

**Projet de loi**

**modifiant**

- **la loi modifiée du 29 août 2008 sur la circulation des personnes et l'immigration**
- **la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection.**

-----  
**Avis du Conseil d'Etat**

(8 mars 2011)

Par dépêche du 29 octobre 2010, le Conseil d'Etat fut saisi par le Premier Ministre, Ministre d'Etat, du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, le texte 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, ainsi qu'un tableau de concordance entre les dispositions de la directive et les mesures nationales de transposition.

La directive 2008/115/CE est d'ores et déjà transposée en partie par l'adoption des lois citées dans l'intitulé du projet de loi sous avis ainsi que dans le cadre de la loi du 28 mai 2009 concernant le Centre de rétention.

La directive, généralement désignée par directive « retour », ci-après « la directive », a fait l'objet d'âpres négociations au niveau européen. Le texte finalement adopté contient un rappel des grands principes applicables en la matière.

Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> de la directive souligne fort opportunément que les procédures au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier doivent respecter les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire, y compris les obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'Homme.

De même, l'article 5 rappelle l'obligation de respecter l'intérêt supérieur de l'enfant, la vie familiale, l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers et le principe de non refoulement.

Les considérants renvoient au principe de proportionnalité qui doit être respecté dans le contexte de tout recours à des mesures coercitives. Les auteurs du projet de loi soulignent les améliorations apportées par le projet sous avis par rapport à la situation actuelle. Ainsi, le retour volontaire est favorisé par l'instauration d'un délai de trente jours et les aides au retour trouvent une consécration légale. La possibilité de recours à l'assignation à résidence constitue également une mesure bien moins coercitive que la

rétention.

Au stade de son élaboration, le projet de directive fut vigoureusement contesté par les ONG œuvrant en matière de protection des droits de l'Homme en raison des entraves qu'elle porte à la liberté de mouvement de personnes n'ayant pas la nationalité d'un des Etats membres de l'Union Européenne. La directive régleme la rétention administrative de longue durée, l'utilisation de la force pour expulser et l'interdiction d'entrer dans les pays de l'Union Européenne, c'est-à-dire dans vingt-sept pays régis par des institutions démocratiques.

Dans la mesure où on ne saurait contester le droit et l'obligation de tout Etat d'organiser l'entrée et le séjour sur son territoire, on ne peut pas dénier aux autorités le droit au recours - en dernière instance - à des mesures contraignantes pour faire respecter les décisions administratives ou judiciaires rendues dans des cas individuels.

La légitimité de ce droit souverain de chaque Etat trouve néanmoins ses limites dans le respect des droits fondamentaux protégeant la dignité humaine. Dans ce contexte il est essentiel de veiller à organiser et à équiper les services d'immigration en moyens humains et matériels suffisants pour assurer un déroulement rapide des procédures afin de ne pas maintenir les personnes concernées sur de longues périodes dans une situation d'incertitude et d'attente.

Le Conseil d'Etat limitera ses observations aux dispositions nouvelles introduites afin de rendre la législation en place conforme aux exigences de la directive. Il ne discutera plus les dispositions en vigueur qui, pour être conformes aux prescrits communautaires, restent inchangées par rapport aux lois des 29 août 2008 sur la circulation des personnes et l'immigration, 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection et 28 mai 2009 concernant le Centre de rétention.

## **Examen des articles**

### Article 1<sup>er</sup>

Cet article de la loi regroupe les modifications à opérer dans la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

Le Conseil d'Etat note toutefois que les auteurs ont omis de procéder à la modification de l'article 1<sup>er</sup> (2) de la loi en ce que ce paragraphe renvoie toujours à la loi du 27 juillet 1993 alors que cette loi fut abrogée par l'article 32 de la loi du 16 décembre 2008 concernant l'accueil et l'intégration des étrangers au Grand-Duché de Luxembourg. Il y a dès lors lieu de redresser ce renvoi par un nouveau point 1<sup>o</sup>, la numérotation subséquente étant à adapter en conséquence.

