

**N^{os} 5437²
5302¹**

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

relatif au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection

PROPOSITION DE LOI

**modifiant la loi du 3 avril 1996 portant création d'une procédure
relative à l'examen d'une demande d'asile**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(3.5.2005)

Par dépêche du 20 janvier 2005, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, soumit à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi relatif au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection. Le texte du projet de loi, élaboré par le ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration, était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles. Selon la dépêche du Premier Ministre, le projet sous avis remplace le projet de loi No 5330

- portant accélération de la procédure d'asile et
- portant modification de la loi modifiée du 3 avril 1996 portant création:
 1. d'une procédure relative à l'examen d'une demande d'asile;
 2. d'un régime de protection temporaire,

déposé le 18 avril 2004 à la Chambre des députés, qui est ainsi devenu sans objet.

La lettre de saisine ne précise pas si les chambres professionnelles furent saisies d'une demande d'avis.

Par dépêche du 12 mars 2004, le Conseil d'Etat avait encore été saisi d'une proposition de loi modifiant la loi du 3 avril 1996 portant création d'une procédure relative à l'examen d'une demande d'asile, élaborée par le député Jacques-Yves Henckes. Cette proposition de loi était accompagnée d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

Par dépêches respectivement du 28 février 2005 et du 28 avril 2005, le Conseil d'Etat reçut les avis du Collectif Réfugiés Luxembourg et de la Commission consultative des droits de l'Homme sur le projet de loi sous examen.

A la date d'émission du présent avis, le Conseil d'Etat ne s'était pas encore vu communiquer ni les avis des chambres professionnelles concernées, ni la prise de position du Gouvernement, ni l'appréciation de la Chambre des députés prise conformément à l'article 60 de son règlement d'ordre intérieur.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

L'exposé des motifs précise que l'objet du projet de loi est de transposer en droit luxembourgeois trois directives d'ores et déjà adoptées par le Conseil, à savoir:

1. la 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 Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil (ci-après directive „Protection temporaire“);
2. la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres (ci-après directive „Conditions d'accueil“);
3. la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié, ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, relatives au contenu de ces statuts (ci-après directive „Qualification“).

Le projet de loi tend aussi à intégrer par anticipation les dispositions figurant dans la proposition modifiée de directive du Conseil dans sa version du 9 novembre 2004 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres (ci-après: Proposition de directive „Procédure“).

Au-delà de la transposition des directives européennes, le projet contient également des dispositions nouvelles qui remplacent la loi modifiée du 3 avril 1996 portant création

1. d'une procédure relative à l'examen d'une demande d'asile;
2. d'un régime de protection temporaire.

Par ce volet du projet, qui reprend dans les grandes lignes le projet No 5330 déposé le 18 avril 2004 à la Chambre des députés, le Gouvernement entend réduire la durée de la procédure d'asile par le biais de l'introduction d'une procédure accélérée dans certains cas bien définis, par l'abrogation de certains recours, l'introduction de délais administratifs et judiciaires abrégés et par la création de mécanismes visant à imposer aux demandeurs d'asile une participation active à l'instruction de la demande.

Si le projet No 5330 se limitait exclusivement à modifier la loi modifiée du 3 avril 1996 susmentionnée, le projet sous avis adopte une approche plus globale et cohérente en incluant un ensemble de dispositions figurant dans les directives en question et que le Luxembourg s'était engagé à transposer de toute manière dans des délais très rapprochés. A signaler que la Commission européenne a d'ores et déjà engagé une procédure en manquement contre le Luxembourg pour ne pas avoir transposé la directive „Protection temporaire“ avant la date limite du 31 décembre 2002. La loi du 3 avril 1996, qui sera abrogée avec l'entrée en vigueur de la loi sous examen, se limitait à un examen des demandes d'asile au sens de la Convention de Genève signée le 28 juillet 1951.

D'après ses auteurs, le projet poursuit trois objectifs majeurs:

- la réduction de la durée de la procédure, tant administrative, que judiciaire;
- la précision des droits et obligations des demandeurs de protection internationale;
- l'introduction d'un statut de protection subsidiaire.

Il est un fait que le droit d'asile est actuellement en crise. La notion même, qui devrait être perçue dans toute société démocratique et pluraliste comme un signe extérieur d'excellence, risque de perdre sa connotation positive. Vilipendé d'une part par toutes sortes de populistes attisant la méfiance ancienne des populations à l'égard de l'étranger, le droit d'asile est également menacé par son attrait auprès de nombreuses populations vivant dans la misère à travers le monde et qui nourrissent l'espoir d'accéder, par l'invocation de ce droit, à un niveau de vie décent. Tout système d'asile doit toujours avoir pour principal souci de garantir la protection des personnes menacées dans leurs droits et libertés fondamentaux.

Dans le contexte de la directive 2001/55/CE „Protection temporaire“ ressurgit le souvenir des événements du début de la deuxième Guerre mondiale, lorsque des milliers de Luxembourgeois habitant les régions proches de la frontière française se sont réfugiés temporairement dans le Sud de la France. Ils y furent accueillis par une population locale déjà traumatisée par la déroute de l'armée française face à l'ennemi et par la déperdition de ses structures étatiques.

Il échet de souligner que le mouvement de migration forcé vers l'Europe reste relativement limité en comparaison avec ce qui se produit ailleurs dans le monde. Le Haut-Commissariat des Nations Unies

pour les réfugiés (HCR) estime que début 2004 le nombre total de réfugiés à travers le monde était de 9,7 millions. Le HCR a relevé une baisse sensible de près de 10% du nombre de réfugiés en un an (de 10,5 millions à 9,7 millions). En 2003, 809.000 personnes ont invoqué le droit d'asile.

Les auteurs du projet font remarquer qu'un certain nombre de demandeurs profitent de leur séjour au pays pour „commettre des délits plus ou moins graves“. S'il n'est pas de mise d'exagérer ce phénomène, il n'en demeure pas moins que le malaise auprès de l'opinion publique est réel et repose, du moins en partie, sur des constatations objectives. Ce phénomène porte un tort considérable aux demandeurs de protection internationale qui en ont véritablement besoin.

La politique européenne d'asile

La politique d'asile a longtemps été considérée comme une compétence purement nationale. L'afflux toujours croissant de demandeurs de protection internationale vers les pays de l'Union européenne, considérés par les populations des pays déshérités comme une région de paix, de justice et de prospérité, a généré entre les pays membres de l'Union une course au „moins-disant humanitaire“. Soucieux de dévier le flux de demandes vers d'autres Etats en raison de la crainte des charges budgétaires et de problèmes sociaux, plusieurs Etats ont pris individuellement des mesures de plus en plus contraignantes pour dissuader les demandeurs à s'installer sur leur sol. Des déplacements secondaires à l'intérieur de la Communauté vers les pays les plus accueillants (*asylum shopping*), suscités par les disparités importantes entre les législations nationales, ont été observés.

Une politique coordonnée au niveau communautaire s'imposait dès lors pour préserver le droit d'asile.

Ce n'est qu'à partir de la fin des années 1980 qu'une compétence a commencé à être reconnue aux Communautés européennes, avec l'affirmation du principe de libre circulation des personnes (la libre circulation étant réservée jusque-là aux seuls travailleurs). L'Accord de Schengen, signé le 14 juin 1985, constituait à cet égard le laboratoire d'essai de la suppression du contrôle des personnes aux frontières intérieures. Depuis lors, la compétence européenne en matière de réfugiés fut élargie par étapes.

Ce n'est toutefois que le Traité d'Amsterdam du 12 octobre 1997, entré en vigueur le 1er mai 1999, qui a transféré la politique d'asile du troisième pilier (celui de la coopération intergouvernementale) au premier pilier communautaire (sous les compétences des institutions communautaires).

Par cette décision, une prérogative qui relevait jusque-là de la souveraineté des Etats fut communautarisée. Aux termes de ce traité, les mesures relatives à l'asile, prévues à l'article 63 TCE, devaient être adoptées dans les cinq ans suivant son entrée en vigueur. Ce délai est dès lors révolu depuis le 1er mai 2004.

Le Conseil européen a solennellement réaffirmé le droit absolu d'asile lors du Sommet de Tampere, les 15 et 16 octobre 1999. Dans la même déclaration, le Conseil européen a invité les Etats membres à avancer vers „un régime d'asile européen“ et non seulement vers des normes minimales telles que prévues dans l'article 63 TCE par le Traité d'Amsterdam.

Ce régime d'asile européen est prévu dans le Traité instituant une Constitution pour l'Europe.

Le présent projet de loi ne constitue toutefois que la mise en œuvre de la première phase du régime d'asile engagée par le Conseil européen de Tampere.

La directive „Protection temporaire“ crée une protection spécifique en cas d'afflux massif de personnes déplacées et assure un équilibre des efforts consentis par les Etats membres. Cette directive, qui se fonde sur l'article 63.2 TCE, constitue la réponse des pays européens à des situations d'urgence telles que celles générées par les conflits en ex-Yougoslavie et au Kosovo en avril 1999. A l'instar d'autres Etats membres, le Luxembourg avait instauré par la loi du 3 avril 1996 un dispositif exceptionnel de protection temporaire. Il est apparu que les divers régimes mis en place dans les Etats membres différaient quant aux durées maximales de la protection temporaire, quant au caractère suspensif ou non de l'examen des demandes d'asile pendant la durée de la protection temporaire ainsi que sur les droits et bénéfices sociaux accordés aux bénéficiaires.

La directive actuellement en voie de transposition conçoit le régime de protection temporaire comme un dispositif „exceptionnel“ de protection „immédiate temporaire“ réservé au cas d'afflux massif, réel ou imminent de personnes déplacées en provenance de pays tiers et dont le retour dans des conditions sûres et durables est impossible en raison de la situation qui règne dans leur pays d'origine. Les clauses

d'exclusion s'inspirent de celles de la Convention de Genève, à l'exception de celles relatives aux personnes susceptibles de représenter un danger pour la sécurité de l'Etat d'accueil (l'article 28 de la directive permet aux Etats d'exclure ces personnes du bénéfice de la protection temporaire). Le déclenchement de la procédure est décidé par le Conseil des ministres, statuant à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission.

Il y a lieu de souligner qu'aux termes de l'article 3 de la directive „la protection temporaire ne préjuge pas de la reconnaissance du statut de réfugié aux termes de la Convention de Genève“. Cette directive prévoit également des mesures de solidarité entre les Etats membres par le biais du Fonds européen des réfugiés institué par la décision 2000/96/CE et par le mécanisme de solidarité et d'information prévu à l'article 25 de la directive.

La directive „Conditions d'accueil“ est applicable à tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride qui demande une protection internationale en vertu de la Convention de Genève, sur laquelle il n'a pas encore été définitivement statué, mais non aux demandeurs d'une protection subsidiaire, ni aux bénéficiaires d'une protection temporaire de la directive précitée. (Le projet de loi sous examen va plus loin en instituant la même procédure dans les trois cas de figure.) La directive vise aussi les membres de la famille du demandeur et impose notamment aux Etats membres de reconnaître au minimum aux demandeurs les droits suivants:

- information écrite dans une langue comprise par l'intéressé, dans les quinze jours du dépôt de la demande d'asile, sur ses droits et ses obligations en matière d'accueil (article 5);
- délivrance d'un document attestant de son statut de demandeur d'asile l'autorisant à séjourner et à circuler librement sur le territoire de l'Etat membre, sauf placement en rétention, pendant la durée d'examen de la demande (articles 6 et 7);
- accès des enfants mineurs au système éducatif (article 10);
- accès au marché du travail dans les limites retenues à l'article 11;
- accès (facultatif) à la formation professionnelle (article 12);
- garantie de „conditions matérielles d'accueil“ minimales (article 13).

La directive „Conditions d'accueil“ a été fortement critiquée, dans la mesure où elle esquivait des réponses communes aux questions les plus controversées telles que l'accès au marché du travail, à la formation professionnelle ou le maintien de l'unité familiale des demandeurs.

Dans la mesure où de fortes disparités subsistent à cet égard entre les législations nationales, des mouvements secondaires des demandeurs sont encouragés, ce qui conduit les Etats membres à adopter des politiques de plus en plus restrictives destinées à lutter contre des demandes jugées abusives. Ainsi, de l'avis de nombreux observateurs, le Luxembourg subirait notamment les retombées de la loi néerlandaise fixant le nouveau cadre du droit d'asile entrée en vigueur le 1er avril 2001, qui a institué un régime particulièrement dissuasif.

La directive „Qualification“ introduit des normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers et les apatrides pour prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale et relatives à ces statuts. Elle introduit un cadre commun pour un régime de protection internationale qui s'appuie sur les obligations internationales et communautaires existantes et sur la pratique actuelle des Etats membres, tout en distinguant entre deux catégories complémentaires de protection: le statut de réfugié et le statut conféré par la protection subsidiaire. Cette directive constitue une avancée majeure par rapport à la Convention de Genève, dans la mesure où elle élargit le champ des acteurs des persécutions notamment à des acteurs non étatiques, au cas où l'Etat ou ses organes „ne peuvent ou ne veulent pas accorder une protection contre les persécutions et atteintes graves ...“. Sur ce point, la Convention de Genève était imprécise, ce qui conduisait les Etats signataires à des interprétations divergentes (voir article 1er A2 de la Convention). Parallèlement à l'élargissement des acteurs des persécutions, la directive étend le champ des acteurs de la protection en y incluant également les acteurs de protection non étatiques, tels des partis ou organisations, y compris des organisations internationales qui contrôlent l'Etat ou une partie importante de son territoire.

La directive définit également la notion de „personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire“. En effet, la Convention de Genève ne couvre pas tous les besoins de protection internationale. Certaines personnes ayant besoin d'une protection internationale ne satisfont pas aux conditions requises pour l'obtention du statut de réfugié au sens de la Convention de 1951 et de son Protocole de

1967. La directive crée la possibilité „de demander et de recevoir une protection, dans le plein respect de leurs droits humains fondamentaux et de leur dignité, et qu’elles se voient accorder un traitement adéquat dans leur pays d’accueil“ (cf. exposé des motifs de la recommandation No R (2001) 18 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection subsidiaire adoptée par le Comité des Ministres le 27 novembre 2001).

Le Conseil d’Etat salue dans ce contexte la décision du Gouvernement d’établir à l’intention de ces personnes un „guichet unique“ consistant à appliquer les dispositions de la proposition de directive „Procédure“ aux deux statuts de protection internationale. Certains Etats membres avaient déjà institué par le passé un régime subsidiaire, compte tenu des exigences découlant de la Convention européenne des droits de l’homme, de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines et traitements inhumains ou dégradants et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le but de la directive est de définir des normes minimales applicables au statut de protection subsidiaire. Aux termes de l’article 15 de la directive (article 37 du projet sous avis), les atteintes graves permettant de réclamer la protection subsidiaire sont:

- la peine de mort ou l’exécution;
- la torture, des traitements ou sanctions inhumains dégradants infligés à un demandeur dans son pays d’origine; ou
- les menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d’un civil en raison d’une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international.

La directive reprend la notion de „protection à l’intérieur du pays“. Cette notion permet aux Etats membres de décider qu’un demandeur n’a pas besoin de protection internationale lorsque, dans une partie du pays d’origine, il n’y a aucune raison de craindre d’être persécuté, ni aucun risque réel de subir des atteintes graves et qu’il est raisonnable d’estimer que le demandeur peut rester dans cette partie du pays (article 8 de la directive).

L’extension de la définition des acteurs de protection est présentée comme le complément logique de l’interprétation large donnée à la notion d’auteur de persécutions. Les opérations de maintien, d’imposition ou de reconstruction de la paix sont ainsi prises en compte. A signaler que l’extension de la définition des acteurs de protection fut introduite malgré l’opposition des ONG œuvrant dans le domaine des droits de l’Homme et du HCR qui estiment que la protection accordée par ces acteurs internationaux (tels l’ONU et l’OTAN au Kosovo) est souvent superficielle et inefficace. Il est vrai que la passivité des acteurs internationaux en cas de crise aiguë (à titre d’exemple: l’inaction des forces internationales au Kosovo lors des exactions commises contre la minorité serbe en mars 2004) tend à confirmer ces inquiétudes.

Finalement, la directive „Qualification“ précise aussi le contenu des statuts de réfugié et de protection subsidiaire (éducation, protection sociale, accès à l’emploi, ...).

La proposition de directive „Procédure“, que le projet sous examen prévoit d’intégrer par anticipation dans la législation nationale, a pour objet d’établir des normes minimales concernant la procédure d’octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres et constitue une première mesure en matière de procédure d’asile dont l’objectif principal est d’instaurer un cadre minimum afin de contribuer à limiter les mouvements secondaires des demandeurs. La proposition de directive recourt à la notion de „pays d’origine sûr“ (articles 30, 30*bis* et 30*ter*) déjà très critiquée par les ONG au moment où elle fut introduite dans le protocole sur le droit d’asile pour les ressortissants des Etats membres de l’Union européenne (Protocole AZNAR). Aux termes de cette notion, toute demande d’asile présentée par un ressortissant d’un Etat membre ne peut être prise en compte ou déclarée admissible que dans des conditions strictement déterminées. Cette notion n’a pas été critiquée par le HCR, contrairement à d’autres organisations telles que AMNESTY INTERNATIONAL. La directive institue également la notion de „pays tiers sûr“ (article 27) qui permet de déclarer irrecevables les demandes de protection lorsque le demandeur est originaire d’un pays considéré comme tel.

La directive prévoit une protection particulière pour les mineurs non accompagnés et introduit un droit au profit du demandeur de rester dans l’Etat membre en attendant l’examen de sa demande.

L’adoption de la directive „Procédure“ permettra à l’Union de statuer à l’avenir à la majorité qualifiée et selon la procédure de co-décision (les conditions de l’article 67.5 du Traité étant remplies) et d’aller ainsi au-delà de l’adoption de simples normes minimales en adoptant un statut uniforme d’asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire. Le projet sous avis ne constitue dès lors qu’une étape dans le cadre de ce processus.

Sous réserve de ses observations figurant sous l'examen des articles, le Conseil d'Etat approuve le projet sous avis, dans la mesure où il adopte une approche globale tenant compte de l'intégralité des dispositions normatives européennes actuellement applicables. Sur plusieurs points essentiels, le régime de protection internationale qui entrera en vigueur avec l'adoption du projet sous rubrique est nettement plus favorable que les normes minimales imposées par les directives à transposer et qui contiennent déjà un nombre important de garanties précises et efficaces.

Ainsi, le Gouvernement a décidé d'étendre les nouvelles règles de procédure également aux personnes susceptibles de bénéficier du statut de la protection subsidiaire. Le maintien de l'assistance judiciaire, tant pour la phase administrative que pour la phase contentieuse de la procédure, constitue une sérieuse protection pour le demandeur. La charge budgétaire non négligeable de cette mesure est toutefois justifiée dans un Etat de droit.

Parallèlement au renforcement des droits et des garanties des demandeurs, le projet impose une série d'obligations nouvelles aux demandeurs. Ces réformes reposent sur l'expérience entre-temps acquise en la matière et permettront de mieux lutter contre des abus, des structures mafieuses de trafic d'êtres humains ou des comportements empreints de mauvaise foi. Par l'adoption du projet, notre pays disposera d'un texte législatif complet et efficace permettant de mieux gérer les défis futurs en ce domaine, à condition toutefois de veiller à la mise en place de structures suffisamment étoffées en moyens humains pour traiter un flux de demandes qui ne va malheureusement pas tarir de sitôt.

Quant à la structure du projet de loi

Le Conseil d'Etat observe que le projet de loi sous rubrique ne respecte pas les règles légistiques en matière d'agencement des dispositions dans un texte normatif. Il eût certainement été plus logique d'exposer dans le chapitre 2 le contenu de la protection internationale, dans le chapitre 3 les conditions d'octroi des divers statuts et dans un chapitre 4 la procédure. Le projet choisit, pour des raisons non autrement précisées, une présentation dans l'ordre inverse. Ainsi, le lecteur est confronté à des règles de procédure complexes sans connaître préalablement l'objet même de ces procédures.

Le Conseil d'Etat constate que le texte soumis à son examen ne présente pas le regroupement usuel des articles en chapitres. Les articles 1er à 3 ne figurent sous aucun chapitre, le chapitre 1er ne regroupant que les articles 4 et suivants. Cette présentation est contraire aux règles légistiques et doit être corrigée. Les articles 1er à 3 sont dès lors à regrouper, ensemble avec l'article 5, sous un chapitre intitulé „Objet, définitions et compétence“. Les chapitres subséquents seront à renuméroter en conséquence.

Le Conseil d'Etat tient par ailleurs à rappeler que les articles sont, le cas échéant, à diviser en paragraphes qui, à leur tour, se subdivisent en points, caractérisés par un numéro suivi d'un point (1., 2., ...). En cas de besoin, ces derniers sont subdivisés en employant des lettres minuscules suivies d'une parenthèse fermante [a), b), c) ...].

*

EXAMEN DES ARTICLES

Chapitre 1er (nouveau).–

Objet, définitions et compétence (selon le Conseil d'Etat)

Article 1er

Sans observation.

Article 2

Le Conseil d'Etat constate que toutes les définitions figurant dans les trois directives et la proposition de directive „Procédure“ ne sont pas reproduites à l'article 2. Dans la mesure où les définitions proposées dans la directive se contentent de donner à certains mots ou expressions leur sens usuel, leur reproduction n'est pas nécessaire. La définition figurant sous la lettre k) n'est pas conforme à celle des directives. Aux termes de l'article 2, lettre d), point i) de la directive „Qualification“, le conjoint du demandeur d'asile se définit comme: „le conjoint du demandeur d'asile, ou son (sa) partenaire non marié(e) engagé(e) dans une relation stable, lorsque la législation ou la pratique de l'Etat membre

concerné réserve au couple non marié un traitement comparable à celui réservé au couple marié, en vertu de sa législation sur les étrangers“.

Le Conseil d'Etat insiste à voir reprendre la définition plus large figurant dans les directives „Conditions d'accueil“ et „Qualification“ et qui inclut le concubin stable (même si la pratique administrative semble par le passé avoir adopté une interprétation conforme au texte de la directive). La définition figurant sous le point 2 k) a) se lira dès lors comme suit:

„Le conjoint du bénéficiaire d'un statut de protection internationale ou son (sa) partenaire non marié(e) engagé(e) dans une relation stable.“

Pour les enfants du couple visés à l'article 2, lettre k), point b), l'expression „sans tenir compte du fait qu'ils sont légitimes, sans hors mariage ou adoptés“ est également à remplacer par la formule figurant dans la directive: „... sans discrimination selon qu'ils sont nés du mariage, hors mariage ou qu'ils sont adoptés selon les définitions du droit national“. Cette formulation a l'avantage d'écarter la notion d'„enfant légitime“ jugée discriminatoire et qui devra d'ailleurs prochainement être remplacée par la notion d'„enfant né du mariage“. Le Conseil d'Etat propose également de reproduire à l'article 2 la définition du terme „rétention“ figurant dans l'article 2 de la directive „Conditions d'accueil“. Le terme „rétention“ se définit comme „toute mesure d'isolement d'un demandeur de protection internationale dans un lieu déterminé, où le demandeur est privé de sa liberté de mouvement“. Pour rendre la liste des définitions mieux lisible, le Conseil d'Etat propose d'aligner les concepts définis par ordre alphabétique.

Article 3

Sans observation.

Chapitre 1er (2 selon le Conseil d'Etat)

Le chapitre 1er (2 selon le Conseil d'Etat) contient les mesures de transposition de la directive „Conditions d'accueil“ et de la proposition de directive „Procédure“ ainsi que des dispositions reprises du projet de loi 5330 devenu sans objet par suite du dépôt du projet sous examen.

Article 4 (5 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 5 (4 selon le Conseil d'Etat)

Les dispositions relatives à la composition et aux compétences de la commission ne devraient pas figurer dans le chapitre consacré à la procédure de demande de protection. Le Conseil d'Etat propose de faire figurer cet article sous le chapitre 1er nouveau.

Quant au fond, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler.

Article 6

L'obligation prévue au paragraphe 1er de présenter la demande de protection internationale en personne est conforme à l'article 5.1. de la proposition de directive „Procédure“. Le Conseil d'Etat estime que cette exigence est légitime. L'impossibilité de présenter la demande par le biais d'un mandataire peut contribuer à éviter les abus cités dans l'exposé des motifs. L'obligation imposée à toute autorité susceptible d'être contactée par le demandeur d'indiquer la procédure et le lieu de l'autorité compétente constitue une garantie supplémentaire pour le demandeur. Le paragraphe 2 paraît *a priori* en contradiction avec le paragraphe 1er. A partir du moment où la loi exige que tout demandeur doit présenter la demande „en personne“, le paragraphe 2 vise une hypothèse exclue par le paragraphe 1er. A supposer que la restriction introduite au paragraphe 1er ait pour seule finalité d'exclure la présentation de la demande par un mandataire non membre de la famille, il serait préférable de le reformuler.

Chaque membre d'une même famille peut, le cas échéant, faire valoir des motifs distincts justifiant l'admission à un statut de protection internationale. Dès lors, l'exigence d'une demande personnelle est dans l'intérêt des demandeurs. Le Conseil d'Etat estime néanmoins qu'il est préférable de reproduire les termes de l'article 5.3. de la proposition de directive „Procédure“ dans le paragraphe 1er pour assurer une transposition fidèle. Dans les milieux culturels dont sont issus certains demandeurs, il est en effet souvent d'usage de faire entreprendre les démarches administratives par le mari ou le „chef

de famille“. En permettant le dépôt de la demande à titre individuel ou par un membre de la famille, cette possibilité est donnée.

L'article 6, paragraphes 1er et 2 se lira dès lors comme suit:

„(1) Sous peine d'irrecevabilité, le demandeur de protection internationale, ci-après „le demandeur“, doit présenter sa demande en personne ou par l'intermédiaire d'un membre de sa famille, soit à la frontière, soit à l'intérieur du pays. Le ministre fait en sorte à ce que les autorités auxquelles est susceptible de s'adresser une personne souhaitant présenter une demande de protection internationale, soient en mesure de lui indiquer où et comment elle peut présenter une telle demande.

(2) Au moment du dépôt de la demande ou au plus tard lors de l'entretien personnel avec la personne au nom de laquelle une demande a été introduite par un membre de la famille, le ministre s'assure du consentement de la personne majeure y relatif.“

Ce libellé aura l'avantage de respecter la directive, tout en évitant le recours aux notions de „personne à sa charge“ ou „membre de famille dont il dépend“, qui sont difficiles à apprécier dans les faits.

Le paragraphe 3 est conforme au libellé de l'article 9.1.a) de la proposition de directive „Procédure“ et à l'article 5 de la directive „Conditions d'accueil“. Le Conseil d'Etat propose de préciser, à cet endroit, que l'information écrite sur les droits comprend également déjà à ce stade les droits tels qu'ils résultent de l'article 7, paragraphe 1er en reformulant le paragraphe 3 comme suit:

„(3) Le demandeur est informé par écrit et, dans la mesure du possible, dans une langue dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend, du contenu de la mesure de protection internationale, de ses droits et notamment de ceux qui résultent de l'article 7, paragraphe 1er, et de ses obligations pendant cette procédure et des conséquences possibles en cas de non-respect de ses obligations et de non-coopération avec le ministre.“

Selon le paragraphe 4, le demandeur est obligé de remettre ses documents d'identité et toute autre pièce utile à l'examen de sa demande au ministre. Cette obligation est conforme à l'intérêt du demandeur et se justifie au vu des explications fournies dans le commentaire des articles. Il y aurait toutefois lieu de prévoir que ces documents ne sont non seulement restitués en cas d'admission au statut de réfugié ou de protection subsidiaire, mais également dans l'hypothèse où le demandeur se voit délivrer une autorisation de séjour (par exemple en cas de mariage avec un ressortissant communautaire). Il est vrai que la restitution des documents dans ce cas de figure peut paraître évidente.

Le paragraphe 5 correspond à l'article 6 de la directive „Conditions d'accueil“.

Le texte du projet prévoit la remise d'une pièce attestant l'enregistrement de la demande de protection internationale „dans les trois jours du dépôt de la demande“.

Les auteurs du projet n'indiquent pas les raisons qui justifieraient le cas échéant l'introduction d'un délai entre le dépôt de la demande et la délivrance du document. Dans la mesure où le demandeur ne peut accéder à l'aide sociale qu'à partir du moment où il peut exhiber ce document (cf. article 6, paragraphe 7), le Conseil d'Etat propose de prévoir la remise de l'attestation au moment du dépôt de la demande.

Le Tribunal administratif a décidé que le visa communal qui existait déjà sous l'empire de la loi du 3 avril 1996 ne constitue qu'une simple formalité et n'impose nullement aux autorités communales de procéder à un contrôle du lieu de résidence effectif. Cette procédure sert exclusivement à assurer la présence du demandeur à la commune de son domicile le jour de la demande du visa (Trib. adm., jugement du 26 mai 2004, No 17137).

Le paragraphe 6 n'exige pas d'observation.

Le paragraphe 7 renvoie à un règlement grand-ducal quant aux modalités d'une aide sociale. Dans le cadre de la loi du 3 avril 1996, le règlement du 4 juillet 2002 fixe ces conditions.

Quant aux paragraphes 8 et 9, au vu des explications fournies par le Gouvernement, le bien-fondé de l'introduction des dispositions organisant la notification des communications émanant du ministre est admis par le Conseil d'Etat. Une disposition analogue figure dans l'article 52/2 de la loi modifiée belge du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Le paragraphe 12 vise les cas libellés à l'article 6 de la proposition de directive „Procédure“.

Article 7

La possibilité offerte à tout demandeur, de se faire assister à titre gratuit par un interprète et un avocat librement désignés, tant pour la procédure administrative, que dans le cadre de la procédure contentieuse, constitue une garantie substantielle qui va bien au-delà des standards minimalistes des articles 9 et 13 de la proposition de directive „Procédure“. Cette disposition figurait déjà dans l'article 5 de la loi du 3 avril 1996.

Article 8

Au vu des informations et des données statistiques fournies par les auteurs, la possibilité accordée au service de police judiciaire de procéder, en cas de besoin, à une fouille corporelle en dehors des conditions restrictives figurant à l'article 45(6) du Code d'instruction criminelle, peut être approuvée. Le Conseil d'Etat estime toutefois que cette disposition est à interpréter restrictivement. Il propose à cet effet de lire la troisième phrase de l'article 8 comme suit:

„Il peut procéder en cas de nécessité et aux fins de l'établissement de l'identité à une fouille corporelle du demandeur et à une fouille de ses affaires.“

Article 9

Cet article traite du déroulement de l'entretien du demandeur avec un „agent du ministère“. Le terme „ministère“ est à remplacer par „ministre“. La procédure respecte en tous points les normes minimales figurant aux articles 9 à 12 de la proposition de directive „Procédure“. Le Conseil d'Etat estime que les dispositions figurant à l'article 9 garantissent correctement le respect des droits du demandeur.

En ce qui concerne le paragraphe 2, le Conseil d'Etat part de la prémisse que les auteurs du projet n'entendent pas imposer aux demandeurs la présentation d'une preuve documentaire du bien-fondé de leur demande.

Le paragraphe 5 permet de ne pas procéder à un entretien lorsque le ministre estime que le demandeur n'est pas „en mesure d'être interrogé en raison de circonstances durables indépendantes de sa volonté“. Le Conseil d'Etat estime que ce paragraphe mériterait d'être précisé, la formulation actuelle laissant une marge d'appréciation trop large au ministre et risquant d'ouvrir ainsi la voie à l'arbitraire. Les circonstances invoquées pour ne pas procéder à l'entretien ainsi que les moyens mis en œuvre pour permettre au demandeur de fournir davantage d'informations devront résulter avec précision du dossier.

Article 10

Cet article introduit la possibilité de placer un demandeur dans une „structure fermée“ dans des cas limitativement énumérés. Le recours à une mesure de rétention est expressément prévu par la directive „Conditions d'accueil“ dans ses articles 6 et 7. Très critiquée par certaines ONG et notamment le Collectif Réfugiés Luxembourg, alors que la rétention constitue manifestement une atteinte aux principes du droit à la liberté individuelle, il n'en demeure pas moins qu'une telle mesure peut s'imposer dans des situations d'abus et pour garantir le respect de la loi.

D'une manière générale, il doit être permis de se demander si une personne sollicitant le bénéfice d'une protection internationale en invoquant les causes graves libellées dans la loi (crainte d'exécution, torture, menace contre la vie, ...) ne doit pas accepter, dans les cas limitativement énumérés par la loi, une restriction temporaire de sa liberté, si cette mesure extraordinaire est jugée nécessaire par les autorités du pays d'accueil en vue de procéder à une instruction individuelle de la demande.

Le recours à un centre de rétention fermé fut d'ailleurs proposé par le HCR dans le cadre d'une concentration des efforts de l'Union européenne (cf. la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen (COM/2003/0315)) et pour des groupes composés essentiellement de migrants économiques. Il faut relever que la possibilité d'un placement en centre fermé existe dans les autres pays de l'Union et peut être nécessaire dans certaines situations au maintien d'une politique crédible en matière de protection internationale.

Le Conseil d'Etat constate que le recours à cette mesure est strictement encadré et que les recours contentieux sont préservés. Par ailleurs, la mesure ne peut excéder trois mois avec la possibilité d'une reconduction de chaque fois un mois si les documents de voyage nécessaires en vue de l'éloignement n'ont pas encore été établis, sans que la durée totale du placement ne puisse dépasser six mois.

Le projet de loi ne précise pas l'endroit où ce placement sera exécuté, ni les modalités pratiques de l'exécution de cette mesure. Le Conseil d'Etat se permet de renvoyer à ce sujet à son avis du 6 octobre 1992 relatif au projet de loi modifiant la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant: 1. l'entrée et le séjour des étrangers; 2. le contrôle médical des étrangers; 3. l'emploi de la main-d'œuvre étrangère, et dont l'objet consistait à modifier l'article 15 de la loi de base qui autorise le ministre de la Justice, après délibération du Conseil, à mettre un étranger qui a fait l'objet d'une demande d'expulsion ou de refoulement à la disposition du Gouvernement: „De l'avis du Conseil d'Etat il est indispensable que le ministère de la Justice trouve des locaux ou des services appropriés dans lesquels les mesures de privation de liberté en question puissent être exécutées en toute sécurité. Il n'est pas concevable de placer les étrangers en question systématiquement parmi des délinquants.“ La Commission consultative des Droits de l'Homme s'est également prononcée sur ce sujet dans son avis relatif à „l'expulsion et le refoulement du territoire des étrangers en situation irrégulière“, publié en avril 2003. La Commission a émis la suggestion suivante: „Créer un établissement véritablement distinct, fonctionnant indépendamment du centre pénitentiaire et ne dépendant pas de l'administration pénitentiaire, pour accueillir les personnes faisant l'objet d'une mesure de rétention, en vue de soumettre les mesures de rétention à un régime véritablement différent de celui des mesures de détention exécutées en vertu de la loi pénale ...“.

Le Conseil d'Etat note que le Gouvernement vient de décider le 25 mars 2005 l'aménagement d'un centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière d'une capacité de 150 places sur un terrain situé à proximité de l'aéroport de Luxembourg. Ce centre sera également destiné à accueillir les demandeurs d'asile déboutés de leur demande qui s'opposent au retour dans leur pays d'origine. Le fonctionnement interne du centre de rétention devra être organisé de manière à différencier plus nettement cette structure du régime carcéral.

Article 11

L'introduction de la notion de „retrait implicite“ est prévue à l'article 20 de la proposition de directive „Procédure“. La situation visée par la loi est conforme aux exigences minimales de la directive. La directive, qui autorise l'application de la présomption du retrait implicite sous la seule condition que le requérant ne se soit pas rendu à un entretien personnel avec l'agent du ministre, prévoit dans ce cas de figure la possibilité, pour le demandeur, de rapporter la preuve que cette absence était indépendante de sa volonté. Cette contre-preuve n'est pas prévue dans le projet sous examen.

Il échet de constater que cette situation (non-respect de la convocation à l'entretien) n'est citée dans la directive qu'à titre d'exemple („notamment“) et que par ailleurs l'absence de la possibilité d'une contre-preuve, pourtant prévue dans un des exemples cités dans la directive, est compensée dans le projet sous examen par l'exigence d'une deuxième condition cumulative (la non-prolongation de la pièce attestant l'enregistrement de la demande de protection internationale pendant une durée de deux mois au moins).

Article 12

Cet article, qui repose sur l'article 15 de la proposition de directive „Procédure“, introduit une série de protections particulières au profit des demandeurs mineurs non accompagnés qui constituent une population particulièrement vulnérable. En instituant la désignation obligatoire d'un tuteur pour les mineurs de moins de 16 ans, le projet va certes au-delà de la directive, mais n'est pas conforme aux dispositions du Code civil qui sont d'ordre public en ce domaine. Le projet de loi traite du sujet délicat des enfants mineurs non accompagnés, en dehors de l'article 12, à l'article 52 et à l'article 69. Le tuteur visé à l'article 52 du projet (cet article règle la situation des bénéficiaires d'un statut de protection) serait-il différent du tuteur cité à l'article 12 (relatif aux demandeurs)? Dans la négative, pourquoi maintenir deux dispositions distinctes? Une quelconque différenciation entre le régime de protection institué pour les enfants demandeurs de protection et les enfants bénéficiant d'un statut de protection est prohibée par le régime de protection d'ordre public institué par le Code civil.

Aux termes de l'article 390 du Code civil, „la tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère se trouvent dans l'un des cas prévus à l'article 376“. Le cas visé est celui où les parents sont hors d'état de manifester leur volonté en raison de leur absence ou de leur éloignement. Les mineurs non accompagnés étant en règle générale sans lien de famille au pays, le juge des tutelles constatera que la tutelle est vacante. Il devra déférer la tutelle à l'Etat et désigner un administrateur public (cf. article 433 du Code civil). Dans la mesure où l'article 390 du Code civil dispose que „la tutelle s'ouvre ...“, l'ouverture

de la tutelle ne dépend dès lors pas d'une décision du juge. Elle est „ouverte“ dès que le mineur est dépourvu de parents. Au risque de violer les droits fondamentaux de l'enfant, il ne peut dès lors être décidé de ne pas ouvrir une tutelle dans les cas visés à l'article 12(2) hormis, le cas échéant, l'hypothèse visée à l'article 12(2a). La circonstance que le mineur ait pu se faire désigner un avocat ne peut le priver de la protection assurée par un tuteur dont les fonctions légales vont largement au-delà des obligations d'un avocat. L'intervention de l'avocat se limitera en effet à l'assistance dans le cadre de la procédure de protection internationale. Il n'a aucune compétence pour remplacer un tuteur. Rappelons que la tutelle est „une protection due à l'enfant“ (article 427 du Code civil). La même obligation résulte d'ailleurs de la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 et ratifiée par la loi du 20 décembre 1993 (article 20(1) et article 22(2)). Le Conseil d'Etat exige dès lors, sous peine d'opposition formelle, la suppression de l'article 12 (2) b), c), d).

Au vu des explications fournies dans l'exposé des motifs, le pouvoir donné au ministre d'ordonner des examens médicaux afin de déterminer l'âge du demandeur se déclarant mineur doit être approuvé pour éviter des détournements de la procédure. Ces examens médicaux ne permettent pas de fixer l'âge biologique avec précision. Un éventuel doute devra toujours bénéficier au demandeur.

La proposition de directive prévoit en son article 15.6 que „l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être une considération primordiale pour les Etats membres lors de la mise en œuvre des dispositions protectrices“. Ce paragraphe rappelle une disposition d'ordre public reprise dans de nombreux traités et textes législatifs et notamment dans la Convention relative aux droits de l'enfant et il n'était dès lors pas besoin de la reproduire dans la présente loi.

Article 13

Cet article contient la transposition de l'article 21 de la proposition de directive „Procédure“. Le projet de loi accorde les droits reconnus au HCR également „à toute organisation agissant au nom du HCR sur le territoire luxembourgeois en vertu d'un accord conclu avec ce dernier“.

Le Conseil d'Etat se demande s'il est opportun de céder au seul HCR la compétence pour désigner des organisations autorisées à avoir accès aux demandeurs et aux informations concernant les demandes.

Il est proposé de réserver les attributions figurant à l'article 13 a), b), c) également à des organisations disposant d'un agrément sur base de critères et de conditions à fixer dans la loi. En vertu des articles 3 et 4 de la loi du 25 juin 2002 portant institution d'un comité luxembourgeois des droits de l'enfant, appelé „Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand“ (ORK), il y a lieu de confier ces mêmes prérogatives à cette institution.

L'article 13 se lira dès lors comme suit:

„Art. 13.– (1) Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), les membres du Comité luxembourgeois des droits de l'enfant (ORK) ainsi que toute organisation disposant d'un agrément sont autorisés:

- a) ...
- b) ...
- c) ...

(2) L'agrément peut être délivré aux organisations qui

- a) justifient d'une activité d'information et de soutien régulière et durable au profit des demandeurs de protection internationale;
- b) remplissent les conditions d'honorabilité, tant dans le chef des membres des organes dirigeants de l'organisation, que dans le chef des personnes physiques chargées de ces missions;
- c) s'engagent à garantir aux demandeurs la protection de leur vie privée et le respect de leurs convictions philosophiques et religieuses.

Les personnes physiques agissant au nom et pour compte des organisations agréées se verront délivrer une autorisation écrite par le ministre.

Les conditions et les modalités de délivrance et de retrait de l'agrément peuvent être précisées par règlement grand-ducal.“

Article 14

L'article 14 contient une disposition clé du projet. Aux termes du projet, l'accès au marché de l'emploi est refusé à tout demandeur de protection pendant un an, c'est-à-dire pendant le délai maximum admis par la directive „Conditions d'accueil“. Ce délai peut être prolongé indéfiniment si le ministre estime que la décision sur le bien-fondé de la demande n'a pas été prise pour des raisons imputables au demandeur. L'accès au marché de l'emploi n'est possible après un an que moyennant obtention d'une „autorisation d'occupation temporaire pour une période de six mois renouvelable“, valable pour un employeur déterminé et pour une seule profession. Le ministre peut toujours refuser l'octroi ou le renouvellement d'occupation temporaire en invoquant notamment la priorité d'embauche communautaire. En complément à cette panoplie impressionnante de mesures administratives dissuasives, l'article 14 ajoute que l'autorisation temporaire perd sa validité à l'échéance de son terme, en cas de résiliation du contrat de travail et en cas de rejet définitif de la demande de protection internationale.

Cette attitude pusillanime des auteurs du projet tranche singulièrement avec des appels de plusieurs groupements d'employeurs réclamant l'ouverture du marché de l'emploi aux demandeurs de protection dans des secteurs jugés peu attractifs par des demandeurs disponibles sur le marché (voir dans le même sens l'avis du Conseil économique et social du 11 mars 2005 sur l'évolution économique, sociale et financière du pays, sous le point 5124).

Peut-on s'imaginer que face aux écueils dressés, un employeur soit incité à engager un demandeur de protection internationale? Le Conseil d'Etat estime que l'Etat a un intérêt à ouvrir modérément le marché de l'emploi aux demandeurs de protection internationale, sachant que le maintien obligé dans l'oisiveté, aux frais du contribuable, génère forcément des effets négatifs tels que le travail au noir et la délinquance.

Au vu de ces considérations, le Conseil d'Etat propose de réduire le délai prévu au paragraphe 1er à six mois (au lieu d'un an) et de délivrer l'autorisation d'occupation temporaire introduite au paragraphe 2 pour toute la durée subséquente de la procédure, les autres restrictions étant maintenues. Le pouvoir d'intervention du ministre resterait ainsi entier alors qu'il pourra toujours invoquer, en cas de nécessité, la priorité d'embauche communautaire.

Dans l'appréciation du délai précité, il y a lieu de ne pas perdre de vue les délais d'instruction des demandes de délivrance d'une autorisation d'occupation temporaire (en règle générale entre trois et quatre mois) et qui retarderont d'autant l'accès sur le marché du travail.

Aux termes de l'article 14, paragraphe 2, l'autorisation d'occupation temporaire délivrée aux demandeurs pendant l'instruction de la demande ne serait valable que pour un employeur déterminé et une seule profession. Ce texte reprend les dispositions de l'article 1er du règlement grand-ducal modifié du 12 mai 1972 déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers. Le Conseil d'Etat estime que le régime des autorisations de travail actuellement en vigueur devrait faire l'objet d'une réflexion globale.

Force est de constater que tous les problèmes en rapport avec la législation sociale sont loin d'être élucidés et nécessiteront des adaptations législatives. Le Conseil d'Etat ne citera que quelques exemples: Le demandeur de protection devra-t-il s'acquitter des cotisations à la Caisse de retraite, sachant qu'il ne pourra en profiter qu'en cas d'obtention définitive du statut? Quels seront les droits du demandeur en cas de grossesse ou d'invalidité? Le souci compréhensible du Gouvernement de ne pas effacer la distinction entre un demandeur de protection et un immigré peut aboutir, dans plusieurs hypothèses, à des situations juridiquement inextricables. Le Conseil d'Etat observe que la situation légale n'est pas plus claire sous le régime de la loi modifiée du 3 avril 1996 portant création d'une procédure relative à l'examen d'une demande d'asile qui, en son article 23 traitant du régime de protection temporaire, se limite à instituer une autorisation d'occupation temporaire „dans les conditions fixées par la réglementation déterminant les mesures applicables pour l'emploi de travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg“ (articles 13 et 14 du règlement grand-ducal modifié du 12 mai 1972). Il propose dès lors au Gouvernement d'élaborer un statut de protection sociale global des demandeurs et de fournir une réponse claire à ces situations.

Pour ce qui est du paragraphe 9, le Conseil d'Etat exige que les auteurs précisent leur pensée. Le droit d'accès à la formation doit être introduit surtout et avant tout pour les mineurs au-delà de l'âge de la scolarité obligatoire. Le Conseil d'Etat estime également que le législateur devrait garantir un

droit positif d'accès à la formation dans la loi plutôt que de renvoyer exclusivement à un futur règlement grand-ducal. Il propose dès lors le libellé suivant:

„Les demandeurs ont accès à la formation des adultes, aux cours de formation professionnelle et aux stages en entreprise. Un règlement grand-ducal à prendre sur avis du Conseil d'Etat peut en préciser les modalités d'accès.“

Article 15

Sans observation.

Article 16

Aux termes du paragraphe 1er, toute demande est irrecevable lorsque le demandeur est un citoyen de l'Union européenne.

Le Conseil d'Etat approuve cette disposition de la loi, conforme au Protocole sur le droit d'asile pour les Etats membres de l'Union européenne et justifiée par les garanties en matière de droits de l'Homme fournies par les pays de l'Union.

Parmi tous les Etats membres, seule la Belgique a souhaité préserver l'examen individuel de toute demande d'asile présentée par un ressortissant communautaire (Déclaration No 56 de la Belgique). De l'avis du HCR, la disposition du Protocole constitue néanmoins une restriction du champ d'application *ratione loci* et *ratione personae* de la Convention de Genève.

Dans le libellé de l'article 16, paragraphe 1er, la mention du Protocole est à omettre. Le Conseil d'Etat propose le libellé suivant:

„(1) Toute demande de protection internationale de la part d'un citoyen de l'Union européenne est irrecevable.“

Le Conseil d'Etat estime en effet qu'au regard du principe de la libre circulation, aucun ressortissant communautaire ne devrait tomber dans une situation qui justifierait une demande de protection.

Aux termes du paragraphe 2, une demande de protection internationale peut être considérée comme irrecevable s'il existe un premier pays d'asile ou un pays tiers sûr. La notion de „premier pays d'asile“ est définie au paragraphe 3.

Le HCR a toujours soutenu le respect du concept de „premier pays d'asile“ (pays membre de l'Union) qui a l'avantage d'éviter les problèmes en rapport avec les flux dits „secondaires“.

La notion de „pays tiers sûr“ (qui existe déjà sous la loi du 3 avril 1996 et qui vise les pays extérieurs à l'Union européenne) est plus contestée. Il s'agit normalement d'un pays par lequel le demandeur a transité avant de solliciter la protection internationale auprès d'un pays de l'Union. Le fait d'avoir séjourné dans un pays jugé sûr aura pour effet, le cas échéant, de rendre la demande de protection irrecevable. La notion est appliquée dans de nombreux pays européens (Allemagne, Grande-Bretagne, Finlande, Pays-Bas, ...). Elle est toutefois rejetée par le législateur français qui a suivi en cela la jurisprudence du Conseil d'Etat français (affaire *Conté* du 16 janvier 1981 et *Rogers* du 18 décembre 1996). Dans cette affaire, la juridiction administrative avait jugé que le simple fait d'avoir omis de demander la protection dans un premier pays de transit avant d'arriver en France n'était pas de nature à considérer comme manifestement infondée une demande de protection en France.

Le Conseil d'Etat estime pour sa part que la notion peut être maintenue dans le projet sous avis. La notion de „pays tiers sûr“ ne peut en effet être appliquée que si les conditions strictes prévues aux paragraphes 4 à 6 sont remplies. A cela s'ajoute que la décision d'irrecevabilité est facultative et peut faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif.

A l'endroit de l'article 16, paragraphe 8, il y a lieu d'inclure un renvoi à l'article 9, paragraphe 5:

„(8) ... sans préjudice du paragraphe 1er du présent article et de l'article 9, paragraphe 5, aucune décision ne sera prise avant que le demandeur n'ait eu l'occasion d'être entendu.“

Article 17

Cet article introduit un recours en annulation contre les décisions d'incompétence et d'irrecevabilité de la demande de protection prise par le ministre dans le cadre des articles 15 et 16. D'après le projet, le recours doit être introduit dans le mois de la décision et la décision du tribunal, non susceptible d'appel, doit intervenir dans le mois de l'introduction de la requête.

D'après l'exposé des motifs, cette réforme permettrait d'uniformiser la procédure. S'il est exact que le texte proposé introduit la même procédure de forme et de fond dans les deux hypothèses visées, il n'en demeure pas moins que le projet de loi est loin d'atteindre le but affiché. Le texte du projet introduit en effet quatre recours différents dans les articles 17 à 23 qui ont tous en commun d'être déroga-taires à la procédure de droit commun telle que régie par les dispositions de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Si la suppression de la procédure d'appel contre les jugements rendus en première instance dans le cadre des recours prévus aux articles 17 et 23 paraît conforme à la proposition de directive „Procédure“, cette réforme n'est néanmoins ni raisonnable ni acceptable.

Le Conseil d'Etat peut certes concevoir la nécessité de prévoir en cette matière des délais raccourcis. Il est indéniable que la réduction des délais est dans l'intérêt de l'Etat. Des délais abrégés peuvent également rencontrer l'intérêt des demandeurs soucieux de connaître le plus rapidement possible la décision définitive sur leur sort personnel afin d'échapper ainsi au plus vite aux angoisses générées par leur situation précaire. Le souci de rapidité ne peut toutefois légitimer la suppression des garanties de l'Etat de droit de manière aussi fondamentale dans un domaine touchant aux droits de justiciables particulièrement vulnérables. Si la réduction des délais de recours et la fixation de délais endéans lesquels les juridictions sont invitées à statuer peuvent constituer des mesures que le justiciable doit accepter dans certaines situations, il en est autrement de la décision de supprimer le double degré de juridiction. Le Conseil d'Etat observe que la possibilité d'interjeter appel n'a pas entraîné de blocage de l'institution. Les affaires sont traitées dans des délais très brefs. Souvent les arrêts interviennent, sur des questions d'irrecevabilité ou en cas de procédure abrégée, endéans un mois à partir de la requête d'appel. Aucun motif d'efficacité ne pourra dès lors être valablement invoqué pour justifier cette dérogation fondamentale au régime de droit commun.

En France, le double degré de juridiction n'a certes pas été érigé au rang de principe général de droit. Il demeure néanmoins que les juridictions, saisies de la question, ont insisté sur le fait que les décisions des juridictions administratives statuant en premier et dernier ressort relèvent toujours du contrôle de cassation exercé par le Conseil d'Etat.

Or, au Luxembourg, le recours en cassation est inexistant en matière administrative.

Le Conseil d'Etat s'oppose dès lors formellement à la suppression du double degré de juridiction, mais accepte la fixation de délais abrégés.

Il propose de remplacer la dernière phrase de l'article 17 par le texte suivant:

„Contre les décisions du Tribunal administratif appel peut être interjeté devant la Cour administrative. L'appel doit être interjeté dans le délai d'un mois à partir de la notification par les soins du greffe. La Cour statue dans le mois de l'introduction de la requête d'appel.“

Article 18

Sans observation.

Article 19

Cet article institue le régime normal de prise de décisions en matière de protection internationale.

Le Conseil d'Etat salue l'intention affichée par les auteurs du projet de prendre dorénavant les décisions en matière de protection internationale endéans un délai de six mois. Des délais d'instruction plus courts auront l'avantage d'accorder plus rapidement le statut de réfugié et, en cas de refus, contribueront à éviter des situations aussi douloureuses que celles que le pays et les demandeurs de protection déboutés ont vécu au cours des dernières années, voire semaines où des ordres de quitter le territoire furent exécutés à l'égard de demandeurs résidant depuis plus de six ans au pays. Même si l'exécution tardive des décisions de rapatriement n'est probablement pas la conséquence exclusive de lenteurs administratives du côté luxembourgeois (d'autres facteurs tels que l'absence de coopération du demandeur concerné ou de l'Etat d'origine ont certainement joué), tout doit être entrepris pour éviter que des situations de ce genre ne se reproduisent.

Le Conseil d'Etat observe toutefois que le non-respect du délai imposé dans le projet de loi n'entraîne aucune conséquence en faveur ou en défaveur des demandeurs.

La procédure contentieuse proposée diffère également sensiblement du régime de droit commun en ce que:

1. le recours gracieux n'interrompt pas le délai de recours contentieux;
2. les recours contentieux contre le refus de la demande de protection internationale et l'ordre de quitter le territoire doivent être introduits dans une seule requête et dans le délai d'un mois à partir de la notification;
3. il est expressément précisé que le délai de recours et le recours (en première instance et en appel) ont un effet suspensif;
4. il ne peut y avoir qu'un seul mémoire pour chaque partie (y compris le recours introductif tant en première instance qu'en instance d'appel);
5. le mémoire en réponse en première instance doit être fourni dans un délai de 2 mois à dater de la signification de la requête introductive;
6. la Cour administrative ne statue en appel que comme juge de l'annulation.

Le Conseil d'Etat est également conscient de la nécessité d'apporter quelques adaptations au régime de droit commun en cette matière pour assurer une gestion efficace et rapide d'un contentieux qui a pris un essor préoccupant au cours des dernières années. La solution ne saurait toutefois consister dans l'adoption de la panoplie de mesures proposées dans le projet. Faut-il rappeler que l'origine des longues procédures réside essentiellement dans les difficultés de boucler les dossiers au niveau administratif pour déboucher sur une décision administrative?

Le Conseil d'Etat peut accepter que dorénavant les recours gracieux ne puissent plus interrompre un délai de recours contentieux si le recours gracieux reste maintenu, ce qui est le cas.

Le projet sous avis maintient le recours en réformation devant le Tribunal administratif contre les décisions de refus de la demande de protection internationale. D'après le projet de loi, le recours contre l'ordre de quitter le territoire, qui, aux termes du paragraphe 1er, est implicitement ou explicitement compris dans la décision de refus, peut être attaqué par un recours en annulation. Les deux recours doivent toutefois être compris dans la même requête introductive. Le Conseil d'Etat estime qu'à partir du moment où, selon le paragraphe 1er, la décision de refus du statut „vaut“ ordre de quitter le territoire, il est sans intérêt de maintenir deux recours distincts à formuler dans une même requête. Le seul recours en réformation devra dès lors être maintenu. L'abrégement des délais de recours et de procédure ainsi que la suppression de la possibilité de déposer deux mémoires sont également dérogoires par rapport au régime normal institué par la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, et constituent des mesures comparables à celles prises par la plupart des autres pays européens. Le Conseil d'Etat estime que les mesures destinées à abrégier la durée des procédures judiciaires sont justifiées si, parallèlement, des efforts sont entrepris pour réduire les délais d'instruction des demandes au niveau administratif.

Le projet maintient le caractère suspensif des délais de procédure contentieuse. Cette disposition, qui figure déjà dans la loi actuellement en vigueur, contribue à assurer le déroulement de la procédure dans une certaine sérénité.

Aux termes de l'article 19, paragraphe 3, il ne peut y avoir plus d'un mémoire de la part de chaque partie en première instance. Cette restriction est souvent difficilement applicable et justifiable. L'Etat pourra ainsi opposer des moyens au requérant alors que ce dernier n'aura plus la possibilité de répliquer. Dans la mesure où le requérant ne se voit accorder qu'un délai d'un mois pour introduire le recours, le Conseil d'Etat ne saisit pas pourquoi l'Etat, auteur de la décision attaquée, devrait disposer d'un délai double (2 mois) pour préparer son propre mémoire en réponse. En abrégiant ce délai à un mois, le requérant pourrait se voir accorder un délai d'un mois pour répliquer sans prolonger pour autant les délais de procédure contentieuse.

Au paragraphe 4 de l'article 19, le projet de loi introduit un recours en appel limité. La Cour d'appel ne pourra statuer que comme juge de l'annulation et non plus en réformation. L'intention des auteurs du projet est de maintenir en cette matière exclusivement une compétence de la Cour administrative pour les moyens de légalité. Ce faisant, le Gouvernement déclare s'inspirer de la législation française qui prévoit un recours en cassation devant le Conseil d'Etat français. C'est méconnaître les attributions du Conseil d'Etat français et la procédure administrative contentieuse. En France, le Conseil d'Etat est devenu, depuis la réforme du 31 décembre 1987 portant création des Cours administratives d'appel, principalement juge de cassation.

Le recours en annulation en droit luxembourgeois n'est pas assimilable à un recours en cassation. Contrairement à ce que semblent admettre les auteurs du projet de loi, le juge administratif statuant

comme juge de la légalité dans le cadre d'un recours en annulation pour excès de pouvoir doit également apprécier et sanctionner une éventuelle violation des „principes généraux du droit“ parmi lesquels figure celui de la proportionnalité de la mesure prise au regard d'une situation de fait (voir notamment un arrêt de la Cour administrative du 2 juillet 1998, No 10636C du rôle). En droit luxembourgeois, le juge administratif saisi d'un recours en annulation a le droit et l'obligation d'examiner l'existence et l'exactitude des faits matériels qui sont à la base de la décision attaquée et de vérifier si les motifs dûment établis sont de nature à motiver celle-ci légalement. Si l'appréciation des faits échappe au juge de la légalité, il lui appartient néanmoins de vérifier l'exactitude des faits pris en considération par la décision. Ces principes ont été rappelés dans de très nombreuses jurisprudences de nos juridictions administratives. Ce faisant, le Tribunal administratif et la Cour administrative n'ont fait que maintenir la jurisprudence du Comité du Contentieux du Conseil d'Etat (voir notamment arrêt du 19 février 1992, *Administration communale de Junglinster c/ Ministre de l'Environnement*). Le Conseil d'Etat est dès lors d'avis que l'introduction d'une procédure d'appel se limitant à un seul recours en annulation ne contribuera pas à réduire les délais de procédure ou la tâche des juges appelés de toute manière à analyser les faits, tout en créant une curiosité procédurale qu'il serait préférable d'abandonner.

Au vu de ces observations, le Conseil d'Etat propose de libeller l'article 19, paragraphes 3 et 4 comme suit:

„Art. 19.–

(1) ...

(2) ...

(3) Contre les décisions de refus de la demande de protection internationale valant ordre de quitter le territoire, un recours en réformation est ouvert devant le Tribunal administratif. Le recours doit être introduit dans le délai d'un mois à partir de la notification. Le délai de recours et le recours introduit dans le délai ont un effet suspensif. Le mémoire en réponse doit être fourni dans un délai d'un mois à dater du dépôt du recours. Le demandeur peut fournir une réplique dans le mois de la communication de la réponse.

(4) Contre les décisions du Tribunal administratif, appel peut être interjeté devant la Cour administrative. L'appel doit être interjeté dans le délai d'un mois à partir de la notification par les soins du greffe. Le délai d'appel et l'appel introduit dans le délai ont un effet suspensif. Par dérogation à la législation en matière de procédure devant les juridictions administratives, il ne pourra y avoir plus d'un mémoire de la part de chaque partie, y compris la requête d'appel. Le mémoire en réponse doit être fourni dans un délai d'un mois à dater du dépôt du recours.“

Article 20

Cet article introduit la possibilité, pour le ministre, de recourir à une procédure accélérée dans 13 hypothèses précisées dans le projet. La possibilité de prévoir une procédure accélérée repose sur l'article 23 de la proposition de directive „Procédure“. Il est un fait avéré par de nombreuses décisions des juridictions administratives qu'un grand nombre de recours sont introduits dans le but de faire durer les procédures pour créer ainsi une situation de fait accompli rendant le rapatriement humainement plus difficile et dans l'espoir de profiter d'une régularisation ultérieure. On ne peut dès lors, de manière crédible, reprocher au Gouvernement de ne pas prendre les mesures nécessaires pour accélérer les procédures (administratives et contentieuses), tout en s'opposant à toute restriction des délais et procédures. Là encore, les auteurs du projet souhaitent introduire des procédures proches de celles appliquées dans les autres Etats de l'Union, de crainte de faire apparaître notre pays, aux yeux des demandeurs d'asile potentiels, comme un endroit particulièrement accueillant, ce qui aurait pour effet pervers de susciter des flux difficilement gérables.

Aux termes du paragraphe 5, la décision du ministre de statuer dans le cadre de la procédure accélérée n'est susceptible d'aucun recours. Cette disposition est en contradiction avec l'article 2, paragraphes 1er et 2 de la loi organique du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif ainsi libellé:

„Art. 20.– (1) Le tribunal administratif statue sur les recours dirigés pour incompétence, excès et détournement de pouvoir, violation de la loi ou des formes destinées à protéger les intérêts privés, contre toutes les décisions administratives à l'égard desquelles aucun autre recours n'est admissible d'après les lois et règlements.

(2) Dans les cas où des lois et règlements admettent contre une décision administrative le recours au Grand-Duc, la partie se prétendant lésée pourra néanmoins déférer cette décision au tribunal administratif pour les causes sus-énoncées. Dans ce cas, elle renonce au recours au Grand-Duc. Lorsque, en pareil cas, la partie intéressée s'est d'abord adressée au Grand-Duc, elle peut encore se pourvoir devant le tribunal administratif, mais seulement pour les causes ci-dessus énoncées, contre la décision qu'elle aura inutilement déférée au Grand-Duc.

Le recours au tribunal administratif prévu au présent article est admis même contre les décisions qualifiées par les lois ou règlements de définitives ou en dernier ressort.“

Elle est également en contradiction avec les articles 6.1 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme. Il est vrai que dans certains cas d'espèce la C.E.D.H. a admis que certains actes de l'exécutif peuvent échapper au champ d'application de ces articles et partant au droit d'accès à un tribunal (voir arrêt des Grandes Chambres du 26 avril 2000 – affaire *Athanassoglou c/ Suisse*). Les hypothèses y visées ne sont toutefois pas données en l'espèce. Dans cette affaire, la C.E.D.H. avait estimé que le lien entre la décision administrative et l'intérêt des requérants était trop ténu. Dans la plupart des pays européens, le principe selon lequel les actes de l'exécutif doivent pouvoir faire l'objet d'un recours de légalité devant un organisme juridictionnel, qui puisse contrôler l'application de la loi et des règlements de procédure, est élevé au rang de principe général de droit applicable sans texte (voir en ce sens: Conseil d'Etat français, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte* – CE ass. 17 février 1950 Rec. CE p. 110). De même, la Cour de justice des Communautés européennes (*Marguerite Johnston* du 18 mai 1986 No 222/84 Rec. P.1651, par. 18) a admis ce principe sans réserves.

Le Conseil d'Etat s'oppose dès lors formellement à la disposition critiquée et propose de reformuler le paragraphe 5 comme suit:

„(5) La décision du ministre de statuer sur le bien-fondé de la demande de protection internationale dans le cadre d'une procédure accélérée ne peut faire l'objet d'un recours par requête séparée par rapport au recours visé au paragraphe 4, sous peine d'irrecevabilité. Le recours en annulation doit être introduit dans les mêmes formes, procédures et délais.“

Article 21

Cet article précise la notion de „pays d'origine sûr“ figurant à l'article 30 de la proposition de directive „Procédure“ et qui constitue, aux termes de l'article 20 du projet, un motif d'application de la procédure accélérée. Ainsi que cela a été relevé sous les considérations générales, le recours à cette notion ne fait pas l'unanimité. Le Conseil d'Etat approuve cette approche, dans la mesure où le recours à cette notion impose néanmoins un examen individuel de toute demande de protection. Il ne paraît toutefois guère opportun d'établir une liste nationale de pays dits „d'origine sûre“. Les moyens d'investigation peu développés de notre Etat devraient inciter le Gouvernement à se rabattre exclusivement sur les données fournies par l'Union européenne.

Le Conseil d'Etat propose dès lors de supprimer la possibilité de fixer la liste par règlement grand-ducal. Il y a lieu d'omettre à l'article 21, paragraphe 2 le renvoi au paragraphe 4, et l'article 21, paragraphe 4 se lira comme suit:

„(4) Les critères suivants seront pris en considération ...“

Article 22

L'article 22 reprend les dispositions relatives à l'attestation de tolérance de l'article 13 de la loi modifiée du 3 avril 1996 portant création d'une procédure relative à l'examen d'une demande d'asile. Le projet reproduit dans les paragraphes 5 à 11 un texte identique à celui figurant à l'article 14, paragraphes 3 à 8 et réglant le régime d'occupation temporaire. Le Conseil d'Etat renvoie dès lors à ses observations à l'endroit du susdit article. Le Conseil d'Etat se demande néanmoins si le fait de ne pas avoir prévu pour les bénéficiaires du statut de tolérance le même régime d'accès à la formation professionnelle que celui introduit pour les demandeurs en attente d'une décision depuis plus d'un an à dater du dépôt de la demande ne constitue pas un simple oubli qu'il y aurait alors lieu de redresser. En partant de la prémisse que de nombreux bénéficiaires d'une mesure de tolérance finiront par s'installer un jour définitivement au pays, cette mesure paraît être dans l'intérêt bien compris de la collectivité nationale. Le Conseil d'Etat se demande si tous les demandeurs déboutés, non susceptibles d'être éloignés à court ou à moyen terme, mais tolérés, sont actuellement recensés et couverts par la mesure de tolérance telle qu'elle figure déjà à l'article 13, paragraphes 3 à 5 de la loi du 3 avril 1996.

Article 23

Cet article vise la situation de demandeurs déjà déboutés ou qui ont retiré explicitement ou implicitement leur première demande. Ces demandes sont en principe irrecevables, à moins qu'il ne résulte des faits établis ou des preuves nouvelles rapportées par le demandeur dans des conditions strictement circonscrites qu'il peut prétendre au statut de protection internationale. Cet article constitue la transposition des articles 33 et 34 de la proposition de directive „Procédure“. Pour le régime des recours, il est renvoyé aux observations du Conseil d'Etat relatives aux recours identiques introduits sous l'article 17 du projet.

Article 24

Sans observation.

Chapitre II (III selon le Conseil d'Etat)

Ce chapitre transpose les dispositions de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié, ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, relatives au contenu de ces statuts (ci-après directive „Qualification“).

Articles 25 à 41

Ces articles transposent de manière quasi littérale les articles 4 à 19 de la directive „Qualification“ et sont le résultat d'un accord conclu lors du Conseil „Justice et Affaires intérieures“ du 28 novembre 2002. Il est renvoyé aux observations relatives à cette directive sous les considérations générales du présent avis. Le Conseil d'Etat rappelle que les dispositions légales restent toujours primées par le régime de protection institué par la Convention de Genève de 1951, dans la mesure où des divergences entre les deux protections seraient observées.

Ainsi qu'il a été relevé à l'endroit des considérations générales, l'extension des auteurs de protection aux organisations internationales a été fortement critiquée par les ONG. Le Conseil d'Etat part néanmoins du principe que le ministre doit de toute manière vérifier, dans le cadre de l'„examen approprié“ (cf. art. 18 du projet) si la protection internationale a fonctionné de manière effective, avant de pouvoir déclarer, le cas échéant, la demande de protection non fondée.

L'article 30 vise l'hypothèse où un statut de protection internationale peut être refusé lorsque, dans une partie du territoire du pays d'origine, la crainte de persécution n'est pas justifiée. L'hypothèse visée à l'article 30, paragraphe 3 (obstacle technique au retour) est à rapprocher de l'article 22, paragraphes 2 et 3 et entraînera, au bénéfice de la personne visée, la remise d'une attestation de tolérance.

Les articles 36 et 41 traitent de l'hypothèse d'une révocation, respectivement du statut de réfugié et du statut de protection subsidiaire. Il va sans dire que dans ces deux hypothèses un recours en annulation est ouvert devant les juridictions administratives selon la procédure de droit commun.

L'article 40 du projet introduit le statut de protection subsidiaire et devrait dès lors en toute logique précéder les articles 37 à 39 du projet traitant du même sujet. Cet article devra se lire comme suit:

„**Art. 37.**– Le ministre octroie le statut conféré par la protection subsidiaire à un ressortissant d'un pays tiers ou à un apatride qui remplit les conditions pour être une personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire conformément aux articles 38 à 40.“

L'article 37 du projet (article 38 selon le Conseil d'Etat) transpose en droit national l'article 15 de la directive „Qualification“. Cet article a pour objet de préciser les atteintes graves permettant de réclamer le statut conféré par la protection subsidiaire. Dans la mesure où la loi ne reprend pas les subdivisions de la directive (directive subdivisée en chapitres) et pour éviter des confusions, le Conseil d'Etat propose de préciser que cet article vise la protection subsidiaire. La phrase introductive devrait dès lors être libellée comme suit:

„**Art. 38.**– Les atteintes graves justifiant l'attribution du statut de protection subsidiaire sont:

- a) ...
- b) ...“

Les articles 38 et 39 du projet deviendront les articles 39 et 40.

A souligner que la distinction entre les conditions d'attribution du statut de réfugié selon la Convention de Genève et celui de la protection subsidiaire réside principalement dans l'origine de la menace qui pèse sur le demandeur. Alors que pour la personne pouvant revendiquer le statut de réfugié il faut établir une motivation dans le chef du persécuteur (généralement une motivation politique ou idéologique), il suffira, pour pouvoir réclamer la protection subsidiaire, de faire constater l'atteinte grave définie à l'article 37 (38 selon le Conseil d'Etat).

Article 42

Par cet article, les auteurs du projet soulignent le principe que, sauf mentions expresses contraires, le contenu de la protection accordée aux réfugiés sous le statut de la Convention de Genève et de celle accordée aux personnes bénéficiaires de la protection subsidiaire est identique. En décidant d'appliquer une égalité de traitement au niveau de l'unité familiale, de la protection sociale, des soins de santé et de l'accès au dispositif d'intégration aux bénéficiaires de la protection subsidiaire par rapport aux bénéficiaires du statut de réfugié, le Gouvernement a tenu compte de la position des ONG. Cette décision a également l'avantage de réduire le nombre de recours contentieux qui auraient pu être exercés par les personnes qui, non contents de bénéficier du statut de protection subsidiaire, auraient été tentées d'introduire un recours pour obtenir la protection du statut de réfugié suivant la Convention de Genève.

Article 43

L'article 43 réitère l'obligation de respecter le principe de non-refoulement, souvent appelé principe de non-expulsion. Il s'agit d'une disposition clé du droit international relatif aux réfugiés qui figure à l'article 33 de la Convention de Genève de 1951 et qui fut réitérée par le Conseil européen de Tampere en octobre 1999. En acceptant le principe de non-refoulement également pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire, le Conseil européen est allé au-delà de la protection instituée par la Convention de Genève.

Article 44

Sans observation.

Articles 45 à 55

Ces articles transposent les articles 23 à 33 de la directive „Qualification“ qui traitent des droits sociaux.

Ainsi que le Conseil d'Etat l'a relevé dans les considérations générales relatives au présent projet, le Gouvernement a, à juste titre, décidé de renoncer en règle générale à la possibilité qui lui était donnée par la directive „Qualification“ d'introduire des conditions plus restrictives pour des personnes bénéficiant du statut subsidiaire. Le régime est le même à l'exception des dispositions relatives au permis de séjour (article 46), au titre de voyage (article 47) et à l'exercice d'une activité salariée ou non salariée (article 48).

Pour l'accès à l'emploi des bénéficiaires du statut conféré par la protection subsidiaire, il peut ainsi être tenu compte de la situation du marché du travail. Le Conseil d'Etat donne à considérer qu'une application systématique de cette réserve risquerait d'encourager le travail clandestin, au détriment de l'intégration des personnes concernées.

A l'article 45, paragraphe 1er, il y a lieu d'ajouter la phrase suivante:

„Il peut décider que les dispositions du présent article s'appliquent aux autres parents proches qui vivaient au sein de la famille du bénéficiaire à la date du départ du pays d'origine et qui étaient alors entièrement ou principalement à sa charge.“

Article 49

L'article 49, paragraphe 1er, prévoit de fournir le plein accès au système d'éducation aux mineurs jouissant d'un statut de protection internationale. Cet accès doit, de l'avis du Conseil d'Etat, être garanti à tout mineur séjournant au pays y compris les demandeurs de protection. Le Conseil renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 14, paragraphe 9. Aux termes du paragraphe 2, les adultes bénéficiant d'un statut de protection internationale ont accès au système éducatif et à la formation professionnelle au même titre que les autres étrangers résidant légalement au pays. Le Conseil d'Etat se

demande si cette différenciation est susceptible d'entraîner des conséquences négatives pour les jeunes adultes en formation.

Article 52

Aux termes de cet article, la représentation des mineurs non accompagnés se voyant attribuer un statut de protection internationale serait assurée „par un tuteur légal, ou, si nécessaire, par un organisme chargé de prendre soin des mineurs et d'assurer leur bien-être, ou de toute autre forme appropriée de représentation“.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations figurant sous l'examen de l'article 12 du présent projet. Les droits de tous les mineurs non accompagnés, ressortissants luxembourgeois ou étrangers, réfugiés ou demandeurs de protection, doivent être identiques. Cette obligation découle notamment de l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant sus-citée (articles 2, 3 §1, 28 §1 et §3, 29 §1, 32 §1).

Le droit commun s'appliquera et le Conseil d'Etat est dès lors d'avis que l'article 52 est superflu.

Chapitre IV (V selon le Conseil d'Etat)

Dans ce chapitre, il est prévu de transposer la 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 Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil (directive „Protection temporaire“).

Aux termes de l'article 32 de la directive, la transposition aurait dû avoir lieu au plus tard le 31 décembre 2002.

Article 55 (54 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose de reformuler cet article en instituant une obligation à charge de l'Etat. Le libellé suivant est proposé:

„**Art. 54.**– L'Etat établit des programmes d'intégration dans la société et crée les conditions préalables garantissant l'accès à ces programmes pour tous les bénéficiaires d'un statut de protection internationale.“

Article 56 (55 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Quant au contenu de la directive, il est renvoyé aux observations figurant sous les considérations générales du présent avis.

Article 57 (56 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose de remplacer l'expression „... du statut conféré ...“ par „... d'un statut conféré ...“.

Article 58 (57 selon le Conseil d'Etat)

Le paragraphe 1er de l'article 58 renvoie aux articles 4 à 6 de la directive. A souligner que la décision du Conseil de déclencher le régime de protection temporaire est prise à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission.

Au paragraphe 2 de cet article, le projet de loi maintient la possibilité de déclencher le régime de protection temporaire par règlement grand-ducal au niveau national. Le Gouvernement pourrait ainsi faire face à une situation où le pays ferait seul l'objet d'un afflux massif de demandeurs de protection sans que le même effet ne se manifeste dans d'autres pays de l'Union.

Selon les auteurs du projet, cette possibilité devrait être préservée, dans la mesure où le Grand-Duché pourrait être „seul l'objet d'un afflux massif de personnes déplacées et qu'un mécanisme de protection temporaire ne serait pas déclenché au niveau communautaire“. Le Conseil d'Etat estime que cette motivation n'est pas correcte. En effet, le Luxembourg ne peut être seul confronté à un afflux massif au sens de la directive qui définit l'afflux massif comme „l'arrivée dans la Communauté d'un nombre

important de personnes déplacées, en provenance d'un pays ou d'une zone géographique déterminés ...". A supposer qu'un nombre très important de demandeurs de protection internationale en provenance d'un pays ou d'une zone géographique déterminés se présente sur le territoire national sans qu'un afflux massif de demandeurs ayant la même origine géographique ne soit également constaté sur le territoire d'un autre Etat membre dans une proportion similaire, la condition permettant de déclencher la protection temporaire ne serait pas donnée.

Le Conseil d'Etat estime dès lors qu'une disposition permettant de créer un statut de protection temporaire sur le plan purement national ne devrait pas être maintenue dans la loi, à supposer même qu'une telle disposition soit compatible avec la directive, ce qui n'est pas évident. Le régime de protection temporaire est en effet moins favorable que le régime de protection institué par la Convention de Genève ou le régime de protection subsidiaire.

En ordre subsidiaire, le Conseil d'Etat estime que le régime de protection temporaire national devrait absolument prévoir également une durée maximale comparable à celle fixée à l'article 4, paragraphe 1er de la directive „Protection temporaire“.

Dans la mesure où l'article 58 renvoie aux conditions définies aux articles 4 à 6 de la directive dans le cadre du déclenchement d'un régime de protection temporaire par une décision du Conseil de l'Union européenne, aucune limitation de durée ne serait en effet instituée dans le cadre de la protection temporaire „nationale“.

Article 59 (58 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 60 (59 selon le Conseil d'Etat)

Il est renvoyé aux observations figurant à l'endroit de l'article 8 du présent projet.

Articles 61 à 64 (60 à 63 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 65 (64 selon le Conseil d'Etat)

Conformément à l'article 12 de la directive, les bénéficiaires de la protection temporaire se voient accorder un droit d'accès à l'emploi. Le Gouvernement a toutefois proposé de maintenir la possibilité de restreindre cet accès dans les mêmes limites que celles figurant à l'article 14 du projet sous avis.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations figurant sous l'article 14 du projet.

Articles 66 à 68 (65 à 67 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 69 (68 selon le Conseil d'Etat)

Ainsi qu'il a été itérativement rappelé dans le cadre du présent avis et notamment en rapport avec l'article 12 et l'article 52 traitant également de la représentation des mineurs non accompagnés, aucune distinction ne devra pouvoir être opérée selon la situation juridique dans laquelle se trouve le mineur non accompagné (demandeur de protection internationale, bénéficiaire d'une mesure de protection internationale ou bénéficiaire du statut de protection temporaire). Dans toutes les hypothèses visées, la législation en matière de protection de la jeunesse devra être appliquée pleinement.

Articles 70 et 71 (69 et 70 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 72 (71 selon le Conseil d'Etat)

Cet article transpose les articles 21 à 23 de la directive „Protection temporaire“ et traite du retour au pays d'origine à l'issue de la protection temporaire. Conformément à la directive, l'accent est mis sur l'encouragement au retour volontaire. Au paragraphe 5, il est renvoyé à la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers quant aux mesures d'éloignement à prendre en cas de refus d'accepter un retour volontaire. Les dispositions de l'article 72 ne s'appliquent qu'aux personnes bénéficiant du statut

de protection temporaire. Cette restriction peut être justifiée dans la mesure où l'hypothèse visée est celle d'un retour simultané d'un nombre important de demandeurs ayant fui temporairement leur pays d'origine dans une situation de crise.

Aucune directive européenne ne prévoit des standards minima pour l'organisation des mesures de refoulement à l'égard des demandeurs de protection internationale déboutés. Or, il appert que l'organisation des retours forcés constitue le talon d'Achille des procédures organisées dans le projet sous avis. Dans le cadre du retour de demandeurs ayant bénéficié d'une mesure de protection temporaire, le Conseil d'Etat estime qu'il est opportun de maintenir des mesures d'accompagnement attractives au profit des personnes invitées à retourner volontairement dans leur pays d'origine, mais de les appliquer de manière dégressive par rapport aux avantages consentis avec toute la rigueur nécessaire en cas de refus d'obtempérer à l'invitation au retour volontaire.

Le Conseil d'Etat propose de transposer également les articles 22 et 23 de la directive „Protection temporaire“ à cet endroit du projet par l'adjonction des paragraphes 6 et 7 libellés comme suit:

„(6) Le retour forcé se déroulera dans le respect de la dignité humaine. Le ministre examinera les raisons humanitaires impérieuses qui pourraient rendre le retour impossible ou déraisonnable dans des cas précis.

(7) Le ministre prend les mesures nécessaires concernant les conditions de séjour des personnes ayant bénéficié de la protection temporaire dont on ne saurait raisonnablement, en raison de leur état de santé, s'attendre à ce qu'elles voyagent. Tant que cette situation perdure, ces personnes ne sont pas éloignées.

Le ministre peut autoriser les familles dont les enfants mineurs poursuivent une scolarité au pays de bénéficier de conditions de séjour permettant aux enfants concernés de terminer la période scolaire en cours.“

D'une manière générale, le Gouvernement est invité à s'inspirer de la recommandation 1547 de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'Homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité.

Le maintien d'une approche généreuse et humaine en matière d'asile n'est possible que si parallèlement l'Etat peut prendre des mesures en vue du retour des demandeurs déboutés, notamment par la conclusion d'accords de réadmission permettant d'accélérer les transferts dans des conditions acceptables. Les mesures en vue d'un retour doivent être renforcées d'une politique de soutien actif tendant à la réinsertion dans le milieu d'origine. Seule une politique d'asile efficace débouchant sur des décisions exécutoires permettra d'assurer la pérennité de ce droit fondamental avec le soutien de l'opinion publique.

Article 73 (72 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

*

CONCLUSION

Une politique d'asile efficace, crédible et juste ne pourra être réalisée en dehors du cadre européen. Aux termes de l'article III-266 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe:

- „1. L'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire visant à offrir un statut approprié à tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale et à assurer le respect du principe de non-refoulement. Cette politique doit être conforme à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés, ainsi qu'aux autres traités pertinents.
2. Aux fins du paragraphe 1, la loi ou loi-cadre européenne établit les mesures relatives à un système européen commun d'asile comportant:
 - a) un statut uniforme d'asile en faveur de ressortissants de pays tiers, valable dans toute l'Union;
 - b) un statut uniforme de protection subsidiaire pour les ressortissants des pays tiers qui, sans obtenir l'asile européen, ont besoin d'une protection internationale;

- c) un système commun visant, en cas d'afflux massif, une protection temporaire des personnes déplacées;
- d) des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut uniforme d'asile ou de protection subsidiaire;
- e) des critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile ou de protection subsidiaire;
- f) des normes concernant les conditions d'accueil des demandeurs d'asile ou de protection subsidiaire;
- g) le partenariat et la coopération avec des pays tiers pour gérer les flux de personnes demandant l'asile ou une protection subsidiaire ou temporaire.“

L'application de ces mesures communes à tous les Etats européens permettrait d'organiser enfin un système cohérent et viable. Le régime institué par le projet sous avis et qui transpose les directives contenant des normes minimales communes constitue certes un progrès indéniable. La seule solution durable ne pourra néanmoins être trouvée que dans le cadre d'un statut européen uniforme.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 3 mai 2005.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

