

Projet de loi

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

Avis du Conseil d'État

(8 mai 2018)

Par dépêche du 4 janvier 2018, mais datée au 4 janvier 2017, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du 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 ainsi qu'un texte coordonné de certains articles de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

Considération générales

D'après les auteurs du projet de loi sous avis, l'objectif dudit texte est de « tenir compte des observations d'experts dans le cadre de l'évaluation de 2016 de l'application de l'acquis de Schengen tant dans le domaine du retour que dans celui de la gestion des frontières extérieures ».

Pour ce qui est du premier domaine, le Conseil de l'Union européenne a adopté le 12 décembre 2016 une décision d'exécution arrêtant une recommandation pour remédier aux manquements constatés dans l'évaluation de 2016 de l'application, par le Luxembourg, de l'acquis de Schengen dans le domaine de la politique de retour. Dans cette décision d'exécution, le Conseil recommande au Grand-Duché de Luxembourg un certain nombre de mesures, à savoir : 1) de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution des décisions de retour de manière efficace et proportionnée, conformément à l'article 8, paragraphe 1^{er}, de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après la « directive 2008/115/CE ») ; 2) de veiller à ce que les réexamens des décisions de rétention fassent l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire, conformément à l'article 15, paragraphe 3, de la directive 2008/115/CE, afin de vérifier si les conditions pour la rétention du ressortissant concerné d'un pays tiers sont toujours remplies ; 3) de prendre des mesures en vue de réduire la prévisibilité des opérations en cas d'éloignement de familles avec enfants scolarisés soumises à une obligation de retour, afin de lutter contre les abus et d'éviter le risque de fuite, de façon à ce que les éloignements puissent être effectués tout au long de l'année si les familles concernées n'agissent pas de bonne foi, en tenant dûment compte des particularités propres à chaque cas et de l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi que des dispositions de l'article 5 de la directive

2008/115/CE ; 4) de mettre en place une politique claire sur le statut juridique des mineurs non accompagnés qui permette, sur la base d'une évaluation individuelle de l'intérêt supérieur de l'enfant et par souci de clarté juridique, soit d'arrêter et d'exécuter des décisions de retour à l'encontre des mineurs non accompagnés en séjour irrégulier dans le pays conformément à l'article 10 de la directive 2008/115/CE, soit de leur accorder un droit de séjour, en tenant dûment compte des règles applicables en matière de protection internationale, ainsi que du droit de l'Union européenne et de la législation nationale. L'évaluation individuelle devrait idéalement être réalisée par une équipe pluridisciplinaire et expérimentée et le tuteur désigné de l'enfant devrait y être associé ; 5) de mettre les capacités de rétention en adéquation avec les besoins réels, afin d'assurer l'éloignement effectif des ressortissants concernés de pays tiers ; 6) de prévoir un délai de rétention réaliste et applicable pour les familles comportant des mineurs placées dans un centre de rétention dans l'attente de leur éloignement, conformément à l'article 17 de la directive 2008/115/CE ; et 7) de s'assurer que le cadre juridique national prévoit la possibilité de contrôler tout type d'opérations de retour forcé, y compris celles qui sont menées au moyen de vols commerciaux, ainsi que la phase préalable à l'éloignement dans le centre de rétention.

Les auteurs du projet de loi sous avis donnent une suite aux recommandations qui nécessitent une intervention du législateur, et ce par le biais de modifications de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration. Ainsi, ils entendent couvrir les recommandations ayant trait à l'évaluation de l'intérêt supérieur des mineurs non-accompagnés dans le cadre d'une décision de retour ou encore la vérification systématique d'office par les juridictions administratives du respect des conditions de la rétention administrative prolongée des ressortissants de pays tiers. Le Conseil d'État part du principe que les autres recommandations, qui ne nécessitent pas une modification législative, à savoir celles relatives à l'exécution efficace et proportionnée des décisions de retour, la réduction de la prévisibilité des opérations d'éloignement de familles avec enfants scolarisés et l'éloignement tout au long de l'année, la mise en adéquation des capacités de rétention avec les besoins réels, et un délai de rétention réaliste pour les familles comportant des mineurs, trouveront une réponse satisfaisante au niveau administratif.

Par ailleurs, le projet de loi procède à des adaptations de la loi précitée du 29 août 2008, notamment en ce qui concerne la mise en conformité des dispositions de cette loi avec l'article 4 de la directive 2001/51/CE¹, le séjour et l'éloignement.

Examen des articles

Point 1° (article 1^{er} selon le Conseil d'État)

Le point sous avis vise à insérer un nouveau point h) à l'article 35, paragraphe 2, de la loi modifiée du 29 août 2008 précitée, afin d'ajouter les « représentants des médias accrédités » aux catégories de personnes qui ont le droit d'exercer une activité salariée ou indépendante lors d'un séjour inférieur à trois mois sans avoir besoin d'autorisation du ministre.

¹ Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985.

Le Conseil d'État s'interroge sur la notion de « représentants de médias accrédités ». Auprès de qui ces médias sont-ils accrédités ? Sur base de quels critères ? D'après quelle procédure ? Le commentaire de l'article reste muet à ce sujet et ne renseigne pas sur l'origine de cette notion, non visée par loi modifiée du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias, et inconnue en droit national. Le contenu de cette notion reste donc incertain et le Conseil d'État doit s'opposer formellement à la disposition sous avis pour raison d'imprécision de la notion y visée, source d'insécurité juridique.

Point 2° (article 2 selon le Conseil d'État)

L'article 18 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes définit les visas de long séjour comme des visas nationaux délivrés pour un séjour de plus de trois mois par une des parties contractantes selon sa propre législation. Le Conseil d'État estime qu'il serait utile d'inclure, au nouveau point 4° de l'article 38 de la loi précitée du 29 août 2008, une référence à ces dispositions de la législation nationale, sur base desquelles sont délivrés les visas de long séjour visés. Sinon, il s'imposerait d'indiquer les conditions de délivrance du visa de long séjour et de viser avec plus de précision les situations envisagées, notamment les visas « vacances-travail » mentionnés au commentaire de la disposition sous avis.

Point 3° (article 3 selon le Conseil d'État)

Le commentaire de la disposition sous avis indique que les détenteurs d'un visa de long séjour ont la faculté d'effectuer la déclaration d'arrivée auprès de l'administration communale de leur lieu de résidence visée à l'article 40, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 29 août 2008, mais n'y sont toutefois pas tenus. Or, il ne ressort pas explicitement des termes de la disposition sous avis que ces personnes se trouvent dispensées de l'obligation imposée par l'alinéa 1^{er} en question. Il convient de préciser la disposition sous avis.

Point 4° (article 4 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État se demande ce qu'il convient d'entendre par « équipe pluridisciplinaire ».

Point 5° (article 5 selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Point 6° (article 6 selon le Conseil d'État)

Le point 6° vise à modifier l'article 123 de la loi précitée du 29 août 2008 qui a trait aux recours contre les décisions en matière de rétention prévues à l'article 120, paragraphe 3, de cette loi.

Le Conseil d'État n'a pas d'observation concernant les modifications proposées à l'article 123, paragraphes 1^{er}, 2 et 4.

Il ne saurait toutefois marquer son accord avec le nouveau paragraphe 6, alinéa 1^{er}, qui institue un contrôle juridictionnel de la décision de prolongation de la mesure de rétention du ministre, et il doit s'y opposer formellement. En effet, 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.

Dès lors, le Conseil d'État propose de reformuler le 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'attente². Le nouveau paragraphe 6 se lira alors comme suit :

« (6) Lorsque le ministre envisage de prolonger la durée de la rétention, il adresse une requête au président du Tribunal administratif qui statue d'urgence et en tous cas dans les dix jours de la requête après avoir entendu la personne concernée.

Contre cette décision du président du Tribunal administratif, la personne concernée peut interjeter appel devant la Cour administrative. Les paragraphes 4 et 5 sont applicables.

À défaut de saisine du président du Tribunal administratif par le ministre, dans le délai prévu, le retenu est remis en liberté. »

Le Conseil d'État tient à relever que, pour ce qui est de cette modification, il aurait été utile de disposer de l'avis des juridictions administratives.

Point 7° (article 7 selon le Conseil d'État)

Concernant la modification proposée à l'article 124, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 29 août 2008, le Conseil d'État propose le libellé suivant :

« Le ministre charge la Police grand-ducale de l'exécution de la décision d'éloignement. »

Le Conseil d'État lit le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, en ce sens que la notion de « l'éloignement des étrangers » ne se limite pas aux seules deux mesures énumérées aux points a) et b) mais que les mesures y visées font partie d'un ensemble de mesures couvertes par ladite notion. Celle-ci peut dès lors également comprendre d'autres mesures, dont notamment l'action physique de l'éloignement de l'étranger. Aux yeux du Conseil d'État, l'alinéa deux n'est donc pas à considérer comme exhaustif. Si toutefois cette

² Articles L222-1 à L222-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile français.

notion est à lire comme une définition exhaustive (et le commentaire de l'article indique que « une définition de l'éloignement est introduite à l'article 124, paragraphe 1 »), le Conseil d'État doute qu'une définition tellement restrictive puisse être utile dans ce contexte et se limiter à ces deux seuls éléments. Il conviendrait alors d'étendre cette définition pour y inclure tous les éléments pertinents. Au regard de ces observations, le Conseil d'État propose de formuler la phrase introduisant les mesures prévues aux points a) et b), comme suit :

« Aux fins de permettre l'éloignement, la Police grand-ducale procède aux mesures suivantes : »

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, alinéa 3, le Conseil d'État, tout en pouvant marquer son accord avec cette disposition, note que seuls les locaux destinés à l'habitation sont couverts par cet alinéa, à l'exclusion de possibles autres locaux qui pourraient, le cas échéant, héberger des étrangers à éloigner, sans pour autant constituer des locaux destinés à l'habitation.

Points 8° à 10° (articles 8 à 10 selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Le Conseil d'État signale que la division fondamentale du dispositif est l'article. L'article est indiqué en introduction du texte sous la forme abrégée « **Art.** ». Les articles sont numérotés en chiffres arabes, mis en caractères gras et suivis d'un point. Par ailleurs, il y a lieu de laisser un espace entre cette forme abrégée et le numéro d'article, qui est à faire suivre d'un point, pour lire à titre d'exemple « **Art. 1^{er}, Art. 2., Art. 3.,...** ».

Lorsqu'il est envisagé de modifier plusieurs articles d'un même texte qui ne se suivent pas ou lorsqu'il s'agit d'apporter de manière ponctuelle des modifications à des articles qui se suivent, il faut consacrer à chaque article à modifier un article distinct, comportant un chiffre arabe.

L'intitulé complet ou, le cas échéant, abrégé de l'acte à modifier doit obligatoirement être mentionné au dispositif à la première modification qu'il s'agit d'apporter à cet acte, même s'il a déjà été cité dans l'intitulé ou auparavant dans le dispositif. Les modifications subséquentes que le dispositif apporte à cet acte se limiteront à indiquer « de la même loi », en lieu et place de la citation de l'intitulé.

À l'occasion du remplacement d'articles dans leur intégralité ou de l'insertion d'articles, le texte nouveau est précédé de l'indication du numéro correspondant qui est souligné, au lieu d'être mis en gras, pour mieux le distinguer du numéro des articles de l'acte modificatif.

Points 1° à 10° (articles 1^{er} à 10 selon le Conseil d'État)

En ce qui concerne le point 3° (article 3 selon le Conseil d'État), le Conseil d'État signale que lorsqu'on se réfère à un premier paragraphe, les lettres « er » sont à insérer en exposant derrière le numéro pour lire « paragraphe 1^{er} ».

Au point 6° (article 6 selon le Conseil d'État), alinéa 1^{er}, pour l'institution d'un recours en réformation, il est indiqué d'écrire :

« Contre les décisions prises en vertu de l'article 120, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, un recours en réformation est ouvert devant le Tribunal administratif ».

Au point 7° (article 7 selon le Conseil d'État), il faut laisser une espace entre la forme abrégée « Art. » et le numéro d'article pour lire « Art. 124 (1) Les décisions de retour [...] ».

Le point 8° (article 8 selon le Conseil d'État), est à reformuler comme suit :

« 8° À l'article 141, les termes « d'un mois à deux ans » sont remplacés par les termes « d'un mois à trois ans » et les termes « 251 à 3 000 euros » sont remplacés par les termes « 251 à 12.500 euros ». »

De ce qui précède, le Conseil d'État demande de reformuler le projet de loi sous examen comme suit :

« **Art. 1^{er}.** L'article 35, paragraphe 2, de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, est complété par une lettre h libellée comme suit : [...].

Art. 2. L'article 38, de la même loi, est complété d'un nouveau point 4 libellé comme suit : [...].

Art. 3. L'article 40, paragraphe 1^{er}, de la même loi, est complété d'un alinéa 3 libellé comme suit : [...].

Art. 4. À l'article 103, de la même loi, à la suite de la première phrase est insérée une nouvelle phrase libellée comme suit : [...].

Art. 5. À l'article 120, de la même loi, le paragraphe 3 est divisé en deux alinéas distincts et se lira comme suit : [...].

Art. 6. L'article 123, de la même loi, est modifié comme suit :
« Art. 123. (1) Contre les décisions visées à l'article 120, paragraphe (3), alinéa 1^{er}, un recours en réformation est ouvert [...]. »

Art. 7. L'article 124, de la même loi, est remplacé par le libellé qui suit :

« Art. 124. (1) Les décisions de retour [...]. »

Art. 8. À l'article 141, de la même loi, les termes [...].

Art. 9. À l'article 147, paragraphe 1^{er}, de la même loi, les termes [...].

Art. 10. À l'article 148, paragraphe 1^{er}, de la même loi, le terme « maximum » est supprimé. »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, le 8 mai 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes