

Immigration et travail décent

par Michèle BONNECHÈRE, Professeur à l'Université d'Evry Val d'Essonne

PLAN

I. L'évolution du régime de l'immigration à des fins économiques : quels textes ?

quels droits en matière d'emploi et de protection sociale ?

A. Les sources

B. Des droits subjectifs ?

C. Intégration, égalité de traitement, citoyenneté

II. Les droits

fondamentaux des migrants, ou la ligne de résistance nécessaire

A. Le droit au regroupement familial

B. Les droits inaliénables des migrants illégaux

C. Droits fondamentaux et précarités dans l'emploi des étrangers : saisonniers, détachés

« *Les migrations internationales sont une réalité qui perdurera aussi longtemps, notamment, que demeureront les écarts de richesse et de développement entre les diverses régions du monde* ». Les politiques migratoires, fondées sur "l'immigration choisie" et la lutte contre l'immigration irrégulière, feignent d'ignorer ce constat, largement partagé pourtant (1). Trente-cinq ans après les premières mesures de "suspension" de l'immigration en France, le phénomène de l'immigration illégale et la situation de ceux que l'on nomme "sans papiers" sont au premier plan des préoccupations nationales et, bien sûr, de la "politique du retour" dans le cadre de l'Union européenne.

Il faut lire Fabrizio Gatti pour réaliser la vanité des barrières érigées (2) et l'indignité des traitements infligés sur le terrain à ces "enfants de personne" (3). Des générations entières n'ayant pas la possibilité de vivre décemment dans leur pays où ils se voient condamnés à la misère ne conçoivent leur avenir que dans leur départ. Comprendre l'actualité de la théorie de l'état de nécessité dans les actions des "délinquants solidaires", habitants de Calais secourables, ou familles "parrainant" des enfants de migrants illégaux : quel meilleur enseignement des « *valeurs de la République* » dont les migrants doivent prendre connaissance (v. *infra*) du moins si elles comprennent bien la "fraternité" et l'entraide ? Se rappeler peut-être qu'une des premières lois adoptées après l'élection du président Mitterrand portait sur les droits du travailleur étranger en situation irrégulière face à son employeur. S'il existe, en effet, un large consensus politique sur la nécessité de "maîtriser" les flux migratoires, les politiques qui se sont succédées en France depuis les années 1980 s'opposent en général sur les moyens (4). Cette brève étude n'en donnera qu'un aperçu, mais il est utile de faire le point des sources du droit depuis l'ordonnance du 2 novembre 1945, que le « *Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile* » (CESEDA) a remplacé en 2005 (5), et d'en indiquer les principaux traits (6).

Plus encore qu'à propos de l'Europe sociale, la politique européenne d'asile et d'immigration est fustigée comme "honteuse" (7). L'on tentera donc en précisant les textes, de voir si les normes communautaires sont résumées par la « *Directive de la honte* ».

(1) C'est celui du Pacte européen sur l'immigration et l'asile adopté par le Conseil européen des 15 et 16 oct. 2008.

(2) F. Gatti, *Bilal sur la route des clandestins*, ed. Liana Levi 2008. L'auteur, journaliste italien, s'est vu attribuer le prix Albert Londres pour cet hallucinant récit de son expérience de partage du voyage des candidats à l'immigration depuis le Mali jusqu'à la frontière libyenne, puis dans l'île de Lampedusa avec les « retenus ».

(3) Les immigrants illégaux qui meurent dans le désert du Niger ou dans les barques de la méditerranée ne sont pleurés, souligne F. Gatti (*op. cit.*), par personne.

(4) V. déjà M. Bonnechère, « Immigration dans la France des années 1990 : vers un droit de l'intégration ? », Dr. Ouv. 1990.461.

(5) Une ordonnance du 24 nov. 2004 relative à la partie législative du CESEDA a remplacé l'ordonnance de 1945, en principe à « droit constant ». Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2005. La partie réglementaire a résulté de deux décrets du 14 nov. 2006.

(6) Sauf exception signalée, on n'ose guère parler d'« apport ».

(7) A lire : « Les frontières assassines de l'Europe », Migreurop, oct. 2009 (Migreurop est un réseau rassemblant une quarantaine d'associations dans treize pays au nord et au sud de la Méditerranée).

Le "travail décent", concept exprimant la dignité de la personne au travail (7 bis), but fondamental de l'Organisation internationale du travail, et impliquant la recherche de critères individuels et collectifs, concerne particulièrement les travailleurs migrants. Si « *le travail n'est pas une marchandise* », le migrant doit se voir reconnaître des droits subjectifs et des recours effectifs en matière d'accès au travail, et son statut ne saurait être défini par des considérations purement économiques. Ceci conduit notamment à s'interroger sur la portée du principe d'égalité de traitement pour les travailleurs migrants et leur famille, le respect de leur vie privée et familiale, la garantie de leur sécurité juridique. Dans un premier temps, l'on cherchera donc à caractériser l'évolution générale de la réglementation applicable au contrôle de l'immigration à des fins économiques.

L'examen de dossiers essentiels tels que sont ceux du regroupement familial, des migrants illégaux et des travailleurs précaires étrangers, permettra ensuite de souligner l'importance des principes généraux du droit et des normes universelles pour assurer en la matière le respect des droits sociaux fondamentaux.

I. L'évolution du régime de l'immigration à des fins économiques : quels textes ? quels droits en matière d'emploi et de protection sociale ?

A. Les sources

Il est nécessaire de rappeler la succession des lois qui ont suivi les changements successifs de majorité parlementaire et de politique de l'immigration, tout en faisant apparaître certaines constantes. L'insécurité juridique traditionnelle dans la condition des travailleurs immigrés en France aurait dû régresser avec l'intervention du législateur. Pourtant, outre que celle-ci n'a pas mis fin au bon vieux recours aux circulaires ministérielles, les lois les plus récentes tendent à favoriser souvent le maintien sous statut précaire des étrangers plus que leur intégration véritable.

Le rôle des sources communautaires doit d'autant plus être situé que seules elles organisent la libre circulation des travailleurs, et leur effet d'entraînement, en dépit des murs qui tiennent lieu de politique commune, pourrait être irréversible. L'apport des normes universelles, malgré leur importance, est, on le verra, suspendu à leur acceptation effective.

1) Réformes successives en France

L'ordonnance du 2 novembre 1945 fut pendant trente-cinq ans le seul texte de nature législative applicable à l'entrée et au séjour des étrangers en France. L'on sait qu'elle chargeait l'Office national d'immigration, établissement public doté d'un monopole, de l'"introduction" en France des travailleurs étrangers et subordonnait l'accès à l'emploi pour un immigré à la production d'un contrat de travail visé par l'administration. Très tôt cependant, les besoins des entreprises en main-

d'œuvre favorisèrent l'immigration "spontanée", non seulement tolérée par les pouvoirs publics, mais facilitée grâce à l'instauration de procédures de régularisation ouvertes par voie de circulaires aux étrangers entrés comme touristes ou clandestinement. La régularisation devint la règle, l'introduction par l'ONI l'exception.

Les changements structurels de l'économie survenus à la fin des années 1960 firent apparaître le thème, depuis récurrent, de "la maîtrise des flux migratoires". Ce furent les circulaires *Marcellin-Fontanet* en 1972 (8), puis la décision gouvernementale de "suspension" de l'immigration en 1974, en fait suspension (sauf les exceptions prévues) de la délivrance de nouvelles autorisations de travail, régie par des circulaires, mais aussi le fameux décret de 1977 sur l'immigration familiale (v. *infra*).

La loi du 10 janvier 1980, dite loi *Bonnet*, fut la première à modifier l'ordonnance de 1945, notamment pour inventer, à côté de l'expulsion d'un étranger troublant l'ordre public prévue par l'ordonnance, celle de l'étranger en situation irrégulière ("reconduite à la frontière"). En permettant aussi une mesure administrative de "maintien" pour assurer l'effectivité des décisions de refus d'admission sur le territoire, cette loi marquait une étape. En effet, la loi du 29 octobre 1981 se contenta de ramener de 48 à 24 heures le délai de saisine du juge judiciaire, il est vrai en lui permettant de choisir d'imposer des mesures alternatives. Et le "placement en rétention" est devenu aujourd'hui un chapitre du CESEDA, la mesure, décidée par le préfet,

(7 bis) "L'optique du travail décent", Dr. Ouv. 2007 p. 57, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(8) Circulaires 72-40 du 24 janv. 1972 du ministre de l'Intérieur, et 1-72 du 23 fév. 1972 du ministre du Travail, annulées partiellement par le Conseil d'Etat (CE 13 janv. 1975, *Da Silva et CFDT*, Dr. Ouv. 1975.92).

étant applicable désormais dans six hypothèses énumérées à l'article L. 551-1.

Le législateur de 1981 avait voulu réserver au juge judiciaire le soin d'ordonner, après poursuites pénales, la reconduite à la frontière en cas de séjour irrégulier : une toute autre procédure fut mise en place par la loi du 9 septembre 1986, la reconduite à la frontière devenant une mesure administrative autonome sans garanties de défense. La loi *Joxe* du 2 août 1989, malgré un vif débat initié par les partisans de la compétence judiciaire, ne rétablit pas celle-ci (9). La reconduite à la frontière peut, dans la version en vigueur en 2009 des articles L. 511-1 et suivants du CESEDA, être prononcée dans huit hypothèses par le préfet. Entretemps, la loi du 17 juillet 1984 avait reconnu à certaines catégories d'étrangers le droit de demeurer sur le territoire français : cette liste des étrangers ne pouvant être ni expulsés ni reconduits à la frontière, même réduite, notamment par la loi du 26 novembre 2003, demeure dans son principe (10).

L'apport majeur de la loi de 1984 fut sans doute la création de la carte de résident, carte de séjour valable dix ans et donnant le droit d'accéder sur l'ensemble du territoire à l'emploi salarié de son choix, sans que ce droit puisse être remis en cause (sauf expulsion pour trouble à l'ordre public) en raison du renouvellement automatique. Vint la loi *Pasqua* du 24 août 1993, qui restreignit l'accès à la carte de résident et dont on retient surtout les reculs concernant les familles (regroupement familial, droit de séjour des conjoints) et la privation de tout droit de Sécurité sociale pour les étrangers en situation irrégulière. Une nouvelle ère commençait : celle de la suspicion à l'égard de l'étranger et de la primauté donnée à la lutte contre l'immigration illégale sur les garanties de procédure et la prise en compte des situations humaines particulières. La loi *Debré* du 24 avril 1997, renforçant cette tendance à certains égards, n'alla pas cependant jusqu'à aggraver les contrôles applicables aux personnes hébergeant des visiteurs étrangers par un système de déclaration de départ, comme cela fut envisagé.

La loi *Chevènement* du 11 mai 1998, sans rompre avec certaines méthodes (la durée maximale de la rétention administrative fut portée de dix à douze jours), a notamment supprimé le "certificat d'hébergement", créé la carte de séjour "vie privée et familiale", ouvert la porte des régularisations de situation sur la base d'une carte temporaire de séjour, supprimé toute condition tenant à la nationalité pour le bénéfice des prestations sociales "non contributives".

Avec la « loi relative à la maîtrise de l'immigration et au séjour de étrangers en France » du 26 novembre 2003 puis celle du 24 juillet 2006, le dispositif censé permettre la maîtrise des flux migratoires passe à la vitesse supérieure : la durée maximale de rétention administrative est portée de douze à trente-deux jours, les sanctions du séjour ou du travail irrégulier sont alourdies, un nouveau régime des attestations d'accueil est mis en place (avec un contrôle des maires).

A noter que la reconduite à la frontière s'accompagnant de la rétention administrative ne doit pas être confondue avec le "maintien en zone d'attente" de l'étranger non admis sur le territoire français, pendant quatre jours sur décision administrative puis, après autorisation du juge des libertés et de la détention, dans la limite de vingt jours (articles L. 221-1 et suivants du CESEDA). Ces deux mesures ont en commun leur fréquente inhumanité.

Mais les étrangers installés durablement en situation régulière sont touchés par les dernières réformes : ils doivent établir leur intégration républicaine dans la société française pour accéder aux titres de séjour de longue durée, la carte de résident ne pouvant désormais être obtenue qu'après une résidence ininterrompue d'au moins cinq années en France, à condition de franchir tous les obstacles installés par l'article L. 314-8 du CESEDA en matière de ressources et de logement (*v. infra*). Depuis la loi du 24 juillet 2006, en outre, l'admission de plein droit au séjour pour les étrangers qui justifiaient d'une résidence habituelle en France de plus de dix ans est remplacée par « l'admission exceptionnelle au séjour », l'administration ayant la simple faculté de délivrer une carte temporaire de séjour « à l'étranger ne vivant pas en état de polygamie dont l'admission au séjour répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard de motifs exceptionnels qu'il fait valoir » (art. L. 313-14).

L'on présente volontiers les remises en cause de ces dernières années comme découlant de la transposition du droit communautaire. Un examen attentif des directives adoptées dans le cadre de l'Union européenne révèle en réalité qu'en la matière, l'harmonisation communautaire laisse une grande marge de manœuvre aux lois nationales.

2) Les directives communautaires : contrastes

Le modèle

La libre circulation des travailleurs (11) découlant à l'origine de l'article 48 du Traité de Rome et du Règlement 1612/68 du 15 octobre 1968 (12) concerne

(9) Cette loi revint toutefois aux garanties de la loi du 29 oct. 1981 en matière d'accès au séjour et d'expulsion pour trouble à l'ordre public.

(10) Articles L. 521-2 et L. 521-3 du CESEDA.

(11) M. Bonnechère (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs*, actes du colloques de Paris 10 oct. 1997, la

Documentation Française 1998 ; et « La libre circulation de travailleurs dans l'Union européenne », Dr. Ouv. 1995.319.

(12) Textes complétés notamment par les directives 68/360 du 15 oct. 1968 sur le droit de séjour et 64/221 du 25 fév. 1964 sur la coordination des mesures prises pour des raisons d'ordre public, de santé publique et de sécurité publique.

les ressortissants des Etats membres (13) et peut être vue comme un modèle de gestion des migrations en raison des droits conférés à ses bénéficiaires. Elle se caractérise non par le libre franchissement des frontières mais par le libre accès au séjour et à l'emploi dans un autre Etat membre et l'égalité de traitement dans le pays d'emploi. Il ne faut pas la confondre avec la circulation dans l'espace Schengen (13 bis), c'est-à-dire la suppression des formalités de police et de douane aux frontières intracommunautaires, et leur transfert aux frontières extérieures dudit espace. Le texte de référence est actuellement la Directive 2004/38 du 24 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats.

Mais le droit communautaire, après avoir "saisi" la situation des membres de la famille d'un migrant communautaire ayant eux-mêmes la nationalité d'un pays tiers (14) en les faisant bénéficier du droit de séjour (15) et de l'égalité de traitement, tend à régir le séjour et les droits des ressortissants de pays tiers du moins en leur conférant, avec la Directive 2003/109 du 25 novembre 2003, un statut de résident de longue durée. Reconnaître aux migrants durablement installés dans un Etat membre la possibilité d'y demeurer ainsi qu'un ensemble de droits « *aussi proches que possible* » de ceux des citoyens de l'Union européenne (16) est non seulement un élément de la cohésion sociale définie comme un objectif de l'Union européenne, mais conforme à l'idée que le travail des immigrés leur confère des droits. Dans la même orientation se situe l'extension de la coordination des régimes de Sécurité sociale prévue pour les Communautaires se déplaçant à l'intérieur de l'Union, aux ressortissants des pays tiers dans la même situation (17), bien que ceci ne règle pas

de tout la question de la coordination avec les régimes de Sécurité sociale des pays d'origine.

La "honte"

Une autre norme communautaire a cependant été au cœur d'une importante protestation, car elle est significative de l'absence de politique communautaire de l'immigration, en dehors du thème du renvoi des immigrants illégaux, et de leur enfermement. La Directive 2008/115 du 16 décembre 2008 est relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (18). Aux dénonciations des ONG, certains juristes ont répondu en soulignant la portée juridique limitée du texte (19). Il est vrai que l'harmonisation est "minimaliste", les Etats membres ayant principalement pour obligation d'adresser une "décision de retour" au ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière sur leur territoire, sans perdre la possibilité d'opter pour une régularisation de celle-ci. On relève que la priorité donnée au départ volontaire est illusoire car non obligatoire : le droit national en décide. D'une manière générale, la directive s'applique « *sans préjudice des dispositions plus favorables* » (art. 4) mais l'harmonisation, lorsqu'elle pourrait apporter un minimum de garanties, s'efface aussi devant les droits nationaux (20). Et sur une question essentielle, la durée maximale de rétention, la norme communautaire se contente de fixer un plafond de six mois, qui représentera certes un progrès dans certains pays, notamment l'Allemagne et les Pays Bas (21), mais apparaît pour d'autres, comme la France, l'Espagne ou même la Grèce, comme inacceptable sur le terrain des libertés fondamentales, même si, on ne saurait trop le rappeler, les Etats ne peuvent en droit communautaire s'appuyer sur la transposition de la directive pour fonder l'adoption de dispositions plus répressives, la norme

(13) Ainsi que l'avait précisé la Cour de Justice dans son arrêt *Meade* (CJCE, aff. 238/83) malgré l'absence de référence à la nationalité dans le texte du traité.

(13bis) La Convention de Schengen initiale est du 14 juin 1985 ; une convention d'application, signée le 19 juin 1990 (JOUE n° L. 239 du 22 sept. 2000) a été partiellement remplacée par le « code des frontières » (Règlement n° 562/2006 du 15 mars 2006, JOUE n° L. 105 du 13 avril 2006) et le « code des visas » (Règlement 810/2009 du 13 juill. 2009, JOUE n° L. 243 du 15 sept. 2009). L'espace Schengen correspond au territoire des Etats de l'Union européenne, mais la Grande-Bretagne et l'Irlande n'en font pas partie, ni les départements et collectivités d'outre-mer français, ni Chypre. La Bulgarie et la Roumanie doivent renforcer leurs frontières « extérieures ».

(14) Les articles 2 et 3 de la Directive 2004/38 ne font aucune référence à la nationalité des membres de la famille du « citoyen de l'Union » qui lui-même est un ressortissant d'un Etat membre.

(15) La jurisprudence communautaire est ferme sur ce point. La pratique française l'est moins, car les membres de familles rejoignant ne sont pas dispensés (sauf pour une trentaine de nationalités) de l'obtention du visa de long séjour, en l'absence duquel le séjour est refusé. Une commission

nationale peut être saisie en cas de refus (motivé dans ce cas) et il existe un contentieux non négligeable, v. CAA Paris 21 janv. 2009, n° 07PAO4221, Nigérian époux d'une Britannique ; CAA Paris 3 juin 2009, n° 08PAO1903, Camerounaise mariée à un Allemand.

(16) Deuxième considérant de la Directive 2003/109 (JOCE du 23. janv. 2004).

(17) Règlement 859/2003 du 14 mai 2003 portant extension du Règlement 1408/71, JOCE du 20 mai 2003.

(18) JOUE L. 348 du 24 décembre 2008.

(19) F. Martucci, « La directive « retour » : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », *Rev. Trim. Dr. europ.* 2009.47 ; v. aussi F. Kauff-Gazin, « Heurts et malheurs de la politique européenne d'asile et d'immigration », *Europe*, juill. 2008, focus 36.

(20) Un exemple : la « rétention à des fins d'éloignement » est présentée comme *l'ultima ratio* par l'article 15, mais l'expression « en particulier » ajoutée aux conditions posées permet aux Etats de réglementer librement les cas de rétention.

(21) La durée de rétention est illimitée aux Pays-Bas et ne peut dépasser dix-huit mois en Allemagne !

communautaire ne fixant qu'un maximum et n'harmonisant pas les durées de rétention.

Il est à souligner que le Pacte européen sur l'immigration et l'asile, adopté "solennellement" par le Conseil européen du 25 octobre 2008 à l'initiative de la Présidence française de l'Union européenne, tout en affirmant vouloir « *bâtir une Europe de l'asile* », ne s'engage à prendre en compte pour « *organiser l'immigration légale* » que des « *priorités, des besoins et des capacités d'accueil déterminés par chaque Etat membre* », et reste particulièrement vague sur les moyens de « *mieux intégrer les politiques migratoires et du développement* » et sur ce que sont les « *synergies entre les migrations et le développement* ».

Cette primauté de l'état du marché du travail de l'Etat d'accueil est loin d'être nouvelle dans la réglementation française de l'immigration, les migrants ayant rarement la possibilité d'opposer des droits subjectifs à l'administration.

B. Des droits subjectifs ?

Le statut général de l'étranger le place très souvent dans la dépendance d'une autorisation administrative : cela vaut même en matière de regroupement familial. A l'opposé se situe le droit de libre circulation du travailleur-citoyen de l'Union européenne. S'il est douteux que l'ouverture inconditionnelle de l'accès au séjour et au travail en France puisse être un objectif réalisable et bénéfique pour le progrès social, il n'en est pas moins certain que la subordination des droits des travailleurs immigrés aux décisions administratives les place dans une situation d'insécurité et de dépendance peu compatible avec le respect de leur dignité et de leurs droits fondamentaux

1) L'accès au territoire

L'opposition est frappante entre le travailleur migrant communautaire, dont le droit à l'entrée et au séjour découle directement du Traité CE (22), et l'étranger ressortissant d'un pays tiers, bien que, à la marge, les effets de la libre circulation communautaire se fassent sentir. Sur ce point la loi du 29 octobre 1981 avait marqué une rupture, sans aller jusqu'à unifier les régimes : alors que le droit d'entrée des ressortissants

communautaires peut être qualifié de "personnel", l'ancien article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifié en 1981 faisait découler de la présentation des documents et visas exigés « *un droit d'entrée sur le territoire français* ».

Dans l'état actuel des textes, par contre, un refus d'entrée peut être opposé à l'étranger même s'il présente un passeport et s'est conformé à l'obligation d'avoir un visa. Il résulte des articles L. 211-1 et R. 211-27 à 28 que les documents exigibles varient avec l'objet du séjour, et que les justifications fournies sont « *appréciées compte tenu des déclarations de l'intéressé* ». La Police de l'Air et des Frontières a sa propre doctrine au point que l'ANAFE parle de « *renvois et pratiques discrétionnaires* » (23). Du moins l'étranger pourvu d'un contrat de travail visé par l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations, dite ANAEM (24), ou d'un titre de séjour en cours de validité ne saurait-il se voir opposer, en principe, un refus d'admission.

La loi du 29 octobre 1981 avait imposé le respect d'un délai d'un jour franc avant toute mesure de rapatriement contre le gré de l'intéressé. Le jour franc existe toujours, mais l'étranger est invité à indiquer sur la notification du refus de séjour (lequel doit être écrit et motivé) « *s'il souhaite bénéficier du jour franc* » (25). Un recours suspensif n'est ouvert (26) qu'au demandeurs d'asile, auprès du président du Tribunal administratif : solution introduite dans la loi française après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme (27), et souvent illusoire compte tenu des quarante-huit heures de délai et de l'absence d'aide juridique, la salle d'audience de la zone d'attente (sauf opposition théorique de l'étranger) pouvant être utilisée.

2) L'accès au séjour et au travail

Les termes d'"immigration choisie" et "immigration subie" utilisés parfois sans aucun questionnement (28) renvoient à la politique économique du pays d'accueil et font du travail de l'immigré un objet attendu ou rejeté, évidemment sans référence à des choix ou au parcours de l'immigré lui-même. La loi du 24 juillet 2006 soulignait dans son exposé des motifs à quel point l'immigration familiale était devenue « *le principal vecteur de l'immigration en France* » (29), et annonçait vouloir

(22) Les droits d'entrée et de séjour existent indépendamment de la délivrance d'un titre de séjour : CJCE 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, et 3 juill. 1980, *S. Pieck*, aff. 137/159.

(23) L'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers a pour membres quelque vingt-cinq associations telles que la CIMADE, France Terre d'asile, le GISTI, le Syndicat des avocats de France, etc.

(24) Qui a remplacé l'Office des migrations internationales (OMI) lequel avait succédé à l'Office national de l'immigration (ONI).

(25) Article L. 213-2 du CESEDA.

(26) Sauf à utiliser la procédure du « *référé-liberté* », laquelle implique l'invocation d'une violation grave et manifeste d'une liberté fondamentale (droit à la santé, respect de la vie familiale).

(27) CEDH, 26 avril 2007, *A. Gehremedhin c/France*.

(28) Th. Lahalle, « *Les aspects sociaux de la loi du 24 juill. 2006 relative à l'immigration et à l'intégration* », JCP S 2006 n° 1789.

(29) 94 500 premiers titres de séjour délivrés en 2005 aux membres des familles rejoignant, pour 13 650 titres aux travailleurs et 48 900 aux étudiants.

encourager l'immigration à des fins professionnelles en rapport avec les capacités d'accueil de la France et de ses besoins économiques. La création d'une carte « *compétences et talents* », attribuée pour trois ans « *au vu du contenu et de la nature du projet de l'étranger et de l'intérêt de ce projet pour la France et pour le pays dont l'étranger a la nationalité* » avec un quasi droit au regroupement familial a été vue par certains comme ouvrant la porte au pillage de capacités et talents des pays d'émigration, sans pourtant être largement attribuée. La loi d'octobre 2007 a pensé aux zones rurales sans médecins en ouvrant le projet de l'étranger au développement des territoires.

Plus significative encore est la carte « *salarié en mission* » (30) destinée à faciliter le détachement de salariés étrangers par un employeur hors de France, pourvu que ce soit entre établissements d'une même entreprise ou entre entreprises d'un même groupe, à la condition que la rémunération brute du salarié soit au moins égale à 1,5 fois le SMIC.

L'on sait qu'en toute hypothèse, si l'on met à part les procédures de régularisations (v. *infra*), il appartient à l'employeur d'établir le dossier de demande d'autorisation de travail, soit pour obtenir "l'introduction" d'un travailleur résidant hors de France, soit le changement de statut d'un étranger ayant un titre de séjour ne l'autorisant pas à travailler (étudiant en fin d'études par exemple) même si, dans le second cas, l'étranger déposera lui-même son dossier.

La prise en considération de la situation de l'emploi pour la délivrance des autorisations de travail est une constante de la politique et de la réglementation de l'immigration, et se traduit par le visa de l'administration du travail (31). L'innovation en 2006 (32) fut de prévoir une liste établie au plan national (après consultation des organisations syndicales représentatives de salariés et d'employeurs) de métiers et de zones géographiques caractérisés "par des difficultés de recrutement", pour lesquels la situation de l'emploi n'est pas opposable (33). Cette liste est par hypothèse évolutive : il n'est pas question de sécurité juridique en la matière, le "temporaire" étant double (carte de séjour temporaire avec mention de "travailleur temporaire") si l'activité est exercée pour une durée inférieure à un an. L'obtention d'une carte temporaire de "salarié" suppose l'exercice d'une activité pendant au moins un an. Seule la mention

"salarié" permet à son titulaire d'envisager un renouvellement du titre en cas de rupture du contrat de travail du fait de l'employeur.

Ce qui frappe, d'autre part, est la précarité du statut de l'étranger titulaire d'une carte temporaire de séjour l'autorisant à travailler : les titres peuvent toujours être retirés si leur titulaire « *cesse de remplir l'une des conditions exigées pour leur délivrance* », ce qui, là encore, donne un rôle important à l'administration (34).

Les recours offerts au travailleur immigré sont ceux du droit commun en matière de décisions administratives. Ils se révèlent particulièrement insuffisants. Le juge administratif, qui n'est guère perçu comme un juge de proximité, exerce un contrôle minimum, limité aux vices de forme ou à l'erreur de droit ou de fait. Paradoxalement, le contrôle de « *l'adéquation entre la qualification, l'expérience, les diplômes ou titres de l'étranger et les caractéristiques de l'emploi auquel il postule* » (article R. 52221-20, 2° du Code du travail), qui devrait protéger l'intéressé, se retourne contre lui, l'empêchant totalement d'accéder au marché du travail dans le respect de la réglementation, dès lors qu'une correspondance entre le diplôme obtenu et l'emploi postulé n'est pas constatée par l'administration. Dans une jurisprudence plutôt rare, on peut citer deux arrêts de la Cour administrative d'appel de Douai concernant des étudiants désireux d'obtenir une carte de séjour de "salarié". Dans un cas une ressortissante chinoise titulaire d'un master 2 (bac +5) de logistique, à qui était offert un emploi correspondant à une formation de bac +3, pourtant sur la base d'un contrat à durée indéterminée s'est vue refuser l'autorisation de travail (35). Dans le deuxième exemple un Marocain ayant obtenu un master professionnel mention mécanique dans le domaine de l'ingénierie, n'a pu, faute d'autorisation de travail, accepter une offre d'emploi d'opérateur régleur-programmeur sur machines à commandes numériques (36). Le juge administratif considère que l'administration est liée dans son contrôle, sans inclure dans le terme "adéquation" la moindre souplesse.

On peut se demander si le ressortissant étranger ne devrait pas être seul habilité à se prévaloir d'un éventuel décalage entre sa formation et l'emploi qu'on lui propose. Mais telle n'est pas la substance de la réglementation en vigueur, seuls les nationaux ou les étrangers déjà pourvus d'un titre de séjour les autorisant

(30) Article L. 313-10 5° du CESEDA.

(31) Article L. 341-2 ancien du Code du travail, devenu L. 5221-2 ; v. Th. Kapp, « Le rôle de l'administration du travail en matière d'immigration », Dr. Ouv. 2009.357.

(32) V. aussi N. Guimezanes, « La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration », JCP G 2006, I 167 ; le décret 2007-821 du 11 mai 2007 et la circulaire DPM/DMI2/2007/323 du 22 août 2007 sont relatifs aux autorisations de travail.

(33) Art. L. 313-10 1° du CESEDA.

(34) Par contre, la carte de séjour temporaire, qu'elle porte la mention « *salarié* » ou « *travailleur temporaire* », ne peut être retirée au motif que l'étranger s'est trouvé « *autrement que de son fait* » privé d'emploi (art. L. 311-8 CESEDA).

(35) CAA Douai, 17 févr. 2009, n° 08DA00977.

(36) CAA Douai, 11 déc. 2008, n° 08DA00328.

à travailler pouvant accepter à l'embauche une sous-qualification... Dans une affaire récente, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a d'ailleurs refusé à un informaticien cubain la possibilité de se prévaloir de la nullité d'un contrat de travail portant sur un emploi ne correspondant pas à la qualification autorisée par l'administration (37).

Quant aux ressortissants des Etats de l'Union européenne, ils n'ont plus, depuis la loi du 26 novembre 2003, l'obligation de solliciter un titre de séjour, lequel strictement déclaratif de leurs droits, n'a d'ailleurs jamais été pour eux une condition d'accès à l'emploi (38). Il n'en va pas de même encore pour les Bulgares et Roumains, relevant d'une période transitoire qui pourrait se prolonger jusqu'au 1^{er} janvier 2014 (39).

Clairement, la réglementation générale de l'immigration n'est pas fondée sur la reconnaissance de droits subjectifs que les migrants souhaitant accéder au séjour et à l'emploi en France pourraient faire valoir avec des garanties (40). Il a été jugé, par exemple, que le risque de perte d'emploi n'est pas de nature à caractériser l'urgence autorisant le juge administratif à suspendre l'exécution d'une décision de refus de séjour (41) !

La carte de résident mérite toutefois une mention spéciale.

3) Résidents de longue durée

Parce qu'elle est en principe (42) renouvelable de plein droit et permet l'exercice de toute activité salariée, « dans le cadre de la législation en vigueur », la carte de résident offre à son titulaire un véritable statut. Le migrant n'a pas à produire de justificatifs d'emploi ou de ressources au moment du renouvellement de son titre.

L'obtention de cette carte obéit cependant à des conditions rendues de plus en plus restrictives, les lois du

26 novembre 2003 et du 24 juillet 2006 ayant réduit la liste de catégories d'étrangers bénéficiaires d'une délivrance de plein droit tout en assouplissant le droit commun pour les étrangers ayant des attaches familiales en France (43).

La transposition de la Directive 2003/109 portant « statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée » s'est traduite par un alignement du régime de délivrance du titre sur les conditions posées par la Directive du 25 novembre 2003 : cinq ans de résidence régulière et ininterrompue en France, justification de ressources stables et suffisantes (44). Elle a également abouti à la création d'une carte de résident permanent, à durée indéterminée, ce qui est évidemment un progrès en termes de sécurité juridique.

L'accès à cette situation enviable est cependant subordonnée à une condition générale d'intégration républicaine de l'étranger dans la société française, parfaitement conforme à la Directive 2003/109, mais permettant une intrusion de plus de l'administration (ici le préfet) dans la vie du migrant.

C. Intégration, égalité de traitement, citoyenneté

Le thème de l'intégration n'est pas neutre s'agissant des travailleurs étrangers, et la formule de la loi (article L. 314-2 : « *intégration républicaine de l'étranger dans la société française* ») significative d'une attente, d'une exigence : l'étranger doit s'intégrer, il doit aussi prouver son intégration. Une véritable inversion s'est produite entre la réforme de 1984 et celles de 2006 et 2007 : la loi sur le titre unique de séjour et de travail considérait la stabilité du séjour comme un facteur d'intégration, alors que désormais le migrant doit prouver qu'il est intégré pour obtenir un droit au séjour stable (45). D'où le « contrat d'accueil et d'intégration » imposé depuis la loi du

(37) Soc. 10 févr. 2009, n° 07-43585, inédit. L'employeur avait rempli l'imprimé intitulé « contrat de travail pour travailleur étranger » pour la fonction « ingénieur développeur en informatique ». Après obtention de l'autorisation administrative, un contrat de travail avait été signé portant sur la fonction de technicien en informatique.

(38) Les solutions en vigueur découlent de la Directive 2004/38 du 29 avril 2004 précitée, transposée par la loi du 26 nov. 2003 et le décret du 24 oct. 2005, puis par la loi du 24 juill. 2006 (CESEDA, articles L. 121-1 s.).

(39) Ne sont toutefois pas tenus d'avoir une autorisation de travail les ressortissants de Bulgarie et de Roumanie titulaires d'un diplôme français de niveau au moins équivalent au master. D'autre part, ces deux nationalités relèvent d'une liste spécifique de cent cinquante métiers « en tension » pour lesquels la situation de l'emploi n'est pas examinée.

(40) Il faut ajouter le problème des visas (condition générale de l'article L. 311-7 pour l'obtention d'une carte temporaire depuis la loi du 24 juill. 2006). Dans la pratique, un étranger peut avoir obtenu un contrat de travail puis l'autorisation de la direction départementale du travail, mais se heurter à un refus de délivrance d'un visa de long séjour (hors les cas de

dispense résultant d'accords bilatéraux ou de l'article L. 313-11 CESEDA). L'intéressé doit saisir une commission de recours avant toute contestation devant le juge administratif, lequel peut enjoindre au consulat de réexaminer la demande. V. par exemple CE 5 mars 2009, n° 324422 ; CE 10 avril 2009, n° 325766, inédits). On imagine le temps que prennent ces procédures !

(41) CE 28 nov. 2007, n° 305285, inédit.

(42) Sauf à l'étranger polygame ou ayant quitté le territoire français plus de trois ans (articles L. 314-5 et 7 du CESEDA).

(43) Se reporter à l'excellent *Guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France* publié par le GISTI, ed. La Découverte, 2008.

(44) On relève que, si la directive 2003/109 permet aux Etats membres de vérifier que les ressources du demandeur lui éviteront d'avoir recours au système d'aide sociale, la loi française va tout de même très loin dans le contrôle en prévoyant un avis du maire de la commune de résidence sur le caractère suffisant des ressources au regard des conditions de logement (art. L. 341-8 du CESEDA).

(45) D. Lochak, « L'intégration à rebours », *Plein Droit* n° 76, mars 2008, p. 7 s, spéc. p. 10.

24 juillet 2006 pour une première admission au séjour, dont sont dispensés toutefois les étudiants, les saisonniers, les salariés en mission et les titulaires de la carte "compétences et talents". Les étrangers déjà pourvus d'un titre de séjour temporaire peuvent signer ce contrat pour en faire état au moment d'une demande de carte de résident. Établi par l'ANAEM, le contrat est présenté à l'étranger avec une traduction « *dans une langue que l'intéressé comprend* » lors d'un entretien au cours duquel il est soumis à un test de connaissance écrite et orale en langue française. Ainsi le contrat ajoutera-t-il le cas échéant un apprentissage de la langue française à la formation civique qui en fait l'objet en toute hypothèse.

Que l'étranger ait à prendre connaissance de ce que sont les institutions et surtout « *les valeurs de la République* » tels que l'accès obligatoire et gratuit à l'éducation, l'égalité entre les hommes et les femmes et les libertés fondamentales, ne peut qu'être approuvé. Il est intéressant de préciser qu'en cas d'inscription comme demandeur d'emploi, ce contrat permettra à l'étranger qui le souhaite de bénéficier d'un « *bilan de compétences approfondi* » financé par Pôle emploi (46). Plus difficile à admettre est la marge d'appréciation laissée une fois encore à l'administration lors du renouvellement du titre de séjour. On relève d'ailleurs une contradiction entre la définition objective du respect du contrat d'intégration (dès lors que les actions de formation ou d'information ont été suivies ou validées) et le pouvoir laissé au préfet, qui « *tient compte de la souscription et du respect par l'étranger de l'engagement* » lorsqu'il examine une demande de carte de résident (47).

La problématique de l'intégration renvoie toujours à un double mouvement : les règles d'un groupe peuvent freiner l'insertion d'une personne, laquelle doit elle-même accepter un certain parcours. L'intégration des étrangers dans une société donnée n'est pas dissociable de l'égalité de traitement. Celle-ci est assez bien réalisée sur le terrain des droits d'action collective des travailleurs. L'électorat comme l'éligibilité dans l'entreprise ou l'accès aux responsabilités syndicales des étrangers ne relèvent plus de règles spécifiques depuis leur suppression définitive par la loi *Auroux* du 28 octobre 1982. Reste immuable, par contre, l'impossibilité d'accès à la fonction de conseiller prud'homme : le travailleur étranger est électeur, mais son appartenance au monde du travail ne

suffit pas à le rendre éligible à une fonction rattachée à la citoyenneté, vue comme indissociable de l'appartenance nationale, y compris pour les ressortissants communautaires (48). Cette exclusion suscite peu de débats, alors que la faveur du législateur pour l'immigration à fin professionnelle devrait permettre de construire sur le travail (et la résidence) une citoyenneté détachée de la nationalité.

En matière de salaire et de conditions de travail, l'étranger bénéficie en principe de l'égalité de traitement. Peuvent être mobilisés ici tant le préambule de la Constitution (alinéa 6) que le principe "à travail égal, salaire égal" et l'interdiction des discriminations à raison de l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race (art. 1132-1 du Code du travail). Au plan international, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, invocable directement selon la Chambre sociale (49), ne doit pas être oublié. L'égalité concrète suppose toutefois la prise en considération des spécificités caractéristiques dans les parcours professionnels des migrants. Ce qu'a voulu faire la Chambre sociale au profit d'un cheminot belge engagé par la SNCF, qui a pu se prévaloir pour le calcul de son ancienneté de périodes d'emploi accomplies antérieurement au service de la SNCB (50), par interprétation constructive des exigences de la libre circulation des travailleurs.

Le raisonnement ne peut guère concerner les ressortissants de pays tiers. On note que la volonté d'attirer des salariés étrangers peut justifier l'octroi d'avantages salariaux particuliers (51).

Faire un bilan de l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers conduit à rappeler la position critiquable du Conseil constitutionnel, exprimée dans sa décision du 13 août 1993 (52). Après avoir réaffirmé « *qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* », ce qui est incontestable, puis déduit que les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux et que « *le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques* », le Conseil y souligne que doivent être respectés « *les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* ». Sont cités par la décision la liberté individuelle et la

(46) Art. R. 311-26 du CESEDA.

(47) Art. L. 314-10 du CESEDA.

(48) Alors que citoyenneté et nationalité sont dissociées pour le vote et l'éligibilité aux élections municipales et européennes.

(49) Soc. 6 juill. 2005, Dr. Ouv. 2006.4 et la note.

(50) Soc. 11 mars 2009, n° 08-40381, Bull. V n° 71, Dr. Ouv. 2009 p. 443 n. M. Poirier. L'arrêt vise l'article 39 du *Traité CE* ainsi que le *Règlement 1612/68* du 15 oct. 1968 (art. 7 §1).

(51) C'est l'affaire *Synchrotron*, Soc. 9 nov. 2005, SSL. n° 1243 du 7 janv. 2006, note J.-Ph. Lhernould (prime d'expatriation compensatrice du déplacement pour attirer des chercheurs étrangers).

(52) Décision 93-325 du 13 août 1993, venant après notamment la décision 89-269 du 22 janvier 1990. V. J.J. Dupeyroux et X. Prétot "Le droit de l'étranger à la protection sociale", Dr. soc. 1994.69.

sûreté, la liberté d'aller et venir (53), la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale. Mais le droit à la protection sociale relève d'un fameux « en outre... » : « ...les étrangers jouissent des droits à la protection sociale dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ». Le droit à la Sécurité sociale, pourtant affirmé comme un droit de l'Homme, directement applicable, (54) par le pacte de 1966 sur les droits économiques et sociaux, n'est donc pas rangé, pour les étrangers, parmi les droits fondamentaux. Ce qui permet depuis la loi *Pasqua* (24 août 1993) de soumettre l'affiliation des étrangers au régime général de la Sécurité sociale à une condition de situation régulière au regard des conditions de séjour en France (55). Seule fait exception la législation sur les accidents du travail, dont bénéficie le travailleur employé irrégulièrement, son l'employeur relevant juridiquement du délit de travail dissimulé (56).

La question des droits sociaux des "sans papiers" (v. *infra* II) n'est pas seule en cause. La loi *Barzach* du 29 décembre 1986 a exigé pour le bénéfice des prestations familiales non seulement la justification de la régularité du séjour de l'allocataire, mais aussi celle d'une entrée régulière des enfants dans le cadre de la procédure de regroupement familial. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une disposition de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2006, a simplement émis une réserve d'interprétation favorisant les régularisations (57). L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a par contre entendu faire une lecture des articles L.512-1 et L.512-2 du Code de la Sécurité sociale conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Son arrêt du 16 avril 2004 vise les articles 8 et 14 de la Convention, ce qu'a repris la jurisprudence postérieure de la deuxième Chambre civile : « la jouissance du droit à la vie privée et familiale doit être assurée sans distinction fondée notamment sur l'origine nationale » (58).

La Cour d'appel de Paris s'est également fondée sur la convention de New York relative aux droits de l'enfant : « la restriction du droit aux prestations, fondée sur un critère

d'entrée sous certaines conditions des enfants étrangers sur le territoire français, porte une atteinte disproportionnée au principe de non discrimination et à l'intérêt supérieur de l'enfant caractérisé par le droit à une vie familiale normale » (59).

Malgré cette jurisprudence, les caisses d'allocations familiales semblent continuer de refuser de servir des prestations familiales aux allocataires étrangers en situation régulière dont les enfants, entrés en France hors regroupement familial, n'ont pas reçu le certificat médical délivré dans le cadre de cette procédure. Les intéressés sont alors contraints d'exercer des recours contentieux, comme l'ont fait avant eux des générations d'immigrés se heurtant à une attitude dilatoire et déloyale des services centraux de la Sécurité sociale. Ce fut le cas pendant de nombreuses années en matière de prestations "non contributives", avant que la loi *Chevènement* de 1998 ne supprime pour ces prestations les conditions de nationalité.

Autant que la référence à la nationalité, d'autres conditions, tenant par exemple à la durée de résidence sur le territoire français, se révèlent discriminatoires parce que plus difficiles à remplir par les migrants. Une jurisprudence communautaire ancienne et réaliste l'a souligné dans le cadre de la libre circulation (60) dont peuvent se prévaloir les ressortissants des Etats de l'Union européenne. Ceux-ci ne sont pas concernés par les conditions faisant barrage pour nombre d'étrangers au bénéfice du nouveau revenu de solidarité active (RSA) : être titulaire d'un titre de séjour autorisant à travailler et cela « depuis au moins cinq ans » (61), sachant que le conjoint est pris en compte aux mêmes conditions et les enfants s'ils obéissent à la règle posée à l'article L.512-2 du Code de la Sécurité sociale...

Face à des pratiques administratives et des réglementations qui répètent les mêmes restrictions voire exclusions, une ligne de résistance s'est pourtant affirmée : celle des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des normes européennes et universelles, et imposent les principes généraux du droit.

(53) Il conviendrait de s'en rappeler en matière de contrôles d'identité.

(54) Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. La formulation de l'article 9 ne laisse pas de doute : « Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à la Sécurité sociale, y compris les assurances sociales ». Sur l'applicabilité directe de l'article 6 du même Pacte (droit au travail), v. Soc. 16 déc. 2008, Dr. Ouv. 2009.87 et la note.

(55) Art. L. 115-6 du code de la sécurité sociale ; la liste des titres exigés figure aux articles D.115-1 et D.161-15. Ces conditions sont évidemment inapplicables aux ressortissants communautaires.

(56) Pour une application, Crim. 11 fév. 2003, bull. n° 30.

(57) DC 2005-528 du 15 déc. 2005 : « lorsqu'il sera procédé, dans le cadre de la procédure de regroupement familial, à la

régularisation de la situation d'un enfant déjà entré en France, cet enfant devra ouvrir droit aux prestations familiales... »

(58) Ass. Plén., 16 avril 2004, Bull. AP, n° 8, p. 16 ; Civ. 2^e, 16 nov. 2004, n° 03-15543 ; Civ. 2^e, 6 déc. 2006, Bull. n° 342, p. 315. V. S. Segues et A. Toullier, « L'accès des étrangers aux prestations servies par les caisses d'allocations familiales », Dr. soc. 2005.665.

(59) CA Paris, 18^e ch., 3 juillet 2008, publié dans la « note pratique » du GISTI : « Les enfants entrés hors regroupement familial ont droit aux prestations familiales » (2^e ed. juin 2009).

(60) CJCE, 10 mars 1993, *Commission c/Luxembourg*, aff. 111/91 (condition de un an de résidence pour des allocations de naissance).

(61) Article L. 262-4 du Code de l'action sociale et des familles (applicable au 1^{er} juin 2009).

II. Les droits fondamentaux des migrants ou la ligne de résistance nécessaire

S'il faut un signe, un critère, permettant de reconnaître une réglementation de l'immigration ne réduisant pas le travailleur migrant à un agent économique, le droit au regroupement familial est certainement au premier plan. Pourtant l'état du droit positif n'est pas satisfaisant et la bataille menée par le Parlement européen a donné des résultats mitigés (A).

Significative aussi de la nature des règles est la situation juridique des travailleurs migrants ne résidant pas légalement dans le pays d'emploi, dits travailleurs "sans papiers" : les politiques de contrôle des flux migratoires ne peuvent prévaloir sur les normes fondamentales, telles en particulier la Convention européenne des droits de l'Homme et la Convention des Nations Unies « sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille... » (B). L'on s'efforcera enfin de voir quels instruments juridiques peuvent concerner utilement les travailleurs précaires, en se limitant aux saisonniers et aux travailleurs détachés.

A. Le droit au regroupement familial

L'idée que l'arrivée des familles rejoignantes correspondrait à une "immigration subie", largement développée lors du vote de la loi du 24 juillet 2006, contraire aux principes du droit français (62), se trouve en filigrane dans le Pacte européen pour l'immigration et l'asile, silencieux sur le droit au regroupement familial, mais invitant à réguler "l'immigration familiale". Comme l'a très bien analysé l'IFRI dans une récente conférence (63), cette logique intergouvernementale des Etats membres de l'Union européenne... n'est pas celle du droit communautaire. En premier lieu, dans la libre circulation communautaire des travailleurs, le migrant est titulaire du droit de se faire rejoindre dans le pays d'accueil par les membres de sa famille (64). Aucune formalité administrative ou condition tenant au logement

ou aux ressources ne vient restreindre ce droit subjectif. Ce droit au regroupement familial existe indépendamment de la nationalité des membres de la famille du migrant communautaire, depuis plus de quarante ans. Et lorsque furent célébrés les « *trente ans de la libre circulation des travailleurs* » (65), le modèle était censé s'appliquer peu à peu aux migrants des pays tiers. En second lieu a été adoptée la Directive du 22 septembre 2003 « *relative au droit au regroupement familial* » des ressortissants de pays tiers. Les pressions des politiques migratoires nationales ont conduit à l'introduction de "dégagements" et l'interprétation de la portée de cette norme de compromis est déjà au cœur d'affrontements. Tout en proclamant son respect des droits fondamentaux et son observation des principes reconnus notamment par l'article 8 de la Convention EDH et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union, cette Directive *a minima* vise un système d'autorisation par les Etats membres de l'entrée et du séjour de familles (66). Un droit conditionnel donc, l'Etat concerné pouvant exiger que le "regroupant" dispose d'un logement "*considéré comme normal*", d'une assurance maladie pour lui-même et sa famille, de ressources stables, régulières et suffisantes, et imposer aux ressortissants de pays tiers « *qu'ils se conforment aux mesures d'intégration dans le respect du droit national* ». De plus, l'article 8 de la Directive permet aux autorités nationales de ne pas autoriser l'exercice du droit au regroupement familial pendant les deux premières années de séjour légal du migrant sur leur territoire, en ayant même la possibilité d'ajouter une période d'attente de trois ans « *entre le dépôt de la demande de regroupement familial et la délivrance d'un titre de séjour aux membres de la famille* » (67).

Le Parlement européen avait saisi la Cour de Justice en lui demandant d'annuler cet article 8 ainsi que deux

(62) Le célèbre arrêt *GISTI, CGT, CFTD* du 8 décembre 1978 a donné l'occasion au Conseil d'Etat de dégager le droit de mener une vie familiale normale comme principe général du droit. Le Conseil constitutionnel fait résulter du dixième considérant du Préambule constitutionnel « *que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale* », mais qu'« *il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public, laquelle revêt le caractère d'un objectif de valeur constitutionnelle, et le droit de mener une vie familiale normale* ». Il en déduit que la loi sur l'immigration et l'intégration n'a fait que « *modifier le critère permettant d'apprécier la stabilité du séjour du demandeur (sic) en portant de dix à douze mois la durée minimale de celui-ci* » (décision 2006-539 du 20 juill. 2006, §13). L'intervention de l'ordre public évoquée par le Conseil demanderait pour le moins des explications.

(63) Institut français des relations internationales, Conférence du 5 mars 2009, « Immigration familiale, régularisation, co-

développement : le Pacte sur l'immigration et l'asile est-il encore d'actualité ? », exposés consultables sur www.ifri.org

(64) Comprenant le conjoint (ou le partenaire « enregistré »), les descendants directs âgés de moins de vingt et un ans ou à charge et les ascendants directs à charge. V. articles 2 et 3 de la Directive 2004/38 du 29 avril 2004, remplaçant sur ce point les articles 10 et 11 du Règlement 1612/68.

(65) Colloque français préc. note 11 et colloque européen des 17-19 déc. 1998, "Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe", M. Bonnechère (dir.), Office des publications officielles des CE, 2000.

(66) Directive 2003/86 du Conseil du 22 sept. 2003 relative au droit au regroupement familial, JOCE L. 251 du 3 oct. 2003, article 4 : « *Les Etats membres autorisent l'entrée et le séjour... et sous réserve des conditions visées au chapitre IV.* »

(67) Lorsque la législation nationale, à la date d'adoption de la Directive, « tient compte de sa capacité d'accueil ».

autres dispositions concernant les enfants. La première (article 4 §1 dernier paragraphe), par "dérogation" donne la possibilité à l'Etat membre de ne pas autoriser le regroupement pour un enfant âgé de plus de 12 ans arrivant seul ; la seconde (article 4 §6) permet d'imposer un âge maximum de 15 ans pour le regroupement familial d'enfants mineurs (68). L'arrêt très attendu, rendu le 27 juin 2006 (69), a rejeté la requête du Parlement. Au delà de la déception immédiate, un signal important se trouve dans cet arrêt qui exerce un contrôle de conformité de la Directive à l'article 8 CEDH, et prend également en considération le Pacte sur les droits civils et politiques, la Convention sur les droits de l'enfant et la Charte sociale européenne, renvoyant certes la solution des problèmes concrets aux juges nationaux, mais les invitant à une interprétation de la Directive respectueuse « du droit fondamental au respect de la vie familiale ou de l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant ». Ceci bien sûr dans le cadre d'un contentieux que la requête du Parlement voulait éviter aux intéressés...

L'on aurait tort, malgré cette position de la Cour de Luxembourg teintée d'une légère hypocrisie, de se précipiter dans la dénonciation de l'Europe ultralibérale ! La Directive de 2003, seule norme communautaire en la matière, ne traite pas, comme le Pacte intergouvernemental de l'"immigration familiale". Allant plus loin (70) que l'article 8 CEDH, elle affirme bien un **droit**, que les autorités nationales sont tenues de mettre en œuvre (71). En toute hypothèse, ce dossier est un bon exemple de l'intercomplémentarité des normes (72).

Dans la réglementation française, la politique de "choix" migratoire porte aussi sur les familles. La liste des catégories d'étrangers non soumis à la procédure de regroupement familial comprend les titulaires de la carte de séjour temporaire portant la mention "scientifique" (73) ainsi que, pour le conjoint et les enfants mineurs, les étrangers porteurs d'une carte temporaire

"compétences et talents" ou "salarié en mission". Le regroupement familial ne peut être refusé à un migrant séjournant légalement depuis dix-huit mois en France que pour un motif tenant aux ressources (dans lesquelles ne comptent pas les allocations familiales ou le RSA notamment), aux caractéristiques du logement familial et un comportement du demandeur non conforme aux « principes essentiels qui conformément aux lois de la République régissent la vie familiale en France » (74), ce qui, dans la pratique, renvoie à l'égalité des sexes et l'interdiction de la polygamie, mais laisse songeur sur l'intrusion possible dans la vie familiale de l'étranger. Une dérive beaucoup commentée a été inscrite en outre dans la loi du 26 novembre 2007, modifiant l'article L 111-6 pour que puisse être vérifiée la filiation maternelle par un test ADN au moment de la demande de visa. Ceci suppose l'inexistence d'un acte d'état civil ou des doutes sur un acte existant, le consentement express des intéressés et la saisine du TGI de Nantes pour décision. Mais le décret d'application de cette mesure "expérimentale" semble bien difficile à prendre.

Contrairement au Conseil constitutionnel, la Halde a vu là une mesure stigmatisante et discriminatoire (75).

L'on sait que les familles présentes sur le territoire avec des visas de touristes se voient refuser une autorisation de séjour. Le droit au respect de la vie privée et familiale dont elles peuvent se prévaloir en invoquant l'article 8 CEDH leur permet, il est vrai, d'obtenir du juge administratif (encore un contentieux !) une décision d'annulation du refus de regroupement familial ; les recours sont nombreux (76) et accueillis favorablement en particulier lorsque sont en cause des enfants scolarisés en France (77) ou lorsque le refus, motivé par l'état des ressources du migrant, porte une atteinte disproportionnée au droit à une vie familiale ou à l'intérêt supérieur du ou des enfants (78). Ce recours ultime aux normes relatives aux droits fondamentaux est nécessaire pour garantir la dignité des migrants illégaux.

(68) Là encore, dès lors que la loi nationale (cas de l'Autriche) va dans ce sens au moment de l'adoption de la Directive.

(69) CJCE 27 juin 2006, *Parlement Européen c/Conseil*, aff. C-540-03, Dr. Ouv. 2006.556 et la note.

(70) D. Martin, Rev. Int. Dr. H. 2008, p. 595.

(71) L'article 8 de la Convention EDH protège le droit à une vie familiale, ce qui engendre des « obligation positives » pour les Etats, mais ne leur impose pas selon la Cour de Strasbourg de permettre le regroupement familial sur leur territoire (dès lors que ce regroupement est possible ailleurs !) Arrêts *Sen c/Pays Bas* du 21 déc. 2001 (n° 31465/96) et *Uner c/Pays Bas* du 18 oct. 2006 (n° 46410/99).

(72) M. Bonnechère, « La production des Cours européennes en droit social : éléments de réflexion », Dr. Ouv. 2008.552, et « Droits fondamentaux, vers un droit commun pour l'Europe », SSL 2004, nos 1187 et 1188.

(73) Mais seul le cas du conjoint est prévu à l'article L. 313-1 5°, pas celui des enfants.

(74) article L. 411-5 3° du CESEDA.

(75) Dans sa délibération du 17 décembre 2007, la Haute autorité de lutte contre les discriminations relève qu'en droit français l'identification par empreintes génétiques est réservée à des cas de procédure pénale spécifiques. Le Conseil constitutionnel (déc. n° 2007-557DC du 15 nov. 2007) a estimé que la loi n'a pas créé un droit spécial et ne porte pas atteinte au droit de mener une vie familiale.

(76) La consultation de Légifrance enseigne que de nombreux recours sont également dirigés contre des refus de délivrance de visas de long séjour, formulés par le consulat de France dans le pays d'origine postérieurement à l'autorisation préfectorale de regroupement familial. De tels refus doivent être motivés (art. L. 211-2 CESEDA) et une commission de recours doit être saisie dans un délai de deux mois. En 2008 et 2009, le contentieux sur les refus de visas aux membres de familles est abondant.

(77) Not. CAA Paris, 8 déc. 2008, n° 08PA02096 ; CAA Lyon, 16 juill. 2009, n° 08LYO1155.

(78) V. CAA Lyon, 23 avril 2009, n° 08LYO1130 ; CAA Marseille 25 juin 2009, n° 07MA04908.

B. Les droits inaliénables des migrants illégaux

Saisi par la Fédération internationale des droits de l'Homme dans le cadre de la procédure de réclamations collectives (79) relatives à la mise en œuvre de la Charte sociale européenne, le Comité européen des droits sociaux a donné une interprétation des conditions posées à l'égard des étrangers par cet instrument à la lumière des fondements de celui-ci. La Charte sociale du Conseil de l'Europe, contrairement à la Convention EDH, n'est pas un instrument "ouvert". Son champ d'application personnelle est en effet doublement limité, d'une part aux ressortissants des autres Etats parties, d'autre part à ceux « *se trouvant légalement sur leur territoire* », selon les termes de l'article 19 à propos du droit à l'assistance sociale et médicale, et les dispositions générales de l'annexe tant de la charte de 1961 que de la Charte révisée de 1996. Se prononçant sur la conformité de la législation française concernant l'aide médicale de l'Etat, le Comité d'experts a relevé que cette restriction s'agissant de l'aide médicale, « *porte atteinte à un droit qui revêt une importance fondamentale pour l'individu, puisqu'il est lié au droit même à la vie et touche directement à la dignité de l'être humain* » et soulignant que les soins de santé constituent un préalable essentiel à la préservation de la dignité humaine, valeur fondamentale au cœur du droit européen positif, donc au cœur de la charte elle-même, conclut : « *par conséquent une législation ou une pratique qui nie le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers sur le territoire d'un Etat partie, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la charte* ».

En droit français, le bénéfice de la couverture maladie universelle est réservé aux étrangers justifiant qu'ils résident en France métropolitaine ou dans les départements d'outre-mer en situation régulière et de manière ininterrompue depuis plus de trois mois (80). A défaut de remplir la condition de régularité de sa situation au regard de la réglementation du séjour, la personne étrangère a droit à l'aide médicale de l'Etat

(81) mais doit faire la preuve de sa résidence ininterrompue en France depuis trois mois et disposer de ressources inférieures à un plafond (82). Il n'y a plus depuis 2003 de procédure d'admission en urgence, seuls des "soins urgents", au sens très ambigu de l'article L. 254-1 du Code de l'action sociale et des familles (83), étant prévus pour les étrangers à qui sont refusées tant la CMU que l'AME. Le Conseil d'Etat a jugé ces conditions de mise en œuvre de l'AME incompatibles pour les mineurs étrangers avec l'intérêt supérieur de l'enfant considération primordiale selon l'article 3-1 de la Convention du 26 janvier 1990 (84).

Les droits des travailleurs étrangers employés irrégulièrement avaient été l'objet d'une des toutes premières lois (17 octobre 1981) votées par la Gauche après l'élection du président Mitterrand. L'étranger employé irrégulièrement est légalement "assimilé", à compter de son embauchage, à un travailleur régulièrement engagé. Son ancienneté est prise en compte et son droit au paiement du salaire et ses accessoires, auxquels s'ajoute, en cas de rupture de la relation de travail, une indemnité forfaitaire minimale égale à un mois de salaire (85). L'existence d'une jurisprudence antérieure fondée sur l'enrichissement sans cause (86) a sans doute empêché la remise en cause de ces solutions. L'assimilation voulue par la loi est cependant réduite par une jurisprudence récente (87) considérant ces dispositions spécifiques (art. L. 341-6-1 devenu art. L. 8252-2 du Code du travail) comme excluant l'application du droit commun du licenciement en cas de rupture du contrat de travail motivée par l'emploi irrégulier d'un étranger : pas d'entretien préalable, pas d'exigence d'une cause réelle et sérieuse. Une telle position résulte d'une interprétation contestable des textes, en particulier de la portée des articles L. 1232-2 et L. 1235-1 (dont la rédaction est très générale). L'échec des tentatives du contrat "premières embauches" et du contrat "nouvelles embauches" donne un relief plus grand aux solutions privant une catégorie de travailleurs du droit commun du licenciement. Cette jurisprudence objectivement favorable

(79) Comité européen des droits sociaux, décision du 3 novembre 2004 sur le bien-fondé de la réclamation 14/2003, disp. sur www.coe.int

(80) Articles L. 380-1 du Code de la Sécurité sociale (loi du 27 juill. 1999) et R. 380-1 (modifiée par décret du 15 avril 2009).

(81) Articles L. 251-1 et s. du Code de l'action sociale et des familles.

(82) Le plafond est celui de la CMU « complémentaire ». Les justificatifs exigés sont énumérés par un décret 2005-860 du 28 juill. 2005. V. A. Toullier, « Aide médicale d'Etat : les droits sociaux fondamentaux bafoués », Dr. soc. 2005 p. 1011.

(83) « *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 ou d'un enfant à naître et qui sont dispensés par les établissements de santé...* ». Le

problème est l'incertitude quant à l'auteur de la décision de qualification des soins et la procédure.

(84) CE, 7 juin 2006, AIDES, GISTI, Ligue des droits de l'Homme, Médecins du Monde, MRAP, n° 285576.

(85) Article L. 341-6-1 ancien repris par les articles L. 8252-1 et L. 8252-2. L'ancienneté du travailleur employé illégalement est prise en compte, peu importe qu'il ait « accepté » les conditions de l'employeur et même tiré un avantage de celles-ci (Soc. 5 avril 2005, n° 02-45346).

(86) La jurisprudence antérieure à la loi du 17 oct. 1981 reconnaissait à l'étranger une action fondée sur l'enrichissement sans cause pur l'obtention des salaires et indemnités (Soc. 15 févr. 1978, D. 1980.30 note G. Lyon-Caen).

(87) Soc. 29 janv. 2008, n° 06-44983, Bull. V. n° 27 ; Soc. 13 nov. 2008, n° 07-40689, Bull. V. n° 221, Dr. Ouv. 2009 p. 300, n. V. Lacoste-Mary.

aux renvois expéditifs d'étrangers employés sans titre, en toute connaissance de cause, ne peut être approuvée.

Quant à la régularisation de situation, obstinément cantonnée dans le "non-dit", elle est le domaine privilégié des circulaires "réglementaires" et illégales, parce que restreignant les règles posées par la loi. Le dernier exemple est l'annulation par le Conseil d'Etat (23 octobre 2009) de la circulaire du 7 janvier 2008 prise pour l'application de l'article 40 de la loi du 20 novembre 2007. Selon ce texte, correspondant à l'article L 313-14 du CESEDA (« *admission exceptionnelle au séjour* ») une carte de séjour temporaire peut être délivrée à l'étranger qui n'est pas titulaire d'un visa de long séjour pour des considérations humanitaires ou « *au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir* ». Dans la circulaire annulée, le ministère de l'Immigration avait soumis l'admission exceptionnelle au séjour par délivrance d'une carte temporaire portant la mention "salarié" à la condition d'un engagement ferme d'un employeur d'engager l'étranger demandeur dans l'un des métiers "en tension" figurant sur une liste (88). C'était ajouter à la loi. Le Conseil d'Etat a depuis longtemps rappelé que l'administration devait toujours examiner si une situation qui lui est soumise peut être régularisée (89) mais malgré l'existence d'un phénomène de grande ampleur (l'emploi, de fait, de dizaines de milliers de migrants illégaux), le vocable officiel vise seulement « *des motifs exceptionnels* ». Il serait temps d'admettre que le travail crée des droits, principe directeur il est vrai de peu de poids face aux avantages retirés de l'économie souterraine à laquelle participe le travail dissimulé des étrangers...

Deux instruments internationaux devraient s'avérer déterminants pour faire progresser la reconnaissance des droits fondamentaux des migrants illégaux. Le premier à citer est le protocole additionnel n° 1, en son article 1^{er} (« *toute personne a droit au respect de ses biens...* »),

dont on sait depuis l'arrêt *Gaygusuz* (90) qu'il protège le droit à une prestation sociale définie par la loi. Cette jurisprudence, bien reçue par les juridictions françaises, s'oppose aux conditions de nationalité, mais ses conséquences n'ont pas été tirées pour empêcher que la situation irrégulière d'un étranger le prive de ses droits. Si le droit à une prestation de Sécurité sociale est un droit patrimonial relevant de la protection du droit de propriété, comment des conditions administratives peuvent-elles faire échec à ce droit de propriété (91)? La "justification" admise par la Cour de cassation puis le Conseil d'Etat à partir de la « *nécessité pour un Etat démocratique d'exercer un contrôle à l'entrée de son territoire* » (92) ne convainc pas dès lors que le droit à la Sécurité sociale est affirmée sur un plan universel comme un droit de l'Homme (93). Malheureusement la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'infirme pas de manière évidente la position des juridictions françaises (94).

Le second instrument, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, n'a pas été ratifié par la France, malgré des appels répétés en ce sens, notamment de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (95). En son article 27, la Convention de l'ONU fait bénéficier de l'égalité de traitement en matière de Sécurité sociale les travailleurs migrants et les membres de leur familles. La référence aux « *conditions requises par la législation applicable* » dans l'Etat d'emploi vise les conditions d'ouverture du droit à chaque prestation, non la réglementation du séjour des étrangers. L'article 28 est ensuite des plus explicites sur les soins médicaux : « *de tels soins médicaux d'urgence ne leur sont pas refusés en raison d'une quelconque irrégularité en matière de séjour ou d'emploi* ».

A noter que l'article 27 de la Convention ONU va plus loin que les dispositions de la Convention n° 143 de

(88) Liste visée par l'article L. 311-10 qui ne traite pas des admissions exceptionnelles au séjour, mais seulement des règles générales, et concrétisée dans un arrêté du 18 janv. 2008.

(89) D'où l'annulation des fameuses « circulaires Fontanet-Marcellin » par le Conseil d'Etat (CE 13 janv. 1975, *Da Silva* et *CFDT*, Dr. Ouv. 1975.92).

(90) CEDH, 16 sept. 1996, *Gaygusuz c/Autriche*, D. 1998.436. note J. Marguénaud et J. Mouly ; JCP 1999. I. 105, obs. F. Sudre. Jurisprudence reprise notamment par Soc. 14 janv. 1999, *Bozkurt*, Bull. V n° 24 ; avec Soc. 21 oct. 1999, *CAF Grenoble c. Kunt*, Bull. V n° 395 ; CE, ass. 30 nov. 2001, *Min. de la défense c/Diop*, AJDA 2001.1039, chron. M. Guyomar et P. Collin.

(91) En ce sens, v. J. Favard, « Le labyrinthe des droits fondamentaux », Dr. soc. 1999. 215.

(92) Soc. 19 déc. 2002, *Brahim Gagou*, Dr. Ouv. 2003.283, note M. Bonnechère ; Dr. soc. 2003.423, obs. Favard précitées ; CE 12 déc. 2003, n° 235234, après CE 6 nov. 2000, GISTI.

(93) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, art. 9, dont la formulation

exprime l'applicabilité directe : « *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales* ».

(94) Cour EDH. 18 févr. 1991, *Moustaquim c/Belgique*, rec. serie A vol. 193, p. 27, admettant que la spécificité de l'ordre juridique communautaire justifie une différence de traitement entre ressortissants communautaires et ressortissants de pays tiers. Un évolution pourrait se dessiner avec l'arrêt *Niedzwiecki c/Allemagne* du 25 oct. 2005, n° 58453/00 (viole les articles 8 et 14 CEDH une différence de traitement entre plusieurs catégories de résidents étrangers selon le titre de séjour pour le bénéfice des allocations familiales).

(95) Cette convention, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1990, a été ratifiée à l'automne 2009 par quarante-deux Etats, aucun n'étant membre de l'Union européenne ou l'un des principaux pays industrialisés d'immigration. Un avis de la CNCDH daté du 23 juin 2005 avait recommandé aux autorités françaises de signer et de ratifier « sans délai » cet instrument. L'Unesco appelle régulièrement ses membres à faire de même.

l'OIT (96), elle aussi non ratifiée par la France. Celle-ci fait bénéficier « le travailleur migrant ...dans tous les cas où (la) législation n'a pas été respectée et dans lesquels sa situation ne peut être régularisée... pour lui-même et pour sa famille de l'égalité de traitement en ce qui concerne les droits découlant d'emplois antérieurs en matière de rémunération, de Sécurité sociale, et autres avantages... » (article 9).

L'emploi irrégulier d'étrangers ne correspond pas seulement à l'embauche sans titre. Des formes très graves de précarité dans l'emploi concernent les étrangers.

C. Droits fondamentaux et précarités dans l'emploi des étrangers : saisonniers, détachés

1. **Le travail saisonnier des étrangers** a toujours été dur, mal rémunéré, lié à des horaires extensibles et flexibles, à des conditions de logement peu enviables. Du moins la "saison" correspondait-elle à une période de récoltes et de travaux précis dans l'agriculture. A en croire un syndicaliste paysan, aujourd'hui « elle correspond simplement à la période la plus longue possible, pendant laquelle un employeur espère profiter d'une force de travail docile, malléable et bon marché », et le GISTI n'hésite pas à parler de "servage" (97), la mobilité de la main-d'œuvre étant organisée par quelques géants de la branche agro-alimentaire.

Le Code du travail donne un encadrement limité du travail saisonnier. Selon son article L 1242-7 4° les emplois à caractère saisonnier permettent la conclusion de contrats à durée déterminée pouvant ne pas comporter de terme précis. Mais la loi ne donne de définition ni des emplois saisonniers, ni des secteurs d'activité concernés, qui sont loin de se limiter à l'agriculture.

Selon l'article L. 313-10 4° du CESEDA, une carte de séjour temporaire est délivrée à l'étranger titulaire d'un contrat de travail saisonnier au sens du Code du travail, et qui s'engage à maintenir sa résidence hors de France. Cette carte lui permet d'exercer des travaux saisonniers n'excédant pas « six mois sur douze consécutifs ». Le titre est, d'une manière dérogatoire, accordé pour trois ans

(au lieu de un an) et renouvelable. Il permet au saisonnier étranger « de séjourner en France pendant la ou les périodes qu'elle fixe, et qui ne peuvent dépasser une durée cumulée de six mois par an ».

Pour la Cour de cassation, « le contrat saisonnier se distingue du contrat à durée déterminée d'usage en ce qu'il porte sur des tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs » (98).

Mais la jurisprudence de la Chambre sociale ne permet guère de combattre les pratiques répandues d'employeurs maintenant dans la précarité des travailleurs "saisonniers" pendant parfois vingt ans ou davantage, en utilisant la répétition de contrats de travail saisonniers. La loi ne limitant pas le nombre de contrats saisonniers successifs, un important arrêt (99) avait certes qualifié d'« ensemble à durée déterminée » la relation établie, et ceci rendait les règles du licenciement applicables au refus de renouvellement. Le champ d'application de cette solution a cependant été restreint aux hypothèses dans lesquelles les contrats saisonniers successifs couvrent toute la période d'ouverture ou de fonctionnement de l'entreprise, et où une clause de reconduction pour la saison suivante existe (100). Un arrêt (d'espèce) du 4 février 2009 reprend l'ensemble à durée déterminée sans référence expresse à la période d'activité de l'entreprise, mais à partir de la clause de reconduction (101).

Or des fraudes se sont généralisées dans certains départements, faisant de nombreux travailleurs étrangers de l'agriculture titulaires de contrats saisonniers de vrais travailleurs permanents (des saisonniers à titre permanent). Les associations de défense citent le cas exemplaire d'un "ouvrier agricole" employé pendant vingt-trois ans sur une exploitation de pommiers, affecté à la tâche de gestion des expéditions, devant à la fois tenter d'obtenir un titre de séjour permanent (102), exercer une action prud'homale afin d'obtenir la requalification des contrats de travail et agir devant le juge répressif sur le fondement de l'article L. 225-13 du Code pénal (abus de personne vulnérable).

(96) Convention n° 143 de l'Organisation internationale du travail sur les travailleurs migrants, adoptée en juin 1975, ratifiée à l'automne 2009 par vingt-trois Etats dont l'Italie, le Portugal, la Norvège et la Suède.

(97) N. Duntze (Confédération paysanne), « De la saison à l'univers concentrationnaire », in *Plein Droit*, n° 78, oct. 2008, « Saisonniers en servage », spéc. p. 6 s.

(98) Soc. 17 sept. 2008 n° 07-42463, Bull. V n° 163 ; antérieurement, v. Soc. 19 déc. 1999, Bull. V n° 373.

(99) Soc. 22 janv. 1991, *Institut marin de Rockroum*, Bull. V n° 30 ; *Grands arrêts du droit du travail*, par J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Dalloz, 4^e éd. n° 36.

(100) Soc. 15 oct. 2002, Bull. V n° 306, Dr. soc. 2002. p. 140, note. C. Roy-Loustaunau ; Soc. 16 nov. 2004, n° 02-4677, Bull. V n° 285.

(101) Soc. 4 fév. 2009, n° 07-42116, non publié au bulletin (emploi aux « Deux Alpes » sur les téléphériques et remontées mécaniques).

(102) A noter que la loi *Hortefeux* de 2007 a supprimé des cas d'obtention de plein droit de la carte de résident celui de l'étranger séjournant régulièrement en France depuis dix ans. Sur le dossier évoqué, v. *Plein droit* n° 78 précité, cahier de jurisprudence, p.III.

Dans une délibération du 15 décembre 2008, le Collège de la Halde (103) a parlé de pratique des employeurs « validée par l'administration des Bouches du Rhône » et souligné les conséquences discriminatoires en matière d'emploi et de conditions de travail, de protection sociale et de droit au respect de la vie privée et familiale de ce "statut" dans lequel sont « *enfermés, avec le concours de l'administration* » les saisonniers étrangers. Sous la surveillance de la Halde, l'administration a délivré des cartes "salarié" (104) et non plus "travailleur saisonnier", mais une fois de plus en se dotant de ses propres règles imposant dix contrats successifs d'une durée de huit mois...

La circulaire du 10 juillet 2009 sur la campagne 2009 des saisonniers agricoles (105) consacre, quant à elle, une partie de ses développements à la prestation de service et au détachement transnational.

2. Le détachement transnational de travailleurs touche donc aussi l'agriculture. Réfléchir aux outils juridiques disponibles susceptibles d'empêcher que les salariés détachés ne soient, à travers leurs rémunérations et conditions d'emploi, réduits à des moyens assurant aux prestataires de services internationaux le bénéfice d'une situation concurrentielle plus favorable, est loin d'être simple. Si l'on veut éviter l'incantation sur le thème de l'"Europe ultralibérale" et chercher par quel biais les travailleurs détachés peuvent être victimes du fameux "dumping social" (le jeu sur la loi applicable), il faut se rappeler que les traités communautaires ont saisi la mobilité internationale de la main-d'œuvre sous un seul angle : celui de la libre circulation des travailleurs (article 39 du Traité de Nice, article 45 du Traité de Lisbonne). Lorsqu'un salarié est envoyé par son employeur dans un autre Etat membre pour l'exécution d'une prestation de services, il y a bien "circulation" de ce travailleur, sans qu'il réponde à une offre d'emploi local, ni ne se déplace pour rechercher un emploi, puisqu'il reste au service du même employeur, qui le "détache". Comme le disait justement Pierre Rodière dans la première édition de son

manuel (106), il faut concilier liberté de circulation et liberté de prestation de services.

Allons plus loin : l'on ne saurait oublier que le travailleur "détaché" relève pleinement de la règle d'égalité de traitement inscrite à l'article 7 §1 du Règlement 1612/68 du 15 octobre 1968. Selon ce texte, toujours en vigueur après la Directive 2004/38 du 29 avril 2004 « *le travailleur ressortissant d'un Etat membre ne peut, sur le territoire des autres Etats membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé en chômage* » (107). Les ressortissants des vingt-sept Etats membres de l'Union Européenne peuvent se prévaloir de cette disposition du règlement communautaire, directement applicable dans l'ordre interne des Etats et l'on peut regretter qu'ils ne le fassent guère devant les juges nationaux, le problème de la mobilisation des règles de droit recevant ici une illustration de plus.

Au-delà de ces vingt-sept nationalités, les travailleurs ressortissants de pays tiers, ne pouvant invoquer le règlement sur la libre circulation des travailleurs, relèvent pour un assez grand nombre d'entre eux d'accords bilatéraux conclus par la Communauté et ses Etats membres et comportant une clause d'assimilation directement invocable devant les juridictions du pays d'accueil, comme les Marocains de la déjà ancienne affaire *Vander Elst* (108). Ces accords prévoient « *l'absence de toute discrimination* ». Il est bien dommage de voir passé sous silence le problème de la conciliation de ces normes avec le Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 dans ses dispositions traitant de la loi applicable au contrat de travail (principe du libre choix, mais les lois "de police" pouvant être imposées par l'Etat d'accueil).

Reste ensuite la Directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services sur laquelle s'est focalisée la

(103) Délibération n° 2008-283 du 15 déc. 2008.

(104) Grâce à l'aide du « Codetras » (Collectif de défense des travailleurs saisonniers), pendant l'été 2009, 485 dossiers de demande d'une carte de « salarié » sur 885 demandes ont obtenu une réponse favorable dans les Bouches-du-Rhône.

(105) Circulaire IMIM0900075 C du 10 juill. 2009 sur les travailleurs saisonniers agricoles étrangers, campagne 2009.

(106) P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ ed. 1998, spéc. n° 126 (ouvrage devenu le *Traité de droit social de l'Union européenne* dans l'édition 2008).

(107) Se rappeler l'arrêt *Prodest c/ CPAM Paris* du 12 juillet 1984 (aff. 287/83) : « *les dispositions communautaires relatives à la libre circulation de travailleurs... notamment celles du Règlement 1612/68... Doivent être interprétées en ce sens que le principe de non discrimination s'applique au cas d'un ressortissant d'un Etat membre engagé en tant que salarié par une entreprise d'un autre Etat membre, même au cours d'une période durant laquelle le travailleur exerce temporairement*

ses activités en dehors du territoire de la Communauté pour le compte de cette entreprise communautaire ».

(108) CJCE *Vander Elst*, 9 août 1994, aff. 43/93 (salariés marocains détachés en France par un employeur belge pouvant invoquer la clause d'assimilation de l'accord CE/Maroc celui en vigueur étant du 26 févr. 1996, et entré en application le 1^{er} juin 2000 (JOCE n° L. 70 du 18 mars 2000)). L'on peut citer parmi les autres accords comportant une clause d'assimilation directement invocable : l'accord CE/Turquie du 12 sept. 1963 (JOCE n° L. 217 du 29 déc. 1964), et la décision 1/80 du 19 sept. 1980 du Conseil d'association ; l'accord CE/Algérie du 22 avril 2002 (article 67) (JOUE n° L. 265/18 du 10 oct. 2005) ; l'accord de partenariat CE et 77 pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique du 23 juin 2000 (JOCE n° L. 317 du 15 déc. 2000) ; accord CE/Tunisie du 17 juin 1995 (JOCE n° L. 97 du 30 mars 1998) ; accord CE/Russie du 24 juin 1994 (JOCE n° L. 327 du 28 nov. 1997) ; accord CE/Ukraine du 14 juin 1994 (JOCE n° L49 du 19 févr. 1998).

doctrine. Cette norme minimale, dont relève tout travailleur détaché dans le cadre d'une prestation internationale de services sur le territoire d'un Etat membre, en dehors du champ d'application matériel et personnel des clauses d'assimilation précitées, prévoit elle-même l'application aux salariés détachés d'un « *noyau de règles impératives de protection minimale que doivent observer, dans le pays d'accueil, les employeurs qui détachent des travailleurs en vue d'effectuer un travail temporaire sur le territoire de l'Etat membre de la prestation* », des « *règles impératives de protection minimale* » en vigueur dans le pays d'accueil (109). C'est ici qu'une jurisprudence contestable de la Cour de Justice est intervenue. La CJCE considère d'abord que l'application des règles du pays d'accueil peut être disproportionnée, s'agissant de salariés d'une entreprise établie dans une région transfrontalière amenés à effectuer à temps partiel et pendant de très brèves périodes leur travail sur le territoire d'un ou plusieurs Etats membres autres que celui du siège de leur employeur (110). D'autre part, ses arrêts *Laval* et *Rüffert* (111) ont développé une interprétation étriquée de la Directive 96/71 et une conception dangereuse de l'enchaînement des normes communautaires et nationales. Contrairement à cette jurisprudence, la protection minimale visée par la Directive 96/71 doit être interprétée comme intégrant l'articulation des conventions collectives au plan national dans le sens du plus favorable au salarié, et non comme renvoyant exclusivement au minimum posé par la loi ou par les conventions collectives étendues ou rendues obligatoires par les pouvoirs publics.

Toutefois, la jurisprudence communautaire a bien admis que la lutte contre le dumping social pouvait justifier une restriction à la libre prestation de services (112).

Toutefois son interprétation du «noyau dur» obligatoire selon la Directive 96/71 enlève toute dynamique aux rapports entre la norme communautaire et le droit national, qu'elle prive d'une part de son efficacité.

En droit français, la loi du 2 août 2005 a redéfini l'encadrement du détachement de travailleurs (articles L.1261-1 et s. du Code du travail) (113). Une des

faiblesses de la réglementation tant communautaire que nationale vient de l'absence de fixation d'une durée maximale au détachement «temporaire», qui peut se compter en jours ou en mois. L'article L.1262-3, en interdisant la création par une entreprise étrangère d'un établissement en France dans le seul but de détacher ses salariés, vise à empêcher l'existence d'entreprises «boîtes aux lettres». L'entreprise qui détache des salariés en France doit avoir une activité significative dans le pays d'origine, les juges pouvant être amenés à vérifier que le salarié reste bien placé sous la subordination de l'entreprise qui l'a détaché (114). Pour éviter ce type de contentieux, dans lequel peu de travailleurs s'engagent, la fixation d'un maximum de durée s'imposant aux entreprises qui détachent leurs salariés dans le cadre d'une prestation de services serait importante pour éviter que le «temporaire» devienne quasi définitif. Un rapport adopté par le Parlement Européen voudrait aller dans ce sens tout en précisant la portée de la Directive 96/71 : « *il doit être absolument clair que la Directive sur le détachement et les autres directives n'empêchent pas les Etats membres et les partenaires sociaux d'exiger des conditions plus favorables visant à garantir l'égalité de traitement des travailleurs* » (115).

Détachés ou saisonniers durables, illégaux employés de longues années à bas prix, détenteurs de titres ne garantissant pas leur sécurité, des centaines de milliers de migrants sont maintenus dans un statut instable. L'idée d'une synergie entre migrations et développement est elle-même un leurre tant que le co-développement demeure un alibi, un message destiné aux opinions publiques, sans que les migrants eux-mêmes ne se voient reconnaître des droits subjectifs. Il est probable que la reconnaissance d'un droit à la mobilité des migrants et son organisation par les conventions internationales favoriserait la circulation des richesses et du savoir. Mais cela supposerait un renversement de perspective et « *une vision respectueuse du phénomène migratoire* » (116).

Michèle Bonnechère

(109) Directive 96/71 du 16 déc. 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, 13^e considérant (JOCE n° L18 du 21 janv. 1997).

(110) CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, affaire C-165/98, RJS 2001, p. 487, note J.Ph. Lhernould ; Rev. crit. dr. int. pr. 2001.495, note E. Pataut.

(111) CJCE 18 déc. 2007, *Laval*, aff. 341/05 ; CJCE 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06. V. M. Bonnechère, « La production des normes européennes en droit social, éléments de réflexion », Dr. Ouv. 2008.552 spec. les commentaires cités à la note 41 p. 557.

(112) CJCE 19 janvier 2006, *Commission c/Allemagne*, C-244/04.

(113) Complétée par un décret du 11 déc. 2007 et la circulaire DGT 2008/17 du 5 oct. 2008.

(114) V. par exemple Soc. 20 mai 2009, *X. c/Lybian Arab Foreign Bank*, n° 07-45350.

(115) Rapport Jan Andersson, adopté le 22 oct. 2008 par le Parlement européen.

(116) Selon l'expression de H. Marty-Gauquié, conférence IFRI précitée.