

# Ralph BLINDAUER

Avocat



En collaboration avec :

**Florent KAHN**

Avocat

Et

**Marie-Christine BLINDAUER**

Juriste

## MÉMOIRE COMMUN des ORGANISATIONS de TRAVAILLEURS FRONTALIERS lié à la mise en place du décret 2008-1384 du 19 décembre 2008 relatif à l'Allocation Différentielle (ADI)

Présenté par :

- Ø **La Confédération des Travailleurs Frontaliers de Lorraine** pris en la personne de ses co-présidents, 64 rue du Maréchal Foch à 54390 Audun le Tiche
  - *Le Comité de Défense des Travailleurs Frontaliers* de la Moselle, 1 rue de la Paix à 57200 Sarreguemines
  - *La Section des Frontaliers Français d'Audun-le-Tiche de l'OGBL*, 64 rue du Maréchal Foch à 54390 Audun-le-Tiche
- Ø **Le Comité Régional CGT de Lorraine**, rue de Méric à Metz 57000
- Ø **L'OGBL**, Confédération syndicale indépendante du Luxembourg, pris en la personne de son président, 60 Bd. J.F. Kennedy à L 4002 Esch-sur-Alzette
- Ø **Association des Travailleurs Frontaliers d'Alsace-Lorraine**, pris en la personne de son président, 8, bld d'Hanauer à 67500 Haguenau
- Ø **Comité de Défense des Travailleurs Frontaliers du Haut-Rhin**, pris en la personne de son président, Pavillon Place G. Gissy à 68300 Saint-Louis
- Ø **Groupement Transfrontalier Européen**, pris en la personne de son président, 50, rue de Genève à 74103 Annemasse

Modification du mode de calcul de l'ADI (allocation différentielle), suite à l'entrée en vigueur du règlement 883/2004.

Monsieur le Premier Ministre,  
Madame la Secrétaire d'Etat à la Famille,

Le 1<sup>er</sup> mai 2010 est entré en vigueur le règlement n°883/2004, remplaçant le n° 1408/71, régissant la coordination des systèmes de sécurité sociale entre les différents Etats de l'Union Européenne. Il entrera en vigueur ultérieurement dans le cadre des relations entre l'UE et la Suisse.

En application du 883/2004, le décret 2008-1384 a été voté le 19 décembre 2008, permettant ainsi la définition du nouveau mode de calcul de l'allocation différentielle (ADI) versée aux travailleurs migrants Français dans le but de garantir un niveau d'allocations familiales identiques aux nationaux travaillant en France.

Ce décret, et l'application qui en est faite par les Caisses d'Allocation Familiales (CAF) est extrêmement défavorable aux travailleurs frontaliers, dans la mesure où notamment il réduit de manière considérable les montants susceptibles d'être perçus par ces travailleurs et leurs familles, en intégrant dans le calcul des sommes qui n'étaient auparavant pas prises en compte.

Les organisations représentant les travailleurs frontaliers entendent surtout attirer votre attention sur l'incompatibilité du nouveau procédé de calcul de l'ADI contenu dans le décret 2008-1384 avec le droit communautaire concernant la liberté de circulation et son corollaire l'égalité de traitement, puisque le décret introduit une nouvelle discrimination à l'encontre des travailleurs frontaliers.

De plus, ce décret supprime un des rares avantages dont bénéficiaient les travailleurs frontaliers sous couvert de l'argument d'éviter une discrimination positive, ce qui pourtant est admis par le droit communautaire.

Enfin, le décret 2008-1384 inclut dans le calcul de l'ADI la prime de naissance ou d'adoption qui est expressément exclue par l'annexe 1 du règlement 883/2004.

I) Au sujet de l'incompatibilité du décret 2008-1384 avec la législation et la jurisprudence communautaire relativement à l'existence d'une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs frontaliers

La réglementation européenne, particulièrement dans sa protection d'une des libertés les plus fondamentales qu'est la liberté de circulation des travailleurs, prohibe strictement toute forme de discrimination.

Ainsi, en matière de travailleurs migrants, le règlement 1408/71 a pour fondement les articles 39 à 42 du traité CE (Cour de Justice des Communautés Européennes, 2 février 1977). C'est également le cas pour le règlement 883/2004 qui le remplace.

Il se trouve que ces textes consacrent la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté comme un fondement de celle-ci, ce qui implique nécessairement l'abolition de toute discrimination entre les travailleurs des Etats membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail (article 39 du Traité d'Amsterdam).

Afin de rendre effective la libre circulation des travailleurs au sein de l'union, le règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, consacre ainsi à son article 7 une égalité de traitement au bénéfice du travailleur migrant.

Le règlement 883/2004 confirme d'ailleurs cette préoccupation à son article 4.

L'article 40 du Traité d'Amsterdam précise qu'afin d'atteindre cet objectif doivent être éliminées toutes les procédures et pratiques administratives découlant soit de la législation interne, soit d'accords antérieurement conclus entre les États membres, dont le maintien ferait obstacle à la libération des mouvements des travailleurs.

Or, l'article 55 de la Constitution de la République Française consacre la supériorité des textes communautaires sur les lois internes.

Les frontaliers sont une catégorie particulière de travailleurs migrants, directement concernés par la législation communautaire relative aux travailleurs se déplaçant dans l'union.

En effet, ils « exercent une activité salariée ou non salariée dans un État membre et [...] résident dans un autre État membre où [ils] retournent en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine » (définition contenue à l'article premier du règlement 883/2004).

En application de l'article 11 du règlement « la personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un État membre est soumise à la législation de cet État membre ».

Les frontaliers sont donc exclusivement soumis, en matière de sécurité sociale, à la législation de leur État d'emploi.

L'article 67 du règlement précise que l'État d'emploi est celui qui sert les prestations familiales.

L'objectif est d'éviter un cumul de prestations entre celles versées par l'État d'emploi et l'État de résidence (prévu à l'article 68 spécifiquement en matière de prestations familiales).

Toutefois, le statut des frontaliers pose de nombreux problèmes de discriminations qui ne sont pas résolus par les textes sur la coordination : bénéficiant des prestations sociales de leur État d'emploi, ils sont souvent lésés par rapport à leurs voisins de palier qui, eux, travaillent dans leur pays de résidence. En effet, il apparaît parfois un décalage certain entre la situation économique et sociale de l'État d'emploi et celle de l'État de résidence.

C'est ainsi que le considérant 16 du règlement réserve le cas « des prestations spéciales qui ont un lien avec l'environnement économique et social de l'intéressé, [pour lesquelles] le lieu de résidence pourrait être pris en compte ».

C'est effectivement ce que prévoit la législation française au regard des prestations familiales à verser au travailleur frontalier et sa famille.

Ainsi, toute personne française ou étrangère résidant en France et ayant à sa charge un ou plusieurs enfants a droit pour ces enfants, en vertu de l'article L 512-1 du Code de la sécurité sociale au bénéfice des prestations familiales.

L'article L 512-5 du code de la sécurité sociale prévoit un principe de non cumul des prestations versées par la CAF avec d'éventuelles prestations versées dans un Etat tiers. Seules les allocations différentielles (ADI) peuvent être versées.

En conséquence, les frontaliers travaillant à l'étranger, et percevant à ce titre les prestations familiales à l'étranger, ne perçoivent qu'un éventuel complément.

L'article D 512-3, introduit au Code de la Sécurité Sociale par le décret 2008-1384, pose les nouvelles modalités de calcul et de versement de l'ADI dans les termes suivants :

« I. • Le montant de l'allocation différentielle prévue à l'article L. 512-5 est égal à la différence entre le montant de l'ensemble des prestations familiales qui auraient été dues en application de la législation française, parmi celles énumérées à l'article L. 511-1 à l'exception de l'allocation de logement, et le montant de l'ensemble des prestations ou avantages familiaux versés en application d'un traité, d'une convention ou d'un accord international auquel la France est partie, de la législation ou de la réglementation d'un autre Etat, ou de la réglementation d'une organisation internationale.

La périodicité de versement de l'allocation différentielle est trimestrielle. »

L'article D 512-3 se réfère à l'article L 511-1 pour préciser la liste de prestations familiales à prendre en compte lors du calcul de l'ADI :

- « 1°) la prestation d'accueil du jeune enfant ;
- 2°) les allocations familiales ;
- 3°) le complément familial ;
- 4°) l'allocation de logement ;
- 5°) l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé ;
- 6°) l'allocation de soutien familial ;
- 7°) l'allocation de rentrée scolaire ;
- 8°) (Abrogé) ;
- 9°) l'allocation journalière de présence parentale ».

Les prestations à retenir sont toutes les prestations mentionnées à L 511-1, à l'exception de l'allocation logement du 4°.

Jusqu'à maintenant, étaient également exclues du calcul de l'ADI les prestations d'accueil du jeune enfant (PAJE) du 1° de l'article L511-1 du Code de la sécurité sociale ; cette exclusion a été supprimée.

Ces PAJE comprennent entre autre le complément du libre choix du mode de garde.

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011, puisque le versement de l'ADI est trimestriel, l'assuré travailleur migrant va devoir avancer, auprès du Pajemploi, et ce pendant 3 mois, les salaires et les cotisations sociales afférentes au salaire de l'assistante maternelle qui s'occupe de ses enfants.

Pièce 1 : Guide CAF Modification des règles de calcul de l'allocation différentielle

Or pour les ressortissants français travaillant en France, non seulement le versement des prestations familiales est mensuel, mais la CAF va prendre directement en charge les cotisations sociales.

Il en résulte une discrimination indirecte envers les travailleurs frontaliers qui doivent maintenant attendre 3 mois avant de recevoir leurs ADI, et également avancer pendant 3 mois des charges

sociales qui peuvent être relativement importantes, avant d'en obtenir éventuellement le remboursement par la CAF par l'intermédiaire de l'ADI.

Or la jurisprudence veille à ce que l'interdiction des discriminations indirectes envers les travailleurs migrants soit bien respectée.

Ainsi la CJCE a estimé dans un arrêt du 23 mai 1996, *John O'Flynn contre Adjudication Officer*, C-237/94 qu'« à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers ».

Il est incontestable que l'on se trouve bien dans un cas de discrimination à l'égard des travailleurs migrants qui sont défavorisés au niveau du versement des prestations familiales, et ceci d'autant plus que les travailleurs frontaliers occupés en Allemagne, au Luxembourg et en Suisse ne bénéficient pas dans ce pays d'une prestation relative au mode de garde, ce qui constitue une différence objective qui doit être prise en compte.

Cela est d'autant plus préoccupant que cette avance est susceptible de mettre des familles en difficultés.

Si l'on pousse le raisonnement plus loin, il est probable que l'exigence de l'avance des cotisations sociales, qui peut être financièrement difficile, oblige certaines mères à rester à la maison ou au moins à réduire leur temps de travail pour que quelqu'un s'occupe de leurs enfants.

Se superpose ainsi à la discrimination envers les migrants une discrimination à l'encontre des femmes.

Or, le traité de Rome créant la Communauté européenne déjà avait incidemment posé, dans son article 119, une règle antidiscriminatoire en raison du sexe.

Puis les Arrêts *Defrenne* de 1970, 1975 et 1977 ont provoqué l'impulsion nécessaire à la prise des directives de 1975 (sur l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins), de 1976 (sur la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail) et de 1978 (sur la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale).

De surcroît dans l'agenda social renouvelé qu'elle a communiqué en 2008, la Commission pose comme objectif la conciliation de la vie privée et professionnelle des femmes notamment par l'amélioration des disponibilités de structures de garde d'enfants, des dispositions en matière de congé parental, l'introduction de nouvelles formes de congé et le renforcement de la protection des femmes enceintes.

L'obligation de traiter les femmes de manière égale aux hommes suppose pour elles d'avoir la possibilité d'exercer une activité professionnelle.

Or le recours à des possibilités de garde d'enfant est le soutien nécessaire à cette vie professionnelle, que met en péril le nouveau mode de calcul de l'ADI.

Le nouveau mode de calcul de l'ADI bouleverse les aides perçues par les frontaliers. Sous couvert de respecter le principe de l'égalité de traitement et d'aligner leur situation avec les nationaux, c'est en réalité une discrimination qui est mise en place.

En conséquence, la trimestrialité du versement de l'ADI doit être supprimée ainsi que l'avance des cotisations sociales de l'assistante maternelle. La mensualité des versements doit être rétablie.

La modification du mode de calcul de l'ADI se traduit par l'intégration dans l'opération de prestations autrefois exclues.

Le gouvernement Français a estimé qu'il s'agit d'un avantage constituant une discrimination au bénéfice des migrants et au détriment des nationaux, et c'est la raison pour laquelle il est intervenu. Cet argument n'est pas recevable au regard de la jurisprudence de la CJCE.

## II) Relativement à la faculté de procurer aux travailleurs migrants des avantages destinés à récompenser leur mobilité

L'argument développé par l'Etat Français pour justifier le décret 2008-1384 est l'alignement des prestations perçues par les travailleurs migrants sur celles dont bénéficient les non migrants au nom de l'égalité de traitement et de l'interdiction des discriminations.

Ce raisonnement est erroné.

Si en effet la législation communautaire et la jurisprudence de la CJCE prohibent sévèrement les discriminations envers les travailleurs migrants afin que la mobilité ne soit pas freinée et que la liberté de circulation soit effective, il est nécessaire de garder en tête qu'à aucun moment n'est interdite la discrimination positive à l'égard des migrants.

En effet, l'égalité de traitement n'est pas une égalité au sens strict : elle oblige seulement à traiter de manière identique des personnes situées dans des situations identiques, et n'interdit pas un traitement différent des personnes se trouvant dans des situations différentes.

En effet, un frontalier travaillant dans un pays étranger et soumis à une législation en terme de droit du travail différente notamment en ce qui concerne le temps de travail légal hebdomadaire plus élevé avec une répartition et un nombre de jours de congés légaux différents, fait généralement garder ses enfants beaucoup plus longtemps, entraînant des surcoûts importants par rapport à un travailleur français.

Par conséquent, on ne peut pas dire que les travailleurs migrants soient placés dans une situation identique à ceux qui travaillent et vivent dans le même pays.

Les frontaliers bien souvent se heurtent à « de nombreuses entraves pratiques, administratives et juridiques qui [les] empêchent encore [...] d'exercer leur droit à la libre circulation. Il est également manifeste que ces obstacles empêchent les salariés et les employeurs d'exploiter pleinement les avantages et les potentialités de la mobilité géographique. Confirmation en est donnée par le grand nombre de lettres émanant de citoyens et concernant l'application incorrecte des règles communautaires en matière de libre circulation ou les mesures d'exécution prises au niveau national, et le nombre croissant d'Arrêts rendus dans ce domaine par la Cour »

Malgré les nombreuses discriminations auxquelles ils sont encore confrontés, ils font preuve d'une courageuse mobilité conforme à la volonté de dynamisation du marché du travail européen tel que souhaitée par la Commission et la Communauté, ce qui devrait être encouragé et même récompensé.

Ainsi, dans le prolongement de la stratégie de Lisbonne, la commission européenne a proclamé 2006 « année européenne de la mobilité des travailleurs », précisant que l'objectif est de diminuer le chômage en Europe tout en améliorant les conditions de travail. Dans ce cadre, elle affirme qu'« une nouvelle impulsion doit être donnée à la mobilité ».

Cette volonté forte est confirmée par le nouveau Traité de Lisbonne qui dans sa version consolidée précise à son article 3 (3), sous paragraphe 3 que « l'Union œuvrera en faveur d'une économie sociale de marché très compétitive (...), visant le plein emploi et le progrès social ».

Pourtant le décret réduit les avantages des travailleurs frontaliers et leur impose une discrimination : le progrès social est bien loin.

Faisant écho à sa communication de 2002 « Libre circulation des travailleurs : en tirer pleinement les avantages et les potentialités » la Commission, dans une nouvelle communication du 2 juillet 2008 au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions intitulé « un agenda social renouvelé : opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXI<sup>e</sup> siècle » a réaffirmé sa volonté de faciliter la mobilité, qui doit être mise en œuvre dans l'agenda social.

Dans cette perspective, il est naturel que la législation communautaire, si elle interdit les discriminations envers les travailleurs migrants dans une perspective de garantie de la liberté fondamentale de circulation, reste silencieuse sur les discriminations positives.

Il faut même aller plus loin : à de nombreuses reprises la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) s'est prononcé en faveur de l'absence d'opposition à ce qu'une législation nationale prévoit un traitement plus favorable de ses ressortissants travaillant à l'étranger.

Ainsi selon la CJCE, « l'article 13, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 1408/71, tel que modifié par le règlement n° 647/2005, en vertu duquel la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État, même si elle réside sur le territoire d'un autre État membre, doit être interprété à la lumière de l'article 42 CE qui vise à faciliter la libre circulation des travailleurs et implique notamment que les travailleurs migrants ne doivent ni perdre des droits à des prestations de sécurité sociale ni subir une réduction du montant de celles-ci en raison du fait qu'ils ont exercé le droit à la libre circulation que leur confère le traité.

Il en résulte que ledit article ne s'oppose pas à ce qu'un travailleur migrant, qui est soumis au régime de sécurité sociale de l'État membre d'emploi, perçoive, en application d'une législation nationale de l'État membre de résidence, des prestations familiales dans ce dernier État » (arrêt du 20 mai 2008 CJCE Bosmann, C-352/06).

Plus significativement, dans l'affaire Cirotti, (arrêt du 2.10.1997, C-144/96, Rec. p. I-5349) la question était de savoir si en droit le règlement 1408/71 ne serait pas de nature à avantager le travailleur migrant par rapport au travailleur national. Sur ce point, la Cour observe, d'une part, que

l'article 3, paragraphe 1, vise l'égalité entre les ressortissants d'un État membre et les ressortissants des autres États membres. En revanche, il ne s'oppose pas à l'application d'une législation nationale qui défavoriserait les travailleurs non migrants par rapport aux travailleurs migrants.