### *Point 1*

Aux termes de cette nouvelle disposition, le libellé de la disposition ayant trait à l'exclusion des demandeurs d'une protection internationale et

des bénéficiaires d'une tolérance ou d'une protection temporaire selon la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection, sous certaines réserves, est modifié. Par cette adaptation, les demandeurs d'une protection internationale déboutés sont assimilés aux autres étrangers en situation illégale. Cette disposition n'exige pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

#### *Points 2 et 3*

Ces dispositions visent à introduire les définitions de la directive dans la loi. Les définitions reprises ne comportent aucun changement concret dans la législation en vigueur. Le Conseil d'Etat observe toutefois que la définition du « risque de fuite » n'est pas reprise à l'endroit de cet article. Les auteurs ont en effet décidé de reprendre les définitions qui ne visent que le citoyen de l'Union européenne, le ressortissant des autres Etats parties à l'accord sur l'espace économique européen et la Confédération suisse dans le chapitre 2 et les définitions visant les ressortissants de pays tiers dans le chapitre 3. Dans la mesure où certaines expressions peuvent avoir une signification différente selon qu'elles visent l'un ou l'autre de ces deux groupes d'étrangers, le Conseil d'Etat peut approuver ce choix. Ainsi le risque de fuite défini à l'endroit de l'article 1<sup>er</sup>, sous 15° du projet ne vise que les ressortissants de pays tiers, les ressortissants communautaires et assimilés n'étant concernés que par l'obligation de quitter le pays (et non pas l'Union Européenne).

#### *Point 4*

Selon le nouveau libellé de l'article 39 (1), 1<sup>ère</sup> phrase de la loi la demande en obtention d'une autorisation de séjour doit, sous peine d'irrecevabilité, être introduite par le ressortissant d'un pays tiers auprès du ministre et doit être favorablement avisée avant son entrée sur le territoire.

Selon ce libellé, la demande est irrecevable si, au lieu d'être adressée au ministre, elle est adressée à une autre instance publique incompétente.

Or, l'introduction en matière de libre circulation et d'immigration d'une condition de recevabilité qui n'existe pas dans tous les autres domaines mettant en relation les administrés et l'appareil administratif crée une disparité non objectivement justifiable qui en sus se place en porte-à-faux par rapport aux règles gouvernant la procédure administrative non contentieuse. Si, selon une autre lecture du texte qui s'appuierait par ailleurs sur l'exposé des motifs, la sanction d'irrecevabilité n'était liée qu'à l'obligation de disposer d'une demande en obtention d'une autorisation de séjour favorablement avisée avant l'entrée au pays, il y aurait lieu de modifier le cas échéant le texte comme suit:

« La demande en obtention d'une autorisation de séjour visée à l'article 38.1, à l'exception des autorisations régies par les articles 78 (3) et 89, doit être introduite par le ressortissant d'un pays tiers auprès du ministre et doit être favorablement avisée avant son entrée sur le territoire. La demande doit sous peine d'irrecevabilité être introduite avant l'entrée sur le territoire du ressortissant d'un pays tiers. »

### *Points 5 à 7*

Le Conseil d'Etat approuve l'introduction de l'article 78 (3) nouveau permettant au ministre d'accorder une autorisation de séjour pour des motifs humanitaires. Cette possibilité résulte de l'article 6.4 de la directive qui autorise les Etats à accorder un titre de séjour autonome « pour motifs charitables, humanitaires ou autres ». Dans la mesure où le pouvoir de décision du ministre reste discrétionnaire, le Conseil d'Etat s'interroge sur les raisons qui ont amené les auteurs à restreindre cette possibilité accordée au ministre aux seuls cas « d'une exceptionnelle gravité ». Cette formule, très stricte, figure actuellement dans le texte de la loi. Elle est conforme à la directive.

Le choix des auteurs peut avoir été dicté éventuellement par le souci de ne pas submerger le ministre d'un grand nombre de demandes ayant peu de chances de déboucher sur une réponse positive, mais créant un travail administratif non négligeable. Aux yeux du Conseil d'Etat, les raisons humanitaires justifiant une annulation ou une suspension d'une décision de retour peuvent toutefois résulter d'une multitude de circonstances qui risqueraient de ne pas pouvoir être dûment prises en compte par une clause trop restrictive. Il suggère dès lors de faire remplacer l'expression « d'une exceptionnelle gravité » par le terme « grave ».

