

Projet de loi

- 1. relative à la protection internationale et à la protection temporaire ;**
- 2. modifiant**
 - **la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat,**
 - **la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration,**
 - **la loi du 28 mai 2009 concernant le Centre de rétention ;**
- 3. abrogeant la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection.**

Avis du Conseil d'État

(17 juillet 2015)

Par dépêche du 5 février 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis au Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de l'Immigration et de l'Asile.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière, un texte coordonné, un tableau de correspondance entre les articles de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte) et les articles du projet de loi et un tableau de correspondance entre les articles de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte) et les articles du projet de loi.

Dans la dépêche précitée, le Premier ministre avait demandé au Conseil d'État de bien vouloir accorder un traitement prioritaire au projet de loi, étant donné qu'il a pour objet de transposer la directive 2013/32/UE dont l'échéance a été fixée au 15 juillet 2015.

Par dépêche du 18 mai 2015, le Premier ministre, ministre d'État a soumis au Conseil d'État un amendement accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire ainsi que d'une version coordonnée de l'article 89 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration tenant compte de l'amendement susmentionné.

Par dépêche du 3 juin 2015 le Conseil d'État s'est vu transmettre l'avis du Collectif réfugiés Luxembourg.

À la date de l'adoption du présent avis, les avis du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR), du Conseil national pour étrangers, de la Commission nationale pour la protection des données et de la Commission consultative des droits de l'homme du Grand-Duché de Luxembourg, réclamés selon la dépêche du 5 février 2015 par le Premier ministre, ministre d'État, ne sont pas parvenus au Conseil d'État.

La directive 2013/32/UE (ci-après : « la directive ») qui remplace la directive « procédure » 2005/85/CE¹ précise les standards que les États membres doivent respecter dans le cadre du traitement des demandes de protection internationale émanant de ressortissants issus de pays tiers.

La directive s'applique à tous les États membres à l'exception de l'Irlande et du Royaume-Uni qui resteront liés par la directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005. La directive se situe dans le contexte du Pacte européen pour l'immigration et l'asile du 24 septembre 2008 visant à achever la mise en place du régime d'asile européen commun (RAEC). Ce dispositif comprend également le règlement (UE) N°604/2013² dit « Dublin III », applicable depuis le 1^{er} janvier 2014 et le règlement (UE) N° 603/2013³ du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 qui modifie le règlement Eurodac⁴ (une base de données permettant de comparer les empreintes digitales des demandeurs afin de faciliter l'application du règlement Dublin III). Le règlement (UE) N° 603/2013 permet notamment de déterminer l'État membre compétent pour examiner une demande d'asile.

Font partie du même paquet, à part la directive 2013/32/UE à transposer par le projet de loi sous rubrique :

- la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, dite directive qualification transposée en droit luxembourgeois par la loi du 19 juin 2013 portant modification de : 1. la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection ; 2. la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.
- la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale et faisant l'objet du projet de loi n° 6775 relatif à l'accueil des demandeurs de protection internationale au Luxembourg déposé le 6 février 2015.

Il est généralement admis que la directive constitue un progrès indéniable par rapport à la directive « procédure » de 2005. Elle aura pour effet d'harmoniser les procédures des États membres y ayant consenti et vise à mieux garantir le niveau de protection des demandeurs en imposant aux États membres le respect de procédures plus contraignantes. La

¹ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres ;

² Règlement (UE) N° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) ;

³ Règlement (UE) N° 603/2013 du parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) N° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) N° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte)

⁴ Règlement (CE) N°2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin ;

directive est le fruit d'un compromis entre les intérêts des États soucieux de maîtriser les flux migratoires et la conception européenne du droit d'asile. La procédure se déroule en trois étapes. Il s'agit d'abord de déterminer l'État compétent pour examiner la demande sur base des critères fixés par les règlements (CE) N° 343/2003⁵ du 18 février 2003 et (UE) N° 604/2013 du 26 juin 2013. Dans une deuxième étape, l'autorité désignée par l'État compétent examine le bien-fondé de la demande de protection. La troisième étape, facultative mais fréquente, constitue la phase juridictionnelle.

La directive a le mérite de détailler les droits du demandeur afin de lui garantir un accès effectif à l'autorité chargée de décider sur sa demande. Elle contient des dispositions plus claires qui permettront au demandeur de se faire entendre, de comprendre et d'être assisté, en cas de besoin, efficacement par un tiers dûment qualifié. Les États doivent garantir le déroulement transparent et contradictoire de la procédure et prévoir un recours effectif contre toute décision prise à l'issue de l'examen.

Le Conseil d'État note la complexité croissante de la législation de l'Union européenne en matière de protection internationale et la difficulté de la transposer de façon cohérente et correcte dans la législation nationale.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'alinéa 1^{er} de cet article résume l'objet de la loi et n'a *a priori* pas de caractère normatif.

Le Conseil d'État admet toutefois que, dans le contexte de la transposition d'une directive de l'Union Européenne, ce procédé est en train de s'installer dans notre pratique législative.

L'article 1^{er} contient l'annonce d'un progrès dans la mesure où la notion de statut de réfugié est remplacée par celle de statut de protection internationale. La directive s'applique tant au statut de réfugié qu'au statut de protection subsidiaire ainsi qu'à la protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées en provenance de pays tiers conformément à la directive 2001/55/CE⁶.

L'alinéa 2 précise expressément que la loi s'appliquera à toutes les demandes de protection internationale présentées sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, ce qui vaut transposition de l'article 3, paragraphe 1^{er} de la directive.

Le projet de loi fixe les normes relatives :

- aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier de la protection internationale ;

⁵ Règlement (CE) N° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers ;

⁶ Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil ;

- à un statut uniforme pour ces demandeurs et au contenu de cette protection.

Elle établit également les procédures communes pour son octroi et son retrait.

Article 2

Cet article, qui transpose l'article 2 de la directive, reprend, pour l'essentiel, les définitions figurant déjà à l'article 2 de la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection. Plusieurs définitions ont dû être adaptées pour tenir compte du fait que la directive s'applique tant aux bénéficiaires du statut de protection internationale qu'à ceux bénéficiant du statut de protection subsidiaire. Certaines définitions figurent dans des dispositions ultérieures du projet de loi.

Article 3

L'article 3 transpose l'article 4 de la directive.

L'article sous avis impose en son paragraphe 2, alinéa 1^{er}, une obligation de formation pertinente conformément au règlement (UE) N° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile. Il transpose en cela l'article 4, paragraphe 3, de la directive qui précise les articles du règlement (UE) N° 439/2010 qui sont en cause. Afin d'assurer une meilleure lisibilité du texte, le Conseil d'État propose de reprendre le libellé de la directive et de formuler la première phrase de l'article 3, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, comme suit :

« (2) Les agents du ministre ayant l'asile dans ses attributions reçoivent une formation pertinente comportant les éléments énumérés à l'article 6, paragraphe 4, points a) à e), du règlement (UE) N° 439/2010. ... »

Selon l'alinéa 2 du paragraphe 2, l'agent traitant la demande d'un mineur non accompagné doit posséder les connaissances nécessaires pour les besoins particuliers des mineurs.

À l'instar de la directive, la loi ne précise pas quels sont ces besoins. La définition de ces besoins ne figure pas non plus dans le règlement (UE) N° 439/2010. Le paragraphe 3, transposant le paragraphe 5 de l'article 4 de la directive, précise que les demandes de protection internationale présentées aux autorités d'un autre État membre effectuant des contrôles aux frontières ou des contrôles d'immigration sont traitées par le ministre, si la demande est présentée sur le territoire luxembourgeois. Cette disposition ne sera guère applicable au Luxembourg. Elle vise essentiellement à déterminer l'État compétent dans le cadre des opérations de l'agence FRONTEX, chargée de la protection des frontières extérieures de l'Union européenne.

Article 4

Les articles 4 à 25 figurant au chapitre 2 du projet de loi contiennent les principes et garanties fondamentaux régissant désormais les demandes de protection internationale.

La procédure distingue entre la présentation de la demande de protection internationale et son introduction. La présentation de la demande résulte de l'expression, de quelque manière que ce soit (orale ou écrite) et devant n'importe quelle autorité publique, de la volonté de bénéficier de la protection internationale. Le droit garanti au demandeur de ne plus être éloigné du territoire est désormais attaché à la présentation de la demande et non plus à son introduction subséquente.

La procédure distinguant à l'avenir entre la présentation et l'introduction est critiquée par les associations regroupées au sein du « Collectif réfugiés Luxembourg », ci-après : LFR, dans son avis du 3 juin 2015. Le LFR y voit une complication inutile de la procédure.

Dans la mesure où la distinction est expressément prévue dans la directive et qu'elle est susceptible de conférer une garantie supplémentaire au demandeur, le Conseil d'État admet la nécessité d'une transposition littérale. Cette approche se justifie également par le fait que la directive a pour objectif principal d'établir une procédure d'asile commune au sein de l'Union Européenne (voir notamment les considérants 12 et 13).

Il y a lieu de souligner que le délai de trois jours figurant au paragraphe 1^{er} endéans lequel la demande présentée doit être enregistrée, constitue un maximum. En principe, tant l'État que le demandeur ont intérêt à opérer l'enregistrement le jour même de la présentation pour autant que la demande est présentée aux services du ministre. La période se situant entre la présentation de la demande et son enregistrement maintient le demandeur dans un vide juridique fragilisant sa situation.

Le Conseil d'État note que selon le libellé de l'article, la possibilité de proroger le délai d'enregistrement de la demande à dix jours est limitée au cas de figure où, en présence de demandes nombreuses, il serait jugé impossible de respecter le délai pour les demandes présentées à un agent du service de contrôle à l'aéroport, de la police grand-ducale, du centre de rétention ou du centre pénitentiaire. L'alinéa 3 prévoyant cette possibilité renvoie en effet exclusivement aux délais prévus « à l'alinéa qui précède ». Dès lors le délai de trois jours doit toujours être respecté si la demande est présentée au ministre.

Le libellé est en contradiction avec les développements figurant à l'exposé des motifs où les auteurs invoquent la possibilité de proroger le délai « si les services du ministre n'arrivent pas à enregistrer les demandes dans le délai imparti ».

Ni la directive, ni la loi ne précisent l'institution compétente pour décider si l'administration se trouve confrontée à un « nombre élevé » de demandes et pour décréter dès lors la prolongation du délai à dix jours ouvrables. Cette décision semble relever de la seule appréciation discrétionnaire du ministre. Le Conseil d'État estime qu'il serait utile de préciser l'autorité compétente pour prendre cette décision dans la loi.

À signaler que les agents du ministre sont seuls compétents pour procéder à l'enregistrement de la demande. Une demande présentée aux agents visés à l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} est transmise à cet effet aux agents compétents. Dans la mesure où il existe plusieurs centres pénitentiaires au pays, le Conseil d'État propose de le préciser à l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} « ... des centres pénitentiaires, ... ».

Le paragraphe 2 insiste sur les « informations pertinentes » et « la formation à un niveau nécessaire ». Cette formation, dans le chef des agents visés à l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}, porte dès lors sur la manière d'informer les demandeurs et sur la procédure à respecter afin de garantir l'enregistrement de la demande au plus tard dans les respectivement six ou dix jours ouvrables pour répondre aux exigences de l'article 6.1 alinéa 3 de la directive. Le rôle des agents susceptibles de recevoir la demande est purement matériel. Ils doivent se contenter de veiller à la transmission correcte et rapide de la demande présentée auprès d'eux à l'autorité compétente pour son enregistrement. La formation fournie aux agents du ministre doit évidemment être plus complète et correspondre à toutes les tâches qui leur incombent. Dans un souci de cohérence, il y a lieu de préciser que la formation visée au paragraphe 2 concerne les agents visés à l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}.

Article 5

Le paragraphe 1^{er} de l'article énonce le droit de chaque adulte à présenter en personne une demande de protection internationale distincte de celle d'éventuels autres membres de la famille. Le paragraphe 2 vise l'hypothèse d'une personne à charge et souligne l'obligation d'entendre chaque personne majeure en privé et de l'informer des conséquences et effets d'une demande de protection. Cette disposition permettra notamment à une personne présentée comme étant à charge du demandeur principal d'exposer des moyens qui justifieraient la prise en considération de sa demande indépendamment de celle du demandeur principal. L'intérêt de cette disposition se conçoit de manière concrète dans l'hypothèse où une personne ferait valoir des sévices subis à titre personnel, un cas de figure où sa demande pourrait être ultérieurement admise alors même que la demande d'une autre personne majeure du même groupe familial serait déclarée non fondée.

Le Conseil d'État note toutefois qu'aux termes de l'article 7, paragraphe 2, de la directive, la présentation d'une demande de protection internationale « pour le compte de personne à charge » ne constitue qu'une alternative autorisée par la directive. Le principe énoncé au paragraphe 1^{er} du même article – la présentation personnelle et individuelle – est la règle. Les auteurs ont fait fruit de la faculté offerte à l'article 7, paragraphe 2, de la directive aux termes duquel les États membres peuvent prévoir qu'une demande puisse être présentée par un demandeur pour le compte de personnes à sa charge. Il n'est pas clair si la possibilité offerte aux États membres d'accepter une présentation de la demande par un intermédiaire affirmant avoir une personne « à charge » constitue une disposition réellement favorable aux demandeurs de protection. Conformément à la directive, chaque personne majeure doit toutefois consentir à ce que la demande soit introduite en son nom. Ce consentement ne peut être donné qu'après un entretien préalable « en privé » lors duquel chaque personne

majeure « à charge » est informée « en privé » des conséquences procédurales pertinentes de l'introduction d'une demande en son nom et de son droit de présenter une demande de protection distincte.

Le paragraphe 4 vise à instaurer des mesures de protection particulières dans l'intérêt du mineur non accompagné en disposant notamment que ce dernier peut en son nom et à son initiative présenter une demande de protection internationale. Le mineur non émancipé accompagné par un membre de sa famille ne peut présenter pareille demande que par l'intermédiaire d'un adulte exerçant l'autorité parentale ou d'un administrateur.

Article 6

L'article 6 contient les dispositions relatives à l'introduction de la demande de protection internationale.

Contrairement à la présentation initiale, l'introduction de la demande ne peut être faite qu'auprès du ministre. Toutes les personnes concernées doivent être physiquement présentes. Selon la directive, la convocation en vue de l'introduction de la demande à la suite de son enregistrement doit avoir lieu « dans les meilleurs délais ». Cette disposition très vague est reproduite telle quelle au paragraphe 1^{er}.

Aux termes de l'alinéa 2 du paragraphe 2, la demande est réputée introduite « à partir du moment où le demandeur présente le formulaire prévu à cette fin dûment rempli ». La précision comme quoi le formulaire doit être « dûment rempli » ne figure pas à l'article 6, paragraphe 4, de la directive. Est-ce à dire que le ministre serait autorisé à constater le retrait implicite de la demande, conformément à l'alinéa 3, en l'absence de formulaire dûment rempli, l'appréciation du respect de cette exigence relevant nécessairement de la compétence discrétionnaire du ministre ? S'il va de soi qu'il ne saurait être suffi aux exigences de la directive de présenter un formulaire vierge, il n'est pas pour autant permis au législateur d'instaurer une exigence allant au-delà des conditions figurant dans la directive. Il faut en effet admettre qu'il appartiendra le cas échéant aux agents du ministre de fournir l'assistance technique nécessaire afin de constituer un dossier complet, même si, en pratique, la grande majorité des demandes sont introduites avec l'aide d'un avocat spécialisé en la matière. L'obligation d'assistance loyale envers les demandeurs, parfois illettrés et souvent peu habitués aux usages administratifs, résulte en effet de l'économie générale de la directive. Le Conseil d'État demande dès lors la suppression de l'expression « dûment rempli » de l'alinéa 2 du paragraphe 2, cette condition étant incompatible avec les principes de base et les garanties fondamentales figurant dans la directive.

Les modalités de la convocation en vue de l'introduction de la demande ne sont pas précisées dans la loi. Le Conseil d'État propose de renvoyer dans ce contexte aux dispositions de l'article 12, paragraphe, 2, de la loi.

Article 7

Selon l'article 7, transposant l'article 6 de la directive 2013/33/UE, le ministre est tenu de délivrer dans les trois jours à compter de l'introduction

de la demande de protection internationale une attestation du statut de demandeur. Ce document atteste également le droit de rester sur le territoire et d'y circuler librement. Cette attestation est similaire au document actuellement délivré en vertu de l'article 6 de la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection. Elle n'est pas délivrée au demandeur maintenu en rétention et précise le cas échéant si le titulaire est assigné à résidence.

Article 8

Cet article transpose l'article 8 de la directive. Les autorités nationales réalisant les premiers contacts avec les ressortissants de pays tiers ou des apatrides ne pourront désormais plus se limiter à fournir des informations sur demande expresse. Ils ont un rôle proactif obligatoire. Le libellé introductif complexe de la première phrase du paragraphe 1^{er}, repris tel quel de la directive (« s'il existe des éléments donnant à penser que ... peuvent souhaiter ... ») peut évidemment donner lieu à des interprétations très subjectives. La finalité de la directive consiste à veiller à ce que tous les ressortissants de pays tiers placés en rétention ou présents aux points de passage frontaliers puissent avoir accès aux informations utiles dans une langue dont on peut raisonnablement admettre qu'elle leur est connue.

Le paragraphe 2 assure le droit des organisations et personnes agréées d'accéder aux points de passage frontaliers et à l'aéroport. Le Conseil d'État propose de reformuler le dernier bout de phrase de l'alinéa 2 comme suit :

« ... pour autant qu'elles ne restreignent pas considérablement l'accès ou même le rendent impossible ».

Article 9

Cet article transpose l'article 9 de la directive qui assure le droit du demandeur de rester sur le territoire national pendant l'examen de la demande et jusqu'à la décision ministérielle. L'article doit être lu ensemble avec l'article 36, paragraphe 1^{er}, du projet de loi qui transpose l'article 46, paragraphe 5, de la directive. Tout en renvoyant à l'examen de cet article il y a lieu de souligner que le projet de loi va au-delà des exigences de la directive en étendant l'effet suspensif aux recours juridictionnels contre le refus ou le retrait d'une demande de protection internationale devant le Tribunal administratif et devant la Cour administrative (article 35, paragraphe 1^{er}, du projet de loi) ainsi que le recours contre une décision du ministre de statuer sur le bien-fondé d'une demande de protection internationale dans le cadre d'une procédure accélérée (article 35, paragraphe 2, du projet de loi) jusqu'à l'issue définitive de la procédure. Cette position constitue une lecture favorable des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 47) en matière de recours effectif.

Le Conseil d'État note toutefois que les auteurs souhaitent exclure le droit de rester sur le territoire dans les hypothèses visées à l'article 9, paragraphe 2, de la directive même si, selon la directive, cette possibilité d'exclusion ne constitue qu'une option.

Le paragraphe 2 de l'article 9 doit être lu ensemble avec l'article 41, également transposé à l'endroit de l'article 9, paragraphe 2 du projet de loi. Bien entendu la restriction comme quoi le droit de rester sur le territoire en

cas de demande ultérieure ne s'applique pas si cette demande n'a été introduite « qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision qui entraînerait son éloignement imminent du territoire ». Sur base de quel critère le ministère pourra-t-il toutefois estimer pareille assertion comme étant avérée ? Sous le point 9, paragraphe 2 a) il y a lieu de remplacer les termes « peut être livré » par « est livré » pour bien marquer que la simple possibilité d'extradition ne constitue pas une dérogation au droit de rester sur le territoire. Le terme « peut » ne figure d'ailleurs pas non plus dans la directive.

Article 10

L'article 10 transpose l'article de la directive portant le même numéro et qui énonce les conditions auxquelles est soumis l'examen de la demande. Le paragraphe 2 instaure l'obligation d'examiner prioritairement la demande de protection internationale afin de déterminer si le demandeur tombe sous l'application du régime de réfugié au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Ce n'est que si ce statut est dénié qu'il y a lieu d'analyser si le statut subsidiaire de protection s'applique. Dans le cadre de la transposition littérale de la directive les auteurs du projet de loi ont libellé, à l'endroit du paragraphe 3, le bout de phrase introductif : « Les États membres font en sorte que ... » par « le ministre fait en sorte que ... ». Afin de souligner clairement le caractère contraignant des obligations découlant de la directive et incombant au ministre le paragraphe devrait se lire comme suit :

« (3) Les décisions sur les demandes de protection internationale sont prises à l'issue d'un examen approprié. À cet effet : a) les demandes sont examinées et les décisions sont prises individuellement, objectivement et impartialement ; b) les informations précises et actualisées sont recherchées ... ; c) les agents chargés d'examiner les demandes et de prendre des décisions connaissent les normes ... ; d) les agents chargés ... ont la possibilité ... »

Aux termes du paragraphe 5, à part les documents d'identité, tout document remis par le demandeur dans le cadre de sa demande de protection au ministre doit être rédigé en langue allemande, française ou anglaise. Le Conseil d'État estime que la disposition sous avis constitue une mesure de procédure. Il rappelle toutefois que l'État doit garantir la traduction des pièces pertinentes dans le contexte de la demande. Cette obligation découle d'ailleurs également du droit à l'assistance d'un interprète, assuré aux termes de l'article 11 du projet de loi (article 12 de la directive). Selon les explications fournies par le LFR dans son avis du 3 juin 2015 les traductions des pièces produites par le demandeur sont actuellement effectuées à l'initiative des demandeurs ou de leurs avocats, mais ces frais seraient remboursés par l'État dans le cadre de l'assistance judiciaire. Il y a lieu d'inclure le cas échéant cette précision dans le projet de loi.

Article 11

Dans la mesure où, selon les articles 17 et 81 du projet de loi, l'assistance judiciaire gratuite est garantie au demandeur dans les mêmes conditions que celles en vigueur pour tout autre justiciable, le Conseil d'État propose d'omettre la restriction comme quoi le demandeur bénéficie du

droit de consulter « à ses frais » un avocat sur les questions touchant à sa demande de protection internationale. Cette précision à l'endroit de l'article 11 est inutile et risque de conduire à une interprétation erronée. L'omission de cette restriction ne signifie bien entendu nullement qu'un demandeur qui ne remplirait pas les conditions lui permettant de bénéficier de l'assistance judiciaire puisse exiger l'assistance gratuite d'un avocat.

Article 12

Cet article du projet de loi vise à transposer l'article 13 de la directive qui a trait aux obligations du demandeur. Le Conseil d'État note que les auteurs transposent la disposition de l'article 13, paragraphe 2, point d), de la directive, qui se rapporte au droit accordé aux autorités compétentes, d'effectuer une fouille corporelle dans le but de déterminer l'identité du demandeur au paragraphe 5 de l'article sous avis. La possibilité d'une fouille corporelle figure déjà à l'article 8 de la loi modifiée du 2 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection. Le Conseil d'État estime que la fouille est, dans le cadre de cet article, de nature administrative. Tant le libellé de l'article 8 de la loi en vigueur que le paragraphe 1^{er} de l'article 13 de la directive restreignent le recours à la fouille au cas où elle est nécessaire afin de déterminer l'identité du demandeur. Il y a également lieu de préciser que la fouille peut être exécutée par un agent du service de police judiciaire. Le Conseil d'État renvoie en la matière à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *SJ c/ Luxembourg* n° 47229/12 du 31 octobre 2013, et plus particulièrement aux paragraphes 49 à 62. Les faits à la base de l'arrêt visaient une fouille opérée au Centre pénitentiaire. Il est rappelé dans les paragraphes précités que, si une fouille corporelle peut être considérée par toute personne tenue de s'y soumettre comme une atteinte à son intimité et à sa dignité (paragraphe 52), un tel traitement n'est pas en soi illégitime. Une fouille peut en effet se révéler nécessaire notamment pour défendre l'ordre. La Cour a particulièrement insisté que, pour être légitime, la fouille doit être nécessaire pour parvenir à son but, et être menée selon des modalités adéquates, de manière à ce que le degré de souffrance subi par la personne y soumise ne dépasse pas celui que comporte inévitablement cette forme de traitement légitime. Pour les fouilles opérées en milieu carcéral, la direction du Centre pénitentiaire a élaboré une note de service qui rappelle les dispositions nationales et européennes applicables, à savoir le règlement grand-ducal modifié du 24 mars 1989 concernant l'administration et le régime interne des établissements pénitentiaires (articles 119 et 120) et les règles pénitentiaires européennes⁷ (règles 54.1 à 54.7). Les règles sont complétées par des précisions et règles de conduite destinées à éviter tout arbitraire et tout abus. Dans ce même contexte le Conseil d'État renvoie au projet de loi n°6382 portant réforme de l'administration pénitentiaire et plus particulièrement à l'article 38 traitant de la fouille corporelle – qui ne peut être effectuée que par deux agents du même sexe que la personne fouillée et à l'abri du regard d'autres personnes – et de la fouille intime, cette dernière catégorie étant réservée à un médecin. Le Conseil d'État estime que des règles comparables devront être édictées dans le contexte de l'article sous avis.

Ces catégories de fouilles ne doivent pas être confondues avec une palpation du corps qui peut comporter l'obligation d'enlever certains

⁷ Recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe sur les Règles pénitentiaires européennes (*adoptée par le Comité des Ministres le 11 janvier 2006, lors de la 952^e réunion des Délégués des Ministres*)

vêtements accessoires (chaussures, couvre-chef, ceinture ...) afin d'assurer un contrôle correct. Dans la mesure où la directive et le projet de loi sous avis n'évoquent que la fouille corporelle, la fouille intime est exclue dans le contexte du contrôle visé par la loi en projet.

Le Conseil d'État propose dès lors de libeller le paragraphe 5 comme suit :

« (5) Un agent du service de police judiciaire peut procéder, en cas de nécessité et afin d'établir l'identité du demandeur, à une fouille corporelle et à une fouille des objets qu'il transporte ... »

Article 13

Sans observation.

Article 14

Cet article transpose l'article 15 de la directive. Le Conseil d'État estime que plutôt que de reproduire le libellé précis de la directive qui énonce vaguement que les États « veillent » (article 15, paragraphe 3, points a) d) et e)) ; « « font en sorte » (article 15, paragraphe 3, alinéa 1^{er} et 15, paragraphe 3, point b)), il y a lieu de transposer les dispositions de la directive de manière à assurer un engagement précis⁸. Dès lors, le paragraphe 3 se lirait comme suit :

« (3) L'entretien est mené dans des conditions qui permettent au demandeur d'exposer l'ensemble des motifs de sa demande. À cet effet :

- a) La personne chargée de mener l'entretien est compétente pour tenir compte de la situation personnelle... ;
- b) Dans la mesure du possible, l'entretien avec le demandeur est mené par une personne du même sexe... ;
- c) Un interprète capable d'assurer une communication appropriée entre le demandeur et la personne qui mène l'entretien est mis à disposition... ;
- d) La personne qui mène l'entretien sur le fond de la demande de protection internationale ne porte pas d'uniforme militaire ou d'uniforme des services répressifs ;
- e) Les entretiens avec les mineurs sont menés d'une manière adaptée aux enfants par un agent procédant ... »

Article 15

Cet article transpose les articles 16 et 17 de la directive. Les observations à l'endroit de l'article 14 valent également pour le libellé des paragraphes 1^{er} et 2 de cet article. Le Conseil d'État propose de réécrire le texte à la lumière de la proposition de texte qu'il a faite à l'endroit de l'article 14. À noter que si l'accès du conseil juridique au dossier n'est pas

⁸ Dans ce contexte le Conseil d'État renvoie à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne rappelée dans l'affaire C-427/07 du 16 juillet 2009 : Commission des communautés européennes contre Irlande, paragraphe 55 : « Il résulte d'une jurisprudence également constante que les dispositions d'une directive doivent être mises en œuvre avec une force contraignante incontestable, avec la spécificité, la précision et la clarté requises, afin que soit satisfaite l'exigence de la sécurité juridique qui requiert que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits (voir, notamment, arrêts du 13 mars 1997, Commission/France, C-197/96, Rec. p. I-1489, point 15 ; du 4 décembre 1997, Commission/Italie, C-207/96, Rec. p. I-6869, point 26, et Commission/Luxembourg, précité, point 34) »

mentionné à l'article 15, il figure toutefois à l'article 18 du projet de loi. Selon l'article 17, paragraphe 5 de la directive, le demandeur et son conseil ont accès au rapport ou à la transcription avant la décision. Cette disposition n'est pas transposée avec précision. Le Conseil d'État peut admettre qu'aux yeux des auteurs du projet de loi, le droit de commenter le rapport ou d'y apporter des précisions présuppose nécessairement cet accès préalablement à la décision. L'accès au dossier est également garanti par les dispositions légales et réglementaires sur la procédure administrative non contentieuse.

Au paragraphe 4, il y a lieu de scinder la première phrase de l'alinéa 2 en deux. La première phrase se termine derrière le terme « transcription » et la phrase suivante débutera par le terme « Néanmoins ».

Article 16

L'article 16 qui transpose l'article 18 de la directive introduit un examen médical « par un professionnel de santé qualifié ». Dans la mesure où un tel examen ne peut être mené au Luxembourg que par un professionnel autorisé à exercer la profession de médecin, le Conseil d'État propose de remplacer l'expression « professionnel de santé qualifié » par le terme « médecin ». Le terme « médecin » est d'ailleurs également employé à l'endroit de l'article 10 du projet de loi n° 6775 relatif à l'accueil des demandeurs de protection internationale au Luxembourg. L'article sous avis fait référence au protocole d'Istanbul qui figure également en annexe à la résolution 2000/43 de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et qui est régulièrement invoqué dans des documents de l'Union européenne. Toutefois, le Conseil d'État ne saurait pas approuver la référence dans le texte de la loi en projet au « Manuel pour enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » arrêté dans le protocole d'Istanbul en ce que ce document n'a pas une valeur légale obligatoire et que les États membres de l'ONU ne sont pas obligés de l'appliquer. Comme il s'agit néanmoins d'un texte de référence universellement reconnu, le Conseil d'État suggère de régler la question dans le cadre des relations conventionnelles avec les médecins effectuant les examens visés.

L'article 16, paragraphe 1^{er}, alinéa 2 est maintenu.

Article 17

Selon le projet de loi, le droit à l'assistance juridique gratuite est accordé de manière large tant pendant la procédure de « première instance » – est visée par cette expression la phase administrative –, que dans le cadre des deux instances juridictionnelles. L'article 17 contient un renvoi à la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat. Cette dernière loi est également adaptée dans le cadre des dispositions modificatives contenues au projet de loi à l'endroit de l'article 81. L'autorité compétente pour refuser le cas échéant la demande d'assistance au motif que le recours projeté serait considéré comme « n'ayant pas de perspectives tangibles de succès » n'est pas précisée dans le projet de loi. Le Conseil d'État admet dès lors que cette compétence relève du bâtonnier de l'ordre des avocats de l'arrondissement de résidence du demandeur en application de l'article 37-1, paragraphe, 5, de la loi précitée du 10 août 1991.

Aux termes de l'article 37-1, paragraphe 3, de cette même loi, l'assistance judiciaire gratuite peut être refusée si « l'action apparaît, manifestement, irrecevable, dénuée de fondement, abusive ou disproportionnée de par son objet par rapport aux frais à exposer ».

Le Conseil d'État estime que l'appréciation comme quoi une action n'est refusée que si elle est manifestement dénuée de fondement est plus restrictive et dès lors plus favorable pour le demandeur de l'assistance judiciaire gratuite que l'appréciation selon le libellé de la directive à transposer. Dans la mesure où on peut difficilement imaginer que le bâtonnier puisse faire reposer son appréciation sur une base légale plus ou moins stricte selon qu'il s'agit d'un demandeur d'assistance judiciaire dans le cadre d'une demande de protection internationale ou de tout autre justiciable visé par la loi précitée de 1991, le Conseil d'État suggère d'omettre le dernier bout de phrase de l'article 17, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} : « sauf si le recours du demandeur est considéré comme n'ayant pas de perspectives tangibles de succès ».

L'appréciation sur le bienfondé de la demande d'assistance judiciaire gratuite s'opèrerait ainsi selon les mêmes critères pour tout justiciable.

L'abandon du libellé de la directive en faveur de la disposition d'ordre général se justifie par ailleurs en application de l'article 5 de la directive qui autorise les États à maintenir des normes plus favorables.

Article 18

Les observations à l'endroit de l'article 14 valent également pour le libellé de l'article 18, alinéa 1^{er}. Le Conseil d'État propose de réécrire le texte à la lumière de la proposition qu'il a faite à l'endroit de l'article 14.

Article 19

Cet article, qui transpose fidèlement l'article 24 de la directive, a trait aux garanties procédurales spéciales « pour les demandeurs de protection internationale vulnérables ».

Les auteurs ont choisi d'impliquer le cas échéant l'Office luxembourgeois de l'accueil et de l'intégration (OLAI) dans le processus d'identification de ces demandeurs. La loi n'instaure pas une procédure particulière à cet effet. Pareille procédure n'est d'ailleurs pas non plus imposée par la directive. Afin d'identifier les demandeurs de protection internationale nécessitant des garanties spéciales, l'intervention du médecin, régie par l'article 16 du projet de loi, est essentielle.

Article 20

Cet article transpose l'article 25 de la directive relatif aux garanties accordées aux mineurs non accompagnés. Le libellé modifié de l'article par rapport à l'article 12 de la loi actuelle augmente sensiblement les droits de cette catégorie particulière de personnes vulnérables. Le projet de loi ne spécifie pas que le mineur non accompagné est informé « immédiatement » de la désignation d'un représentant. Même si ce détail peut être considéré comme coulant de source, il est préférable d'ajouter cette précision dans un bout de phrase.

Le Conseil d'État note que l'article 25 paragraphe 5, alinéa 2, de la directive aux termes duquel « Tout examen médical est effectué dans le plein respect de la dignité de la personne, est le moins invasif possible et est réalisé par des professionnels de la santé qualifiés de manière à pouvoir obtenir, dans toute la mesure du possible, des résultats fiables » n'est pas transposé. Il propose d'insérer cet alinéa par l'ajout d'un avant-dernier alinéa au paragraphe 5 de l'article sous examen.

Article 21

Sans observation.

Article 22

L'article 22, qui transpose l'article 25 de la directive et les articles 8 à 11 de la directive 2013/33/UE « accueil », vise la rétention. La rétention des mineurs est strictement limitée. Si le Conseil d'État comprend qu'une interdiction totale de la rétention pour un mineur non accompagné n'est pas réaliste même si, à ce jour, aucun mineur non accompagné ne semble avoir été mis en rétention au Luxembourg, il estime néanmoins qu'une durée maximum devrait être précisée dans la loi. En tenant compte du libellé de l'article 83 du projet sous avis qui vise à modifier l'article 6 de la loi du 28 mai 2009 concernant le Centre de rétention, il propose d'ajouter la même limitation maximale soit à l'endroit de l'article 22, paragraphe 1^{er}, alinéa 4 en complétant cette phrase par l'ajout suivant : « et ne peut dépasser soixante-douze heures », soit par une précision à faire figurer également à l'endroit de l'article 6 de la loi du 28 mai 2009.⁹

Le Conseil d'État s'interroge sur la lecture à donner à l'article 9, paragraphe 3 imposant aux États de prévoir, en cas de placement en rétention ordonné par les autorités administratives, « un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité du placement en rétention d'office et/ou à la demande du demandeur ».

Dans le même sens il est disposé au paragraphe 5 de l'article 9 de la directive 2013/33/UE que « Le placement en rétention fait l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire à intervalles raisonnables, d'office et/ou à la demande du demandeur concerné, notamment en cas de prolongation, de survenance de circonstances pertinentes ou d'informations nouvelles pouvant avoir une incidence sur la légalité du placement en rétention. »

Au Luxembourg, aucun contrôle d'office n'est instauré dans le cadre du projet de loi sous examen.

Il faut toutefois relever que dans la mesure où l'accès à l'assistance judiciaire gratuite est largement ouvert aux personnes en rétention, dans les faits, chaque personne en rétention est assistée d'un avocat.

L'expression « et/ou » figurant dans la directive autorise le législateur à choisir entre les deux propositions ou d'opter pour les deux.

⁹ Le Conseil d'État renvoie au sujet de l'application de la rétention à l'étude publiée le European Migration Network – National contact point Luxembourg « L'utilisation de la rétention et des alternatives à la rétention dans le contexte d'immigration » publié sur le site www.emnluxembourg.lu.

L'instauration d'un contrôle d'office n'est dès lors pas imposée.

Aux termes de l'article 8, paragraphe 4, de la directive 2013/33, « les États membres veillent à ce que leur droit national fixe les règles relatives aux alternatives au placement en rétention, telle que l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d'une garantie financière ou l'obligation de demeurer dans un lieu déterminé ».

Les directives « accueil » et « procédure » ne fournissent pas d'autres précisions concernant les mesures alternatives à la rétention. Le projet de loi sous avis instaure trois mesures alternatives, à savoir l'obligation pour le demandeur de se présenter régulièrement auprès des services du ministre ou auprès d'une autre autorité désignée par lui, l'assignation à résidence assortie le cas échéant d'une mesure de surveillance électronique ou l'obligation pour le demandeur de déposer une garantie financière. Le projet de loi précise que ces mesures peuvent être appliquées conjointement.

Le Conseil d'État est favorable à l'instauration de mesures moins coercitives à titre d'alternative par rapport à la rétention. En effet, et alors que l'article 22, paragraphe 2, points b) et d) prévoit le placement en rétention, notamment dans l'hypothèse où il y a risque de fuite, l'assignation à résidence instaurée par l'article 22, paragraphe 3, point b), dispose que cette mesure serait envisagée « si le demandeur présente des garanties de représentation effective propres à prévenir le risque de fuite ». De même, à l'article 22, paragraphe 3, point c), alinéa 2), il est précisé que les mesures moins coercitives peuvent être révoquées « en cas de risque de fuite ».

Le Conseil d'État met en garde contre l'introduction généralisée du bracelet électronique. Mis à part le fait qu'un système de surveillance électronique efficace exigerait un investissement lourd et peu adapté à la situation des demandeurs de protection internationale qui ne sont pas des délinquants, l'application d'une telle mesure, à grande échelle, risque de créer une stigmatisation des demandeurs de protection. Elle serait difficilement compatible avec le respect du principe de la liberté individuelle inscrit à l'article 12 de la Constitution dans la mesure où elle s'appliquerait exclusivement à des personnes qui ne sont pas considérées comme présentant un risque sérieux de fuite. Si l'intention des auteurs était d'envisager l'introduction d'une mesure de surveillance électronique également dans l'hypothèse d'un risque de fuite limité ou moins évident, il y aurait lieu de modifier le libellé de l'article en ce sens.

Il n'est pas nécessaire de prévoir l'homologation du procédé technique par le ministre dans la mesure où le ministre décide de la mise en place de l'installation dans le cadre d'un recours à un marché public.

Le Conseil d'État ne saurait accepter que le contrôle du respect d'une telle mesure intrusive, attentatoire au droit à la vie privée (article 11, paragraphe 3 de la Constitution) et à la liberté individuelle des personnes puisse être confié à une personne de droit privé. Pareille disposition porterait atteinte au principe fondamental du monopole de l'État au recours à la force, un privilège réservé aux pouvoirs publics dans un État de droit. Il n'existe par contre aucun empêchement à ce que la mise en place du système et le contrôle de son fonctionnement technique puissent être confiés à un intervenant de droit privé.

Le Conseil d'État demande, l'omission de la dernière phrase de l'article 22, paragraphe 3, point b). Il pourrait s'accommoder du libellé suivant : « La mise en œuvre du dispositif technique permettant le contrôle à distance peut être confiée à une personne de droit privé. »

Les paragraphes 4 à 6 ont trait aux recours offerts au demandeur faisant l'objet d'une mesure de rétention ou d'une autre mesure visée au paragraphe 3. L'obligation imposée au tribunal administratif de statuer, aux termes de l'article 123 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, dans les dix jours de la saisine dans le cadre d'un recours en réformation contre une des mesures visées, constitue une garantie efficace pour le demandeur de protection internationale.

Article 23

Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 6, paragraphe 2, alinéas 2 et 3.

Article 24

Cet article reprend les dispositions figurant à l'article 13 de la loi précitée du 5 mai 2006. L'accès par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), par les membres du Comité luxembourgeois pour les droits de l'enfant (l'ORK) ainsi que par les organisations disposant d'un agrément au Centre de rétention est désormais aussi autorisé à la frontière et dans les zones de transit. Le Conseil d'État note que la délivrance par le ministre d'une autorisation écrite aux personnes physiques agissant en nom et pour compte des organisations agréées n'est plus reprise dans la loi en projet. De même, le renvoi à un règlement grand-ducal pour déterminer les conditions et les modalités de délivrance et de retrait de l'agrément ne figure plus au projet. Un tel règlement ne semble d'ailleurs jamais avoir été pris par le passé.

Article 25

Sans observation.

Article 26

L'article 26 transpose les dispositions des paragraphes 1 à 7 de l'article 31 de la directive qui règle les délais et les conditions du déroulement de la procédure administrative dite « procédure de première instance ».

Le principe de l'évacuation de la procédure administrative endéans six mois à partir de l'introduction de la demande, « sans préjudice d'un examen approprié et exhaustif » doit être approuvé. Ce délai de six mois peut être porté jusqu'à quinze ou même dix-huit mois quand « un grand nombre de ressortissants de pays tiers ou d'apatrides, demande simultanément une protection internationale ».

La directive est fidèlement transposée en la matière.

Article 27

L'article 27 transpose les dispositions de l'article 31, paragraphe 8, de la directive. Selon cette dernière, le recours à cette procédure accélérée constitue une option que les États peuvent appliquer si l'une des dix conditions énumérées au paragraphe 8 est donnée. La directive laisse aux États membres le soin de fixer le délai pour l'adoption d'une décision dans le cadre d'une procédure accélérée, à condition que le délai soit « raisonnable ». Selon le paragraphe 2 de l'article sous examen, la décision dans le cadre d'une procédure accélérée intervient au plus tard dans un délai de deux mois à partir du jour où le ministre estime que le demandeur peut être soumis à la procédure accélérée.

Le Conseil d'État n'a pas d'observation.

Articles 28 et 29

Sans observation.

Article 30

Le Conseil d'État a noté que les auteurs se sont limités à reprendre l'article 21 de la loi actuelle relatif au concept du pays d'origine sûr et à ne pas transposer le régime particulier, moins favorable au demandeur, prévu à l'endroit de l'article 39 de la directive pour les demandeurs de protection internationale issus de pays européens sûrs.

Articles 31 à 34

Sans observation.

Article 35

Cet article reprend les dispositions des articles 19, 20, paragraphe 4, et 17 de la loi actuelle.

Article 36

Sans observation.

Articles 37 à 67

Les articles 37 à 66 qui sont regroupés dans les chapitres 3 et 4 du projet de loi n'ont pas subi de modification par rapport aux dispositions introduites dans la loi précitée du 5 mai 2006 par la loi précitée du 19 juin 2013 ayant transposé la directive 2011/95/UE. Le Conseil d'État n'entend plus réexaminer ces dispositions.

Articles 67 à 79

Le chapitre 5 comporte les articles 67 à 79. Il est également repris intégralement de la loi en vigueur, mis à part quelques adaptations des renvois.

Les articles sous examen n'appellent pas d'observation.

Article 80

Cet article concerne le traitement des données à caractère personnel.

Le Conseil d'État estime que le traitement des données dont il est question peut avoir lieu en observant le cadre tracé par la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et que l'article sous examen n'est pas indispensable.

Le droit de consulter certaines des données du registre national des personnes physiques peut, quant à lui, être accordé par le ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative selon la procédure prévue aux articles 5 et suivants du règlement grand-ducal du 29 novembre 2013 fixant les modalités d'application de la loi modifiée du 19 juin 2013 relative à l'identification des personnes physiques.

Le Conseil d'État suggère donc de renoncer à l'article 80 et de suivre les procédures de droit commun résultant des lois précitées du 2 août 2002 et du 19 juin 2013.

Article 81

Sans observation.

Article 82

Cet article regroupe les modifications apportées à la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration. Les points 1° et 2° n'appellent pas d'observation.

Point 3°

Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 22 du projet de loi.

Point 4°

Sans observation.

Point 5°

Aux termes du point 5° de l'article 82 les auteurs du projet de loi se proposent d'insérer un nouvel article 143 sous une section 3 nouvelle sous l'intitulé « Franchissement non autorisé des frontières extérieures » dans la loi.

Selon le libellé du paragraphe 1^{er} « *Les frontières extérieures au sens de l'article 2, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) ne peuvent être franchies qu'aux points de passage frontalier durant les heures d'ouverture fixées et après avoir reçu l'autorisation du garde frontière* ».

Le libellé proposé correspond au libellé de l'article 4, paragraphe 3, du règlement N° (CE) 562/2006 précité. Or, la reproduction de la disposition du règlement européen dans le texte de loi est contraire au principe de l'applicabilité directe du règlement européen. Le Conseil d'État s'y oppose dès lors formellement.

Aux termes du paragraphe 2, il est prévu d'introduire une amende administrative de 1.500 euros prononcée par le ministre et à verser au Trésor contre toute personne qui violerait l'interdiction figurant à l'article 4, paragraphe 3, du règlement (CE) N° 562/2006 précité. Le Conseil d'État rappelle que le recours à une sanction administrative est soumis à des conditions strictes de légalité. L'article 4, paragraphe 3 du règlement (CE) N° 562/2006 fournit une définition suffisamment précise et claire de l'incrimination. Le montant de la peine ne paraît pas non plus disproportionné et est par ailleurs conforme à l'exigence du règlement européen qui vise des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives ».

Le Conseil d'État relève encore que dans la mesure où la compétence du ministre est liée en raison de l'invariabilité de l'amende administrative envisagée, l'institution d'un recours en pleine juridiction contre la décision du ministre ne s'impose pas.¹⁰

Le Conseil d'État propose le libellé suivant pour le point 5 :

« 5° À la suite de l'article 142, il est inséré une section 3 intitulée « Section 3. – Franchissement non autorisé des frontières extérieures », contenant un nouvel article 143, libellé comme suit :

« **Art. 143.** Le franchissement des frontières extérieures de l'Union européenne en violation des dispositions de l'article 4 du règlement (CE) N° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontière Schengen) est puni d'une amende de 1.500 euros. L'amende est prononcée par le ministre. Le montant est versé au Trésor. » »

Point 6°

Par dépêche du 18 mai 2015 du Premier Ministre, ministre d'État, le Conseil d'État a été saisi d'un amendement gouvernemental au projet de loi sous rubrique. Cet amendement vise à introduire un point 6 à l'article 82 du projet de loi aux termes duquel est introduite une possibilité de régularisation au cas par cas pour des personnes qui exercent l'autorité parentale sur un enfant mineur vivant dans leur ménage et scolarisé au Luxembourg depuis au moins quatre ans.

À cet effet il est prévu de modifier l'article 89 de la loi précitée du 29 août 2008.

¹⁰ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juin 2012 dans l'affaire Segame c/France (requête n°4837/06) et avis complémentaire du Conseil d'État du 27 novembre 2012 concernant le projet de loi portant modification du 1) du Code du travail ; 2) du Code pénal ; 3) de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat ; (...) (doc. parl. n° 6404⁴) ;

Le demandeur exerçant l'autorité parentale bénéficierait d'une sorte de droit fondé sur la prise en compte des intérêts de son enfant mineur.

Le Conseil d'État note que le droit qu'il est envisagé d'accorder à tout ressortissant d'un pays tiers qui n'est pas détenteur d'une des autorisations de séjour prévues dans la loi, y compris à tout demandeur de protection internationale débouté de sa demande, ne dépend pas uniquement de conditions à remplir dans le chef de ce ressortissant mais également de la présence, dans le groupe familial résidant au Luxembourg, d'un mineur sur lequel il exerce son autorité parentale. Cette disposition soulève de sérieuses questions tant en rapport avec le principe constitutionnel d'égalité devant la loi, inscrit à l'article 10bis de la Constitution, qu'avec l'article 14¹¹ de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui interdit toute discrimination « fondée notamment sur le sexe, la race,... mais aussi sur toute autre situation », et avec le protocole N°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou encore avec l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La question qui se pose est celle de savoir si la différence de traitement fondée sur la situation familiale viole les susdites dispositions.

Un ressortissant d'un pays tiers n'exerçant pas l'autorité parentale sur un enfant vivant dans son ménage pourrait ainsi être amené à invoquer ces principes pour attaquer le refus qui lui serait opposé.

Dans ce contexte, le Conseil d'État s'interroge si la situation d'un demandeur exerçant l'autorité parentale dans les conditions proposées à l'article 89 de la loi modifiée du 29 août 2006 est comparable à celle d'un demandeur sans enfant. Ce n'est que si la réponse à cette question est positive qu'il y a lieu d'analyser s'il existe une disparité objective entre les deux situations traitées différemment et si la différence de traitement est justifiée. Le Conseil d'État estime que les deux situations sont comparables au niveau du statut qui est revendiqué. La différence objective réside dans la situation familiale. Il y a dès lors lieu d'analyser si le traitement différent est rationnellement justifié, adéquat et proportionné à son but.

Le Conseil d'État estime que la disposition sous examen peut se justifier sur base du principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré au paragraphe 1^{er} de l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 juin 1990 approuvé par la loi du 20 décembre 1993, à l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et dans de nombreuses autres dispositions de droit européen et notamment dans la directive 2013/33/UE (voir considérant 9).

Il peut admettre que l'intérêt de l'enfant de suivre « *sa scolarité de façon continue dans un établissement scolaire au Grand-Duché de Luxembourg depuis au moins quatre ans* », en relation avec le principe de l'unité du groupe familial, peut être retenu par le législateur dans le cadre de son pouvoir d'appréciation politique pour fonder une exception à la règle d'éloignement de l'ensemble du groupe familial. D'après le Conseil d'État

¹¹ Article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

l'expression « suivre sa scolarité ... dans un établissement scolaire » ne peut couvrir que la scolarité dans l'enseignement fondamental et secondaire à l'exclusion de toute autre forme d'enseignement ou de prise en charge.

Article 83

Le Conseil d'État propose d'inclure dans cet article une disposition visant à remplacer à l'endroit de l'article 1^{er} de la loi précitée du 28 mai 2009 portant création et organisation du centre de rétention la référence à l'article 10 de la loi modifiée du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection par une référence à la nouvelle loi en projet.

Articles 84 et 85

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Observation générale

À tous les endroits du dispositif où il est fait référence dans le corps du texte à un autre paragraphe, il convient de faire abstraction des parenthèses. Il faudrait ainsi écrire, à titre d'exemple, à l'article 2, point g), « article 50, paragraphes 1^{er} et 2 ».

Article 10

Conformément à l'article 10, paragraphe 3, point b), de la directive 2013/32/UE, il est recouru à l'article 10, paragraphe 3, point b) du projet de loi aux abréviations « BEAA » et « HCR » pour viser respectivement le « Bureau européen d'appui en matière d'asile » et le « Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ». Même si l'usage de sigles consacrés par des actes européens est admis, il est toutefois recommandé avant d'employer une telle abréviation dans le dispositif d'indiquer à l'occasion de la première citation la dénomination exacte, suivie de son sigle entre parenthèses.

Article 80

Sous réserves de ses observations quant au fond concernant l'article sous avis, le Conseil d'État donne à considérer qu'au paragraphe 2 il doit être question du « registre national des personnes physiques » et non du « registre national des personnes physiques et morales ».

Ainsi délibéré en séance plénière, le 17 juillet 2015.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Vice-Président,

s. Agnès Durdu