

Etrangers en situation régulière face aux discriminations indirectes

Zouhair ABOUDAHAB *

Les lois sur le séjour qui privent des étrangers réguliers de leur emploi après de nombreuses années de « bons et loyaux services » sont-elles justes ?
Le Droit est affaire d'interprétation ; le juste et l'équitable affaire de jurisprudence forgée par des « cas d'espèce humains ».

C'est le plus souvent sous l'angle du couplet « lutte contre l'immigration irrégulière / intégration des étrangers en situation régulière » que sont présentées en France les politiques publiques en matière d'immigration.

Cependant, l'analyse du droit migratoire en vigueur et l'observation de sa mise en œuvre montre que, du fait même de ces politiques publiques, des étrangers en situation pourtant régulière subissent des discriminations indirectes dans l'exercice de droits fondamentaux, économiques et sociaux.

En dehors du champ de la politique migratoire proprement dite, on observe que de vieux migrants en situation régulière subissent en France des discriminations directes et indirectes à raison de leur origine ou nationalité étrangères, ainsi que la Haute Autorité de Lutte Contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE) a eu à en connaître.

Reste que si le droit consacre aujourd'hui la prohibition des discriminations directes et indirectes à raison de « l'origine », il reste muet sur la prohibition des discriminations indirectes à raison de la nationalité ou du fait des *politiques migratoires*.

* Avocat au Barreau de Grenoble

Notion de discrimination indirecte

La notion de discrimination indirecte a été forgée par la Cour de Justice des Communautés Européennes durant les années 1980 dans sa jurisprudence relative à l'égalité de traitement hommes/femmes (cf. arrêt Bilka du 13 mai 1986).

Elle implique, selon une interprétation jurisprudentielle dynamique de la Cour, que sont prohibées par le droit communautaire non seulement les discriminations visibles et ostentatoires mais aussi celles qui – sous la forme de lois, de mesures administratives ou de pratiques apparemment neutres – conduisent au même résultat, à savoir une inégalité de traitement, un désavantage particulier pour une catégorie de personnes (en l'occurrence les femmes) par rapport à une autre (les hommes).

Il s'agit d'une approche pragmatique et concrète de la question de l'égalité dépassant la conception formelle et abstraite de celle-ci.

La notion a reçu également des applications dans le domaine de la prohibition des discriminations à raison de *la nationalité* entre *ressortissants communautaires*¹. Le Conseil d'Etat français y a fait également des applications.

Avec la signature du Traité d'Amsterdam (1997), le fameux article 13 est venu ensuite doter l'Union européenne de compétences propres pour lutter, pour la première fois, contre les discriminations à raison de l'origine « ethnique ».

C'est dans ce cadre qu'a été adoptée le 29 juin 2000, la Directive du Conseil relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. On remarquera que cette directive s'applique non seulement aux ressortissants de l'U.E. mais aussi aux ressortissants des Etats tiers.

Son article 2 définit la discrimination indirecte dans les termes qui suivent : « *une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ».

Une des premières versions de cette directive, telle que proposée par la Commission européenne, incluait les lois sur le séjour comme susceptibles, au regard de leurs effets, de tomber sous le coup de la prohibition des discriminations indirectes à raison de l'origine.

Cependant, la version définitive de la directive a non seulement supprimé cette référence mais aussi expressément stipulé que les lois nationales relatives au séjour des ressortissants des Etats tiers et les discriminations à raison de la nationalité sont exclus de son champ d'application.

Transposée en droit français par la loi du 30 décembre 2004, et en dernier lieu par la loi du 27 mai 2008², la directive européenne est à l'origine de la création de la Haute Autorité de Lutte Contre les Discriminations et pour l'égalité (HALDE).

Etrangers retraités et discriminations indirectes à raison de « l'origine»

La HALDE a fait application de la notion de discrimination indirecte à raison de *l'origine* dans une affaire concernant les services fiscaux de la ville de Marseille et le traitement appliqué par eux à des retraités « maghrébins » aux faibles revenus, vivant

dans l'aller-retour entre la France et leurs pays d'origine.

Les services fiscaux de Marseille avaient en effet adopté des pratiques consistant à ne plus transmettre les préimprimés de déclarations de revenus à ces retraités résidents de vieux hôtels meublés, et ce, partant du préjugé qu'ils demeuraient le plus souvent dans leurs pays qu'en France et qu'ils ne disposaient donc plus de domicile fiscal en France³. N'ayant pu ainsi déclarer leurs revenus, ces retraités n'ont pu se voir délivrer des avis de non imposition.

Or, la production d'un avis de non-imposition conditionne l'accès à la Couverture Maladie Universelle, l'allocation personnalisée au logement, l'allocation aux vieux

travailleurs salariés ou encore à l'allocation personnalisée d'autonomie pour les personnes âgées...

La conséquence d'une telle pratique des services fiscaux marseillais fut une privation de droits sociaux et économiques pour nombre de ces retraités.

C'est dans ces circonstances que la HALDE a été saisie d'une réclamation par plusieurs associations.

Dans sa délibération du 19 juin 2006, elle a conclu que « les décisions des services fiscaux des Bouches-du-Rhône-Marseille sont constitutives d'une discrimination indirecte au sens de l'article 19 de la loi du n°2004-1486 du 30 décembre 2004, en ce qu'elles ont pour effet de compromettre

l'accès de personnes *majoritairement d'origine étrangère* à des prestations ou avantages sociaux »⁴.

En matière de discrimination à raison de la nationalité, on notera que la HALDE a récemment pris une délibération - en date du 6 avril 2009 (n° 2009-148) - par laquelle elle a estimé discriminatoires à l'égard de vieux résidents du foyer ADOMA à Argenteuil les contrôles à domicile de la CAF entraînant la suspension du versement de l'APL pour ceux d'entre eux non présents le jour du contrôle et ceux ayant refusé de présenter leur passeport aux agents de la CAF aux fins de vérification de leur présence depuis plus de 8 mois.

On aura remarqué que si la HALDE a conclu, dans le premier cas cité, à une discrimination indirecte, ce n'était nullement sur fondement de la nationalité mais à raison de *l'origine étrangère* – subtilité qui ne nous échappera pas. Dans le cas, précédent, en revanche, il s'agit de discrimination *directe* à raison de la nationalité.



La discrimination indirecte à raison de la nationalité ou à raison des lois sur le séjour, une inégalité non prohibée en Droit

C'est qu'aujourd'hui, la prohibition des discriminations indirectes *à raison de la nationalité, ou, plus encore, à raison des lois sur le séjour,* n'est pas expressément consacrée par le Droit au profit des étrangers « non communautaires ».

Pourtant, sous l'angle du *Juste, de l'équité* ou encore de la *Justice* (au sens de « rendre à chacun le sien ») de nombreuses mesures issues des politiques migratoires actuelles entraînent *de facto*, en matière de droits civils, économiques et sociaux, l'exclusion d'étrangers en situation régulière.

La situation juridique des étrangers conjoints de Français nous paraît illustrer clairement ces propos dans le contexte actuel de durcissement des lois sur le séjour des étrangers. Il en est ainsi au regard de la question du droit à la non-discriminaion en matière de travail. Prenons une situation assez récurrente en la matière.

Le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (article L. 313-11, 4°) confère à l'étranger conjoint de Français, lors de sa première année de mariage, le droit à une carte de séjour « temporaire » d'une durée de validité d'un an, portant la mention « vie privée et familiale » et l'autorisant à travailler. Ce titre de séjour lui est renouvelé sous réserve de la poursuite de la communauté de vie avec son conjoint de nationalité française.

Supposons que le couple (sans enfant) se sépare au bout de 3 années de mariage – sans même divorcer. Supposons également que le ressortissant étranger, depuis son mariage, exerce un emploi (soit depuis 3 ans) sous couvert d'un contrat de travail à

durée indéterminée. A l'expiration de son titre de séjour, les lois en vigueur autorisent, voire imposent aux autorités préfectorales de lui en refuser le renouvellement⁵ ; ce qui conduit du même coup à l'interdiction immédiate pour lui de continuer à exercer son emploi, alors même que son employeur souhaite la poursuite de la relation de travail avec lui.

Ce « licenciement » indirect du fait de l'Etat ne donne lieu pour l'étranger à aucune indemnité, ni de licenciement ni de chômage...

Dans la même situation, dans le contexte législatif antérieurs réformes restrictives de droits débutées depuis la loi du 26 novembre 2003, le même ressortissant étranger aurait eu le droit de continuer à séjourner en France et à y exercer son emploi – puisqu'il aurait été bénéficiaire de plein droit d'une carte de résident de 10 ans au terme d'une année de mariage et de communauté de vie avec son conjoint de nationalité française. Un tel droit a été écorché et finalement supprimé⁶.

La précarisation du droit au séjour des étrangers conjoints de Français⁷ - conduit ainsi dans bien des cas à les priver du droit de garder leur emploi sans réparation aucune du préjudice subi par eux.

Ces observations sont d'ailleurs transposables, *mutatis mutandis*, à la situation de l'étranger entré en France dans le cadre du regroupement familial : ne bénéficiant plus de plein droit de la même carte de résident de 10 ans que son conjoint regroupant, sa carte de séjour temporaire d'un an l'expose, durant plusieurs années, au risque de non renouvellement ou de retrait en cas de rupture de la communauté de vie avec son conjoint et, par suite, à l'interdiction conséquente de continuer à exercer son emploi⁸.

N'est-on pas là en présence de discriminations indirectes à raison de la nationalité ou du fait des lois sur le séjour, et ce, dans l'exercice d'un droit fondamental – le droit de travailler ou plus précisément le droit de conserver son emploi ?

Le Juste, l'équitable et le Droit écrit

Du point de vue de l'équité et du Juste, la balance répondrait à mon sens par l'affirmative à la question ci-dessus. Au sens strictement juridique, la réponse est beaucoup moins certaine, voire négative.

Si l'on regarde du côté des accords d'association et de partenariat conclus par l'Union européenne avec les trois Etats du Maghreb, on observera que ces instruments internationaux d'importance ne consacrent expressément en matière de conditions de travail, que la seule prohibition des discriminations directes à raison de la nationalité ; ce qui semble conduire la Cour de Justice des Communautés Européennes à les priver d'effet face, par exemple, à des lois nationales restrictives en matière de séjour des étrangers (cf. par exemple, l'arrêt de la CJCE rendu le 14 décembre 2006 dans l'affaire C-97/05, à propos de l'Accord d'association CE-Maroc du 26 février 1996).

L'Accord d'association CE-Turquie, en revanche, est manifestement plus favorable en ce domaine que les Accords d'association UE-Etats du Maghreb, dans la mesure où la décision n° 1/80 du Conseil d'association CE-Turquie consacre expressément le droit du travailleur turc au renouvellement de son titre de séjour et de travail après une année d'emploi auprès de la même entreprise, et ce, en dépit de lois contraires relatives à l'immigration.

Cela étant, la question reste posée pour tous les autres étrangers: les lois sur le

séjour qui privent des étrangers réguliers de leur emploi après de nombreuses années de « bons et loyaux services » sont-elles justes ?

Les juges devraient-ils continuer à leur donner plein effet sans y voir une quelconque discrimination (directe ou indirecte) à raison de la nationalité en matière de conditions de travail et d'exercice de droits économiques fondamentaux ?

Assurément, le Droit est affaire d'interprétation; le juste et l'équitable affaire de jurisprudence forgée par des « cas d'espèce humains ». ■

Dans la balance des prétoires, le poids et la pression des politiques publiques d'immigration ne pèse-t-il pas bien souvent plus lourd que le « cas d'espèce humain » ? ■

1. Voir par exemple, CJCE, 12 sept. 1996, aff. C-278/94, Commission *c/ Belgique* et CJCE, 1er avr. 2008, aff. C-212/06, Gouvernement de la Communauté française et a. *c/ Gouvernement flamand*.
2. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JO du 28 mai 2008.
3. Lesdits services fiscaux avaient, selon la HALDE, procédé ainsi à la radiation « massive » des fichiers informatiques « de contribuables d'origine étrangère » et au non traitement de leur déclaration de revenus, et ce, « sans vérification de la réalité de leur domiciliation et de leur bonne foi » et « sans procéder à un examen individuel et approfondi de leur situation ».
4. Délibération de la HALDE no 2006-140, 19 juin 2006, Gisti, Centre ville pour tous, Un Rouet à Coeur ouvert et sénateur Bret.
5. Cf. article L. 313-12, al. 2 du CESEDA.
6. Voir notamment, Z. ABOUDAHAB, « La nouvelle loi Sarkozy relative au statut des étrangers », in Ecarts d'identité n° 109, déc. 2006
7. cf. article cité.
8. Article L. 431-2 du CESEDA