



Commission Consultative des Droits de l'Homme

Projet de loi 5802

1) portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration ;

2) modifiant

- la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection ;
- le Code du travail ;
- le Code pénal ;

3) abrogeant

- la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant
 1. l'entrée et le séjour des étrangers ;
 2. le contrôle médical des étrangers ;
 3. l'emploi de la main d'œuvre étrangère ;
- la loi du 28 octobre 1920 destinée à endiguer l'affluence exagérée d'étrangers sur le territoire du Grand-Duché

**AVIS
02/2008**

Index

I. Commentaires et considérations d'ordre général

II. Le droit du citoyen de l'Union, du ressortissant des autres Etats parties à l'Accord sur l'Espace économique européen et de la Confédération suisse et des membres de leur famille, de circuler et de séjourner librement sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg

Droit de séjour des membres de famille d'un citoyen de l'Union et accès au marché de l'emploi, art. 14, 22 et 26

III. Le droit d'entrée et de séjour du ressortissant de pays tiers

A. Autorisation de séjour en vue d'une activité salariale

Art. 42

B. Regroupement familial

1. Regroupement familial du bénéficiaire de protection internationale (art. 68 et s.)

2. Mécanisme général, art. 69

3. Regroupement familial du partenaire non marié, art. 70 (1)

4. Regroupement familial des enfants célibataires du regroupant et/ou de son conjoint ou partenaire, art. 70 (1) c)

5. Regroupement familial et lutte contre les mariages forcés de mineurs et les mariages polygames, art. 70 (2) et (3)

6. Regroupement familial de certains membres de famille, art. 70 (5)

7. Procédure de regroupement familial, art. 73 (6)

C. Autorisation de séjour du résident de longue durée, art. 80 et s.

D. Personnes victimes de la traite des êtres humains

1. art. 92 (1) et (2)

2. art. 93 (1)

3. art. 93 (4)

4. art. 95 (1) et (2)

5. art. 96 (3), 98 et 78 d)

6. art. 97 (1)

IV. Procédures de refus

Refus d'entrée sur le territoire, refus de séjour, art. 104, 105, 109, 110

V. Transporteurs aériens

- 1. Obligation de transmission de renseignements relatifs aux passagers, art. 106*
- 2. Sanctions des transporteurs aériens, art. 108*

VI. Eloignement

- 1. Rétention, art. 120 et s*
- 2. Exécution des décisions d'éloignement, art. 124*
- 3. Reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement de ressortissants de pays tiers, art. 117 et 118*

VII. Contrôles

Art. 134 et 139

VIII. Sanctions

Aide à l'entrée et au séjour irréguliers, art. 145

IX. Dispositions transitoires

Rétroactivité de la loi, art. 166

X. Recommandations finales

I. Commentaires et considérations d'ordre général

De manière générale, la Commission Consultative des Droits de l'Homme (ci-après, « la CCDH ») accueille avec grande satisfaction les efforts du Ministère des Affaires étrangères et de l'Immigration d'introduire une nouvelle législation relative à la libre circulation des personnes et à l'immigration qui, entre autres, transposera les directives européennes plus ou moins récentes en la matière. Par ailleurs, la CCDH salue le fait que le projet de loi va au-delà de cette démarche pour réformer également des dispositions nationales non visées par les directives en instaurant divers types d'autorisation de séjour tenant compte notamment des attaches avec le pays d'accueil ou des liens personnels et familiaux, ou encore en incluant la révision du système des permis de travail. De manière générale, la CCDH ne peut que saluer les dispositions du projet qui attachent une importance au respect de la vie privée et familiale, qu'il s'agisse de la possibilité d'accorder dans certaines circonstances une autorisation de séjour pour raisons privées ou qu'il s'agisse des dispositions relatives à la protection de tout étranger, quelle que soit sa nationalité, qui fait l'objet d'une décision de refus, de retrait de non-renouvellement ou d'éloignement du territoire en respectant le principe de proportionnalité c'est-à-dire en tenant compte des conséquences que pourraient avoir de telles mesures sur le respect de sa vie privée ou familiale.

Les dispositions prévues aux articles 103 et 132 répondent à la nécessité impérative d'équilibrer d'un côté, l'impact négatif d'une décision négative sur le respect de certains droits fondamentaux et de l'autre, les raisons objectivement valables qui amèneraient les autorités à ne pas autoriser un étranger à séjourner au Luxembourg. Dans le même ordre d'idées la CCDH salue la disposition portant sur l'empêchement à l'éloignement pour raisons médicales. La CCDH constate encore que le projet de loi permet, sous certaines conditions, une forme de régularisation permanente des personnes en situation irrégulière, qui tient ainsi compte de leur intégration de fait dans la société, mais qui reste attachée à la condition d'avoir travaillé pendant huit ans sur le territoire. On peut dès lors douter de l'effectivité d'une telle mesure de régularisation, alors qu'elle relève d'une part du seul pouvoir discrétionnaire du ministre et que d'autre part, le projet vise à renforcer les sanctions administratives et pénales à l'égard des étrangers qui travaillent sans disposer des autorisations nécessaires (article 142) et des employeurs qui les occupent (article 149).

La CCDH constate encore la volonté du gouvernement d'inclure, dans la mesure du possible, des dispositions relatives à l'intégration des étrangers, contrepartie indispensable d'une politique d'immigration et dimension fondamentale pour la préservation de la cohésion sociale. Elle salue dans ce contexte la volonté du Ministère de la Famille et de l'Intégration de réformer la loi de 1993 sur l'intégration des étrangers, qui a conduit le 31 décembre 2007 au dépôt du projet de loi sur l'accueil et l'intégration des étrangers. Dans la mesure où l'intégration et l'immigration sont deux domaines intimement liés qui ne peuvent, à certains

égard, être appréhendés distinctement l'un de l'autre, et que l'intégration constitue notamment un volet complémentaire au domaine de l'immigration, la CCDH insiste sur un traitement parallèle de ces deux matières (cf. par exemple, l'avis du Conseil économique et social du 12 octobre 2006 « Pour une politique d'immigration et d'intégration active » et le « Manuel sur l'intégration à l'intention des décideurs politiques et des praticiens » publié par la Commission européenne, deuxième édition, mai 2007 ou encore le programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, du 13 décembre 2004).

La CCDH est consciente du fait que certains de ses commentaires peuvent aller plus loin que les seules exigences des dispositions des directives européennes adressées aux Etats membres de l'Union européenne. Elle pense cependant que le législateur luxembourgeois pourra et devra faire ses propres choix et options, non seulement dans les domaines non couverts par ces directives, mais encore, en décidant d'adopter des normes plus favorables comme toutes les directives concernées le permettent, avec comme finalité essentielle le respect de la dignité de la personne humaine et des droits de l'Homme.

Les droits de l'Homme et les Libertés fondamentales des migrants sont souvent malmenés, la plupart du temps les violations de ceux-ci sont déjà à l'origine de la fuite du pays d'origine, et à l'arrivée, dans le pays d'accueil, certains sont quotidiennement confrontés à la discrimination.

La CCDH relève avec satisfaction la mention explicite de l'exposé des motifs qui évoque une gestion « cohérente, transparente et efficace des flux migratoires dans le respect des droits fondamentaux des migrants et du principe de non discrimination », même si cette mention semble bien isolée dans l'ensemble des développements relatifs aux finalités économiques du projet.

Si les principales vocations affirmées du projet sous avis sont de doter le Luxembourg d'une législation moderne, conforme aux exigences européennes, qui « sert les intérêts économiques du pays », cette réalisation devra effectivement se faire dans le strict respect de la dignité de la personne et des droits fondamentaux.

*

La CCDH relève que le projet de loi sous avis prévoit un nombre important de dispositions dont les normes d'exécution, voire la substance même de la matière, restent à fixer par règlements grand-ducaux. Concernant certaines de ces dispositions, qui seront analysées plus loin dans le présent avis, la CCDH tient à exprimer son inquiétude, alors qu'elle estime que, selon les cas, certaines des matières concernées, ont par nature vocation à être appréhendées par voie législative et non par voie réglementaire.

En ce qui concerne les contenus des règlements grand-ducaux, la CCDH annonce qu'elle prendra position ultérieurement lorsque tous les textes seront accessibles.

La CCDH salue l'ajout, dans le projet de loi, d'un tableau de correspondance avec les articles des directives concernées, ce qui permet une lecture plus aisée du projet. Cependant, le fait que le tableau de correspondance renvoie en ce qui concerne certains articles des directives, à un chapitre du projet ou au droit commun n'allège pas la lisibilité.

Elle relève encore la très grande complexité de certaines des futures dispositions de la loi et s'inquiète quant aux conséquences que cette complexité pourrait avoir sur sa bonne application. La CCDH craint en effet l'augmentation du contentieux en la matière, situation qui, outre le fait de ne pas participer à la sécurité juridique des administrés concernés, entraînera un alourdissement encore plus pesant qu'à l'heure actuelle, des rôles des juridictions de l'ordre administratif.

Dans ce contexte, la CCDH estime primordial que l'« Ombudsman » puisse disposer de moyens effectifs pour absorber et traiter toutes les demandes individuelles dont il ne manquera pas d'être saisi une fois la nouvelle loi en vigueur, et lui permettre d'intervenir en tant que conseiller et médiateur entre les personnes concernées, le milieu associatif et l'administration compétente dans cette matière devenue d'une grande complexité juridique et qui a encore vocation à évoluer sous l'impulsion communautaire.

*

II. Le droit du citoyen de l'Union, du ressortissant des autres Etats parties à l'Accord sur l'Espace économique européen et de la Confédération suisse et des membres de leur famille, de circuler et de séjourner librement sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg

Droit de séjour des membres de famille d'un citoyen de l'Union et accès au marché de l'emploi

En ce qui concerne le volet du projet qui porte sur la « libre circulation », la CCDH tient à saluer la transposition du droit communautaire relatif à la libre circulation des personnes, qui rapproche encore l'égalité de traitement entre citoyens de l'Union et ressortissants luxembourgeois. A ce titre, la CCDH relève en particulier la réduction des formalités administratives relatives au droit de séjour, l'instauration d'un droit de séjour permanent acquis au citoyen de l'Union sur base d'une durée de résidence de cinq ans, ou encore la protection accrue contre l'éloignement du citoyen de l'Union.

Article 14 et article 22

La CCDH note avec satisfaction qu'en ce qui concerne le droit de séjour et l'accès au marché de l'emploi, le législateur met sur pied d'égalité le membre de famille d'un citoyen luxembourgeois et celui d'un citoyen européen ayant exercé la libre circulation. Elle se pose toutefois la question de savoir s'il ne serait pas opportun de faire aussi bénéficier de l'égalité de traitement le membre de famille d'un citoyen de l'Union n'ayant pas exercé son droit à la libre circulation. Il paraît en effet difficile de trouver une justification raisonnable suffisamment solide, pour avoir un traitement différent entre, par exemple, le membre de famille d'un citoyen portugais vivant au Luxembourg selon que celui-ci aurait migré au Luxembourg ou pas.

Article 26

Les ressortissants de l'Union Européenne, des autres Etats parties à l'Accord sur l'Espace économique européen et de la Confédération suisse ainsi que les membres de leur famille, ne peuvent faire l'objet d'une décision de refus de séjour, d'un refus de délivrance ou de renouvellement de carte de séjour ou d'un retrait de celle-ci, lorsque le ressortissant en question est un travailleur ou qu'il est entré sur le territoire luxembourgeois pour chercher un emploi durant une période

n'excédant pas six mois ou pour une période plus longue, s'il est en mesure de rapporter la preuve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a des chances réelles d'être engagé.

Afin d'assurer l'effectivité de ce droit de la personne à la recherche d'un emploi, il est nécessaire que l'Administration de l'Emploi (ADEM) soit équipée des ressources humaines nécessaires pour encadrer le processus de placement et de conseil des personnes concernées. En effet, sachant que les employeurs ont l'obligation de déclarer les postes vacants à l'ADEM, ce sera l'ADEM qui saura, de concert avec les parties impliquées, constater s'il y a des chances réelles d'un engagement.

III. Le droit d'entrée et de séjour du ressortissant de pays tiers

Si la CCDH salue l'instauration, toujours sous l'impulsion du droit communautaire, pour les ressortissants d'un Etat tiers, du statut de résident de longue durée, elle relève que la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (*Directive résidents de longue durée*), que le présent projet de loi est censé transposer, entend rapprocher le statut du ressortissant de pays tiers résident de longue durée de celui du citoyen de l'Union. Ce rapprochement est conforme à l'objectif du Conseil européen de Tampere de 1999 qui vise à accorder un traitement équitable aux ressortissants de pays tiers en leur offrant des « droits et des obligations comparables à ceux des citoyens de l'Union européenne », par exemple le droit de résider, d'étudier, de travailler comme salarié ou indépendant et l'application du principe de non-discrimination par rapport aux nationaux.

Une des innovations du projet réside dans l'élargissement de la libre circulation aux ressortissants de pays tiers bénéficiaires du statut de résident de longue durée acquis dans un Etat membre de l'Union européenne. La CCDH ne peut que saluer cette évolution d'une citoyenneté basée sur la nationalité vers une citoyenneté basée sur la résidence. Toutefois, dans bon nombre de cas, des différences de traitement fondées sur la nationalité persistent et la CCDH s'interroge sur leur justification.

Ainsi, la CCDH tient à marquer sa préoccupation quant au respect par certaines dispositions du principe d'égalité de traitement et de non discrimination.

En effet, à l'instar de la Chambre des employés privés¹, **la CCDH ne trouve aucune justification**

- **à ce que l'examen médical prévu aux articles 28 (2) et 41 (5) du projet, soit dans un cas, à charge de l'Etat lorsque le ressortissant européen ou assimilé est concerné et dans l'autre cas à charge du ressortissant de pays tiers lorsque ce dernier est concerné,**
- **à ce qu'il soit expressément prévu à l'article 40 (2) du projet, que le ressortissant de pays tiers ait à payer une taxe pour l'émission de son titre de séjour, tandis que l'article 8 du projet prévoit la délivrance de l'attestation d'enregistrement au citoyen européen ou assimilé sans perception de la moindre taxe,**
- **à ce que, en cas de regroupement familial, la rupture de la vie commune en raison du décès du regroupant, lorsque celui-ci est citoyen européen, n'affecte pas le droit de séjour du membre de sa famille s'il a séjourné au pays pendant un an (article 17 (1)), alors que pour pouvoir prétendre à un titre de séjour autonome, le**

¹ Avis de la Chambre des employés privés du 21 février 2008 sur le projet de loi 5802

membre de la famille du regroupant ressortissant d'Etat tiers aura dû vivre trois ans avec celui-ci avant son décès (article 76 (a)).

A. Autorisation de séjour en vue d'une activité salariée

Article 42

Le projet de loi introduit une simplification administrative majeure en fusionnant le permis de travail et l'autorisation de séjour pour les salariés ressortissants de pays tiers.

L'autorisation de séjour est accordée au ressortissant d'un pays tiers pour exercer une activité salariée (l'activité indépendante est réglée par les articles de la sous-section 2) si certaines conditions ayant trait au marché de l'emploi, à la qualification professionnelle et à l'existence d'un contrat de travail sont remplies. Le ressortissant d'un pays tiers reçoit le droit de solliciter lui-même une autorisation de séjour en tant que travailleur salarié. Néanmoins l'Administration de l'Emploi (ADEM) doit constater que la préférence communautaire inscrit dans le droit européen a été respectée et que l'emploi ne peut pas être occupé par un candidat disponible sur le marché du travail national ou européen. Le ressortissant d'un pays tiers pourra présenter une demande de travailler auprès d'un employeur auquel l'ADEM a signalé qu'il n'y a pas de demandeur d'emploi inscrit disponible pour occuper le poste déclaré vacant par l'employeur.

Un changement est par ailleurs introduit au niveau du renouvellement du titre de séjour.

Le premier titre de séjour valant pour une durée maximale d'un an, dans un seul secteur et pour une seule profession auprès de tout employeur, peut être renouvelé, sur demande, pour une durée de deux ans (s'il y a existence d'un contrat de travail). Un changement de secteur peut être accordé à ce stade après vérification des conditions de priorité d'embauche dont bénéficient certains travailleurs en vue de dispositions communautaires ou nationales. Des renouvellements subséquents donnent droit à un titre de séjour valable pour la durée de trois ans, pour toute profession dans tout secteur.

La commission consultative pour travailleurs salariés introduite par l'art. 153 donne son avis avant toute décision d'attribution d'une autorisation de séjour ou de renouvellement de séjour du travailleur. Elle vérifie les points énumérés à l'article 42 (1) du projet de loi.

Le paragraphe (3) de l'article 42 du projet de loi prévoit une procédure rapide pour les personnes travaillant dans un secteur ou une profession

caractérisés par des difficultés de recrutement, sans que l'avis de la commission consultative ne soit requis.

La CCDH constate qu'une plus grande mobilité est introduite au niveau du changement de secteur de travail ou d'employeur par la nouvelle loi. Cette perméabilité entre secteurs du marché de travail est un facteur facilitateur pour réaliser l'accès au travail et bénéficiera tant aux individus qu'aux entreprises.

La fusion des démarches pour obtenir le permis de travail et l'autorisation de séjour pour les personnes ressortissant de pays tiers, combinée au droit accordé au ressortissant du pays tiers de solliciter lui-même l'autorisation de séjour, devrait permettre d'accélérer et de clarifier le processus administratif. Toutefois faudra-t-il que les institutions et administrations en charge soient équipées des ressources humaines et logistiques nécessaires pour répondre à leur mission.

B. Le regroupement familial

1. Regroupement familial du bénéficiaire de protection internationale

Article 68 et suivants

La CCDH exprime sa satisfaction face à la décision des auteurs du projet de loi, de modifier les anciennes dispositions de l'avant projet, relatives au regroupement familial, qui ne visaient que le seul réfugié au sens de la Convention de Genève, et d'avoir désormais prévu l'applicabilité de ces dispositions plus favorables dans cette matière, tant au bénéfice du réfugié politique reconnu au sens de la Convention de Genève, qu'à celui du bénéficiaire du statut de la protection subsidiaire au sens de la directive 2004/83/CE (directive qualification) et de la loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection (« bénéficiaire d'une protection internationale »).

La CCDH relève cependant encore deux de ces dispositions spécialement favorables du projet sous avis (articles 70 (4) et 70 (5) c)), qui ne concernent que le seul « réfugié » mineur et qui ne sont dès lors pas applicables, au sens de la définition de l'article 68 a), au mineur bénéficiaire d'une protection subsidiaire. **Elle pense que cette forme rédactionnelle est le fruit d'une erreur matérielle, d'un oubli, et invite dès lors le législateur à remplacer les termes « réfugié mineur » des articles 70 (4) et 70 (5) c) par ceux de « mineur bénéficiaire de protection internationale ».** En toutes hypothèses, la forme actuelle de ces deux dispositions révèle un problème de terminologie, alors que le

« réfugié », à fortiori, le « réfugié mineur », ne sont pas définis dans le projet, contrairement au « bénéficiaire de protection internationale » dont la définition est prévue à l'article 68 a). Cette situation conforte l'idée de la CCDH, selon laquelle l'actuelle rédaction des articles 70 (4) et 70 (5) c) est le fruit d'une erreur matérielle.

En ce qui concerne particulièrement l'article 69 (2) du projet, la CCDH accueille très favorablement la dérogation prévue pour les bénéficiaires de protection internationale, qui n'ont pas à remplir les conditions de ressources, de logement et d'assurance maladie, imposées par l'article 69 (1) aux ressortissants d'Etat tiers pour faire jouer leur droit au regroupement familial. Ce principe est en effet conforme à celui posé à l'article 12 de la directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (*Directive regroupement familial*). **La CCDH regrette cependant que cette dérogation ne puisse jouer que si la demande de regroupement familial du bénéficiaire de protection internationale est présentée dans les trois mois suivant l'octroi de cette protection.**

La CCDH accueille encore très favorablement l'article 73 (3) du projet selon lequel le bénéficiaire de protection internationale peut prouver par tout moyen ses liens familiaux avec les membres de sa famille pour lesquels il demande le regroupement au cas où il ne peut fournir les pièces justificatives « officielles » et qui prévoit explicitement que la seule absence de pièces justificatives ne peut motiver le rejet de la demande.

