

**Décision**du Bundesrat

---

**Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et aux procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier****COM(2005) 391 final ; document du Conseil 12125/05**

Lors de sa 817<sup>e</sup> session, le 25 novembre 2005, le Bundesrat a pris les positions suivantes, conformément aux articles 3 et 5 de la l'EUZBLG (loi allemande relative à la coopération de la Fédération et des Länder dans les affaires de l'Union européenne) :

1. Le Bundesrat salue par principe les efforts entrepris par l'UE pour harmoniser le retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Le seul moyen de faire face de manière adéquate aux défis actuels en matière d'immigration clandestine, défis auxquels sont confrontés tous les États de la Communauté, est de pratiquer une politique commune et cohérente en matière de retour, dans un contexte européen.
2. Le Bundesrat salue la déclaration de la Commission, selon laquelle une politique de retour efficace constitue une composante indispensable d'une politique migratoire crédible et bien gérée. Il estime toutefois que, dans une vaste mesure, le contenu de la norme ne répond pas à cette revendication, mais aurait au contraire pour effet d'entraver la procédure de retour, de la retarder et de la rendre plus compliquée, voire impossible. Elle met l'accent, exagérément et unilatéralement, sur les intérêts des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier, et fait des concessions généreuses également à ceux qui, au sein de l'UE, ont déjà prouvé qu'ils ne respectaient pas la loi.
3. Le Bundesrat confirme sa position selon laquelle des normes communes ne

constituent pas l'approche primaire à adopter pour optimiser la politique en matière de retour. Les efforts entrepris dans ce domaine doivent plutôt rester axés sur un renforcement de la coopération opérationnelle entre les États membres et les régions d'origine et de transit (décisions du Bundesrat du 14 mars 2003 et du 26 septembre 2003 (imprimés 139/03 (décision) et 139/03 (décision) (2)). De même, aucun élément apparent n'indique qu'il y ait urgence à agir pour protéger les droits des personnes à rapatrier, les réglementations nationales existantes accordant des droits suffisants à cet égard. Il va sans dire que les États membres respectent les droits des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier en vertu de la CEDH. Il en est de même pour les droits fondamentaux, tels qu'ils figurent dans de nombreuses autres conventions internationales. Hormis cela, il n'y a aucune nécessité de mettre en place des réglementations supplémentaires, ou de « prévoir » un ensemble minimal de garanties procédurales au profit de personnes en séjour irrégulier.

4. Le Bundesrat adhère au jugement critique émis par le gouvernement fédéral au sujet de la proposition de directive lors de l'examen dont celle-ci a fait l'objet jusqu'à présent au niveau communautaire, et lui demande d'intervenir afin que les points suivants soient particulièrement pris en compte – sous réserve de futures décisions éventuelles – lorsque sera poursuivi l'examen de la proposition de directive :

#### Subsidiarité

5. Le Bundesrat attire l'attention sur le fait que les champs d'application de la proposition de directive ne sont pas tous conformes au principe de subsidiarité de l'action communautaire.

Le Bundesrat estime que la proposition de directive ne parvient pas à mettre en évidence dans quelle mesure une politique efficace en matière de retour implique nécessairement les dispositions proposées au niveau communautaire. C'est ainsi qu'il est, certes, constaté à juste raison que la « procédure harmonisée en deux étapes » proposée n'est actuellement pas réalisée dans les États membres. Mais la proposition ne fournit aucune justification quant à la nécessité d'harmoniser les procédures divergentes actuellement appliquées. Ici, et dans la suite du contexte, la Commission estime manifestement à tort que c'est à elle qu'il revient de garantir que les ressortissants de pays tiers seront

traités de manière absolument identique dans tous les États membres.

Il n'est en particulier pas nécessaire que les conditions de détention avant éloignement (articles 14 et 15 de la proposition de directive) soient harmonisées au niveau communautaire. Les systèmes juridiques des États membres prennent déjà en compte les exigences en matière de détention, en particulier celles qui résultent de conventions internationales. Rien ne permet d'affirmer qu'une harmonisation de la détention avant éloignement apporterait une valeur ajoutée positive au niveau européen. Un argument peu convaincant, à ce propos, est celui invoqué dans l'exposé des motifs relatifs au chapitre IV, selon lequel l'harmonisation des dispositions nationales relatives à la garde temporaire (détention avant éloignement) aurait pour effet d'empêcher les mouvements secondaires de personnes en séjour irrégulier. Il semble en effet peu réaliste que des ressortissants d'États tiers en séjour irrégulier choisissent leur lieu de séjour dans les États membres en fonction des conditions de détention avant éloignement.