### *Point 8*

Le Conseil d'Etat approuve le projet de loi en ce qu'il prévoit de prolonger la durée de validité du titre de séjour « vie privée » à trois ans. La possibilité ainsi donnée au ministre permet de réduire également le travail administratif. En effet, la situation de certains résidents bénéficiant du titre de séjour « vie privée » ne risque guère d'évoluer tous les ans. Tel est le cas pour les pensionnés et les bénéficiaires d'une autorisation de séjour disposant d'une situation de fortune stable. Il n'est dès lors pas nécessaire d'assurer un suivi annuel du dossier.

### *Point 9*

Sans observation.

### *Point 10*

Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'intérêt de la disposition. La décision d'éloignement n'aura en principe pas lieu d'être selon les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 96. Il note toutefois que tant la directive transposée dans le projet sous avis que la directive relative aux personnes victimes de la traite des êtres humains imposent cette obligation.

### *Point 11*

Sans observation.

### *Point 12*

Selon l'article 6 (5) de la directive, un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier ayant introduit une demande en vue d'obtenir le

renouvellement de son titre de séjour ou d'une autre autorisation lui conférant un droit de séjour ne devrait pas automatiquement faire l'objet d'une décision de retour. L'Etat membre est invité à examiner préalablement s'il y a lieu de s'abstenir de prendre une telle décision jusqu'à l'achèvement de la procédure en cours.

En disposant que dorénavant la demande de renouvellement fait automatiquement et de plein droit obstacle à l'éloignement, le projet répond d'une manière favorable aux intérêts du ressortissant du pays tiers et va au-delà de l'exigence communautaire.

Le Conseil d'Etat approuve cette solution qui réduit le contentieux et crée plus de sécurité juridique.

### *Point 13*

L'article 103, alinéa 1<sup>er</sup>, actuellement en vigueur est libellé comme suit:

« Avant de prendre une décision de refus de séjour, de retrait ou de non-renouvellement du titre de séjour ou d'une décision d'éloignement du territoire à l'encontre du ressortissant de pays tiers, le ministre tient compte notamment de la durée du séjour de la personne concernée sur le territoire luxembourgeois, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans le pays et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public ou la sécurité publique. »

La considération de l'intégration sociale ne figure plus dans le libellé projeté.

Le libellé proposé de l'article 103 (1) ne règle plus que la situation où un résident de longue durée – c'est-à-dire le cas de figure où une personne qui s'était vu reconnaître ce statut régi par l'article 80 de la loi – est susceptible de se voir notifier une décision de retour.

Même dans l'hypothèse d'une acquisition frauduleuse du statut ou de menace réelle pour l'ordre public et la sécurité publique (articles 83-1 et 84), la décision de retour à l'encontre d'un résident de longue durée doit encore être prise en considération des éléments figurant à l'article 103 (1) nouveau qui reprend littéralement le libellé de l'article 12.3 de la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut de ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

Dans la mesure où le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 103 ne concerne plus que des résidents de longue durée, le Conseil d'Etat suggère d'intégrer ce paragraphe comme paragraphe 2 dans l'article 84, le texte actuel de cet article devenant le paragraphe 1<sup>er</sup>.

Ainsi que l'ont relevé à juste titre les auteurs du projet, la situation des personnes bénéficiaires d'un regroupement familial est régie par l'article 72 de la loi et ne doit dès lors pas figurer à l'endroit de l'article 103.

En procédant toutefois à la suppression de l'article 103 sous sa forme

actuellement en vigueur, les auteurs du projet abrogent les critères y mentionnés et censés guider le ministre dans sa décision également pour les décisions concernant les ressortissants de pays tiers autres que ceux bénéficiant du statut de résident de longue durée ou invoquant le regroupement familial.

Cette modification, qui comporte la suppression de garanties pour tous les ressortissants de pays tiers, est motivée par le souci de renforcer la sécurité juridique.

Les modifications proposées au paragraphe 2 de l'article 103 (article 103 selon le Conseil d'Etat), basées sur l'article 10 de la directive, renforcent sensiblement les droits des mineurs non accompagnés. Ces mineurs, un groupe particulièrement vulnérable, se verront dorénavant assistés d'un administrateur ad hoc dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à l'entrée et le séjour sur le territoire.

A ce jour la désignation d'un administrateur ad hoc pour les mineurs non accompagnés n'était prévue que dans le cadre des articles 92 (1) relatif aux mineurs non accompagnés victimes de la traite des êtres humains, 119 (5) relatif au maintien en zone d'attente et 122, traitant des mineurs placés en rétention.

À signaler toutefois que dans le cadre de la loi modifiée du 5 mai 2006 précitée, le mineur non accompagné se voit désigner un tuteur et non pas un administrateur ad hoc chargé de l'assister dans la procédure. Cette disposition est à revoir au vu de la loi du 5 juin 2009 portant modification 1° de l'article 37-1 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat; 2° du Livre premier, Titre X, Chapitre 1<sup>er</sup> du Code civil; 3° de l'article 1046 du Nouveau Code de procédure civile.

Le législateur devra également régler la question de la rémunération des administrateurs *ad hoc*. Le Conseil d'Etat avait déjà évoqué cette difficulté dans son avis du 13 janvier 2009 relatif à ce dernier projet (cf. doc. parl. n° 5848<sup>1</sup>). La solution devrait toutefois figurer dans un cadre légal plus général.

#### *Point 14*

Ce point transpose fidèlement l'article 12 (2) de la directive et comporte un nouveau droit pour le requérant, qui peut dorénavant exiger la communication des principaux éléments d'une décision de refus de séjour dans une langue qu'il comprend « ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend ».

#### *Point 15*

L'article 111 tel que modifié par le projet de loi apportera un changement fondamental au régime actuellement en vigueur en matière de décision de retour. Le libellé proposé à l'endroit des paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 introduit d'abord un délai de trente jours endéans lequel la décision de retour doit être exécutée. Selon la directive (article 7.1) ce délai doit être entre sept et trente jours. Aux termes du paragraphe 2 le délai de trente jours

retenu au projet de loi peut être prorogé à titre exceptionnel en tenant compte de la situation personnelle de l'étranger. La possibilité de solliciter un dispositif d'aide au retour est dorénavant consacrée dans la loi.

Selon le paragraphe 3, la décision de retour est exécutée sans délai dans les hypothèses y évoquées. Le Conseil d'Etat constate que les présomptions du risque de fuite, qui justifient entre autres le renvoi sans délai, sont rigoureuses. Il suffit en effet de constater que l'étranger ne remplit plus l'une des conditions cumulatives de l'article 34 de la loi pour déclencher le renvoi sans délai. Ainsi, l'absence d'un visa en cours de validité (article 34(2), 2) déclenchera l'obligation immédiate de quitter le territoire.

Aux termes de l'article 3(7) de la directive, le « risque de fuite » est défini comme suit: « Le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédure de retour peut prendre la fuite. »

Il découle de cette définition que le risque de fuite doit être analysé au cas par cas et non exclusivement sur base des critères objectifs définis dans la loi. Ces derniers critères objectifs ne constituent plus qu'une présomption simple qui peut être renversée.

Si les critères objectifs repris au projet répondent en partie aux exigences de la directive, le Conseil d'Etat constate que l'obligation d'analyser chaque cas particulier ne figure pas expressément dans la loi. Encore que les auteurs ont repris mot pour mot le texte de la loi française transposant la même directive, le Conseil d'Etat estime qu'une transposition complète doit préciser ce point.

Il suggère d'ajouter *in fine* du paragraphe 3 la phrase suivante:  
« Le risque de fuite est apprécié au cas par cas. »

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la notion de « garantie suffisante » reprise à l'endroit du point 6 sous l'article 111 (3) c). La simple évocation d'une prétendue absence de « garantie suffisante » ne répond pas à l'exigence de la notion de « critères objectifs » de la directive. Le Conseil d'Etat propose dès lors de l'omettre et d'introduire le point 6 comme suit:

« Si l'étranger ne peut justifier de la possession de ... ».

Il y a par ailleurs lieu de corriger le libellé de la phrase introductive de l'article 111 (3) c) comme suit:

« c) s'il existe un risque de fuite dans le chef de l'étranger. Le risque de fuite est présumé ... ».

Le Conseil d'Etat note que le projet de loi n'envisage pas d'introduire les mesures préconisées à l'endroit de l'article 7.3. de la directive dans la loi. Selon le législateur communautaire, l'imposition de ces obligations (obligation de se présenter régulièrement aux autorités, dépôt d'une garantie financière adéquate, obligation de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé) sont de nature à éviter le risque de fuite et peuvent être imposées pendant le délai de départ volontaire. Les auteurs du projet n'envisagent dès lors pas d'imposer des contraintes particulières aux

étrangers faisant l'objet d'une décision de retour assortie d'un délai pendant la durée du délai.

Les modifications qui sont prévues à l'endroit du paragraphe 4 n'exigent pas d'observation.

#### *Point 16*

Aux termes du libellé proposé à l'endroit de l'article 112 (1) de la loi, le ministre peut assortir les décisions de retour « 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 ». Cette disposition doit être vue ensemble avec l'article 124(2) qui introduit un automatisme dans l'hypothèse où le délai accordé pour quitter volontairement le territoire est écoulé. Dans cette hypothèse, une interdiction d'entrée sur le territoire d'une durée maximale de cinq ans est prononcée par le ministre à l'encontre de l'étranger qui se maintient sur le territoire.

Le texte du projet dispose que la décision d'interdiction d'entrée peut être prononcée dans la décision d'éloignement. Elle peut également être prononcée par décision séparée postérieure à la décision de retour. Cette dernière possibilité n'est pas prévue expressément dans la définition du concept « interdiction d'entrée » telle qu'elle résulte de l'article 3.6 de la directive. (« Une décision ou un acte de nature administrative ou judiciaire interdisant l'entrée et le séjour sur le territoire des Etats membres pendant une durée déterminée, qui accompagne une décision de retour »)

Elle résulte toutefois implicitement du libellé de l'article 11, paragraphe 1<sup>er</sup> b) dans la mesure où le non-respect de l'obligation de retour ne peut évidemment être constaté qu'à l'issue du délai initialement accordé et non pas au moment de la décision d'éloignement même. Toujours est-il qu'une décision d'interdiction d'entrée prononcée après exécution de l'éloignement rend toute possibilité de recours hypothétique.

Selon le libellé de l'article 112 (2) du projet de loi, qui reprend les deuxième et troisième phrases de l'article 112 actuellement en vigueur, une décision de levée de l'interdiction d'entrée peut être présentée « après un délai raisonnable, en fonction des circonstances, et en tout cas après trois ans à compter de l'éloignement du territoire ... ». Le délai de trois ans ne figure pas dans la directive mais dans la loi en vigueur. Il n'exclut pas la possibilité d'une demande de levée de l'interdiction avant l'écoulement de trois ans.

#### *Point 17*

Sans observation.

#### *Point 18*

Le texte en projet de l'article 120 (1) tient compte de la possibilité introduite à l'endroit de l'article 125 du projet de remplacer le placement en rétention par une mesure d'assignation à résidence. Ce faisant il vise à transposer l'article 15 de la directive. Les dispositions de l'article 17 de la

directive relative aux familles et mineurs, transposées dans la loi de 2009, ont également nécessité une adaptation de la dernière phrase de l'article 120 (1).

L'article 120 (2) n'est pas modifié par le projet en discussion. Selon le libellé en vigueur « lorsque le ministre se trouve dans l'impossibilité matérielle de prendre une décision de placement en rétention par écrit, l'étranger peut être retenu sur décision orale du ministre, sous condition de confirmation par écrit de la décision au plus tard dans les 48 heures qui suivent ».

Selon le Conseil d'Etat la décision orale du ministre n'est pas prévue à l'article 15, paragraphe 2 de la directive qui dispose que « la rétention est ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit ».

Le Conseil d'Etat propose dès lors de remplacer ce paragraphe par le libellé suivant « la rétention est ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit ».

Si, actuellement la rétention se limite à quatre mois au maximum, le projet introduit la possibilité de porter ce maximum à six mois. Pour exécuter, une mesure de rétention sur six mois le ministre devra invoquer soit le manque de coopération de la personne en séjour illégal soit « des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires ». Selon les auteurs du projet, l'absence de délivrance des laissez-passer consulaires dans les délais impartis constitue une des causes d'échec principales des éloignements. Selon l'article 15.5 de la directive, la période de rétention peut être prolongée de douze mois pour ces mêmes raisons, ce qui permettrait de prolonger la rétention à dix-huit mois au total. Le projet sous avis reste dès lors largement en-dessous de ce qui serait autorisé et de ce qui est d'ailleurs apparemment appliqué dans d'autres Etats membres.

Le Conseil d'Etat rappelle néanmoins sa position très sceptique par rapport à une extension de la durée de la rétention, position déjà exprimée dans son avis du 20 mai 2008 relatif au projet ayant abouti à la loi du 29 août 2008. Il constate que les craintes évoquées à l'époque sont confirmées. Les mêmes arguments avancés en 2008 pour étendre la rétention à quatre mois sont repris actuellement pour justifier une prolongation possible de la rétention à six mois. Il y a toutefois lieu de prendre en considération que le projet de loi prévoit l'obligation au respect de proportionnalité sous le contrôle des juridictions administratives.

L'ajout de la condition de voir exécuter le dispositif d'éloignement « avec toute la diligence requise » et le contrôle juridictionnel strict y relatif constituent des mesures efficaces contre un arbitraire administratif potentiel. L'accès des ressortissants de pays tiers en rétention à l'assistance judiciaire gratuite garantit à toute personne retenue le droit au contrôle juridictionnel des mesures prises à son encontre.

Le Conseil d'Etat a noté que selon la durée moyenne actuelle des mesures de rétention n'est que de trente-huit jours. La rétention à l'égard des familles avec des enfants mineurs ne peut dépasser soixante-douze heures en application de l'article 6 (3) de la loi du 28 mai 2009 précitée.

### *Point 19*

Aux termes de cet article du projet de loi, l'article 124 (1) est modifié pour le rendre conforme à l'article 8.2 de la directive ainsi libellé: « Si un Etat membre a accordé un délai de départ volontaire conformément à l'article 7, la décision de retour ne peut être exécutée qu'après expiration de ce délai, à moins que, au cours de celui-ci, un risque visé à l'article 7, paragraphe 4, apparaisse. » Si la transposition est fidèle au libellé du susdit article, le Conseil d'Etat se demande néanmoins comment une décision de retour accordant un délai – endéans lequel le requérant est invité à s'exécuter volontairement – peut être mise en œuvre avant l'expiration de ce délai au motif qu'un risque de fuite serait apparu entretemps. Ne faudrait-il pas rapporter la première décision en ce qu'elle a accordé un délai? La décision de retour assortie d'un délai de 30 jours aura en effet fait naître un droit et elle ne peut être remplacée que par une nouvelle décision dûment motivée sur des faits nouveaux.

Les dispositions non modifiées de l'article 124 sont conformes à la directive. Le Conseil d'Etat est également d'avis que le projet sous avis n'est pas le cadre adéquat pour régler les conditions spécifiques et les modalités dans lesquelles les forces de l'ordre sont habilitées à recourir à la force. Les dispositions régissant cette matière très sensible doivent être identiques pour toutes les interventions policières et pour toute personne susceptible d'être confrontée à une exécution forcée. Elles doivent dès lors résulter de la législation générale applicable aux forces de l'ordre. Il est renvoyé dans ce contexte à l'article 257 du Code pénal réprimant la violence envers les personnes dont a usé, sans motif légitime, un agent de la police, et à la jurisprudence de la Cour de cassation à ce sujet (arrêt du 26 juin 1980 Pasicrisie n° 25, page 11). En cas de résistance, les agents ont le droit d'user des moyens de contrainte appropriés, à condition que ces moyens ne dépassent pas les strictes limites de la nécessité.

### *Point 20*

L'article 125 (1) du projet permet de remplacer le placement en rétention par une assignation à résidence. Pareille mesure qui devra être appliquée sous les mêmes conditions que celles qui encadrent la rétention constitue néanmoins un réel progrès par rapport à la « rétention », un terme qui couvre une mesure de privation totale de liberté. Il est renvoyé dans ce contexte au considérant 16 de la directive. Le Conseil d'Etat note l'accueil très positif de cette alternative au placement en centre de rétention. Les demandeurs de protection internationale déboutés continuent en fait à résider dans le foyer d'accueil des demandeurs pendant le délai accordé en vue de l'organisation du départ volontaire. Le fait que les frais de fonctionnement de ce genre d'institutions est largement inférieur aux investissements lourds engendrés par un centre de rétention mérite également d'être pris en considération.

