La Cour de justice de l'Union européenne et le droit de l'asile : entre droits de l'homme et prérogatives des États

*The Court of Justice of the European Union and the Right of Asylum: Between
Human Rights and States' Prerogatives*

François Julien-Lafférière

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/1170>
DOI : 10.4000/crdf.1170
ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2015
Pagination : 39-54
ISBN : 978-2-84133-742-2
ISSN : 1634-8842

Référence électronique

François Julien-Lafférière, « La Cour de justice de l'Union européenne et le droit de l'asile : entre droits de l'homme et prérogatives des États », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 13 | 2015, mis en ligne le 01 novembre 2016, consulté le 11 février 2020. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/1170> ; DOI : 10.4000/crdf.1170

La Cour de justice de l'Union européenne et le droit de l'asile : entre droits de l'homme et prérogatives des États

François JULIEN-LAFERRIÈRE

Professeur émérite à l'université de Paris Sud

-
- I. Une application contrastée de la directive « Accueil »
 - A. Une conception extensive du champ d'application de la directive
 - B. Une interprétation souple de l'obligation d'hébergement
 - II. Des exigences limitées quant aux garanties de procédure
 - A. Les procédures accélérées largement légitimées
 - B. Un « droit d'être entendu » réduit à peau de chagrin
 - C. Mais des garanties étendues dans le cadre du règlement Dublin
 - III. Une interprétation (relativement) souple
des conditions d'obtention de la protection internationale
 - A. Protection subsidiaire et personnalisation des menaces graves
 - B. Statut de réfugié et liberté de religion
 - C. Statut de réfugié et orientation sexuelle

Depuis toujours, le droit d'asile a été considéré comme un droit régalien, une prérogative des États qui l'exercent en toute liberté, sans que les autres États – notamment les États d'origine des demandeurs de protection, ni les organismes internationaux – aient leur mot à dire dans le refus ou l'octroi de l'asile¹, ce dernier ne devant pas être considéré comme un « acte inamical » vis-à-vis de l'État

dont le ressortissant bénéficie de cette « faveur ». Aussi, toutes les tentatives de réglementer le droit d'asile en imposant aux États des règles, mêmes minimales, définissant les cas dans lesquels ils devraient accorder l'asile aux personnes exposées à des risques pour leur intégrité physique ou leur liberté dans leur pays d'origine, se sont-elles heurtées à la résistance des États et ont échoué². Seules

1. Voir, pour la France, l'article 120 de la Constitution de 1793 : « Il [le peuple français] donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans ». Et, bien plus tard, l'alinéa 4 du préambule de la Constitution de 1946 : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ». Et l'article 53-1 de la Constitution de 1958 (issu de la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993) : « [...] Les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ».
2. La conférence sur l'asile territorial, réunie en janvier 1977 à Genève sous l'égide des Nations unies, s'est close sur le constat suivant : « La Conférence, n'ayant pu remplir son mandat dans le délai qui lui a été imparti, considère que des efforts devraient être poursuivis en vue de rédiger une convention sur l'asile territorial [et] recommande à l'Assemblée générale d'examiner, lors de sa 32^e session, la question de la convocation en temps opportun d'une session ultérieure de la Conférence ». Cette invitation n'a pas été suivie d'effet.

ont été adoptées des déclarations, sans force juridique obligatoire, qui se contentent de recommander aux États d'accorder l'asile dans telle ou telle situation³.

Il n'y a guère que le sous-continent sud-américain qui, en raison de l'instabilité politique, de la fréquence des coups d'État militaires et de la dureté des dictatures, a élaboré, dès la fin du XIX^e siècle, un régime juridique encadrant, de façon plus ou moins lâche, le droit d'asile, tant diplomatique que territorial⁴. Mais, là encore, en l'absence de mécanisme de sanction, les États parties conservaient une grande liberté dans l'octroi ou le refus de l'asile, en fonction de la conjoncture politique, diplomatique ou économique.

Pourtant, les Nations unies ont réussi à rédiger et faire adopter, peu après la fin de la Seconde Guerre mondiale, une convention relative au statut de réfugié – Convention de Genève du 28 juillet 1951 – qui, d'une part, définit le réfugié comme :

[...] toute personne qui, [...] craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou ne veut se réclamer de la protection de ce pays [...]⁵.

Et, d'autre part, bien que ne consacrant pas le « droit à l'asile » des personnes en quête de protection, proclame le principe dit de « non-refoulement » en vertu duquel

Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques⁶.

Au milieu des années 1980, quand le nombre des demandes d'asile s'est mis à fortement augmenter, suite à la fermeture des frontières à l'immigration économique – auparavant, l'entrée des États européens étant largement ouverte, du fait du besoin de main-d'œuvre, les étrangers en quête d'asile n'avaient pas à se déclarer comme tels –, les États membres de la Communauté européenne se sont sentis incapables de « gérer » efficacement ce phénomène chacun pour soi. Les « demandeurs d'asile sur orbite », dont aucun État n'entendait examiner la demande, les demandes multiples, présentées par une même personne à plusieurs États membres, sont parmi les raisons qui ont conduit à dépasser le strict plan de la souveraineté nationale pour mettre en commun les moyens et les volontés

et fixer un cadre intergouvernemental de définition et d'application d'une « politique d'asile commune ».

Ce furent, en premier lieu, les conclusions et résolutions sur l'asile, adoptées à Londres les 30 novembre et 1^{er} décembre 1992 par les ministres des États membres des Communautés européennes chargés de l'immigration et de l'asile – sur le fondement de l'article K.1 (1) du traité de Maastricht qui inscrit pour la première fois la politique de l'asile et de l'immigration parmi les « questions d'intérêt commun » dans le cadre du « troisième pilier » du traité –, relatives respectivement aux « demandes d'asile manifestement infondées », à une « approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil » et aux « pays où, en règle générale, il n'existe pas de risque sérieux de persécution »⁷. Suivront la résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, la résolution du Conseil du 25 septembre 1995 sur le partage des charges en ce qui concerne l'accueil et le séjour, à titre temporaire, des personnes déplacées, puis la position commune du 4 mars 1996 sur l'application harmonisée de la définition du terme « réfugié » figurant à l'article 1 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et, enfin, l'action commune 99/290/JAI établissant des projets et des mesures destinés à soutenir concrètement l'accueil et le rapatriement volontaire de réfugiés, de personnes déplacées et de demandeurs d'asile⁸.

Simultanément, la convention d'application de l'accord de Schengen, entrée en vigueur le 26 mars 1995, marque une nouvelle étape dans la politique européenne d'asile en définissant le régime de l'ouverture des frontières intérieures et, surtout, les « mesures compensatoires » dont, notamment, un mécanisme de détermination de l'État responsable d'une demande d'asile.

Un nouveau pas, décisif, est franchi par le traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, qui fait passer la politique d'asile, comme la politique d'immigration, de la coopération intergouvernementale, donc de la compétence souveraine des États membres, à la compétence communautaire. Cette « communautarisation » constitue une véritable « révolution », tant par le changement d'optique qu'elle implique de la part des États membres, qui acceptent ainsi une réduction de souveraineté dans un domaine extrêmement sensible, que par les conséquences concrètes qu'elle induit avec, entre autres, l'entrée en scène, en la matière, de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) – qui, le 1^{er} décembre 2009⁹, prendra le nom de Cour de justice

3. Ainsi l'Assemblée générale des Nations unies n'est pas parvenue à imposer une convention universelle sur le droit d'asile et s'est donc bornée à adopter, le 14 décembre 1967, la Déclaration sur l'asile territorial (résolution 2312 [XXII]) qui n'a aucun caractère contraignant.

4. Le premier instrument juridique semble être le traité sur le droit pénal international, signé à Montevideo le 23 janvier 1889. Il sera suivi d'un second traité de Montevideo sur « le refuge en territoire étranger », de 1939, et de la Convention sur l'asile territorial de Caracas en 1954.

5. Convention relative au statut des réfugiés, Genève, 28 juillet 1951, art. 1.A.2 (ci-après « Convention de Genève »).

6. *Ibid.*, art. 33.

7. *Résolution sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil et Conclusions concernant les pays où, en règle générale, il n'existe pas de risque sérieux de persécution*, doc. 10579/92 IMMIG 2 ; *Résolution sur les demandes manifestement infondées*, doc. 10518/92 IMMIG 2. Ces trois textes, adoptés par les ministres chargés de l'immigration réunis à Londres les 30 novembre et 1^{er} décembre 1992, n'ont pas été publiés au JOCE.

8. JOCE, 1^{er} mai 1999.

9. Date d'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

de l'Union européenne (CJUE). La communautarisation n'est toutefois, dans un premier temps, que partielle. En effet, pendant une période transitoire de cinq ans, donc jusqu'au 1^{er} mai 2004, d'une part, les décisions continuent d'être adoptées à l'unanimité, le droit d'initiative de la Commission étant partagé avec les États membres et le Parlement européen n'étant que consulté; d'autre part, la compétence de la Cour de Luxembourg est restreinte, puisque le renvoi préjudiciel en interprétation n'est ouvert qu'aux juridictions nationales suprêmes après épuisement des voies de recours internes et, surtout, est exclu si les mesures ou décisions en cause portent sur « le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure »¹⁰. Il faudra attendre l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 pour que cette restriction soit levée¹¹.

Les grandes orientations de ce que doit être la politique d'asile, et le calendrier de leur mise en place, sont définis au sommet de Tampere, les 15 et 16 octobre 1999, qui invite les États membres à élaborer un « régime d'asile européen commun » et charge la Commission de préparer les textes correspondant : procédure d'asile commune, statut uniforme pour les personnes ayant obtenu l'asile, etc.¹². Puis viennent les Conseils de Laeken (2001), de Séville (2002), de Stockholm (2009), etc., qui précisent ou modifient les programmes arrêtés aux conseils précédents.

Les premières mesures prises pour la mise en œuvre des orientations ainsi définies sont le règlement Eurodac¹³, la directive relative aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile – directive dite « Accueil »¹⁴ –, le règlement relatif à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile – dit règlement Dublin II¹⁵ –, la directive relative aux conditions à remplir pour pouvoir être reconnu réfugié ou bénéficier de la protection

subsidaire – directive dite « Qualification »¹⁶ – et, enfin, la directive relative aux procédures d'asile – directive dite « Procédures »¹⁷. Au vu des résultats qu'ils ont produits et qui ont permis de déceler certains défauts, ces divers textes ont été révisés pour constituer le « second paquet » asile, entre 2011 et 2013¹⁸. Les modifications de fond sont relativement peu importantes et il est frappant de constater que les grandes lignes de ce qui constitue aujourd'hui le « régime d'asile européen commun » (RAEC)¹⁹ étaient déjà contenues dans les résolutions et conclusions de Londres de 1992.

Depuis que la communautarisation du droit de l'asile est complète et que la matière est soumise au droit commun de l'Union européenne, la Cour de justice de Luxembourg, qui a compétence pleine et entière dans ce domaine comme dans les autres, est appelée à interpréter les textes relatifs au droit d'asile. On pouvait légitimement s'interroger sur ce que serait sa jurisprudence, tant elle avait été, jusqu'alors, éloignée de la problématique de l'asile, fondamentalement liée à celle des droits de l'homme.

Après un peu plus de cinq ans d'expérience, quel bilan peut-on dresser de la jurisprudence de la CJUE en la matière ? Ses décisions ont-elles renforcé les garanties accordées aux demandeurs d'asile ou a-t-elle davantage pris en considération les intérêts des institutions de l'Union ou États membres ? On peut dire que le bilan est globalement positif, même si, sur certains points, on aurait pu espérer une meilleure prise en compte des droits des personnes en quête de protection.

C'est ce qu'on verra à travers les prismes suivants : les conditions d'accueil des demandeurs d'asile (I), les garanties de procédure qui leur sont offertes lors de l'examen de leur demande (II) et les éléments de définition des personnes protégées (réfugié et bénéficiaire de la protection subsidiaire) (III).

10. Traité d'Amsterdam, art. K.7, § 5.

11. Traité sur l'Union européenne, version consolidée, art. 19.

12. Voir les conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere, notamment la partie intitulée « Une politique européenne commune d'asile et de migration », en ligne : http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm.

13. Règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, *JOUE*, 15 décembre 2000.

14. Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, *JOUE*, 6 février 2003.

15. Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, *JOUE*, 25 février 2003.

16. Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des 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, et relatives au contenu de ces statuts, *JOUE*, 30 septembre 2004.

17. Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, *JOUE*, 13 décembre 2005.

18. Respectivement : règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac, *JOUE*, 29 juin 2013 ; directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), *JOUE*, 29 juin 2013 ; règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), *JOUE*, 29 juin 2013 (dit règlement Dublin III) ; directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), *JOUE*, 20 décembre 2011 ; directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, *JOUE*, 29 juin 2013.

19. Appelé aussi système européen d'asile commun (SEAC) ou système européen commun d'asile (SECA).

I. Une application contrastée de la directive « Accueil »

La Cour de Luxembourg a eu à se prononcer sur plusieurs aspects de la directive « Accueil », notamment sur son champ d'application et sur le contenu des prestations dues aux demandeurs d'asile. Et, sur ces divers points, elle a apporté des réponses.

A. Une conception extensive du champ d'application de la directive

L'article 3, § 1, de la directive « Accueil », tant dans sa version de 2003 que dans celle de 2013, définit son champ d'application dans les termes suivants :

La présente directive s'applique à tous les ressortissants de pays tiers et apatrides qui présentent une demande de protection internationale sur le territoire d'un État membre, y compris à la frontière, dans les eaux territoriales ou les zones de transit, tant qu'ils sont autorisés à demeurer sur le territoire en qualité de demandeurs, ainsi qu'aux membres de leur famille, s'ils sont couverts par cette demande de protection internationale conformément au droit national²⁰.

Le même article ajoute, dans les deux paragraphes suivants, que la directive ne s'applique ni « aux cas de demande d'asile diplomatique ou territorial », ni lorsque s'applique la directive dite « Protection temporaire »²¹.

1. La question a été posée à la CJUE de savoir ce qu'incluait l'expression « tous les ressortissants de pays tiers [...] qui présentent une demande de protection internationale ». Il s'agissait, en l'occurrence, de savoir si étaient compris dans le champ d'application de la directive « Accueil » les demandeurs d'asile pour lesquels avait été engagée une procédure de détermination de l'État responsable de l'examen de leur demande, sur le fondement du règlement Dublin II. Le gouvernement français soutenait que :

[...] l'octroi des conditions d'accueil prévues par la directive [...] était déclenché par le dépôt d'une demande d'asile auprès de l'autorité compétente d'un État membre, demande sur laquelle il doit être statué²².

Il s'appuyait, pour cela, sur la rédaction de l'article 5, § 1, de la directive, aux termes duquel

Les États membres informent, au minimum, les demandeurs d'asile, dans un délai raisonnable n'excédant pas

quinze jours après le dépôt de leur demande d'asile auprès de l'autorité compétente, des avantages dont ils peuvent bénéficier et des obligations qu'ils doivent respecter eu égard aux conditions d'accueil.

Article combiné avec l'article 13, § 1, qui dispose : « Les États membres font en sorte que les demandeurs d'asile aient accès aux conditions matérielles d'accueil lorsqu'ils introduisent leur demande d'asile ». Le gouvernement croyait donc pouvoir en déduire que le fait déclencheur du droit aux conditions d'accueil n'était pas le dépôt de la demande d'asile dans l'État à laquelle elle était présentée, mais dans l'État désigné comme responsable de son examen, les intéressés ne pouvant, selon lui, « être regardés comme ayant déposé une demande d'asile dans [le] premier État membre », dès lors que, par ailleurs, la directive « Procédures », en vertu du 29^e considérant de son préambule, « ne s'applique pas aux procédures régies par le règlement ["Dublin II"] ».

C'était là vouloir appliquer la directive « Procédures » à la directive « Accueil », ce qui ne relève pas d'une démarche juridique très rigoureuse, chaque texte ayant son autonomie par rapport à l'autre, dès lors que leur objet n'est pas le même. Telle a, d'ailleurs, été aussi l'opinion de la Cour de Luxembourg qui, dans son arrêt du 27 septembre 2012, a énoncé que « le champ d'application de la directive 2003/9 est défini à son article 3, selon lequel celle-ci s'applique à tous les ressortissants de pays tiers et apatrides qui déposent une demande d'asile à la frontière ou sur le territoire d'un État membre tant qu'ils sont autorisés à demeurer sur le territoire en qualité de demandeurs d'asile »²³. Donc, puisque la directive définit elle-même à qui elle s'applique, il n'y a pas lieu d'aller chercher dans une autre directive des indications sur son champ d'application.

La Cour en déduit, d'une part, que

[...] la première condition qui doit être satisfaite pour l'application de la directive 2003/9 est celle selon laquelle une demande d'asile doit avoir été déposée à la frontière ou sur le territoire d'un État membre²⁴.

Et, d'autre part, que la directive « ne prévoit qu'une catégorie de demandeurs d'asile comprenant tous les ressortissants de pays tiers et apatrides qui déposent une demande d'asile » ni

[...] ne comporte aucune disposition de nature à laisser entendre qu'une demande d'asile ne saurait être regardée comme déposée que si elle est présentée aux autorités de l'État membre responsable de l'examen de cette demande²⁵.

Ce que corrobore l'article 4 du règlement Dublin II,

20. Dans la version de 2003, au lieu de « demande de protection internationale », il est écrit « demande d'asile ».

21. Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, *JOUE*, 7 août 2001.

22. Voir les observations du gouvernement français devant la CJUE : <http://fr.scribd.com/doc/69122509/Observations-France-CJUE-c179-11>.

23. CJUE, 4^e ch., 27 septembre 2012, *Cimade & Gisti*, aff. C-179/11, pt 37 : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » de La revue des droits de l'homme*, 2 octobre 2012, comm. M.-L. Basilien-Gainche, en ligne : <http://revdh.org/2012/10/02> ; *Journal d'actualité des droits européens*, 23 novembre 2012, comm. J. Castillo ; *Revue de droit sanitaire et social*, n° 1, janvier-février 2013, p. 73, note C. Boutayeb.

24. *Ibid.*, pt 38.

25. *Ibid.*, pt 40.