Pour garantir une effectivité maximale des articles 69 (2) et 73(3) et protéger au maximum le droit fondamental à la vie familiale du bénéficiaire de protection internationale, **la CCDH préconise que la loi impose que ce dernier soit formellement et explicitement informé, dans le corps même de la décision administrative lui octroyant son statut, de la possibilité, de la procédure et des délais pour demander le regroupement familial des membres de sa famille.**

Enfin, la CCDH relève que l'article 12 2. de la directive *regroupement familial* interdit formellement aux Etats membres d'exiger la moindre condition de séjour préalable du réfugié sur leur territoire, avant de se faire rejoindre par les membres de sa famille. Elle constate donc que **la formulation de l'article 69 (2), qui prévoit que les conditions du paragraphe 1 (de l'article 69) ne doivent pas être remplies si la demande est présentée dans les trois mois de l'octroi de la protection, est contraire à l'article 12 2. de la prédite directive.** En effet, si le bénéficiaire de protection internationale ne présente pas sa demande dans les trois mois de l'octroi de son statut, il devra remplir toutes les conditions de l'article 69 (1), non seulement celles relatives aux ressources, au logement et à l'assurance maladie (points 1 à 3 de l'article 69 (1)), mais également celles relatives à l'exigence d'une autorisation de

séjour d'une validité d'au moins un an, et surtout celle relative à l'exigence d'un séjour préalable sur le territoire d'au moins douze mois avant de pouvoir présenter la demande.

Pour pallier cette contrariété avec les impératifs de la *Directive regroupement familial*, la **CCDH recommande au législateur**

- **de reformuler ainsi l'article 69 (2): « (2) Le bénéficiaire d'une protection internationale peut demander le regroupement des membres de sa famille définis à l'article 70. Les conditions des points 1. à 3. du paragraphe (1) qui précède, ne doivent être remplies que si la demande de regroupement familial est introduite après un délai de trois mois suivant l'octroi d'une protection internationale. » et**
- **de rajouter un paragraphe (3) à l'article 69 qui serait ainsi formulé : « (3) Il ne peut être exigé du bénéficiaire de protection internationale d'avoir séjourné sur le territoire pendant un certain temps avant d'introduire sa demande ni avant de se faire rejoindre par les membres de sa famille. »**

2. Mécanisme général

Article 69

La CCDH rappelle que le respect de la vie familiale constitue un droit fondamental reconnu notamment par l'article 8 de la CEDH. Une ingérence dans ce droit n'est admissible, d'après les termes du paragraphe 2 de l'article 8 de la CEDH, dans la seule mesure où elle est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Dans ce sens, la CCDH tient à confirmer qu'elle est particulièrement attentive à l'application pratique du droit au regroupement familial.

Ainsi, la CCDH tient d'abord à remarquer que le projet instaure un regroupement familial sous condition que le regroupant satisfasse aux exigences suivantes : être titulaire d'une autorisation de séjour d'une durée de validité d'au moins un an, avoir une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour de longue durée et un séjour au Luxembourg d'une durée d'au moins douze mois. Par cette dernière condition, le législateur reprend la clause facultative de l'article 8(1) de la *directive regroupement familial* qui permet l'instauration d'un tel délai d'attente. S'il est vrai que les auteurs du projet n'ont pas repris le délai

d'attente maximal de deux ans, la CCDH considère néanmoins que le principe même de ce délai d'attente est inutile à partir du moment où les deux premières conditions sont remplies. Dès lors que l'étranger bénéficie d'un titre de séjour d'une validité d'au moins un an et a une perspective fondée d'obtenir un droit de séjour de longue durée, lui imposer un délai supplémentaire est susceptible de porter une atteinte disproportionnée à son droit à la vie privée et familiale. **La CCDH demande en conséquence de supprimer ce délai d'attente inutile et disproportionné du projet de loi.**

Par ailleurs, elle est persuadée qu'il serait plus conforme aux objectifs de l'article 8 précité et afin de garantir une meilleure sécurité juridique en la matière, que les critères concernant les caractères stable, régulier et suffisant des ressources dont le regroupant doit disposer pour être en droit d'accueillir au pays les membres de sa famille, soient précisés dans la loi et non dans un règlement grand-ducal, tel que le prévoit actuellement l'article 69 (1) 1. du projet. Il serait dans ce sens envisageable de fixer dans l'article en question, une référence précise à une valeur indexée existant déjà dans la législation luxembourgeoise, à l'instar, par exemple, du montant du revenu minimum garanti et la CCDH invite le législateur à modifier le projet en ce sens.

La CCDH estime encore que pour l'évaluation du caractère suffisant et stable des ressources, il conviendrait de prendre en considération l'ensemble de toutes les ressources du ménage (y compris les prestations familiales), une fois la réunification familiale réalisée. Dans cette perspective, et afin de favoriser l'intégration des personnes concernées, il conviendrait de modifier l'article 74(2) du projet. En ce qui concerne l'accès au marché de l'emploi - dans la mesure où la réglementation communautaire le permet - la CCDH considère que les membres de la famille rejoignante devraient pouvoir bénéficier des mêmes conditions que le regroupant au moment du regroupement familial. Lors du renouvellement du titre de séjour pour « travailleur salarié » ce dernier va en effet bénéficier d'un titre de séjour pour une durée de deux ans dans un secteur et pour une seule profession, sur base de la seule condition d'être en possession d'un contrat de travail conclu pour un poste déclaré vacant auprès de l'Administration de l'Emploi.

En ce qui concerne le caractère approprié du logement dont le regroupant doit disposer (article 69 (1) 2. du projet), la CCDH relève que cette notion, telle qu'elle est actuellement abordée dans le projet, est beaucoup trop vague et ne permet pas de garantir la sécurité juridique minimale des personnes concernées, alors qu'elle offre un spectre d'interprétation beaucoup trop large. La CCDH relève que le projet se contente d'exiger que le regroupant dispose d'un « logement approprié » sans aucune autre indication et elle **invite le législateur à préciser cette exigence par l'ajout de critères objectifs (nombre de pièces ou de m2 en fonction**

du nombre de personnes...) qui permettront au ministre, respectivement aux juridictions de l'ordre administratif, de contrôler ce caractère approprié ou non. Elle relève encore que la fixation de critères trop restrictifs en matière de conditions de logement à remplir, pourrait constituer une atteinte disproportionnée au droit fondamental à la vie familiale.

3. Regroupement familial du partenaire non marié

Art. 70 (1) b)

La CCDH salue la volonté du Grand-Duché de Luxembourg d'admettre l'exercice du droit au regroupement familial de deux partenaires non mariés, comme l'autorise la directive *regroupement familial*, en adoptant ainsi une approche moderne et réaliste de la notion de famille.

Le projet exige cependant que pour pouvoir jouir de ce droit fondamental, les partenaires non mariés ressortissants de pays tiers dont l'un des deux réside au pays en satisfaisant aux exigences de l'article 69 (1), et qui voudraient s'y rejoindre, soient liés par un partenariat «*enregistré, dans le respect des conditions prévues par la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats* »

La CCDH relève que l'article 4 (3) de la *Directive regroupement familial* prévoit la possibilité pour les Etats membres d'autoriser l'entrée et le séjour au titre du regroupement familial, «*du partenaire non marié ressortissant d'un pays tiers qui a avec le regroupant une relation durable et stable dûment prouvée, ou du ressortissant de pays tiers qui est lié au regroupant par un partenariat enregistré (...)* »

La préposition « ou » n'est pas à interpréter dans ce contexte comme imposant un choix à l'Etat membre de reconnaître l'exercice du droit au regroupement familial, soit au partenaire non marié tel que défini, soit au partenaire dûment enregistré. La directive laisse en effet la possibilité aux Etats membres d'accorder le droit au regroupement familial à l'une ou à l'autre des deux catégories sans interdire de l'accorder aux deux. . Par ailleurs, de manière générale, l'article 3. 5. de la directive laisse formellement la possibilité aux Etats membres d'accorder des conditions plus favorables **La CCDH regrette que les auteurs du projet sous avis, aient limité l'exercice de ce droit aux seuls partenaires dûment enregistrés, de surcroît, selon la seule loi luxembourgeoise, restreignant ainsi l'effet utile de cette disposition.**

La CCDH relève encore que l'article 5 (2) *in fine* de la *Directive regroupement familial* exige que « *lors de l'examen d'une demande concernant le partenaire non marié du regroupant, les États membres tiennent compte, afin d'établir l'existence de liens familiaux, d'éléments tels qu'un enfant commun, une cohabitation préalable, l'enregistrement du partenariat ou tout autre moyen de preuve fiable* » et constate que le projet de loi sous avis est muet quant à ces éléments.

Ainsi, la seule exigence relative à l'enregistrement du partenariat selon la loi luxembourgeoise du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, est non seulement inappropriée au vu des invitations européennes, mais a encore pour conséquence de priver le droit au regroupement familial de partenaires non mariés ressortissants de pays tiers, de toute effectivité. En effet, l'article 73 (4) du projet exige que « *la demande est introduite et examinée alors que les membres de la famille résident à l'extérieur du pays* » et l'article 4.-4. de la loi précitée du 9 juillet 2004 exige que pour pouvoir s'enregistrer, les partenaires non mariés résident tous deux légalement sur le territoire luxembourgeois.

La CCDH invite dès lors le législateur à reconsidérer les dispositions du projet relatives au regroupement familial des partenaires non mariés ressortissants de pays tiers en s'inspirant notamment de la possibilité laissée par la *Directive regroupement familial*. Ainsi, il conviendrait d'autoriser l'entrée et le séjour sur le territoire au partenaire non marié ressortissant d'un pays tiers qui a avec le regroupant une relation durable et stable dûment prouvée et au ressortissant de pays tiers qui est lié au regroupant par un partenariat enregistré, alors que la rédaction actuelle du projet interdit toute application effective du droit au regroupement familial des personnes concernées.

4. Regroupement familial des enfants célibataires du regroupant et/ou de son conjoint ou partenaire

Art. 70 (1) c)

La CCDH relève que l'article 70 (1) c) du projet de loi prévoit que l'entrée et le séjour seront accordés sur base de leur droit au regroupement familial, aux « *enfants célibataires de moins de dix-huit ans, du regroupant et/ou de son conjoint ou partenaire, (...) à condition d'en avoir le droit de garde et la charge, et en cas de garde partagée, à la condition que l'autre titulaire du droit de garde ait donné son accord* ».

La CCDH est d'avis que cette seule référence « aux enfants célibataires de moins de dix-huit ans » est insuffisante face au principe fondamental d'égalité de traitement des enfants légitimes, naturels, adoptés ou adultérins, tel qu'il est entendu par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et tel qu'il a notamment été « transposé » dans notre droit civil.

Elle relève encore particulièrement que la rédaction actuelle de l'article 70 (1) c) est contraire aux impératifs de la *Directive regroupement familial* qui prévoit à son article 4 (1) b, c et d, que « les enfants mineurs, y compris les enfants adoptés » concernés, doivent pouvoir bénéficier du regroupement familial.

La CCDH pense que cette forme rédactionnelle est le fruit d'une erreur matérielle, d'un oubli, d'autant qu'il est fait mention de la notion d'adoption aux articles 75 point 4 et 134 (3) du projet, et invite dès lors le législateur à reformuler ainsi l'article 70 (1) c): « c) les enfants célibataires de moins de dix-huit ans, **y compris les enfants adoptés**, du regroupant et/ou de son conjoint ou partenaire, tel que défini au point b) qui précède, à condition d'en avoir le droit de garde et la charge, et en cas de garde partagée, à la condition que l'autre titulaire du droit de garde ait donné son accord. ».

5. Regroupement familial et lutte contre les mariages forcés de mineurs et les mariages polygames

Art. 70 (2) et (3)

Nous notons avec satisfaction que le projet concrétise par ces précisions l'engagement pris par le Grand-Duché à travers des textes internationaux (Convention relative aux droits de l'enfant et Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes).

6. Regroupement familial de certains membres de famille

Article 70 (5) L'article 4 2. de la *Directive regroupement familial*, prévoit que :
« Les États membres **peuvent**, par voie législative ou réglementaire, autoriser l'entrée et le séjour, au titre de la présente directive, sous réserve du respect des conditions définies au chapitre IV, des membres de la famille suivants:

- a) *les ascendants en ligne directe au premier degré du regroupant ou de son conjoint, lorsqu'ils sont à sa charge et qu'ils sont privés du soutien familial nécessaire dans le pays d'origine;*
- b) *les enfants majeurs célibataires du regroupant ou de son conjoint, lorsqu'ils sont objectivement dans l'incapacité de subvenir à leurs propres besoins en raison de leur état de santé. »*

Le projet entend transposer cette faculté laissée par la directive aux Etats-membres, par l'article 70 (5) a) et b) qui dispose que

« *L'entrée et le séjour peuvent être autorisés par le ministre :*

- a) *aux ascendants en ligne directe au premier degré du regroupant ou de son conjoint ou partenaire visé au paragraphe (1), point b) qui précède, lorsqu'ils sont à sa charge et qu'ils sont privés du soutien familial nécessaire dans leur pays d'origine ;*
- b) *aux enfants majeurs célibataires du regroupant ou de son conjoint ou partenaire visé au paragraphe (1), point b) qui précède, lorsqu'ils sont objectivement dans l'incapacité de subvenir à leurs propres besoins en raison de leur état de santé »*

Comme elle le rappelait à titre de considération générale, à l'instar de tous les Etats membres, le Luxembourg est toujours libre d'aller au-delà des exigences d'une directive, en instaurant dans son ordre juridique, des dispositions plus favorables. Ce principe est réaffirmé à l'article 3.5. de la directive *regroupement familial*.

A partir de l'instant où le Luxembourg envisage la possibilité d'accorder le bénéfice de l'exercice du droit au regroupement familial aux personnes concernées, et à partir de l'instant où le Luxembourg reprend dans sa législation les conditions de la directive, qui, si elles sont remplies, **sont révélatrices d'une situation de vulnérabilité de ces personnes qu'il convient donc de protéger**, la CCDH ne parvient pas à imaginer les conditions supplémentaires à celles de la directive, que le ministre entendrait leur imposer en vertu de son pouvoir discrétionnaire dont il revendique la possibilité d'exercice sous le commentaire de l'article 70 du projet.

La CCDH se pose par ailleurs la question de savoir si le ministre peut effectivement disposer d'un pouvoir d'appréciation dans ce cas très précis, alors que l'article 4.2 de la directive *regroupement familial* laisse la faculté aux Etats membres, d'autoriser par voie législative ou réglementaire, le regroupement familial de ces personnes lorsqu'elles remplissent les conditions énoncées.

Ainsi, l'article 4.2 de la directive *regroupement familial* semble clairement imposer aux Etats membres, la mise en place d'un mécanisme qui ne laisse plus de place à l'appréciation de l'autorité administrative chargée de délivrer l'autorisation, alors que dans les conditions précises et objectives

énoncées par la directive, c'est par voie législative ou réglementaire, que les critères selon lesquels l'entrée et le séjour seront autorisés, doivent être fixés.

Ainsi, afin de protéger au mieux, non seulement le droit à la vie familiale de ces personnes, mais aussi leurs autres droits fondamentaux susceptibles d'être atteints dans les situations de vulnérabilité décrites par la directive et reprises par le projet, et afin de garantir l'effectivité du principe de non-discrimination et d'égalité devant la loi et pour permettre au Luxembourg d'être en accord avec les impératifs européens en la matière, la **CCDH propose au législateur de remplacer les termes « l'entrée et le séjour peuvent être autorisés par le ministre » de l'article 70 (5) du projet par les termes « l'entrée et le séjour sont autorisés par le ministre ».**

La CCDH relève encore particulièrement qu'en ce qui concerne les ascendants à charge ou les descendants majeurs à charge, la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, prévoit que les ascendants du citoyen de l'Union européenne, respectivement leurs descendants majeurs à charge, qu'importe leur nationalité, sont des membres de sa famille auxquels l'exercice du droit au regroupement familial est garanti, au même titre qu'au conjoint ou aux enfants du citoyen de l'Union. Même si l'Union européenne semble ainsi avoir instauré une différence de traitement entre les ressortissants d'Etat tiers, selon qu'ils sont ascendants ou descendants à charge d'un citoyen européen ou d'un ressortissant d'Etat tiers, la **CCDH s'oppose à ce qu'une telle différence de traitement soit reprise dans la législation luxembourgeoise**, alors que l'article 12 c) et d) du projet prévoit que les ascendants directs à charge et les descendants majeurs à charge du citoyen de l'Union, sont des membres de la famille auxquels l'exercice du droit au regroupement familial est garanti en dehors de toute appréciation du ministre qui ne dispose dès lors d'aucun pouvoir discrétionnaire dans cette situation.

7. Procédure de regroupement familial

Article 73 (6) Procédure de regroupement familial

L'article 5(4) de la directive *regroupement familial* prévoit que « dès que possible et en tout état de cause au plus tard neuf mois après la date du dépôt de la demande », les autorités nationales doivent notifier leur décision à la personne qui a déposé le dossier de demande de regroupement familial. Ce délai peut être prorogé dans des situations exceptionnelles liées à la complexité de l'examen de la demande. L'article

73(6) du projet reprend ce délai de neuf mois sans transposer l'exigence de traiter les demandes le plus rapidement possible comme l'exige cependant la directive.

La CCDH rappelle que l'article 69 (1) du projet dans sa forme actuelle, exige que le regroupant ait résidé pendant au moins un an avant de présenter une demande de regroupement familial et elle rappelle qu'elle s'oppose à ce délai inutile.

Ainsi, si ce délai est maintenu et si le ministre utilise le maximum du temps pendant lequel il n'est pas tenu de répondre, le regroupement familial pourrait ne devenir effectif qu'au bout de 21 mois pendant lesquels les membres de la famille ne seraient pas réunis, après que le regroupant ait obtenu son titre de séjour au Luxembourg. Dans la mesure où il convient de permettre au plus vite à l'étranger qui en remplit les conditions, de jouir pleinement de son droit fondamental à la vie familiale, **la CCDH considère ce délai de neuf mois excessif et estime qu'un délai de trois mois serait le maximum acceptable**². Les autorités devraient en effet mettre tout en œuvre pour permettre à l'étranger de mener une vie familiale normale, le plus vite possible à partir du moment où il en remplit les conditions de fond.

La CCDH rappelle aussi à cet égard la Convention internationale des droits de l'enfant qui, en son article 10, dispose que « toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence » et invite le législateur à insérer cette obligation de diligence telle qu'elle est imposée par la directive *regroupement familial*.

C. Autorisation de séjour du résident de longue durée

Article 80 et s.

Si l'article 11(1) de la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée prévoit en principe l'égalité de traitement avec les nationaux en matière d'accès à l'emploi, d'éducation, de sécurité sociale, l'Etat membre peut toutefois déroger à l'égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi. Le projet de loi ne transpose pas en tant que tel l'article portant sur l'égalité de traitement. Le tableau de correspondance fait, en ce qui concerne la transposition de l'article 11(1) de la directive, un simple renvoi au droit.

² Ce délai de trois mois se justifie par ailleurs par le principe de droit commun posé par l'article 13 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions de l'ordre administratif, auquel il n'est pas justifié de pouvoir déroger dans cette matière spécifique du droit au regroupement familial.

La CCDH demande au législateur de prévoir explicitement le principe de l'égalité de traitement entre le ressortissant de pays tiers ayant obtenu le statut de résident de longue durée au Luxembourg et le citoyen de l'Union européenne. En ce qui concerne le transfert du statut de résident de longue durée d'un Etat membre à l'autre, **la CCDH note favorablement la disposition de l'article 87(2) selon laquelle le résident de longue durée d'un autre Etat membre qui obtient le droit de séjour au Luxembourg se voit délivrer un titre de séjour d'une durée de cinq ans.**

Toujours dans une perspective d'égalité de traitement, **la CCDH rappelle qu'elle recommande d'appliquer, en ce qui concerne l'examen médical du résident de longue durée qui veut s'installer au Luxembourg, les mêmes dispositions que celles prévues pour le citoyen de l'Union, comme elle propose également d'adapter le texte de l'article 41 du projet de loi pour l'aligner sur celui de l'article 28 portant sur le contrôle médical des citoyens de l'Union et comme elle suggère qu'il soit prévu à l'article 40 (2) du projet, que le ressortissant de pays tiers n'ait, à l'instar du citoyen européen ou assimilé, aucune taxe à payer pour l'émission de son titre de séjour.**

D. Personnes victimes de la traite des êtres humains

1. Article 92 (1) et (2)

La CCDH relève que les infractions spécifiques relatives à la traite des êtres humains n'existent pas encore en droit répressif luxembourgeois, alors que la version actuelle du code pénal n'envisage que les seules infractions spécifiques d'exploitation sexuelle.

Le projet aborde le statut des victimes de la traite sans plus définir cette infraction, mais renvoie à cette fin au Code pénal dont les articles concernés n'existent pas encore.

Les dispositions manquantes du code pénal y seront introduites par la future loi dont le projet vient d'être déposé devant la Chambre des Députés (Projet de loi n°5860 relatif à la traite des êtres humains,

(1) portant approbation :

a) du Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir le trafic des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ouvert à la signature du 12 au 15 décembre 2000 à Palerme, et

b) de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, signée à Varsovie le 16 mai 2005

(2) modifiant le code pénal ;

(3) modifiant le Code d'instruction criminelle)

La CCDH ne peut qu'espérer que cette future loi soit rapidement adoptée pour permettre l'insertion rapide dans le projet sous avis, des références aux articles du code pénal manquants. Cet encouragement n'est cependant pas l'expression du blanc-seing de la CCDH quant à la conformité du projet n°5860 avec les Droits de l'Homme et les Libertés fondamentales et se réserve la possibilité d'émettre un avis spécifique sur celui-ci.

2. Article 93 (1)

De manière générale, la CCDH s'inquiète du fait que le régime réservé aux personnes victimes de la traite des êtres humains ne soit pas adapté à la réalité du terrain, que ce soit par rapport aux délais, par rapport à la durée des autorisations de séjour (six mois) et de leur renouvellement, ou encore par rapport à la prise en charge de ces personnes. La CCDH est persuadée que la protection et la prise en charge de ces personnes en tant que victimes, devrait être le principe directeur des dispositions en la matière, plutôt que celui qui consiste à la protéger tant qu'elle est utile à la justice qui poursuit ses agresseurs.

Selon l'article 93 (1) : « *Le ministre accorde à la personne visée à l'article 92 un délai de réflexion de quatre-vingt-dix jours afin de se soustraire à l'influence des auteurs des infractions visées aux articles (...) du Code pénal, de lui permettre de se rétablir et de décider en connaissance de cause d'introduire une plainte ou de faire des déclarations concernant les personnes ou les réseaux qui se seraient rendus coupables des infractions visées aux articles (...) du Code pénal.* » Cette période de trois mois devrait donc théoriquement permettre aux victimes de se remettre physiquement et psychologiquement, de se soustraire à l'influence des auteurs de la traite et de décider de faire une plainte ou non contre les trafiquants. Toutefois, au-delà des aspects matériels, l'exploitation, qu'elle soit à des fins de prostitution ou à d'autres fins, peut laisser chez les victimes des séquelles physiques et mentales qui dureront toute leur vie. Les victimes sont, lorsqu'elles sont identifiées, dans un état d'extrême vulnérabilité suite à la situation éprouvante qu'elles ont vécue. Elles présentent des traumatismes analogues à ceux des victimes de la torture qui les laissent aux prises avec des sentiments de honte, de culpabilité, de solitude et d'insécurité angoissante. D'après les expériences des professionnels du secteur social qui prennent en charge les victimes de la traite, le délai de quatre-vingt-dix jours est trop court pour permettre à la victime de se remettre des atteintes subies et de retrouver un minimum de stabilité psychologique. Le fait de se « rétablir » présuppose également que les victimes établissent une relation de confiance avec les personnes qui les entourent (travailleurs sociaux, ONG, psychologues, personnel médical, agents de police etc.). Au vu des traumatismes vécus, la CCDH

imagine difficilement que le manque de confiance de la part des victimes soit si rapidement surmonté. Dans la mesure où l'on peut supposer que les victimes de la traite se confient plus facilement à des professionnels du secteur social ou à des ONG, la législation nationale devrait aussi inclure la possibilité prévue par l'article 5 (2) de la directive européenne du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux victimes de la traite des êtres humains, qui dispose que l'information du ressortissant d'un pays tiers qui peut relever du champ d'application de la directive puisse aussi être fournie par une organisation non-gouvernementale ou une association expressément désignées à cet effet par l'Etat membre concerné.

Par ailleurs, le fait de devoir accepter de dénoncer les trafiquants ou réseaux de la traite, place les victimes sous pression et les expose à un risque considérable de nouvelles violations et de représailles de la part des trafiquants (notamment des menaces envers la famille de la victime primaire).

3. Article 93 (4)

Selon l'article 93 (4) : « *Le ministre peut décider de mettre fin au délai de réflexion (...), s'il est établi que la personne concernée a activement, volontairement et de sa propre initiative renoué un lien avec les auteurs présumés des infractions visées à l'article (...) du Code pénal (...)* ». D'après cette disposition, les victimes devraient rompre complètement tout lien avec les auteurs présumés des infractions visées. Des situations complexes peuvent se présenter. Quid si le proxénète affirme qu'une prise de contact a eu lieu sur initiative de la victime alors que la personne nie la prise de contact ? Un autre exemple: pour des jeunes filles d'Europe de l'Est contraintes à la prostitution, leurs proxénètes et les autres filles constituent leur seul réseau social. Elles sont loin de chez elles et n'osent peut-être plus y retourner parce qu'elles ont honte. Même si elles souffrent des menaces et de l'exploitation sexuelle, elles ont de grandes difficultés à rompre avec le milieu. Aussi peut-il arriver, dans de nombreux cas, que les personnes victimes de la traite retournent auprès de leur trafiquant et le quittent à nouveau, parce qu'elles souffrent d'un traumatisme et ressentent une attirance émotionnelle (identification avec l'agresseur) pour retourner à un environnement familial. Il est irréaliste d'attendre que toutes les personnes victimes de la traite puissent s'adapter immédiatement à un nouvel environnement.

La Convention du Conseil de l'Europe sur la traite des êtres humains fixe un délai de rétablissement et de réflexion minimum de 30 jours. **La CCDH ne peut qu'accueillir favorablement le fait que le projet ait retenu un délai trois fois plus long, mais elle propose, au vu de ce qu'elle vient d'exposer, de fixer un délai de réflexion d'au moins trois mois, délai**

qu'il serait possible de prolonger dans certains cas exceptionnels par décision dûment motivée par le souci de protection de la victime et permettre ainsi la prise en compte de la spécificité de chaque situation.

4. Article 95 (1) et (2)

La CCDH note que la procédure pour avoir droit au titre de séjour renouvelable après la période de réflexion, telle qu'élaborée dans la version actuelle du projet de loi, se limite aux seules victimes qui sont disposées à faire des déclarations ou de porter plainte contre les auteurs de la traite. On peut se réjouir de ce que l'obtention du titre de séjour provisoire ne soit pas limitée à la seule condition de porter plainte contre les trafiquants. En effet, il est avéré que la plupart des victimes hésitent à porter plainte en raison des risques de représailles et parce que leur exploitation a été, dans bien des cas, organisée par des proches. Le fait de porter plainte peut les soumettre, elles et/ou leur famille à des risques de représailles. Par ailleurs, il s'avère en pratique que, très souvent, les auteurs de la traite ne sont condamnés qu'à des peines minimales, ce qui explique également les réticences des victimes à déposer une plainte.³

Dans ce contexte, la CCDH invite le législateur à réfléchir sur la possibilité de garantir l'anonymat des victimes qui acceptent de témoigner ou de faire des déclarations.

Dans le cadre de l'article 95 (2), la CCDH relève que si la victime a porté plainte ou a fait des déclarations concernant les auteurs des infractions, si sa présence est nécessaire pour la procédure ou « en raison de sa situation personnelle », si elle a rompu tout lien avec ses agresseurs et qu'elle n'est pas considérée comme un danger, elle recevra un titre de séjour provisoire valable pour une durée de six mois. Ce titre « *est renouvelable pour une nouvelle durée de six mois tant que les conditions fixées au paragraphe (1) qui précède, restent remplies* ». La rédaction actuelle de cet article ne permet pas de saisir si le titre n'est renouvelable qu'une seule fois (*pour une nouvelle durée de six mois*), ou s'il pourra être prorogé sans limite, à chaque fois pour une durée de six mois, tant que les conditions du paragraphe premier restent remplies. Ce principe est transposé de la directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, qui prévoit à son article 8.3 *in fine* que ce titre de séjour « *est renouvelé si (ces)*

³ Cf. l'affaire des trois personnes condamnées pour proxénétisme à des peines de prison de trois, respectivement de deux ans avec sursis ; Tribunal d'arrondissement, Jugement no 2280/2007 du 11 juillet 2007.

conditions (...) continuent d'être remplies », de telle sorte qu'il convient de conclure que le titre de séjour devra effectivement être renouvelé « automatiquement » tous les six mois tant que les conditions seront remplies. **La CCDH invite dès lors le législateur à reprendre les termes de l'article 8 3. *in fine* de la prédite directive et de remplacer la dernière phrase de l'article 95 (2) du projet en s'inspirant des termes, univoques, de la directive, par la phrase « *Il est renouvelé si les conditions fixées au paragraphe (1) qui précède, restent remplies* ».**

Il convient ensuite de s'interroger sur le sort de la victime lorsqu'une des conditions, et en particulier celle prévue au point 2, vient à ne plus être remplie, lorsque sa présence n'est plus nécessaire pour l'enquête ou la procédure et que le titre provisoire cessera par conséquent d'être renouvelé. La CCDH ne peut que retenir que les auteurs du projet ont voulu régler ce sort, dans de telles circonstances, par l'introduction de l'article 98 qu'elle tient à saluer tout particulièrement. En permettant l'octroi d'une autorisation de séjour pour raisons privées à la victime, les auteurs du projet ont voulu offrir au ministre la possibilité de régler son sort selon une solution conforme à la dignité humaine et à ses droits fondamentaux. **Au cas où la proposition que la CCDH émet au point suivant ne serait pas suivie, elle espère alors une application généreuse de cet article qui constitue une plus-value indéniable face aux exigences minimums de la directive précitée.**

5. Article 96 (3), article 98 et l'article 78 d)

L'article 96 (3) prévoit que si les autorités judiciaires décident d'interrompre la procédure (par exemple, pour vice de forme), indépendamment de tout fait de la personne victime de traite, le titre de séjour provisoire lui sera retiré et elle sera susceptible d'être renvoyée dans le pays où elle a été victime du réseau en premier lieu.

La CCDH émet de grandes inquiétudes quant à cette disposition du projet et elle tient à souligner le caractère absolu du droit fondamental de ne pas être soumis à des tortures ou à des traitements inhumains ou dégradants, comme le proclame l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et le confirme régulièrement la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Ainsi, la CCDH réaffirme qu'aucune victime de la traite ne peut être renvoyée dans un pays dans lequel elle serait susceptible d'y subir des traitements contraires à l'article 3 et rappelle que le lien entre la victime de la traite et son agresseur, se crée quasi-systématiquement dans le pays d'origine.

Par ailleurs, la CCDH estime indispensable de tenir dûment compte de la situation personnelle de détresse de la victime et est persuadée que cette situation devrait être l'une des causes à prendre le plus sérieusement en considération dans l'application que le ministre pourra faire de **l'article 98** du projet, qui prévoit la possibilité de délivrer un titre de séjour à la victime dans les conditions de **l'article 78 point d)**. Ce dernier prévoit qu'une autorisation de séjour pour des raisons privées pourra être accordée *« au ressortissant de pays tiers qui fait valoir des motifs humanitaires d'une exceptionnelle gravité. »*. La CCDH estime que la combinaison de ces deux dernières dispositions, devrait entraîner l'autorisation de séjour de droit dans le chef des victimes à l'issue de la procédure, alors que leur situation de victimes de traite est systématiquement constitutive *« d'une situation d'une exceptionnelle gravité »* au vu des violations de leurs droits fondamentaux qu'elles ont dû endurer. Ainsi, la CCDH est persuadée que plutôt que de laisser un pouvoir discrétionnaire au ministre dans cette matière, il serait bien plus protecteur des droits fondamentaux des victimes de la traite, de **prévoir un mécanisme d'autorisation de séjour de droit à leur bénéfice à l'issue de la procédure**, tout en prévoyant les cas dans lesquels l'autorisation pourrait leur être refusée par le ministre.

La CCDH rappelle enfin également dans le contexte de l'article 96 (1), la décision-cadre du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains qui dispose dans son article 7 que « les Etats membres s'assurent que les enquêtes ou les poursuites concernant les infractions visées par la présente décision-cadre ne dépendent pas de la déclaration ou de l'accusation émanant d'une personne victime de l'infraction (...). »

6. Article 97 (1)

Selon l'article 97 (1) : *« Le titre de séjour visé à l'article 95 donne droit aux mesures de protection et d'assistance telles que définies par la loi (...). »* La CCDH salue l'élaboration du projet de loi sur l'assistance et la protection des victimes de la traite des êtres humains modifiant le nouveau code de procédure civile, déposé récemment à la Chambre des Députés. La CCDH se réserve la possibilité d'émettre un avis spécifique sur cette future loi.

La CCDH encourage les autorités à adopter, dans les meilleurs délais, les deux projets de loi relatifs à la traite des êtres humains, dont celui du Ministère de l'Egalité des chances, qui vient d'être mentionné et le deuxième projet de loi du Ministère de la Justice qui a été mentionné dans le cadre de l'article 92. Ces deux projets transposent la Convention du Conseil de l'Europe sur la traite des êtres humains, qui

constitue un apport important en matière de sauvegarde des droits fondamentaux.

La CCDH rappelle que la Convention du Conseil de l'Europe sur la traite des êtres humains est entrée en vigueur le 1^{er} février 2007 et a été ratifiée à ce jour par 17 pays.

IV. Les procédures de refus

Refus d'entrée sur le territoire, refus de séjour

Articles 104, 105, 109, 110

La CCDH constate que le législateur distingue plus clairement, d'une part, les procédures de refus d'entrée sur le territoire et, d'autre part, les procédures de refus de séjour.

L'article 104 précise en effet que la décision de refus d'entrée sur le territoire doit être notifiée par écrit et contre récépissé à la personne concernée, avec mention de son droit d'avertir la personne chez laquelle elle a indiqué vouloir se rendre, son consulat ou le conseil de son choix. Il reste toutefois inquiétant que la mise en œuvre de la décision peut être exécutée d'office par les agents du service de contrôle à l'aéroport avec le risque que la personne concernée ne puisse ainsi pratiquement jamais exercer la moindre voie de recours contre cette décision.

V. Les transporteurs aériens

1. Obligation de transmission de renseignements relatifs aux passagers

Article 106

La CCDH se réfère à son avis d'octobre 2006 sur le projet de loi 5572⁴ visant à transposer quatre directives européennes et à modifier la loi du 28 mars 1972 sur l'entrée et le séjour des étrangers. En effet, dans le contexte de transposition de la directive 2004/82/CE concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, « la CCDH rend attentif au douzième considérant de la directive qui prévoit expressément que *« les États membres devraient prévoir un régime de sanctions qui s'appliquerait en cas d'utilisation incompatible avec les objectifs visés par la présente directive »* (c'est-à-dire dans un autre but que celui de lutter efficacement contre l'immigration clandestine). **La CCDH estime que le Grand-Duché devrait impérativement prévoir un tel régime de sanctions pour se conformer aux autres dispositions obligatoires en la matière et invite les auteurs à remédier à cette lacune.**

La CCDH relève favorablement le fait que le règlement grand-ducal du 21 décembre 2006 relatif à l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers en provenance d'un pays non membre de l'Union européenne et au traitement de ces données transpose les obligations de la directive 2004/82/CE en ce qui concerne l'effacement des données par les transporteurs et les autorités de police. Cependant, et comme elle l'a déjà exprimé à différentes occasions, la CCDH est préoccupée, étant donné que les garanties relatives à la protection des données et touchant directement à la protection du droit fondamental au respect de la vie privée sont fixées dans un règlement grand-ducal et non pas dans la loi.

⁴ Avis de la CCDH d'octobre 2006 sur le projet de loi 5572 visant à transposer quatre directives européennes et à modifier la loi du 28 mars 1972 sur l'entrée et le séjour des étrangers, point B (2), p. 2

2. Sanctions des transporteurs aériens

Article 108

Dans son avis précité d'octobre 2006 sur le projet de loi 5572, la CCDH avait relevé que le Luxembourg n'intégrait pas la précaution figurant au §2 de l'article 4 de la directive 2001/51/CE selon laquelle les sanctions pécuniaires frappant les transporteurs qui auront laissé transiter des ressortissants non communautaires, seront infligées „*sans préjudice des obligations des Etats membres lorsqu'un ressortissant d'Etat tiers demande à bénéficier de la protection internationale.*“ Ce constat n'est aujourd'hui pas atténué par l'existence de l'article 150 (2) a) du projet, qui prévoit que l'amende n'est pas infligée dans le cas d'une demande de protection internationale qui ne serait pas « déclarée irrecevable ou manifestement infondée ». En effet, cette disposition ne constitue pas une garantie pour le demandeur de protection internationale; au contraire, elle entraîne l'abandon aux transporteurs de l'appréciation des faits qu'un étranger présenterait à l'appui de sa demande de protection internationale. Le transporteur ne sera pas sanctionné si la demande n'est pas finalement déclarée irrecevable⁵. On peut légitimement supposer, au vu de l'ampleur des sanctions pécuniaires auxquelles ils s'exposent, que certains transporteurs, par précaution, ne se poseront même pas la question et refuseront d'embarquer la personne qui n'aura ainsi aucune chance de pouvoir présenter une quelconque demande de protection internationale.

⁵ La CCDH relève que la loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection, n'a pas repris l'ancienne notion de demande « manifestement infondée », telle qu'elle existait sous l'empire de l'ancienne loi de 1996 relative à l'examen d'une demande d'asile.

VI. Eloignement

1. Rétention

Article 120 et s.

En ce qui concerne le principe même de la privation administrative de liberté du ressortissant de pays tiers, la CCDH renvoie à ses nombreux avis en la matière.

Une nouvelle fois, compte tenu de la gravité intrinsèque de toute mesure de rétention en tant qu'elle constitue une privation de liberté, la CCDH rappelle qu'il ne saurait y être fait recours qu'en cas de stricte nécessité. Elle rappelle dans ce contexte l'article 5.1. de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui énumère limitativement les cas de figure pouvant donner lieu à des mesures de privation de la liberté. Cet article dispose que :

« Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

a s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;

b s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;

c s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;

d s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;

e s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;

f s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

Pour la matière concernée, il est donc impératif que l'atteinte à la liberté des ressortissants de pays tiers soit, d'une part strictement encadrée par la loi et, d'autre part, qu'il existe préalablement à la décision de rétention « une procédure d'expulsion ou d'extradition » à l'encontre la personne concernée.

En ce qui concerne le nécessaire cadre légal de la décision de rétention, **la CCDH ne peut accepter la formulation actuelle de l'article 120 (1) du projet qui prévoit que « lorsque l'exécution d'une décision d'éloignement (...) est impossible en raison de circonstances de fait, l'étranger peut, sur décision du ministre être placé en rétention dans une structure fermée. »**. La CCDH s'oppose également à la formulation actuelle de l'article 125 (1) du projet qui réaffirme le principe.

La finalité de l'article 5 f) de la CEDH est d'autoriser la privation de liberté du ressortissant de pays tiers, dans la seule mesure où il s'agit de garantir la bonne exécution de son expulsion (de son éloignement) du territoire d'un des Etats signataires de la Convention.

Il n'est pas possible de permettre au ministre de décider (ou pas) de placer en rétention un ressortissant de pays tiers sous le coup d'une obligation exécutoire de quitter le territoire, à la seule condition qu'il existerait des circonstances de fait, non autrement définies, qui rendent impossible l'exécution matérielle de la mesure d'éloignement, alors qu'il est facile d'imaginer que des circonstances de fait, de natures bien diverses, puissent se présenter sans qu'elles aient le moindre rapport avec un quelconque risque qui existerait dans le chef de la personne concernée, de se soustraire à la décision d'éloignement. **Pour garantir le respect du droit fondamental des ressortissants de pays tiers à la liberté individuelle et pour que la législation luxembourgeoise ne s'inscrive pas en violation flagrante avec le prédit article 5 de la CEDH, il est absolument indispensable de définir avec précision, dans la loi, d'autres conditions objectives et propres au comportement de la personne concernée, qui s'ajouteraient à celle, unique, actuellement prévue, et dont la réunion justifierait la possibilité de placer en rétention le ressortissant de pays tiers.**

Le mécanisme actuel instauré par les deux dispositions en question du projet, conduit à accepter que le ressortissant de pays tiers, puisse souffrir d'une atteinte à sa liberté individuelle, non pas, selon les voies légales, mais à la pure discrétion du ministre, en violation flagrante de l'article 5 CEDH.

La CCDH insiste sur ce point : elle relève, pour finir de se convaincre, si besoin en était encore, que les « circonstances de fait qui empêchent l'exécution matérielle de l'éloignement » sont également susceptibles d'entraîner l'octroi d'un statut de tolérance dans le chef du demandeur de protection internationale débouté, aux termes de l'article 22 de la loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection, ici encore, à la seule

discrétion du ministre. Ainsi, pour un ressortissant de pays tiers qui aurait été débouté de sa demande de protection internationale et contre lequel une décision d'éloignement est automatiquement prise mais dont l'exécution matérielle serait impossible en raison de circonstances de fait, ce dernier pourra, soit se voir octroyer un statut de tolérance sur le territoire, soit faire l'objet d'une décision de rétention administrative en fonction de la seule appréciation discrétionnaire du ministre.

La CCDH s'oppose dès lors à la rédaction actuelle des deux dispositions précitées, alors qu'elles ne satisfont aucunement aux exigences de l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et exposent les ressortissants de pays tiers à un risque réel et sérieux d'atteintes illégales à leur droit fondamental à la liberté individuelle. La CCDH réaffirme qu'il est dès lors nécessaire de définir très strictement dans la loi les situations dans lesquelles une mesure de rétention pourra être ordonnée par le ministre, et qui pourront dès lors faire l'objet d'un contrôle du juge administratif.

Comme elle le rappelait déjà dans son avis d'avril 2007 sur le projet de loi N°5654 relatif à la création d'un Centre de Rétention, **la CCDH pense encore nécessaire de prévoir des alternatives à la rétention**, qui garantiraient que le ressortissant ne puisse se soustraire à la mesure d'éloignement, sans pour autant porter atteinte à sa liberté individuelle.

*

Par ailleurs, en ce qui concerne l'existence réelle d'une mesure d'éloignement à l'encontre du ressortissant de pays tiers, au vu de la pratique administrative actuelle en la matière, **la CCDH préconise de rajouter dans la loi l'obligation dans le chef du ministre qui ordonnerait la mesure de rétention, de détailler dans sa décision, avec précision, les modalités entreprises par lui pour exécuter effectivement l'éloignement. La CCDH ne peut en effet accepter dans ce contexte que l'une des conditions permettant de porter atteinte à la liberté individuelle des ressortissants d'Etat tiers, soit constituée par la fiction selon laquelle la seule existence légale d'une mesure d'éloignement, serait révélatrice de la mise en œuvre de son exécution, en dehors de tout contrôle quant à la réalité des démarches entreprises.**

*

Par ailleurs, **la CCDH est persuadée que la période de trois mois (reconductible trois fois pour la durée d'un mois) préconisée par l'article 120 et portant le temps maximal pendant lequel un ressortissant de pays tiers pourra faire l'objet d'une mesure de rétention, est inacceptable et ne peut surtout pas être justifié, par**

exemple, par des lenteurs administratives. Elle relève dans ce contexte, que la période maximale actuelle de rétention (un mois, reconductible deux fois) est ainsi doublée sans aucune explication ni justification des auteurs. Par ailleurs, la CCDH relève encore la pratique actuelle, selon laquelle il est arrivé que le ministre a recours une première fois à une mesure de rétention, la proroge à deux reprises, libère la personne concernée à l'issue de ces prorogations pour reprendre une nouvelle mesure de placement qu'il pourra à nouveau proroger deux fois et ainsi de suite. **La CCDH estime dans ce contexte qu'une nouvelle décision de rétention, après qu'une telle première décision (prorogée ou non) ait été exécutée, n'est dans ce contexte envisageable, que si des éléments nouveaux sont apparus par rapport à ceux existant au jour de la première décision.** Admettre que la pratique actuelle se perpétue, revient à priver de tout effet utile les dispositions légales qui limitent strictement la durée des décisions de rétention et à instituer une possibilité théorique de décisions de rétention qui se succèderaient ainsi de façon illimitée.

*

Enfin, en ce qui concerne le régime de rétention qui sera appliqué aux personnes concernées, la CCDH relève que la loi est silencieuse à cet égard et renvoie une nouvelle fois à son avis d'avril 2007 où elle rappelait « le principe fondamental (proclamé dans tous les instruments internationaux de protection des Droits de l'Homme) selon lequel les mesures privatives de liberté individuelle doivent être prévues par la loi. »

Par conséquent, afin d'éviter que ce principe fondamental ne perde de sa substance, **la CCDH estime primordial que le régime de rétention qui sera appliqué aux personnes concernées, soit encadré par une loi et non par règlement grand-ducal,** comme le prévoit actuellement la loi relative à la création d'un centre de rétention. **» Il semble absolument nécessaire à la CCDH que le législateur introduise, dans la future loi, des dispositions concernant au moins des principes de base qui devront, en toute hypothèse, être respectés et garantissant le respect et l'exercice des droits fondamentaux des personnes dans le cadre de la mesure de rétention dont elles feront l'objet.**

*

Suivant l'article 120 (1), le mineur non accompagné peut être placé en rétention dans un lieu approprié. Le législateur ne prévoit toutefois pas, en ce qui concerne le régime de rétention, un traitement spécifique à l'égard du mineur non-accompagné. Selon le commentaire de l'article, les cas de placement en rétention de mineurs non-accompagnés, devraient être extrêmement rares dans la mesure où ils ne devraient intervenir que si l'éloignement est justifié dans l'intérêt du mineur.

La CCDH s'oppose en principe à la rétention des mineurs non-accompagnés et propose en l'occurrence de biffer cette disposition du projet. Elle considère en effet que les mineurs non-accompagnés devraient bénéficier de structures d'encadrement adéquates.

Si le législateur devait néanmoins maintenir cette disposition, il conviendrait de faire une référence explicite à la Convention relative aux droits de l'enfant et prévoir une durée de rétention aussi courte que possible qui ne devrait, en tout état de cause, pas dépasser les 48 heures.

2. Exécution des décisions d'éloignement

Article 124

La CCDH se réfère à son communiqué du 6 juillet 2007 aux termes duquel elle tenait à attirer l'attention du Gouvernement sur la nécessité, d'une part, d'établir le « catalogue » dont il est question à l'article 124 (4), directement dans la loi et, d'autre part, que la loi vienne également définir avec exactitude (et notamment dans les conditions fixées par la CEDH), les circonstances dans lesquelles les personnes pourront être contraintes et entravées et voir leur domicile violé à l'occasion de l'exécution d'une mesure d'éloignement.

La CCDH constate avec regret que les auteurs du projet n'ont pas estimé utile de suivre ces recommandations. Si elle salue cependant les deux dernières phrases de l'article 124 (1) du projet, qui disposent que *« les mesures coercitives pour procéder à l'éloignement du territoire d'un étranger qui s'y oppose devront être proportionnées et l'usage de la force ne devra pas dépasser les limites du raisonnable. Ces mesures sont appliquées conformément aux droits fondamentaux et dans le respect de la dignité de la personne concernée »*, elle se doit de relever que celles-ci sont insuffisantes. En effet, ces dispositions restent trop vagues et imprécises par rapport à certaines pratiques qui pourraient être précisément énoncées et formellement interdites dans la loi.

La CCDH regrette encore dans ce contexte que le projet de loi ne fasse aucune référence aux orientations communes sur les mesures de sécurité à prendre pour les opérations communes d'éloignement par voie aérienne, annexées à la décision du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus.

Pour répondre à l'exigence de prévisibilité de l'article 8 de la CEDH, il est en effet nécessaire de définir avec exactitude, dans la loi, à l'instar de nos dispositions pénales en matière de visite domiciliaire, les circonstances exactes dans lesquelles les autorités compétentes pourront pénétrer, de force, au domicile des personnes concernées, ainsi que les tranches horaires auxquelles ces ingérences dans la vie privée de ces personnes, pourront intervenir. De la même manière, il est indispensable de fixer, dans la loi, les circonstances exactes dans lesquelles les personnes pourront être entravées.

Dans le même esprit, si le législateur estimait, malgré tout, suffisant de fixer les règles de bonne conduite dans un règlement grand-ducal, il serait cependant indispensable d'en définir au minimum, les principes directeurs dans la loi.

Dans son communiqué du 6 juillet 2007, la CCDH appelait l'Etat luxembourgeois de se doter au plus vite d'une loi précisant les modalités et règles d'exécution des mesures d'éloignement. Elle précisait que face au vide juridique actuel, elle tenait à marquer son opposition aux mesures d'éloignement forcé de personnes en situation irrégulière sur le territoire, tant que cette loi protectrice des droits fondamentaux ne serait pas entrée en vigueur.

Malgré l'absence de toute base légale à l'exécution des décisions d'éloignement, le gouvernement a continué à procéder à des éloignements forcés et l'actualité récente en la matière nous renvoie une nouvelle fois aux failles de notre système juridique qui seront loin d'être comblées si le projet de loi venait à être adopté en l'état.

La CCDH regrette de constater que malgré tous ses appels, le gouvernement reste sourd et silencieux et qu'il semble de toute évidence plus se préoccuper du sort des agents qui procéderont à l'éloignement plutôt que de celui, bien plus vulnérable, des personnes éloignées, au vu du deuxième amendement qui modifie l'article 158 du projet en instaurant une prime de risque au bénéfice de ces agents puisqu'ils « seront exposés à un risque réel d'atteinte à leur intégrité physique »

*

Par ailleurs, la CCDH accueille très favorablement l'abandon avec le projet du principe encore actuellement inscrit à l'article 12 de la loi modifiée du 28 mars 1972, selon lequel une décision d'éloignement d'un ressortissant d'Etat tiers en situation irrégulière est censée être prise, et donc susceptible d'être immédiatement exécutée, dès lors qu'un procès-verbal de police constate le caractère irrégulier du séjour et est adressé au ministre compétent.

Ce mécanisme devait en effet impérativement être réformé, alors qu'encore actuellement, il suffit qu'un agent de police qui constate ce fait et adresse le procès-verbal dans lequel il l'a consigné au ministre, pour être ainsi concomitamment autorisé, *ipso facto*, à procéder *manu militari* à l'éloignement, dans la mesure où toutes les formalités pratiques nécessaires à celui-ci auront été au préalable préparées (billet d'avion, accord de reprise des autorités du pays d'origine...).

Même si la personne qui aura ainsi été éloignée conservera son droit de recours prévu à l'article 15 de la loi de 1972 précitée, bien qu'elle ne se trouve plus sur le territoire, le mal aura été fait, et l'on peut facilement imaginer les difficultés pratiques pour exercer un tel recours à distance en fonction, notamment, du pays dans lequel le ressortissant d'Etat tiers aura été renvoyé et des conditions dans lesquelles il y aura été accueilli.

Très peu de chance pour lui, d'exercer ainsi le moindre recours, pour opposer à son éloignement, par exemple, le risque qu'il court d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention dans le pays vers lequel il est éloigné, ou pour faire valoir son droit à la vie privée, même si la loi lui garantit le droit à l'exercice d'un tel recours.

Cette situation est contraire à l'article 13 de la CEDH qui impose la garantie d'un recours effectif.

Il n'est pas sûr que le remède à ce dysfonctionnement soit garanti au Grand-Duché, si le projet est adopté dans sa forme et son contenu actuels, malgré le fait qu'il veuille anticiper la transposition de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (Proposition de directive *retour*), qui est censée garantir une procédure d'éloignement protectrice des droits fondamentaux des ressortissants d'Etats tiers en situation irrégulière sur le territoire de l'Union. En effet, selon le projet, le ministre aura désormais l'obligation d'assortir ses décisions de refus de séjour, d'un ordre de quitter le territoire (par écrit) qu'il pourra exécuter de force, si le ressortissant d'Etat tiers refuse de s'exécuter lui-même après l'écoulement du délai qui lui sera laissé. Il bénéficiera cette fois d'un recours effectif contre l'ordre de quitter le territoire. Ce recours devra cependant être exercé dans un certain délai sous peine de déchéance. Ainsi, s'il n'exerce pas ce recours ou s'il l'exerce et qu'il est infructueux, la décision d'ordre de quitter le territoire sera définitive et plus contestable. Dans l'état actuel du projet de loi, il n'existe aucune disposition qui impose au ministre un délai dans lequel il serait alors tenu de faire exécuter sa décision d'éloignement forcé (article 124 (1) du projet : l'ordre de quitter le territoire **peut** être exécuté d'office et l'étranger **peut** être éloigné du territoire par la contrainte). Si le ministre s'abstient, la personne concernée

se maintiendra sur le territoire et le ministre pourra, comme dans la situation actuelle, décider à tout moment d'exécuter par la contrainte l'ordre de quitter le territoire, même si des raisons qui s'opposent à l'éloignement (article 3 et 8 de la CEDH), qui n'existaient pas au moment où l'ordre de quitter le territoire aura été prononcé, s'étaient entre-temps créées. Aucun recours ne sera ainsi possible, puisque l'ordre de quitter le territoire qui n'aurait pas été attaqué dans le délai ou contre lequel le recours aurait été infructueux, ne sera plus contestable. Par ailleurs, le projet ne reprend nulle part l'obligation d'informer la personne du report de l'exécution de la décision d'éloignement, telle qu'elle est prévue à l'article 13 de la proposition de directive *retour*.

Le projet de loi limite les cas de figure où les forces de l'ordre peuvent recourir à la possibilité de refoulement sur base d'un procès-verbal dans le cadre de la procédure de refus d'entrée sur le territoire qui ne concerne que le cas de figure de franchissement de la frontière extérieure (article 105). Il n'en reste pas moins que le refus de séjour d'une personne qui ne serait par exemple pas ou plus en possession d'une autorisation de séjour de plus de trois mois, ou qui reste au-delà de la durée de validité du visa entraîne un ordre de quitter le territoire sans délai (articles 111(2), 100). Cette réforme ne répond ainsi que partiellement à la demande de la CCDH qu'elle a déjà exprimée en 2003 dans son avis sur l'expulsion et le refoulement du territoire des étrangers en situation irrégulière et selon laquelle elle invitait à limiter le recours au refoulement à des cas de figure plus restreints, par exemple aux personnes qui n'ont pas encore bénéficié d'un droit de séjour.

La CCDH invite donc le législateur à revoir les dispositions concernées du projet à la lumière de ces développements et de la version actuelle de la proposition de directive *retour*.

3. Reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement

Articles 117 et 118

La CCDH renvoie à nouveau à son avis d'octobre 2006 aux termes duquel elle constatait que le projet qu'elle avisait à l'époque et qui a abouti à l'adoption de la loi du 21 décembre 2006, ne transposait pas l'article 6 § 3 de la directive 2001/40/CE du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers et restait muet quant à un quelconque « *examen préalable de la situation de la personne concernée pour s'assurer que ni les actes internationaux pertinents, ni la réglementation nationale applicable, ne s'opposent à la mise à exécution de la décision d'éloignement* » et relève que le projet

sous avis ne remédie pas à cette carence. **La CCDH invite donc le législateur à se conformer ainsi aux impératifs fixés par la directive concernée en rajoutant, par exemple, à l'article 103 un paragraphe qui poserait le principe de cet examen préalable.**

VII. Contrôles

Article 134

L'article 134 prévoit que « (1) *Le ministre peut procéder ou faire procéder à des contrôles, afin de vérifier si les conditions fixées pour l'entrée et le séjour des étrangers sont remplies. [...]*

(3) Le ministre peut à tout moment procéder ou faire procéder à des contrôles spécifiques lorsqu'il existe des présomptions de fraude ou que le mariage, le partenariat ou l'adoption ont été conclus pour l'unique raison de l'entrée et le séjour sur le territoire.»

La CCDH attire l'attention du législateur sur le danger que représente une telle imprécision dans le libellé de cet article qui ne peut être maintenu sous une telle forme. Il est en effet nécessaire que ce pouvoir de contrôle soit strictement encadré par la loi, afin d'être conforme aux obligations internationales du Luxembourg (Article 8 CEDH) et de garantir la protection des libertés privées et du droit au respect de la vie privée des personnes visées par ces contrôles.

Dans ce contexte, **la CCDH estime nécessaire que la procédure de contrôle soit décrite dans la loi et, à tout le moins, aussi précisément que la procédure prescrite par le code d'instruction criminelle en matière de visites domiciliaires (heures des perquisitions, assentiment de la personne contrôlée, etc.), que ces contrôles soient justifiés par l'un des buts prévus au paragraphe 2 de l'article 8 de la CEDH et proportionnels au but poursuivi.** Dans le cadre de cette exigence de proportionnalité, il conviendra de restreindre les actes de contrôles à ceux strictement nécessaires, comme, par exemple, limiter ces contrôles aux pièces communes de l'habitation en interdisant l'accès aux chambres. La CCDH estime encore nécessaire de rappeler que les agents de la police grand-ducale, qui effectueront ces contrôles « sous l'autorité directe et conformément aux instructions du ministre » (article 135 du projet), ne seront donc munis d'aucun mandat judiciaire.

Enfin, la CCDH pense qu'il est encore nécessaire de préciser ce qu'il faut entendre par « présomption de fraude », et propose d'énoncer dans la loi quelques critères objectifs et matériels, non limitatifs, selon lesquels cette présomption pourra être établie.

Article 139

La CCDH réitère plusieurs de ses préoccupations qu'elle a déjà eu l'occasion d'exprimer dans le cadre du projet de loi relatif à l'accès des magistrats et officiers de la police judiciaire à certains traitements de données à caractère personnel des personnes morales de droit public. Elle constate que l'article 139 assure au ministre compétent ou à des personnes à définir par règlement grand-ducal, une possibilité d'accès direct aux traitements de données à caractère personnel de six fichiers différents. **La CCDH se rallie à l'avis de la Commission nationale pour la Protection des Données (4 mai 2005) selon lequel des garanties supplémentaires devraient accompagner le traitement des données afin de concilier leur accès avec le respect du droit à la vie privée.** Comme elle l'a déjà annoncé, la CCDH formulera un avis sur l'ensemble des règlements grand-ducaux prévus dans le cadre de cette loi.

VIII. Les sanctions

Aide à l'entrée et au séjour irréguliers

Article 145

La CCDH renvoie à nouveau à son avis d'octobre 2006 (Avis de la CCDH sur le projet de loi N°5572– Point B 3) p. 2). « Si le projet de loi sous avis transpose correctement la directive en étendant le champ d'application de l'incrimination de l'aide à l'immigration clandestine et en sanctionnant désormais également la tentative ainsi que l'aide au transit, la CCDH constate cependant que le Luxembourg ne répond pas à l'invitation de l'article premier, paragraphe 2 de la directive qui laisse la possibilité à tout Etat membre de ne pas sanctionner une telle aide, *lorsqu'elle a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée*. En effet, le but de la directive est de sanctionner l'immigration clandestine en poussant à frapper les réseaux organisés de traite humaine mais non pas de réprimer l'aide qui serait dictée par des motivations humanitaires.

La CCDH estime très important de prévoir une telle marge d'appréciation pour les juridictions répressives et s'oppose à l'idée d'une telle incrimination systématique d'actes qui seraient dictés par des motivations humanitaires. »⁶

⁶ Avis de la CCDH d'octobre 2006 sur le projet de loi 5572 visant à transposer quatre directives européennes et à modifier la loi du 28 mars 1972 sur l'entrée et le séjour des étrangers, point B (3), p.2

IX. Dispositions transitoires

Rétroactivité de la loi

Article 166

La CCDH tient à faire part de ses préoccupations face à l'article 162 du projet, qui instaure le principe de rétroactivité de la loi une fois entrée en vigueur, puisqu'elle sera applicable « *aux demandes d'autorisation de séjour introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi et dont l'instruction est pendante.* »

La CCDH estime que cette disposition viole le principe général de droit dont l'article 2 du code civil est induit et aux termes duquel « *La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

La CCDH estime fondamental de ne pas soumettre les demandes d'autorisation de séjour qui auraient été présentées au ministre avant l'entrée en vigueur de la future loi, aux règles de fond et de procédure de celle-ci, à moins que ces règles ne soient plus favorables pour la personne concernée, que celles, actuelles, mises en œuvre en la matière, conformément au principe général de non rétroactivité de la loi. La CCDH considère que ce principe qui garantit la sécurité juridique, est un principe fondamental de droit, protecteur des droits fondamentaux des administrés et des justiciables, auquel il ne peut être dérogé que par cette voie.

Aucune considération valable ne peut venir justifier la dérogation générale actuellement prévue qui ne viserait ainsi qu'une seule catégorie d'administrés ; les ressortissants de pays tiers. La CCDH s'oppose dès lors au maintien de l'article 162 du projet tel qu'actuellement formulé et propose de maintenir le principe de rétroactivité de la loi dans les situations où les nouvelles dispositions seraient plus favorables aux personnes concernées.

X. Recommandations finales

Pour les demandes d'autorisation de séjour qui seraient précisément pendantes au jour de l'entrée en vigueur de la loi, alors que cette dernière a vocation à radicalement changer tant les règles de procédure que les règles de fond en la matière, la CCDH invite le Gouvernement à trouver une solution équitable et conforme au respect des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales des personnes concernées.

La CCDH relève par ailleurs que beaucoup de personnes concernées sont sur le territoire depuis plusieurs années. Certaines sont dépourvues de tout titre de séjour alors que d'autres bénéficient d'un statut de tolérance, par nature provisoire et précaire.

Beaucoup n'ont plus d'attaches avec leur pays d'origine alors qu'elles ont parallèlement développé des liens sociaux forts avec le Luxembourg.

La CCDH invite dès lors le gouvernement à réfléchir afin de trouver une solution humaine et généreuse à cette problématique, qui garantirait enfin le droit à la dignité des personnes concernées.