6. Seuls, les articles 9 et 16 de la proposition de directive sont, dans leurs grandes lignes, conformes au principe de subsidiarité. Une interdiction de réadmission sur le territoire de l'UE, ainsi que la reconnaissance mutuelle de décisions en matière de réadmission, exigent en effet des réglementations au niveau communautaire, que le Bundesrat approuve.
7. Concernant le principe de subsidiarité, le Bundesrat renvoie également à ses décisions du 14 mars 2003 (imprimé du BR 139/03 (décision), cf. point 3, alinéa 4) et du 26 septembre 2003 (imprimé du BR 139/03 (décision) (2), cf. point 1) relatives à la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine (COM(2001) 672 final).

#### Relations familiales et intérêt supérieur de l'enfant (Article 5)

8. Le Bundesrat est d'avis que les dispositions contenues dans l'article 5 n'ont pas à figurer dans la proposition de directive, car elles ne sont pas tant pertinentes pour le retour et l'éloignement de personnes en séjour irrégulier que pour la décision concernant la cessation d'un séjour régulier ou la délivrance d'un titre de séjour. Or, il est précisé expressément que la proposition de directive ne

concerne pas les motifs justifiant la cessation d'un séjour régulier ni les procédures y afférentes. Indépendamment de cela, l'article 5 donne l'impression que les États membres négligent l'intérêt supérieur de l'enfant, violant en cela les conventions internationales. Cette hypothèse est dépourvue de fondement.

#### Décision de retour (Article 6)

9. L'obligation des États membres de prendre une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, en plus d'une décision d'éloignement (paragraphe 1 et 3), est contre-productive. Dans la proposition, on entend par « décision de retour » toute décision de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers et imposant une obligation de retour (article 3, lettre d). Or, en règle générale, cette constatation n'est pas nécessaire, le fait qu'une personne soit en séjour illégal et doive quitter le territoire découlant déjà directement de la loi, dans tous les cas où l'étranger ne possède pas, ou ne possède plus le titre nécessaire (cf. art. 50 paragr. 1 AufenthG – loi relative au séjour de ressortissants étrangers). La perte du titre est elle-même la conséquence légale d'un événement particulier, tel que l'expiration de sa validité, l'occurrence d'une condition résolutoire, ou surtout l'annulation du titre et l'expulsion (cf. art. 51 paragr. 1 AufenthG). La répétition de la constatation de conséquences juridiques est superflue, complique la procédure, induit de nouvelles possibilités de protection juridique, et entraîne ainsi des retards de procédure.

L'obligation d'accorder un délai raisonnable pour un retour volontaire (paragraphe 2) suscite, elle aussi, de sérieuses réserves. Par principe, un étranger en séjour irrégulier est tenu de quitter immédiatement le pays (cf. art. 50 paragr. 2 phrase 1 AufenthG). Pour traiter chaque cas d'espèce de manière adéquate, il suffit que la possibilité d'accorder un délai existe.

De même, il est difficilement compréhensible, dans ce contexte, que la proposition de directive ne veuille refuser ce délai de départ volontaire que s'il y a « risque de fuite », et prévoit des mesures de surveillance uniquement dans ce cas : des mesures de surveillance peuvent être également ordonnées quand il y a menace à l'ordre public, à la sécurité ou à la santé. Une autre contradiction réside dans le fait que, d'un côté, le départ doit intervenir sans délai s'il y a « risque de fuite », et dont apparemment immédiatement, mais que, de l'autre, il soit possible d'ordonner des mesures de contrôle qui impliquent la poursuite du

séjour. On est, en outre, en droit de douter que, en cas de poursuite du séjour, les mesures de contrôle évoquées soient en mesure d'empêcher efficacement, par exemple, que l'étranger entre dans la clandestinité.

Comme le précise le paragraphe 4, lorsque les États membres sont tenus de respecter des droits fondamentaux, tels qu'ils résultent, notamment, de la CEDH, tels que les droits au non-refoulement, à l'éducation et au regroupement familial, aucune décision de retour ne peut être prise. Si une décision de retour a déjà été adoptée, elle doit être annulée. Ces dispositions auraient pour conséquence de compliquer des retours de manière inacceptable, d'autant plus que ces droits fondamentaux sont, en règle générale, déjà pris en compte quand une décision est prise au sujet d'une cessation du séjour ou de la délivrance d'un titre.

La possibilité, évoquée au paragraphe 5, qu'ont les États membres d'accorder à tout moment un titre de séjour à des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier n'a pas lieu de figurer dans une directive consacrée au retour. De telles « légalisations » étant toutefois susceptibles d'avoir une incidence notable également sur les autres États membres, en considération de la directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, il conviendrait d'exiger tout au moins des obligations d'information en la matière, par exemple dans le cadre d'une procédure d'information mutuelle sur les mesures des États membres dans les domaines de l'asile et de l'immigration (cf. Proposition de la Commission du 10 octobre 2005 de décision du Conseil en la matière, COM(2005) 480 final, document du Conseil 13215/05 (imprimé du Bundesrat 765/05)).

Le paragraphe 7 est contraire au principe selon lequel les voies de recours à l'encontre d'un refus de renouvellement de titre de séjour n'ont pas d'effet suspensif (cf. art. paragr. 1 n° 1 AufenthG). Dans le cas de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, il n'y a pas lieu de renoncer obligatoirement à prendre des mesures de retour pour la seule raison qu'ils demandent alors que leur soit accordé un titre de séjour.

#### Décision d'éloignement (Article 7)

10. L'adoption d'une décision d'éloignement au sens d'une « décision ordonnant l'éloignement » (article 3, lettre f) est superflue. En règle générale, une menace d'éloignement suffit (cf. art. 59 paragr. 1 AufenthG). Le pouvoir de procéder à

un éloignement découle essentiellement, comme conséquence légale, d'une obligation de partir exécutoire, mais dont l'intéressé ne s'est pas acquitté de son plein gré. Les mesures d'éloignement ne doivent pas être rendues plus difficiles et plus compliquées par des actes administratifs supplémentaires d'accompagnement susceptibles de donner lieu à des voies de recours. La portée des motifs d'éloignement contenus dans la proposition de directive (s'il y a « risque de fuite » ou si le départ volontaire n'est pas intervenu dans le délai accordé) est, au demeurant, loin d'être suffisante : il conviendrait plutôt de conserver le catalogue de motifs d'éloignement standardisé à l'article 58 paragraphe 3 AufenthG.

Il est en outre inacceptable que, selon le paragraphe 2, la décision d'éloignement doive préciser obligatoirement un autre délai, à savoir pour l'exécution de l'éloignement, alors que la décision d'éloignement n'est prononcée que pour l'éventualité d'un risque de fuite, ou si le départ volontaire n'est pas intervenu dans le délai accordé conformément à l'article 6, paragraphe 2.

La notion de « décision d'éloignement » (Abschiebungsanordnung) a au demeurant une signification bien précise au niveau national, définie dans l'article 58a AufenthG et dans l'article 34a AsylVfG (loi allemande relative à la procédure d'asile).

Par conséquent, l'article 3 lettre f est également superflu.

### Report (Article 8)

11. Les « motifs de report » énumérés au paragraphe 2 ne suffisent pas, d'une part, à prendre en compte la multitude de circonstances diverses rencontrées dans la vie courante, et ne couvrent qu'un éventail limité d'impossibilités, juridiques ou réelles, de procéder à l'éloignement d'un étranger (cf. art. 60a paragr. 2 AufenthG). D'autre part, certains des motifs de report évoqués sont formulés de manière beaucoup trop vague, et trop vaste. Il serait donc bon de s'en tenir au texte du premier paragraphe, car il s'agit toujours d'une décision prise pour un cas d'espèce particulier.

Au paragraphe 3, les critères ne devraient pas se limiter au risque de fuite, car les mesures de surveillance qui y sont évoquées devraient être applicables d'une manière tout à fait générale aux étrangers tolérés.

### Interdiction de réadmission (Article 9)

12. Il n'y a pas lieu de privilégier les étrangers qui ont déjà dû faire l'objet d'un éloignement pour cause de violation d'obligations légales, et qui ont donc prouvé leur manque de respect de la loi, en limitant a priori l'interdiction de réadmission à une durée de cinq ans au maximum. Il est au contraire beaucoup plus pertinent d'interdire par principe aux étrangers ayant fait l'objet d'un éloignement de revenir et de séjourner dans le pays, sans limiter la durée de cette interdiction, et de fixer une limitation de la durée de ces effets uniquement sur demande et en tenant compte des circonstances particulières de chaque cas d'espèce (cf. art. 11 paragr. 1 phrase 1 et 2 AufenthG), faute de quoi, l'effet préventif général et particulier censé être obtenu par l'éloignement se trouverait fortement compromis. La précision relative à une durée déterminée contenue dans l'article 3 lettre g est par conséquent superflue.

De plus, des dispositions régissant l'annulation de l'interdiction de réadmission, selon le paragraphe 3, n'ont pas lieu d'être, les intérêts personnels des intéressés pouvant être suffisamment pris en compte dans le cadre d'une décision concernant la fixation d'un délai.

### Éloignement (Article 10)

13. Le paragraphe 1 est superflu : il contient en effet une évidence, à savoir l'obligation de respecter des droits fondamentaux lors de mesures d'éloignement, et donne en même temps l'impression que les États membres violeraient cette norme, et devraient donc être tenus expressément de s'y conformer.

### Forme et recours juridictionnels (Articles 11 et 12)

14. Ces articles mettent en évidence les retards de procédure que risque de générer la proposition de directive : les décisions de retour et d'éloignement superflues doivent être justifiées en détail et traduites si nécessaire, et permettent en outre des voies de recours à effet suspensif obligatoire jusqu'à la fin de la procédure, même en cas de procédure de référé.

Selon la conception du droit allemand, l'alternative, visée à l'article 12 paragraphe 1 de la proposition de directive, d'un « recours juridictionnel

valide », d'un côté, et de « l'examen par une juridiction » de l'autre, n'a pas de sens. Selon la manière dont nous le concevons dans ce pays, chaque recours juridictionnel donne lieu à un examen par une juridiction. Ce paragraphe doit faire l'objet d'un éclaircissement linguistique, car la version française et la version anglaise présentent des différences, tant l'une par rapport à l'autre, que par rapport à la version allemande.

L'article 12 paragraphe 2 de la proposition de directive prête à confusion. Dans le deuxième cas de figure, la simple demande auprès d'un tribunal d'un sursis à l'exécution de la décision de retour ou d'éloignement ne peut pas suffire à déclencher/rétablir un effet suspensif. Il faut au contraire pour cela une décision du tribunal (cf. art. 80 paragr. 5 VwGO – loi allemande relative à l'organisation des tribunaux administratifs).

Concernant le droit standardisé à l'aide juridictionnelle évoqué à l'article 12 paragraphe 3 phrase 2 de la proposition de directive, il conviendra de préciser que l'octroi de l'aide juridictionnelle pourra dépendre des chances d'aboutir du recours. La saisie abusive des tribunaux, en particulier, doit pouvoir avoir pour conséquence une exclusion de l'aide juridictionnelle. Il serait bon que les critères soient conformes aux dispositions de la directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires (JO L 26 du 31 janvier 2003).

Ces dispositions et options ayant pour effet de retarder le retour ne sont pas faites pour renforcer la crédibilité de l'UE dans sa politique en matière de retour.

#### Garde temporaire et conditions de garde temporaire (Articles 14 et 15)

15. La possibilité, prévue à l'article 14 paragraphe 1, de procéder à une garde temporaire ne doit pas être soumise obligatoirement au fait qu'il serait insuffisant d'appliquer d'autres mesures, telles que l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière, de remettre des documents, ou de demeurer dans un endroit déterminé, ou d'autres mesures destinées à prévenir des risques. Ces mesures constituent uniquement des critères d'examen et de décision permettant de vérifier le respect du principe de proportionnalité. La proposition de directive est en outre rédigée de manière



trop restrictive, dans la mesure où une garde temporaire implique obligatoirement un risque de fuite, d'autres motifs ne pouvant donc en aucun cas justifier cette garde. Ces restrictions auraient pour effet de fragiliser considérablement les instruments relatifs à la détention avant éloignement. Il conviendrait au contraire d'ancrer également dans la législation européenne le catalogue de motifs justifiant la détention avant éloignement figurant à l'article 62 paragraphe 2 AUFenthG.

L'article 14 paragraphe 1 alinéa 1 et paragraphe 3 de la proposition de directive devrait faire l'objet d'une modification visant à ce que le placement, la confirmation et la prolongation de la garde temporaire ne soient pas ordonnés « par les autorités judiciaires », mais « sur décision du juge ».

La fréquence mensuelle du contrôle des décisions de placement en garde temporaire, visé à l'article 14 paragraphe 2 alinéa 2 de la proposition de directive, semble être exagérée, et constituera une charge inutile pour les tribunaux. Le système allemand, qu'il serait bon de privilégier, limite la durée de détention avant éloignement à six mois, ce délai pouvant être prolongé uniquement si des conditions de fait supplémentaires sont réunies, et accorde au détenu à tout moment le droit de demander à ce que soient réexaminées les conditions de fond de sa rétention.

Compte tenu des difficultés notoires liées à l'éloignement, la durée de six mois limitant expressément la garde temporaire (article 14 paragraphe 3) est trop courte. La durée découle finalement du principe de proportionnalité. Dans la pratique, la détention avant éloignement est l'un des ultimes moyens pris afin de garantir le départ de personnes qui sont dans l'obligation de quitter le pays. Dans la majorité des cas, elle se limite à quelques jours ou semaines. Si ces périodes sont dépassées, c'est généralement pour des raisons imputables aux intéressés (par exemple à cause de fausses déclarations concernant leur identité ou leur nationalité). Pour ces cas, l'article 62 paragraphe 3 AUFenthG prévoit par exemple une durée de détention pouvant atteindre 18 mois.

16. Indépendamment du fait que la Communauté n'a pas de compétence réglementaire, l'article 15 de la proposition de directive est globalement raté. Réglementant d'un côté des principes évidents, tels que le respect du droit international et des droits fondamentaux, la directive est, linguistiquement, formulée de manière imprécise. Dans sa version actuelle, elle entraîne, pour les États membres, une augmentation considérable des coûts relatifs à l'exécution

de la détention avant éloignement, sans que l'on puisse en espérer en contrepartie une valeur ajoutée adéquate au niveau européen.

L'article 15 paragraphe 2 fait la distinction entre les centres de garde temporaire spécialisés et les établissements pénitentiaires, sans en préciser la différence. La séparation physique constante d'avec les autres détenus semble exagérée et très coûteuse, et devrait être remplacée par une disposition selon laquelle les détenus en attente d'un éloignement ne doivent pas être internés dans la même cellule de détention que des détenus de droit commun ou des personnes en détention provisoire. La pratique commune, par exemple des activités de loisirs et des promenades, ou la visite commune des médecins de la maison d'arrêt, devraient cependant être possibles.

La séparation entre mineurs non accompagnés et adultes, prévue à l'article 15 paragraphe 2 alinéa 2 phrase 2, devrait également s'appliquer uniquement à l'hébergement dans la cellule de détention.

Dans l'article 15 paragraphe 3 de la proposition de directive, le droit de visite est limité aux « organisations internationales et non gouvernementales compétentes ». Les formules des paragraphes 1 et 3 devraient être identiques.

Au lieu de l'autorisation à laquelle sont soumises les visites, prévue à l'article 15 paragraphe 3 phrase 2 de la proposition de directive, il conviendrait de préciser que cette disposition n'accorde à ces organisations aucun droit de visite allant au-delà de ceux résultant de conventions internationales.

### Arrestation dans les autres États membres (Article 16)

17. Le principe de la reconnaissance mutuelle de décisions de retour entre États membres, que permet la proposition de directive, est opportun. Le facteur décisif pour sa mise en pratique réelle et efficace sera toutefois un échange d'informations suffisant entre les États membres sur l'existence, les contenus et le caractère définitif de telles décisions de retour (voir aussi le 15<sup>e</sup> motif de la proposition).

### Les déficits de la proposition de directive

18. Contrairement aux autres efforts entrepris au niveau communautaire dans la lutte contre le terrorisme, la proposition de directive ne contient aucune

disposition spéciale concernant le retour et l'éloignement de personnes appartenant au terrorisme international ou le soutenant (p. ex. décision d'éloignement selon l'Art. 58a AufenthG, détention de sécurité). Or, dans ce domaine, il serait urgent de faciliter les conditions d'éloignement. Dans la mesure où la Commission précise, dans son argumentation, que les étrangers qui représentent un danger pour l'ordre public et la sécurité nationale peuvent se voir retirer leur titre de séjour, le but recherché n'est pas atteint, la proposition n'ayant expressément pas pour objet les motifs et procédures visant à la cessation d'un séjour régulier. L'indication selon laquelle il n'est pas toujours dans l'intérêt de l'État d'éloigner un terroriste présumé ne fait que décrire une évidence, et ne constitue pas un argument s'opposant à des procédures spéciales harmonisées d'éloignement.