

Commentaires du Lëtzebuerger Flüchtlingsrot concernant le projet de loi du 3 novembre 2010 portant modification de la loi sur l'immigration de 2008 et de la loi relative au droit d'asile de 2006

22 décembre 2010

Le projet de loi du 3 novembre 2010 modifiant la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration et la loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection (ci après, le « Projet ») donne l'occasion au législateur luxembourgeois de se pencher sur les questions de l'immigration et du droit d'asile au Luxembourg. Cette révision législative est rendue indispensable non seulement à la lumière de la nécessité de transposer dans le droit national la directive retour (Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16.12.2008, ci-après, la « Directive »), mais également à la lumière de certaines difficultés pratiques et jurisprudentielles posées par l'application des deux lois précitées.

Dans ce contexte, le Lëtzebuerger Flüchtlingsrot (Collectif réfugiés, ci-après, le « LFR ») estime en général que, si la réforme proposée comporte certaines améliorations dans le cadre légal applicable en matière d'immigration et d'asile, elle soulève toutefois différents éléments de perplexité, voire même de préoccupation, au regard de plusieurs questions, pour lesquelles, de l'avis du LFR, des changements seraient nécessaires par rapport à l'approche adoptée par le gouvernement dans le Projet, qui est parfois même plus restrictive que celle adoptée dans la Directive.

À cet égard, le LFR rappelle que s'il est toujours possible pour un État membre d'appliquer la Directive sans préjudice de dispositions plus favorables, il ne saurait être permis de modifier la loi sur l'immigration de 2008 et celle sur le droit d'asile de 2006 d'une façon plus restrictive que les normes et procédures communes ne l'ont préconisé aux termes de la Directive.

En particulier, le LFR attire l'attention du législateur sur les questions suivantes, développées plus en détails ci-dessous, qui constituent à notre avis les motifs de préoccupation les plus importants soulevés par le Projet :

- la possibilité d'accès trop limitée à des mesures alternatives au placement en rétention administrative à des fins d'éloignement (voir paragraphe 1.1 ci-dessous);
- l'augmentation de la durée maximale de la rétention administrative (voir sous paragraphe 1.2 ci-dessous);
- la création d'une présomption de risque de fuite qui assimile la situation d'une personne en situation irrégulière à celle d'une personne présentant un risque de fuite, ce qui a pour effet de permettre, en substance, la mise en rétention d'une personne sur la base de sa seule situation irrégulière (voir paragraphe 1.3 ci-dessous);
- la possibilité de placer en rétention les enfants et en particulier les mineurs non accompagnés (voir paragraphe 2 ci-dessous);

- la transposition plus restrictive que ne le prévoit la Directive des conditions d'obtention d'une autorisation de séjour pour motifs humanitaires (voir paragraphe 3 ci-dessous);
- l'absence de garanties suffisantes concernant le recours à la force lors des éloignements forcés (voir paragraphe 4 ci-dessous);
- la possibilité d'assigner à résidence pendant une période non limitée dans le temps les personnes qui ne peuvent être éloignées du territoire pour des raisons indépendantes de leur volonté (voir paragraphe 5 ci-dessous);
- la possibilité de renvoyer dans leur pays des victimes de torture ou de viol (voir paragraphe 5 ci-dessous);
- la possibilité de notifier une interdiction d'entrée sur le territoire postérieurement à une décision de retour, et le risque de violation du principe de non-refoulement si le paragraphe 5 de l'article 11 de la directive retour n'est pas dûment transposé (voir paragraphe 6 ci-dessous);
- la transposition plus restrictive que ne le prévoit la Directive de la possibilité d'octroi d'une prolongation du délai pour un retour volontaire (voir paragraphe 10 ci-dessous).

SOMMAIRE

INTRODUCTION ET PRINCIPAUX POINTS DE PRÉOCCUPATION

- 1. Sur la rétention à des fins d'éloignement**
 - 1.1. Sur les mesures alternatives au placement en rétention
 - 1.2. Sur le prolongement de la durée de la rétention
 - 1.3. Sur la définition du risque de fuite
 - 1.4. Sur la computation du délai de rétention
 - 1.5. Sur le placement en rétention dans un établissement pénitentiaire
 - 1.6. Sur le rôle des organisations non gouvernementales en rétention
- 2. Sur le traitement des mineurs non accompagnés**
- 3. Sur le droit de séjour pour des motifs humanitaires ou autres**
- 4. Sur le recours possible à l'usage de la force lors des éloignements forcés**
- 5. Sur le report à l'éloignement**
- 6. Sur l'interdiction d'entrée sur le territoire**
- 7. Sur les garanties procédurales**
- 8. Sur les critères légaux à considérer avant l'adoption d'une décision de retour**
- 9. Sur les retours à destination d'un pays de transit**
- 10. Sur les retours volontaires (Modifications à la loi du 5 mai 2006)**
- 11. Considérations générales sur la modification de la loi d'asile**

1. Sur la rétention à des fins d'éloignement

Sous l'impulsion de la Directive, le Projet vise, entre autres de ses aspects, celui probablement jusqu'à présent le plus discret dans sa mise en œuvre, mais qui est sûrement le plus violent dans ses effets, se traduisant par la privation de liberté de l'étranger soumis à une mesure de rétention administrative.

La Directive, dans son chapitre IV, consacre plusieurs dispositions au sujet de la rétention à des fins d'éloignement. Or, le LFR ne peut éviter de constater que sur plusieurs questions concernant le sujet de l'éloignement, le Projet a choisi une approche particulièrement restrictive, allant bien au delà de l'approche adoptée dans la Directive. Sur certaines questions spécifiques, cette approche restrictive semble même soulever des doutes par rapport à la compatibilité du Projet avec le droit international.

1.1. Sur les mesures alternatives au placement en rétention

L'article 1^{er} (18) et (20) du Projet modifie les articles 120 et 125 de la loi sur l'immigration de 2008 en autorisant une mesure alternative à la privation de la liberté, à savoir l'assignation à résidence. Ainsi, il est maintenant possible pour le Ministre, lorsque l'exécution d'une mesure d'éloignement est en cours de préparation, d'assigner une personne à résidence plutôt que de la placer en rétention administrative.

Si le fait de prévoir une mesure alternative à la privation de liberté dans le Projet modifiant la loi sur l'immigration du 29 août 2008 doit être évaluée très positivement, le LFR observe toutefois que la portée novatrice de cette modification ne saurait être retenue ni comme suffisante ni comme conforme au texte sinon à l'esprit de la Directive.

À cet égard, le LFR rappelle tout d'abord que les normes internationales relatives aux droits humains limitent le recours à la détention à des fins de contrôle de l'immigration, en insistant pour qu'une telle mesure ne puisse être prise qu'en cas de nécessité et de manière proportionnelle, lorsqu'une solution moins restrictive s'avère insuffisante. En d'autres termes, selon le droit international, les autorités nationales doivent, si elles veulent prouver que la détention est nécessaire et proportionnée, conformément aux normes juridiques internationales, mettre en place et avoir recours à des mesures de substitution, aussi bien dans les textes que dans la pratique¹.

Dans ce contexte, parmi les mesures susceptibles de lui permettre d'atteindre son objectif, l'État doit choisir celles qui affectent le moins possible les droits fondamentaux de la personne concernée. Le LFR note à cet égard que, dans une étude récente du Haut commissariat des Nations unies pour les réfugiés, l'agence internationale cite comme exemple de bonne pratique les législations qui établissent une échelle de mesures allant de la moins

¹ À cet égard, le LFR renvoie notamment à une étude récente d'Amnesty International, publiée en avril 2009, intitulée « Migrants en situation irrégulière et demandeurs d'asile: des solutions pour éviter la détention », dans le cadre de laquelle est analysée la conformité de la rétention par rapport aux normes internationales applicables aux migrants et aux demandeurs d'asile en situation irrégulière. Ce document est accessible sur internet à l'adresse <http://www.amnesty.org/en/library/info/POL33/001/2009/en>.

contraignante à la plus coercitive, permettant ainsi une analyse de la proportionnalité et de la nécessité de chacune d'entre elles².

Or, plusieurs mesures alternatives au placement en rétention sont envisageables et sont d'ailleurs prévues par les législations de nombreux États. Parmi celles-ci, on peut citer la libération sous caution, le contrôle judiciaire, la résidence dans des centres ouverts ou la résidence dans des centres semi fermés. La Directive elle-même considère d'ailleurs explicitement certaines de ces mesures dans son article 7.3.

Les situations d'espèce particulières et extrêmement différentes les unes des autres dans lesquelles se retrouvent les étrangers en situation irrégulière devraient donc conduire le législateur luxembourgeois à prévoir d'autres formes de mesures alternatives à la rétention administrative que la seule assignation à résidence telle que proposée.

C'est d'ailleurs parce que chaque situation d'espèce de par son caractère propre appelle une réponse particulière que la Directive précitée envisage elle-même une pluralité de mesures alternatives en disposant que le placement en rétention n'aura lieu qu'« *À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier (...)*» (Cf Art 15.1 de la Directive). Cette approche de la Directive, qui n'est pas reprise dans le Projet, est d'ailleurs conforme au droit international duquel il découle que la loi doit établir une présomption contre la détention, des mesures de substitution non privatives de liberté, telles que celles évoquées ci-dessus, devant être préférées et devant toujours être envisagées avant de placer une personne en détention³.

Afin de répondre de façon suffisante à la diversité des cas d'espèce, et parce que la rétention administrative reste étroitement liée à la notion de risque de fuite de l'étranger susceptible de se soustraire à une mesure d'éloignement, le LFR estime donc qu'il serait approprié de compléter l'article 120 en disposant, par analogie au texte de l'article 7.3 de la Directive, la possibilité de substituer à la mesure de rétention administrative les "*obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé*", et ce sans préjudice quant à d'autres mesures alternatives.

Le LFR note enfin que d'autres pays de l'UE, notamment la Belgique, ont mis en place avec succès des projets visant à prévoir des formes alternatives à la détention. Dans ce pays, un projet comportant la possibilité de placer les familles avec des enfants dans des maisons ouvertes a eu un taux de succès remarquable⁴, démontrant que dans des situations spécifiques la mise en rétention, qui constitue une mesure traumatisante, n'est pas nécessaire.

Le LFR invite donc le législateur dans la nouvelle Loi de modification de la loi sur l'immigration de 2008 :

- ***à établir explicitement, conformément au droit international et à la Directive, le principe selon lequel la rétention administrative à des fins d'éloignement ne***

² HCR, Alternatives to Detention of Asylum-seekers and Refugees (non traduit), avril 2006. POLAS/2006/03, paragraphe 84.

³ Voir, à cet égard, l'étude d'Amnesty International mentionnée dans la note 1 ci-dessus, page 6.

⁴ Voir à cet égard, l'étude du Vluchtelingenwerk concernant ce projet pilote: <http://www.vluchtelingenwerk.be/bestanden/2009-12-02-AN-ALTERNATIVE-TO-DETENTION-OF-FAMILIES-WITH-CHILDREN.pdf>

constitue qu'une mesure de dernier ressort « à moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier »;

- *à prévoir explicitement la possibilité d'envisager des formes alternatives à la rétention, outre l'assignation à résidence.*

1.2. Sur le prolongement de la durée de la rétention

Le LFR est particulièrement inquiet de la possibilité prévue dans le Projet de prolonger la durée de la rétention de deux mois supplémentaires, portant de ce fait la durée maximale du placement en rétention à six mois (voir modification proposée de l'Article 120 (3) de la loi sur l'immigration de 2008 prévue à l'article 1^{er} (18) du Projet).

Or, si le LFR est conscient du fait que la Directive permet une telle modification, il met toutefois en exergue que l'expérience a montré, lorsque la durée maximale de la rétention est passée de trois mois à quatre mois, que cette mesure n'a en aucune façon augmenté l'efficacité des procédures d'éloignement, mais qu'elle a au contraire accentué la lenteur déjà préoccupante auparavant des démarches effectuées afin de rapatrier les personnes. Quand le rapatriement s'est avéré impossible, par exemple dans le cas des ressortissants de certains pays dont les autorités consulaires refusent de collaborer avec le Luxembourg dans ces démarches, il en a résulté des périodes de rétention prolongées, sources de difficultés inacceptables et d'incompréhension pour les personnes concernées, y compris le personnel chargé de l'encadrement des personnes en rétention, et un surcoût probablement conséquent pour l'administration.

Le LFR estime qu'il est d'autant plus inquiétant de prévoir un rallongement de la durée possible de la rétention que l'un des motifs prévus pour ce prolongement est totalement indépendant de la volonté des personnes privées de liberté puisqu'il tient uniquement à la mauvaise volonté de leurs autorités consulaires, lorsque l'on déplore « *des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires.* ». Il va de soi que le prolongement de deux mois supplémentaires de la durée de la rétention n'aura aucune incidence sur le refus de coopérer des autorités incriminées et ne fera que rajouter à la détresse de leurs ressortissants privés de liberté.

Le LFR invite donc le législateur à supprimer la possibilité prévue dans le Projet de prolonger la durée de la rétention de deux mois supplémentaires, et de porter de ce fait la durée maximale du placement en rétention à six mois.

Le LFR constate également que le législateur ne fait pas référence, en ce qui concerne la durée de rétention, à la loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection. Le LFR rappelle à cet égard que, dans un cas de figure le législateur avait retenu une durée de rétention maximale (avec les reconductions) pouvant aller jusqu'à douze mois (article 10(2) de cette loi)

Le LFR invite le législateur à profiter de l'occasion de cette modification de la loi pour revenir sur cette durée de rétention excessive.

1.3. Sur la définition du risque de fuite

Aux termes de l'article 120 de la loi sur l'immigration de 2008, tel qu'il figure dans la version modifiée proposée dans le Projet, le « risque de fuite » constitue une des conditions pour la mise en rétention aux fins d'éloignement. Cette disposition est conforme à l'article 15.1 sous a) de la Directive.

Cependant, le Projet envisage une définition objective de la notion de risque de fuite qui prévoit six cas de présomption de l'existence d'un tel risque (voir modification proposée de l'article 111 (3) sous c) de la loi sur l'immigration de 2008, prévue à l'Article 1^{er} (15) du Projet).

En ce qui concerne cette disposition, au vu du fait qu'aucune explication n'est donnée dans les commentaires sur les articles sur cette modification, le LFR s'interroge sur les raisons qui ont amené le gouvernement à prévoir une présomption législativement définie du concept de risque de fuite. Prévoir une présomption de risque de fuite n'apparaît pas nécessaire et ne semble non plus pas ressortir de la Directive. En revanche, cette présomption d'un risque de fuite donne lieu à plusieurs problèmes.

Le LFR note avec beaucoup d'inquiétude que la nouvelle version de l'article 111 (3), sous c), point 2 permet de considérer comme présumé le risque de fuite « *d'un étranger qui se maintient sur le territoire au-delà de la durée de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, au delà de la durée de trois mois à compter de son entrée sur le territoire* ».

Le LFR observe qu'une telle formulation permet de présumer un risque de fuite pour tout étranger *qui se maintient sur le territoire au-delà de la durée de son visa* de sorte qu'en substance, toute personne en situation irrégulière pourrait être placée en rétention sans aucune analyse de sa situation personnelle et de la réalité du risque de fuite.

Le LFR s'oppose fermement à une telle définition qui, en assimilant la situation d'une personne en situation irrégulière à celle d'une personne présentant un risque de fuite, permet en substance la mise en rétention d'une personne sur la base de sa seule situation irrégulière.

Le LFR estime que cette disposition permet de placer en rétention les personnes en situation irrégulière sur une base absolument arbitraire. Une telle disposition apparaît totalement contraire au droit international ainsi qu'à la Directive. Il existe donc un grand risque qu'une telle disposition soit subséquemment attaquée devant la Cour de justice de l'Union européenne.

A titre d'exemple, le LFR estime injustifié que l'on puisse traiter sur un même plan l'étranger qui pour des raisons indépendantes de sa volonté (ex : maladie) se maintiendrait sur le territoire au-delà de l'échéance de son visa, et celui qui de façon délictuelle aurait falsifié un document d'identité.

Le LFR invite donc le législateur à :

- ***ne pas prévoir de présomptions légales de risque de fuite, dans la mesure où une telle prévision n'apparaît ni conforme à la Directive ni nécessaire ;***

- *ou, en tout état de cause à ne pas intégrer dans la nouvelle loi la disposition de l'article 111 (3), sous c), point 2, qui apparaît contraire tant au droit international qu'à la Directive elle-même.*

1.4 Sur la computation du délai de rétention

Le Projet donne au législateur luxembourgeois l'occasion d'inclure dans l'article 120 de la loi modifiée du 29 août 2008 précitée une disposition particulière quant à la computation du délai de rétention, laquelle est aujourd'hui réglée par la Convention européenne sur la computation des délais signée à Bâle le 16 mai 1972, telle qu'approuvée par la loi du 30 mai 1984 portant 1) approbation de la Convention européenne sur la computation des délais signée à Bâle, le 16 mai 1972; 2) modification de la législation sur la computation des délais.

À défaut pour le Luxembourg d'avoir émis une déclaration d'exclusion générale ou spéciale pour la matière des rétentions administratives, le délai de un mois de rétention administrative tel que visé par la loi modifiée commence à courir, à minuit, le jour de la notification de la décision de placement.

Cette façon de procéder pose problème dans la mesure où la computation du délai de rétention administrative prend effet postérieurement à la prise d'effet de la mesure privative de liberté, et que par ailleurs elle crée une situation juridiquement singulière au regard de l'article 123 (3) de la loi modifiée du 29 août 2008 qui prévoit la possibilité de former recours contre la mesure de rétention administrative dès le moment de sa notification, respectivement alors même que le délai de un mois n'a pas commencé à courir.

Le LFR propose donc, par analogie aux dispositions de l'article 15 du Code pénal, aux termes duquel la durée d'un jour d'emprisonnement est de 24 heures et la durée d'un mois d'emprisonnement de 30 jours, que soit précisé à l'article 120 (1) in fine que le délai de un mois est de 30 jours et qu'il commence à courir dès la notification de la mesure de placement.

1.5 Sur le placement en rétention dans un établissement pénitentiaire

La Directive prévoit, dans son Article 16.1, que « *Lorsqu'un État membre ne peut les placer dans un centre de rétention spécialisé et doit les placer dans un établissement pénitentiaire, les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont séparés des prisonniers de droit commun.* ». Le LFR regrette que cette disposition n'ait pas été inscrite dans la loi, mais consignée uniquement dans le commentaire des articles (ad 18°). Cette omission nous préoccupe d'autant plus qu'à l'heure actuelle les visiteurs du LFR ont pu constater régulièrement lors de leurs permanences que cette séparation prévue par la Directive était loin d'être strictement respectée.

Le LFR invite donc le législateur à transposer dans la nouvelle loi l'Article 16.1 de la Directive, en inscrivant dans la loi l'obligation de séparation des personnes en rétention d'avec les prisonniers de droit commun.

1.6 Sur le rôle des organisations non gouvernementales en rétention

La Directive prévoit dans son Article 16 (4) que « *Les organisations et instances nationales, internationales et non gouvernementales compétentes ont la possibilité de visiter les centres de rétention...* ».

Le LFR recommande d'inscrire expressément dans la nouvelle mouture de la loi la possibilité pour les ONG de visiter le centre de rétention.

2. **Sur le traitement des mineurs non accompagnés**

Le LFR rappelle son opposition catégorique au placement en rétention des enfants, et plus particulièrement des mineurs non accompagnés. C'est d'ailleurs la position de l'organisation non gouvernementale internationale Save the Children, spécialisée sur les questions de droits de l'enfant⁵, qui s'appuie sur l'article 37 b) de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, affirmant : « *...L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit [...] n'être qu'une mesure de dernier ressort* ». Save the Children estime que des considérations liées à l'asile et à l'immigration ne peuvent justifier la privation de liberté d'un mineur en ce qu'elles ne revêtent pas le caractère suffisamment exceptionnel prévu par la Convention.

Le Projet énonce : « *Le mineur non accompagné peut être placé en rétention dans un lieu approprié adapté aux besoins de son âge. Il est tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.* » (Article 1^{er} (18°)). Le LFR estime qu'il existe une contradiction flagrante entre le fait même de placer un mineur en rétention, et son intérêt supérieur. Le HCR a d'ailleurs souligné dans ses commentaires sur la directive retour que la formule « *tenir compte* » ne correspond pas aux exigences inscrites dans la Convention relative aux droits de l'enfant qui demande à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une « *considération primordiale* ».

L'article 1^{er} (13°) du Projet, modifiant l'article 103 de la loi sur l'immigration, prévoit qu'un mineur non accompagné peut faire l'objet d'une décision de retour « *si l'éloignement est nécessaire dans son intérêt* ». Aucune autre précision n'étant apportée à cet égard, le LFR s'interroge sur l'existence d'une procédure de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant au moment de prendre une décision de retour, et préconise d'avoir recours à des critères tels que ceux énoncés par le Separated Children in Europe Programme (un programme destiné à protéger les droits des mineurs isolés en Europe, auquel participent, entre autres, le HCR et Save the Children). Ces critères incluent, entre autres, la sécurité de l'enfant, la réunification avec sa famille, l'opinion de l'enfant, le retour volontaire, l'âge et la maturité de l'enfant, le degré d'intégration de l'enfant dans le pays d'accueil, les conditions socio-économiques dans le pays d'origine et l'avis de la personne qui exerce le rôle de tuteur.

Le LFR s'oppose catégoriquement au placement en rétention des enfants, et en particulier des mineurs non accompagnés, et invite le législateur à exclure ces possibilités de la loi.

⁵ Voir à cet égard : Save the Children – Comments on « Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals » – September 2005

3. Sur le droit de séjour pour des motifs humanitaires ou autres

Le LFR observe que l'article 6.4 de la Directive, qui prévoit la possibilité d'accorder un titre de séjour autonome ou une autre autorisation conférant un droit de séjour « *pour des motifs charitables, humanitaires ou autres* » à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier, fait l'objet d'une transposition plus restrictive en ce sens que la version proposée du nouvel article 78 paragraphe 3, de la loi sur l'immigration de 2008 (voir Article 1^{er} (7^o) du Projet) vise uniquement des motifs humanitaires et encore doivent-ils relever d'une « *exceptionnelle gravité* ».

Le LFR observe qu'aucune explication n'est donnée dans les commentaires sur les articles du Projet sur les raisons d'un choix aussi restrictif qui, d'une part, exclut dans la loi la possibilité pour le Ministre d'octroyer une autorisation de séjour pour motifs charitables ou autres, pourtant prévue dans la Directive, et qui, d'autre part, assujettit l'octroi d'une autorisation de séjour pour motifs humanitaires à la condition très limitative que ce motif relève d'une « *exceptionnelle gravité* ».

Le LFR propose ainsi que le texte « (...) pour des motifs charitables, humanitaires ou autres » soit littéralement repris dans le nouveau paragraphe 3, de l'article 78 de la loi sur l'immigration de 2008.

4. Sur le recours possible à l'usage de la force lors des éloignements forcés

Le LFR continue d'être préoccupé par le recours, déjà prévu par la loi sur l'immigration de 2008 et qui demeure prévu dans la nouvelle mouture de la loi, à des « *mesures coercitives pour procéder à l'éloignement du territoire d'un étranger qui s'y oppose* » et par la mention de l'usage de la force ne devant pas dépasser « *les limites du raisonnable* ».

Le LFR estime que cette notion d'usage raisonnable de la force est très dangereuse alors que la frontière de l'acceptable est dans ces circonstances particulières très vite dépassée. Le LFR estime que dans un état de droit, la loi ne doit pas autoriser l'usage de la force sauf cas de force majeure. Le LFR juge par conséquent nécessaire de préciser expressément dans la disposition en cause que l'usage de la force ne serait permis que « *sauf cas de force majeure* » afin d'éviter de donner un blanc seing aux officiers de police judiciaire, qui pourraient éventuellement se croire autorisés à faire un usage trop facile de la violence.

Le LFR recommande à cet égard de prendre en compte la Recommandation 1547 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et l'avis (avril 2003) de la Commission consultative des droits de l'homme sur les procédures d'expulsion. Le règlement grand-ducal du 26 septembre 2008, établissant des règles de bonne conduite à appliquer par les agents chargés de l'exécution d'une mesure d'éloignement, fixe certains principes sans toutefois énumérer précisément des pratiques qui font l'objet d'une interdiction absolue dans les recommandations du Conseil de l'Europe telles que « *l'obstruction partielle ou totale des voies respiratoires* », « *le bâillonnement avec de la bande autocollante* », « *l'administration de substances tranquillisantes contre le gré de la personne* », « *toutes formes d'entraves autres que les menottes aux poignets* » et « *l'immobilisation par des menottes durant le voyage* ».

D'autre part, le LFR estime que la présence d'un observateur impartial, neutre et indépendant devrait être assurée non pas seulement durant le voyage proprement dit, comme le prévoit le règlement grand-ducal (« à partir du départ de l'aéroport jusqu'à l'arrivée à destination ») mais bien déjà durant le transfert jusqu'à l'aéroport dans le véhicule de la police, qui est légalement considéré comme un lieu de « privation de liberté », de même que lors du transfert de retour en cas d'échec de l'opération d'éloignement. L'expérience a montré en effet que des actes d'intimidation de la part des forces de l'ordre ont pu se produire dans les fourgons de police dans les instants qui ont précédé l'arrivée à l'aéroport, à la faveur de l'absence de témoins. De la même façon, il convient de souligner que certaines expulsions ratées ont donné lieu à des controverses quant à l'attitude des forces de police au cours du trajet de retour vers le lieu de rétention administrative, alors qu'aucun observateur n'était présent pour constater d'éventuelles violences de la part de la personne expulsée ou des membres de l'escorte. Ces moments qui précèdent immédiatement l'accès à l'avion ou qui font suite à l'échec de l'embarquement devraient être particulièrement surveillés comme propices aux abus et sujets à controverse.

L'usage de la force s'exerçant sur des personnes qui en cas de refoulement accompli n'auront que très difficilement la possibilité d'en contester la légalité, il s'agit là d'une disposition qui ne saurait se concevoir sans que ne soit expressément prévue l'obligation d'un rapport systématique par une autorité indépendante du déroulement de l'opération d'éloignement. Ce rapport serait remis à l'intéressé et/ou à son conseil, à telles fins que de droit.

Le LFR souligne à ce propos le paragraphe 6 de l'article 8 de la Directive qui stipule: « Les États membres prévoient un système efficace de contrôle du retour forcé. »

Le LFR invite donc le législateur à :

- ***préciser expressément dans la loi que l'usage de la force n'est pas permis « sauf cas de force majeure » et à énumérer certaines pratiques qui font l'objet d'une interdiction absolue dans les recommandations du Conseil de l'Europe ;***
- ***garantir l'exercice d'une surveillance, par des observateurs indépendants, non seulement du voyage de retour proprement dit mais aussi de la phase qui précède immédiatement l'embarquement et, en cas d'échec de l'opération d'éloignement, du trajet de retour en rétention ;***
- ***prévoir dans la loi l'obligation d'un rapport systématique par une autorité indépendante du déroulement de l'opération d'éloignement et la remise de ce rapport à l'intéressé et/ou à son conseil.***

5. Sur le report à l'éloignement

Le projet de loi emporte modification de la loi sur l'immigration de 2008 en ce sens qu'un nouvel article 125 bis viendrait remplacer les tolérances prévues à l'article 22 de la loi modifiée du 05 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection, en ce qu'il permettrait dorénavant à tous les étrangers, qu'ils soient demandeurs d'asile déboutés ou non, de bénéficier en lieu et place desdites tolérances d'un report à l'éloignement (voir Article 1^{er} (21°) du Projet).

Dans ce contexte, il y a lieu de relever qu'en disposant au nouvel article 125(1) bis in fine de la possibilité d'assortir la décision de report d'une assignation à résidence, le législateur luxembourgeois prend le risque de provoquer un traitement injustement plus défavorable dans le chef d'un étranger toléré au sens de l'article précité, par rapport à celui réservé à un étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement lui-même assigné à résidence.

En effet si la seconde hypothèse visée se trouve expressément limitée dans le temps, il n'en va pas de même de l'hypothèse concernant l'étranger bénéficiaire d'une décision de report sur base du nouvel article 125 bis, laquelle est prévue pour une durée déterminée mais non limitée.

Les décisions de report concernant des étrangers qui ne peuvent rentrer dans leur pays pour des raisons indépendantes de leur volonté, contrairement à l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement qui par hypothèse est susceptible de rentrer dans son pays d'origine, il nous apparaît injustifié voire disproportionné de soumettre le premier cas de figure visé à une mesure privative de liberté consistant dans une éventuelle assignation à résidence.

Dans la mesure où l'article 9.3 de la Directive permettant les reports d'éloignement n'accorde aucun caractère impératif quant à l'application des dispositions prévues à l'article 7 paragraphe 3 concernant l'assignation à résidence, il est conseillé par application de l'article 7.3 de la même Directive de ne pas soumettre l'étranger bénéficiaire d'un report à éloignement à une quelconque mesure privative de liberté, respectivement assignation à résidence.

Le LFR regrette également que la situation particulière des personnes apatrides, ou en situation similaire, ne soit pas considérée dans le Projet à l'article 1^{er} (21^o) (Article 125 bis (1) de la loi modifiée) au moment d'aborder la question des personnes qui sont dans l'impossibilité de quitter le territoire pour des raisons indépendantes de leur volonté. Les dispositions prévues dans cet article ne semblent pas suffisantes à cet égard.

En outre, dans l'énumération des cas particuliers pour lesquels le législateur prévoit une prise en compte de besoins spécifiques liés à la vulnérabilité des personnes, le LFR s'inquiète de trouver des catégories de personnes pour lesquelles un éloignement du territoire pourrait difficilement être entrepris sans risquer de violer l'article 3 de la Cour européenne des droits de l'homme. Que le législateur envisage le renvoi dans leur pays, entre autres, de « *personnes qui ont été victimes de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle* », comme le prévoit le Projet (Article 125 bis (2) de la loi modifiée), est une perspective extrêmement préoccupante, et le LFR est d'avis que, même en prenant toutes les précautions possibles, de tels renvois devraient être exclus dans tous les cas.

Le LFR apprécie la garantie, introduite dans la loi modifiée, de l'accès à un « *secours humanitaire* » pour les personnes dont l'éloignement a été reporté (Article 125 bis (2) de la loi modifiée) mais aussi la possibilité pour ces personnes de bénéficier d'une autorisation d'occupation temporaire pour la durée du report à l'éloignement (Article 125 bis (3)). Cependant, le LFR s'inquiète de ce que le législateur ait omis de transposer expressément dans la loi une exigence de la Directive qui marquerait selon lui un net progrès si elle était appliquée. À cet égard, le LFR renvoie au considérant (12) de la Directive aux termes duquel « *Il convient de régler la situation des ressortissants de pays tiers qui sont en séjour irrégulier, mais qui ne peuvent pas encore faire l'objet d'un éloignement. (...). Afin d'être en mesure de prouver leur situation spécifique en cas de vérifications ou de contrôles*

administratifs, ces personnes devraient se voir délivrer une confirmation écrite de leur situation. »

Le LFR invite donc le législateur à :

- **supprimer de la loi la disposition prévoyant la possibilité d'une assignation à résidence de l'étranger pendant la durée du report à l'éloignement;**
- **inscrire dans la loi que les personnes bénéficiant d'un report à l'éloignement se verront délivrer une confirmation écrite de leur situation ;**
- **prendre en compte le cas des apatrides dans l'article 125 bis(1)**
- **exclure les victimes de torture et de viol de la liste des personnes vulnérables qu'il est possible de renvoyer dans leur pays.**

6. Sur l'interdiction d'entrée sur le territoire

Il est prévu dans le nouvel article 112 (1) de la loi sur l'immigration de 2008 (Article 1^{er} (16^o) du Projet) que les décisions de retour peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée sur le territoire d'une durée maximale de cinq ans prononcée soit simultanément à la décision de retour, soit par décision séparée postérieure.

Outre la considération tenant à ce que ni le texte actuel ni la Directive ne prévoient la possibilité pour le Ministre de décider d'une interdiction d'entrée sur le territoire par décision séparée à la décision de retour, respectivement à la décision déclarant illégal le séjour d'un ressortissant de pays tiers, le LFR estime contraire à l'intérêt de ce dernier de ne pas être immédiatement fixé quant à une éventuelle interdiction d'entrée sur le territoire, respectivement de devoir attendre qu'une décision postérieure soit prise sans qu'aucun délai ne soit prévu endéans lequel celle-ci devrait intervenir.

Il serait plus conforme à la Directive que toute éventuelle interdiction d'entrée sur le territoire soit décidée de façon simultanée à la décision de retour, sans autre possibilité de la notifier ultérieurement.

Le LFR invite donc le législateur à prévoir que toute éventuelle interdiction d'entrée sur le territoire soit décidée de façon simultanée à la décision de retour, sans autre possibilité de la notifier ultérieurement.

Par ailleurs, le LFR s'inquiète de ce que le législateur ait omis de transposer l'article 11, paragraphe 5, de la directive retour qui rappelle le droit fondamental à la protection internationale et indique que l'interdiction d'entrée doit s'appliquer sans préjudice de ce droit. En transposant ce paragraphe dans la loi, le législateur s'assurera qu'une interdiction d'entrée sur le territoire ne pourra pas donner lieu à une violation de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme: « *Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.* », et de l'article 18 de la Charte européenne des droits fondamentaux qui garantit le droit de chercher asile dans l'Union européenne. En l'absence de transposition de ce paragraphe de la directive, le délai de trois ans nécessaire selon la législation actuelle avant de pouvoir introduire une demande de levée

d'une interdiction d'entrée, et le délai de six mois pour obtenir une réponse à cette demande, pourraient constituer des obstacles au droit fondamental des personnes à demander l'asile en cas de persécutions.

Le LFR invite le législateur à transposer le paragraphe 5 de l'article 11 de la directive retour afin de garantir que le droit d'asile et le principe de non-refoulement ne puissent être violés en cas d'interdiction d'entrée sur le territoire.

7. Sur les garanties procédurales

S'agissant des garanties procédurales consacrées par l'article 12.3 de la Directive et retranscrites aux termes de la nouvelle version proposée de l'article 110 (3) de la loi sur l'immigration de 2008 (voir Article 1^{er} (14^o) du Projet), il paraît effectivement nécessaire de s'assurer que la personne visée notamment par une décision de retour ait la possibilité d'en obtenir une traduction.

Le droit de comprendre les raisons pour lesquelles le séjour est refusé doit-être regardé comme inscrit au tréfonds de l'exigence de « l'ordre public démocratique européen » et à ce titre doit-il faire l'objet d'une particulière vigilance.

À ce titre, et parce que nous sommes en présence de décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux endéans un délai impératif, il paraît nécessaire que soient précisées au travers d'un règlement les modalités selon lesquelles la demande de traduction s'opèrera et plus spécialement le délai endéans lequel devra intervenir la traduction.

Concernant la formule utilisée dans l'article 110 paragraphe (3) (Article 1^{er} (14^o) du Projet) : « ... une langue [...] dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend », le LFR se permet de rappeler le commentaire du HCR dans son avis sur la directive procédure, en 2005, au sujet de cette même formule : « *Le HCR considère qu'il est nécessaire de fournir des informations à tout demandeur d'asile dans une langue qu'il comprend effectivement. Les suppositions quant à la capacité d'un demandeur d'asile de parler ou de comprendre la langue officielle de son pays d'origine peuvent être incorrectes. Par principe, en gardant à l'esprit la nécessité d'éviter tout obstacle délibéré, tous les efforts doivent être entrepris à cet égard par les pays d'asile.* »

Le LFR invite le législateur à garantir, conformément à la Directive et aux principes généraux du droit de l'UE, que la personne visée notamment par une décision de retour ait la possibilité d'en obtenir une traduction dans une langue qu'elle comprend, et à préciser dans un acte séparé, tel qu'un règlement, les modalités d'exercice du droit à recevoir une traduction de la décision de retour.

8. Sur les critères légaux à considérer avant l'adoption d'une décision de retour

Le LFR s'inquiète des modifications introduites dans l'article 103 (voir Art.1^{er} (13^o) du Projet), qui obligeait auparavant à tenir compte de certains critères lors de toute décision concernant le séjour, alors que la nouvelle mouture n'exige plus de considérer de tels critères que dans le cas d'« un résident de longue durée », ce qui restreint substantiellement la portée de cette obligation.

Concernant les raisons qui ont motivé une refonte de l'article 103 de la loi sur l'immigration de 2008, on peut douter de la motivation avancée alors que si diverses jurisprudences ont effectivement eu cours à ce sujet, la Cour administrative semble avoir mis fin à cette contrariété jurisprudentielle.

En supprimant des critères à considérer l'état de santé de la personne visée, ainsi que son intégration sociale et culturelle, le projet de réforme supprime des éléments d'appréciation essentiels quant à la légalité de la mesure emportant décision de retour.

L'ancienne version paraissait plus adéquate en ce sens qu'elle obligeait l'autorité ministérielle à considérer un ensemble de critères dont aucun ne semblait superflu, et qu'elle englobait d'autres cas que celui des résidents de longue durée.

Dans le même ordre d'idée, le LFR est d'avis que l'article 5 de la Directive a été transposé par le législateur de manière trop restrictive. Cet article prévoit que les États tiennent compte « a) de l'intérêt supérieur de l'enfant, b) de la vie familiale, c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers, et respectent le principe de non-refoulement. ». Or ces considérations doivent s'appliquer à tous les aspects couverts par la Directive, c'est-à-dire (Cf considérant (20)): « au retour, à l'éloignement, à l'utilisation de mesures coercitives, à la rétention et aux interdictions d'entrée ». Or, dans la transposition proposée par le législateur, ces considérations sont introduites uniquement à l'article 124 (1) et ne s'appliquent donc qu'à « l'exécution de l'éloignement » et pas à la décision de retour et au placement en rétention par exemple. Concernant la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, voir le point 2 du présent avis (sur le traitement des mineurs non accompagnés) pour plus de détails.

Le LFR invite le législateur à réviser en conformité avec la Directive, dans la nouvelle version de l'article 103 de la loi sur l'immigration de 2008, les critères légaux à considérer lors de l'adoption d'une décision de retour, et à retirer de cet article 103 la mention « à l'encontre d'un résident de longue durée ».

9. Sur les retours à destination d'un pays de transit

L'article 1^{er} (15°) (4) du Projet prévoit qu'un étranger peut être renvoyé « à destination d'un pays de transit conformément à des accords ou autres arrangements de réadmission communautaires ou bilatéraux. ». Le LFR s'inquiète que de tels renvois ne puissent donner lieu à des refoulements en chaîne à partir d'un pays de transit qui ne respecterait pas strictement les normes internationales et le principe de non-refoulement.

Dans ce même article, il conviendrait de remplacer le terme « réfugié politique » par « bénéficiaire de protection internationale ».

Le LFR invite le législateur à considérer avec toute la prudence nécessaire le principe même d'un renvoi vers un pays de transit, de façon à ce que de tels renvois ne puissent être à l'origine de violations des droits des personnes ainsi éloignées.

10. Sur les retours volontaires (Modifications à la loi du 5 mai 2006)

Le LFR apprécie que le législateur ait choisi d'accorder aux ressortissants de pays tiers le délai maximum prévu par la Directive pour un départ volontaire, sans l'obligation par les

personnes concernées d'en faire la demande. Toutefois, ce délai ne peut être prolongé, d'après le projet de transposition, qu'« à titre exceptionnel » (Article 22 (2) de la loi du 5 mai 2006 modifiée), alors que la Directive avait pris soin d'énumérer des motifs valables de prolongation de ce délai (Article 7.2 de la Directive) en indiquant qu'il devait être tenu compte « des circonstances propres à chaque cas, telles que la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux ».

Le LFR recommande ainsi de remplacer la mention « à titre exceptionnel », qui n'est pas conforme à l'esprit de la Directive, par cette énumération de critères, plus favorables à l'intérêt des personnes concernées.

11. Considérations générales sur la modification de la loi d'asile

Le Projet aurait pu être l'occasion de prendre en considération certains des éléments soulevés par le LFR dans son rapport d'évaluation de la loi d'asile, rendu public en juin 2010. Le LFR renvoie à ce rapport pour le détail, mais tient ici à rappeler brièvement certains des points essentiels qui avaient alors été abordés:

- l'absence de recours contre la décision du Ministre de statuer sur le bien-fondé de la demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée (article 20 (1) de la loi d'asile). Si le LFR ne nie pas la nécessité pour le Ministre de disposer d'une telle possibilité, il considère que son principe même doit pouvoir faire l'objet d'un recours par le demandeur de protection internationale, dans la mesure où cette décision rend sa situation plus précaire, au regard de sa capacité de rassembler des éléments de preuve pour attester de son état, et des garanties procédurales par la suite.

Le LFR ne comprend donc pas ce qui justifie l'absence de possibilité de recours contre cette décision du Ministre, et prie instamment le législateur, dans l'intérêt supérieur de la justice, de profiter de la présente modification de la loi pour garantir cette voie de recours essentielle pour les demandeurs de protection internationale.

- Comme indiqué amplement dans l'évaluation de la loi d'asile effectuée par le LFR, l'absence du double degré de juridiction, et donc de la possibilité de faire appel contre la décision du tribunal administratif rejetant le recours par un demandeur de protection internationale, dans le cadre de la procédure accélérée précitée, est non moins critiquable et avait déjà fait l'objet de critiques appuyées de la part du Conseil d'Etat.

Ce manquement est d'autant plus inacceptable que les situations de privation du double degré de juridiction sont rares en droit luxembourgeois, et que celle-ci est exclusivement dirigée contre des étrangers et pourrait par conséquent être considérée comme une mesure discriminatoire.

Le LFR prie donc instamment le législateur de mettre fin à cette discrimination dans l'accès à la justice, et donc à la violation d'un droit fondamental, en saisissant l'opportunité du Projet pour introduire un double degré de juridiction dans les recours contre les décisions précitées.