[...] selon lequel le processus de détermination de l'État membre responsable [...] est engagé dès qu'une demande d'asile est introduite pour la première fois auprès d'un État membre. Cette disposition implique nécessairement qu'une demande d'asile est introduite avant que le processus de détermination de l'État membre responsable ne soit engagé²⁶.

2. Quant à « la seconde condition pour l'application de la directive », c'est « celle selon laquelle les demandeurs d'asile doivent être autorisés à demeurer sur le territoire de l'État membre concerné en qualité de demandeurs d'asile »²⁷. Or, en France, les demandeurs d'asile placés en procédure Dublin ne sont pas admis au séjour. Le gouvernement soutenait donc qu'ils ne pouvaient, à ce titre, bénéficier des conditions d'accueil. Ce à quoi la Cour répond que

[...] selon l'article 2, sous k), de la directive [« Procédures »], les termes « rester dans l'État membre » doivent être compris comme le fait de rester sur le territoire, y compris à la frontière ou dans une zone de transit, non seulement de l'État membre dans lequel la demande d'asile est examinée, mais aussi dans celui où elle a été déposée²⁸.

Si bien que

[...] les demandeurs d'asile sont autorisés à demeurer non seulement sur le territoire de l'État membre dans lequel la demande d'asile est examinée, mais aussi sur celui de l'État membre dans lequel cette demande a été déposée, comme l'exige l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2003/9²⁹.

Et, poursuit la Cour,

[...] la simple requête d'un État membre auprès duquel une demande d'asile a été introduite, aux fins d'obtenir la prise en charge de ce demandeur par un autre État membre, ne met pas fin à l'examen de la demande d'asile par l'État requérant³⁰.

Car, conformément à l'article 19, § 4, du règlement Dublin II,

[...] la responsabilité pour l'examen de la demande d'asile incombe à l'État membre auprès duquel celle-ci a été introduite si le transfert n'est pas exécuté dans le délai de six mois. En outre, [...] en cas de réponse négative de l'État membre requis, [...] il n'est pas exclu que le demandeur d'asile reste sur le territoire de l'État membre requérant³¹.

Dès lors,

[...] seul le transfert effectif du demandeur d'asile par l'État membre requérant met fin à l'examen de la demande d'asile par ce dernier ainsi qu'à sa responsabilité afférente à l'octroi des conditions minimales d'accueil³².

Deux ans plus tard, dans l'arrêt *Fedasil*³³, la CJUE appuie son raisonnement en se référant à

[...] l'économie générale et la finalité de la directive 2003/9 ainsi que [...] l'article 1^{er} de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne selon lequel la dignité humaine doit être respectée et protégée, [...]

qui

[...] s'opposent à ce qu'un demandeur d'asile soit privé, fût-ce pendant une période temporaire, après l'introduction d'une demande d'asile, de la protection des normes minimales établies par cette directive³⁴.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations que les conditions d'accueil prévues par la directive doivent être fournies à tous les étrangers ayant déposé une demande d'asile auprès d'un État membre et que ce droit « débute lorsque les demandeurs d'asile introduisent leur demande d'asile »³⁵. Aussi, le bénéfice des conditions d'accueil s'impose

[...] non seulement à l'égard des demandeurs d'asile se trouvant sur le territoire de l'État membre responsable dans l'attente de la décision de ce dernier sur leur demande d'asile, mais également à l'égard des demandeurs d'asile dans l'attente de la détermination de l'État membre responsable de cette demande³⁶.

C'est-à-dire ceux placés en procédure Dublin, et ce, depuis le dépôt de la demande d'asile jusqu'à ce que cette demande reçoive une décision définitive ou, en cas de mise en œuvre de la procédure Dublin, jusqu'au transfert effectif vers l'État membre responsable, date à laquelle c'est ce dernier qui doit prendre le relais et fournir, à son tour, les prestations correspondantes.

B. Une interprétation souple de l'obligation d'hébergement

Selon la directive 2003/9/CE – dont la version de 2013 ne diffère qu'assez peu sur ce point –, les « conditions d'accueil » comprennent, outre l'information des demandeurs d'asile sur leurs droits et devoirs et la délivrance

26. *Ibid.*, pt 41.

27. *Ibid.*, pt 46.

28. *Ibid.*, pt 47.

29. *Ibid.*, pt 48.

30. *Ibid.*, pt 54.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*, pt 55.

33. CJUE, 4^e ch., 27 février 2014, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Saciri*, aff. C-79/13, pt 35 : Lettre « Actualités Droits-Libertés » de *La revue des droits de l'homme*, 5 mars 2014, comm. M.-L. Basilien-Gainche et S. Slama, en ligne : <http://revdh.revues.org/607> ; « Accueil des demandeurs d'asile », *Europe*, n° 4, avril 2014, comm. F. Gazin.

34. *Ibid.*

35. CJUE, 4^e ch., 27 septembre 2012, *Cimade & Gisti*, pt 39.

36. *Ibid.*, pt 43.

de documents de séjour, l'accès des enfants mineurs au système éducatif, l'accès aux soins de santé et le logement, la nourriture et l'habillement³⁷. Les « conditions matérielles d'accueil » peuvent consister en des prestations en nature, en des allocations financières ou en des bons³⁸. Elles doivent, dans tous les cas, permettre aux demandeurs d'asile d'avoir « un niveau de vie adéquat pour la santé et d'assurer [leur] subsistance »³⁹.

Cette disposition – qui n'a pas manqué de poser des problèmes d'interprétation en France s'agissant du versement de l'allocation temporaire d'attente⁴⁰ et des modalités d'hébergement des demandeurs d'asile⁴¹ –, a surtout fait l'objet d'interprétation par la Cour de Luxembourg en ce qui concerne l'hébergement.

1. Au sujet des conditions d'hébergement des demandeurs d'asile, la Cour a jugé que, si l'État membre a opté pour la fourniture des conditions matérielles d'accueil

[...] sous la forme d'allocations financières, [...] ces allocations doivent être suffisantes [...] pour assurer la subsistance des demandeurs d'asile en leur permettant de disposer notamment d'un logement, le cas échéant, sur le marché privé de la location⁴².

Et « permettre [...] aux enfants mineurs des demandeurs d'asile d'être logés avec leurs parents, de sorte que l'unité familiale [...] soit maintenue »⁴³, dans l'intérêt supérieur de l'enfant. En revanche, précise la Cour,

[...] les dispositions de la directive 2003/9 ne sauraient être interprétées en ce sens qu'il convient de laisser aux demandeurs d'asile le choix d'un logement à leur convenance personnelle⁴⁴.

De plus, si l'article 14, § 1 de la directive de 2003 – article 18, § 1 de la version 2013 – énumère les formes que peut revêtir la fourniture de logement en nature, cette disposition « concerne, en principe, les formules de logement que peuvent choisir les États membres », mais « limite la portée des obligations figurant audit article à l'hypothèse où les États membres ont choisi d'octroyer les conditions matérielles d'accueil en nature »⁴⁵.

En d'autres termes, la Cour impose aux États membres d'assurer aux demandeurs d'asile un logement digne, compatible avec le maintien de la vie familiale qui permette, au minimum, aux parents et à leurs enfants mineurs de vivre dans le même logement. Cette « obligation » peut être satisfaite, soit par la fourniture d'un logement « en nature » ou sous forme d'une allocation financière. Dans le premier cas, il doit s'agir de l'une des formes d'hébergement prévues par la directive – locaux situés à la frontière, centres d'hébergement, maisons, appartements, hôtels privés ou d'autres locaux adaptés⁴⁶ –, tandis que si l'État membre opte pour une allocation financière, celle-ci doit être d'un montant suffisant pour que les intéressés aient réellement accès au marché privé de la location. En toute hypothèse, quelle que soit la modalité de la prise en charge du logement, celui-ci doit non seulement garantir le respect de la vie familiale, tant par sa taille que par sa configuration, mais l'État n'est pas obligé de respecter le choix fait par les demandeurs d'asile pour leur convenance personnelle, dès lors qu'il met à leur disposition une solution conforme aux exigences de la directive. La barre a été placée assez haut.

2. La Cour a également été interrogée sur le point de savoir si,

[...] en cas de saturation des structures d'hébergement dédiées aux demandeurs d'asile, les États membres [peuvent renvoyer] ces derniers vers des organismes relevant du système d'assistance publique générale, chargés de fournir aux demandeurs d'asile l'aide financière nécessaire⁴⁷.

En d'autres termes, vers des organismes publics ou privés qui aideront les demandeurs d'asile sans hébergement à s'en procurer un. Sur ce point, la Cour rappelle que,

[...] si les États membres ne sont pas en mesure d'octroyer les conditions matérielles d'accueil en nature, la directive 2003/9 leur laisse la possibilité d'opter pour l'octroi des conditions matérielles d'accueil sous la forme d'allocations financières.

37. Directive 2003/9/CE, art. 5 à 15; directive 2013/33/UE, art. 5 à 19.

38. Directive 2003/9/CE, art. 13, § 5; directive 2013/33/UE, art. 17, § 5.

39. Directive 2003/9/CE, art. 13, § 2; directive 2013/33/UE, art. 17, § 2.

40. Le juge des référés du Conseil d'État a jugé que le seul versement de l'allocation temporaire d'attente ne peut, eu égard à son faible montant, « être regardé comme satisfaisant [aux] exigences qui découlent de l'obligation d'assurer aux demandeurs d'asile, y compris en ce qui concerne le logement, des conditions d'accueil décentes » (CE, réf., 13 août 2010, *Ministre de l'Immigration c. Mbala Nzuzi*, n° 342330).

41. Le juge des référés du Conseil d'État, après avoir jugé que ne pouvait être considéré comme conforme aux exigences de la directive « Accueil », parce que « nuisible à son rétablissement, [...] l'hébergement sous une tente » d'un enfant souffrant d'asthme (CE, réf., 27 octobre 2010, *Ministre de l'Immigration c. M. et Mme Veseli*, n° 343898), n'a cependant pas hésité à estimer qu'en l'absence de place disponible en centre d'hébergement, hôtel ou autre construction « en dur », le préfet peut « recourir à des modalités d'accueil sous forme de tentes ou d'autres installations comparables » sans qu'il en résulte « une privation du bénéfice des droits auxquels les demandeurs d'asile peuvent prétendre » (CE, réf., 19 novembre 2010, *Ministre de l'Immigration c. Panokheel*, n° 344286).

42. CJUE, 4^e ch., 27 février 2014, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Saciri*, pt 42.

43. *Ibid.*, pt 45.

44. *Ibid.*, pt 43.

45. *Ibid.*, pt 44.

46. Directive 2003/9/CE, art. 14, § 1; directive 2013/33/UE, art. 18, § 1.

47. CJUE, 4^e ch., 27 février 2014, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Saciri*, pt 47.

À condition que, comme elle l'a déjà souligné,

Ces allocations [soient] suffisantes pour que les besoins fondamentaux des demandeurs d'asile, y compris un niveau de vie digne et adéquat pour la santé, leur soient assurés⁴⁸.

Par ailleurs, les allocations financières peuvent être versées soit directement par l'État, soit

[...] par l'intermédiaire d'organismes relevant du système d'assistance publique générale, pour autant que ces organismes assurent aux demandeurs d'asile le respect des normes minimales prévues par cette directive⁴⁹.

Les États membres doivent alors

[...] veiller au respect, par ces organismes, des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile, la saturation des réseaux d'accueil ne pouvant pas justifier une quelconque dérogation au respect de ces normes⁵⁰.

Ce qui revient à dire que le recours à de tels organismes ne doit pas être, pour l'État, un moyen de se défaire de ses obligations. Ainsi donc, quelle que soit la modalité adoptée par l'État membre pour fournir, directement ou indirectement, un logement aux demandeurs d'asile, ce logement doit, en tout état de cause, respecter les normes minimales définies par la circulaire. On est fort loin du simple couchage sous tentes qui n'avait pas provoqué d'état d'âme – ni moral, ni juridique – au Conseil d'État...

On observera que la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) avait adopté une position très proche de celle de son homologue de Luxembourg en déclarant que

[...] l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis fait à ce jour partie du droit positif et pèse sur les [États membres] en vertu [de] la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 [...] ⁵¹.

Et a qualifié de « traitement humiliant témoignant d'un manque de respect pour sa dignité » le fait de laisser un demandeur d'asile vivre « dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels »⁵².

II. Des exigences limitées quant aux garanties de procédure

C'est de l'interprétation de la directive « Procédures », dans ses versions successives de 2005 et 2013, mais aussi du règlement Dublin (II puis III), qu'il s'agit ici⁵³.

A. Les procédures accélérées largement légitimées

Pour l'application de la directive « Procédures », c'est le degré de garanties offertes par les procédures dites « accélérées » qui a été contesté devant la Cour de Luxembourg – ces procédures, auxquelles il peut être recouru dans les nombreux cas énumérés à l'article 23, § 4, de la directive⁵⁴.

La Cour a été appelée à dire si la procédure accélérée était compatible avec le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par la directive. En effet, aux termes du 27^e considérant du préambule de la directive de 2005,

Conformément à un principe fondamental du droit communautaire, les décisions prises en ce qui concerne une demande d'asile et le retrait du statut de réfugié doivent faire l'objet d'un recours effectif devant une juridiction [...] ⁵⁵.

Et le principe du « droit à un recours effectif » est réaffirmé à l'article 39 de la directive de 2005 et 48 de celle de 2013⁵⁶.

48. *Ibid.*, pt 48.

49. *Ibid.*, pt 49.

50. *Ibid.*, pt 50.

51. Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, § 250 : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » de La revue des droits de l'homme*, 21 janvier 2011, comm. N. Hervieu (2), en ligne : <http://revdh.org/2011/01/21>.

52. *Ibid.*, § 263.

53. Une autre question relative à la procédure a été soumise à la CJUE, mais elle ne nous concerne pas ici. Il s'agissait de déterminer selon quelle procédure devait être adoptée, par les instances de l'Union, la liste commune des « pays d'origine sûrs » prévue à l'article 29 de la directive « Procédures » de 2005 (disposition non reprise par la directive de 2013). Il est à noter que cette « liste commune » n'a jamais été dressée.

54. Cette disposition prévoit quinze hypothèses dans lesquelles la procédure accélérée peut être mise en œuvre : absence de pertinence de la demande ; demande manifestement infondée ; demandeur originaire d'un pays sûr ; demande présentée sous une fausse identité ou sous couvert de faux documents ; cas de demandes multiples sous diverses identités ; absence de fourniture d'informations à l'appui de la demande ; demande incohérente ou contradictoire ; demande de réexamen sans éléments nouveaux ; demande présentée tardivement sans raison valable ; demande dilatoire ; absence de coopération de l'intéressé avec les autorités traitant sa demande ; intéressé entré irrégulièrement sur le territoire tardant à se présenter aux autorités ; demandeur constituant une menace pour l'ordre public ou faisant l'objet d'une mesure d'éloignement ; refus de donner ses empreintes digitales ; demande présentée par un mineur dont la demande des parents a été rejetée et qui ne fait état d'aucun élément relatif à sa situation personnelle.

55. Dans la directive de 2013, la disposition correspondante (50^e considérant du préambule) énonce : « Conformément à un principe fondamental du droit de l'Union, les décisions prises en ce qui concerne une demande de protection internationale, les décisions relatives à un refus de rouvrir l'examen d'une demande après que cet examen a été clos, et les décisions concernant le retrait du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire font l'objet d'un recours effectif devant une juridiction ».

56. Le § 1 de cet article est rédigé comme suit : « Les États membres font en sorte que les demandeurs d'asile disposent d'un droit à un recours effectif devant une juridiction contre les actes suivants : une décision concernant leur demande d'asile [...] ». Le droit à un recours effectif est affirmé, en termes généraux, par l'article 47, § 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article ».

1. Quant à l'étendue du champ d'application de ce droit, la CJUE a précisé, dans son arrêt *Samba Diouf*, du 28 juillet 2011, que

[...] les décisions à l'encontre desquelles le demandeur d'asile doit disposer d'un recours en vertu de l'article 39, paragraphe 1, de la directive 2005/85 sont celles qui impliquent un rejet de la demande d'asile pour des raisons de fond ou, le cas échéant, pour des motifs de forme ou de procédure qui excluent une décision au fond⁵⁷.

De sorte que « les décisions préparatoires à la décision au fond ou les décisions d'organisation de la procédure ne sont pas visées par cette disposition »⁵⁸. Il en résulte que

[...] l'article 39, paragraphe 1, de la directive 2005/85 doit être interprété en ce sens qu'il n'impose pas que le droit national prévoit un recours spécifique ou autonome à l'encontre de la décision d'examiner une demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée⁵⁹.

À condition, bien sûr, que les raisons pour lesquelles il a été décidé de mettre en œuvre la procédure accélérée « peuvent être effectivement soumis[es] à un contrôle juridictionnel dans le cadre du recours dont la décision finale de rejet est susceptible de faire l'objet »⁶⁰. On a en quelque sorte ici l'application de la notion, familière au juge administratif français d'« opération complexe »⁶¹.

2. Quant à la compatibilité du droit au recours effectif avec la procédure accélérée, son principe est implicitement admis par l'arrêt *Samba Diouf* qui affirme, d'une part, ainsi qu'on vient de le voir, que ce droit n'impose pas l'existence d'un recours contre la décision d'examiner une demande d'asile selon la procédure accélérée et, d'autre part, que « l'article 39, paragraphe 1, de la directive [...] ne s'oppose pas, en principe, à une réglementation nationale telle que celle énoncée à l'article 20, paragraphe 5, de la loi [luxembourgeoise] du 5 mai 2006 »⁶², lequel exclut toute voie de recours contre la décision du ministre de statuer sur le bien-fondé d'une demande d'asile selon la procédure accélérée.

De plus, énonce la Cour, « la directive 2005/85 n'impose pas l'existence d'un double degré de juridiction », mais seulement « l'existence d'un recours devant une instance juridictionnelle »⁶³ contre les « décisions concernant une demande d'asile » telles que définies ci-dessus. La Cour observe, au demeurant, que le double degré de juridiction serait difficilement conciliable avec la raison d'être de la procédure accélérée qui est d'« assurer un traitement plus rapide des demandes d'asile infondées ou irrecevables, en vue de permettre un traitement plus efficace des demandes présentées par les personnes qui sont bien fondées à bénéficier du statut de réfugié »⁶⁴.

B. Un « droit d'être entendu » réduit à peau de chagrin

La CJUE a également été appelée à se prononcer sur le fondement et la portée du « droit d'être entendu » dont bénéficie le demandeur d'asile au cours de la procédure d'examen de sa demande.

1. Dans son arrêt *M. M.* du 22 novembre 2012⁶⁵, la Cour affirme l'existence de ce droit en ne le fondant ni sur l'article 4 de la directive « Qualification » de 2004⁶⁶, ni sur l'article 12 de la directive « Procédures » de 2005⁶⁷, mais sur les articles 41 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union⁶⁸. Pourtant, si l'article 41 de la Charte, relatif au « droit à une bonne administration », est facilement applicable à la procédure d'asile dans la mesure où il concerne les relations entre administrés et administration, en revanche, on voit mal comment l'article 47, intitulé « droit à un recours effectif et à un tribunal impartial » pourrait fonder le droit d'être entendu dans le cours d'une procédure administrative non contentieuse.

Si ce droit, présenté comme l'une des composantes des droits de la défense, est un « droit fondamental », il n'en a pas moins une portée limitée. Certes, la Cour affirme que le droit d'être entendu a une « portée très large dans

57. CJUE, 2^e ch., 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf c. ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration (Luxembourg)*, aff. C-69/10, pt 42 : *Journal d'actualité des droits européens*, 5 juillet 2012, comm. H. Flavie ; AEDH / FIDH, *Newsletter*, n° 162, 25-29 juillet 2011.

58. *Ibid.*, pt 43.

59. *Ibid.*, pt 45.

60. *Ibid.*, pt 70.

61. Sur la notion d'« opération complexe », voir, par exemple : CE, sect., 23 décembre 1988, *Association de défense de la qualité de vie, de la nature, de l'environnement et de l'éducation du secteur nord des Bouches-du-Rhône* : *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 27, concl. C. de La Verpillière.

62. CJUE, 2^e ch., 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf c. ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration (Luxembourg)*, pt 45.

63. *Ibid.*, pt 69.

64. *Ibid.*, pt 65.

65. CJUE, 1^{re} ch., 22 novembre 2012, *M. M.*, aff. C-277/11 : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » de La revue des droits de l'homme*, 24 novembre 2012, comm. M.-L. Basilien-Gainche, en ligne : <http://revdh.org/2012/11/24>.

66. Directive 2004/83/CE, art. 4, § 1 : « Les États membres peuvent considérer qu'il appartient au demandeur de présenter, aussi rapidement que possible, tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande de protection internationale. Il appartient à l'État membre d'évaluer, en coopération avec le demandeur, les éléments pertinents de la demande ».

67. Directive 2005/85/CE, art. 12, § 1 : « Avant que l'autorité responsable de la détermination ne se prononce, la possibilité est donnée au demandeur d'asile d'avoir un entretien personnel sur sa demande avec une personne compétente en vertu du droit national pour mener cet entretien ».

68. CJUE, 1^{re} ch., 22 novembre 2012, *M. M.*, pts 3 et 4 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union, art. 41 : « 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union. / 2. Ce droit comporte notamment : a) le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ; art. 47 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter ».

l'ordre juridique de l'Union » et « doit s'appliquer à toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief »⁶⁹, « même lorsque la réglementation applicable ne prévoit pas expressément une telle formalité »⁷⁰. Toutefois, ce droit ne peut aller jusqu'à obliger

[...] l'autorité compétente pour examiner la demande de protection [internationale] à communiquer au demandeur, préalablement à l'adoption d'une décision défavorable à cet égard et alors qu'une demande d'asile émanant de la même personne a précédemment été rejetée, les éléments sur lesquels elle entend fonder cette décision et à recueillir sur ce point les observations de l'intéressé⁷¹.

En d'autres termes, dès lors que l'intéressé a été entendu dans le cadre de l'examen d'une première demande d'asile et que la décision prise en réponse à une demande ultérieure – il s'agissait, en l'espèce, d'une demande de statut de réfugié suivie d'une demande de protection subsidiaire, le droit irlandais instituant deux procédures distinctes – est fondée sur les mêmes éléments de faits, il n'y a pas lieu de réentendre l'intéressé, ni pour l'informer « de la suite négative que [l'autorité compétente] se propose de réserver à sa demande », ni pour « lui communiquer les arguments sur lesquels elle entend fonder le rejet de celle-ci ». Ce droit fondamental semblait réduit presque à peau de chagrin.

Répondant à une seconde branche de la question préjudicielle dont elle était saisie, la Cour ajoute cependant que,

[...] s'agissant d'un système [...] caractérisé par l'existence de deux procédures distinctes et successives [...], il incombe à la juridiction de renvoi de veiller au respect, dans le cadre de chacune de ces procédures, des droits fondamentaux du demandeur et, plus particulièrement, de celui d'être entendu en ce sens qu'il doit pouvoir faire connaître utilement ses observations préalablement à l'adoption de toute décision n'accordant pas le bénéfice de la protection sollicitée.

En conséquence,

[...] la circonstance que l'intéressé a déjà été valablement auditionné lors de l'instruction de sa demande d'octroi du statut de réfugié n'implique pas qu'il puisse être fait abstraction de cette formalité dans le cadre de la procédure relative à la demande de protection subsidiaire⁷².

2. Pour la Cour, enfin, le droit d'être entendu s'applique à « l'établissement des circonstances factuelles susceptibles de constituer les éléments de preuve au soutien de

la demande »⁷³, mais non à « l'appréciation juridique des faits et des circonstances afin de décider si les conditions de fond en vue de l'octroi de la protection internationale sont satisfaites »⁷⁴. Le demandeur d'asile doit donc être entendu pour expliquer quels sont les faits qui l'ont conduit à présenter sa demande – c'est l'objet de l'entretien prévu par la directive « Procédures » ; en revanche, l'autorité compétente n'est pas tenue de recueillir ses observations sur les conséquences juridiques à tirer des faits invoqués et établis : protection internationale ou non et, si oui, statut de réfugié ou protection subsidiaire.

Deux ans plus tard, dans son arrêt *Mukarubega* du 5 novembre 2014⁷⁵, la CJUE réduit encore la portée du droit d'être entendu en appliquant la théorie des opérations complexes à la procédure d'éloignement d'une étrangère dont la demande d'asile a été rejetée successivement par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) et par la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) et qui est demeurée irrégulièrement sur le territoire français après que le séjour lui a été refusé en conséquence de ce rejet. La Cour énonce, en premier lieu, que « l'adoption d'une décision de retour découle nécessairement de celle constatant le caractère irrégulier du séjour de l'intéressé »⁷⁶, si bien que, « la décision de retour [étant] étroitement liée [...] à la constatation du caractère irrégulier du séjour », le droit d'être entendu n'implique pas que,

[...] lorsque l'autorité nationale compétente envisage d'adopter dans le même temps une décision constatant un séjour irrégulier et une décision de retour, cette autorité devrait nécessairement entendre l'intéressé de manière à lui permettre de faire valoir son point de vue spécifiquement sur cette dernière décision [...] ⁷⁷.

Puis la Cour constate que l'intéressée a

[...] été entendue sur sa demande d'asile, d'une part, par l'OFPRA et, d'autre part, par la CNDA de manière utile et effective et dans des conditions qui lui avaient permis d'exposer l'ensemble des motifs de sa demande⁷⁸.

Et elle affirme ensuite que la requérante, ayant été entendue par la CNDA « six semaines avant la décision de cette dernière de lui refuser l'asile et un peu plus de trois mois avant la première décision de retour »⁷⁹, a ainsi « pu présenter, de manière utile et effective, ses observations au sujet de l'irrégularité de son séjour », de sorte que

69. CJUE, 1^{re} ch., 22 novembre 2012, *M. M.*, pt 85.

70. *Ibid.*, pt 86.

71. *Ibid.*, pt 60.

72. *Ibid.*, pt 95.

73. *Ibid.*, pt 64.

74. *Ibid.*, pt 69.

75. CJUE, 5^e ch., 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega c. préfet de police et préfet de la Seine-Saint-Denis*, aff. C-166/13 ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » de La revue des droits de l'homme*, 18 novembre 2014, comm. M.-L. Basilien-Gainche et T. Racho, en ligne : <http://revdh.revues.org/957>.

76. *Ibid.*, pt 59.

77. *Ibid.*, pt 60. L'arrêt *Mukarubega* a été confirmé, sur ces divers points, un mois plus tard, par l'arrêt *Boudjlida*, du 11 décembre 2014, aff. C-249/13 ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » de La revue des droits de l'homme*, 6 janvier 2015, comm. N. Lepoutre, en ligne : <http://revdh.revues.org/1042>.

78. *Ibid.*, pt 68.

79. *Ibid.*, pt 69.

[...] l'obligation de l'entendre spécifiquement au sujet de la décision de retour avant d'adopter ladite décision prolongerait la procédure administrative inutilement, sans accroître la protection juridique de l'intéressée⁸⁰.

Cette solution est contestable. En effet, d'abord, l'intéressée invoquait le fait qu'elle n'avait pas été « entendue sur l'évolution de sa situation personnelle entre la date de sa demande d'asile et la date de l'adoption de la première décision de retour, soit pendant une période de 33 mois »⁸¹. Si le délai ainsi mentionné par la requérante était supérieur à la réalité, il n'en demeure pas moins que, comme le souligne la Cour, six semaines s'étaient écoulées entre l'audition par la CNDA et la mesure d'éloignement. Il incombait, semble-t-il, au préfet de vérifier si, comme elle l'invoquait, la situation de l'intéressée avait effectivement évolué, ce qui devait conduire à l'entendre. Mais, surtout, les observations présentées par l'intéressée à l'appui de sa demande d'asile et celles qu'elle était susceptible de faire valoir pour obtenir le droit au séjour en France et, partant, ne pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement, n'étaient pas forcément les mêmes. Ainsi, pouvait-elle justifier d'un droit au séjour à un autre titre que l'asile (vie privée ou familiale, raison de santé, etc.) ? En estimant que le droit d'être entendu a été respecté parce qu'il a été exercé dans le cadre de la procédure d'asile et, dès lors, n'a pas à l'être dans le cadre de la procédure d'éloignement, la CJUE paraît avoir méconnu l'autonomie de ces deux procédures l'une par rapport à l'autre. C'est fâcheux et cela peut être préjudiciable aux droits des intéressés⁸².

C. Mais des garanties étendues dans le cadre du règlement Dublin

La procédure de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile, successivement réglementée par la convention de Dublin de 1990⁸³ et par les règlements Dublin II et Dublin III⁸⁴. Le principe qui sous-tend ces textes est que toute demande d'asile présentée par un étranger aux frontières ou sur le territoire commun doit être examinée par un État membre et par un seul⁸⁵, ce qui implique que soient définis des critères de détermination de l'État chargé d'examiner une demande et, partant, que soit également établie une procédure permettant cette

détermination. À l'issue de cette procédure, et si l'État « responsable » n'est pas celui auprès duquel la demande d'asile a été présentée, ce dernier doit transférer l'intéressé vers l'État responsable.

1. La question s'est posée, toutefois, de l'attitude que devait adopter l'État saisi de la demande d'asile lorsque l'État normalement responsable n'offre pas toutes les garanties de respect des droits de la personne et, notamment, d'un traitement sérieux, équitable et impartial de la demande d'asile dont il aurait à connaître. Sur ce point, la CJUE a « dégage en touche », niant la difficulté en affirmant que, par principe, dès lors que l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile « est un État partie à la Convention de Genève », la réadmission du demandeur d'asile dans cet État ne peut constituer « une atteinte grave au droit d'asile »⁸⁶. Mais il a fini par admettre que, dans certaines circonstances, un État membre peut ne pas apporter « les garanties exigées par le respect du droit d'asile » et que, en pareil cas, la réadmission de l'intéressé vers un tel État membre « serait de nature à porter une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit d'asile »⁸⁷.

C'est à ce même problème qu'a été confrontée la Cour de Luxembourg dans les affaires *N. S. c. Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*⁸⁸. Dans son arrêt – l'arrêt est unique, les affaires ayant été jointes –, la Cour rappelle que le système Dublin, comme l'ensemble du système européen commun d'asile, repose sur la « confiance mutuelle » et la présomption que les États participants « respectent les droits fondamentaux, en ce compris les droits trouvant leur fondement dans la Convention de Genève et le protocole de 1967, ainsi que dans la CEDH »⁸⁹ et que « le traitement réservé aux demandeurs d'asile dans chaque État membre est conforme aux exigences de la charte, à la convention de Genève ainsi qu'à la CEDH »⁹⁰. Mais, ajoute la Cour, il ne peut

[...] être exclu que ce système rencontre, en pratique, des difficultés majeures de fonctionnement dans un État membre déterminé, de sorte qu'il existe un risque sérieux que des demandeurs d'asile soient, en cas de transfert vers cet État membre, traités d'une manière incompatible avec leurs droits fondamentaux⁹¹.

80. CJUE, 5^e ch., 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega c. préfet de police et préfet de la Seine-Saint-Denis*, pt 70.

81. *Ibid.*, pt 68.

82. Voir également sur ce point les critiques de M.-L. Basilien-Gainche et T. Racho, *Lettre « Actualités Droits-Libertés » de La revue des droits de l'homme*, 18 novembre 2014.

83. Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, signée à Dublin le 15 juin 1990, *JORF*, 7 octobre 1997.

84. Précités, notes 15 et 18 (n° 343/2003 et n° 604/2013).

85. Art. 3, § 1, du règlement dans ses deux versions successives.

86. CE, réf., 24 mars 2005, *Hassan-Mohamed*, n° 278805.

87. CE, réf., 20 mai 2010, *Ministre de l'Immigration c. Othman*, n° 339478.

88. CJUE, GC, 21 décembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-411/10, et *M. E. et autres c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-493/10 : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » de La revue des droits de l'homme*, 29 décembre 2011, comm. M.-L. Basilien-Gainche, en ligne : <http://revdh.org/2011/12/29>.

89. *Ibid.*, pt 78.

90. *Ibid.*, pt 80.

91. *Ibid.*, pt 81.

Toutefois, « la moindre violation des directives 2003/9, 2004/83 ou 2005/85⁹² [ne saurait suffire] à empêcher tout transfert d'un demandeur d'asile vers l'État membre normalement compétent »⁹³. Il faut, pour cela, qu'il y ait

[...] lieu de craindre sérieusement qu'il existe des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la charte, des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet État membre [...].

De sorte que « ce transfert serait incompatible avec ladite disposition »⁹⁴.

Et, pour établir si de tels risques existent, la Cour de Luxembourg se réfère à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, du 21 janvier 2011⁹⁵, qui s'est fondé, pour caractériser une violation de l'article 3 de la convention, sur

[...] les rapports réguliers et concordants d'organisations non gouvernementales internationales faisant état des difficultés pratiques que pose l'application du système européen commun d'asile en Grèce, la correspondance envoyée par le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) au ministre belge compétent, mais également les rapports de la Commission sur l'évaluation du système de Dublin et les propositions de refonte du règlement n° 343/2003 visant à renforcer l'efficacité de ce système et la protection effective des droits fondamentaux⁹⁶.

La CJUE en déduit que ces sources, « dont l'État membre qui doit procéder au transfert ne peut ignorer l'existence »⁹⁷, « sont de nature à permettre aux États membres d'apprécier le fonctionnement du système d'asile dans l'État membre responsable, qui rendra possible l'évaluation de tels risques »⁹⁸. L'arrêt conclut, d'une part, que

[...] le droit de l'Union s'oppose à l'application d'une présomption irréfutable selon laquelle l'État membre [...] responsable respecte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹⁹.

Et, d'autre part, qu'

[...] il incombe aux États membres, en ce compris les juridictions nationales, de ne pas transférer un demandeur d'asile vers « l'État membre responsable » [...] lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 4 de la charte¹⁰⁰.

Alors même que ces États ne feraient pas l'objet des mesures-sanctions prévues à l'article 7 du traité sur l'Union européenne¹⁰¹.

2. S'agissant toujours de l'application de la procédure Dublin, la Cour de Luxembourg a été appelée à se prononcer sur les conséquences à tirer du retrait, par un demandeur d'asile, de sa demande alors que la procédure de détermination de l'État responsable de l'examen de cette demande est toujours en cours¹⁰². L'intéressée avait présenté en Suède des demandes d'asile pour elle et ses enfants mineurs alors qu'elle était en possession de visas délivrés par la France. La Suède a donc demandé à la France de prendre en charge les intéressés mais la mère a retiré les demandes d'asile après avoir présenté des demandes de titres de séjour en qualité de membres de la famille (épouse et enfants) d'un ressortissant suédois. Ce qui n'a pas empêché les autorités suédoises de poursuivre la procédure Dublin et de décider de transférer les intéressés vers la France.

La CJUE a constaté que

[...] lorsque [...] le demandeur retire son unique demande d'asile avant que l'État membre requis ait accepté de le prendre en charge, la finalité principale du règlement n° 343/2003, à savoir la recherche de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile afin de garantir un accès effectif à une évaluation de la qualité de réfugié du demandeur, ne peut plus être atteinte¹⁰³.

S'il n'y a plus de demande d'asile, il n'y a évidemment plus lieu de rechercher qui sera responsable de son

92. Respectivement les directives « Accueil », « Qualification » et « Procédures ».

93. CJUE, GC, 21 décembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, pt 84.

94. *Ibid.*, pt 86.

95. Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, *M. S. S. c. Belgique et Grèce*.

96. CJUE, GC, 21 décembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, pt 90.

97. *Ibid.*, pt 92.

98. *Ibid.*, pt 91.

99. *Ibid.*, pt 105 et dispositif.

100. *Ibid.*, pt 94 et dispositif.

101. Cet article stipule que, d'une part, si le Conseil constate « qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2 » (parmi lesquelles la dignité humaine et le respect des droits de l'homme), il « peut lui adresser des recommandations » (art. 7, § 1) et que, d'autre part, si le Conseil constate « l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2 », il « peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil » (art. 7, § 3).