L'assignation à résidence est une mesure qui ne figure à ce jour pas encore dans notre législation. Selon le libellé du nouvel article 125 (1) elle comporte trois obligations, à savoir:

- l'astreinte de résider dans les lieux fixés par le ministre,

- l'obligation de répondre personnellement aux convocations du ministre,
- la rétention des documents de voyage de l'étranger.

Le législateur pourrait inclure une quatrième condition, à savoir: l'obligation de séjourner de fait dans le lieu de résidence entre minuit et six heures du matin par exemple.

C'est à bon droit que les auteurs ont toutefois omis d'assortir une décision d'assignation à résidence du paiement d'une caution. La plupart des étrangers assignés à résidence auront en effet besoin de leurs économies pour organiser leur retour.

#### *Point 21*

Selon le nouvel article 12*bis* (1) l'étranger qui justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire pour des raisons indépendantes de sa volonté et qui ne peut non plus regagner son pays d'origine ni se rendre dans un autre pays du fait qu'il y serait exposé à des traitements inhumains, peut se voir accorder un report de la mesure d'éloignement jusqu'à « ce qu'il existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation ». Cet étranger bénéficiera d'un droit de se maintenir sur le territoire sans autorisation de séjour.

Le Conseil d'Etat conçoit la nécessité de circonscrire cette possibilité de « maintien sur le territoire » dans une disposition légale. Le nouveau régime vise toutefois essentiellement à remplacer la tolérance ayant figuré à l'article 22 de la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection.

Les ressortissants visés par la nouvelle disposition bénéficieront dorénavant d'avantages appréciables tels que la possibilité de solliciter une autorisation d'occupation temporaire et le droit au secours humanitaire régi par l'article 27 de la loi du 18 décembre 2009 organisant l'aide sociale. Il y a lieu de rectifier ce renvoi, le projet indiquant erronément l'article 26.

Par contre le Conseil d'Etat partage les réserves exprimées par les ONG concernant la possibilité d'assigner, dans le contexte de cette nouvelle disposition, les étrangers à résidence. Contrairement à la même mesure figurant à l'article 125 (1), l'assignation à résidence dans le cadre de l'article 125*bis* (1) n'est pas limitée dans le temps. Le Conseil d'Etat ne peut concevoir l'application à durée indéterminée d'une telle mesure incisive et propose dès lors soit d'y renoncer soit d'inclure une clause limitative libellée comme suit:

« La décision de report de l'éloignement peut être assortie d'une assignation à résidence dans les conditions de l'article 125 (1). »

#### *Point 22*

Sans observation.

#### Article 2

Cet article rassemble les modifications proposées à l'endroit de la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes

complémentaires de protection dans le but d'une transposition correcte de la directive 2008/115/CE.

*Point 1*

Sans observation.

*Points 2 à 4*

Le Conseil d'Etat approuve les modifications proposées tendant à regrouper toutes les décisions dans un même acte afin que toute décision négative du ministre en matière de protection internationale vaille décision de retour.

*Point 5*

Le Conseil d'Etat approuve l'abrogation de l'article 22 de la loi, ce qui assurera un traitement identique à toutes les personnes sujettes à l'obligation de retour, en situation irrégulière sur le territoire et aux demandeurs de protection internationale déboutés.

Le Conseil d'Etat propose de saisir l'occasion pour adopter la loi modifiée du 5 mai 2006 en ce que cette loi prévoit le recours à un tuteur à l'endroit des articles 12 et 52 au lieu d'un administrateur *ad hoc*, à l'instar des dispositions comparables figurant aux articles 119 (5) et 122 de la loi du 28 août 2008 précitée et sous l'article 1<sup>er</sup>, 13<sup>o</sup> du projet sous avis. Cette modification s'impose par ailleurs suite à la loi du 5 juin 2009 ayant réintroduit un article 388-2 dans le Code civil selon lequel le juge des tutelles peut, dans les conditions prévues à l'article 389-3, nommer un administrateur *ad hoc* chargé de représenter un mineur dont les intérêts paraissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 8 mars 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder