

Délibération n°2007-370 du 17 décembre 2007

Le Collège :

Vu l'article la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et notamment les articles 8 et 14 ;

Vu la Convention internationale des droits de l'enfant et notamment l'article 10 ;

Vu la directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée et notamment l'article 11 ;

Vu la loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public et notamment l'article 1^{er} ;

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment les articles 11 et 15 ;

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu la délibération de la haute autorité n°2006-285 du 11 décembre 2006 du Collège de la haute autorité ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n°2007-557 DC du 15 novembre 2007 ;

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, par courrier du 2 juillet 2007, d'une réclamation du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) au sujet du projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, adopté par l'Assemblée nationale et le Sénat en séance publique du 23 octobre 2007.

En premier lieu, le Collège regrette vivement que la haute autorité n'ait pas été consultée par le Gouvernement sur ce projet alors que certaines de ses dispositions relevaient d'une consultation obligatoire en application de l'article 15 de la loi n°2004-1486.

En second lieu, le Collège adopte la note annexée ci-après et décide de porter cette délibération à la connaissance du Premier ministre et du ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Codéveloppement.

Enfin, le Collège demande à être consulté sur les décrets pris en application de cette loi.

Le Président

Louis SCHWEITZER

NOTE SUR LA LOI
RELATIVE A LA MAITRISE DE L'IMMIGRATION, A L'INTEGRATION ET A L'ASILE

N. Réf. : GISTI/2007/3426/001

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile en séance publique du 23 octobre 2007, tel qu'il résulte de l'accord obtenu par la Commission mixte paritaire. Parmi ces dispositions, plusieurs revêtent un caractère discriminatoire.

Par décision du 15 novembre 2007^[1], le Conseil constitutionnel a déclaré, sous certaines réserves d'interprétation concernant les tests ADN, la loi conforme à la Constitution, à l'exception de l'article 63 visant à permettre la réalisation de traitements de données à caractère personnel faisant apparaître les origines raciales ou ethniques de personnes, pour la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines, de la discrimination et de l'intégration.

La décision de conformité de la loi à la constitution ne retire en rien la légitimité de la haute autorité à se prononcer sur le texte de loi, notamment au regard des conventions internationales. En effet, le Conseil constitutionnel ne contrôle pas la conformité des lois aux conventions internationales^[2]. Parmi les dispositions de cette loi, plusieurs sont donc susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire^[3] au regard des conventions internationales, alors même qu'elles ne sont pas contraires à la Constitution.

• **Points soulevés dans la saisine du GISTI du 2 juillet 2007 :**

- ***article 2 de loi modifiant l'article L411-5 du CESEDA***

Cet article est relatif aux conditions de ressources auxquelles les personnes qui demandent le regroupement familial sont assujetties.

La rédaction initiale de l'article 2 du projet de loi était contraire aux recommandations de la délibération de la haute autorité n°2006-285 du 11 décembre 2006 selon laquelle le Collège a estimé que constitue une discrimination, en raison du handicap, la condition de ressources exigée pour bénéficier du regroupement familial car elle interdit, de facto, aux personnes handicapées concernées la jouissance de ce droit à défaut de pouvoir justifier de ressources suffisantes.

Le Sénat, puis la Commission mixte paritaire, ont cherché à rendre cet article compatible avec les recommandations de la haute autorité puisque, désormais, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque la personne qui demande le regroupement familial est titulaire de l'allocation supplémentaire du FSI ou de l'allocation aux adultes handicapés (AAH) mentionnée à l'article L428-1 du code de la sécurité sociale, c'est-à-dire l'AAH versée à la personne atteinte d'un taux d'incapacité au moins égal à 80%.

Cependant, malgré l'avancée qu'elle constitue, cette nouvelle disposition comporte tout de même des éléments discriminatoires et ce, pour deux raisons principales.

^[1] Décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

^[2] Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'Interruption volontaire de grossesse.

^[3] A titre d'information, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) s'est autosaisie et a rendu, le 20 septembre 2007, un avis très critique sur le projet de loi après le vote de l'Assemblée nationale

D'une part, ce durcissement impose aux étrangers souhaitant faire venir leurs proches, des conditions de ressources qui écartent, de fait, les populations les plus vulnérables, tels que les malades et les personnes âgées, aux revenus souvent faibles.

Ces personnes, au vu de la nouvelle législation, ne pourront faire valoir leur droit de mener une vie familiale normale puisque le regroupement familial, particulièrement crucial dans leur situation, ne leur sera pas ouvert. Il en va ainsi notamment :

- d'une part, des personnes bénéficiaires de l'AAH mais ne justifiant pas d'un taux d'incapacité au moins égal à 80% ;
- d'autre part, des nombreuses personnes qui bénéficient de revenus à la fois trop importants pour percevoir l'AAH ou l'allocation supplémentaire d'invalidité mais cependant inférieurs au SMIC, *a fortiori* 1,2 fois le SMIC – quantum qui pourra pourtant être fixé par décret en fonction de la taille de la famille du demandeur.

D'autre part et plus généralement, dans la mesure où le montant du SMIC est considéré comme suffisant pour que les Français puissent vivre dans des conditions acceptables, il est cohérent de considérer qu'il en est de même pour les étrangers. En conséquence, il n'y a pas lieu d'établir une distinction fondée sur la nationalité, critère de distinction sans lien avec l'objet de la mesure : disposer de revenus suffisants pour vivre dans des conditions acceptables. C'est ainsi qu'en 2003 puis en 2006 – lors de réformes législatives en matière d'immigration – les dispositions tendant à augmenter le montant des ressources suffisantes dans le cadre du regroupement familial avait été contestées par Monsieur COURTOIS, Rapporteur et membre de la Commission des lois à l'Assemblée nationale et, en 2006, par Monsieur HYEST, Président de la Commission des lois au Sénat.

Afin de rendre compatible « *l'objectif légitime qui est de vérifier le niveau réel des ressources du demandeur de manière à s'assurer qu'il sera en capacité de subvenir aux besoins de sa famille dans le cadre du regroupement familial* »^[4] qu'est la condition de ressources et le principe de non-discrimination à raison du handicap et de l'état de santé, il conviendrait de ne plus rendre opposable cette condition pour toute personne qui, à raison de son handicap ou de son état de santé, est dans l'incapacité de percevoir des revenus équivalents au SMIC, *a fortiori* à 1,2 fois le SMIC.

- ***article 6 de la loi modifiant l'article L311-9 et insérant L311-9-1 du CESEDA***

Cet article concerne la possibilité de suspension ou de mise sous tutelle des prestations familiales en cas de non respect des stipulations du contrat d'accueil et d'intégration pour la famille que doivent désormais signer les étrangers admis au séjour. Cette possible mise sous tutelle ou suspension des prestations familiales ne sont possibles, à ce jour, qu'en cas de non-respect du contrat de responsabilité parentale prévu à l'article L552-3 du code de la sécurité sociale. Le raisonnement adopté par la haute autorité dans la délibération 2006-288 du 11 décembre 2006 (carte familles nombreuses) pourrait amener à constater le caractère discriminatoire de cet article. En effet, le fait même que des parents ne remplissent pas leurs obligations en termes d'*intégration* (maîtrise de la langue, respect du principe de laïcité etc.) est dépourvu de lien avec le fait qu'ils remplissent ou non leurs obligations en termes de *responsabilité parentale* (absentéisme à l'école, délinquance etc.).

La disposition soumettant le maintien du versement des prestations familiales au respect du contrat d'accueil et d'intégration est contraire aux articles 8 et 1 du protocole n°1 de la CEDH combiné à son article 14 et constitue une discrimination fondée sur l'origine nationale. Sur ce dernier point, on

^[4] Délibération n°2006-285 du Collège de la haute autorité en date du 11 décembre 2006.

peut se fonder sur la directive 2000/43 telle que transposée par la loi du 30 décembre 2004 dans son article 19 - dans la mesure où cette contrainte supplémentaire ne pèse que sur les étrangers qui sont pourtant dans une situation comparable à celle des Français au regard de l'objet des prestations familiales.

Pour les mêmes raisons, cette disposition est également contraire à l'article 2 de la Convention internationale des droits de l'enfant selon lequel : « *Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille* ».

- ***Articles 1^{er} et 10 de la loi modifiant les articles L411-7 et L211-2-1 du CESEDA et insérant un article L411-8 dans le même code***

Ces articles subordonnent la délivrance du visa pour les conjoints de Français (article 4) et pour les membres de familles rejoignantes (article 1^{er}) à la production d'une attestation de suivi de formation. Cette formation, dont la durée ne peut excéder 2 mois, que ce soit pour les titulaires du regroupement familial ou les conjoints de Français, constitue une contrainte importante au regard de la liberté d'aller et venir et surtout, du droit fondamental de mener une vie familiale normale consacré à l'article 8 de la CEDH. Cette contrainte, plus importante pour certains étrangers, non originaires des pays francophones, ne constitue pas de discrimination fondée sur la nationalité, prohibée par l'article 14 de la CEDH^[5], à la condition que cette clause soit bien appliquée à toutes les nationalités et que cette formation soit effectivement disponible partout à un coût accessible.

• **Analyse *ultra petita* de la saisine :**

- ***article 3 de la loi modifiant l'article L313-11-1 du CESEDA***

Parallèlement à l'article 2, l'article 2bis complète l'article L313-11-1 du CESEDA en exigeant les conditions de ressources étudiées plus haut (1,2 fois le SMIC), y compris pour les personnes handicapées, pour la délivrance de la carte de séjour temporaire au conjoint d'un étranger titulaire du statut de résident de longue durée-CE dans un autre Etat membre de l'UE (carte qu'il obtient s'il justifie avoir résidé légalement avec le résident de longue durée-CE dans l'autre Etat-membre).

Si la discrimination en raison du handicap a bien été réduite quant aux conditions du regroupement familial, elle perdure quant aux conditions de délivrance de la carte de séjour temporaire du conjoint de résident de longue durée-CE. Il en est de même pour la carte délivrée à l'enfant, entré mineur en France, d'un étranger titulaire du statut de résident de longue durée-CE dans un autre Etat membre de l'UE.

- ***Article 13 de la loi complétant l'article L111-6 du CESEDA***

Cet article institue la possibilité, pour le demandeur d'un visa long séjour dans le cadre du regroupement familial, de demander que son identification par ses empreintes génétiques soit recherchée et ce, en cas de carences ou d'inexistence de l'état civil dans le pays d'origine, ainsi que

^[5] Si l'article 14 de la CEDH ne s'applique pas, de manière générale, aux visas en raison du fait que le visa se rattache clairement à la souveraineté des Etats et à leur droit régalien de déterminer eux-mêmes les conditions d'entrée des étrangers sur leur territoire, il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, c'est l'atteinte à un droit fondamental qui est portée, à raison d'un critère discriminatoire, et qui justifie l'applicabilité de la CEDH.

dans l'hypothèse où il existe un doute sérieux quant à son authenticité. L'objectif poursuivi est d'apporter un élément de preuve d'une filiation avec la mère du demandeur du visa.

L'article, tel que voté par le Sénat, a atténué le caractère discriminatoire du dispositif prévu par l'Assemblée nationale qui prévoyait, pour les seuls étrangers, un test de paternité, sans l'intervention d'un juge, ce qui est interdit en droit interne pour les ressortissants français.

En effet, les agents diplomatiques doivent saisir sans délai le TGI de Nantes sur la nécessité de faire procéder à une telle investigation. En outre, le lien de filiation à rechercher est établi entre la mère et son enfant ; il ne s'agit donc plus d'un test de paternité qui pouvait avoir des conséquences graves en termes d'atteinte à la vie privée (découverte d'un enfant « adultérin » à l'issue de ce test).

L'objectif de la mesure tendant à palier les carences de l'état civil semble battu en brèche par le fait que c'est avec la mère que sera établie la filiation : sachant que ce sont des pères à 85% qui se trouvent en France et demandent le regroupement familial, la filiation de l'enfant avec le père sera déduite de sa filiation avec l'épouse de l'homme résidant en France. Or, si l'état civil du pays d'origine est défaillant, il l'est autant en ce qui concerne la filiation qu'en ce qui concerne les actes de mariages. En d'autres termes, une fois que la filiation de la mère sera établie, le doute sur le lien entre le père et la mère demeurera. De plus, cette procédure ne pourra être mise en œuvre, en cas de décès de la mère, par un père, résidant régulièrement en France et cherchant à faire venir son enfant sur le territoire français.

Cette mesure, concrètement peu utile, stigmatise très fortement les candidats au regroupement familial, droit fondamental, et revêt une portée discriminatoire.

La mise en œuvre de cette procédure, porte une atteinte aux droits fondamentaux tels que le droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la CEDH, les tests d'identification par empreintes génétiques étant réservés en France à des cas très spécifiques, notamment en matière de lutte contre le terrorisme et de délinquance sexuelle.

L'article 5bis est également contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant au regard de l'article 10 de la Convention internationale des droits de l'enfant selon lequel :

« 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. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leurs familles »

Ainsi que l'a d'ailleurs précisé le Comité consultatif national d'éthique dans son avis n°100, « la protection et l'intérêt de l'enfant doivent être une priorité quant il s'agit de décisions concernant la famille. Le doute devrait jouer a priori au bénéfice de l'enfant ».

Or, ici, l'atteinte à plusieurs droits fondamentaux est liée aux carences de certains Etats, ce qui la rend par nature illégitime.

- **Article 41 de la loi complétant l'article L511-1 du CESEDA**

En vertu de ce nouvel article, la décision administrative qu'est l' « obligation de quitter le territoire français » (OQTF) - qui peut accompagner le non renouvellement ou le refus d'un titre de séjour - n'a plus à être motivée.

Or, l'article 1^{er} de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public dispose que « *doivent être motivées, en fait et en droit, (...) les mesures qui restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police* ».

Ainsi, déroger à ce principe pour les seules mesures de police s'adressant aux étrangers constituerait sans nul doute une discrimination fondée sur la nationalité de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant les services publics.

- Article 18 de la loi supprimant une disposition de l'article L314-4 du CESEDA

Jusqu'à l'adoption de la loi, l'article L314-4 dispensait les résidents « longue durée » (titulaires d'une carte de 10 ans) de l'autorisation prévue à l'article L122-1 du code de commerce (déclaration au Préfet et autorisation pour exercer une profession commerciale, industrielle ou artisanale). Les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et des autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen sont, quant à eux, toujours dispensés de l'obligation de déclaration prévue au premier alinéa.

Or, au regard de l'article 11 de la directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, l'étranger résident de longue durée bénéficie de l'égalité de traitement avec les nationaux, notamment en ce qui concerne « *les conditions d'accès à un emploi salarié et à une activité non salariée, à condition que ces activités ne soient pas liées à l'exercice de l'autorité publique* ».

En conséquence, la modification de cet article, en contraignant à cette obligation les étrangers résidents de longue durée, est contraire à l'égalité de traitement prévue par la directive communautaire.

^[1] Décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

^[2] Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'Interruption volontaire de grossesse.

^[3] A titre d'information, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) s'est autosaisie et a rendu, le 20 septembre 2007, un avis très critique sur le projet de loi après le vote de l'Assemblée nationale

^[4] Délibération n°2006-285 du Collège de la haute autorité en date du 11 décembre 2006.

^[5] Si l'article 14 de la CEDH ne s'applique pas, de manière générale, aux visas en raison du fait que le visa se rattache clairement à la souveraineté des Etats et à leur droit régalien de déterminer eux-mêmes les conditions d'entrée des étrangers sur leur territoire, il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, c'est l'atteinte à un droit fondamental qui est portée, à raison d'un critère discriminatoire, et qui justifie l'applicabilité de la CEDH.