



HAL
open science

Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation : Remarques sur les frontières de la solidarité en Europe

Etienne Pataut

► To cite this version:

Etienne Pataut. Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation : Remarques sur les frontières de la solidarité en Europe. S. Barbou des Places, P. Rodière et E. Pataut. Les frontières de l'Europe sociale, Pedone; Pedone, pp.169-189, 2018, CAHIERS EUROPÉENS, 978-2-233-00888-6. halshs-02266420

HAL Id: halshs-02266420

<https://shs.hal.science/halshs-02266420v1>

Submitted on 14 Aug 2019

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

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

Sécurité sociale, assistance sociale et libre circulation : Remarques sur les frontières de la solidarité en Europe

Etienne Pataut

Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1

IRJS

VERSION DE TRAVAIL

Les tensions qui traversent l'Etat providence sont désormais si virulentes que les analyser et chercher de nouvelles voies semble d'une urgente nécessité. Face à la crise, les Etats providence nationaux sont en tension et les pistes de réformes ne manquent pas, qui montrent que l'organisation et la philosophie même de la redistribution sont aujourd'hui discutées¹. En droit interne, le débat est aujourd'hui profondément renouvelé et vise à réfléchir à la notion même de solidarité² et aux nouveaux chemins que pourraient prendre les Etats providence pour s'adapter à la nouvelle réalité économique et sociale³. Cette réflexion approfondie ne peut pas rester sans conséquences sur les mécanismes de solidarité sociale en Europe.

La remise en cause de ceux-ci est en effet tout aussi énergique en Europe, au point qu'il n'est sans doute pas de pire moment pour s'interroger sur la solidarité sociale au sein de l'Union. Celle-ci, en effet, est contestée de toute part. Précédé d'une intense campagne visant à remettre en cause la liberté de circulation des personnes et l'accès aux prestations sociales, le référendum britannique n'a été que l'élément le plus visible d'une longue chaîne de déclarations politiques ou de sourdes campagnes visant à remettre en cause certains des acquis de la politique sociale européenne.

Cette discussion intervient elle-même dans un contexte économique difficile, dont le progrès social semble être une victime sacrificielle bien commode. Il est à cet égard frappant que lorsqu'aujourd'hui le droit européen parle de droit social c'est, le plus souvent, pour en souligner les défauts, pour montrer combien il serait un frein au progrès économique ou à l'inévitable austérité qui devrait servir de politique économiques à toute l'Union⁴ et ce n'est pas la promesse d'un nouveau socle européen de droits sociaux, encore bien vague, qui semble de nature à renverser cette situation⁵.

¹ Parmi une littérature extrêmement abondante, v. récemment M. Borgetto et al. (dir.), *Quelle(s) protection(s) sociales (s) demain ?* Dalloz, 2016 ; en Europe, v. P. Turquet (dir.), *La crise de la protection sociale en Europe - Adaptation ou refondation*, PUR, 2015.

² v. Part. A. Supiot (dir.), *La solidarité – Enquête sur un principe juridique*, Odile Jacob, 2015, et tout part., pour le droit européen, P. Rodière, « Actualités des solidarités sociales en droit européen », p. 311.

³ N. Morel, B. Palier, J. Palme, *Towards a Social Investment Welfare State ?*, Bristol, Policy Press, 2012. Dans un contexte plus spécifiquement français, v. aussi B. Gazier, B. Palier, H. Périvier, *Refonder le système français de protection sociale*, Presses de Sciences Po, 2014.

⁴ Pour une vue d'ensemble, v. part. A. Supiot, (dir.), « Les Gardiens des droits sociaux en Europe », *Semaine Sociale Lamy*, n° spécial, supplément au n° 1746 du 28 novembre 2016.

⁵ Commission européenne, *Commission Recommendation on the European Pillar of social rights*, C (2017) 2600 Final du 26 avril 2017 (en anglais uniquement) et Commission européenne, Proposition de proclamation

On a vu contexte plus propice.

Pourtant, tenter de poser quelques jalons pour une réflexion sur la solidarité sociale en Europe ne paraît pas totalement vain, précisément en raison de ces difficultés même. En matière de protection sociale, il semble en effet que l'on se trouve aujourd'hui à une manière de croisée des chemins, résultant d'une évolution peut être imparfaitement prévue et anticipée.

L'Union est placée dans une situation bien différente de celle des Etats. A peu près dépourvue de compétence et n'ayant pas utilisé celles qui lui ont été attribuées, l'Union européenne n'a pas de mécanismes substantiels de protection sociale. Aucune allocation, aucune prestation n'est jamais versée directement par l'Union à un particulier directement identifié. Si solidarité de l'Union il y a, celle-ci passe nécessairement par le truchement des Etats⁶.

Le rôle des politiques européennes en la matière est dès lors très profondément différent de celui des Etats. Il ne consiste pas à définir abstraitement une collectivité à laquelle on attribuerait un certain nombre de droits, selon des techniques et des modes de financement particuliers. Ceci relève des Etats, qui, en application de leur histoire singulière, mettent en place selon une organisation qui leur est propre les contours de leur Etat providence.

La particularité de l'Union est ailleurs et vient de ce qu'il lui appartient d'organiser une articulation des régimes nationaux les uns avec les autres. Cette articulation elle-même est une politique qui dessine une certaine vision de la solidarité sociale en Europe. Or, précisément, cette politique a évolué.

Le choix initial en matière de solidarité sociale était celui de la coordination des règles de sécurité sociale, comme corollaire de la liberté de circulation. Mais à ce choix de coordination est progressivement venu s'ajouter un autre élément : celui de l'extension progressive, notamment par le biais de la citoyenneté européenne, de l'égalité de traitement, conduisant à la construction d'une frontière nette entre sécurité sociale et assistance sociale (I). Cette frontière, pourtant se brouille nettement aujourd'hui, sous la pression de plusieurs éléments, au point que des lignes de force — peut-être même des lignes de régression — se dessinent aujourd'hui. Rien ne le montre mieux que l'étude de ceux qui sont aux limites des systèmes de protection sociale : les étrangers (II) et les inactifs (III).

I. Sécurité sociale et assistance sociale : une frontière nette

La solidarité sociale en Europe s'est construite autour d'une opposition qui est désormais bien nette, dans son domaine comme dans ses méthodes : celle qui sépare sécurité sociale, d'un côté, assistance sociale, de l'autre. L'une et l'autre sont des enfants de la liberté de circulation, mais, quoique présentant de nombreux points de contact, ils sont régis par deux logiques totalement différentes : celle du conflit de lois pour la sécurité sociale (A), celle de la jouissance des droits pour l'assistance sociale (B). Cette distinction emporte d'importantes conséquences qu'il est nécessaire de précisément identifier (C).

A. Le choix du conflit de lois : la sécurité sociale

interinstitutionnelle sur le socle européen des droits sociaux, COM (2017) 251 Final du 26 avril 2017 ; sur ce point le débat entre S. Laulom et JP. Lhernould, « Quelle Europe sociale nous prépare le socle des droits sociaux ? », *RDT*. 2017. 455.

⁶ Pour une réflexion d'envergure générale sur la question, v. A. Sangiovanni, « Solidarity in the European Union », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, pp. 1–29.

Le choix en faveur d'une méthode particulière, celle du conflit de lois, en matière de sécurité sociale, résulte directement de la double contrainte de la liberté de circulation des travailleurs, d'une part, et de l'absence de compétence de l'Union en matière de sécurité sociale, d'autre part.

La première contrainte relève de l'évidence : quelle attrait aurait une liberté de circulation pour des travailleurs qui, en franchissant les frontières internes de l'Europe, perdraient leur couverture santé ou leur cotisation retraite ? Ne pas se préoccuper de sécurité sociale, c'était vouer à l'échec dès le départ le projet de développement de la liberté de circulation des travailleurs.

La seconde contrainte relève d'un choix politique. La mise en place d'un système de protection sociale proprement européen aurait pu en effet être préférée. Il aurait été envisageable de transférer à la Communauté, puis à l'Union une large compétence en la matière, à charge pour elle de bâtir un système complet de sécurité sociale européen. Un tel choix paraît, aujourd'hui encore, politiquement et techniquement hors d'atteinte. Les mécanismes de sécurité sociale sont si étroitement imbriqués dans les sociétés nationales qu'il est exclu, même après 50 ans de construction européenne, de transférer à l'Union la charge de bâtir un régime complet et cohérent en la matière⁷. Dès lors, même si certains transferts sont ponctuellement envisageables⁸ et qu'une compétence existe désormais⁹, les réalisations de l'Union en matière de sécurité sociale ne sont pas du domaine du droit matériel.

Le choix fondamental a donc été dès l'origine celui de la coordination des systèmes, explicitement placée sous les auspices de la liberté de circulation. Ce choix, dont les termes presque inchangés figurent désormais à l'article 48 TFUE, a conduit à l'élaboration progressive d'un droit que, malgré sa complexité, il faut considérer comme l'une des grandes réalisations de l'Union européenne. Les importants règlements en la matière, 3/58, 1408/71 et désormais 883/2004¹⁰ ont mis en place ce que la Cour de justice a pu appeler « un système de règle de conflits ayant un caractère complet »¹¹, permettant la coordination la plus adéquate possible des systèmes de sécurité sociale.

Ce quasi-droit international privé de la sécurité sociale présente des caractéristiques fondamentales dont les quatre plus importantes sont fréquemment soulignées : l'égalité de traitement, l'unicité de législation applicable, l'exportabilité des prestations et la totalisation des périodes d'assurance¹².

Il en est toutefois une autre, peut-être plus modeste, sur laquelle on voudrait s'arrêter un instant : son apparente neutralité. En mettant en place des règles de conflit de lois, le droit de l'Union ne prend pas parti sur la substance même des politiques à mettre en place en matière de sécurité sociale. Il organise simplement la répartition dans l'espace de lois différentes, en fonction de critères de rattachement objectifs et relativement simples à identifier, pour l'essentiel le lieu d'exécution du travail ou la résidence habituelle. De ce fait, le droit

⁷ V. Sur ce point l'important ouvrage de J.C. Barbier, *La longue marche vers l'Europe sociale*, PUF, 2008.

⁸ En matière d'assurance chômage, par exemple. V. Sur cette question, significativement, plus développée dans la littérature économique que juridique : A. Bénassy-Quéré, « La zone euro en quête de coordination », *Revue d'Economie Financière*, 2017. 336.

⁹ article 153 TFUE. Significativement, cette compétence suppose l'unanimité au Conseil.

¹⁰ Ce règlement est lui-même en phase de renégociation, suite à la proposition de la Commission du 13 décembre 2016 : COM (2016) 815 Final.

¹¹ CJCE 12 juin 1986, *Ten Holder*, aff. 302/84 et CJCE 10 juillet 1986, *Luitjen*, aff. 60/85.

¹² Pour une analyse détaillée de ces principes, v. not. P. Rodière, *Droit Social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^e éd., 2014, p. 659 et s. et, dans le présent volume : P. Mavridis, « Sécurité sociale : la solidarité européenne et ses limites », *Infra / Supra*, p. XXX.

européen de la sécurité sociale présente une caractéristique que l'on attribue volontiers à la règle de conflit de lois bilatérale : la neutralité¹³.

Cette neutralité, certes, ne doit pas être surestimée. D'une part, l'idée même de la neutralité de la règle de conflit de lois fait aujourd'hui l'objet d'un vif débat théorique en droit international privé¹⁴. D'autre part, et plus fondamentalement ici, cette neutralité elle-même est dès le départ biaisée du fait de l'objectif substantiel fondamental qui nourrit toute cette construction : la liberté de circulation. Celle-ci est l'aune de mesure et d'interprétation des textes en matière de sécurité sociale, rappelée dès le tout premier considérant du règlement 883/2004 et conduisant fréquemment la Cour de justice à favoriser telle ou telle solution de conflit de lois qui serait à ses yeux, plus favorable à l'épanouissement de la libre circulation des personnes. Les exemples abondent, on y reviendra longuement. On se contentera pour l'instant de l'un d'entre eux, celui de la détermination de la loi applicable aux prestations familiales et de la condamnation du régime particulier consenti à la France dans l'affaire *Pinna*¹⁵.

Sous l'empire du règlement 1408/71, les prestations familiales relevaient de la loi de l'Etat du lieu de travail, sauf pour la France, qui avait obtenu une dérogation permettant à la sécurité sociale française de ne verser à la famille restée sur le territoire d'un autre Etat membre du travailleur européen que des prestations à hauteur de ce qui aurait été versé en application du droit de cet autre Etat membre. La solution a été condamnée par la Cour de justice en des termes qui méritent d'être rappelés.

Après avoir réaffirmé les différences de fond entre les systèmes nationaux, elle affirme en effet (n° 21) que :

« La réalisation de l'objectif d'assurer aux travailleurs la libre circulation dans la Communauté, tel que visé dans les articles 48 à 51 du traité, est cependant facilitée quand les conditions de travail, parmi lesquelles figurent les règles de sécurité sociale, sont aussi proches que possible dans les différents Etats membres. Cet objectif est, au contraire, compromis, et sa réalisation rendue plus difficile si les différences évitables dans les règles de sécurité sociale sont introduites par le droit communautaire. Il s'ensuit que la réglementation communautaire en matière de sécurité sociale, prise en vertu de l'article 51 du traité, doit s'abstenir d'ajouter des disparités supplémentaires à celles qui résultent déjà du défaut d'harmonisation des législations nationales ».

La singularité de la position française est donc condamnée précisément parce qu'elle introduit une discontinuité de traitement analysée comme une entrave à la liberté de circulation des travailleurs.

Le système conflictuel mis en place par les règlements et la Cour est donc bien étroitement dépendant de la liberté de circulation et a de ce fait été progressivement étendu à tous les bénéficiaires de celle-ci. Même s'il a pu être remarqué avec justesse que l'introduction de la citoyenneté européenne n'avait finalement pas bouleversé la sécurité sociale¹⁶, il reste que l'extension du champ des bénéficiaires a tout de même été réalisée, puisque sont désormais couverts non seulement les travailleurs mais encore tous les ressortissants des Etats membres soumis à la législation d'un ou plusieurs Etats membres (Règlement 883/2004, article 2).

¹³ V. par ex. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit International Privé*, 4^e éd., PUF, 2017, n° 347.

¹⁴ D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, n° 353 et s.

¹⁵ CJCE, 15 janvier 1986, *Pinna* aff. 41/84.

¹⁶ P. Rodière, « Actualités des solidarités sociales en droit européen », in : A. Supiot (dir.), *La solidarité – Enquête sur un principe juridique*, Odile Jacob, 2015, p. 311, spéc. pp. 319 et s.

Et cette extension n'en a pas fait disparaître la caractéristique fondamentale, propre à tout système de conflit de lois : la complétude. La particularité du droit de l'Union est donc bien d'avoir mis en place un régime original, sophistiqué et efficace de coordination, garantissant qu'en matière de sécurité sociale toute personne est couverte par une loi et aucune personne n'est couverte par plus d'une loi.

La situation est toute différente en matière d'assistance sociale.

B. Le choix de la jouissance des droits : l'assistance sociale

La sécurité sociale est définie de façon précise et autonome par la Cour de justice. Pour être qualifiée de prestation de sécurité sociale, une prestation doit, d'une part, se rapporter à l'un des risques de l'article 3 du règlement 883/2004 et, d'autre part, être octroyée aux bénéficiaires en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, sur la base d'une situation légalement définie¹⁷.

Cette définition laisse donc de côté toute une série d'allocations qui sont versées par les Etats providence nationaux, mais sans relever de la sécurité sociale au sens du droit de l'Union (la qualification nationale étant à cet égard indifférente). Relèvent-elles pour autant du droit de l'Union européenne ? La réponse de la Cour de justice a, à cet égard varié, mais si une réponse positive générale s'est progressivement imposée, c'est seulement par la double extension du domaine d'application de la liberté de circulation — du travailleur au citoyen — et, corrélativement, du principe d'égalité de traitement.

La notion d'avantage social est celle qui est utilisée depuis fort longtemps en matière de libre circulation des travailleurs. Depuis l'article 7 du premier règlement en la matière, celui de 1968 il est en effet acquis que l'avantage social accordé aux travailleurs nationaux doit bénéficier aux travailleurs des autres États membres¹⁸. L'égalité de traitement, qui est une application particulière du principe de non-discrimination par la nationalité, imposé en général par l'article 18 TFUE et pour la libre circulation des personnes en particulier par l'article 45 TFUE, est désormais garantie par l'article 24 du texte fondamental en matière de libre circulation : la directive 2004/38.

Une lecture trop littérale de ces textes ne doit pourtant pas tromper : le domaine de cette égalité de traitement a beaucoup évolué, tout particulièrement sous l'influence de la citoyenneté européenne. La Cour de justice s'est en effet emparée de ce concept désormais central de l'Union pour étendre les domaines d'application personnel et matériel de l'égalité de traitement.

La première extension, consacré aujourd'hui à l'article 24 déjà cité, a consisté à reconnaître à tout citoyen communautaire ce qui, jusqu'ici, était réservé au travailleur. C'est la leçon principale de la célèbre affaire *Martinez Sala*¹⁹, la première à avoir fait le lien entre égalité de traitement et citoyenneté de l'Union. Elle a ensuite été maintes fois répétée par la Cour, par exemple pour les étudiants²⁰, les chômeurs²¹ ou les indigents²².

La seconde a consisté à faire entrer dans le domaine de l'égalité de traitement des avantages sociaux qui n'en faisaient jusque là pas partie. Le point est particulièrement frappant concernant certaines allocations qui n'étaient pas directement liées au travail ou à la qualité de

¹⁷ Il y a là une importante et relativement stable ligne jurisprudentielle de la Cour de justice depuis l'arrêt *Frilli* : CJCE, 22 juin 1972, aff. 1/72. Sur cette distinction, v. P. Rodière, *op. cit.*, pp. 695 et s.

¹⁸ Sur l'ensemble, v. J.P. Lhernould, « Les avantages sociaux en droit communautaire », *Droit Social*, 1997. 388.

¹⁹ CJCE, 12 mai 1998, aff. C-85/96.

²⁰ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99 ; CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03.

²¹ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02.

²² V. par exemple CJCE, *Trojani*, 7 septembre 2004, aff. C-456/02. Sur les indigents, v. aussi *infra*, III.

travailleur, et qui, à ce titre, étaient jusqu'ici hors du champ d'application du principe de non-discrimination entre travailleurs. Il en est ainsi par exemple des allocations versées aux étudiants pour leur entretien²³ ou des allocations de recherche d'emploi²⁴ : écartées au départ du champ d'application du traité, celles-ci, du fait de la citoyenneté européenne, y entrent désormais.

La jurisprudence de la Cour en la matière est abondante, évolutive et difficile à systématiser, aussi ne s'y aventurera-t-on pas ici.

Il reste qu'en abordant la question de l'assistance sociale sous le seul prisme de l'égalité de traitement, le droit de l'Union a bien réalisé, même si c'est de façon beaucoup plus discrète, un choix inverse mais méthodologiquement tout aussi fondamental qu'en matière de sécurité sociale. Ce choix est celui de laisser aux Etats membres le soin de définir unilatéralement le champ d'application dans l'espace de leurs règles d'assistance sociale. La liberté, il est vrai, n'est pas totale, puisqu'il faut que le critère de rattachement respecte les exigences de l'égalité de traitement. A cet égard, la jurisprudence relative à l'intégration des citoyens et de leur famille, dont on connaît l'importance, est ici déterminante²⁵.

Il reste que, sous cette réserve, chaque Etat détermine librement qui il souhaite favoriser, ce qui, dès lors, ne garantit ni l'absence de lacune (une personne n'est couverte par aucune loi), ni l'absence de cumuls (une personne est couverte par plus d'une loi).

Cette différence de méthode entre sécurité sociale et assistance sociale produit une manière de hiérarchie entre les deux mécanismes.

C. Méthodes et hiérarchies

La différence entre la logique de conflit de lois de la sécurité sociale et la logique de jouissance des droits de l'assistance sociale, en effet, a des conséquences importantes sur l'articulation des règles en matière de solidarité sociale d'un Etat membre à l'autre.

Le principe de l'unicité de loi applicable en matière de sécurité sociale garantit que toute personne dans le champ d'application du règlement est couverte par une loi. Le risque maladie, par exemple, est nécessairement couvert par la loi d'un Etat membre, indépendamment de l'envergure de cette couverture.

A l'inverse, n'aborder la question de l'assistance sociale que sous le seul angle de l'égalité de traitement sans se préoccuper de l'articulation des règles nationales, c'est accepter l'idée qu'une personne, même bénéficiaire de la liberté de circulation, puisse n'être couverte par aucune législation. Le risque pauvreté, par exemple qui ne relève pas de la sécurité sociale n'est ainsi nullement systématiquement couvert, une personne pouvant se trouver hors du champ d'application de toutes les règles nationales applicables en la matière.

Ce choix méthodologique relève donc d'une hiérarchie implicite entre sécurité sociale, dont on ne saurait priver un individu, et assistance sociale, qui relèverait encore d'une générosité spontanée de l'Etat, sans générer de créances individuelles nettement identifiées, en tout cas pas sous l'angle du droit de l'Union, et force est dès lors de constater que le traitement identique réservé à la sécurité sociale et l'assistance sociale dans la Charte des droits fondamentaux mérite d'être sérieusement nuancé.

²³ CJCE, *Grzelczyk*, 20 Septembre 2001, précité, point 35 : la Cour s'appuie pour justifier son revirement à la fois sur la citoyenneté communautaire et sur le chapitre du traité consacré à l'insertion et à la formation professionnelle.

²⁴ CJCE, *Collins*, 23 mars 2004, aff. C-138/02, point 63.

²⁵ v. not. S. Barbou des Places, « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Revue des Affaires Européennes*, 2013/4, p. 689.

Ainsi, tout particulièrement lorsque l'article 34 § 2 affirme sans ambages que :

« Tout personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales »,

il faut ici certainement comprendre que le « droit » n'est nullement inconditionnel et concerne en réalité plutôt la sécurité sociale que l'aide sociale. En matière d'aide sociale, à défaut d'adoption soit de règles substantielles européennes garantissant la mise en place effective de ce droit soit de règles de conflit de lois garantissant que chaque individu est couvert, l'existence au niveau européen de ce « droit » aux avantages sociaux n'est guère plus qu'une pétition de principe.

D'autant que le droit de l'Union, loin de mettre en œuvre ce droit, assume au contraire de la façon la plus directe sa limitation. On sait en effet que la crainte d'un « tourisme social » a conduit l'Union à n'accepter qu'avec méfiance la généralisation du droit au séjour, qui ne doit pas avoir pour conséquence de faire du citoyen européen « une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil »²⁶.

Très concrètement, cette exigence se traduit dans le deuxième paragraphe de l'article 24 de la directive 2004/38. Cette disposition, précisément consacrée à l'égalité de traitement, en limite le champ d'application en liant octroi des prestations sociales et qualité du séjour. En substance, l'accès aux prestations sociales peut être refusé pendant les trois premiers mois du séjour et les prestations d'entretien des étudiants peuvent être limitées, avant l'obtention d'un droit au séjour permanent, aux travailleurs et aux membres de famille. Le garde-fou ainsi posé par la directive est celui d'une résidence habituelle qualifiée : en pratique, seule une résidence habituelle et légale de cinq ans permettra d'accéder à une égalité de traitement absolue, par le biais de l'accès au droit au séjour permanent. L'Etat d'accueil n'offre inconditionnellement son système d'aide sociale qu'à ceux qui ont fait la preuve de leur intégration.

In fine, l'opposition semble donc relativement claire, entre d'un côté une sécurité sociale garantie à toute personne qui se déplace sur le territoire de l'Union, par un mécanisme de coordination et de l'autre une aide sociale qui relève uniquement de l'égalité de traitement, mais n'est nullement garantie et continue de relever fondamentalement de la générosité unilatéralement déterminée des Etats membres.

Pour autant, certaines évolutions montrent que la frontière est techniquement plus complexe et, surtout, politiquement plus ambiguë qu'il n'y paraît. La situation des étrangers et des inactifs en témoigne avec beaucoup de clarté.

II. Les étrangers et la solidarité sociale

La question de savoir si et dans quelle mesure un étranger peut accéder à la protection sociale est une question évidemment au cœur de tout Etat providence, en ce qu'au-delà des considérations techniques, elle oblige à se poser la question fondamentale de la collectivité visée par les dispositifs de protection.

Historiquement, il est aujourd'hui bien établi qu'en France le critère de la nationalité a progressivement été remplacé par celui de la résidence²⁷. D'une part la perspective assurantielle qui reste si prégnante en droit de la sécurité sociale, conduit à redéfinir le groupe des bénéficiaires à partir de celui des contributeurs, indépendamment de leur nationalité.

²⁶ Directive 2004/38, articles 7, 12 et 13.

²⁷ L. Isidro, *L'étranger et la protection sociale*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2017.

D'autre part, et peut-être surtout, la perspective des droits fondamentaux implique que l'on réfléchisse en profondeur à la définition même de la collectivité à laquelle serait due la solidarité nationale. Cette double justification explique que, de façon désordonnée, parfois peu cohérente et souvent insatisfaisante, mais néanmoins inflexible, le droit de la protection sociale s'est progressivement dégagé de la nationalité pour construire d'autres critères permettant de définir cette collectivité.

Une évolution identique est-elle en cours en Europe ? La question se pose nécessairement de façon tout à fait différente, car dans l'espace européen, la considération de la solidarité a été conçue dans le cadre particulier de la liberté de circulation. Dès lors, le principe fondamental a consisté à lier de façon très nette l'accès des étrangers aux mécanismes mis en place à l'extension de la liberté de circulation (A). Mais l'émergence progressive d'une compétence de l'Union en matière de droit des étrangers conduit à un important brouillage des frontières (B).

A. Liberté de circulation et ressortissants de pays tiers

D'un côté se pose — ou devrait se poser — la question de savoir si les mécanismes de coordination en matière de sécurité sociale s'appliquent aux ressortissants des Etats tiers ; de l'autre se pose — ou devrait se poser — la question de savoir si l'égalité de traitement garantie aux ressortissants des Etats membres est susceptible d'être étendue aux ressortissants d'Etats tiers.

A toute première vue, les étrangers ne devraient pas être concernés. En matière de sécurité sociale, les ressortissants d'Etats tiers devraient en principe être exclus des mécanismes de coordination. La coordination étant fondée sur la liberté de circulation et les étrangers ne bénéficiant pas de celle-ci, ils n'entrent donc pas dans le champ d'application des règlements de sécurité sociale. En matière d'aide sociale, ensuite, les étrangers ne devraient pas non plus bénéficier du principe d'égalité de traitement, lui aussi corollaire de la liberté de circulation. On pourrait donc penser que les ressortissants d'Etats tiers ne sont pas concernés par l'organisation européenne de la solidarité.

Cette affirmation, pourtant, ne correspond nullement au droit positif.

Cette solution rigide est en effet depuis toujours atténuée pour les étrangers qui se rattachent à un citoyen européen par leurs liens familiaux. Ceux-ci sont considérés comme des bénéficiaires indirects de la liberté de circulation par la directive 2004/38 dont le cinquième considérant affirme que :

« Le droit de tous les citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres devrait, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, être également accordé aux membres de leur famille quelle que soit leur nationalité ».

Dès lors, par cohérence, ils doivent aussi relever de la coordination des régimes de sécurité sociale, ce qu'affirme le 7^{ème} considérant du règlement 883/2004 aux termes duquel :

« En raison des différences importantes existant entre les législations nationales quant à leur champ d'application personnel, il est préférable de poser le principe suivant lequel le présent règlement est applicable aux ressortissants d'un État membre, aux apatrides et aux réfugiés résidant sur le territoire d'un État membre qui sont ou ont été soumis à la législation de sécurité sociale d'un ou de plusieurs États membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants »

La question est donc résolue pour les membres de la famille d'un ressortissant de l'Union ayant exercé sa liberté de circulation. D'un côté, l'article 2 du règlement 883/2004 prévoit explicitement que les membres de la famille du ressortissant d'un Etat membre sont couverts par le texte, de l'autre, l'article 24 de la directive 2004/38 étend le bénéfice de l'égalité de traitement aux membres de la famille du ressortissant de l'Union.

La solution n'est nullement surprenante. L'affirmation de la liberté de circulation des travailleurs a depuis le départ été comprise comme un droit pour le travailleur de circuler avec sa famille, celle-ci fût-elle de nationalité tierce. Le principe ici est celui de l'assimilation du membre de famille au ressortissant de l'Etat membre. Cette inclusion des étrangers a suivi de près l'évolution de la libre circulation. Maintenant que celle-ci est ouverte à tous les citoyens, la situation des membres de famille a, dans ses grandes lignes, suivi. Ces solutions (et toutes les nuances qui les accompagnent) relèvent somme toute de la vision classique de la coordination des régimes de sécurité sociale et de l'égalité de traitement en matière d'assistance sociale, qui fait de celles-ci un appendice de la libre circulation.

Les choses changent du tout au tout lorsque l'étranger n'est pas explicitement rattaché à un citoyen européen. Dans ce cas en effet, les exigences de la liberté de circulation, dont ils ne sont pas directement bénéficiaires, ne sont plus en jeu. Dès lors, l'extension aux ressortissants des pays tiers ne s'imposait pas. Elle a eu lieu, pourtant, au moins partiellement.

B. Au-delà de la libre circulation

Le droit de l'Union s'immisce progressivement, avec les difficultés que l'on sait, dans le droit de l'immigration. Quelques compétences sont aujourd'hui ouvertes par le traité permettant à l'Union d'adopter une politique d'immigration²⁸. La réalisation de cette politique est évidemment plus que chaotique, les différentes crises qui ont secoué l'Union ces dernières années sont là pour en témoigner.

Il n'en reste pas moins que ces crises n'ont pas empêché l'adoption de quelques textes importants, qui ont progressivement conduit à une extension de l'égalité de traitement à l'égard des ressortissants des pays tiers.

L'assimilation de l'étranger en situation régulière au national s'est progressivement imposée. Trois textes paraissent ici d'une importance toute particulière, qui ont progressivement étendu à la fois le régime de coordination et l'égalité de traitement.

1. Assistance sociale et égalité de traitement

Les considérations d'égalité de traitement ont progressivement été étendues aux ressortissants des Etats tiers. L'extension s'est faite en deux temps.

Les résidents de longue durée, tout d'abord, se sont vus accorder l'égalité de traitement, à la fois en matière d'assistance sociale et de sécurité sociale, l'un et l'autre explicitement visés à l'article 11§1 d de la directive 2003/109²⁹. Le lien avec la liberté de circuler, il est vrai, n'est pas encore totalement rompu puisque l'un des avantages liés à ce statut de résident de longue durée est bien d'accéder, même si ce n'est pas exactement aux mêmes conditions, à la libre circulation en Europe.

Cette rupture, en revanche, est consommée dans la directive dite « permis unique » visant à mettre en place un socle commun de procédures et de droits à destination des ressortissants

²⁸ Sur ce point, v. S. Corneloup, F. Jault-Seseke et S. Barbou des Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, PUF, 2015, pp. 269 et s.

²⁹ Directive 2003/109 du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JOUE L n° 16 du 23 janvier 2004, p. 44.

des pays tiers installés sur le territoire d'un Etat membre³⁰. Cette fois, la référence à la libre circulation, qui n'est nullement garantie pour ces ressortissants, a disparu et la directive est fondée sur le seul article 79 TFUE, relatif à la politique européenne d'immigration. L'égalité de traitement, n'en est pas moins garantie en matière de sécurité sociale (article 12§1 e), même si cette égalité de traitement est beaucoup plus limitée³¹.

Ces deux textes sont l'un et l'autre entièrement indifférents à la logique coordinatrice qui anime le règlement 883/2004. Ils visent simplement à garantir les mêmes droits aux étrangers et aux citoyens européens dans l'accès à la prestation considérée, sans s'interroger sur l'applicabilité même du droit étatique applicable.

En témoigne très clairement le récent arrêt *Martinez Silva*³². L'arrêt concernait le refus de versement d'une prestation familiale à la ressortissante d'un Etat tiers titulaire d'un permis unique au sens de la directive 2011/98. Il s'agissait en l'espèce d'une prestation familiale, dont le versement était réservé au départ aux seuls italiens puis, progressivement, aux citoyens européens, puis à leur famille, puis aux ressortissants étrangers titulaire du titre de séjour de longue durée.

Cette séquence, même très brièvement rappelée par la Cour, permet de montrer combien le principe d'égalité de traitement conduit effectivement à supprimer les conditions discriminatoires d'accès aux prestations de sécurité sociale. Dès lors, dans sa décision, la Cour de justice ne fait que compléter cette progressive extension en l'appliquant à une nouvelle catégorie d'étrangers : ceux qui sont titulaires du permis unique.

La Cour, par combinaison des textes applicables et en application de sa jurisprudence antérieure a en effet analysé la prestation en cause comme une prestation de sécurité sociale au sens du règlement 883/2004 et en a déduit qu'elle devait bénéficier à l'intéressée en raison du principe d'égalité de traitement posé par la directive permis unique. La position de l'Italie est donc fermement condamnée.

La solution doit être approuvée en tout point. La loi italienne était incontestablement discriminatoire en ce qu'elle consacrait une différence de traitement explicitement prohibée par la directive permis unique. En ce sens, le droit de l'Union suit donc le même chemin que le droit français, en abandonnant progressivement toute référence à la nationalité dans les règles de sécurité sociale³³.

Il reste qu'il faut bien garder présent à l'esprit la fonction différente des rattachements et la distinction entre l'applicabilité et l'application du droit italien.

En l'espèce, la Cour ne se pose pas la question de l'applicabilité même de la loi italienne, qui est pourtant l'objet du règlement 883/2004. S'agissant d'une situation qui, manifestement, ne présentait aucun rattachement avec un autre Etat membre, la disparition de l'étape du conflit de lois n'a pas grande importance tant l'applicabilité de la loi italienne ne faisait aucun doute. Il reste que celle-ci était probablement applicable en tant que loi de la résidence habituelle de la demanderesse. C'est l'étape du conflit de lois.

³⁰ Directive 2011/98 du 13 décembre 2011 *établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un Etat membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un Etat membre*, JOUE L n° 343 du 23 décembre 2011, p. 1.

³¹ D'une part en effet « l'aide sociale » dans sa généralité n'est pas mentionnée. D'autre part, l'article 12§2, dont la complexité défie l'analyse, autorise les Etats membres à prévoir toute une série de restrictions à cette égalité de traitement en matière de sécurité sociale et d'aide sociale.

³² CJUE, 21 juin 2017, *Kerly del Rosario Martinez Silva*, aff. C-449/16, Europe 2017. 302, obs. L. Driguez.

³³ L. Isidro, *ibid.*

L'applicabilité de la loi italienne établie, c'était le second critère qu'il convenait de discuter, celui réservant l'application même de la loi italienne à un certain nombre de gens en fonction de leur nationalité et de leur statut. C'est ici qu'est condamnée l'utilisation du critère de la nationalité, comme discriminatoire lorsque l'étranger en cause relève de la directive permis unique.

Il n'est bien évidemment pas question de regretter ici l'extension progressive de l'égalité de traitement aux ressortissants des Etats tiers. Il convient simplement de remarquer que si l'extension de l'égalité de traitement condamne certes les discriminations et, partant, le critère de la nationalité comme critère de déclenchement des droits à prestation, elle n'en fait pas pour autant disparaître la nécessité de la coordination des lois et l'utilisation de critères de rattachement propre aux règles de conflit de lois. Ce sont ces critères qui ont désormais été étendus aux ressortissants des pays tiers.

2. Sécurité sociale et coordination des lois

En matière de sécurité sociale l'extension de la coordination a été réalisée pour les ressortissants non européens par voie de règlements, en 2003 puis 2010³⁴, règlement dont le titre même est significatif puisque, dans sa version actuelle, il « vis[e] à étendre le règlement 883/2004 et le règlement 987/2009 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces règlements uniquement en raison de leur nationalité ».

Ce texte, dont l'importance a immédiatement été soulignée³⁵, ne doit certes pas être surestimé en ce sens qu'il ne confère en lui-même aucun droit à des prestations de sécurité sociale aux étrangers. Il assure simplement (mais c'est déjà beaucoup) aux ressortissants des Etats tiers légalement installés sur le territoire d'un Etat membre que ceux-ci seront couverts par la même loi et dans les mêmes conditions que les ressortissants des Etats membres. En d'autres termes, les étrangers bénéficient du même régime de coordination que les citoyens européens.

Il est difficile de ne pas être frappé par la disparition de la raison d'être même du règlement de coordination : assurer la liberté de circulation des citoyens européens et leur famille. Rien de tel dans cette situation, puisque, par définition l'étranger ne bénéficie pas de la libre circulation. Il y a donc bien une déconnexion complète de la circulation et du bénéfice du régime de coordination, dont il faut trouver le fondement ailleurs.

Celui-ci doit être trouvé dans la politique d'immigration de l'Union, comme en témoigne la base juridique du texte, l'article 79 TFUE. La raison d'être de ce règlement est donc à chercher dans les exigences de l'intégration des étrangers visées au considérant n°1 et dans le droit fondamental à la sécurité sociale visé au considérant n° 4, qui renvoie lui-même à l'article 34 §2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Il est vrai que cette dernière référence est ambiguë, dans la mesure où l'article 34§2 vise toute personne « qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union ». De la même façon, le règlement lui-même limite son application aux situations transnationales, puisque son article 1^{er} affirme que le texte ne s'applique qu'aux étrangers qui :

« se trouvent dans une situation dont tous les éléments ne se cantonnent pas à l'intérieur d'un même Etat membre ».

³⁴ Règlement 859/2003, désormais remplacé par le règlement 1231/2010, *JOUE* L. 344 du 29 décembre 2010, p. 1.

³⁵ Sur ce règlement, v. part. P. Mavridis, « UE : un prix nobel de protection sociale pour les pays tiers ? », *RDT*. 2012. 719 et 2013. 57.

Il ne faut pourtant pas voir dans cette limite une quelconque consécration de la liberté de circulation qui, encore une fois, n'est nullement garantie pour les intéressés. Cette limitation découle de l'objet même du règlement 883/2004. Celui-ci, en effet, vise à organiser la coordination des lois étatiques en matière de sécurité sociale par l'introduction de règle de conflit de lois. Pour que ces règles de conflit de lois puissent être amenées à jouer, il faut donc que la situation se rattache par nature à plus d'un Etat. C'est le principe même d'une règle de conflit de lois que de n'être mise en œuvre que lorsque la situation en cause se rattache à plusieurs ordres juridiques ; sauf qu'en matière de sécurité sociale, ces ordres juridiques ne peuvent être que ceux des Etats membres. Du fait de la nature fondamentalement unilatérale et territoriale des règles de sécurité sociale, la coordination ne peut résulter que d'un engagement des Etats eux-mêmes, par voie de convention bilatérale (avec les pays tiers) ou par voie de règlement (en Europe)³⁶. Dès lors, il ne faut pas s'y tromper : ce que réalise le règlement 1231/2010, c'est bien étendre le régime de conflit de lois interne à l'Europe aux étrangers.

Mais, malgré leur importance, ces règles changent fondamentalement de sens en étant déconnectées de la libre circulation et, plus largement, de la construction européenne. Les règles de conflit de lois applicables aux étrangers ne visent ni à coordonner leur régime de protection sociale avec celui de leur pays d'origine ni à favoriser une liberté de circulation qui ne leur est pas accordée.

Rien n'en témoigne mieux que la limitation du champ d'application du règlement aux étrangers en situation régulière. Seuls certains des étrangers, ceux dont le séjour est régulier, seront concernés par le règlement coordination.

L'objet de la coordination est donc bien différent. Alors que pour les européens il est de garantir que ceux-ci sont couverts par une législation de sécurité sociale en toute circonstance lorsqu'ils exercent leur mobilité, l'objet du texte est beaucoup plus limité pour les étrangers en ce qu'il se contente de raffiner et d'étendre le système de coordination des seules lois des Etats membres en matière de sécurité sociale. Dès lors, pour les étrangers, les situations de lacunes et de cumul n'ont pas disparu.

C'est pour cela que la référence à l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale est, pour les étrangers, fort ambiguë. De quel « droit » s'agit-il en effet ? On l'a vu, le règlement 883/2004 organise un système de rattachements qui en lui-même est neutre. De ce fait, comme le montre l'arrêt *Martinez Silva*, l'égalité de traitement portera sur l'éventuelle discrimination dans la mise en œuvre du droit applicable. Qu'il puisse en revanche avoir une influence sur l'applicabilité même du droit est plus douteux.

De ce fait, la référence à l'égalité de traitement ne doit pas être surinterprétée. Le système européen étend effectivement l'ampleur de sa protection en ce qu'il force les Etats à traiter certains étrangers, ceux en situation régulière, de la même façon que leurs nationaux. Mais en matière de coordination la solution ne conduit certainement pas à un système de même nature que celui qui existe au bénéfice des européens et de leur famille.

La séparation reste donc nette entre d'un côté des règles de conflit de lois qui restent profondément au cœur de la liberté de circulation et ne peuvent être appliquées à ceux qui n'en bénéficient pas sans changer de nature et de l'autre côté des règles de jouissance des

³⁶ Sur ce point, v. E. Pataut, « Territorialité et coordination en droit international privé – l'exemple de la sécurité sociale », in *Mél. P. Mayer*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2015, p. 663 ; il ne sera pas ici question de la situation particulière des Etats (Turquie, Maroc, notamment) qui ont conclu des accords particuliers avec l'Union. Sur la situation des intéressés, v. part. P. Mavridis, *article précité*, pp. 57 et s.

droits qui sont, pour leur part, beaucoup plus aisées à étendre à une population de bénéficiaires à laquelle l'Union entend étendre ses mécanismes de solidarité.

Cette séparation, qui nous semble être au cœur du projet même de la construction européenne, semble pourtant aujourd'hui menacée, comme en témoigne la situation des inactifs.

III. Qui protège les inactifs ?

La question des inactifs est l'objet d'un débat lancinant depuis qu'a été décidé, au début des années 1990, de leur étendre la liberté de circulation auparavant garantie pour les seuls travailleurs. Désormais, l'article 21 TFUE garantit à tout citoyen de l'Union le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

Cette extension n'est pas restée sans conséquence sur l'égalité de traitement, et l'on a vu que la volonté de ne pas faire de ces citoyens mobiles une charge pour l'assistance sociale de l'Etat d'accueil avait conduit à limiter le champ de l'égalité de traitement. Il reste que cette solution semble progressivement contaminer les mécanismes de coordination de la sécurité sociale elle-même. La question est partie des prestations spéciales non contributives, au cœur de ce qu'il est convenu désormais d'appeler la jurisprudence *Dano* (A), avant de pénétrer plus avant le cœur même de la sécurité sociale (B).

A. La jurisprudence *Dano*

Les inactifs ont été au cœur de l'actualité ces dernières années, à travers la question, très particulière, de leur accès aux prestations spéciales non contributives³⁷. Tout a sans doute été dit déjà sur les décisions *Brey*, *Dano*, *Alimanovic* et *Garcia Nieto*³⁸ qui ont conduit à la mise en place de règles particulières et fort restrictives pour l'accès aux prestations sociales des inactifs³⁹.

Comme on le sait, ces arrêts portaient sur les désormais célèbres « prestations spéciales non contributives ». Entrant dans le champ de la sécurité sociale en ce qu'elles couvrent un risque qui fait partie du champ d'application matériel du règlement, ces prestations n'en relèvent pas moins aussi de l'assistance sociale, en ce sens qu'elles visent bien à assurer à leur bénéficiaire un revenu minimal de subsistance. Leur mode de financement, surtout, les éloigne définitivement de toute technique assurantielle, puisqu'elles ne sont pas subordonnées à des cotisations, ou tout autre versement, de la part du bénéficiaire. Ces prestations mettent donc bien en œuvre une solidarité particulière de la part de l'Etat envers ses administrés les plus démunis.

Leur nature ambiguë explique leur régime, plus restrictif que les autres prestations de sécurité sociale : elles sont dues par l'Etat d'accueil, sur le seul fondement de la résidence et

³⁷ P. Rodière, « Quel droit de circulation pour les personnes inactives et démunies ? A propos de l'arrêt *Dano* de la Cour de justice de l'Union européenne », *JDE* 2015, p. 146 ; D. Thym, « The elusive limits of solidarity : residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens », *Common Market Law Review*, 2015. 17.

³⁸ C'est cette ensemble de quatre décisions qui est désigné sous le nom de « jurisprudence *Dano* » : CJUE, 19 septembre 2013, aff. C-140/12, *Brey* ; CJUE, 11 novembre 2014, aff. C-333/13, *Dano* ; CJUE, 15 septembre 2015, aff. C-67/14, *Alimanovic* ; CJUE, 25 février 2016, aff. C-299/14, *Garcia Nieto*.

³⁹ Sur ces arrêts, v. not. l'étude d'ensemble proposée par JP. Lhernould, « L'Union européenne et ses pauvres », *Droit Social*, 2017. 350.

échappent au principe général d'exportabilité. Ce régime fut élaboré en 1992⁴⁰ après d'âpres négociations entre Etats membres⁴¹.

Ces arrêts ont estimé que la double nature de ces prestations justifiait que leur versement soit subordonné à la preuve de la régularité du séjour des intéressés. S'agissant de personnes dont le séjour était de moins de cinq ans et qui ne pouvaient pas, par ailleurs, justifier d'un autre lien d'intégration leur permettant d'accéder directement à l'égalité de traitement, cette régularité était subordonnée à une condition de ressources qui faisait défaut en l'espèce. En l'absence de ressources, donc, le séjour n'était pas régulier. En l'absence de régularité du séjour, ensuite, les Etats étaient légitimes à refuser l'accès à la prestation en cause.

Ces arrêts font donc sortir ces prestations de la logique coordinatrice qui est celle de la sécurité sociale pour les faire relever de la logique de jouissance des droits qui est celle du séjour. Ce passage de l'un à l'autre est lourd de conséquences⁴².

La plus immédiatement repérable est la conséquence pratique. Alors en effet que le règlement sécurité sociale subordonnait l'accès aux prestations spéciales non contributives à la résidence dans l'Etat d'accueil, la directive telle qu'interprétée par la Cour, pour sa part, la subordonne à la résidence *légale*. L'objectif étant en effet de savoir désormais à quelles conditions un citoyen peut effectivement revendiquer un droit particulier, soumettre ce droit à des exigences substantielles (en l'espèce, la régularité du séjour, elle-même dans la dépendance de moyens de subsistance) qui sont par nature étrangères à un mécanisme neutre de répartition des lois dans l'espace, est incontestablement une régression dans la vision proposée en Europe des droits auxquels ont accès les plus pauvres.

Mais cette conséquence pratique ne s'explique elle-même que par une cause bien plus profonde. On l'a vu, l'objectif fondamental du règlement 883/2004 est bien de ne laisser aucun citoyen en dehors du filet de protection qu'assurent, à des degrés divers, les règles nationales de sécurité sociale. L'idée fondamentale est donc bien de procéder à une coordination de celles-ci, pour que l'exercice par un citoyen de sa mobilité ne le conduise pas à perdre sa couverture sociale.

Les solutions adoptées par la Cour mettent à mal cet objectif, puisqu'elles ont pour conséquence que le franchissement d'une frontière fait perdre à l'intéressé sa couverture sociale. En ce sens, elles constituent incontestablement une entrave à libre circulation, que la Cour de justice avait su sanctionner en d'autres temps. L'époque est désormais à l'encadrement strict de la mobilité.

Il reste que ces solutions pouvaient paraître limitées. Elles ne concernent en effet que des prestations d'une nature particulière, les prestations spéciales non contributives, et en ce sens ne semblent pas atteindre le cœur même de la coordination.

Il n'est pas certain, pourtant, que la solution ne fasse pas tâche d'huile.

B. Vers une limitation de la couverture sociale des inactifs ?

Le premier coup de semonce est venu d'un important arrêt de la Cour de justice⁴³ dans lequel était en cause une prestation dont le caractère de prestation de sécurité sociale ne faisait aucun doute.

⁴⁰ Règlement 1247/92 du 30 avril 1992 modifiant le règlement 1408/71, *JOCE*. L. 1992. n° 136, p. 1.

⁴¹ Sur lesquelles v. Herwig Verschueren, « Free movement or benefit Tourism : the unreasonable burden of Brey », *European Journal of Migration and Law* 16. 2014, p. 147.

⁴² Sur ce point, on se permettra de renvoyer à E. Pataut, « Quelle solidarité pour quels citoyens ? Chronique citoyenneté 2015 », *RTDE*. 2015. 640 et s.

⁴³ CJUE, 14 juin 2016, aff. C- 308/14, *Commission c. Royaume-Uni*, *RTDE*. 2016. 644, chr. E. Pataut.

La difficulté venait de ce qu'en l'espèce, le Royaume-Uni subordonnait le versement de ces allocations à l'existence d'un droit au séjour soit, en l'espèce, à une condition de ressources. La Commission contestait ce lien entre régularité du séjour et octroi des prestations familiales et a formé un recours en manquement contre le Royaume-Uni.

A l'encontre de la Commission, mais conformément aux conclusions de l'Avocat Général Cruz Villalon, la Cour n'a rien vu à redire à la position de la Grande-Bretagne, et rejeté le recours. En substance, elle a estimé que les Etats restent libres de déterminer les conditions d'octroi de leurs prestations sociales. Dès lors, il faudrait distinguer la coordination des régimes de sécurité sociale, qui permet de savoir quelle loi étatique est applicable et qui relève du règlement 883/2004, et la mise en œuvre de cette loi qui, elle, relève du droit national. Dans cette mesure, rien n'interdirait au législateur britannique de subordonner l'octroi de telle prestation à telle condition. En d'autres termes, la condition de régularité du séjour serait une condition objective, comme par exemple la nécessité de prouver l'existence de la famille pour obtenir des allocations familiales. La Cour complète son raisonnement en rejetant tout grief de discrimination. Si une discrimination indirecte peut bien être aperçue, en effet, elle n'en conclut pas moins que cette discrimination lui semble justifiée dans la mesure où la nécessité de protéger les finances de l'Etat membre d'accueil justifierait en principe la possibilité de contrôler la régularité du séjour et que la pratique administrative britannique n'irait pas au-delà des exigences du contrôle de proportionnalité.

Pour justifier cette solution, la Cour comme l'avocat général s'appuient sur plusieurs précédents et, tout particulièrement, sur les arrêts *Brey* et *Dano*. Pourtant, il y a bien là une différence fondamentale avec la jurisprudence *Dano* qui concernait des prestations qui relevaient à la fois de la sécurité sociale et de l'assistance sociale. L'hypothèse ici était bien celle d'une prestation de sécurité sociale, dont la qualification était fermement acquise. La question de jouissance des droits était donc en principe exclue du raisonnement.

Dès lors, la décision de la Cour nous semble porter gravement atteinte aux principes fondamentaux sur lesquels est fondée la coordination, et tout particulièrement au principe d'unicité de la loi applicable.

On l'a vu, ce principe permet de garantir qu'une loi et une seule sera compétente. Dès lors, à l'aide d'un critère, en l'espèce, la résidence, il garantit que toute personne sera couverte par une loi et qu'aucune personne ne sera couverte par plus d'une loi. Telle est bien la situation en l'espèce, puisque nul ne doute que la loi britannique est applicable à tous ceux qui résident au Royaume-Uni, que cette résidence soit assortie d'un droit au séjour ou pas. Le résultat de cette unicité est qu'il est impossible pour un assujetti de se prévaloir de toute autre loi pour obtenir une prestation de sécurité sociale. C'est toute la différence avec la situation des arrêts *Dano* et autre. Derrière ces dernières décisions, il y a bien l'idée implicite que l'Etat qui devrait accorder sa solidarité devrait être, en dernière analyse, l'Etat de la nationalité. Une telle analyse est exclue en matière de sécurité sociale, parce que la nationalité n'est pas un critère de rattachement, d'une part, et parce que la fonction même de l'unicité interdit qu'un autre système de protection sociale puisse être appelé à la rescousse au cas où le premier serait défaillant.

Le raisonnement de la Cour s'apparente dès lors presque à un sophisme. Il va de soi que rendre la loi britannique applicable ne garantit pas que les conditions de mise en œuvre de celle-ci soit systématiquement réunies. Il reste que si cette condition est celle de la régularité du séjour (et, par voie de conséquence, l'existence de ressources propres de l'intéressé), elle interdit en réalité *ab initio* à la loi britannique de s'appliquer à tous les européens sans ressources. L'objet même des allocations familiales est de garantir des ressources minimales à une famille. En priver certaines au motif de l'inexistence de ressources, c'est en réalité

empêcher purement et simplement l'application de la loi pourtant applicable lorsque le bénéficiaire est ressortissant d'un autre Etat membre.

Il est dès lors impossible de traiter la condition de régularité du séjour comme le fait la Cour, c'est-à-dire comme une condition objective d'octroi d'une prestation de sécurité sociale. Celle-ci, en réalité, modifie en profondeur l'esprit du règlement de coordination en acceptant que certaines personnes ne soient en réalité couvertes par aucune loi.

En décidant dans l'arrêt *Commission c. Royaume-Uni* d'accepter qu'un Etat subordonne le versement de prestation de sécurité sociale à la régularité du séjour, la Cour de justice nous semble gravement régresser dans le mécanisme même de coordination des régimes de sécurité sociale. Elle fait de la sécurité sociale dans son ensemble un droit subjectif dont il serait possible d'exclure les étrangers, même européens, en situation irrégulière. Il est difficile d'être plus contraire à l'objectif au cœur des règlements de coordination.

Directement contraire à l'esprit, sinon au texte même du règlement 883, il n'est pourtant pas certain que la solution de la Cour ne finisse par s'imposer.

La Commission a en effet dans sa dernière proposition suggéré d'insérer un nouvel alinéa à l'article 4 du règlement sécurité sociale dont la teneur serait la suivante ⁴⁴ :

« Un Etat membre peut exiger que l'accès des personnes non actives séjournant dans cet Etat membre aux prestations de sécurité sociale prévues par la législation dudit Etat soit subordonné au respect des conditions de détention d'un droit de séjour légal, tel que visé dans la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres ».

Une telle solution, si elle était adoptée, serait une incontestable régression du mécanisme de coordination et, au-delà, de l'organisation européenne de la protection sociale.

Il faut être conscient, en effet, que la solution proposée ne concernerait pas uniquement les prestations spéciales non contributives, dont le régime particulier pouvait laisser penser qu'il y avait là une exception nettement encadrée. Dans la lignée de l'arrêt *Royaume-Uni C. Conseil*, au contraire, le législateur européen prendrait le parti d'accepter que l'intégralité de la protection sociale de l'inactif puisse être subordonnée à la régularité du séjour. En d'autres termes, faute de ressource permettant de justifier son séjour, un inactif en situation de mobilité pourrait se voir entièrement privé de toute couverture sociale.

L'objectif de garantie de la couverture sociale des intéressés, comme celui du développement de la liberté de circulation serait dès lors en recul, précisément parce qu'ajouter une condition de régularité du séjour, c'est passer d'une pure logique coordinatrice et localisatrice à une logique substantielle qui en change profondément la philosophie.

Il est vrai que la solution a toutefois été tout récemment rejetée par le Conseil⁴⁵. Celui-ci propose de supprimer la référence à la régularité du séjour, tout en ajoutant un considérant spécifique au règlement, rappelant la nécessité de respecter la jurisprudence de la Cour en la matière⁴⁶. En d'autres termes, la situation est encore fluctuante et à l'heure actuelle, nul ne

⁴⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du conseil modifiant le règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le règlement (CE) n° 987/2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 du 13 décembre 2016, COM (2016) 815 Final. Sur cet important texte, v. J.P. Lhernould, « Les règlements coordonnant les systèmes nationaux de sécurité sociale : nouvelles lignes de force et points de rupture », *RTDE*. 2018, à paraître.

⁴⁵ V. La réaction du Conseil du 26 octobre 2017, 2016/0397 (COD).

⁴⁶ Proposition de considérant 5 bis : « En application du principe d'égalité de traitement prévu dans le présent règlement, la jurisprudence de la Cour doit être respectée. La Cour a interprété ce principe ainsi que le lien entre

connaît la disposition qui sera finalement adoptée⁴⁷. Il reste que l'effet délétère de la jurisprudence *Dano* se fait très clairement sentir sur les conditions auxquels les inactifs bénéficieront d'une couverture sociale.

Le lien, jusqu'ici indéfectible, entre circulation et continuité de la protection sociale, semble sinon rompu en tout cas en grande tension. Il a déjà et souvent été remarqué qu'en matière d'égalité de traitement, l'élan de la Cour né avec la citoyenneté européenne semblait marquer le pas. Ce ralentissement semble désormais atteindre le cœur du réacteur européen, la liberté de circulation, par le biais d'une de ses conséquences majeures, celui de la coordination des règles de sécurité sociale. Le brouillage des catégories et des méthodes qui risque d'en résulter nous semble propre à susciter une grande inquiétude.

le présent règlement et la directive 2004/38/CE dans les arrêts qu'elle a rendus récemment dans les affaires C-140/12 *Brey*, C-333/13 *Dano*, C-67/14 *Alimanovic*, C-299/14 *Garcia-Nieto* et C-308/14 *Commission / Royaume-Uni* ».

⁴⁷ Sur ce point, v. JP Lhernould, *article précité*.