Par ailleurs, il résulte de l'arrêt du 13 octobre 1977, Mura (22/77, Rec. p. 1699), que l'argument selon lequel l'application des règles communautaires relatives à la coordination des régimes de sécurité sociale conduirait à favoriser les travailleurs migrants par rapport aux travailleurs n'ayant jamais quitté leur pays, est dépourvu de pertinence, une discrimination ne pouvant être relevée lorsque des règles différentes sont appliquées dans des situations légales qui ne sont pas comparables. En outre, de telles différences de traitement, lorsqu'elles existent, sont le résultat de l'absence de régime commun de sécurité sociale.

Cette solution n'est pas surprenante, ne s'agissant en matière de sécurité sociale que de règles de coordination et non pas d'harmonisation.

Ces décisions ont certes toutes été rendues sous l'empire du précédent règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale entre les différents États de l'Union Européenne.

Mais, étant donné que le nouveau règlement a été pris dans un objectif de rendre encore plus effective la liberté de circulation des travailleurs au sein de l'union et la lutte contre les inégalités de traitement conformément aux souhaits clairement affichés par la Commission (considérants 3 et 5 du règlement), cette position sera sans nul doute maintenue.

Ce serait à la fois aller au-delà de l'objectif du règlement n° 883/2004 et se placer en dehors des buts et du cadre de l'article 42 CE que d'interpréter ce règlement comme interdisant à un État membre d'accorder aux travailleurs et aux membres de leur famille une protection sociale plus large que celle découlant de l'application dudit règlement.

Le nouveau mode de calcul de l'ADI n'est ni plus ni moins qu'une « perte de droits » liée à une évolution du droit interne, qui accordait plus de droits que le droit de l'UE ne l'exigeait, alors que cet état de droit précédant était parfaitement conforme au traité et à la jurisprudence.

Afin de rétablir un des rares avantages liés au fait d'être travailleur frontalier, compensant faiblement les nombreuses situations discriminatoires subies, il est indispensable de soustraire à nouveau du calcul de l'ADI les prestations PAJE qui y ont été ajoutées, à savoir l'allocation de base de la naissance, le complément de libre choix du mode de garde, la prime à la naissance ou à l'adoption.

Pièce 1 : Guide CAF Modification des règles de calcul de l'allocation différentielle

Concernant spécifiquement la prime de naissance ou d'adoption, son inclusion dans le calcul de l'ADI est de toute manière illégale.

III) Concernant la prise en compte, contraire à ce qui est prévu dans l'annexe 1 du règlement 883/2004, de la prime de naissance dans le calcul de l'ADI

L'article premier du règlement 883-2004 précise que pour la lecture de l'ensemble du texte, « le terme prestations familiales désigne toutes les prestations en nature ou en espèces destinées à



compenser les charges de famille, à l'exclusion des avances sur pensions alimentaires et des allocations spécialisées de naissance ou d'adoption visées à l'annexe I ».

Or, l'annexe 1 du règlement mentionne pour la France que c'est la prime de naissance et d'adoption qui rentre dans la catégorie des allocations spécialisées de naissance ou d'adoption exclues expressément des prestations familiales.

La prime de naissance ou d'adoption française est donc expressément exclue par le règlement.

Pourtant, le décret de 2008-1384 a omis de préciser, en se référant à la liste des prestations sociales de l'article L 511-1, qu'il fallait exclure du calcul de l'ADI la prime de naissance ou d'adoption.

Il a déjà été rappelé plus haut la supériorité de la législation communautaire par rapport au droit interne.

En conséquence, l'inclusion de la prime de naissance ou d'adoption dans le calcul de l'ADI est contraire au droit communautaire et doit donc être impérativement écartée.

L'ensemble des travailleurs frontaliers attend du Gouvernement français une décision conforme à la jurisprudence communautaire, et à la conception de l'égalité qui y est développée.

Ce principe de non discrimination est du reste conforme au principe constitutionnel d'égalité, principe fondateur de la République Française.

En outre, au-delà même du règlement communautaire précité, il s'agit là du simple respect des traités dans leur esprit et dans leurs lettres.

Il est en conséquence demandé au Gouvernement Français d'abroger le décret.

Je suis chargé, au nom des organisations précitées, d'informer le Gouvernement de la détermination des organisations de travailleurs frontaliers à porter le contentieux, par tous moyens, devant les juridictions communautaires.

Dans l'attente des suites que vous voudrez bien donner à la présente,

Je vous prie de croire, Monsieur le Premier Ministre, Madame la Secrétaire d'Etat à la Famille, en mes sentiments les plus respectueux.

Ralph BLINDAUER  
Avocat

