

Projet de loi

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

Avis complémentaire du Conseil d'État

(26 mars 2019)

Par dépêche du 11 février 2019, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État une série d'amendements parlementaires au projet de loi portant modification de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, adoptés par la Commission des affaires étrangères et européennes, de la coopération, de l'immigration et de l'asile.

Les amendements étaient accompagnés de commentaires et d'un texte coordonné reprenant lesdits amendements, de même que les propositions de texte faites par le Conseil d'État dans son avis du 8 mai 2018.

Considération générales

Les amendements sous examen visent à répondre aux observations et oppositions formelles formulées par le Conseil d'État dans son avis du 8 mai 2018 sur le projet de loi sous rubrique.

Examen des amendements

Remarque préliminaire

La Commission des affaires étrangères et européennes, de la coopération, de l'immigration et de l'asile propose, suite à l'opposition formelle formulée par le Conseil d'État dans son avis précité du 8 mai 2018, à l'égard du point 1° du projet de loi sous rubrique, de supprimer la modification prévue.

Le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler et peut donc lever son opposition formelle.

Amendement 1

L'amendement sous examen vise à tenir compte d'une remarque du Conseil d'État et n'appelle pas d'observation additionnelle.

Amendement 2

Dans son avis du 8 mai 2018, le Conseil d'État avait émis une opposition formelle à l'endroit du point 6° (article 6 selon le Conseil d'État),

qui institue un contrôle juridictionnel de la décision de prolongation de la mesure de rétention du ministre. Il avait considéré que : « [...] le système proposé, qui revient à ce que le ministre intente un recours devant le président du Tribunal administratif contre sa propre décision de prolongation, n'est pas conforme à la logique du contentieux administratif. Il n'est pas non plus prévu que la personne concernée soit partie à la procédure. En effet, aux yeux du Conseil d'État, l'application à la procédure particulière qui est prévue dans le texte sous examen, de l'article 4 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives qui prévoit, à défaut de signification, la mise en intervention des tiers intéressés par ordonnance du tribunal est sujette à caution. Dans la mesure où l'intéressé serait privé du droit de présenter son point de vue devant le juge, le système envisagé pose des problèmes par rapport à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en particulier l'article 5 sur la liberté individuelle et l'article 13 sur le droit au juge. »

Le Conseil d'État avait proposé une reformulation du nouveau paragraphe 6 pour conférer au président du Tribunal administratif un rôle comparable à celui du juge des libertés et de la détention français, compétent pour statuer sur le maintien des étrangers en zone d'attente.

Les auteurs de l'amendement proposent d'ajouter au texte initialement proposé un dispositif aux termes duquel la personne retenue est convoquée, ce qui répond aux interrogations quant à la compatibilité de la procédure prévue avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le contrôle que la personne retenue a effectivement été touchée relève de l'évidence et le Conseil d'État ne saisit pas la nécessité de mentionner expressément cette mission du juge, contrairement à d'autres procédures. Il comprend encore que cette convocation implique que la personne retenue est partie au procès avec tous les droits attachés à cette qualité, notamment le droit de présenter son point de vue, y compris en se faisant assister par un avocat, ainsi que le droit, le cas échéant, de faire appel de la décision à intervenir.

En ce qui concerne la procédure de saisine du juge administratif, les auteurs de l'amendement maintiennent le régime prévu dans le projet de loi initial en se référant, d'un côté, à « l'exigence extrapolée de l'article 15, paragraphe 3 de la Directive 2008/115/CE prévoyant une vérification systématique d'office par les juridictions des décisions de prolongation de rétention » et, de l'autre côté, à « l'essence même du système du contentieux administratif luxembourgeois, reposant sur un contrôle *a posteriori* des actes du pouvoir de l'exécutif ».

Le Conseil d'État rappelle qu'il n'a pas critiqué le régime prévu par les auteurs au motif que celui-ci ne répondrait pas au prescrit de la directive. Il relève toutefois que le mécanisme qu'il a proposé dans son avis du 8 mai 2018 s'inscrit à son tour dans la logique de la directive. À cet égard, le Conseil d'État renvoie les auteurs de l'amendement à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 juin 2014 dans l'affaire C-146/14. En réponse à la deuxième question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que « l'article 15, paragraphes 3 et 6, de la directive 2008/115 doit être interprété en ce sens que le contrôle que doit effectuer l'autorité judiciaire saisie d'une demande de prolongation de la

rétenion d'un ressortissant d'un pays tiers doit permettre à cette autorité de statuer sur le fond, au cas par cas, sur la prolongation de la rétenion du ressortissant concerné, sur la possibilité de substituer à la rétenion une mesure moins coercitive ou sur la remise en liberté de ce ressortissant, ladite autorité étant ainsi compétente pour se fonder sur les faits et les preuves produits par l'autorité administrative l'ayant saisie ainsi que sur les faits, les preuves et les observations qui lui sont éventuellement soumis lors de cette procédure »¹. Le Conseil d'État admet que l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne précité du 5 juin 2014 peut être lu en ce sens qu'il vise à la fois le cas de la saisine du juge en vue de l'examen d'une décision de prolongation de la rétenion prise par une autorité administrative et celui de la saisine du juge en vue de l'obtention d'une décision juridictionnelle sur une demande de prolongation de la rétenion. Le Conseil d'État se borne à souligner que le système qu'il a proposé répond aux exigences de la directive.

Le Conseil d'État reconnaît que le contrôle des actes du pouvoir exécutif est l'essence de la compétence du juge administratif. C'est justement dans cette logique qu'il a de sérieuses réserves à l'égard d'un système où le ministre adopte un acte et doit, de par la loi, introduire un recours contre cet acte. Quelle est la nature de cette saisine ? Le système ne tient pas compte de la règle fondamentale de l'intérêt à agir contre un acte administratif, dès lors que le ministre doit contester son propre acte dans l'espoir que ce recours soit rejeté et que son acte soit confirmé. La saisine du juge prend la forme d'un recours qui conteste le bien-fondé de l'acte. Or, la finalité de la saisine est la confirmation de l'acte. Un tel recours s'écarte autant de l'essence du système du contentieux administratif luxembourgeois que le système proposé par le Conseil d'État. À relever que ni le législateur français ni le législateur belge n'ont opté, dans leurs lois de transposition de la directive, pour un système du type de celui proposé dans la loi en projet sous avis.

Si les auteurs du projet de loi considèrent que le juge administratif ne saurait se voir conférer des compétences de « juge des libertés », fût-ce dans le domaine particulier de l'immigration et en exécution d'obligations prévues dans une directive, le Conseil d'État renvoie les auteurs à la loi belge, qui prévoit la saisine de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement, juge naturel des libertés. Il est vrai que cette solution revient à attribuer au juge judiciaire des compétences dans le cadre de procédures qui relèvent du seul droit administratif, créant ainsi une exception notable au fait que l'ensemble du contentieux administratif est du seul ressort des juridictions administratives.

Une autre solution consiste à prévoir un système où le ministre prend une décision de prolongation de la rétenion qui est limitée à un certain nombre de jours. Avant le terme de cette période, le juge doit avoir été saisi pour valider la décision ou la remplacer par des mesures moins coercitives au sens de l'article 125 de la loi précitée du 29 août 2008. Le législateur pourrait s'inspirer du mécanisme prévu à l'article 13, paragraphe 13, de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques qui organise le maintien de l'interdiction de conduire provisoire attachée au retrait immédiat du permis

¹ CJUE, arrêt du 5 juin 2014, Bashir Mohamed Ali Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320.

de conduire par la Police grand-ducale. Il est toutefois vrai que ce mécanisme ne répond pas à une logique de contentieux, mais confère au juge des fonctions similaires à celles d'un juge des libertés.

Le libellé suivant pourrait être retenu pour l'article 123, paragraphe 6 :
« (6) Le ministre peut décider de prolonger la durée de rétention en vertu de l'article 120, paragraphe 3, alinéa 2. Dans les cinq jours ouvrables de la notification de la décision à la personne retenue, il doit saisir, par requête, le président du Tribunal administratif.

Dans les dix jours de l'introduction de la requête, le président du Tribunal administratif soit maintient la décision du ministre, soit substitue à la rétention une mesure moins coercitive, soit décide la mise en liberté immédiate de la personne retenue.

La procédure est orale.

Dans ce cas, la personne retenue ne peut pas introduire elle-même le recours prévu au paragraphe 1^{er}.

Contre la décision du président du Tribunal administratif, appel peut être interjeté devant la Cour administrative. Les paragraphes 4 et 5 sont applicables.

À défaut de saisine du président du Tribunal administratif par le ministre ou de décision du président du Tribunal administratif dans les délais prévus, la personne retenue doit être remise en liberté. »

Amendement 3

Le Conseil d'État considère que la référence aux « locaux privés » est sujette à critique. Elle pourrait être comprise en ce sens que l'autorisation du juge n'est pas requise dès lors que les locaux qui hébergent l'étranger à éloigner ne constituent pas une propriété privée. Le Conseil d'État propose de remplacer les mots « locaux privés » par ceux de « locaux servant à son habitation ». En effet, le critère déterminant est celui de l'usage à des fins d'habitation et non pas celui de la destination en tant que telle des locaux en cause. Dans ces conditions, le Conseil d'État propose la formule suivante :

« Lorsque, pour faire échec à l'éloignement de l'étranger, l'entrée dans des locaux servant à son habitation est refusée, le président du tribunal [...] accéder à ces locaux pour procéder à l'éloignement de l'étranger. »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, le 26 mars 2019.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes