Commission consultative des Droits de l'Homme
du Grand-Duché de Luxembourg

Avis

sur

le projet de loi 7238 portant modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et de l'immigration

Avis 09/2018

Conformément à l'article 2 (2) de la loi du 21 novembre 2008 portant création d'une Commission consultative des Droits de l'Homme au Grand-Duché de Luxembourg (ci-après, « la CCDH »), la CCDH a décidé de s'autosaisir du *projet de loi n° 7238 portant modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et de l'immigration*.

D'après l'exposé des motifs du projet de loi précité, celui-ci met en œuvre certaines recommandations adressées au gouvernement et formulées par les institutions européennes suite à une évaluation de l'application de l'acquis de Schengen dans le domaine du retour[1] et de la gestion des frontières extérieures[2] au Luxembourg.

Ainsi, le projet de loi modifie certains aspects de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation et l'immigration (ci-après, « la loi sur la libre circulation et l'immigration »), notamment en matière d'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non-accompagnés dans le cadre d'une décision de retour (**1**), en matière de rétention (**2**) et en matière d'entrée au domicile dans le cadre de l'exécution d'une mesure d'éloignement (**3**).

S'il appartient effectivement au Luxembourg de se conformer à ces recommandations, il lui appartient également de le faire dans le respect des droits fondamentaux des personnes concernées.

1. L'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non-accompagnés dans le cadre d'une décision de retour

Le projet de loi institue à l'article 103 de la loi sur la libre circulation et l'immigration une *« équipe pluridisciplinaire »* chargée d'évaluer *« l'intérêt supérieur des mineurs non-accompagnés dans le cadre d'une décision de retour* », alors que dans sa version actuelle, l'article 103 se limite à poser le principe selon lequel « *aucune décision de retour ne peut être prise contre un mineur non accompagné d'un représentant légal, à l'exception de celle qui se fonde sur des motifs graves de sécurité publique, sauf si l'éloignement est nécessaire dans son intérêt* (…) ».

Cette disposition est le fruit de la transposition de l'article 10 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après, « la directive retour »), selon lequel « 1. *Avant que soit prise une décision de retour concernant un mineur non accompagné, l'assistance*

[1] Conseil de l'Union européenne, *Décision d'exécution du Conseil arrêtant une recommandation pour remédier aux manquements constatés dans l'évaluation de 2016 de l'application, par le Luxembourg, de l'acquis de Schengen dans le domaine de la politique de retour*, 12 décembre 2016, doc. UE 15483/16. Voir également Commission européenne, *Recommandation visant à rendre les retours plus effectifs dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil*, 7 mars 2017, doc. UE C(2017)1600 final.

[2] Conseil de l'Union européenne, *Council Implementing Decision setting out a recommendation on addressing the deficiencies identified in the 2016 evaluation of Luxembourg on the application of the Schengen acquis in the field of management of the external border (non traduit)*, 28 octobre 2016, doc. UE 13752/16.

d'organismes compétents autres que les autorités chargées d'exécuter le retour est accordée en tenant dument compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. 2. Avant d 'éloigner du territoire d'un Etat membre un mineur non accompagné, les autorités de cet Etat membre s'assurent qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'Etat de retour. »

Ainsi, l'actuelle disposition se révèle incontestablement insuffisante et non conforme aux exigences de la directive retour.

La modification envisagée répond à une recommandation formulée par le Conseil de l'Union européenne qui enjoint au Luxembourg de « [mettre] *en place une politique claire sur le statut juridique des mineurs non accompagnés qui permette, sur la base d'une évaluation individuelle de l'intérêt supérieur de l'enfant et par souci de clarté juridique, soit d'arrêter et d'exécuter des décisions de retour à l'encontre des mineurs non accompagnés en séjour irrégulier dans le pays conformément à l'article 10 de la directive 2008/115/CE, soit de leur accorder un droit de séjour, en tenant dûment compte des règles applicables en matière de protection internationale, ainsi que du droit de l'Union européenne et de la législation nationale. L'évaluation individuelle devrait idéalement être réalisée par une équipe pluridisciplinaire et expérimentée et le tuteur désigné de l'enfant devrait y être associé* »[3].

La CCDH constate cependant que cette modification ne permettra pas au Luxembourg de redresser les insuffisances de sa législation au regard, non seulement des exigences européennes en matière d'intérêt supérieur de l'enfant, mais aussi des droits fondamentaux des mineurs concernés, en particulier ceux protégés par l'article 8 (protection de la vie privée et familiale) qu'il appartient au Luxembourg de respecter.

La CCDH estime nécessaire de rappeler ici le premier paragraphe de l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui stipule que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.* »

1.1. L'équipe pluridisciplinaire

Depuis le début de l'année 2018, il existerait au sein de la Direction de l'immigration, un organe collégial censé se pencher sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre d'une décision de retour le concernant, évoqué dans le *« Bilan de l'année 2017 en matière d'asile et d'immigration »* présenté par le Ministère des Affaires étrangères et européennes (MAEE).[4] Cet organe collégial serait composé de membres du parquet, de

[3] Conseil de l'Union européenne, *Décision d'exécution du Conseil arrêtant une recommandation pour remédier aux manquements constatés dans l'évaluation de 2016 de l'application, par le Luxembourg, de l'acquis de Schengen dans le domaine de la politique de retour*, 12 décembre 2016, doc. UE 15483/16, § 4.

[4] MAEE; *Bilan de l'année 2017 en matière d'asile et d'immigration*, p. 13. Voir également Conseil de gouvernement, *Résumé des travaux*, 7 juillet 2017.

l'Office national de l'enfance, de l'Office luxembourgeois de l'accueil et de l'intégration et enfin de la Direction de l'immigration, qui le présiderait.

L'exposé des motifs et le commentaire de l'article ne permettent pas de savoir si l' « équipe pluridisciplinaire » envisagée par le projet sous avis, est la légalisation de cet organe collégial tel qu'il est composé et fonctionne actuellement et, à l'instar du Conseil d'Etat[5], la CCDH « *se demande ce qu'il convient d'entendre par «* équipe pluridisciplinaire *»*. Dès lors, la CCDH invite avant tout les auteurs à préciser la composition de cette « équipe pluridisciplinaire » et le mode de nomination de ses membres qui devraient, pour répondre aux exigences de la directive retour, être distincts des autorités chargées de l'exécution du retour (ce qui n'est actuellement pas le cas de l'organe collégial censé exister au sein de la Direction de l'immigration).

En tout état de cause, au vu de l'état de vulnérabilité patent des mineurs non-accompagnés, la CCDH estime que l'Ombudscomité pour les droits de l'enfant (le moment venu le défenseur des droits de l'enfant tel que prévu par le projet de loi n°7236), le tuteur et l'administrateur *ad hoc* du mineur concerné, ainsi que des représentants de la société civile, devraient faire partie de cette équipe pluridisciplinaire et qu'il est nécessaire d'y inscrire d'ores et déjà leur présence dans la loi.

Il conviendrait également de préciser les règles de fonctionnement (saisine, présidence, adoption des évaluations…) de cette « équipe pluridisciplinaire » ou pour le moins de prévoir l'adoption d'un règlement grand-ducal à cet effet.

A défaut de procéder aux redressements et précisions qui s'imposent, cette « équipe pluridisciplinaire » ne pourra fonctionner efficacement ni remplir son rôle.

1.2. L'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant

La rédaction inchangée de l'article 103 précité, selon laquelle un mineur non accompagné ne peut être éloigné du territoire luxembourgeois seulement si cet éloignement « *est nécessaire dans son intérêt »,* traduit le principe selon lequel il n'est *a priori* pas dans l'intérêt supérieur d'un enfant d'être éloigné du territoire sur lequel il vit, surtout s'il y a à un moment cherché une protection.

Chaque principe amenant des exceptions, celles-ci devraient cependant pouvoir être reconnues par le biais d'indicateurs précis qu'il conviendrait de désigner absolument dans la loi. Ceux-ci constitueraient le guide légal des critères minimums à examiner par l'équipe pluridisciplinaire pour déterminer si l'éloignement du territoire luxembourgeois d'un mineur non accompagné est nécessaire dans son intérêt.

Ces critères devraient être examinés par l'équipe pluridisciplinaire au regard de la situation particulière du mineur non accompagné, telle qu'elle est non seulement dans le

[5] Avis du Conseil d'Etat du 8 mai 2018

pays vers lequel le ministre envisage de l'éloigner, mais encore au Luxembourg où il est censé vivre depuis un certain temps.

En toutes hypothèses, à l'instar de ce que préconise la directive retour, la CCDH insiste pour que la décision de retour d'un mineur non accompagné ne soit exécutée que lorsqu'il est possible de le remettre *à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'Etat de retour* s'assurant ainsi de sa prise en charge dans ce pays.

Dans le même esprit que celui de l'arrêt préjudiciel[6] rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de droit au regroupement familial d'un mineur non accompagné qui s'est vu reconnaître un statut de protection internationale, et dans la continuité de cette jurisprudence, la CCDH estime enfin que pour le mineur non accompagné qui a présenté une demande de protection internationale, la date à laquelle sa minorité doit être appréciée pour l'application de l'article 103, doit être celle de son entrée sur le territoire, respectivement de sa demande de protection internationale, même s'il est devenu majeur au moment où le ministre envisage de prendre à son encontre une décision de retour.

1.3. Les conséquences d'une décision de non-retour

La CCDH regrette vivement que la modification législative proposée n'apporte pas la clarification juridique préconisée par le Conseil de l'Union européenne pour les cas où il n'est pas prouvé que l'éloignement d'un mineur non accompagné doit être réalisé dans son intérêt. Dans ce cas, les institutions européennes recommandent qu'un titre de séjour soit délivré.

La CCDH estime qu'il est dans ce cas indispensable d'instituer ce mécanisme légal et de prévoir la délivrance automatique d'un titre de séjour au mineur non accompagné dès lors qu'il n'est pas prouvé qu'il est dans son intérêt de l'éloigner du territoire.

2. La rétention et les garanties procédurales

En scindant en deux alinéas le troisième paragraphe de l'article 120 de la loi sur la libre circulation et l'immigration, le projet procède à la distinction formelle de deux catégories de décisions de rétention prises en vue de l'éloignement d'un ressortissant de pays tiers.

La première catégorie comporte la première décision qui peut être prise pour une durée d'un mois et prorogée à trois reprises pour la même durée, chaque prorogation constituant une nouvelle décision.

La seconde catégorie comprend, après ces quatre premiers mois, deux nouvelles prorogations successives, chacune pour la durée d'un mois, ne pouvant intervenir que

[6] CJUE 12 avril 2018, C-550/16

« *si, malgré les efforts employés, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison du manque de coopération de l'étranger ou des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires* ». Il s'agit des décisions de « rétention prolongée », telles que qualifiées par le Conseil de l'Union européenne dans sa recommandation du 12 décembre 2016 *pour remédier aux manquements constatés dans l'évaluation de 2016 de l'application, par le Luxembourg, de l'acquis de Schengen dans le domaine de la politique de retour. »* [7]

Dans l'état actuel de la législation nationale, chacune de ces six décisions peut faire l'objet d'un recours en réformation devant le Tribunal administratif, selon la procédure de droit commun. L'exercice de cette voie de recours garantit aujourd'hui le respect du droit de la personne retenue de voir un juge se prononcer sur la légalité de cette mesure.

Cette procédure implique néanmoins la saisine du Tribunal administratif par la personne privée de liberté ou encore par toute personne justifiant d'une lésion ou d'un intérêt personnel, direct, actuel et certain.

Pour les décisions de rétention de la première catégorie (la décision initiale et les trois prolongations qui la suivent), le projet sous avis instaure une procédure de contrôle juridictionnelle d'exception selon laquelle un seul écrit par partie (recours introductif d'instance et mémoire en réponse) pourra être échangé, tandis que ce nombre est actuellement de deux par partie, conformément à la procédure de droit commun.

Le commentaire explique que ce changement vise à *« alléger la procédure »*.

La CCDH estime que toute restriction du droit d'accès au juge et en particulier en matière de liberté individuelle, doit être justifiée. Dans le cas présent où les juridictions concernées ne semblent par ailleurs pas avoir été consultées, les auteurs n'avancent aucun argument qui tendrait à expliquer en quoi la situation actuelle ne permet pas une administration de la justice adéquate et exigerait de rendre la procédure plus expéditive. La CCDH exhorte dès lors les auteurs du projet à renoncer à l'instauration de cette exception procédurale.

En ce qui concerne les décisions de « rétention prolongée » (deuxième catégorie), le projet de loi sous avis instaure l'obligation à charge du ministre qui prolonge pour la quatrième, respectivement la cinquième fois, une décision initiale de placement en rétention, « *de saisir d'office, par requête introduite dans les cinq jours de la notification de la décision, le président du Tribunal administratif qui statue d'urgence comme juge du fond* ».

La CCDH ne peut en principe que saluer l'instauration de cette procédure censée renforcer la garantie pour toute personne privée de liberté de voir cette mesure contrôlée par un juge. La CCDH constate cependant qu'il s'agit là d'une procédure originale où le

[7] http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15483-2016-INIT/fr/pdf

ministre soumet lui-même la légalité et l'opportunité de sa décision au contrôle du juge administratif et elle s'interroge sérieusement sur les conditions dans lesquelles cette procédure pourra être efficacement mise en œuvre dans l'état actuel du texte. La CCDH relève en toute hypothèse qu'à défaut de prévision du droit de la personne retenue d'être entendue par le juge administratif, cette procédure ne répond pas aux exigences de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme en ce que ce droit n'y est pas garanti, contrairement à la procédure actuellement existante.

La CCDH invite dès lors les auteurs à clarifier les règles de cette procédure de saisine d'office du juge administratif en y incluant en toute hypothèse le droit pour la personne retenue d'être entendue par celui-ci.

La CCDH constate avec regret que, bien loin de renforcer les garanties d'accès au juge de la personne privée de liberté en vue de son éloignement du territoire, le projet sous avis les affaiblit en fait considérablement. La CCDH invite dès lors vivement les auteurs dudit projet à le revoir à la lumière des développements qui précèdent.

D'un point de vue général, la CCDH insiste une nouvelle fois sur le fait que la mesure de rétention d'une personne en vue de son éloignement du territoire luxembourgeois, doit être considérée comme une mesure de dernier ressort et ne doit être appliquée que si d'autres mesures moins coercitives se révèlent inefficaces dans un cas particulier. A ce sujet, la CCDH déplore l'absence de statistiques du recours à ces mesures moins coercitives et invite le gouvernement à remédier au plus vite à cette carence.

La CCDH se saisit de cette occasion pour réitérer sa critique quant aux possibilités dans la législation existante de placer des mineurs en rétention[8].

La CCDH note qu'en 2017, parmi les 493 personnes admis au Centre de rétention, 101 personnes étaient retenues en famille, représentant 28 familles. La CCDH regrette que les statistiques n'indiquent pas le nombre de mineurs et n'indiquent pas la durée moyenne de rétention de ces familles.

3. L'exécution des décisions d'éloignement et l'intrusion domiciliaire

A nouveau, la CCDH se doit de rappeler que toute intrusion dans un lieu d'habitation constitue une atteinte au droit fondamental à l'inviolabilité du domicile et qu'afin de répondre aux exigences du deuxième paragraphe de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, les conditions de cette intrusion (comme par exemple les tranches horaires dans lesquelles elle peut avoir lieu) doivent avant tout être prévues par la loi.

[8] Avis de la CCDH sur le projet de loi 5802, 02/2008, doc.parl. 5802/16 ; avis de la CCDH sur le projet de loi 6218, 02/2011, doc.parl. 6218/04 ; avis de la CCDH sur le projet de loi 6779, 04/2015, doc.parl. 6779/04

La CCDH se réfère aux nombreux avis qu'elle a rendus en ce sens depuis sa création[9] et regrette une nouvelle fois de constater que les auteurs du projet aient fait l'impasse à ce sujet. Loin de saisir l'opportunité qui leur permettrait de fixer une bonne fois pour toutes ces conditions dans la loi, les auteurs du projet y instaurent un principe selon lequel, « *lorsque pour faire échec à l'éloignement de l'étranger, l'entrée dans des locaux destinés à l'habitation est refusée, le président du Tribunal d'arrondissement du lieu de situation de l'habitation doit donner son accord explicite afin que la police grand-ducale puisse accéder au lieu d'habitation pour procéder à l'éloignement.* » (art. 124 §1)

Si ce recours au juge peut à première vue sembler une avancée positive dans le cadre de cette problématique, il ne permettra cependant pas de se conformer aux exigences du deuxième paragraphe de l'article 8 précité, les conditions de l'intrusion n'étant pas définies dans la loi. Il se pourrait même que, pour autant qu'il puisse être saisi efficacement en l'état actuel du projet, le juge ait précisément à refuser cette autorisation pour cette raison bien précise.

En toute hypothèse, le projet est, ici encore, muet quant à la procédure suivant laquelle ce juge pourrait être saisi, et au terme de laquelle il aura à donner son accord explicite à l'intrusion au domicile. Notamment, le principe du contradictoire n'y est nullement envisagé et la CCDH s'interroge sérieusement dans ces conditions sur la qualification de « tribunal » au sens du premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui pourrait dans de telles circonstances être donnée, ou pas, au magistrat ainsi saisi.

Pour enfin se conformer aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en la matière, la CCDH exhorte avant tout les auteurs du projet à y fixer les principes et conditions dans lesquels la police grand-ducale pourra faire intrusion au domicile pour procéder à l'éloignement. La CCDH ne pourra par la suite que saluer l'instauration du principe de l'accord judiciaire préalable à cette intrusion, qui permettra au juge d'en contrôler précisément le respect des conditions légales, à condition toutefois de préciser la procédure au terme de laquelle cet accord sera donné, qui se devra respectueuse des exigences du premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En ce qui concerne l'éloignement de mineurs, la CCDH profite de cet avis pour rappeler qu'extraire des enfants de leur milieu scolaire pendant les périodes de scolarité est particulièrement néfaste à leur développement et ne peut pas être considéré comme étant conforme à leur intérêt supérieur.
La CCDH rappelle que dans toute décision, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, au-delà, par exemple, de considérations tenant aux agissements de mauvaise foi ou d'abus de la part de parents ou face à un risque allégué de fuite.
Ainsi, la CCDH exhorte le gouvernement à continuer d'œuvrer avec beaucoup de prudence en matière d 'éloignement visant des familles avec des enfants scolarisés.

[9] Avis de la CCDH sur l'expulsion et le refoulement du territoire des étrangers en situation irrégulière, 04/2003 ; avis de la CCDH sur le projet de loi 5802, 02/2008, doc.parl. 5802/16 ; avis de la CCDH sur le projet de loi 6218, 02/2011, doc.parl. 6218/04

4. Recommandations

- La CCDH invite les auteurs à fixer dans le projet la composition des membres de l'équipe pluridisciplinaire chargée d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant en y incluant l'Ombudscomité pour les droits de l'enfant, le tuteur et l'administrateur ad hoc du mineur concerné, ainsi que des représentants de la société civile. Elle leur conseille encore de déterminer d'ores et déjà dans le texte le mode de saisine, de fonctionnement et de décision de cette équipe pluridisciplinaire ou de prévoir qu'un règlement grand-ducal le fera.
- La CCDH demande aux auteurs d'énumérer dans le texte les critères minimums tenant compte de la situation individuelle du mineur non accompagné non seulement dans le pays vers lequel il serait éloigné, mais également au Luxembourg, pour déterminer si cet éloignement est nécessaire dans son intérêt.
- La CCDH estime nécessaire, à l'instar du Conseil de l'Union européenne, de prévoir la délivrance d'un titre de séjour à tout mineur non accompagné dont l'éloignement n'est pas prouvé comme étant nécessaire dans son intérêt.
- La CCDH invite les auteurs à préciser la procédure, respectueuse de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, aux termes de laquelle le président du Tribunal administratif exercera son contrôle sur les décisions de rétention prolongée.
- La CCDH s'oppose à la réduction des garanties procédurales pour les autres décisions de rétention et elle invite les auteurs à maintenir la procédure existante pour celles-ci.
- La CCDH exhorte les auteurs du texte à y fixer les conditions dans lesquelles la police grand-ducale pourra faire intrusion au domicile pour procéder à un éloignement et à se conformer ainsi aux exigences du deuxième paragraphe de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le respect de ces conditions permettra au juge saisi d'exercer son contrôle et de donner ou de ne pas donner son accord à l'intrusion domiciliaire, au terme d'une procédure qui devra encore impérativement être déterminée et conforme au premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.