



Observations du HCR sur la proposition de la Commission européenne de directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier
(COM (2005) 391 final)

Remarques introductives

Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR ou l'« Office ») salue les efforts réalisés par l'Union européenne (UE) pour adopter des normes communes en matière de retour. Ces normes sont un élément essentiel d'une politique globale de gestion des migrations tenant compte des responsabilités des États d'origine, de transit et de destination ainsi que des droits des personnes concernées.

Le programme pluriannuel de l'Union européenne dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice (« programme de La Haye »)¹ énonce que les normes communes en matière de retour doivent garantir que les personnes concernées sont rapatriées « d'une façon humaine et dans le respect intégral de leurs droits fondamentaux et de leur dignité ». Cela est important compte tenu de la coopération opérationnelle étendue qui existe au niveau de l'UE en matière de retour. Les propositions de perspectives financières de l'UE pour 2007-2013 prévoient des financements conséquents pour soutenir le retour des ressortissants de pays tiers qui n'ont pas le droit d'entrer ou de séjourner dans l'UE². Des normes communes, comprenant des garanties effectives en matière de droits de l'homme, devraient être une condition préalable pour ces projets.

Le HCR salue le fait que la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier³ exige que ses dispositions soient appliquées conformément au droit international, y compris aux normes relatives à la protection des réfugiés et aux droits de l'homme. Le HCR estime toutefois que ces normes, ainsi que les procédures appropriées pour garantir leur application, doivent être énoncées de manière plus détaillée. Le HCR recommande fortement que le projet de directive affirme explicitement qu'aucune décision de retour ne doit être prise ni aucun éloignement exécuté en violation du principe du non-refoulement inscrit à l'article 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés (Convention de 1951) ou dans les instruments de droits de l'homme tels que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) de 1950.

¹ Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JO C 53, 3.3.2005.

² « Solidarité et gestion des flux migratoires », COM (2005) 123 du 6.4.2005.

³ COM (2005) 391 final du 1.9.2005, ci-après « la proposition de directive ».

En outre, des garanties particulières doivent être prévues concernant le retour vers des pays tiers de demandeurs d'asile dont les demandes n'ont pas fait l'objet d'un examen au fond dans un Etat membre. Dans ces cas, l'éloignement ne doit être mis en œuvre que si l'accès à une procédure d'asile ainsi qu'à une protection effective, le cas échéant, est garanti dans le pays concerné.

Le HCR se félicite que la directive exprime une préférence pour le retour volontaire, mais suggère que ce principe important soit rappelé dans un article du dispositif encourageant les Etats membres à fournir conseil, aide matérielle et autres formes appropriées de soutien au retour volontaire. Le HCR reconnaît que le retour des personnes qui n'ont pas besoin de protection internationale et qui n'ont pas de raison impérieuse humanitaire ou d'autres raisons justifiant qu'elles restent est important pour assurer la crédibilité et la viabilité des systèmes nationaux d'asile⁴. Néanmoins, le HCR insiste sur la nécessité de garantir la durabilité des retours, ce que les Etats sont priés de promouvoir en apportant un soutien concret aux rapatriés volontaires conformément aux bonnes pratiques.

Il existe actuellement un manque de contrôle cohérent et indépendant en ce qui concerne la sécurité et le bien-être des personnes éloignées du territoire des Etats membres de l'UE. Le HCR recommande à l'UE d'envisager l'instauration de mécanismes effectifs de contrôle afin d'être en mesure d'évaluer l'efficacité des garanties mises en place⁵.

Commentaires détaillés sur la proposition de directive

Préambule

Le HCR accueille particulièrement favorablement les références aux paragraphes 1, 7, 9, 18, 19 du préambule aux obligations internationales des Etats membres, notamment à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et à la Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant. Il pourrait également être utile de mentionner deux autres instruments fondamentaux, à savoir la Convention des Nations Unies contre la torture (CCT) et la CEDH, ainsi que les Principes directeurs sur le retour forcé adoptés récemment par le Conseil de l'Europe⁶. Compte tenu de leur importance pour la mise en œuvre de la directive, le HCR encourage fortement de rappeler ces instruments juridiques fondamentaux dans le dispositif même de la proposition de directive.

Le HCR approuve en outre la préférence explicite pour le retour volontaire par rapport au retour forcé exprimée au paragraphe 6. Le retour volontaire, accompagné de conseils et d'aides matérielles appropriés, présente moins de risques de violations des droits de l'homme et de souffrance personnelle⁷. Par conséquent, et comme mentionné ci-dessus, le HCR suggère d'introduire un article dans le dispositif du texte encourageant les Etats membres à accorder des formes concrètes de soutien au retour volontaire.

⁴ Cette approche se reflète dans la Conclusion No. 96 (LIV) du Comité exécutif (EXCOM) de 2003 sur le retour de personnes dont on estime qu'elles n'ont pas besoin de protection internationale.

⁵ Cela est également recommandé dans les « Principes directeurs sur le retour forcé » adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, CM (2005) 40 final, 9 mai, Principe directeur 20, « Contrôle et recours ».

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, Principe directeur 1, « Encouragement au retour volontaire ».

Article 1: Objet

Le HCR salue la référence faite à l'article 1 aux obligations des Etats membres découlant du droit international des réfugiés et des droits de l'homme. Il pourrait également être utile de faire référence aux normes internationales et régionales existant en matière de retour telles que celles exposées dans la Conclusion No. 96 (LIV) du Comité exécutif du HCR de 2003 sur le retour de personnes dont on estime qu'elles n'ont pas besoin de protection internationale ainsi que dans les Principes directeurs du Conseil de l'Europe sur le retour forcé.

Articles 2 et 3: Champ d'application et Définitions

Article 2(1) : Lorsque la directive est appliquée aux demandeurs d'asile éloignés dans le cadre d'une procédure de « pays tiers sûr » ou d'un accord de « partage des responsabilités », ils doivent bénéficier de garanties minimales. Il s'agit en particulier d'obtenir des assurances de la part du pays tiers que l'intéressé aura accès à une procédure d'asile complète et équitable et à une protection si nécessaire. A cet égard, le HCR renvoie à ses commentaires sur l'article 27 de la directive relative à la procédure d'asile⁸.

Article 2(2) : Le HCR recommande la suppression de l'article 2(2) qui laisse aux Etats la possibilité de décider de ne pas appliquer toutes les normes énoncées dans le projet de directive aux personnes auxquelles a été refusée l'entrée dans une zone de transit. Bien que certaines des normes de la directive restent applicables aux personnes se trouvant dans les zones de transit, d'autres garanties importantes font défaut, notamment celles prévues par l'article 5 (relations familiales et intérêt supérieur de l'enfant), l'article 6 (droit de se soumettre volontairement à une décision de retour), l'article 12 (droit de recours devant une juridiction contre la décision de retour et/ou d'éloignement) et l'article 14 (contrôle obligatoire de la détention par les autorités judiciaires).

Les garanties énoncées dans la directive doivent être appliquées sans distinction. Cela est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a affirmé que les Etats demeurent liés par leurs obligations internationales également dans les « zones de transit »⁹. Certaines pratiques actuelles observées par le HCR en matière d'éloignement à partir de zones frontières ou de zones de transit soulèvent de graves préoccupations et soulignent la nécessité de disposer de garanties claires aux postes d'entrée aux frontières.

Article 3 (b) : Le HCR recommande que la définition de « séjour irrégulier » soit clarifiée pour exclure du champ d'application de la directive les demandeurs d'asile dont les demandes n'ont pas encore fait l'objet d'une décision finale en première instance ou en appel¹⁰.

Article 3 (c) : Le HCR recommande que la définition de « retour » soit clarifiée pour garantir que les demandeurs d'asile dont les demandes n'ont pas été examinées au fond ne

⁸ Commentaires provisoires du HCR sur la proposition de directive européenne relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres (Document du Conseil 14203/04, Asile 64, du 9 novembre 2004). Directive du Conseil 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres (JO L 326/23, 13.12.2005).

⁹ Voir CEDH, *Amuur c. France*, 1977/6/92, Recueil des jugements et des décisions, 1996-III, no. 11, 25 juin 1996.

¹⁰ Voir aussi le commentaire sur l'article 12 ci-dessous.

sont pas envoyés dans des pays dans lesquels ils n'ont jamais été et avec lesquels ils n'ont aucun lien.

Article 4: Dispositions plus favorables

Article 4(2): Le HCR recommande qu'une référence explicite soit faite à la directive relative à la procédure d'asile¹¹ comme un autre instrument dont les normes plus favorables devraient s'appliquer.

Article 4(3): La référence spécifique au droit des Etats d'appliquer des normes plus favorables est la bienvenue. Le HCR déduit de cette disposition que des normes nationales plus favorables reflétant des obligations et des normes internationales sont toujours compatibles avec la directive.

Article 5 : Relations familiales et intérêt supérieur de l'enfant

Le HCR recommande de renforcer la référence à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant¹² impose aux Etats de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit « une considération primordiale » dans toutes les décisions qui concernent l'enfant. Il est également important que les Etats mettent en place un processus approprié pour évaluer dans des délais raisonnables ce qu'est l'« intérêt supérieur » de l'enfant. Aucune décision de retour ou d'éloignement ne doit être prise avant d'avoir mené à bien cette évaluation¹³.

Article 6 : Décision de retour et Article 7 : Décision d'éloignement

Article 6(4): Le HCR recommande que soit ajoutée une référence explicite à la Convention de 1951. Le principe du non-refoulement inscrit à l'article 3 de la CEDH et celui énoncé à l'article 33 de la Convention de 1951 sont complémentaires et doivent tous deux être pris en compte pour que la décision de retour soit conforme au droit international.

Article 7: Le HCR recommande également fortement de stipuler que l'adoption de décisions d'éloignement doit être conforme aux obligations internationales, en particulier au principe du non-refoulement inscrit à l'article 33 de la Convention de 1951 et à l'article 3 de la CEDH. Cela serait également conforme aux Principes directeurs sur le retour forcé¹⁴. Dans le contexte de la proposition de directive, la décision de retour et la décision d'éloignement constituent des actes administratifs distincts qui ne sont pas nécessairement adoptés au même moment. Des préoccupations légitimes de protection peuvent survenir à tous les stades du processus et des garanties doivent exister pour assurer qu'elles sont prises en considération.

Lorsque des personnes sont éloignées dans le cadre de mécanismes de « partage des responsabilités » ou en vertu de règles de « pays tiers sûr », l'Etat d'accueil doit être informé du fait que la demande n'a pas encore été examinée au fond. Le HCR recommande d'introduire une référence à cette exigence.

¹¹ JO L 326/13, 13.12.2005.

¹² Document des Nations Unies A/44/49 (1989), adopté le 20 novembre 1989, entré en vigueur le 2 septembre 1990.

¹³ Voir les recommandations du Comité des droits de l'enfant : Observation générale No. 6 (2005) : Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, Chapitre VII(c), Retour dans le pays d'origine.

¹⁴ *Supra* note 5, Principe directeur 2, « Adoption de la décision d'éloignement ».

Proposition de nouvel article : Confidentialité

Le HCR recommande que soit introduit un nouvel article à cet endroit pour garantir que le principe de confidentialité est respecté et que les informations relatives à une demande d'asile ne sont pas transmises au pays d'origine de l'intéressé.

Proposition de nouvel article : Interdiction des expulsions collectives

Le HCR recommande que soit également introduite à cet endroit une référence à l'interdiction des expulsions collectives conformément, entre autres, à l'article 4 du Protocole No. 4 à la CEDH et aux Principes directeurs sur le retour forcé¹⁵.

Article 8 : Report

Le HCR approuve l'obligation positive énoncée à l'article 8(2) de reporter l'exécution d'une décision d'éloignement dans certains cas. Il suggère que soit introduite une référence à la nécessité, dans les cas où l'intéressé a demandé l'asile, de reporter l'éloignement jusqu'à ce qu'une décision finale ait été rendue, y compris en appel. L'effet suspensif de l'appel est nécessaire pour garantir l'efficacité des recours judiciaires et les exceptions à ce principe essentiel ne devraient être prévues que dans des cas extrêmement limités et définis avec précision dans lesquels le demandeur devrait néanmoins avoir la possibilité d'obtenir le report de l'éloignement dans les circonstances propres à son cas¹⁶.

Le HCR suggère en outre qu'une référence soit introduite à l'article 8(2)(b) aux cas où le pays tiers ne coopère pas pour la délivrance de documents de voyage.

Article 9: Interdiction de réadmission

Le HCR approuve la confirmation énoncée à l'article 9(5) qu'une interdiction de réadmission ne porte pas préjudice au droit de demander l'asile dans l'Union européenne ainsi que la possibilité prévue à l'article 9(4) de suspendre l'interdiction de réadmission dans certaines circonstances. Afin de garantir l'effectivité de ces dispositions en pratique, il est cependant nécessaire d'apporter des précisions et certaines garanties.

Le HCR suggère que toute interdiction de réadmission en vertu de l'article 9(1) fasse l'objet d'un examen individuel et soit discrétionnaire. En outre, le HCR recommande de fixer des règles plus claires concernant la détermination et les recours disponibles contre l'imposition d'une interdiction de réadmission, son annulation et sa suspension. Ces dernières devraient préciser l'instance responsable, les procédures applicables et les délais de décision. Il devrait exister une possibilité claire et réellement accessible de demander et d'obtenir l'annulation d'une interdiction de réadmission dans le cas d'une demande d'asile ou d'une demande de réinstallation d'un réfugié. Si la situation change dans le pays d'origine ou dans le profil ou les activités de l'intéressé, conduisant à un besoin de protection internationale, ce dernier doit avoir une possibilité réaliste d'entrer dans l'UE au moyen d'une procédure rapide – notamment auprès des représentations des Etats membres à l'étranger ainsi qu'aux frontières extérieures de l'UE. Aucune interdiction de réadmission ne devrait en outre être prononcée à l'encontre de demandeurs d'asile dont la demande a été rejetée pour des motifs formels.

¹⁵ *Supra*, note 5, Principe directeur 3, « Interdiction des expulsions collectives ».

¹⁶ Voir aussi le commentaire relatif à l'article 12 ci-dessous.

Il serait nécessaire de disposer d'une procédure d'annulation d'une interdiction de réadmission aux postes frontières ainsi qu'aux postes consulaires à l'étranger. Il faudrait prévoir la possibilité de demander l'annulation pour des raisons familiales ou dans des situations humanitaires. Enfin, il serait nécessaire d'ajouter une disposition imposant à tous les Etats de l'UE d'annuler et/ou de reconnaître l'annulation dans les cas où un Etat annule l'interdiction de réadmission.

Article 10: Eloignement

Le HCR salue les limites proposées à l'usage de la force mais recommande d'introduire davantage de précisions et des normes contraignantes dans cette disposition¹⁷.

Article 11: Forme

Il faudrait préciser que la décision de retour doit être rendue par écrit (ou par traduction orale) dans une langue que l'intéressé comprend (par opposition à « dont il est raisonnable de supposer qu'[il] la comprend »). Un conseil juridique doit être fourni pour permettre à la personne concernée de comprendre les implications de la décision ainsi que les voies de recours possibles.

Article 12: Recours juridictionnels

Le HCR est préoccupé par le fait que l'article 12(2) ne garantit pas l'effet suspensif automatique de l'appel, même si le demandeur invoque des arguments fondés sur des besoins de protection pour contester la décision d'expulsion. Un recours juridictionnel contre une décision d'éloignement est inefficace si le ressortissant du pays tiers n'est pas autorisé à attendre le résultat de l'appel. Lorsque des arguments fondés sur des besoins de protection sont invoqués pour s'opposer à l'éloignement, les exceptions à l'effet suspensif ne devraient être permises que dans des cas définis de manière très étroite et il doit toujours être possible de demander la suspension de la décision d'exécution¹⁸.

Les termes de l'article 12(3) devraient être modifiés pour se conformer à la formulation plus large de l'article 15(2) de la directive relative à la procédure d'asile¹⁹ qui instaure le droit à l'assistance judiciaire gratuite pour tous les demandeurs d'asile dont les demandes ont été rejetées en première instance. La directive relative à la procédure d'asile permet aux Etats de limiter cette assistance dans certaines conditions mais n'impose pas les mêmes contraintes que celles énoncées à l'article 12(3).

¹⁷ Il pourrait en particulier être fait référence à la Conclusion No. 96 (LIV) du Comité exécutif du HCR de 2003, paragraphe c) et aux Principes directeurs du Conseil de l'Europe sur le retour forcé (*supra* note 5, Chapitre V, « Eloignements forcés »).

¹⁸ Voir aussi les Commentaires provisoires du HCR sur la proposition de directive européenne relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres (Document du Conseil 14203/04, Asile 64, du 9 novembre 2004), commentaire sur l'article 38 (article 39 dans la version publiée de la directive finale relative à la procédure d'asile, JO L 326/13, 13.12.05).

¹⁹ JO L 326/13, 13.12.05.

Article 13: Garanties dans l'attente du retour

Le HCR se réjouit du fait que certaines des garanties prévues dans la directive relative aux conditions d'accueil²⁰ s'appliquent, mais il constate l'absence d'autres droits essentiels – notamment ceux énoncés aux articles 5, 11, 13 et 21 de cette directive. En particulier, le HCR serait favorable à une référence explicite au droit à des conditions matérielles acceptables dans l'attente du retour.

L'obligation énoncée à l'article 13(2) de confirmer par écrit à l'intéressé le report de l'exécution de la décision de retour est la bienvenue. Il devrait toutefois être spécifié que cette notification doit être faite dans une langue que l'intéressé comprend.

Article 14: Garde temporaire

Les termes « garde temporaire » peuvent faire l'objet de confusion dans la mesure où le terme couramment utilisé est « détention » (ou « détention préalable à l'éloignement »).

La détention préalable à l'éloignement dans le cadre du projet de directive peut concerner deux groupes de personnes relevant de la compétence du HCR : les demandeurs d'asile dont les demandes n'ont pas encore été examinées au fond et les personnes qui demandent l'asile alors qu'elles se trouvent en détention préalable à l'éloignement. Il faut en tenir compte. Le HCR suggère donc de prévoir, à l'article 14, l'obligation pour les autorités, lorsqu'elles examinent ou contrôlent la nécessité de la détention, de prendre en considération la situation d'une personne qui peut avoir besoin de protection internationale mais dont la demande d'asile n'a pas été examinée au fond parce qu'un autre Etat a été considéré responsable de l'examen de la demande.

L'article 14 devrait également prévoir clairement la mise en liberté des personnes qui demandent l'asile alors qu'elles se trouvent en détention afin que leur demande puisse être examinée de manière équitable. La position du HCR sur la détention des demandeurs d'asile est exprimée dans les « Principes directeurs sur la détention des demandeurs d'asile »²¹. Le Comité exécutif du HCR a également adopté des Conclusions pertinentes, notamment la Conclusion No. 7 (XXVIII), paragraphe e), la Conclusion No. 44 (XXXVI) de 1986 ainsi que la Conclusion No. 96 (LIV) de 2003.

Conformément à l'article 5(2) de la CEDH et aux « Principes directeurs sur le retour forcé »²², il faudrait inclure à l'article 14 l'exigence d'informer la personne détenue dans les plus brefs délais, et dans une langue qu'elle comprend, des raisons juridiques et factuelles de sa détention et des recours dont elle dispose.

Le HCR suggère en outre de mentionner explicitement l'obligation de remettre l'intéressé en liberté lorsque les mécanismes d'éloignement sont interrompus. La détention dans l'attente de l'éloignement n'est justifiée que tant que les mécanismes d'éloignement sont en cours. Si ces mécanismes ne sont pas mis à exécution avec la diligence et la rapidité requises, la détention cessera d'être acceptable. Il y a lieu d'être particulièrement diligent si

²⁰ Directive du Conseil 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres, JO L 31/18, 6.2.03.

²¹ Principes directeurs révisés du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile, février 1999.

²² *Supra*, note 5, Principe directeur 6(2), « Conditions autorisant une décision de placement en détention ».

le retour d'un demandeur d'asile est envisagé vers un autre Etat chargé de l'examen de sa demande d'asile.

Conformément à l'article 5(4) de la CEDH et aux « Principes directeurs sur le retour forcé »²³, l'article 14 devrait prévoir la possibilité d'un recours juridictionnel contre la décision de détention.

La disposition de l'article 14(4), qui prévoit un maximum de six mois de détention, consiste à reconnaître – et c'est heureux - que la détention préalable à l'éloignement ne devrait pas être illimitée. Le HCR s'inquiète toutefois que cette période de six mois devienne la nouvelle norme dans les pays qui limitent actuellement ce type de détention à des périodes plus courtes. En outre, la pratique actuelle de certains Etats membres qui libèrent des personnes pour les remettre immédiatement en détention devrait être expressément interdite lorsque cela est utilisé comme un moyen de contourner les délais fixés.

Article 15: Conditions de garde temporaire

Le HCR approuve les garanties énoncées à l'article 15(1) mais constate que, pour qu'elles soient effectives, les Etats doivent assurer en pratique l'accès à des conseils qualifiés, notamment à des avocats, des ONG et des organisations internationales. Cela peut nécessiter de donner accès à des moyens de communication ainsi qu'aux répertoires des organisations pertinentes.

Le HCR recommande d'inclure à l'article 15 une disposition spécifique garantissant, sur le lieu de détention, des équipements adaptés aux personnes vulnérables ou présentant des besoins particuliers. Le HCR reste préoccupé par les conditions inadéquates de détention qu'il a observées dans plusieurs Etats membres, en particulier pour les familles et les enfants.

S'agissant de l'article 15(3) et de la détention des mineurs, le HCR estime que les enfants qui n'ont pas été accusés ou condamnés pour des infractions pénales ne devraient pas être maintenus en détention. La Convention relative aux droits de l'enfant dispose que la détention d'un enfant doit être une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible²⁴. Les enfants non accompagnés doivent être représentés par un tuteur²⁵.

Le HCR salue la garantie prévue à l'article 15(4) pour l'accès aux lieux de détention par les organisations internationales et non gouvernementales. Pour que cela soit effectif, des termes spécifiques sont nécessaires pour assurer que l'accès est possible de manière raisonnable et pratique dans les plus brefs délais et qu'il ne peut être refusé, par exemple, pour des raisons de « sécurité » sans démontrer une menace à la sécurité. Le HCR reste préoccupé par le fait qu'il continue de se voir refuser l'accès à certains lieux de détention pour immigrants dans les Etats membres de l'UE.

HCR
Décembre 2005

²³ *Supra*, note 5, Principe directeur 9, « Recours judiciaire contre la détention ».

²⁴ CDE, article 37(2).

²⁵ Dans le cas des enfants demandeurs d'asile, cela serait cohérent avec l'exigence de tutelle prévue à l'article 17 de la directive relative à la procédure d'asile, JO L 326/13, 13.12.05.