

Rapport de M. Coeuret,
Conseiller rapporteur

Cette affaire vient en Assemblée plénière de la Cour de cassation suite à une précédente cassation et à la rébellion de la juridiction de renvoi.

Le problème juridique essentiel est relatif à la justification de la résidence régulière en France d'enfants d'étrangers vivant avec leurs parents pour la fixation de la date d'ouverture des droits aux prestations familiales au titre desdits enfants.

Le présent rapport examinera successivement les faits et la procédure, puis les griefs et moyens, ensuite le contexte juridique général de l'affaire en ce qui concerne la portée des justificatifs attestant de la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers en France au regard de la fixation de la date d'ouverture des droits à prestations.

I. Faits et procédure

Mme X..., de nationalité congolaise, a sollicité le versement des prestations familiales françaises à compter du 1er mars 1993, au titre de ses deux enfants, nés au Congo en 1981 et 1984 et entrés en France avec elle en septembre 1991. La caisse d'allocations familiales de Cholet, à laquelle elle avait adressé cette demande, lui a alors réclamé un certificat médical émanant de l'Office des migrations internationales (anciennement O.N.I.) attestant de la régularité de l'entrée et du séjour des enfants sur le territoire national dans le cadre de la procédure de regroupement familial. Ce document ayant été produit en janvier 1995, la Caisse a accordé les prestations, mais seulement à partir du 1er février 1995, refusant au contraire de les verser pour la période allant du 1er mars 1993 (date de prise en charge initiale) au 31 janvier 1995, dans la mesure où, selon elle, les deux enfants ne pouvaient avoir droit aux prestations, en vertu de l'article L. 552-1 du Code de la sécurité sociale, qu'à partir du premier jour du mois civil suivant celui au cours duquel toutes les conditions requises sont réunies.

Après que la commission de recours amiable ait maintenu cette position par décision du 16 mai 1995, Mme X... a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale d'Angers lequel, par jugement du 13 mai 1997, a dit le recours de Mme X... recevable mais non fondé et a maintenu la décision attaquée.

Par arrêt du 10 septembre 1998, la cour d'appel d'Angers a réformé cette décision et condamné la caisse d'allocations familiales à servir les prestations familiales pour la période antérieure au 1er février 1995, considérant que les enfants étaient entrés en France et y avaient séjourné sous couvert des titres réguliers de M. et Mme X..., qui les avaient à charge.

Par arrêt du 31 octobre 2000 rectifié le 14 décembre 2000, la Cour de cassation, chambre sociale, a cassé et annulé cet arrêt pour violation des articles L. 512-2 et D. 511-2 du Code de la sécurité sociale, au motif essentiel que seul le certificat de contrôle médical délivré par l'Office des migrations internationales le 13 janvier 1995 avait eu pour effet d'attester la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers que les bénéficiaires avaient à charge.

Statuant en tant que cour de renvoi, la cour d'appel de Poitiers a, elle aussi, accueilli la demande de Mme X... en paiement des prestations familiales pour la période antérieure au 1er février 1995, dans la limite de la prescription, ce, par arrêt du 4 décembre 2001.

C'est ce dernier arrêt qui fait l'objet du présent pourvoi de la part M. le directeur régional des Affaires sanitaires et sociales des Pays de la Loire.

L'affaire a été distribuée à la chambre sociale de la Cour de cassation mais, après examen du dossier, il est apparu que la question portait sur le point déjà jugé par cette même chambre les 31 octobre et 14 décembre 2000, entre les mêmes parties selon les mêmes moyens et que l'arrêt attaqué avait refusé d'appliquer la solution dégagée par la chambre. C'est dans ces conditions que par arrêt du 1er juillet 2003, la deuxième chambre civile, désormais compétente, a renvoyé l'affaire en Assemblée plénière de la Cour de cassation conformément aux dispositions du second alinéa de l'article L. 131-2 du Code de l'organisation judiciaire.

II. Griefs et moyens

2-1 - Le mémoire ampliatif adresse un grief unique à l'arrêt attaqué, appuyé sur un seul moyen, identique à celui du pourvoi formé contre l'arrêt initial de la cour d'appel d'Angers du 10 septembre 1998.

Il est en effet reproché à la cour d'appel de Poitiers d'avoir violé les articles L. 512-2, D. 511-1 et D. 511-2 du Code de la sécurité sociale, en ce que les enfants de Mme X... n'étaient pas détenteurs, avant le 13 janvier 1995, des pièces exigées par les articles susvisés.

Plus précisément, les enfants n'étant pas nés en France, la cour d'appel aurait dû décider que seule la détention du certificat de l'O.M.I. pouvait à la fois justifier de la régularité, de l'entrée et du séjour des deux enfants X... et ouvrir le droit aux prestations familiales. Or les enfants n'ont disposé de ce certificat qu'à partir du 13 janvier 1995, date dont il est dit qu'elle résulte de la seule inaction de l'allocataire qui a tardé à effectuer les démarches auprès de l'Office.

Quoi qu'il en soit, en application de l'article L. 552-1 du Code de la sécurité sociale, il est soutenu par le mémoire en demande que la caisse d'allocations familiales de Cholet a justement ouvert le droit à allocations à compter du 1er février 1995 et qu'en outre la prescription biennale, prévue à l'article L. 553-1 du Code de la sécurité sociale, n'avait pas à être invoquée, ce par voie de conséquence.

2-2 - La défense

En défense, Mme X... soutient tout d'abord que le moyen invoqué est irrecevable en ce qu'il ne mentionne ni la partie critiquée de la décision ni ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué ce, en violation de l'article 978, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile.

Sur le fond, la défenderesse soutient que le texte de l'article D. 511-1 du Code de la sécurité sociale qui commande la solution du litige est parfaitement clair en ce qu'il ouvre une alternative qui est la suivante : ou bien l'étranger est entré en France avec son enfant et alors, il doit, pour bénéficier des prestations familiales, justifier être porteur d'un des titres de séjour énumérés par le texte. Ou bien, l'étranger est entré en France sans son enfant et alors, il doit justifier, soit que cet enfant est né sur le territoire national, soit que cet enfant, bénéficiaire d'une mesure de regroupement familial, a fait l'objet d'un certificat de contrôle délivré par l'O.M.I. Or il est rappelé que, selon une jurisprudence émanant de la Cour de cassation, chambre sociale, arrêt du 4 avril 1996 (Bull. Civ n° 142) le certificat de contrôle médical tel que celui délivré en l'espèce à Mme X... par l'O.M.I. n'a pour effet que d'attester la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers du bénéficiaire. Il ne peut donc pas servir à fixer la date d'ouverture du droit à prestations.

Ensuite la défense fait observer que si l'arrêt de cassation initial du 31 octobre 2000 était promis à publication ceci n'a plus été le cas pour l'arrêt rectificatif du 14 décembre 2000.

Elle indique enfin que l'arrêt attaqué se contente de constater que le passeport des enfants X... attestait leur entrée régulière avec leur mère sur le territoire français, alors que dans les arrêts du 31 octobre et 14 décembre 2000, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est fondée sur l'hypothèse que le seul certificat de contrôle délivré par l'O.M.I. le 13 janvier 1995 avait eu pour effet d'attester la régularité de l'entrée et du séjour des enfants, ne prenant donc pas directement le contre-pied du raisonnement adopté par la Cour de Poitiers.

Aucune des deux parties ne demande la condamnation de l'autre à lui régler une somme au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

III. Le contexte juridique

Avant de poursuivre l'examen du dossier, il est nécessaire de rappeler la teneur des dispositions qui gouvernent la question.

Faisant abstraction, au moins dans un premier temps, d'un éventuel apport du droit européen communautaire et extra-communautaire, on évoquera les dispositions de droit interne applicables ainsi que des conventions particulières liant les deux pays concernés.

3-1 - Tout d'abord, le Code de la sécurité sociale pose, en son article L. 512-1, le principe de l'égalité des droits aux prestations familiales entre français et étrangers dès lors que l'allocataire et les enfants à charge satisfont à une condition de résidence en France.

"Toute personne française ou étrangère résidant en France, ayant à sa charge un ou plusieurs enfants résidant en France, bénéficie pour ces enfants de prestations familiales dans les conditions prévues par le présent livre".

Précisément, la disposition suivante apporte des aménagements à ce principe. L'article L. 512-2 du même Code, pose dans son alinéa 1er l'exigence d'un titre de séjour régulier pour les demandeurs de nationalité étrangère et l'alinéa 2 du même article, qui a été ajouté par la loi du 29 décembre 1986, énonce qu'"un décret fixe la liste des titres et justifications attestant la régularité de l'entrée et du séjour des bénéficiaires étrangers et des enfants qu'ils ont à charge et au titre desquels des prestations familiales sont demandées".

Cette dernière disposition s'étend par conséquent explicitement aux enfants étrangers pour lesquels les prestations sont demandées, l'exigence de titres ou de justificatifs attestant la régularité de leur entrée et de leur séjour en France.

Le pouvoir réglementaire a, par le décret d'application n° 87-289 du 27 avril 1987, pris le relais en fixant la liste de ces documents, laquelle figure après codification, aux articles D. 511-1 et D. 511-2 du Code de la sécurité sociale.

L'article D. 511-1 énumère 15 titres ou documents en cours de validité susceptibles de jouer le rôle fixé par l'article L. 512-2 précité. Si l'on met de côté les documents propres aux ressortissants de certains pays ainsi que ceux qui se rapportent à la situation des réfugiés ou de demandeurs d'asile et qu'on retient ceux ayant un caractère général, seuls utiles pour la solution du présent litige, les titres énumérés par l'article D. 511-1 sont les suivants :

- la carte de séjour,
- la carte de séjour temporaire,
- le récépissé de demande de renouvellement de l'un de ces titres,
- l'autorisation provisoire de séjour d'une validité supérieure à trois mois,
- le livret spécial, le livret ou carnet de circulation.

Le dernier texte applicable mais non le moindre par la diversité de sens qui semble en résulter pour les parties en présence, est l'article D. 511-2 du même Code, qui prévoit que la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers que le bénéficiaire a à charge et au titre desquels il demande des prestations familiales, est justifiée par la production d'un des titres de séjour ou documents prévus à l'article D. 511-1 et à défaut par la production de l'un des documents suivants :

- extrait d'acte de naissance en France,
- certificat de contrôle médical délivré par l'O.M.I. à l'issue de la procédure de regroupement familial et comportant le nom de l'enfant.

A l'égard des étrangers majeurs en posture de demandeurs d'allocations, l'application de ces dispositions par les tribunaux ne soulève pas de problème d'interprétation. Il résulte en particulier d'un arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, du 20 décembre 1990 (n° 88-18 875) qu'il ne suffit pas pour l'étranger d'être en situation régulière sur le territoire national pour pouvoir

prétendre au bénéfice des prestations familiales. Les droits ne sont ouverts que par la production de l'un des titres énumérés par l'article D. 511-1 du Code de la sécurité sociale.

En conséquence, il a été décidé, aux termes de l'arrêt précité, que se trouvaient exclus du bénéfice des prestations familiales réclamées au titre d'enfants mineurs vivant avec eux, les étrangers qui résident en France sous couvert d'une autorisation de séjour valable trois mois, y compris lorsque cette autorisation est régulièrement prorogée.

Mais ce qui est limpide pour les majeurs cesse, dans le même dispositif législatif et réglementaire, de l'être pour les mineurs dès lors que se pose la question de la justification de leur présence en France.

La réponse à la question, sinon au litige, tient en la possibilité de procéder à deux lectures différentes de l'article D. 511-1 du Code de la sécurité sociale. La Cour de cassation estime pour sa part que la justification de la régularité du séjour se dédoublant, les enfants d'étrangers eux-mêmes, pour lesquels les prestations sont demandées doivent justifier de la régularité de leur propre séjour par la production des titres et justifications visés par l'article D. 511-2. Elle l'avait déjà décidé le 10 décembre 1998 (n° 97-12.327) au sujet d'enfants entrés en France avec leur mère libanaise et ne justifiant la régularité de leur séjour que par la détention d'une autorisation préfectorale. Cette autorisation ne figurant pas dans la liste ci-avant citée, ils ne pouvaient bénéficier de prestations familiales dans la mesure où ils ne pouvaient produire en relais le certificat de contrôle médical délivré par l'O.M.I.

La motivation de l'arrêt du 31 octobre 2000 rendu dans la présente affaire reproduit ce raisonnement puisqu'il y est énoncé que : "... le certificat de contrôle médical délivré par l'office national d'immigration le 13 janvier 1995 avait pour effet d'attester la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers que les bénéficiaires avaient à charge et au titre desquels étaient sollicitées les prestations familiales".

La lecture de l'article D. 511-2 retenue par les cours d'appel d'Angers puis de Poitiers, la seconde dans l'arrêt attaqué par le pourvoi, conduit au contraire les juges du fond à considérer que la régularité de la présence en France des enfants étrangers pour lesquels les prestations sont demandées n'a pas à être justifiée de manière autonome par la production des pièces visées audit article, pièces qui ne concernent que deux hypothèses particulières nettement définies, dans lesquelles n'entraient pas les enfants X....

Néanmoins, pour que les juges du fond puissent arriver à cette conclusion il fallait faire le constat parallèle selon lequel les titres exigibles de l'allocataire au sens de l'article D. 511-1 n'étant pas délivrés aux mineurs étrangers, les conditions de régularité de leur entrée et de leur résidence ne peuvent être établies que "sous couvert des titres" de l'allocataire lui-même.

En effet, l'ordonnance du 2 novembre 1945 portant statut des étrangers, ne prévoit pas la délivrance d'un titre de séjour pour les étrangers mineurs résidant en France (sauf s'ils ont au moins 16 ans et souhaitent exercer une activité salariée). Et, même si le Conseil d'Etat estime qu'aucune disposition de l'ordonnance ne s'oppose à une telle délivrance (C.E 25 juin 1993, Rec. C.E T. 778), il résulte d'une pratique administrative constante en l'état, qu'il n'est pas délivré de titre de séjour aux enfants de moins de 16 ans.

Ce constat de non délivrance est rappelé par chacune des deux cours d'appel à l'appui de son raisonnement, et ce, en des termes très voisins puisque la Cour d'Angers, dans son arrêt du 10 septembre 1998, après avoir énoncé que l'article D. 511-2 du Code de la sécurité sociale ne concerne pas les enfants X... qui ne sont pas nés en France et n'y sont pas entrés dans le cadre du regroupement familial, étant venus avec leur mère, affirme qu'en tant que mineurs, ils ne peuvent se voir délivrer une carte de séjour. Elle en conclut que, dès lors, la régularité de leur entrée et de leur séjour ne peut qu'être justifiée par les titres ou documents détenus par l'allocataire, en l'espèce la mère.

Dans un ordre peut-être plus didactique, l'arrêt attaqué de la Cour de Poitiers commence par rappeler que les titres de séjour visés à l'article D. 511-1 du Code de la sécurité sociale ne sont pas délivrés aux enfants mineurs. Elle poursuit en énonçant que l'article D. 511-2 renvoyant à l'article D. 511-1, il ne peut s'agir que des titres ou documents dont doit être titulaire le demandeur aux prestations et non les enfants eux-mêmes. Elle conclut en affirmant qu'en tout état de cause l'article D. 511-2, qui ne s'applique qu'à défaut de la production d'un des documents visés à l'article D. 511-1, est inapplicable au cas particulier, les enfants en cause ne remplissant pas les conditions exigées quant au lieu de naissance et au regroupement familial.

A l'évidence, pour reprendre ce dernier raisonnement en trois temps, c'est la proposition intermédiaire qui est stratégique, car c'est elle qui véhicule cette "lecture" de l'article D. 511-2 contraire à celle opérée jusqu'à présent par la Cour de cassation.

Ainsi, est-il intéressant d'évoquer une jurisprudence adjacente de la chambre sociale qui a contribué à renforcer le raisonnement adopté par les juges du fond, dans la mesure où elle exclut l'effet justificatif d'un document qui, par exception à la pratique administrative ci-avant rappelée, peut être délivré au mineur (et pas seulement au demandeur aux prestations) et qui figure néanmoins parmi ceux cités par l'article D. 511-1 du Code de la sécurité sociale.

Ce dernier texte mentionne en effet le livret spécial, le livret ou carnet de circulation, document qui est une pièce spécialement conçue pour justifier de la régularité du séjour en France d'un mineur, pour lui permettre de voyager hors de l'espace Schengen et de revenir sur le territoire national sans formalité. L'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 précité prévoit en effet que "les étrangers titulaires d'un titre de séjour ou du document de circulation délivré aux mineurs en application de l'article 9 sont admis sur le territoire au seul vu de la présentation de ce titre et d'un document de voyage". Et, parmi les hypothèses de délivrance du document de circulation figure celle de l'étranger mineur dont l'un des parents au moins est titulaire de la carte de séjour temporaire, ce qui était précisément le cas des enfants de Madame X....

Or, jusqu'à une date récente, la Cour de cassation, chambre sociale ne paraissait pas se satisfaire du document de circulation pour admettre que des enfants étrangers qui le posséderaient auraient droit aux prestations familiales. Par arrêt du 30 avril 1997, (n° 95-16.726) elle avait jugé qu'une telle pièce "ne constituait pas l'un des titres de séjour visés par l'article D. 511-1 du Code de la sécurité sociale". Décision troublante, car s'il est exact que le document de circulation n'est pas à proprement parler un "titre de séjour" il n'en est pas moins l'un des documents justificatifs visés par l'article D. 511-1 du Code de la sécurité sociale. Décision qui, en tout cas, confortait indirectement la rébellion (ce, même si elle pouvait avoir sa justification propre) car elle fermait

la brèche qui aurait pu s'ouvrir dans le raisonnement des deux cours d'appel, celles-ci ne pouvant, en cas de solution contraire, continuer à affirmer de façon aussi absolue que, lorsque l'article D. 511-2 renvoie à l'article D. 511-1 il ne peut s'agir que des titres ou documents dont doit être titulaire le demandeur aux prestations et non les enfants eux-mêmes.

On peut comprendre alors, sans nécessairement approuver en droit, que les caisses d'allocations familiales aient été conduites à demander aux parents d'enfants étrangers de produire un certificat de contrôle médical délivré par l'O.M.I. (Ex O.N.I.) Et qu'elles se soient satisfait de cette pièce, y compris lorsque, comme en l'espèce, les mineurs ne sont pas entrés en France au titre de regroupement familial (condition pourtant exigée par la lettre de l'article D. 511-2 du Code de la sécurité sociale).

Toutefois la Cour de cassation vient très récemment d'évoluer sur ce dernier point puisque par arrêt en date du 9 décembre 2003, la deuxième chambre civile (P, n° 02-30.401) a décidé qu'il résultait de la combinaison des articles D. 511-1 et D. 511-2 du Code de la sécurité sociale que la régularité du séjour d'un mineur étranger, que le bénéficiaire de prestations familiales a à charge et au titre duquel il demande l'octroi desdites prestations, est justifiée par la production d'un livret ou carnet de circulation. D'où la Cour a déduit, qu'en l'espèce, l'allocation de rentrée scolaire devait être servie à un ressortissant marocain au titre de son fils mineur bien que celui-ci n'ait pas disposé du certificat médical délivré par l'O.M.I.. Et la force justificative du document de circulation est utilisée à plein puisque l'arrêt fait reproche aux juges du fond d'avoir limité la demande de l'allocation sans avoir recherché, dans les limites de la prescription applicable, depuis quelle date l'enfant concerné était titulaire d'un titre de circulation. Même si en pratique cette solution est de portée limitée, le renvoi de l'article D. 511-2 à l'article D. 511-1 ne peut donc plus être présenté comme signifiant que seuls les titres ou documents propres au demandeur aux prestations sont à considérer.

Dans ce panorama du droit interne, décrivant le contexte où s'inscrit la question posée par le pourvoi, il reste à faire état d'une jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation qui bien que plus ancienne, ne paraît pas en parfaite harmonie avec les arrêts porteurs de la solution ayant suscité la rébellion dont celui du 31 octobre 2000 mais qui, en revanche, rejoint le motif de cassation dont est porteur l'arrêt précité du 9 décembre 2003. Cette jurisprudence est issue d'un arrêt publié en date du 4 avril 1996 (Bull. civ., V, n°142), cité par le mémoire en défense, et qui censure les juges du fond pour avoir refusé le versement des prestations familiales, dans un cas semblable à celui de la présente affaire, antérieurement à la délivrance du certificat de l'O.M.I.

"Attendu cependant que le certificat de contrôle médical délivré par L'O.N.I. (devenu O.M.I.) n'a pour effet que d'attester la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers du bénéficiaire ; qu'en statuant comme il l'a fait, sans préciser le contenu de ce certificat ni rechercher si les enfants de M.Z. ne satisfaisaient pas aux conditions de régularité de l'entrée et du séjour en France avant le 27 mars 1991, le tribunal a privé sa décision de base légale".

Ainsi donc, selon la doctrine de cet arrêt, le certificat de contrôle médical, s'il est efficient comme élément de preuve de la présence régulière des enfants sur le territoire français, n'est pas pour autant une condition d'ouverture du droit à prestations lequel pourrait rétroagir à la date de délivrance de ce justificatif, jusqu'au jour où il est démontré que les enfants sont entrés régulièrement sur le territoire français.

Cette dissociation entre condition d'ouverture des droits et justification du séjour des enfants étrangers en France, qui n'apparaît plus dans l'arrêt du 31 octobre 2000, pour lequel tout se joue, semble-t-il, à la date de délivrance du certificat de contrôle médical, peut se recommander des termes employés par l'article L. 512-2 du Code de la sécurité sociale précité qui invitent à réserver un sort différent à l'allocataire étranger et à l'enfant étranger ouvrant droit aux prestations. Le premier, selon la lettre même de l'alinéa 1er de cet article, doit être "titulaire d'un titre" exigé pour résider régulièrement en France". En ce qui concerne l'allocataire, la détention d'un tel document apparaît donc comme une condition d'ouverture des droits. Par conséquent, les prestations ne peuvent être servies, conformément à l'article L. 552-1 qu'à compter du 1er jour du mois suivant celui au cours duquel le titre a été obtenu. En revanche, à l'égard de l'enfant étranger, l'alinéa 2 du même article prévoit seulement qu'un décret fixera la liste des justifications de la régularité de son entrée et de son séjour sur le territoire national.

Il ne s'agit alors que d'une règle de preuve et la date de délivrance du document est, a priori, sans influence sur celle de l'ouverture des droits laquelle peut être située en amont si la preuve est rapportée de l'antériorité de la présence des enfants sur notre territoire.

3-2 - Au delà de l'application du pur droit interne (dispositions du Code de la sécurité sociale), seul invoqué jusqu'à présent par les parties au litige, et avant de replacer ce droit dans l'ensemble plus vaste que constitue le droit européen communautaire et extra-communautaire, se pose l'éventuelle applicabilité - de novo - de la Convention signée le 1er septembre 1974 entre le Congo et la France, relative à la circulation des personnes. Cette convention complétée par un avenant du 17 juin 1978 étant entrée en vigueur le 1er novembre 1981, elle était susceptible de régir l'entrée en France, en 1991, de Madame X... et de ses enfants.

Il résulte en particulier de l'article 5 § 1er de ladite Convention, dans sa rédaction en vigueur à l'époque, que les nationaux de chacune des parties contractantes désireux d'exercer sur le territoire de l'autre partie une activité professionnelle devront justifier de la possession d'un certificat délivré, en ce qui concerne l'entrée en France, par le consul de France compétent après examen subi en territoire congolais devant un médecin agréé par le consul en accord avec les autorités sanitaires congolaises, certificat devant être établi dans les deux mois précédant le départ.

Quant à l'article 5 sexto, il stipulait que les familles de nationaux de l'une des parties contractantes qui désirent rejoindre le chef de famille établi sur le territoire de l'autre partie, doivent, pour être admises sur le territoire de cette partie, justifier ..."du certificat médical prévu par l'article 5, 1er §".

Si ces dispositions ont été abrogées à compter du 1er octobre 1996, date d'entrée en vigueur de la nouvelle Convention franco-congolaise du 31 juillet 1993, laquelle prévoit désormais que "les membres de la famille d'un ressortissant de l'un des Etats contractants peuvent être autorisés à rejoindre le conjoint régulièrement établi sur le territoire de l'autre Etat dans le cadre de la législation en vigueur dans l'Etat en matière de regroupement familial", en 1991, date d'entrée (ou de retour ?) en France de Madame X..., seul était exigé le certificat médical visé par la Convention de 1974.

Appliquée à la situation de la défenderesse et de ses enfants mineurs à l'époque, ceci aboutirait à évincer le certificat médical délivré par l'O.M.I. pour considérer comme seul pertinent le certificat défini par la Convention accompagné des autres documents prévus par celle-ci, la production de ce certificat si elle a effectivement eu lieu, ce que le dossier ne permet pas de savoir, ouvrant droit aux prestations familiales, dès l'entrée des enfants sur notre territoire, sans autres formalités.

On permettra néanmoins au rapporteur d'observer que ce dispositif, propre aux relations franco-congolaises et qui fait désormais partie du passé, s'inscrit très explicitement dans une hypothèse de regroupement familial, même si cela n'est pas précisé en tant que tel dans le texte de l'article 5 sexto de la Convention, les termes de la nouvelle Convention du 31 juillet 1993 achevant de dissiper le doute.

Or il ne résulte aucunement des éléments fournis aux juges du fond (tant à la Cour d'Angers qu'à celle de Poitiers) que les enfants de Madame X... soient entrés en France à la faveur d'une procédure de regroupement familial. L'arrêt attaqué, reprenant en cela les constatations opérées par la cour d'appel d'Angers, affirme tout au contraire que cette procédure n'a pas été mobilisée en l'espèce. Sauf à considérer que, par l'effet d'une sorte de fiction juridique, aucune autre procédure n'a pu s'appliquer, force est donc de constater qu'il y a ici une difficulté propre au dossier qui tient dans l'existence, parallèle à la procédure de regroupement, d'une possibilité retenue par les juges du fond de faire entrer les enfants sous couvert d'un document de voyage dès lors que le parent qui les accompagne dispose lui-même de titres de séjour réguliers.

Mais il est temps de se tourner vers le droit européen, en commençant par le droit de l'Union, pour découvrir d'éventuels éléments de solution à la question posée.

3-3 - La liberté de circulation au sein de l'Union européenne et l'ensemble des droits qui s'y rattachent, spécialement dans les domaines de l'emploi et de la protection sociale, sont reconnus aux ressortissants des différents Etats membres et sont, à l'inverse, refusés aux ressortissants des Etats tiers vis-à-vis desquels, jusqu'à une période récente, les différentes politiques nationales d'immigration s'exerçaient à plein (voir cependant les nouvelles dispositions du Traité d'Amsterdam relatives aux visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes - art. 61 à 69 C.E., qui prévoient une communautarisation progressive de ces politiques).

Par le biais du regroupement familial dont le régime vient d'être retouché par la Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 (JO UE n° L 251, 3 oct. 2003 p. 12) le droit à la libre circulation et ses corollaires s'est élargi, bénéficiant désormais aux membres de la famille du ressortissant communautaire quelle que soit leur nationalité et en particulier aux enfants mineurs. Mais la famille X... n'est pas concernée par cette procédure, pas plus qu'elle ne peut, à un titre ou un autre, invoquer à son profit l'application du droit communautaire pour autant que celui-ci réserve le droit qu'il pose aux ressortissants de l'Union. Spécialement, aucun accord particulier ne lie le Congo à la Communauté européenne, qui permettrait, en matière de protection sociale, aux ressortissants de cet Etat de revendiquer des droits strictement identiques aux nationaux du pays d'accueil et, en cas de refus, d'invoquer l'application directe du principe de non-discrimination

(pour une illustration topique à partir de l'accord de coopération C.E.E. -Algérie : C.J.C.E., 5 avril 1995, s'agissant de l'octroi de l'allocation du F.N.S. à un ressortissant algérien, Rec. Dalloz 1996 J. p. 105 note Chauvet ; voir également C.J.C.E 20 mars 2001, Aff. C 33-00 pour l'application du même principe en matière de financement d'études hors communauté d'enfants d'un ressortissant non-communautaire).

Il existe certes une convention France-Congo, relative à la sécurité sociale qui est entrée en vigueur le 1er juin 1988 (JO 15 juin 1988 p. 8010 et s.). Mais si son article 1er énonce un principe d'égalité de traitement, l'article 9 qui définit les enfants bénéficiaires par référence à l'article 7 relatif à l'ouverture du droit aux prestations familiales, énonce quant à lui qu'il s'agit des enfants à charge du travailleur au sens de la législation de l'Etat sur le territoire duquel ils résident, ce qui renvoie aux textes du Code de sécurité sociale français dont nous cherchons précisément à dégager la portée.

Il est à observer cependant que certains droits parmi les plus importants ont tendance, au travers de l'évolution des traités européens et de celle du droit dérivé, à dépasser cette limite classique et à pouvoir être invoqués par les ressortissants de pays tiers présents sur le territoire de l'Union. Tel est le cas de la prohibition des discriminations fondées sur la nationalité qui domine toute la construction juridique communautaire. L'article 12 C.E. (ex art. 6 du traité C.E., lui-même substitué à l'art. 7 du traité de Rome) interdit dans l'ensemble du domaine d'application du droit communautaire toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

On conviendra que les instruments communautaires les plus récents ne traitent pas directement de cette question puisque l'article 13 du traité C.E. introduit par le Traité d'Amsterdam, très inspiré de la Convention européenne des Droits de l'Homme, donne mission au Conseil d'arrêter les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur une série de motifs dont la nationalité est absente. Mais la traduction de ce principe en droit dérivé par l'adoption de deux directives sur la discrimination montre que la lutte contre les autres causes de discrimination n'a pas à être limitée au cas des seuls ressortissants communautaires. Ces directives énoncent au contraire explicitement que les interdictions dont elles sont porteuses s'appliquent aux ressortissants des pays tiers (voir par exemple le point 12 du préambule de la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi, de travail et de prestations sociales JO CE, 2 déc. 2000, L 303/16).

On pourrait même aller jusqu'à affirmer que cette tendance n'est pas absente des premiers instruments visant à coordonner les systèmes de sécurité sociale. Analysant le règlement 1408/71 du Conseil en date du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et non salariés ainsi qu'aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté, un auteur avait déjà pu remarquer qu'aux termes de l'article 3 § 1 l'égalité de traitement concernait : "les personnes qui résident sur le territoire d'un Etat membre" et non pas -proposition de la Commission au Conseil- "les ressortissants des Etats membres quel que soit l'Etat de leur résidence" (P. Rodière, Droit social de l'Union européenne p. 574).

Il reste que, même dans les instruments les plus récents comme la Directive du 27 novembre 2000 précitée, il est précisé que l'interdiction de discrimination ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et qu'ils s'appliquent sans préjudice des dispositions en

matière d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers. Ceci doit s'entendre comme visant à protéger les différents régimes nationaux d'entrée et de séjour des étrangers non communautaires et les différences de traitement qu'ils induisent nécessairement entre ressortissants communautaires et non communautaires.

L'arrêt rendu par la Cour de justice le 11 octobre 2001 (C 95/99) est à cet égard très révélateur des limites actuelles du droit de l'Union en même temps qu'il représente aux yeux de certains un durcissement de la position des juges de Luxembourg difficilement conciliable avec le contenu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 par le Parlement européen, le Conseil et la Commission (JO C 364 p. 1). Aux termes de cette décision, en effet, pour que le ressortissant d'un pays tiers, en l'occurrence un réfugié, puisse bénéficier d'une égalité de traitement au sens du droit communautaire il convient que soit satisfaite une condition cumulative de résidence dans un pays membre et de circulation au sein de la communauté (sur l'ensemble de la question voir l'étude très complète de M.P. Mavridis : la sécurité sociale et les promesses des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Sakkoulas - Bruylant, 2003, p. 303).

Dès lors, compte tenu des limitations qui viennent d'être rappelées et qui sont inhérentes aux compétences communautaires, il est assez apparent qu'on ne saurait trouver dans les normes actuelles de l'Union une clef d'interprétation des textes du Code français de sécurité sociale qui conditionnent l'octroi des prestations familiales à Mme X...

3-4 - Mais le constat n'épuise pas pour autant toutes les virtualités du droit européen dont il convient maintenant d'aborder le second aspect représenté par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (C.E.D.H.).

Dans son état initial, la CEDH ne dit mot de la situation des étrangers et si le protocole n° 7 précise en son article 1er la situation des étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat signataire de la Convention, seuls sont visés les étrangers en situation régulière, ladite régularité étant appréciée au regard du droit interne (CEDH, 2 avril 1995, I... C/ France (requête n° 15773/89), A-314 Journal Dr . Int. 1996, p. 221 obs. Decaux et P. Tavernier, rappelant qu'il appartient au droit interne de définir les conditions du caractère régulier de la situation).

Cependant, sur un plan général, il a été observé que si la régularité de la situation de l'étranger est, en tant que préalable à la jouissance de certains droits qui lui sont par ailleurs reconnus, du domaine exclusif de l'Etat en cause, cela revient à soumettre le droit garanti par le texte européen au bon vouloir de l'Etat et à le faire dégénérer en simple faveur, ce qui n'est guère en harmonie avec l'esprit de la Convention et de ses protocoles ni même avec le principe du rôle effectif qui doit présider à l'interprétation des textes européens (C. Hirschhorn, les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme).

Or, il est par ailleurs incontestable que la Convention, par son article 1er, reconnaît des droits et libertés à toute personne sans considération de nationalité. Dès lors, un étranger, tout comme n'importe quel individu, est protégé par la Convention.

On est donc fondé à reposer, dans le cadre du droit européen des droits de l'homme, la question de savoir si le fait de subordonner l'octroi des prestations familiales à la production du certificat de l'O.M.I. ou d'un autre document du même type afin de justifier de la résidence des enfants au sens du Code de la sécurité sociale et afin de fixer la date d'ouverture des droits à prestations, alors que les enfants ont déjà rejoint l'allocataire sur le territoire français dans des conditions a priori non clandestines, n'est pas de nature à caractériser l'atteinte à différents droits dont Mme X... peut incontestablement se prévaloir au titre de la Convention européenne de sauvegarde.

Le premier de ces droits est celui de ne pas subir de discrimination, issu du postulat général de l'égalité de tous les être humains.

Le second est celui de la protection de la vie privée et familiale, étant précisé que dans la jurisprudence de la Cour européenne la défense du premier peut trouver l'appui du second.

S'agissant du premier droit, on rappellera in limine que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme précise que la jouissance des droits et libertés qu'elle reconnaît doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur l'origine nationale... ou tout autre situation. Par conséquent, si le motif justifiant une distinction n'est pas pertinent il y a discrimination. La Cour européenne a donné à cet égard de précieuses indications. Ainsi l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable : le but mais aussi les effets de la mesure doivent permettre d'apprécier la justification. Une distinction légitime de traitement doit non seulement poursuivre un but légitime mais aussi se caractériser par un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (J.F. Renucci, Droit européen des droits de l'homme, 3ème ed., L.G.D.J. p 108 et s., avec les références citées).

Certes, dans le cadre de la Convention européenne, l'article 14 est affecté d'un défaut d'autonomie. La discrimination n'est interdite qu'autant qu'elle se pratique dans un droit ou une liberté consacrée par le texte (contrairement au Protocole n° 12 du 4 novembre 2000, non encore en vigueur, qui émancipe le principe d'égalité). Mais la jurisprudence de la Cour européenne est ici très évolutive et déjà l'applicabilité de l'article 14 a été étendue à la catégorie des droits sociaux pourtant absente de la Convention. C'est l'un des apports essentiels de l'important arrêt rendu par la C.E.D.H. le 18 septembre 1996 dans une affaire B... C/ Autriche (n° 17371/90) où était en cause un refus de verser une allocation de chômage à un travailleur turc qui était arrivé en fin de droits, ce, au motif, qu'il n'avait pas la nationalité autrichienne. La Cour a considéré à cet égard qu'une distinction entre demandeurs d'emploi nationaux et non nationaux était discriminatoire dès lors qu'elle manquait de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé, en ajoutant que seules des considérations très fortes peuvent la conduire à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité.

Pour parvenir à ce résultat la Cour E.D.H. a fait une lecture combinée des articles 14 de la Convention et 1er du protocole n° 1. "Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens...". L'objet du litige, cette prestation sociale dite d'urgence que l'Etat autrichien refusait de verser au ressortissant turc ayant pourtant travaillé de façon régulière sur un territoire, a donc été analysé comme un droit patrimonial. Pour la Cour de Strasbourg, peu importe le lien pouvant

exister entre l'attribution de l'allocation et l'obligation de payer "des impôts ou autres contributions", il suffit que la prestation sociale relève du droit légal applicable. Si le requérant remplit toutes les conditions pour bénéficier de la prestation, celle de la nationalité ne peut lui être imposée, en vertu du principe de non-discrimination. Seule une justification objective et raisonnable aurait permis de ne pas tomber sous la censure de l'article 14, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Comme allant dans le même sens, on peut citer l'arrêt J... C/ Pays-Bas (requête n° 20060/92) du 21 février 1997, généralement interprété comme interdisant à l'Etat débiteur de prestations versées en contrepartie de cotisations d'introduire des différences de traitement entre nationaux et étrangers non-communautaires (cf. Flauss, AJDA, 1998, p.37).

L'arrêt E... consolide même cette jurisprudence en l'étendant aux prestations non contributives (CEDH 30 septembre 2003 req. 40892/98 E... C/ France). Dans cette dernière affaire la CEDH conclut à la méconnaissance de l'article 14 combiné avec l'article 1er du protocole n° 1 car : "la différence de traitement, en ce qui concerne le bénéfice des prestations sociales, entre les ressortissants français ou du pays ayant signé une convention de réciprocité et les autres étrangers ne reposait sur aucune justification objective et raisonnable" (point 49).

La Cour de cassation française a déjà tiré les conséquences de la jurisprudence B... avec l'arrêt rendu le 14 janvier 1999 (pourvoi n° 97-12.487) (Dr. social 1999 - 215 obs. Favard ; D. 1999 p. 334 note J.P. Marguénaud et J. Mouly) qui décide que le refus d'attribution de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité par la caisse primaire d'assurance maladie, n'est pas justifié au regard de la CEDH dès lors que l'intéressé, travailleur de nationalité turque, remplit les conditions exigées pour l'attribution de cette prestation.

Il est vrai que dans le même temps la Cour de cassation marque des limites qu'il convient d'apporter à la transposition dans l'ordre interne de cette jurisprudence. Ainsi l'arrêt du 19 décembre 2002 (pourvoi n° 00-22.085, Bull., V, n° 404), par lequel la chambre sociale approuve le rejet, opposé à un ressortissant marocain travaillant régulièrement en France, de sa demande de prise en charge par l'assurance maladie, de l'hospitalisation de son épouse, après avoir refusé de voir dans un tel rejet une contradiction entre les exigences du Code français de sécurité sociale (art. L. 161-25-2 et D. 161-15) et les stipulations de la CEDH. Mais ceci ne révèle aucune contradiction dans la position du juge français car la solution de l'arrêt J... se comprend au regard de la condition essentielle que le bénéfice des prestations d'assurance maladie est soumis, s'agissant des ayants droit majeurs de nationalité étrangère, à une exigence de régularité de leur présence sur le territoire national (or l'épouse de Monsieur K... était en "situation irrégulière") exigence justifiée selon l'arrêt par une "nécessité démocratique" (au sens de la CEDH) en raison de l'obligation dans laquelle se trouve un Etat démocratique d'exercer un contrôle à l'entrée de son territoire. Il s'agit donc là de ce que la Cour EDH considère comme des "considérations très fortes" pouvant amener à estimer une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité, compatible avec la Convention.

On observera que cette jurisprudence limitative intervient dans une situation a priori très différente de celle sur laquelle repose la présente affaire puisqu'au-delà même de la diversité des prestations sociales concernées, il s'agit ici de l'entrée et du séjour de mineurs et que la régularité de la situation de Madame X... n'est pas contestée.

Mais pour importante qu'elle soit, la voie ouverte par l'arrêt B... n'est pas la seule qui s'offre pour mener un raisonnement susceptible d'être utile à la solution du présent litige.

Plus classiquement en effet, la Cour de Strasbourg combine l'article 14 de la Convention avec un autre article de celle-ci garantissant un droit.

Ainsi l'a-t-elle fait avec le droit à la vie privée et familiale (CEDH 7 août 1996, L... C/ Belgique [requête n° 00021794/93], Rec. 1996, 915) dont il convient maintenant d'évoquer le contenu afin de montrer qu'il n'est pas sans rapport avec le droit aux prestations familiales.

L'article 8 de la Convention européenne a vocation à s'appliquer aux rapports parents-enfants notamment ; si la vie familiale doit être préexistante et effective pour qu'on puisse l'évoquer, le domaine de ce droit paraît relativement large dans la mesure où, à l'engagement négatif des Etats de ne pas s'immiscer dans le droit au respect de la vie familiale s'ajoutent des "obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale" (§ 33). Autrement dit, l'Etat doit prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale (F. Sudre et a., "Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", Thémis PUF, 1ère éd. 2003, p. 278). Le contrôle par la Cour du respect de ces "obligations positives" de l'Etat de résidence est, précisément, intervenu à propos d'étrangers auxquels il était refusé le droit de se réunir entre membres d'une même famille ou à qui étaient opposés la décision de les séparer, même si, contrairement au droit communautaire et au droit interne la CEDH ne consacre pas un droit au regroupement familial. Surtout, le domaine de la vie familiale a été étendu par l'arrêt M... aux relations familiales patrimoniales (M... C/ Belgique 13 juin 1979 [requête n° 00006833/74] Série A n° 31 Grands arrêts précités n° 42). Si cette importante décision concerne les successions, les libéralités ainsi que les obligations alimentaires, en revanche un arrêt plus récent prend directement position sur les allocations familiales dont il est dit qu'elles relèvent également de l'aspect patrimonial de la vie familiale même si la Cour considère en l'espèce que l'article 8 n'imposait pas à l'Etat défendeur de fournir l'assistance financière que constitue l'allocation de congé parental (F... C/ Autriche (requête n° 20458/92), 27 mars 1998 - 156/1996/775-776).

L'intérêt de cette dernière affaire est double en ce qu'elle concerne le même type de droits que ceux dont nous traitons dans la présente affaire et en ce qu'elle illustre l'application combinée des articles 8 et 14 de la Convention. Même si du point de vue de leur source ainsi que de leur régime, droit à l'allocation de congé parental et droit aux prestations familiales ne peuvent être confondus, il n'en reste pas moins que tout comme le versement de la première, le versement des secondes "vise à favoriser la vie familiale et a nécessairement une incidence sur l'organisation de celle-ci..." (arrêt § 27).

Dès lors, et très concrètement, il n'est pas déplacé de se demander si le refus d'octroyer à Madame X... les allocations familiales correspondant à la période antérieure à la présentation du certificat médical de l'O.M.I. ne peut pas être regardé comme portant atteinte à l'article 8 de la Convention, la non-perception desdites allocations ayant, durant la période litigieuse où les enfants étaient déjà en France, affecté la vie de la famille X... d'une façon qu'on ne peut a priori considérer comme secondaire.

Aussi bien, dans le respect des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, il n'y aurait d'autre lecture des textes du Code français de sécurité sociale commandant l'issue du présent litige que celle consistant, soit à cantonner le certificat de contrôle médical délivré par L'O.M.I., ou tout autre document du même ordre prévu par convention bilatérale, dans un rôle subsidiaire par rapport aux titres et documents de séjour dont est titulaire le demandeur au bénéfice des prestations familiales, soit à dissocier la justification de l'entrée et du séjour de l'enfant sur notre territoire de la date d'ouverture des droits aux prestations. Cependant cette dernière option paraît elle-même comporter un aléa dans son application, lié à la preuve de l'entrée des enfants de l'allocataire sur le territoire français. L'arrêt de la chambre sociale du 4 avril 1996 précité semble implicitement se rallier au système de la preuve extrinsèque de cette entrée puisqu'il est reproché au juge du fond de n'avoir pas précisé le contenu du certificat médical ni recherché (au-delà des termes de ce certificat) si les enfants ne satisfaisaient pas aux conditions de régularité de l'entrée et de séjour en France avant la délivrance de cette pièce.

Mais l'utilité d'une telle solution n'est-elle pas sujette à caution lorsque, même en cherchant des preuves au-delà de ce que mentionne le certificat de l'O.M.I., on ne parvient à démontrer avec certitude que les enfants de l'allocataire sont entrés avant la date portée sur ce document ? Il est alors assez platonique de continuer à dire que, pour les enfants, la date de délivrance du justificatif ne fait pas obstacle à la rétroactivité des droits à prestations.

En définitive, lorsque, comme dans la présente affaire, des enfants étrangers sont déjà sur le territoire national après une entrée non clandestine bien que distincte de la procédure de regroupement et qu'ils vivent avec leur mère, elle-même en situation régulière, on peut se demander ce qui les différencie d'enfants de ressortissants français ou communautaires au regard de la condition générale de résidence posée par l'article L.512-1 du Code de la sécurité sociale qui vise : "Toute personne française ou étrangère résidant en France ayant à sa charge un ou plusieurs enfants résidant en France ..." ? Superposer à ces éléments l'exigence de la production d'un certificat de contrôle médical émanant de l'O.M.I. ou d'un certificat médical propre à la procédure définie par traité, n'est-ce pas introduire une différence de traitement fondée sur la nationalité à l'égard des enfants et de l'allocataire lui-même, différence dont on ne voit guère la finalité sinon de police et dont on peut alors discuter qu'elle soit dans un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ?