 4 juillet 2005, recommandé aux pouvoirs publics de restituer aux artisans étrangers des pays tiers le droit de vote en raison du caractère discriminatoire de cette exclusion (*Délib. n° 2005-178, 4 juill. 2005. - sur la Halde, V. Fasc. 720*).

L'arrêt du Conseil d'État mérite surtout considération en ce qu'il estime illégale l'exclusion des étrangers des chambres de métiers tout en reconnaissant qu'elles sont investies de prérogatives de puissance publique "relatives, en premier lieu, à la fixation du produit de la taxe additionnelle à la taxe professionnelle perçue à leur profit, en deuxième lieu, à leur désignation éventuelle comme déléataire du droit de préemption urbain ou du droit de préemption institué dans les zones d'aménagement différé pour la réalisation d'équipements commerciaux ou artisanaux et enfin, à la participation de leur président à la commission départementale d'équipement commercial". Mais, poursuit-il, ces différentes prérogatives "ne sont pas d'une nature et d'une ampleur telles qu'elles puissent fonder légalement une différence de traitement entre les artisans quant à leur éligibilité aux chambres des métiers et de l'artisanat reposant sur leur nationalité".

Le raisonnement du Conseil d'État est évidemment transposable aux autres chambres professionnelles.

En ce qui concerne les chambres d'agriculture, aucune condition de nationalité n'existe pour être électeur. En revanche, il faut toujours, pour être éligible, avoir la nationalité française ou celle d'un État membre de la Communauté européenne (*C. rur., art. R. 511-30*).

En ce qui concerne les chambres de commerce et d'industrie, il fallait, pour être électeur et éligible, avoir la nationalité française ou être ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. La condition découlant d'une disposition législative, c'est le législateur qui est intervenu, en 2010, pour supprimer la condition de nationalité, laquelle ne figure plus dans la nouvelle rédaction des articles du Code de commerce, tant au niveau de l'électorat que de l'éligibilité (*C. com., art. L. 713-3 et L. 713-4 modifiés par L. n° 2010-853, 23 juill. 2010, relative aux réseaux consulaires, à l'artisanat et aux services*).

23. - Juridictions professionnelles - Pour les mêmes raisons qui font qu'ils ne peuvent pas siéger dans les conseils de prud'hommes et qu'on a rappelées plus haut (*V. supra n° 16*), les étrangers ne peuvent pas non plus siéger dans les tribunaux de commerce ni comme assesseurs dans les tribunaux paritaires des baux ruraux.

Les juges des tribunaux de commerce sont élus au second degré par un collège composé, pour partie de membres et d'anciens membres des tribunaux de commerce, pour partie de délégués consulaires (*C. com., art. L. 723-1*), ces derniers n'ayant plus nécessairement la nationalité française ou celle d'un État membre de l'Espace économique européen (*V. supra n° 22*). Seules en revanche sont éligibles les personnes ayant la nationalité française (*C. com., art. L. 723-4*).

Pour être inscrit sur la liste électorale en vue de la désignation des assesseurs des tribunaux paritaires des baux ruraux, en tant que bailleur ou en tant que preneur, il faut avoir la nationalité française ou être ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne. Seules sont éligibles les personnes de nationalité française (*C. rur., art. L 492-2*).

24. - Ordres professionnels - Les professions organisées en ordres ou représentées par une chambre syndicale sont soit des professions exercées par des personnes ayant la qualité d'officier ministériel, soit des professions libérales. La question de l'électorat et de l'éligibilité des étrangers ne se pose que très exceptionnellement pour les premières, auxquelles les étrangers, en règle générale, n'ont pas accès (*V. infra n° 40*). Les professions libérales organisées en ordres ne sont elles-mêmes accessibles aux étrangers que dans des limites assez étroites : en général, ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen, étrangers bénéficiaires d'accords de réciprocité ou ayant obtenu une dérogation individuelle (*V. infra n° 40 à 48*). Cette tradition de fermeture, jointe au fait que les conseils des ordres professionnels exercent, comme l'a reconnu le Conseil d'État dès 1943 à propos de l'ordre des médecins (*CE, 2 avr. 1943, Bouguen : Rec. CE 1943, p. 86*), des prérogatives de puissance publique, expliquent que l'éligibilité à ces conseils soit assez généralement réservée aux nationaux.

Concernant les professions de santé, les membres des conseils départementaux de l'ordre sont élus par l'assemblée générale des médecins, des chirurgiens-dentistes ou des sages-femmes inscrits au tableau (*C. santé publ., art. L. 4123-3*), mais seuls sont éligibles les professions de nationalité française ou ressortissants de l'un des États membres de la Communauté européenne ou

englobes les praticiens de nationalité française ou ressortissants de l'un des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen (*C. santé publ., art. L. 4123-5*), les membres des conseils régionaux étant eux-mêmes élus par les conseils départementaux parmi les personnes de nationalité française (*C. santé publ., art. L. 4124-11, IV*). Les assesseurs titulaires ou suppléants des chambres disciplinaires (qui sont présidées par un membre de la juridiction administrative) doivent avoir la nationalité française (*C. santé publ., art. L. 4124-7*).

En revanche, le Code de la santé publique n'édicte aucune condition tenant à la nationalité pour l'éligibilité à l'ordre des pharmaciens. Il prévoit que sont électeurs, au titre de chaque section de l'ordre, les pharmaciens régulièrement inscrits au tableau (*C. santé publ., art. D. 4233-5*) et que, pour être éligible, il faut être électeur au titre du département, de la région ou de la catégorie professionnelle concernés (*C. santé publ., art. D. 4233-6*).

De même, en ce qui concerne l'ordre des vétérinaires, le Code rural ne contient aucune disposition restrictive concernant les étrangers - mais la profession de vétérinaire n'est ouverte qu'aux nationaux et aux ressortissants des États parties à l'Espace économique européen. Les membres des conseils régionaux de l'ordre sont élus par les vétérinaires inscrits au tableau de l'ordre, et sont électeurs et éligibles les vétérinaires établis ou exerçant à titre principal en France (*C. rur., art. L. 242-1*).

En ce qui concerne l'ordre des architectes, la loi sur l'architecture prévoit que les conseils régionaux sont élus au suffrage direct par tous les architectes inscrits au tableau (*L. n° 77-2, 3 janv. 1977, art. 22*). Un décret du 10 mai 2007 a supprimé la condition de nationalité jusque-là exigée pour l'éligibilité (*D. n° 77-1481, 28 déc. 1977, art. 3*, dans sa rédaction issue du *D. n° 2007-790, 10 mai 2007*).

La loi instituant l'ordre des géomètres-experts n'instaure elle non plus aucune restriction et prévoit simplement que les conseils régionaux de l'ordre des géomètres-experts sont composés "de membres de l'ordre inscrits au tableau de la circonscription et élus par leurs collègues réunis en assemblée générale" (*L. n° 46-942, 7 mai 1946, art. 12*). Mais la profession est réservée aux nationaux ou ressortissants d'un État de l'Union européenne ou partie à l'Espace économique européen.

L'ordonnance du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable prévoit de même que sont électeurs et éligibles aux conseils régionaux de l'ordre l'ensemble des membres inscrits au tableau de la région (*Ord. n° 45-2138, 19 sept. 1945, art. 28*).

Concernant les avocats, la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ne fait elle non plus aucune référence à la nationalité des électeurs ou des éligibles au conseil de l'ordre. Le texte dispose simplement que chaque barreau est administré par un conseil de l'ordre élu par tous les avocats inscrits au tableau (*L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 15*). Il faut en conclure qu'aucune incapacité particulière ne frappe les avocats de nationalité étrangère, dès lors qu'ils sont inscrits au tableau.

3° Aides liées à l'exercice de la profession

25. - Les aides et avantages consentis pour l'exercice d'une profession ne peuvent être refusés aux étrangers : c'est ce qui ressort d'un arrêt du Conseil d'État annulant les dispositions du Code rural qui réservaient aux nationaux et à des catégories d'étrangers limitativement énumérées le bénéfice des aides publiques aux agriculteurs.

Il s'agissait en l'espèce :

- des prêts à long terme bonifiés consentis par les caisses du crédit agricole mutuel pour permettre la réalisation de certaines opérations foncières dans les départements d'outre-mer (*C. rur., art. R. 348-2*) ;
- des aides à la modernisation de l'exploitation agricole (*C. rur., art. D. 344-2*) ;
- des aides à l'installation des jeunes agriculteurs (*C. rur., art. R. 343-4*).

Sur la base des textes en vigueur, il fallait, pour bénéficier de ces aides et de ces prêts, être de nationalité française ou ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'Espace économique européen, ou encore pouvoir invoquer les stipulations d'accords internationaux interdisant une restriction d'activité fondée sur la nationalité.

Le Conseil d'État a estimé qu'il n'existait en l'espèce aucune différence de situation fondée sur la nationalité susceptible de justifier une différence de traitement, non plus qu'aucune raison d'intérêt général justifiant qu'il soit dérogé à l'égalité : si l'objectif poursuivi par l'octroi de ces aides est d'assurer la constitution d'exploitations viables et durables et d'en faciliter la modernisation, et si ces aides sont liées à des engagements pris par leurs bénéficiaires sur une certaine durée, cette circonstance ne suffit pas à justifier légalement une différence de traitement entre les personnes demandant à bénéficier de ces aides reposant sur leur nationalité (*CE, 24 janv. 2007, n° 243976, Gisti : JurisData n° 2007-071337*).

À l'occasion de la restructuration du système des aides les textes ont été modifiés. Ainsi, aucune condition de nationalité n'est plus exigée pour les prêts à long terme bonifiés dans les départements d'outre-mer (*C. rur., art. D. 348-2*). Un décret du 21 août 2007 a supprimé la condition de nationalité pour bénéficier de prêts bonifiés à l'investissement (*C. rur., art. R. 344-2*).

Pour pouvoir bénéficier des aides à l'installation des jeunes agriculteurs, les ressortissants des États tiers doivent cependant justifier d'un titre de séjour les autorisant à travailler sur le territoire français pendant une période minimum de cinq ans à compter de la date d'installation (*C. rur., art. R. 343-4*).

C. - Emplois soumis à une condition de nationalité

26. - Ampleur du phénomène - Un nombre considérable de professions et d'emplois est fermé aux étrangers. Ce sont d'abord les emplois de fonctionnaires. Il s'agit là d'une conséquence logique du fait que l'accès à la fonction publique est considéré comme un droit civique et donc un attribut de la citoyenneté. Mais le développement de l'État providence, en multipliant le nombre des emplois publics, a en même temps accru le nombre des emplois fermés aux étrangers, alors que la plupart des fonctionnaires exercent des missions non régaliennes. Ceci explique que, depuis une vingtaine d'années, les dérogations à l'exigence de la nationalité française tendent à se multiplier (*V. infra n° 27 à 33*).

Au-delà de la fonction publique, l'exclusion des étrangers s'est étendue par contagion à la plupart des emplois du secteur public et nationalisé. Là encore, on constate une évolution vers la suppression progressive de la condition de nationalité (*V. infra n° 34 à 37*).

Il existe enfin, dans le secteur privé, une liste longue et hétérogène de professions réservées, avec des exceptions d'ampleur variable, aux Français : des emplois de salariés, parfois, mais plus souvent des professions indépendantes, et notamment des professions libérales (*V. infra n° 38 à 48*).

Au total, une série d'études ont évalué à plus de six millions - dont cinq millions dans la fonction publique - le nombre d'emplois auxquels n'ont pas accès les ressortissants d'États tiers. Ces chiffres ne prennent toutefois pas en compte la tendance à la baisse des effectifs de la fonction publique (évalués à 5,3 millions au 31 décembre 2008 pour les trois fonctions publiques, dont seulement 3,9 millions de titulaires et 340 000 militaires) ni les modifications - très progressives, certes, mais néanmoins réelles - de la réglementation depuis une dizaine d'années en ce qui concerne le reste du secteur public et les emplois privés.

27. - Caractère discriminatoire - Beaucoup de ces exclusions n'ont d'autre objectif que de protéger les nationaux contre la concurrence étrangère : très souvent les mesures restrictives ont été prises à une époque relativement récente - soit dans l'entre-deux-guerres, soit après la guerre -, sous la pression des milieux professionnels concernés. Même lorsqu'elle est consacrée par la loi, et pour cette raison plus difficile à combattre par la voie contentieuse, la fermeture des emplois aux étrangers n'est donc pas toujours fondée sur un motif légitime et apparaît dans beaucoup de cas injustifiée au regard des principes à valeur constitutionnelle. Parmi ces principes figurent le principe général d'égalité mais aussi le principe posé par le préambule de la Constitution de 1946 : "*nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines*".

Une prise de conscience du caractère à la fois juridiquement contestable et socialement inéquitable de ces exclusions a commencé à se faire jour à partir des années 1990. La multiplication de rapports et des études qui en est résulté, souvent à l'initiative des pouvoirs publics, a permis de prendre la mesure du phénomène et débouché sur des propositions de réforme dont beaucoup impliquaient une remise à plat complète de la réglementation en vigueur. Aucune de ces propositions n'a abouti, même si certaines modifications ponctuelles sont intervenues concernant telle ou telle profession.

Un rapport du Groupe d'étude sur les discriminations, remis en 2000 (Une forme méconnue de discriminations, les emplois fermés aux étrangers [secteur privé, entreprises publiques, fonctions publiques] : *Note GED, n° 1, mars 2000*), proposait une adaptation générale des textes réglementaires et législatifs de façon à ne laisser subsister la condition de nationalité, pour l'ensemble du secteur privé, mais aussi dans les entreprises publiques et même dans la fonction publique, que pour les emplois entrant dans le champ de l'exercice de la souveraineté ou impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique. La proposition revenait en somme à aligner la condition des ressortissants des États tiers sur celles des ressortissants de la Communauté européenne. Aucune suite n'a été donnée à ce rapport.

La Halde, plus récemment, dans une délibération du 30 mars 2009, a recommandé au gouvernement de supprimer la condition de nationalité pour l'accès à la fonction publique, aux emplois des établissements et entreprises publics et aux emplois du secteur privé, à l'exception des emplois relevant de la souveraineté nationale et de l'exercice de prérogatives de puissance publique - ce qui revient là encore à proposer d'aligner l'ensemble des étrangers sur la condition des ressortissants de l'Union européenne (*Délib. n° 2009-139, 30 mars 2009*).

Les parlementaires se sont à leur tour saisi de la question à l'occasion d'une proposition de loi déposée par le groupe socialiste au Sénat en janvier 2009. La proposition visait à supprimer la condition de nationalité pour les professions de santé ainsi que pour les professions de vétérinaire, d'avocat, d'architecte, de géomètre-expert et d'expert-comptable. Elle a été adoptée par le Sénat qui a toutefois exclu du champ de la réforme les avocats et les pharmaciens. Le rapporteur de la proposition devant l'Assemblée nationale avait soutenu une position beaucoup plus ambitieuse visant à établir une égalité de traitement entre nationaux et ressortissants d'un État membre de l'UE, d'un côté, ressortissants d'États tiers en situation régulière, de l'autre (*Rapp. Goldberg :*

1° Fonction publique

28. - Principe général - L'impossibilité de principe pour un étranger d'accéder à la fonction publique est énoncée, pour les fonctionnaires soumis au régime général, à l'article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : "*Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : 1° s'il ne possède la nationalité française*". Ce principe s'applique aux trois fonctions publiques : la fonction publique d'État, la fonction publique territoriale, la fonction publique hospitalière.

La condition de nationalité figure également dans le statut de la magistrature (*Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958, art. 16*) et dans le statut général des militaires (*L. n° 2005-270, 24 mars 2005, art. 20, 1°*).

Le principe supporte toutefois des dérogations, dont les principales - mais non les seules - concernent les ressortissants communautaires. Le Conseil constitutionnel a reconnu la constitutionnalité de ces dérogations dans sa décision du 23 juillet 1991, rendue à propos de la loi ouvrant la fonction publique non régaliennne aux ressortissants de l'Union européenne. Répondant au moyen tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui proclame le principe d'égal accès de tous aux emplois publics, il a estimé qu'il ne saurait être interprété comme réservant aux seuls citoyens l'application du principe ainsi énoncé. Et, tout en admettant l'existence d'un principe de valeur constitutionnelle qui réserve aux nationaux l'exercice des fonctions qui intéressent la souveraineté de la Nation, il a jugé qu'en l'espèce ce principe n'était pas remis en cause puisque la loi ne visait justement que les emplois dont les attributions sont "séparables de l'exercice de la souveraineté" (*Cons. const., déc. n° 91-293 DC, 23 juill. 1991 : Rec. Cons. const. 1991, p. 77*).

29. - Ressortissants d'un État membre de l'Union européenne et assimilés - L'article 45, paragraphe 4, du TFUE (*ex-art. 39, § 4, traité CE, ex-art. 48, § 4, traité de Rome*) exclut les emplois dans l'Administration publique du principe de non-discrimination.

Les contours de la notion d'"emplois dans l'Administration publique" ont été progressivement définis par la Cour de justice des Communautés européennes, qui a estimé que le seul fait qu'un emploi soit rattaché organiquement à la fonction publique ne suffisait pas à en interdire l'accès aux ressortissants de la Communauté européenne : il faut encore qu'il s'agisse d'un emploi caractéristique des activités spécifiques de l'Administration publique, soit parce qu'il comporte une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique, soit qu'il implique des missions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques (*CJCE, 12 févr. 1974, aff. 152/73, Sotgiù c/ Deutsche Bundespost. - CJCE, 17 déc. 1980, aff. 149/79, Comm. UE c/ Royaume Belgique*).

La Commission européenne a défini, à partir de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, ceux des emplois publics qui entrent dans le champ d'exclusion prévu à l'article 45, paragraphe 4 : les forces armées, la police, la magistrature, l'Administration fiscale, la diplomatie, ainsi que les emplois qui comportent l'élaboration, la mise à exécution ou le contrôle de l'application des actes juridiques (*Comm. CE, n° 88/C 72/02, 18 mars 1988 : Journal Officiel des communautés européennes 18 Mars 1988*).

Pour se mettre en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et avec les orientations de la Commission européenne, le législateur français a assoupli la condition de nationalité pour l'accès à la fonction publique. La loi du 26 juillet 1991 a ainsi ouvert aux ressortissants des États membres de la Communauté européenne - auxquels sont désormais assimilés les ressortissants d'un autre État partie à l'Espace économique européen - la possibilité d'accéder aux corps, cadres d'emplois et emplois de la fonction publique, à l'exception des emplois "*dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques*" (*L. n° 83-634, 13 juill. 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 5 bis*). Plus d'une centaine de décrets ont été pris pour adapter les statuts particuliers. On évalue à environ 850 000 le nombre d'emplois réservés aux nationaux français, sur un total de 5,2 millions.

30. - Dérogations au profit de certaines nationalités - En vertu de la convention entre la France, l'Espagne et la principauté d'Andorre relative à l'entrée, à la circulation, au séjour et à l'établissement de leurs ressortissants, signée le 4 décembre 2000 (*D. n° 2003-739, 30 juill. 2003 : Journal Officiel 6 Aout 2003*), les ressortissants andorrans peuvent accéder aux emplois du secteur public dont les attributions sont séparables de l'exercice de la souveraineté et ne comportent pas de participation à l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Les citoyens monégasques peuvent eux aussi accéder à des emplois publics français.

31. - Corps de l'enseignement supérieur et de la recherche - La principale dérogation de portée générale à la règle qui interdit l'accès des étrangers à des corps de fonctionnaires titulaires concerne l'enseignement supérieur et la recherche.

La loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968, déjà, prévoyait, dans son article 30, que les enseignants de nationalité étrangère pouvaient, dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'État, être nommés dans les corps d'enseignants de l'enseignement supérieur. Le décret n° 72-366 du 28 avril 1972, puis le décret n° 79-543 du 9 août 1979 qui l'a remplacé, portant statut particulier du corps des professeurs des universités, ont ainsi ouvert l'accès au corps des professeurs aux enseignants de nationalité étrangère remplissant les conditions de titres et de services requises.

La loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur a prévu à son tour, dans son article 56, la possibilité de déroger au statut général (*C. éduc., art. L. 952-6*). Le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 relatif au statut des enseignants-chercheurs a supprimé toute condition de nationalité tant dans le corps des maîtres de conférences que dans celui des professeurs. Les conditions supplémentaires introduites à l'époque pour les personnes de nationalité étrangère ont été abrogées par la suite et, actuellement, les étrangers sont recrutés dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que les nationaux. Pour l'accès au corps des maîtres de conférences comme au corps des professeurs, il est dit expressément que les candidats ne possédant pas la nationalité française peuvent se présenter aux concours de recrutement, y compris aux concours nationaux d'agrégation prévus dans les disciplines juridiques, politiques, économiques et de gestion (*D. n° 84-431, 6 juin 1984, art. 27 et 42*).

La seconde dérogation concerne le secteur de la recherche. Elle découle de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique qui, tout en conférant au personnel des établissements à caractère scientifique et technologique la qualité de fonctionnaires qu'ils n'avaient pas jusque-là, a prévu, pour certaines catégories de personnels de recherche, la possibilité de recruter des étrangers "*susceptibles d'apporter un concours qualifié à l'effort de recherche et de développement technologique*" (*C. recherche, art. L. 421-3*). Sur la base de ce texte, le décret n° 83-1260 du 30 décembre 1983, fixant les dispositions statutaires communes aux corps de fonctionnaires des établissements publics scientifiques et technologiques, permet le recrutement, dans les conditions de droit commun, de personnes de nationalité étrangère dans les corps de chargés de recherche (*D. n° 83-1260, 30 déc. 1983, art. 14*), de directeurs de recherche (*D. n° 83-1260, 30 déc. 1983, art. 37*), d'ingénieurs de recherche (*D. n° 83-1260, 30 déc. 1983, art. 68*), d'ingénieurs d'études (*D. n° 83-1260, 30 déc. 1983, art. 83*). En revanche, cette possibilité n'est pas prévue pour les corps de catégorie B et C, ni pour les corps d'administration de la recherche.

Les statuts particuliers des corps de fonctionnaires du CNRS (*D. n° 84-1185, 27 déc. 1984, art. 22*), de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM. - *D. n° 84-1206, 28 déc. 1984, art. 24*) et de l'Institut national de la recherche agronomique (INRA. - *D. n° 84-1207, 28 déc. 1984, art. 29*), pris sur le fondement du décret du 30 décembre 1983, confirment la possibilité de recruter des personnes étrangères, "*sous réserve de la vérification par le directeur général de l'établissement que ces candidats présentent les garanties requises*".

La dérogation concerne aussi l'enseignement supérieur de l'architecture, régi par des dispositions spécifiques. Des personnalités n'ayant pas la nationalité française peuvent, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, être nommées dans un corps d'enseignants des écoles d'architecture. Cette disposition a été introduite par la loi n° 91-715 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique du 26 juillet 1991 qui a modifié la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur (*C. éduc., art. L. 962-1*).

En revanche, les personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitalo-universitaires, qu'ils soient fonctionnaires titulaires (professeurs des universités-praticiens hospitaliers, maîtres de conférences des universités-praticiens hospitaliers) ou non titulaires (praticiens hospitaliers-universitaires exerçant leurs fonctions à titre temporaire, chefs de clinique des universités-assistants des hôpitaux...), doivent être de nationalité française ou ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen (*D. n° 84-135, 24 févr. 1984, art. 2, al. 2*).

32. - Militaires - La condition de nationalité est prévue par la loi du 24 mars 2005 portant statut général des militaires (*L. n° 2005-270, 24 mars 2005, art. 20, 1° : Journal Officiel 26 Mars 2005*, modifiée et partiellement abrogée et codifiée sous *C. défense par ord. n° 2007-465, 29 mars 2007*). Toutefois l'article 26 (*actuel C. défense, art. L. 4132-7*) énumère trois hypothèses dans lesquelles un ressortissant étranger peut être admis à servir en vertu d'un contrat :

- il est possible de servir "*à titre étranger*" (en pratique, dans la Légion étrangère) si l'on remplit certaines conditions (*C. défense, art. L. 4144-1 à L. 4142-4*). Il faut être âgé de dix-sept ans au moins et de quarante ans au plus et présenter "*les aptitudes exigées pour l'exercice de la fonction*". L'étranger est lié au service par un contrat d'engagement ;
- un étranger peut être admis à servir comme "*militaire commissionné*", dans les conditions prévues par les dispositions de l'article L. 4132-10. Le militaire commissionné est admis par contrat à servir dans une armée ou une formation rattachée dans un grade d'officier ou de sous-officier en vue d'exercer des fonctions déterminées à caractère scientifique, technique ou pédagogique correspondant aux diplômes qu'il détient ou à son expérience professionnelle ;
- un étranger peut servir dans l'armée française pour tout ou partie de la durée de la guerre.

33. - Emplois de non-titulaires - La question juridique soulevée par le recrutement d'agents publics non titulaires de nationalité étrangère est restée longtemps assez embrouillée : si la pratique était courante et considérée par la majorité des auteurs et par les responsables de la fonction publique comme compatible avec la condition de nationalité posée pour la titularisation comme fonctionnaire, son fondement était incertain, puisqu'elle était parfois prévue par un texte réglementaire, parfois par de simples circulaires. En 1971, le Conseil d'État a remis en cause ce qui semblait acquis, par une interprétation *a fortiori* - très contestable et du reste fort contestée par les commentateurs - d'un article du Code de la nationalité alors en vigueur qui interdisait de nommer à des fonctions publiques rétribuées par l'État un étranger naturalisé depuis moins de cinq ans (CE, 23 avr. 1971, Mornet : AJDA 1971, p. 362, note J.-P. C.).

La réforme du Code de la nationalité par la loi du 9 janvier 1973 a rendu caduque cette interprétation, en précisant explicitement que l'incapacité frappant les naturalisés - qui a elle-même été supprimée en 1978 - n'était pas applicable aux emplois n'entraînant pas de titularisation. Le Conseil d'État en a déduit, dans un avis rendu le 17 mai 1973, que : "aucune disposition législative actuellement en vigueur ni aucun principe du droit public français n'interdisent de façon générale de recruter un étranger comme agent de l'État en qualité de contractuel ou d'auxiliaire" et qu'il appartient au gouvernement d'apprécier la conduite à suivre "en tenant compte de la mission de chaque service et de la nature de la fonction à exercer" (CE, avis, 17 mai 1973, n° 310715).

La question est désormais définitivement tranchée par les textes. D'une part, la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires lève l'ambiguïté qui pouvait exister dans les textes précédemment en vigueur : là où la loi de 1946 et l'ordonnance de 1959 disposaient que "nul ne peut être nommé dans un emploi public" s'il ne possède la nationalité française, elle dispose que "nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire" s'il ne possède la nationalité française. D'autre part, aucun des trois décrets fixant les dispositions communes applicables aux agents non titulaires de chacune des trois fonctions publiques ne subordonne le recrutement à une condition de nationalité française. Ces textes envisagent du reste explicitement l'hypothèse où l'agent n'a pas la nationalité française :

- le premier, qui s'applique aux agents non titulaires de l'État, prévoit que, avant d'être engagées, les personnes de nationalité étrangère "font l'objet d'une enquête de la part de l'Administration destinée à s'assurer qu'elles peuvent être recrutées par elle" (D. n° 86-83, 17 janv. 1986, art. 3, 2°) ;
- le deuxième, applicable aux agents des collectivités territoriales, exige de l'agent de nationalité étrangère qu'il soit en situation régulière vis-à-vis des lois régissant l'immigration (D. n° 88-145, 15 févr. 1988, art. 2, 2°) ;
- le troisième, qui concerne les agents contractuels des établissements hospitaliers, précise que les agents contractuels de nationalité étrangère doivent remplir "les conditions équivalentes" à celles exigées pour les personnes de nationalité française en ce qui concerne la jouissance des droits civiques, le casier judiciaire et les titres requis pour l'accès à l'emploi concerné (D. n° 91-155, 6 févr. 1991, art. 3).

2° Secteur public

a) Entreprises publiques

34. - Généralités - Le personnel des entreprises publiques est, soit soumis au droit commun du travail et régi par des conventions collectives, soit régi par des statuts définis par voie législative ou - plus souvent - réglementaire. Dans un cas comme dans l'autre, les agents ont, sauf exceptions liées à des situations particulières, la qualité de salariés de droit privé. Bien que les emplois dans les entreprises publiques ne puissent par conséquent être considérés comme des emplois publics, une part majoritaire de ces emplois est longtemps restée réservée aux nationaux ou - par la suite - aux ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen.

On a parfois tenté de justifier cette exclusion par le fait que les agents concernés participent à l'exécution d'un service public. Mais la thèse selon laquelle des étrangers ne peuvent participer à l'exécution d'un service public a été abandonnée depuis longtemps. C'est en réalité plutôt un réflexe protectionniste qui explique la propension à réserver aux nationaux non pas tant certains emplois que les privilèges et avantages d'un statut. Car les entreprises publiques ont toujours recruté des salariés étrangers, mais sans les faire bénéficier des mêmes avantages que les autres agents.

On peut donc douter de la constitutionnalité des textes législatifs et de la légalité des textes réglementaires qui prévoyaient - et dont certains prévoient encore ce qu'il faut bien qualifier de discriminations à l'embauche. Et lorsqu'il s'agit d'organismes dont le personnel relève du droit commun du travail et des conventions collectives, on peut même s'interroger sur la compatibilité de ces dispositions avec les dispositions du Code pénal et du Code du travail qui prohibent les refus d'embauche fondés sur la nationalité du candidat.

Toutes ces raisons obligeaient à sortir du statu quo. L'évolution, d'abord timide, s'est accélérée à la faveur des privatisations et du changement de statut qui en est résulté pour les entreprises concernées.

35. - Maintien d'une condition de nationalité - La condition de nationalité reste exigée :

- du personnel titulaire de la SNCF soumis au statut des cheminots, qui doit avoir la nationalité française ou celle d'un État de l'Union européenne (*Statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel, approuvé par décision interministérielle du 1er septembre 1954*) ;
- du personnel du Commissariat à l'énergie atomique : la "Convention de travail" du 19 mai 1982 prévoit, dans son article 78, que les agents du CEA doivent être de nationalité française, sous réserve toutefois de dérogations individuelles.

36. - Suppression de la condition de nationalité - La condition de nationalité a été supprimée très tôt pour le personnel des mines (*D. n° 46-1433, 14 juin 1946 modifié, relatif au statut du personnel des exploitations minières et assimilées*) et en 1985, à la faveur du changement de statut, pour le personnel de la Société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes (*D. n° 85-844, 8 août 1985 : Journal Officiel 9 Aout 1985*).

En ce qui concerne la RATP, une modification des statuts supprimant la condition de nationalité a été adoptée par le Conseil d'administration en décembre 2002 et approuvée par le ministre de tutelle.

La condition de nationalité ne figure plus non plus dans le statut du personnel de Aéroports de Paris, ni dans celui du personnel de France Télécom et de La Poste, depuis que les agents recrutés n'ont plus la qualité de fonctionnaires.

En ce qui concerne Air France, l'article 9 des statuts subordonnait l'embauche du personnel statutaire à une condition de nationalité française ou d'un État membre de la Communauté européenne, ce qui laissait ouverte la possibilité de recruter des salariés d'autres nationalités comme personnel non statutaire. La loi n° 2003-322 du 9 avril 2003, relative aux entreprises de transport aérien et notamment à la société Air France, a prévu que des accords d'entreprise devaient se substituer aux dispositions portant statut du personnel au plus tard à l'issue d'un délai de deux ans à compter du transfert au secteur privé de la majorité du capital. La privatisation étant intervenue en mai 2004, les dispositions portant statut du personnel ont cessé d'être en vigueur le 6 mai 2006. Il a été remplacé par quatre conventions d'entreprise - une commune pour le personnel au sol et le personnel navigant, une pour le personnel au sol et deux autres pour le personnel navigant - dans lesquelles ne figure plus la condition de nationalité.

Toutefois, dans le cas du personnel navigant, une condition de nationalité - applicable à l'ensemble de la profession et donc au personnel de toutes les compagnies - figurait à l'article L. 421-4 du Code de l'aviation civile. Celui-ci prévoyait qu'il fallait avoir la nationalité française pour être inscrit sur les registres du personnel navigant professionnel, cette condition n'étant toutefois pas applicable aux ressortissants des États membres de la Communauté européenne sous réserve de réciprocité de la part de ces États (*C. aviation, art. L. 421-8*). Par ailleurs des étrangers peuvent être autorisés à exercer temporairement les activités réservées au personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile, sur autorisation ministérielle (*C. aviation, art. L. 421-5*). Ces articles du Code de l'aviation civile ont été abrogés par l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du Code des transports. La restriction ne figure plus dans les dispositions du Code des transports applicables à la navigation aérienne (*C. transports, art. L. 6521-2*).

Enfin, le statut du personnel des industries électriques et gazières (EDF et GDF) a été modifié par un décret du 2 juillet 2008 qui a supprimé la condition de nationalité française (*D. n° 46-1541, 22 juin 1946, approuvant le statut national du personnel des industries électriques et gazières, art. 4, modifié par D. n° 2008-653, 2 juill. 2008*).

b) Organismes de sécurité sociale

37. - Les caisses nationales de l'assurance-maladie (CNAM), des allocations familiales (CNAF), d'assurance vieillesse (CNAV) et de l'agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) sont des établissements publics administratifs dont le personnel est composé de fonctionnaires, d'agents soumis à un statut de droit public fixé par décret et d'agents de droit privé régis par les conventions collectives applicables au personnel des organismes de sécurité sociale (*CSS, art. L. 224-7*). Le statut des agents de droit public des Caisses nationales et de l'ACOSS prévoit que ceux-ci doivent être de nationalité française (*D. n° 71-368, 7 mai 1971, fixant les dispositions applicables aux personnels contractuels des caisses nationales et de l'agence centrale des organismes de sécurité sociale, art. 4 : Journal Officiel 19 Mai 1971*). En pratique, toutefois, les fonctionnaires et les agents de droit public sont en tout petit nombre.

Les organismes de base (caisses primaires et caisses régionales) ainsi que l'UCANSS (Union des caisses nationales de sécurité sociale) sont des organismes de droit privé, quoique chargés d'un service public. L'ensemble du personnel, y compris

le personnel de direction, est régi par le Code du travail et les conventions collectives.

En l'absence de dispositions légales ou réglementaires, c'était la position exprimée par le ministre de la Santé et de la Sécurité sociale dans des lettres circulaires du 19 octobre 1979 et du 16 octobre 1980 qui réglait la question de l'embauche de personnes de nationalité étrangère. Selon ces circulaires, les étrangers ne pouvaient être recrutés dans les emplois où les "agents (...) assurent de manière directe et effective la gestion du service public de la protection sociale". Il s'agissait des "emplois confiés aux agents de direction et agents comptables", ainsi que "les agents qui, par délégation permanente du directeur ou de l'agent comptable, sont habilités à ordonnancer et payer les dépenses, à encaisser les recettes et à contrôler l'assiette des cotisations : liquidateurs de prestations, délégués et fondés de pouvoir de l'agent comptable, caissiers, agent payeur lorsqu'il existe encore (...)", ceux qui "par délégation même tacite, sont amenés à exercer des fonctions d'autorité dans l'organisation et la gestion des organismes et établissements", et, enfin, ceux "dont les fonctions requièrent l'agrément d'une autorité publique (...) : corps extérieurs de représentation et de contrôle".

Ces circulaires ont été abrogées par une circulaire du 22 octobre 2001 (*Circ. 22 oct. 2001, DSS/4B/2001, relative à la non-exigence de posséder la nationalité française pour occuper un emploi dans un organisme de sécurité sociale*) qui, au visa de l'article L. 122-45 du Code du travail qui interdit les discriminations à l'embauche, précise que toutes les fonctions "y compris celles d'agents de contrôle, d'ingénieurs conseils, d'agents de direction et agents comptables" sont accessibles aux personnes de nationalité étrangère.

3° Secteur privé

38. - Mesure du phénomène - Les étrangers sont exclus d'un nombre de métiers extrêmement divers dont l'addition finit par former un ensemble impressionnant. Un rapport, réalisé par le cabinet Bernard Brunhes Consultants à la demande du ministère de l'emploi et de la solidarité, remis en novembre 1999, a recensé de façon exhaustive l'ensemble des professions du secteur privé dont l'accès est interdit ou restreint pour les étrangers (*Rapp. Min. Emploi et Solidarité, Direction de la population et des migrations, Les emplois de secteur privé fermés aux étrangers : Rapp. final, nov. 1999*). D'après ce recensement, une cinquantaine de professions faisaient l'objet de restrictions liées à la nationalité, parmi lesquelles dix-sept professions étaient fermées à l'ensemble des étrangers, quinze aux étrangers ressortissants d'États tiers, vingt fermées aux ressortissants d'États tiers non liés à la France par une convention de réciprocité.

Le rapport mettait également en lumière, pour près de trente autres professions, une condition de possession d'un diplôme français était requise, ce qui débouche sur une forme de discrimination indirecte à l'égard des étrangers et qui a pour effet d'exclure aussi les personnes à diplôme étranger ayant acquis la nationalité française. Certaines professions font l'objet d'une double restriction (condition de nationalité et de diplôme).

Les secteurs concernés sont divers : professions de santé, professions judiciaires, professions comptables et financières, métiers du transport, de l'urbanisme, de la sécurité, du tourisme et des loisirs, de la communication, mais aussi débitants de tabac ou de boissons, entrepreneurs de pompes funèbres...

Le rapport dénombrait 615 000 emplois dont l'exercice est soumis à une condition de nationalité, et un nombre à peu près égal d'emplois soumis à une condition de diplôme français. Constatant le peu de consistance des arguments avancés pour justifier cette situation, le rapport arrivait à la conclusion que le seul critère admissible, aujourd'hui, pour exclure les étrangers de l'accès à certaines professions, était leur participation à l'exercice de l'autorité publique ou le concours apporté à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État et des autres collectivités publiques.

La situation évolue, mais lentement, comme en témoigne le rapport rédigé au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale par Daniel Goldberg, qui fait le point sur l'évolution de la réglementation depuis la remise du rapport Brunhes et en actualise les données (*Rapp. Goldberg : Doc. AN n° 2594, 9 juin 2010*). Une dizaine de professions sont soumises à une condition de nationalité française, un peu plus d'une vingtaine d'autres sont ouvertes aux Français et aux ressortissants de l'UE et de l'EEE, quelques-unes enfin sont ouvertes aux étrangers non européens sur la base de conventions de réciprocité. Au total, le rapport évalue à 600 000 le nombre d'emplois privés soumis à une condition de nationalité, chiffre auquel il faudrait selon lui ajouter les discriminations indirectes résultant de l'instauration de quotas ou de l'exigence de détention d'un diplôme français, évalué à 600 000 emplois supplémentaires. Ces chiffres, repris du rapport Brunhes, doivent être très certainement revus à la baisse si l'on tient compte des réformes intervenues au cours des dernières années : réformes ponctuelles, certes, mais dont l'impact est en fin de compte loin d'être négligeable.

Attention : Les développements qui suivent ne visent pas l'exhaustivité : pour une présentation plus complète et plus détaillée de la réglementation applicable aux différentes professions, on se reportera aux fascicules 525-15 (professions salariées), 525-20 (professions commerciales, industrielles et artisanales), 525-30 (professions agricoles), 525-40 (professions libérales) du

a) Professions judiciaires

39. - État des lieux - La justification couramment avancée pour exiger des membres des professions judiciaires qu'ils aient la nationalité française est qu'ils concourent à l'exercice du service public de la justice voire, pour certains d'entre eux, qu'ils exercent une véritable fonction publique. La condition de nationalité est toutefois imposée aujourd'hui de façon plus ou moins stricte selon qu'il s'agit d'officiers ministériels ou de membres des professions libérales.

La profession de notaire est réservée aux nationaux français (*D. n° 73-609, 5 juill. 1973, relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire, art. 3, 1°*), de même que celle d'huissier de justice (*D. n° 75-770, 14 août 1975, relatif aux conditions d'accès à la profession d'huissier de justice, art. 1er*) ou de greffier des tribunaux de commerce (*C. com., art. R. 742-1*). Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'un recours en manquement intenté par la Commission contre plusieurs États, dont la France, a rendu le 24 mai 2011 un arrêt dans lequel elle décide qu'en réservant l'accès de la profession de notaires à leurs nationaux, les pays concernés violent le principe de non-discrimination (*Aff. C-47/08, Commission c/ Belgique ; C-50/08, Commission c/ France ; C-51/08, Commission c/ Luxembourg ; C-53/08, Commission c/ Autriche ; C-54/08, Commission c/ Allemagne ; C-61/08, Commission c/ Grèce*).

Les autres professions exercées par des officiers ministériels ont été en revanche ouvertes aux ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'Espace économique européen. C'est le cas :

- des avoués auprès des cours d'appel (*D. n° 45-118, 19 déc. 1945, portant règlement d'administration publique pour l'application du statut des avoués, art. 4-1, 1°*) ;
- des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (*D. n° 91-1125, 28 oct. 1991, relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, art. 1er, 1°*) ;
- des commissaires-priseurs judiciaires (*C. com., art. R. 321-18*).

La même condition s'applique aux administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires. La condition de nationalité française qui figurait dans la loi n° 85-99 du 25 janvier 1985, relative aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise, a été élargie aux ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen (*C. com., art. L. 811-5*, pour les administrateurs judiciaires. - *C. com., art. L. 812-3*, pour les mandataires judiciaires). Il en va de même des commissaires priseurs (*C. com., art. R. 321-18*).

La condition de nationalité française est aussi exigée pour les avocats, mais de façon plus souple. Outre les ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen, peuvent aussi exercer la profession d'avocat les ressortissants d'États liés à la France par un accord de réciprocité - ces accords sont assez nombreux - ainsi que les réfugiés et les apatrides (*L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 11*).

b) Professions de santé

40. - Présentation générale - La loi du 30 novembre 1892 avait déjà posé l'exigence de principe d'avoir un diplôme français pour pouvoir exercer la médecine en France, mais les médecins titulaires d'un diplôme étranger pouvaient assez facilement obtenir des dispenses d'examens et de cours pour l'obtention d'un diplôme français, ce qui limitait la portée concrète de cette exigence.

Le véritable changement est intervenu avec la loi du 21 avril 1933, dite "*loi Ambruster*", votée dans un climat d'exacerbation de la xénophobie et sous la pression des médecins qui veulent se défendre contre la concurrence des étrangers. Désormais, il faut, pour exercer la médecine, à la fois être titulaire d'un diplôme français et avoir la nationalité française. La loi du 26 juillet 1935 ira jusqu'à imposer aux étrangers naturalisés un délai de cinq ans avant de pouvoir exercer la médecine.

Cette restriction a été supprimée mais les autres ont été maintenues et étendues à l'ensemble des professions médicales : médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme. La double condition de diplôme français et de nationalité française joue également pour les pharmaciens et les vétérinaires. Les ressortissants communautaires ou d'un État partie à l'Espace économique européen ont obtenu, toutefois, la reconnaissance de l'équivalence de leur diplôme et l'accès à l'ensemble des professions de santé sur un pied d'égalité avec les nationaux. Pour les ressortissants des États tiers, il existe un certain nombre de dérogations, ainsi qu'un régime spécial pour l'exercice de la profession en milieu hospitalier.

41. - Médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes - Pour exercer la profession de médecin, de chirurgien-dentiste ou de

sage-femme, il faut être titulaire du diplôme français de docteur en médecine, de docteur en chirurgie dentaire ou du diplôme d'État de sage-femme ou d'un diplôme équivalent délivré par un des États membres de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen. Il fallait également avoir la nationalité française ou la citoyenneté andorrane, ou être ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou encore ressortissant du Maroc ou de la Tunisie, ou encore bénéficiaire d'une convention internationale mais la condition de nationalité a été supprimée par une ordonnance du 17 décembre 2009 pour ceux qui remplissent la condition de diplôme (*C. santé publ., art. L. 4111-1*).

42. - Dérogations - Des possibilités de dérogation existent pour les médecins étrangers ou français à diplôme étranger.

Le ministre chargé de la santé peut autoriser à exercer individuellement les personnes titulaires d'un diplôme étranger, qui ont satisfait à des épreuves anonymes de vérification de leur maîtrise de la langue française et des connaissances, dans la limite d'un quota fixé, pour chaque profession et pour chaque discipline ou spécialité, par arrêté ministériel. Avant de pouvoir exercer la médecine libérale, les médecins doivent avoir exercé pendant trois ans leurs fonctions dans un établissement hospitalier (*C. santé publ., art. L. 4111-2, I*). Le ministre chargé de la santé peut également autoriser individuellement à exercer des ressortissants d'un État tiers titulaires d'un diplôme obtenu dans l'un des États membres, là encore sur la base d'un quota (*C. santé publ., art. L. 4111-2, I bis*).

Une autorisation ministérielle d'exercice peut être accordée, sur la base de la réciprocité et sous réserve que soit reconnue l'équivalence de la valeur scientifique du diplôme, aux ressortissants d'un État qui accorde aux nationaux français le droit d'exercer une profession médicale sur son territoire. Dans ce cas, les accords doivent comporter la parité effective et stipuler le nombre des praticiens étrangers que chacun des deux pays autorise à exercer sur son territoire. L'autorisation est accordée individuellement, après avis des organisations syndicales nationales et des ordres intéressés, aux praticiens ayant fait la preuve d'une connaissance suffisante de la langue française, et elle peut être retirée à tout moment (*C. santé publ., art. L. 4111-3*).

D'autres dérogations existent, toujours sur autorisation ministérielle, pour permettre à des personnes d'exercer temporairement la médecine dans des établissements hospitaliers en vue d'exercer des fonctions d'enseignement ou de recherche ou en vue de compléter leur formation (*C. santé publ., art. L. 4131-4*).

43. - Pharmaciens - La loi du 19 avril 1898 avait imposé aux pharmaciens, sur le modèle de la loi de 1892 concernant les médecins, une condition de diplôme français, en y ajoutant une condition de réciprocité. C'est une loi de 1941 qui a exigé également la nationalité française.

Sur la base de la réglementation actuellement en vigueur, il faut, pour exercer la profession de pharmacien, être de nationalité française, citoyen andorran, ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou encore ressortissant d'un pays dans lequel les Français peuvent exercer la pharmacie lorsqu'ils sont titulaires du diplôme qui en ouvre l'exercice aux nationaux de ce pays (*C. santé publ., art. L. 4221-1*).

Un pharmacien d'une autre nationalité peut être autorisé à exercer la profession de pharmacien par le ministre chargé de la santé s'il est titulaire du diplôme français ou d'un diplôme admis en équivalence (*C. santé publ., art. L. 4221-9*).

Il existe enfin une procédure d'autorisation calquée sur celle qui existe pour les autres professions de santé (*V. supra n° 39*). Le ministre chargé de la santé peut, après avis du Conseil supérieur de la pharmacie, autoriser individuellement à exercer la pharmacie les personnes titulaires d'un diplôme étranger qui ont satisfait à des épreuves anonymes de vérification de leur maîtrise de la langue française et des connaissances, dans le cadre d'un quota (*C. santé publ., art. L. 4221-12*).

44. - Vétérinaires - La profession de vétérinaire était accessible aux étrangers jusqu'à ce que la loi du 17 juin 1938 exige la nationalité française et la détention d'un diplôme d'État français. Sur la base des textes en vigueur, il faut, pour exercer la profession de vétérinaire, être de nationalité française ou ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen (*C. rur., art. L. 241-1*) et pouvoir se prévaloir d'un diplôme français ou délivré par un État membre de l'UE ou de l'EEE dans les conditions prévues par la réglementation européenne (*C. rur., art. L. 241-2*).

c) Autres professions libérales

45. - Experts-comptables et commissaires aux comptes - La condition de nationalité a été imposée par une loi de 1942. Pour être inscrit au tableau de l'ordre en qualité d'expert-comptable, il fallait, jusqu'à une date récente, être français ou ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Cette condition a été abrogée par la loi du 23 juillet 2010 (*L. n° 2010-853, 23 juill. 2010, relative aux réseaux consulaires. au commerce. à l'artisanat et aux services. art. 22*). Cette loi a toutefois laissé subsister. de façon apparemment

contradictoire, la disposition qui prévoit qu'une autorisation individuelle d'exercice peut être accordée par le ministre chargé de l'Économie, en accord avec le ministre des Affaires étrangères, sous réserve de réciprocité et après avis du Conseil supérieur de l'ordre, à des ressortissants d'États tiers, à condition qu'ils soient titulaires soit du diplôme français d'expertise comptable, soit d'un diplôme jugé de même niveau et, dans ce cas, qu'ils aient subi avec succès un examen d'aptitude (*Ord. n° 45-2138, 19 sept. 1945, portant institution de l'ordre des experts comptables, art. 27*).

Ne peuvent être inscrites sur la liste des commissaires aux comptes que les personnes de nationalité française, les ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou les ressortissants d'un autre État étranger sur la base de la réciprocité (*C. com., art. L. 822-1-1*).

46. - Architectes et géomètres experts - Il faut, pour être inscrit à un tableau régional d'architectes, être français ou ressortissant d'un État membre de la Communauté économique européenne (*L. n° 77-2, 3 janv. 1977, sur l'architecture, art. 10*). Toutefois, les ressortissants d'États tiers peuvent être admis à exercer la profession d'architecte sous les mêmes conditions de diplôme ou de qualification que les Français s'ils peuvent se prévaloir de conventions de réciprocité ou d'engagements internationaux. S'ils ne sont pas bénéficiaires d'une convention, ils peuvent être autorisés à exercer la profession d'architecte selon une procédure fixée par décret (*L. n° 77-2, 3 janv. 1977, art. 11. - D. n° 2009-1490, 2 déc. 2009, relatif à la reconnaissance des qualifications professionnelles pour l'exercice de la profession d'architecte, art. 15*).

La condition de nationalité exigée pour être inscrit à l'ordre des géomètres-experts a été abrogée par une loi du 5 janvier 2011 (*L. n° 2011-12, 5 janv. 2011, portant diverses dispositions de la législation au droit de l'Union européenne, art. 5*). Le texte prévoit désormais seulement que "les personnes physiques n'étant pas de nationalité française [doivent] posséder les connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice de la profession en France" (*L. n° 46-942, 7 mai 1946, instituant l'ordre des géomètres-experts, art. 3, 1°*).

d) Activités diverses

47. - Suppression de la condition de nationalité - La condition de nationalité a été supprimée au cours des années récentes pour une série de professions.

Alors qu'elle était imposée pour le démarchage bancaire ou financier par la loi du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité, la condition de nationalité française ne figure plus dans le Code monétaire et financier (*C. monét. fin., art. L. 341-3 à L. 341-9*).

De même, pour les courtiers d'assurance, agents généraux d'assurance, mandataires d'assurance, la condition précédemment posée à l'ancien article R. 511-4, 2° du Code des assurances d'être soit de nationalité française, soit ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne, ou de bénéficiaire des stipulations d'une convention internationale a été abrogée par le décret n° 2006-1091 du 30 août 2006 relatif à l'intermédiation en assurance et modifiant le Code des assurances.

La condition ne figure plus non plus dans le Code de commerce pour les courtiers de marchandises, les courtiers interprètes et conducteurs de navires, des courtiers de transport par terre et par eau (*C. com., art. L. 131-1 à L. 131-11*).

La condition de nationalité imposée pour les guides interprètes de tourisme par le décret d'application de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 n'a pas été reprise dans les dispositions du Code du tourisme relatives aux professions de guide interprète et de conférencier qui imposent seulement la détention d'un diplôme français ou la réussite à un examen professionnel (*C. tourisme, art. R. 221-11 à R. 221-14*). Les ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen peuvent toutefois exercer ces professions s'ils n'ont pas un diplôme français, à condition de pouvoir se prévaloir d'un diplôme ou d'une qualification considéré comme équivalent (*C. tourisme, art. R. 221-15 à R. 221-17*).

Concernant les directeurs de salles de spectacles, la condition figurant dans l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles a été abrogée par la loi n° 99-198 du 18 mars 1999.

48. - Maintien d'une condition de nationalité - D'autres métiers et professions continuent à comporter une condition de nationalité. L'énumération qui suit ne prétend pas à l'exhaustivité.

Dans le secteur de la sécurité, l'agrément nécessaire aux agences privées de surveillance ne peut être délivré qu'aux personnes de nationalité française ou ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen (*L. n° 83-629, 12 juill. 1983, réglementant les activités privées de sécurité, art. 22*). La même condition est imposée pour les activités privées de surveillance et de gardiennage, de transport de fonds et de protection physique des personnes (*L. n° 83-629, 12 juill. 1983, préc., art. 5*).

Des règles analogues régissent la fabrication et le commerce des armes. En fonction de la catégorie à laquelle l'arme appartient, le détenteur d'une autorisation de fabrication ou de commerce de matériels, armes et munitions soit doit être français, soit peut être ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen (*D. n° 95-589, 6 mai 1995, relatif à l'application du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, art. 9*).

Les débitants de tabac doivent être français ou ressortissant d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État de l'Espace économique européen. Le fondement textuel de cette exigence était fragile, puisqu'aucun texte ne posait cette condition qu'on justifiait par le fait qu'ils ont la qualité de préposé de l'Administration dans la mesure où ils perçoivent des recettes fiscales. La condition de nationalité française est désormais prévue par un texte réglementaire (*D. n° 2007-906, 15 mai 2007, relatif à l'attribution de la gérance et au transfert des débits de tabac, art. 1er, 6, a*).

La réglementation sur les débits de boissons prévoit que la personne qui veut ouvrir un café, un cabaret ou un débit de boissons à consommer sur place doit justifier qu'il est Français ou ressortissant d'un autre État de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen, le texte précisant même, de façon inhabituelle, que "*les personnes d'une autre nationalité ne [peuvent], en aucun cas, exercer la profession de débitant de boisson*" (*C. santé publ., art. L. 3332-3*).

Doivent également avoir la nationalité française ou celle d'un État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen les courtiers de marchandises assermentés (*D. n° 64-399, 29 avr. 1964, portant codification et modification des dispositions concernant les courtiers de marchandises assermentés, art. 2*).

La profession de commissaire en douanes ne peut être exercée par les ressortissants d'États tiers que sur la base de la réciprocité (*A. 22 déc. 1998, relatif aux personnes habilitées à déclarer les marchandises en détail et à l'exercice de la profession de commissionnaire en douane, art. 5*).

Les directeurs ou membres du comité de direction d'un casino ainsi que le personnel employé à un titre quelconque dans les salles de jeux doivent avoir la nationalité française ou être ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen (*L. 15 juin 1907, réglementant le jeu dans les cercles et les casinos des stations balnéaires, thermales et climatiques, art. 3*).

Les dirigeants ou gérants d'une régie, entreprise, association ou établissement des pompes funèbres doivent être de nationalité française ou ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen (*CGCT, art. L. 2223-24, 4°*).

Il faut également être français ou ressortissant d'un autre État membre de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'espace économique européen pour être directeur ou enseignant dans une école maternelle ou élémentaire privée. Les ressortissants étrangers qui remplissent les conditions de capacité prévues par les textes peuvent toutefois enseigner dans les écoles privées sur la base d'une autorisation donnée par le recteur, après avis du conseil académique de l'éducation nationale (*C. éduc., art. L. 914-4*). Les mêmes règles sont applicables aux directeurs et aux enseignants des établissements privés d'enseignement technique (*C. éduc., art. L. 914-5*).

Des restrictions existent également dans le domaine des transports maritimes. Il est notamment prévu qu'à bord des navires battant pavillon français, les membres de l'équipage peuvent être étrangers, mais la proportion de ressortissants d'un État tiers à la Communauté européenne ou à l'Espace économique européen ne doit pas dépasser un certain quota fixé par arrêté du ministre chargé de la mer (*C. transports, art. L. 5522-1, al. 1er*).

Le capitaine et l'officier chargé de sa suppléance devaient quant à eux, jusqu'à une date récente être français. À la suite d'un recours en manquement intenté par la Commission contre la France, la loi du 7 avril 2008 relative à la nationalité des équipages de navires a étendu l'exercice de ces fonctions aux ressortissants d'un État membre ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse (*C. transports, art. L. 5522-1, al. 2*).

II. - Droits créances

49. - Le domaine concerné englobe l'ensemble des prestations, aides, allocations de toute nature dont bénéficient les individus de la part de la collectivité, sous forme de services publics, de prestations sociales destinées à assurer contre les aléas de l'existence ou d'aides financières destinées à compenser ou réduire les inégalités. Elles concrétisent à la fois la solidarité qui unit les membres de la société et les "droits créances" qui font partie intégrante des droits de l'homme.

Dans la mesure où la réalisation des droits créances a un coût pour la collectivité, la tendance a été pendant longtemps d'en restreindre le bénéfice pour les étrangers : soit en posant une condition de nationalité pour l'accès à certaines prestations, soit en subordonnant cet accès à des conditions plus strictes ou plus difficiles à remplir que pour les nationaux. Aujourd'hui, toutefois, la non-discrimination est le principe, entraînant l'assimilation progressive des étrangers aux nationaux dans ce domaine (A). Les

différences de traitement fondées sur la nationalité ont donc régressé (B). Mais dans le même temps le principe d'égalité a vu sa portée restreinte par la généralisation de la condition de séjour régulier (C), voire de la détention d'un titre de séjour déterminé (D), pour l'accès à un nombre toujours plus important de prestations. Il en résulte des obstacles pour la réalisation de droits aussi fondamentaux que le droit à la santé, le droit à des moyens convenables d'existence ou le droit au logement. Rares sont finalement les droits qui ne sont subordonnés à aucune autre condition que la présence sur le territoire français : il s'agit pour l'essentiel de droits dont les enfants sont bénéficiaires ou dont l'octroi obéit à d'impérieuses considérations humanitaires (E).

A. - Portée du principe de non-discrimination

50. - Conventions internationales - On a examiné plus haut la place du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité dans les conventions internationales (*V. Fasc. 720*). Dans le domaine des droits sociaux, et s'agissant en particulier des droits créances, les conventions internationales ne garantissent que très imparfaitement l'égalité des droits. Certes, tant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 que la Convention n° 97 de l'OIT sur les travailleurs migrants et la Convention n° 118 sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale, ou encore la Charte sociale européenne, proclament un principe de non-discrimination. Mais, d'une part, leurs clauses sont rarement considérées comme étant d'effet direct et, d'autre part, plusieurs d'entre elles - la Charte sociale européenne, les conventions conclues sous l'égide de l'OIT - sont conclues sur la base de la réciprocité, de sorte que ne peuvent en réclamer les bénéficiaires que les ressortissants des États qui les ont eux-mêmes ratifiées.

Finalement, la protection la plus efficace est venue de là où on ne l'attendait pas, c'est-à-dire de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour ayant indirectement étendu le principe de non-discrimination posé par l'article 14 aux droits sociaux, dès lors qu'ils peuvent être rattachés à l'un des droits énumérés par la convention. Elle a ainsi considéré que le droit à une allocation-chômage pouvait être considéré comme un droit patrimonial, rattachable au droit au respect de ses biens garanti par l'article 1er du Protocole additionnel (*CEDH, 16 sept. 1996, n° 17371/90, Gaygusuz c/ Autriche*) ou encore que le droit à une allocation de congé parental ou à des allocations familiales était un aspect du droit au respect de la vie familiale (*CEDH, 27 mars 1998, Petrovic c/ Autriche. - CEDH, 25 oct. 2005, n° 58453/00, Niedzwiecki c/ RFA*).

51. - Jurisprudence constitutionnelle et administrative - En droit interne, c'est à propos des droits sociaux qu'a été affirmé de la façon la plus claire, tant par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'État, le principe de l'égalité des droits entre nationaux et étrangers (*V. Fasc. 720*). Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 22 janvier 1990, a jugé inconstitutionnelle comme méconnaissant le principe constitutionnel d'égalité une disposition qui excluait des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice d'une prestation non contributive de sécurité sociale (*Cons. const., déc. n° 89-269 DC, 22 janv. 1990, Loi portant DMOS : Rec. Cons. const. 1990, p. 33. - V. infra n° 56*).

Le Conseil d'État, de son côté, a jugé que constituait une discrimination illégale le fait de subordonner le bénéfice d'une prestation sociale facultative à une condition de nationalité (*CE, 30 juin 1989, Ville Paris c/ Lévy : Rec. CE 1989, p. 157*). Il a de même considéré comme discriminatoire la différence opérée par la loi dans le montant des pensions versées aux anciens combattants selon qu'ils ont la nationalité française ou sont ressortissants d'États devenus indépendants (*CE, ass., 30 nov. 2001, n° 212179 et n° 212211, Min. Défense c/ Diop, Min. Éco., Fin. et Ind. c/ Diop : JurisData n° 2001-063080. - V. infra n° 58 à 61*).

52. - Discriminations indirectes. Principe de territorialité. - Dans l'accès aux prestations sociales, l'assimilation des étrangers aux nationaux était la règle lorsque ces prestations étaient la contrepartie des cotisations versées. Les étrangers étaient en revanche écartés du bénéfice de certaines prestations dites "non contributives", financées par l'impôt. Ces discriminations directes ont fini par disparaître de la législation. Mais des discriminations indirectes subsistent : les unes résultent de l'exigence d'un séjour régulier (*V. infra n° 60 et 61*), les autres de l'application du principe de territorialité sur lequel est fondé le système français de sécurité sociale et qui lie le bénéfice des prestations à la résidence sur le territoire français.

Le principe de territorialité n'instaure pas formellement de discrimination fondée sur la nationalité, mais il constitue une entrave à l'égalité effective des droits entre étrangers et nationaux dans la mesure où il exclut par la force des choses plus fréquemment les étrangers que les Français du bénéfice de certains droits. Si "*les travailleurs étrangers et leurs ayants droit bénéficient des prestations d'assurances sociales*", dit le code, il ajoute : "*À l'exception des prestations d'assurance vieillesse, le bénéfice de ces prestations est subordonné à la justification de leur résidence en France*" (*CSS, art. L. 311-7*). Les modalités d'application de la condition de résidence sont précisées par les textes qui instaurent un contrôle annuel de l'effectivité de la résidence en France (*CSS, art. R. 115-6, R. 115-7 et R. 161-1*).

Le principe de territorialité ne joue pas en ce qui concerne les pensions de retraite : il n'est plus nécessaire, depuis la loi du 11 mai 1998, de résider en France au moment de la liquidation de la pension pour percevoir les prestations d'assurance vieillesse et, une fois liquidée, la pension est exportable.

Il joue en revanche pour les autres prestations - et notamment pour les rentes invalidité ou accident du travail, pour le minimum vieillesse, etc. -, que les étrangers ne peuvent plus toucher s'ils transfèrent leur résidence hors de France. Les prestations familiales, quant à elles, ne sont versées au titre des enfants nés dans le pays d'origine pour les ressortissants des États tiers, que s'ils sont

quant à elles, ne sont versées au titre des enfants restés dans le pays d'origine, pour les ressortissants des États tiers, que s'ils sont couverts par une convention bilatérale : une quinzaine d'États seulement sont concernés et, dans cette hypothèse, le montant des prestations est dérisoire par rapport à celui des allocations versées en France.

B. - Régression de la condition de nationalité

53. - La condition de nationalité, qui existait encore pour de nombreuses prestations dans un passé récent, tend progressivement à disparaître. Mais cette suppression, rendue nécessaire par le respect des principes à valeur constitutionnelle et des conventions internationales, se heurte à des résistances, en raison du coût financier des réformes. Dans la plupart des cas, elle n'a été acquise qu'à la suite de combats contentieux, comme le montre l'exemple des prestations non contributives, des pensions des anciens combattants et anciens fonctionnaires et de la carte famille nombreuse.

1° Prestations non contributives

54. - Situation initiale - Jusqu'à sa modification par la loi du 11 mai 1998, le Code de la sécurité sociale soumettait le bénéficiaire des prestations non contributives, c'est-à-dire financées par l'impôt et non par des cotisations, à une condition de nationalité française. Ainsi, les diverses prestations du minimum vieillesse - allocation aux vieux travailleurs salariés, allocation aux mères de famille, allocation supplémentaire du fonds de solidarité vieillesse ou du fonds spécial d'invalidité - ainsi que l'allocation aux adultes handicapés n'étaient versées qu'aux Français ou aux ressortissants des États ayant conclu un accord de réciprocité avec la France, ainsi, bien sûr, qu'aux ressortissants des États membres de la Communauté européenne.

Pour justifier l'exclusion des étrangers du bénéfice de ces prestations, on alléguait qu'elles étaient fondées sur un principe de solidarité et non d'assurance, parce qu'elles étaient financées par l'impôt. Mais outre qu'une conception aussi étroite de la solidarité sociale, limitée aux seuls nationaux, paraissait contestable, on voit mal ce qui autorisait logiquement à en écarter les étrangers dès lors qu'ils sont astreints, au même titre que les nationaux, au paiement de l'impôt qui sert à financer les prestations en question.

Le caractère illégal de cette exclusion a fini par apparaître. La condition de nationalité était en effet contraire, d'une part aux engagements internationaux de la France, d'autre part au principe constitutionnel d'égalité. Bien que les refus des caisses de verser ces prestations aient été à plusieurs reprises censurés par les tribunaux, il a fallu attendre l'année 1998 pour que le législateur se résolve enfin à modifier le Code de la sécurité sociale.

Aussi longtemps que le Code de la sécurité sociale n'a pas été modifié, les caisses ont continué à appliquer des dispositions inconstitutionnelles tout en étant à l'abri d'un recours contentieux, puisque la théorie dite de la "loi-écran", abandonnée en cas de contrariété entre une loi interne et une convention internationale, subsistait en cas de contrariété entre la loi et la Constitution.

55. - Contrariété avec les conventions internationales - Les restrictions contenues dans le Code de la sécurité sociale étaient d'abord contestables au regard de la Convention n° 118 de l'OIT que la France a ratifiée en 1974 et qui prévoit l'égalité de traitement entre nationaux et non nationaux en matière de sécurité sociale - il est vrai sur une base de réciprocité, c'est-à-dire à l'égard des ressortissants des États qui l'ont eux-mêmes ratifiée.

Les dispositions du Code de la sécurité sociale étaient également en contradiction avec les accords d'association conclus entre la Communauté européenne et l'Algérie, le Maroc, la Tunisie, la Turquie (*V. Fasc. 720*) qui proscrivent les discriminations fondées sur la nationalité dans le domaine de la sécurité sociale, dès lors que les intéressés résident et travaillent légalement sur le territoire de l'État d'accueil. Les ressortissants des pays concernés avaient, sur le fondement de ces accords, obtenu la reconnaissance de leurs droits par les tribunaux à la suite de contentieux individuels.

Enfin, sur le fondement de la jurisprudence "*Gaygusuz*" - mais alors que la loi avait déjà été modifiée -, la Cour de cassation a censuré le refus de verser à un étranger une prestation sociale non contributive dont le bénéficiaire, à l'époque des faits, était encore subordonné à une condition de nationalité ou de réciprocité (*Cass. soc., 14 janv. 1999, n° 97-12.487, Bozkurt : Bull. civ. 1999, V, n° 24*).

56. - Inconstitutionnalité de la condition de nationalité - Le Conseil constitutionnel, de son côté, saisi d'une loi qui entendait modifier l'article du Code de la sécurité sociale relatif à l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité pour en ouvrir le bénéfice aux ressortissants des États membres, tout en laissant subsister l'exclusion des étrangers non couverts par une convention internationale, a très clairement affirmé, dans une décision du 22 janvier 1990, l'inconstitutionnalité de cette forme de préférence nationale. Il a en effet déclaré que "l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de l'allocation supplémentaire, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlements pris sur leur fondement, méconnaît le principe constitutionnel d'égalité" (*Cons. const., déc. n° 89-269 DC, 22 janv. 1990, Loi portant DMOS, cité supra n° 51*).

Le raisonnement valait évidemment non seulement pour l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité mais pour toutes les autres allocations non contributives soumises à une condition de nationalité. La décision du Conseil constitutionnel invitait donc clairement les pouvoirs publics à modifier les dispositions du Code de la sécurité sociale dont l'inconstitutionnalité était ainsi affirmée. Mais ceci supposait une démarche positive puisque l'invalidation de la disposition qui visait à modifier le Code de la sécurité sociale avait pour conséquence - paradoxale en apparence mais juridiquement inévitable - le maintien de la rédaction initiale.

57. - Suppression de la condition de nationalité - La loi du 11 mai 1998 a mis le Code de la sécurité sociale en conformité avec les exigences dégagées par le Conseil constitutionnel huit ans auparavant. Les personnes de nationalité étrangère ont donc droit aux différentes allocations aux personnes âgées constitutives du "*minimum vieillesse*" ainsi qu'à l'allocation aux adultes handicapés (CSS, art. L. 821-1) dès lors qu'elles sont en situation de séjour régulier. La réforme du minimum vieillesse opérée en deux temps, par l'ordonnance du 24 juin 2004 (Ord. n° 2004-605, 24 juin 2004) puis par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 (L. n° 2005-1579, 19 déc. 2005, art. 76), a substitué à l'ensemble des prestations constitutives du minimum vieillesse une allocation unique : l'allocation de solidarité aux personnes âgées à laquelle peut prétendre "*toute personne justifiant d'une résidence stable et régulière sur le territoire*" français (CSS, art. L. 815-1). Le versement de cette allocation est toutefois subordonné à la détention d'un titre de séjour défini par référence aux dispositions du Code de l'action sociale et des familles qui régissent le revenu de solidarité active (RSA) (CSS, art. L. 816-1) (V. infra n° 70).

2° Pensions servies par l'État

58. - Loi de "cristallisation" des pensions - Une loi du 26 décembre 1959 a décidé la "cristallisation" du montant des retraites versées aux ressortissants des anciens pays de l'Union française devenus indépendants qui avaient servi dans l'armée ou l'Administration ou avaient combattu dans les rangs de l'armée française. Pour les ressortissants du Sénégal, du Gabon, du Tchad et de la République Centrafricaine, la cristallisation est intervenue plus tard, par une loi du 1er janvier 1980, mais avec effet rétroactif au 1er janvier 1975. Les pensions des ressortissants algériens, elles, ont été cristallisées par une loi de 1981 avec effet rétroactif à la date de l'indépendance de l'Algérie.

La retraite du combattant, les pensions militaires d'invalidité et les pensions de retraite des fonctionnaires civils et militaires n'ont donc plus été revalorisées, contrairement aux pensions versées aux anciens combattants et fonctionnaires ayant conservé la nationalité française, et le droit à pension de réversion pour les veuves a été parallèlement supprimé.

59. - Premiers recours contentieux - Dès 1985, des anciens combattants sénégalais ont saisi le Comité des droits de l'homme des Nations unies de communications individuelles contre la France en invoquant la violation de l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques (V. Fasc. 720). Le Comité leur a donné raison, mais le Conseil d'État, saisi d'une requête qui mettait en cause la conformité de la loi de 1959 avec l'article 26 du pacte, a estimé que cet article n'était pas invocable pour réclamer le bénéfice d'un droit social (CE, avis, 15 avr. 1996, n° 176399, Doukouré : *JurisData* n° 1996-050309 ; RFD adm. 1996, p. 808, concl. Philippe Marin).

Appliquant en revanche la jurisprudence "*Gaygusuz*", le Conseil d'État a admis, cinq ans plus tard, que la différence de traitement introduite par la loi entre les titulaires de pensions en fonction de leur seule nationalité ne pouvait être regardée comme fondée sur des critères objectifs et rationnels (CE, ass., 30 nov. 2001, n° 212179 et n° 212211, Min. Défense c/ Diop, Min. Éco., Fin. et Ind. c/ Diop, cité supra n° 51).

60. - Du critère de la nationalité au critère de la parité des pouvoirs d'achat - La loi de finances rectificative pour 2002 et les textes pris pour son application ont tiré partiellement les conséquences de l'arrêt du Conseil d'État en remplaçant le critère de la nationalité par celui dit de la "parité des pouvoirs d'achat", qui revient à indexer le montant des pensions sur le pouvoir d'achat théorique des pays de résidence des personnes concernées (L. n° 2002-1576, 30 déc. 2002, art. 68. - D. n° 2003-1044, 3 nov. 2003). Le dispositif prévoit que, lorsque, lors de la liquidation initiale des droits à pension, le titulaire n'a pas sa résidence effective en France, la valeur du point de base de sa prestation, telle qu'elle serait servie en France, est affectée d'un coefficient proportionnel au rapport des parités de pouvoir d'achat dans le pays de résidence et des parités de pouvoir d'achat de la France.

Le Conseil d'État, saisi d'un recours contre le refus d'abroger les décrets d'application, a rejeté la requête, estimant que le nouveau dispositif ne constituait pas une discrimination fondée sur l'origine nationale (CE, 18 juill. 2006, n° 274664, Gisti). Pour arriver à cette conclusion, le Conseil d'État met en avant la marge d'appréciation que la convention laisse au législateur national, sous le contrôle du juge national, pour "juger si un tel dispositif trouve des justifications appropriées dans des considérations d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi" et qu'en l'occurrence les dispositions critiquées poursuivent un objectif d'utilité publique en étant fondées sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objet de la loi.

61. - Vers la suppression de la condition de nationalité - La question a connu un rebondissement avec les retombées

médiatiques de la sortie du film "Indigènes", en septembre 2006. Les pouvoirs publics ont alors pris l'engagement de revaloriser la retraite du combattant et les pensions militaires d'invalidité. De son côté, la Halde a reconnu l'existence d'une discrimination à raison de la nationalité et recommandé au gouvernement de prévoir un dispositif de revalorisation de l'ensemble des prestations (pensions civiles et militaires d'invalidité, retraite du combattant, pensions civiles et militaires de retraite, pensions de réversion...), et non des seules "prestations du sang" (*Délib. n° 2006-217 et n° 2006-218, 9 oct. 2006*).

La loi de finances pour 2007 a donc prévu qu'à partir du 1er janvier 2007 la retraite du combattant, les pensions militaires d'invalidité et les pensions de réversion seraient revalorisées pour les personnes qui ont perdu la nationalité française du fait de l'accession à l'indépendance de leur pays et que leur montant serait aligné sur celui des pensions versées aux ressortissants français (*L. n° 2006-1666, 21 déc. 2006, art. 100*). Toutefois, les pensions civiles et militaires de retraite ne sont pas concernées par la réforme. Par ailleurs, la "décrystallisation" n'a pas d'effet rétroactif et ne joue que sur la demande expresse des intéressés. Ceci, comme l'a relevé la Halde dans une seconde délibération, est de nature à empêcher la plupart d'entre eux de faire valoir leurs droits, compte tenu de l'absence d'information et de l'éloignement (*Délib. n° 2007-44, 5 mars 2007*). Enfin, en ce qui concerne les pensions de réversion, la loi réserve le bénéfice de la majoration aux personnes qui résident de façon stable et régulière en France, recréant ainsi, comme le relève encore la Halde, une discrimination fondée sur la nationalité puisque les personnes de nationalité française ne sont pas visées par cette condition.

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a constaté que les dispositions critiquées laissent subsister une différence de traitement non justifiée - et donc discriminatoire - entre les titulaires d'une pension civile ou militaire de retraite résidant dans un même pays étranger selon qu'ils avaient ou non la nationalité française (*Cons. const., déc. n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, Cts Labane*). La loi de finances pour 2011 a donc une nouvelle fois réformé le dispositif (*L. n° 2010-1657, 29 déc. 2010 de finances pour 2011, art. 211*). Si le principe d'égalité est cette fois respecté, il ne joue cependant que pour l'avenir puisque la loi ne prévoit pas de réévaluation rétroactive des pensions ni de compensation rétrospective. De plus, les intéressés devront, pour obtenir la réévaluation de leur pension pour l'avenir, en faire la demande explicite dans un délai de trois ans.

Le système mis en place est donc très insatisfaisant. Il ne tient compte ni des remarques de la Halde dans sa délibération de 2007, ni de celles de la Cour des comptes qui, dans son rapport de 2010, dénonçait le véritable "labyrinthe" mis en place, qui empêchait en pratique les personnes de faire effectivement valoir leurs droits en raison de l'absence de publicité du dispositif et du manque patent d'information apportée aux anciens combattants (*C. comptes, Rapport public annuel, 2010, "La décrystallisation des pensions des anciens combattants issus de territoires anciennement sous la souveraineté française : une égalité de traitement trop longtemps retardée", p. 557-581*).

3° Carte famille nombreuse

62. - Origine - La carte "famille nombreuse" de la SNCF a été créée par l'article 8 de la loi du 29 octobre 1921 relative au nouveau régime des chemins de fer d'intérêt général. Par la suite, une loi budgétaire du 22 mars 1924 ayant pour objet la réalisation d'économies a réservé le bénéfice de cette carte "[aux] citoyens français et [aux] personnes originaires des colonies françaises ou des pays de protectorat". Les ressortissants des pays anciennement sous souveraineté française ont conservé le bénéfice de cet avantage après l'indépendance.

Des extensions sont intervenues ultérieurement, sans modification des textes législatifs, par application directe des stipulations d'accords internationaux ou du droit communautaire : au bénéfice des ressortissants du Togo, en application d'un accord de réciprocité, puis des ressortissants des États membres de la Communauté européenne et enfin des ressortissants des autres États de l'Espace économique européen.

63. - De la contestation contentieuse à l'intervention du législateur - Des associations avaient demandé au Premier ministre d'abroger la disposition de la loi budgétaire de 1924, plaidant qu'elle faisait désormais partie du domaine réglementaire et qu'il était donc possible de procéder par décret à sa modification en recourant à la procédure prévue au second alinéa de l'article 37 de la Constitution. Le Conseil d'État, sans se prononcer sur le fond, a jugé que les réductions au bénéfice des familles nombreuses constituaient une prestation d'aide sociale au sens de l'article 34 de la Constitution et que la disposition litigieuse avait un caractère législatif, de sorte que le Premier ministre n'était en tout état de cause pas compétent pour l'abroger (*CE, 22 oct. 2003, n° 248237, Gisti et LDH : JurisData n° 2003-066078*).

La question a ressurgi, en juin 2006, à l'occasion de l'annonce par le gouvernement de la mise en place d'une nouvelle mouture de cette carte. La Halde, saisie par trois associations, a recommandé la modification de la loi, dans une délibération du 18 septembre 2006 (*Délib. n° 2006-192, 18 sept. 2006*). La disposition a finalement été abrogée par la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance (*L. n° 2007-293, 5 mars 2007*).

C. - Droits soumis à une condition de régularité du séjour

64. - Sens de l'évolution - A l'origine, le droit à la sécurité sociale était subordonné à la seule résidence de fait sur le territoire

français. L'exigence d'une résidence régulière est apparue pour la première fois en 1978, avec la mise en place de l'assurance personnelle, que l'étranger ne pouvait souscrire que s'il était titulaire d'un titre de séjour. La loi du 29 décembre 1986, dite "*loi Barzach*", a prévu que les prestations familiales ne seraient dues que si le titulaire était en possession d'un titre de séjour et si les enfants, soit étaient nés en France, soit étaient entrés par regroupement familial. La condition de régularité - mais aussi de permanence - du séjour a été généralisée par la loi du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, qui a imposé l'obligation de détenir un titre de séjour pour être affilié à la sécurité sociale et avoir droit aux différentes prestations.

Ainsi, la condition de régularité de séjour est-elle devenue la règle pour les assurés sociaux, leur conjoint et, dans une moindre mesure, leurs enfants, pour la quasi-totalité des prestations alors que, dans le même temps, les réformes législatives successives rendaient plus difficile l'accès au séjour régulier, y compris pour les étrangers résidant en France et ayant vocation à y demeurer. La conjonction du durcissement des textes sur le séjour et le travail des étrangers et des conditions nouvelles d'accès aux droits sociaux aboutit à l'exclusion de nombreux étrangers de la possibilité effective d'exercer les droits fondamentaux garantis par la protection sociale.

65. - Affiliation à la sécurité sociale et droit aux prestations - La règle - qui supporte de rares exceptions (*V. infra n° 67*) - est qu'un étranger ne peut plus être affilié à la sécurité sociale ni prétendre au versement de prestations s'il n'est pas titulaire d'un titre de séjour, que ce soit en qualité d'assuré social ou d'ayant droit (*CSS, art. L. 115-6*). La condition est exigée pour avoir droit ou ouvrir droit aux prestations maladie, maternité et décès (*CSS, art. L. 161-25-1*) ainsi qu'aux avantages invalidité (*CSS, art. L. 161-16-1*) et vieillesse (*CSS, art. L. 161-18-1*). La liste des titres de séjour qui ouvrent droit aux différentes prestations est fixée par décret et figure dans les dispositions réglementaires du Code de la sécurité sociale.

Le Conseil constitutionnel a validé ces dispositions. Il a notamment rejeté l'argument tiré de la violation du principe d'égalité en estimant, d'une part, "que les étrangers qui résident et travaillent régulièrement sur le territoire français et ceux qui ne satisfont pas aux mêmes conditions de régularité ne sont pas dans la même situation au regard de l'objet de la loi" et, d'autre part, que les nationaux et les étrangers sont également placés dans des situations différentes au regard de l'objet de la loi (*Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993 : Rec. Cons. const. 1993, p. 224*).

La loi sur la couverture maladie universelle (CMU) a exclu les étrangers en situation irrégulière de son dispositif, en le réservant aux personnes qui résident en France d'une façon stable et régulière (*L. n° 99-641, 27 juill. 1999. - CSS, art. L. 380-1*). Cette exclusion a obligé à mettre en place un "filet de sécurité" sous la forme de l'aide médicale de l'État (*V. infra n° 73 à 76*).

66. - Prestations familiales - Depuis la loi du 29 décembre 1986, le Code de la sécurité sociale subordonne le bénéfice des prestations finales à une double exigence de régularité de séjour de l'allocataire et de régularité de l'entrée en France de l'enfant au titre duquel les prestations sont demandées, à moins qu'il ne soit né en France (*L. n° 86-1307, 29 déc. 1986. - CSS, art. L. 512-2*). Autrement dit, l'enfant doit être entré par la procédure du regroupement familial, attestée par la production du certificat médical délivré par l'OMI.

La compatibilité des conditions restrictives ainsi posées avec les conventions internationales peut être contestée. On peut estimer, d'abord, qu'elles contreviennent aux dispositions de la Convention internationale sur les droits de l'enfant qui prohibe toute discrimination motivée par la situation juridique des parents (*art. 2*) et stipule par ailleurs que dans toutes les décisions qui concernent les enfants l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale (*art. 3-1*). Il faut également rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir rattaché les allocations familiales au droit au respect de la vie familiale, a estimé que les exclusions fondées sur la nationalité mais aussi sur la précarité du titre de séjour manquaient de justification objective et raisonnable et constituaient des discriminations prohibées par la Convention (*CEDH, 16 sept. 1996, n° 17371/90, Gaygusuz c/ Autriche. - CEDH, 25 oct. 2005, n° 58453/00, Niedzwiecki c/ RFA*).

La Cour de cassation, appliquant la jurisprudence "*Gaygusuz*", a déclaré contraire aux articles 8 et 14 combinés le fait de subordonner le versement des allocations familiales à l'entrée régulière des enfants sur le territoire français. Elle en a déduit que "les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales" sans qu'aucun document supplémentaire puisse être exigé concernant les conditions d'entrée en France de l'enfant (*Cass. ass. plén., 16 avr. 2004, n° 02.30157. - Cass. 2e civ., 16 nov. 2004, n° 03-15.543*). La Cour a réitéré sa position en affirmant que le fait de subordonner à la production d'un justificatif de la régularité du séjour des enfants mineurs le bénéfice des prestations familiales portait "une atteinte disproportionnée au principe de non-discrimination et au droit à la protection de la vie familiale" (*Cass. 2e civ., 6 déc. 2006, n° 05-12.666*). Dans la mesure où, dans l'intervalle, la Cour de cassation a admis le caractère d'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant (*Cass. Ire civ., 18 mai 2005, [2 esp.] : Bull. civ. 2005, I, n° 211. - V. Fasc. 720*), la conformité de la législation française aux conventions internationales se trouve encore plus fragilisée. Dans une décision plus récente de la deuxième chambre civile, la Cour de cassation a semblé remettre en cause la position qu'elle avait définie en 2004 et 2006, en jugeant que l'obligation de produire le certificat médical délivré par l'OMI (aujourd'hui l'OFII) à l'issue de la procédure de regroupement familial répond à l'intérêt de la santé publique et à l'intérêt de la santé de l'enfant et ne

porte donc pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale (*Cass. 2e civ., 15 avr. 2010, n° 09-12.911*). La plupart des tribunaux des affaires de sécurité sociale (TASS) et plusieurs cours d'appel n'ont pas tenu compte de cet arrêt dont on pensait qu'il pourrait rester isolé. Mais l'assemblée plénière de la Cour de cassation a tranché dans le même sens, estimant que ces dispositions, justifiées par "la nécessité dans un état démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueils 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" (*Cass. ass. plén., 3 juin 2011, n° T 09-69-052*).

À la suite des premières décisions de la Cour de cassation, une loi a inclus parmi les bénéficiaires des allocations familiales certaines catégories d'enfants entrés hors regroupement familial : enfants de réfugiés, d'apatrides ou de bénéficiaires de la protection subsidiaire, enfants du titulaire de la carte de séjour temporaire "scientifique", ou encore enfants qui résidaient en France avec leurs parents lorsque ceux-ci ont été régularisés (*L. n° 2005-1579, 19 déc. 2005. - CSS, art. L. 512-2*). Mais le principe de l'entrée régulière sur le territoire français n'a pas été remis en cause par le législateur.

La Halde a elle aussi jugé discriminatoire la condition de régularité du séjour exigée des enfants étrangers pour ouvrir droit aux prestations familiales en se fondant sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et sur l'article 3 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant : il n'existe selon elle aucun motif "raisonnable et objectif" justifiant ici une distinction fondée sur l'origine nationale, tant au regard de la nature des prestations familiales, qui participent aux conditions de l'éducation et du développement de l'enfant, que de l'article 3 qui impose de prendre en considération dans toute décision, de façon primordiale, l'intérêt supérieur de celui-ci. La Halde a donc demandé la modification de l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale et la suppression de l'article D. 512-2 du même code (*Délib. n° 2006-288, 11 déc. 2006*).

67. - Logement - L'action des pouvoirs publics en matière de logement prend des formes multiples : construction et gestion d'un parc social destiné aux catégories de la population qui n'ont pas la possibilité d'accéder au parc privé, construction de foyers, allocations et prêts divers destinés à permettre aux familles d'accéder à la propriété ou de payer un loyer.

Les étrangers peuvent bénéficier de l'ensemble de ces prestations et aides qui sont attribuées sans condition de nationalité, dès lors qu'ils remplissent les conditions prévues par les textes. Ils doivent toutefois être en situation de séjour régulier. Cette condition a notamment été introduite, en ce qui concerne l'aide personnalisée au logement (APL) versée par les caisses d'allocations familiales, par la loi du 24 août 1993 (*CCH, art. L. 351-2-1*).

Certaines aides à l'hébergement accordées dans le cadre de l'aide sociale sont également soumises à une condition de régularité du séjour. C'est le cas des aides versées aux personnes âgées dont les ressources sont insuffisantes, admises dans un établissement - unité de long séjour, maison de retraite, logement foyer.

La loi instituant le droit au logement opposable consacre elle aussi la condition de régularité - mais aussi de "permanence" du séjour. Elle dispose en effet que "*le droit à un logement décent et indépendant (...) est garanti par l'État à toute personne qui, résidant sur le territoire français de façon régulière et dans des conditions de permanence définies par décret en Conseil d'État, n'est pas en mesure d'y accéder par ses propres moyens ou de s'y maintenir*" (*L. n° 2007-290, 5 mars 2007, instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, art. 1er. - CCH, art. L. 300-1*). Le décret d'application du 8 septembre 2008 a prévu que pour remplir les conditions de permanence de la résidence en France les étrangers doivent soit être titulaires d'une carte de résident ou d'un titre conférant des droits équivalents, soit justifier d'au moins deux années de résidence ininterrompue en France sous couvert d'un autre titre de séjour, renouvelé au moins deux fois (carte portant la mention "scientifique", "profession artistique et culturelle", "salarié", "vie privée et familiale"...) (*CCH, art. R. 300-2*).

Le décret a été déféré au Conseil d'État par plusieurs associations qui ont fait valoir que l'exigence de deux années de résidence ininterrompue sur le territoire français avait pour effet d'exclure du dispositif certaines catégories d'étrangers en situation régulière et que la réglementation violait le droit au logement et le principe de l'égalité de traitement garantis par de nombreuses conventions internationales comme par le droit interne.

La Halde, saisie parallèlement, a estimé que la condition d'une résidence préalable de deux ans imposée par le décret aux seuls ressortissants non communautaires apparaissait comme un traitement défavorable fondé sur la nationalité qui n'apparaissait pas justifié et proportionné à l'objectif poursuivi par la loi, s'agissant de garantir un logement décent pour les personnes les plus démunies et de faire face à des situations d'urgence. Elle a donc recommandé l'abrogation de cette restriction et décidé de présenter ses observations devant le Conseil d'État à l'appui du recours en annulation déposé contre le décret (*Délib. n° 2009-385, 30 nov. 2009*).

D. - Droits soumis à la détention d'un titre de séjour particulier

68. - Allocations chômage - Pour être inscrit à l'ANPE et avoir droit aux allocations chômage, il faut être titulaire d'un des titres de séjour autorisant à travailler, dont la liste est rappelée par les textes (*C. trav., art. R. 5221-48*). Ceci exclut non seulement les

étrangers qui ont travaillé irrégulièrement, mais aussi ceux qui ont travaillé sous couvert d'une autorisation provisoire de travail, quel que soit le temps pendant lequel ils ont travaillé et alors même que des cotisations ont été prélevées sur leur salaire.

Les allocations ne sont versées que pendant la durée de validité du titre de séjour autorisant à travailler. Toutefois, si le titulaire d'une carte portant la mention "salarié" est privé d'emploi au moment où sa carte arrive à expiration, il obtient automatiquement la délivrance d'une nouvelle carte temporaire portant la même mention. Si, à l'issue de cette première prolongation, il est toujours au chômage et s'il n'a pas épuisé ses droits, la validité du titre est prorogée pour la durée des allocations restant à courir (*C. trav., art. R. 5221-33*).

69. - Revenu de solidarité active - Pour avoir droit au RSA, il faut être titulaire, soit d'une carte de résident, soit, depuis au moins cinq ans, d'une carte de séjour temporaire donnant le droit de travailler (notamment carte "vie privée et familiale" ou carte "salarié"). - (*C. action soc. et fam., art. L. 262-4, 2°*). Pour être pris en compte au titre des droits du bénéficiaire du RSA, le conjoint, concubin ou partenaire pacsé doit être titulaire d'un titre de séjour de même nature que le bénéficiaire. Les enfants étrangers mineurs doivent remplir les conditions applicables en matière de prestations familiales, à savoir être nés en France ou y être entrés par le regroupement familial (*V. supra n° 66. - C. action soc. et fam., art. L. 262-5*).

70. - Minimum vieillesse - Pour avoir droit à l'allocation de solidarité aux personnes âgées qui s'est substituée à l'ensemble des prestations existantes avant la réforme de 2004 (*V. supra n° 57*), il faut résider de façon stable et régulière sur le territoire français (*CSS, art. L. 815-1*).

E. - Droits soumis à une condition de séjour habituel

71. - Exceptions à l'exigence de régularité du séjour en matière de sécurité sociale - La loi du 24 août 1993, qui a généralisé la condition de régularité du séjour pour l'affiliation à la sécurité sociale et le droit aux prestations, a laissé subsister quelques exceptions. Ainsi, les ayants droit mineurs d'assurés sociaux étrangers ne sont pas soumis, pour l'accès à l'assurance-maladie, à la condition de séjour régulier : ils doivent seulement établir qu'ils résident en France de façon permanente. Cette exception ne concerne pas les mineurs dont les parents sont en situation irrégulière et ne sont donc pas affiliés à la sécurité sociale : ils dépendent alors comme eux du dispositif AME.

Les détenus bénéficient également de la sécurité sociale indépendamment de toute condition de régularité du séjour ; mais s'ils n'étaient pas en situation régulière avant leur incarcération, la couverture sociale ne s'étend pas à leurs ayants droit. La condition de régularité du séjour n'est pas non plus opposable aux victimes d'accident du travail (*V. infra n° 80*).

72. - Principes généraux applicables en matière d'aide sociale - La condition de régularité du séjour est ici l'exception et non la règle, dans la mesure où les considérations humanitaires et de santé publique sont prédominantes.

Ainsi, la condition de séjour régulier n'est exigée ni pour les prestations d'aide sociale à l'enfance (*V. infra n° 77*), ni pour l'admission dans un centre d'hébergement et de réinsertion sociale (*V. infra n° 81*) (*C. action soc. et fam., art. L. 111-2*), ni pour l'aide médicale de l'État, désormais subordonnée toutefois à une condition de résidence en France de plus de trois mois (*V. infra n° 73 à 76*) (*C. action soc. et fam., art. L. 251-1*). Elle n'est pas exigée non plus pour certaines allocations aux personnes âgées - aide à domicile ou aides en nature - (*C. action soc. et fam., art. L. 231-1*), mais à condition qu'elles justifient d'une résidence ininterrompue en France métropolitaine depuis au moins quinze ans avant d'avoir atteint l'âge de soixante-dix ans. (*C. action soc. et fam., art. L. 112-2*).

73. - Aide médicale de l'État - Le dispositif de l'aide médicale de l'État (AME) est né de la conjonction de la suppression du droit à la sécurité sociale pour les étrangers en situation de séjour irrégulier ou précaire par la réforme de 1993, d'un côté, de la mise en place de la couverture maladie universelle (CMU), de l'autre. Jusqu'à la création de la CMU par la loi du 27 juillet 1999, les personnes démunies, françaises ou étrangères, non couvertes par la sécurité sociale, pouvaient obtenir l'aide médicale - alors à la charge des départements - si elles justifiaient de ressources inférieures à un certain plafond. Lorsque la loi de 1993 a barré aux étrangers dépourvus de titre de séjour l'accès à la sécurité sociale, l'aide médicale leur a été accordée sous réserve d'une résidence en France dans des conditions présentant un minimum de stabilité.

À partir du moment où la CMU a permis l'accès automatique à l'assurance-maladie pour toute personne résidant régulièrement en France, l'aide médicale a perdu sa raison d'être pour les Français et les étrangers en situation régulière. Pour ne pas laisser sans aucune couverture les étrangers en situation de séjour irrégulier ou précaire, la loi a néanmoins laissé subsister l'aide médicale, mais prise désormais en charge par l'État - d'où son nom de "aide médicale de l'État", ou AME, qui ne concerne donc, à quelques réserves près, que cette catégorie de personnes. Tout étranger résidant en France sans remplir la condition de régularité de séjour et dont les ressources ne dépassent pas le plafond qui ouvre droit à la complémentaire CMU (7 611 EUR par an, au 1er juillet 2010, pour une personne seule) a droit, pour lui-même et les personnes à sa charge, à l'aide médicale de l'État (*C. action soc. et fam., art. L. 251-1 à L. 251-3*).

Le système était au départ assez ouvert, mais des réformes successives, depuis 2002, sont venues restreindre l'accès à l'AME au

point de remettre en cause dans un certain nombre de cas la possibilité effective d'accès aux soins, condition du droit à la santé.

74. - Réforme de 2002 - La loi de finances rectificative pour 2003 (*L. n° 2002-1576, 30 déc. 2002, art. 57. - C. action soc. et fam., art. L. 251-2*) a prévu que la prise en charge assortie de la dispense d'avance des frais ne couvrirait plus qu'une partie des frais - autrement dit d'instituer un ticket modérateur à la charge du patient -, ce qui est de nature à constituer un frein souvent dirimant à l'accès aux soins pour des populations par hypothèse démunies. Cette réforme, qui n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel, a toutefois soulevé de fortes oppositions, et les décrets d'application n'ont jamais été adoptés.

La même loi a prévu que les mineurs, ayants droit à charge d'étrangers en situation irrégulière, ne seraient plus affiliés au régime général de l'assurance-maladie mais relèveraient eux aussi du dispositif de l'AME, moins protecteur.

Jusqu'à l'intervention de la loi de finances rectificative pour 2003, il suffisait, pour avoir droit à l'AME, de résider en France dans des conditions présentant un minimum de stabilité - ce qui s'appréciait notamment par rapport à la situation familiale du demandeur et à son intention d'établir sa résidence en France - sans condition de durée préalable de séjour. Seules étaient donc exclues les personnes de passage en France sans projet d'installation : touristes, visiteurs. Désormais, le demandeur doit justifier de trois mois de présence sur le territoire français pour bénéficier de l'AME (*C. action soc. et fam., art. L. 251-1*). Dans le cas où les conditions d'accès à l'AME ne sont pas remplies, le législateur a prévu une possibilité de prise en charge pour les soins urgents "dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne" (*C. action soc. et fam., art. L. 254-1*) (*V. infra n° 79*).

Le Conseil constitutionnel a considéré qu'en écartant de l'aide médicale les étrangers qui sont en France depuis moins de trois mois, le législateur n'avait pas privé de garanties légales l'exigence de protection de la santé résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946 (*Cons. const., déc. n° 2003-488 DC, 29 déc. 2003 : Rec. Cons. const. 2003, p. 480*).

Saisi d'un recours contre les décrets du 28 juillet 2005 pris pour l'application de la loi de finances rectificative pour 2003 (*D. n° 2005-859, 28 juill. 2005, relatif à l'aide médicale de l'État. - D. n° 2005-860, 28 juill. 2005, relatif aux modalités d'admission des demandes d'aide médicale de l'État*), le Conseil d'État a été amené à examiner la question de la compatibilité avec les conventions internationales de la condition de résidence de trois mois instaurée par la loi de 2003. Il a successivement écarté les dispositions du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels et de la Charte sociale, comme n'étant pas d'application directe, puis les dispositions de la Convention n° 97 de l'OIT qui ne s'appliquent qu'aux immigrants installés légalement sur le territoire d'un des États parties, et enfin l'argument tiré de la violation du principe de non-discrimination posé par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, le législateur ayant pu légitimement tenir compte de la différence de situation entre les étrangers selon qu'ils sont en situation régulière ou irrégulière. Il n'a donc annulé les décrets qu'en tant qu'ils concernaient les mineurs, en se fondant sur la violation de l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant (*CE, 7 juin 2006, Assoc. Aides et a. : JurisData n° 2006-072054 ; Dr. soc. 2006, p. 1037, concl. Devys*).

Les décrets ont par ailleurs supprimé le principe déclaratif qui prévaut généralement en matière d'aide sociale. Jusqu'alors, la décision d'admission à l'AME était prononcée au vu des déclarations souscrites par le demandeur qui, lorsqu'il n'était pas en mesure de produire les justificatifs requis, pouvait prouver ces différents éléments par une attestation sur l'honneur. Désormais, le demandeur doit fournir des justificatifs pour prouver qu'il réside en France depuis plus de trois ans, d'une part, et que ses ressources sont inférieures au plafond prévu, de l'autre.

75. - Réforme de 2010 - La loi de finances pour 2011 a modifié sur plusieurs points le dispositif existant (*L. n° 2010-1657, 29 déc. 2010 de finances pour 2011*). En premier lieu, tout bénéficiaire de l'AME doit s'acquitter, à son propre titre et au titre des personnes majeures à sa charge, d'un droit annuel fixé par l'article 968 E du Code général des impôts (*C. action soc. et fam., art. L. 251-2*). Ce droit s'élève à 30 EUR par bénéficiaire majeur. En second lieu, il est prévu, sauf pour les mineurs, l'obligation d'obtenir un agrément préalable pour les soins hospitaliers dont le coût dépasse un seuil fixé par décret ainsi que pour le forfait hospitalier journalier. Cet agrément, accordé pour une période d'un an, est conditionné "au respect de la stabilité de la résidence en France", dans des conditions fixées elles aussi par décret.

76. - Position du Comité européen des droits sociaux - Saisi par la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH), le Comité européen des droits sociaux (CEDS) s'est prononcé sur les restrictions apportées à l'accès à l'aide médicale de l'État pour les étrangers démunis de titre de séjour (*Comité européen des droits sociaux, 8 sept. 2004, réclamation n° 14/2003, FIDH c/ France*). S'il a constaté la violation de l'article 17 qui garantit le droit des enfants et adolescents à une protection sociale, il s'est finalement abstenu, "dans le doute", de constater en l'espèce la violation de l'article 13 qui garantit le droit à l'assistance sociale et médicale. Le motif de ce "doute" réside dans le fait que "la législation française ne prive pas les étrangers en situation irrégulière de tout droit à l'assistance médicale puisqu'il prévoit l'aide médicale d'État qui couvre certains frais pour tout étranger ayant résidé en France pendant une période ininterrompue de plus de trois mois même s'il ne remplit pas les conditions de résidence régulière", d'une part, et que les textes prévoient la prise en charge du traitement des autres étrangers en situation irrégulière en cas d'urgence mettant en cause le pronostic vital, d'autre part.

F. - Droits indépendants d'une condition de régularité ou de durée de résidence en France

77. - Aide sociale à l'enfance - Les prestations de l'aide sociale à l'enfance (ASE) sont servies dans des situations de détresse et dans l'intérêt de l'enfant. Elles comprennent des aides financières destinées à aider une personne ayant à sa charge un enfant afin d'assurer son entretien lorsque ses ressources sont insuffisantes, l'hébergement en centre maternel des mères isolées, ainsi que l'accueil provisoire des enfants, notamment des mineurs isolés (*C. action soc. et fam., art. L. 221-1 à L. 221-9*). L'ASE n'est subordonnée ni à la régularité du séjour, ni même à une durée minimale de résidence en France (*C. action soc. et fam., art. L. 111-2*).

78. - Droit à l'instruction - Le droit à l'instruction est solennellement proclamé par plusieurs instruments internationaux, à commencer par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui garantit, dans son article 28, à tous les enfants l'enseignement primaire obligatoire et gratuit, et par le préambule de 1946. Le droit à l'éducation et le droit de tout enfant à être scolarisé, y compris en maternelle, sont également rappelés par le Code de l'éducation (*C. éduc., art. L. 111-1, L. 111-2 et L. 113-1*).

Sur la base de ces principes, tous les enfants mineurs présents sur le territoire français doivent être scolarisés, sans condition de régularité de séjour de leurs parents ou responsables légaux ni condition d'entrée dans le cadre du regroupement familial.

S'il arrive que les services des mairies réclament le titre de séjour des parents pour inscrire des enfants à l'école, c'est en contradiction avec ces principes, rappelés par de nombreuses circulaires ministérielles et notamment par la circulaire n° 91-124 du 6 juin 1991, pour la maternelle et la circulaire du 20 mars 2002 pour l'école primaire, le collège et le lycée (*Circ. n° 2002-063, 20 mars 2002 : NOR : MENE0200681C*). Cette dernière circulaire rappelle que "l'instruction est obligatoire pour les enfants (...) âgés entre six et seize ans, qu'ils soient français ou étrangers, dès l'instant où ils résident sur le territoire français". Elle ajoute que : "en l'absence de toute compétence conférée par le législateur, il n'appartient pas au ministère de l'éducation nationale de contrôler la régularité de la situation des élèves étrangers et de leurs parents au regard de règles régissant leur entrée et leur séjour en France". Ces circulaires rappellent également que, s'agissant des élèves âgés de plus de dix-huit ans, qui sont astreints à la détention d'un titre de séjour, l'inscription dans un établissement scolaire ne peut être subordonnée à la production d'un titre de séjour.

En principe, les élèves de nationalité étrangère fréquentant les établissements d'enseignement secondaire peuvent bénéficier de bourses nationales d'études dans les mêmes conditions que les Français, dès lors que leur famille réside en France, et aucune condition de régularité de séjour des parents ni d'entrée de l'enfant dans le cadre du regroupement familial ne peut être exigée (*C. éduc., art. L. 531-1 à L. 531-5*). Les notes de service rédigées chaque année par le ministère de l'éducation nationale concernant les bourses nationales d'étude du second cycle ne font pas mention non plus d'une condition de régularité du séjour.

L'accès à des réductions ou des exonérations pour les tarifs de cantine scolaire ne saurait non plus être subordonné à la production d'une carte de séjour par les parents, comme l'a jugé le juge des référés du tribunal administratif de Marseille. Une telle exigence, relève le juge, ne résulte d'aucune loi, ne repose sur aucune nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet alimentaire de ce service public facultatif à caractère social et ne peut pas non plus se justifier par une différence de situation (*TA Marseille, réf., 21 janv. 2002, n° 017590, Sow : AJDA 2002, p. 362, obs. P. Blacher*).

79. - Soins urgents - Dans la mesure où l'assurance-maladie n'est pas ouverte à tous et où l'accès à l'aide médicale de l'État est elle-même soumise à une condition de résidence habituelle - et désormais de durée de résidence -, le législateur a été amené à ouvrir des possibilités d'accès aux soins en cas d'urgence en l'absence de couverture sociale.

Toute personne qui, ne résidant pas en France, est présente sur le territoire français, et dont l'état de santé le justifie, peut, par décision individuelle prise par le ministre chargé de l'action sociale, bénéficier de l'aide médicale de l'État (*C. action soc. et fam., art. L. 251-1, al. 2*).

Est également prévue la prise en charge des "soins urgents dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître" dispensés par les établissements de santé (*C. action soc. et fam., art. L. 254-1*). Tenant compte de la position exprimée par le CEDS (*V. supra n° 76*), la circulaire du 16 mars 2005 prise pour son application précise que, "compte tenu de la vulnérabilité particulière des enfants et des adolescents, tous les soins et traitements délivrés à l'hôpital aux mineurs résidant en France, qui ne sont pas effectivement bénéficiaires de l'aide médicale de l'État, sont réputés répondre à la condition d'urgence mentionnée par l'article L. 254-1 du Code de l'action sociale et des familles" (*Circ. DHOS/DSS/DGAS n° 141, 16 mars 2005, relative à la prise en charge des soins urgents délivrés à des étrangers résidant en France de manière irrégulière et non bénéficiaires de l'Aide médicale d'État*).

Compte tenu de la position du Conseil d'État, qui a jugé contraire à la Convention sur les droits de l'enfant la subordination de l'accès à une couverture sociale à une condition de trois mois de résidence en France pour les enfants (*CE, 7 juin 2006, Assoc. Aides et a., cité supra n° 75*), ceux-ci devraient sortir du dispositif des soins d'urgence pour être à nouveau pris en charge, soit par

la sécurité sociale, soit par l'AME. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement a en effet clairement indiqué que la mention spéciale faite, dans la circulaire précitée (*V. plus haut*), du cas des enfants, n'était pas suffisante pour rendre le dispositif conforme aux engagements internationaux de la France.

L'accès à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) n'est plus subordonné à une quelconque condition de régularité du séjour ni de durée préalable de résidence en France. La loi du 4 juillet 2001 a en effet abrogé l'ancien article L. 162-11 du Code de la santé publique qui imposait, sauf lorsque l'IVG était pratiquée pour des motifs thérapeutiques, que la femme réside en France dans des conditions régulières depuis plus de trois mois.

80. - Prestations d'accident du travail - La prise en charge par la sécurité sociale des risques professionnels - accident du travail, accident de trajet, maladie professionnelle - n'est subordonnée à aucune condition de régularité du travail ou du séjour. La victime d'un accident du travail peut faire valoir ses droits même si elle est dépourvue d'autorisation de travail et même de titre de séjour (*CSS, art. L. 411-1*).

Par ailleurs, l'étranger titulaire d'une rente d'accident du travail ou de maladie professionnelle, dont le taux d'incapacité permanente est supérieur à 20 %, obtient de plein droit, s'il n'était pas en situation régulière, une carte portant la mention "vie privée et familiale" et, s'il est en situation régulière ou par la suite, une carte de résident (*V. Fasc. 725*).

81. - Hébergement - Certains modes d'hébergement destinés aux familles et personnes démunies ne sont pas soumis à une condition de séjour régulier. C'est le cas des centres d'hébergement d'urgence pour l'accueil des personnes sans domicile fixe, des établissements d'accueil mère-enfant pour les femmes isolées enceintes ou mères de jeunes enfants, mis en place dans le cadre de l'aide sociale à l'enfance (*C. action soc. et fam., art. L. 221-2*), ou encore des centres d'hébergement et de réinsertion sociale (CHRS) ouverts aux personnes ou aux familles "[connaissant] de graves difficultés, notamment économiques, familiales, de logement, de santé ou d'insertion" (*C. action soc. et fam., art. L. 345-1*).