102. CJUE, 4^e ch., 3 mai 2012, *Migrationsverket c. Kastrati*, aff. C-620/10 : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » de La revue des droits de l'homme*, 7 mai 2012, comm. M.-L. Basilien-Gainche et L. Leboeuf, en ligne : <http://revdh.org/2012/05/07>; réseau universitaire européen Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice, 9 mai 2012, note L. Clément-Wilz, en ligne : <http://www.gdr-elsj.eu/2012/05/09>.

103. *Ibid.*, pt 42.

examen, alors même que le règlement Dublin II – et, après lui, Dublin III – « n’a pas réglé expressément les situations [...] où des demandeurs d’asile ont retiré leurs demandes »¹⁰⁴ ni, partant, déterminé qu’en ce cas « cessent les obligations pour l’État membre responsable »¹⁰⁵. Aussi, puisque « le règlement n° 343/2003 n’a plus vocation à s’appliquer » alors,

[...] il appartient à l’État membre sur le territoire duquel la demande a été introduite de prendre les décisions induites par ce retrait et en particulier, comme le prévoit l’article 19 de la directive 2005/85, de clôturer l’examen de la demande avec consignation de l’information y afférente dans le dossier du demandeur¹⁰⁶.

La réponse paraît tellement évidente qu’on se demande pourquoi la question préjudicielle a été posée, d’autant que la directive « Procédures » parvient à la même solution¹⁰⁷.

III. Une interprétation (relativement) souple des conditions d’obtention de la protection internationale

La Cour de Luxembourg s’est, enfin, livrée à l’interprétation de la directive « Qualification » à l’occasion de questions préjudicielles qui l’ont conduite à préciser le champ d’application de la protection subsidiaire, ainsi que les conditions dans lesquelles la qualité de réfugié peut être reconnue pour des raisons tenant à la religion et à l’orientation sexuelle.

A. Protection subsidiaire et personnalisation des menaces graves

La protection subsidiaire est censée permettre d’apporter une protection à des personnes qui, éprouvant des craintes en raison de « menaces grave », n’entrent pas dans le champ d’application de la Convention de Genève ou de sa transposition à l’article 2.c de la directive « Qualification »¹⁰⁸. La protection subsidiaire est donc accordée à

[...] tout ressortissant d’un pays tiers ou tout apatride qui ne peut être considéré comme un réfugié, mais pour lequel il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée, si elle était renvoyée dans son pays d’origine ou, dans le cas d’un apatride, dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, courrait un risque réel de subir les atteintes graves définies à l’article 15¹⁰⁹.

À savoir : a) « la peine de mort », b) « la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants », ou c) « des 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 »¹¹⁰.

C’est cette dernière forme d’« atteintes graves » qui soulève le plus de difficultés d’interprétation, tant sa rédaction est confuse, voire contradictoire. En effet, comment concilier l’exigence de « menaces graves et individuelles » avec la condition d’une « violence aveugle » ou d’un « conflit armé interne ou international » qui, par définition, ne sont pas individuels ? Comment, lorsque la violence est généralisée et que le pays est en situation de conflit, une « menace » peut-elle viser personnellement un individu déterminé ?

1. La Cour a dû résoudre cette contradiction en répondant à la question posée par le Conseil d’État néerlandais par son arrêt *Elgafaji* du 17 février 2009¹¹¹. Ce n’est pas sans certaines contorsions qu’elle y est parvenue et l’interprétation qu’elle a livrée, si elle clarifie le droit, laisse néanmoins quelque peu perplexe. En effet, elle a jugé que « le terme “individuelles” doit être compris comme couvrant des atteintes dirigées contre des civils sans considération de leur identité » dès lors que

[...] le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé en cours [...] atteint un niveau si élevé qu’il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu’un civil renvoyé dans le pays concerné ou, le cas échéant, dans la région concernée courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire de ceux-ci, un risque réel de subir les menaces graves visées par l’article 15, sous c)¹¹².

104. CJUE, 4^e ch., 3 mai 2012, *Migrationsverket c. Kastrati*, pt 45. Le règlement ne prévoit que l’hypothèse dans laquelle le demandeur d’asile « a formulé à nouveau une demande d’asile après avoir retiré sa demande pendant le processus de détermination de l’État responsable » (règlement Dublin II, art. 4 et 16 ; Dublin III, art. 18 et 20).

105. *Ibid.*, pt 44.

106. *Ibid.*, pts 47 et 48.

107. Directive « Procédures », art. 19, § 1, de la version 2005 et art. 27, § 1, de la version 2013 : « Pour autant que les États membres prévoient la possibilité d’un retrait explicite de la demande en vertu du droit national, lorsqu’un demandeur d’asile retire explicitement sa demande d’asile, les États membres veillent à ce que l’autorité responsable de la détermination prenne la décision soit de clore l’examen de la demande, soit de rejeter celle-ci ».

108. Aux termes de cette disposition, identique dans les deux versions de la directive, on entend par réfugié : « tout ressortissant d’un pays tiers qui, parce qu’il craint avec raison d’être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, se trouve hors du pays dont il a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ou tout apatride qui, se trouvant pour les raisons susmentionnées hors du pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut y retourner et qui n’entre pas dans le champ d’application de l’article 12 » (directive 2004/83/CE, art. 2.c), c’est-à-dire des clauses d’exclusion.

109. Directive 2004/83/CE, art. 2.e.

110. *Ibid.*, art. 15.

111. CJCE, GC, 17 février 2009, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-465-07 : Lettre « Actualités Droits-Libertés » de *La revue des droits de l’homme*, 7 mai 2012, comm. M.-L. Basilien-Gainche et L. Leboeuf ; réseau universitaire européen Droit de l’espace de liberté, sécurité et justice, 9 mai 2012, note L. Clément-Wilz.

112. *Ibid.*, pt 35.

Il n'est donc pas exigé du demandeur de protection qu'il prouve être personnellement visé du fait de sa situation personnelle. En revanche, pour que la protection subsidiaire soit accordée sur le fondement de l'article 15.c, il ne suffit pas que le pays d'où provient le demandeur soit en proie à la « violence aveugle » ou à un « conflit armé interne ou international ». Il faut un « degré de violence » particulièrement élevé, de sorte que l'intéressé y coure « un risque réel » pour sa vie ou sa personne, c'est-à-dire son intégrité physique ou psychique.

Certes, ajoute la Cour, le 26^e considérant du préambule de la directive énonce que « les risques auxquels la population d'un pays ou une partie de la population est généralement exposée ne constituent normalement pas en eux-mêmes des menaces individuelles à qualifier d'atteintes graves », mais

[...] sa rédaction réserve néanmoins, par l'utilisation du terme « normalement », l'hypothèse d'une situation exceptionnelle qui serait caractérisée par un degré de risque si élevé qu'il existerait des motifs sérieux et avérés de croire que cette personne subirait individuellement le risque en cause¹¹³.

En d'autres termes, il existe ce que l'on pourrait qualifier de relation inversement proportionnelle entre le degré de violence, d'une part, et l'individualisation de la menace, d'autre part. Et, dans cette optique, la Cour passe de la notion de « menace grave et individuelle » à celle de « cercle de victimes potentielles d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international »¹¹⁴. Elle glisse ainsi de l'individuel au collectif, sans atteindre le général, ce qui lui permet de « sauver » l'article 15.c, en le rendant effectivement applicable.

2. Dans un arrêt ultérieur, du 30 janvier 2014¹¹⁵, la CJUE a précisé que la notion de « conflit armé », au sens de la directive « Qualification », « doit être interprétée de façon autonome par rapport à [celle qui figure à] l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève » sur le droit humanitaire, notamment celle « relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre ». L'expression utilisée par la directive – « conflit armé interne ou international » – n'est pas la même que celles qu'emploient les conventions de Genève – « conflits armés internationaux » et « conflits armés ne présentant pas un caractère international »¹¹⁶. Et la Cour de constater

[...] que le législateur de l'Union a souhaité accorder la protection subsidiaire aux personnes concernées non

seulement en cas de conflits armés internationaux et de conflits armés ne présentant pas un caractère international, tels que définis par le droit international humanitaire, mais, également, en cas de conflits armés internes, à condition que ces conflits soient caractérisés par le recours à une violence aveugle.

Sans par ailleurs qu'il soit besoin « que soient présents tous les critères auxquels se réfère l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève »¹¹⁷.

La Cour souligne également que, si « le droit international humanitaire régit la conduite des conflits armés internationaux et ne présentant pas un caractère international » et s'il « vise, notamment, à fournir, dans la zone de conflit, une protection aux populations civiles en limitant les effets de la guerre sur les personnes et les biens », en revanche la protection subsidiaire, elle, tend à « l'octroi d'une protection internationale à certains civils en dehors de la zone de conflit et du territoire des parties au conflit »¹¹⁸. Ainsi, « le droit international humanitaire et le régime de la protection subsidiaire prévu par la directive poursuivent des buts différents et instituent des mécanismes de protection clairement séparés »¹¹⁹. Enfin, la Cour distingue le droit humanitaire et le droit de la protection subsidiaire par leur nature même. En effet, « certaines violations du droit international humanitaire donnent lieu à une responsabilité pénale individuelle », si bien que « le droit international humanitaire entretient des relations très étroites avec le droit pénal international, alors qu'une telle relation est étrangère au mécanisme de la protection subsidiaire prévu par la directive »¹²⁰. Ces précisions ne sont pas inutiles car elles permettent d'adopter une interprétation souple de la notion de « conflit armé », mieux adapté à l'objet de protection spécifique de la directive « Qualification ».

On peut regretter, en revanche, que la Cour n'ait pas eu à se prononcer sur le sens du terme « civil » (« des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil », dispose l'article 15.c) alors qu'il n'est pourtant pas toujours aisé de savoir, en cas de conflit interne, qui est civil et qui ne l'est pas.

Précisons que le Conseil d'État français s'est aligné sur la jurisprudence *Elgafaji* et *Diakité* en jugeant, notamment, que la protection subsidiaire doit être accordée au demandeur qui invoque l'existence d'une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne dès lors que le degré de violence est si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de penser qu'il courrait un risque réel pour sa vie ou sa liberté s'il était renvoyé dans son pays¹²¹, ou que le

113. *Ibid.*, pt. 37.

114. *Ibid.*, pt. 38.

115. CJUE, 4^e ch., 30 janvier 2014, *Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, aff. C-285/12 : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » de La revue des droits de l'homme*, 6 février 2014, comm. M. Gkegka, en ligne : <http://revdh.revues.org/598>.

116. *Ibid.*, pt. 20.

117. *Ibid.*, pt. 21.

118. *Ibid.*, pt. 23.

119. *Ibid.*, pt. 24.

120. *Ibid.*, pt. 25.

121. CE, 3 juillet 2009, *OFPPA c. Baskarathas*, n° 320295.

fait que l'intéressé soit exposé, en cas de retour dans son pays, à des menaces graves et individuelles provenant de bandes armées justifie que lui soit accordée la protection subsidiaire, sans qu'il soit besoin que ces menaces résultent d'une situation de conflit armé interne ou international¹²².

B. Statut de réfugié et liberté de religion

Saisie de la question de savoir si « toute atteinte à la liberté de religion » constitue « nécessairement un acte de persécution » au sens de l'article 9, § 1.a, de la directive « Qualification » ou s'il n'y a, au contraire, une « atteinte grave à la liberté de religion » que si c'est « le noyau dur de cette liberté qui est affecté », la Cour a précisé dans quelle mesure la violation d'un droit peut constituer une persécution, particulièrement s'agissant de la liberté de religion¹²³.

1. La CJUE énonce d'abord que, selon l'article 9, § 1.a, de la directive,

[...] les actes pertinents doivent être « suffisamment graves » en raison de leur nature ou de leur répétition pour constituer une « violation grave des droits fondamentaux de l'homme », en particulier des droits absolus auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe 2, de la CEDH¹²⁴.

On peut s'étonner que la Cour vise l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui n'est pas un instrument de référence habituel pour elle, d'autant plus que la liberté religieuse est également proclamée et garantie par l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union¹²⁵. La Cour rappelle ensuite que « le droit à la liberté de religion consacré à l'article 10, paragraphe 1, de la charte correspond au droit garanti à l'article 9 de la CEDH »¹²⁶. On pourrait penser, en effet, que lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit de l'Union – la directive « Qualification » –, il est plus logique de s'appuyer sur des textes de droit de l'Union que sur un instrument appartenant à un autre ordre juridique.

La Cour énonce ensuite que « la liberté de religion représente l'une des assises d'une société démocratique et elle constitue un droit fondamental de l'homme », de

sorte qu'« une atteinte au droit à la liberté de religion peut être d'une gravité telle qu'elle peut être assimilée aux cas visés à l'article 15, paragraphe 2, de la CEDH, auxquels l'article 9, paragraphe 1, de la directive se réfère, à titre indicatif, pour déterminer quels actes doivent notamment être considérés comme une persécution »¹²⁷. En d'autres termes, la violation de la liberté de religion peut constituer une persécution au sens de la directive et de la Convention de Genève de 1951.

2. Pour la Cour, cependant, « toute atteinte au droit à la liberté de religion [ne] constitue [pas] un acte de persécution qui obligerait les autorités compétentes à octroyer le statut de réfugié »¹²⁸ ; seule une violation de cette liberté dont la gravité serait équivalente « à celle de la violation des droits fondamentaux de l'homme auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe 2, de la CEDH », pourrait être « considéré[e] comme une persécution au sens de l'article 9, paragraphe 1, de la directive et de l'article 1 A de la convention de Genève »¹²⁹. Pour distinguer les actes de persécution des autres violations, la Cour rejette la notion de « noyau dur » de la liberté de religion, notion qui « n'est pas compatible avec la définition large de la notion de "religion" »¹³⁰, qui englobe la liberté de changer de religion, la liberté de culte et de pratique des rites en public comme en privé, et la liberté d'enseigner sa religion. Et la Cour en déduit que

[...] les actes qui, par leur gravité intrinsèque jointe à celle de leur conséquence pour la personne affectée, peuvent être considérés comme une persécution doivent être identifiés non pas en fonction de l'élément de la liberté de religion auquel il est porté atteinte, mais en fonction de la nature de la répression exercée sur l'intéressé et des conséquences de cette dernière [...] ¹³¹.

C'est donc la gravité des mesures et des sanctions prises ou susceptibles d'être prises à l'encontre de l'intéressé¹³² qui déterminera si une violation d'un droit garanti par l'article 10, § 1, de la charte constitue une persécution au sens de l'article 9, § 1, sous a, de la directive¹³³.

La réponse à la question posée est tout en nuance et rend difficile sa systématisation. Mais on peut retenir deux choses : d'une part, l'étroite liaison entre le droit de l'Union (Charte des droits fondamentaux) et le droit du Conseil de

122. CE, 30 décembre 2009, *OFPRA c. P.*, n° 322375. Sur ces divers arrêts du Conseil d'État, voir C. Teitgen-Colly, « Réfugiés et protection subsidiaire », in *Dictionnaire permanent – Droit des étrangers*, F. Elguiz (dir.), Montrouge, Éditions législatives, 2014, p. 1745.

123. CJUE, GC, 5 septembre 2012, *Y. et Z.*, aff. C-71/11 et C-99/11 : *Lettre d'Actualités Droits-Libertés* de *La revue des droits de l'homme*, 11 septembre 2012, comm. L. Leboeuf, en ligne : <http://revdh.org/2012/09/11>.

124. *Ibid.*, pt 53.

125. Art. 10, § 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000 : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ».

126. CJUE, GC, 5 septembre 2012, *Y. et Z.*, pt 56.

127. *Ibid.*, pt 57.

128. *Ibid.*, pt 58.

129. *Ibid.*, pt 61.

130. *Ibid.*, pts 62-63.

131. *Ibid.*, pt 65.

132. La Cour mentionne notamment les poursuites pénales et les traitements ou peines inhumains ou dégradants (*ibid.*, pt 67).

133. *Ibid.*, pts 63 et 66.

l'Europe (Convention EDH), la Cour passant allègrement de l'un à l'autre et se fondant sur l'un et l'autre pour motiver sa décision ; d'autre part, le refus de caractériser un « noyau dur » pour un droit « fondamental » que, de surcroît, elle assimile avec audace aux droits auxquels il ne peut être dérogé en vertu de l'article 15, § 2, de la Convention EDH¹³⁴.

Enfin, la Cour était interrogée sur le point de savoir si « la crainte du demandeur d'être persécuté est fondée lorsque celui-ci peut éviter de s'exposer à une persécution dans son pays d'origine en renonçant à y exercer certains actes religieux »¹³⁵. Sur ce point, sa réponse est nette : rien ne permet de se demander si le demandeur d'asile aurait « la possibilité [...] d'éviter un risque de persécution en renonçant à la pratique religieuse » car on ne peut « pas raisonnablement attendre [de quiconque] qu'il renonce à ces actes religieux »¹³⁶.

C. Statut de réfugié et orientation sexuelle

L'un des motifs de persécutions prévus par la Convention de Genève de 1951 dont il est le plus difficile de cerner le sens et la portée est celui de l'appartenance à un certain groupe social, cette expression ne pouvant être définie avec évidence et les travaux préparatoires de la conférence des plénipotentiaires qui ont négocié la convention n'éclairent nullement à ce sujet¹³⁷. Une première définition a été donnée, en France, par le Conseil d'État pour qui le groupe social est constitué par un ensemble de personnes qui, d'une part, partagent des caractéristiques communes, « inhérentes à la personne elle-même qui peuvent tenir au passé, au mode de vie ou au statut social » et qui peuvent en outre être soit objectives, c'est-à-dire indépendantes de la volonté des membres du groupe, soit subjectives et qui, d'autre part, sont exposées à des persécutions en raison de ces caractéristiques¹³⁸.

1. La directive « Qualification » a retenu une définition assez proche mais plus complète. Pour qu'un ensemble de personnes constituent un groupe social, il faut que « ses membres partagent une caractéristique innée ou une

histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce » et que « ce groupe [ait] son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante »¹³⁹.

Dans la mise en œuvre de cette notion, une des questions les plus délicates qui s'est posée a consisté à savoir si les homosexuels ou transsexuels pouvaient constituer un groupe social du fait de leur orientation sexuelle. Le Conseil d'État a répondu positivement dès son arrêt *Ourbih* de 1997, à la condition qu'ils soient, pour cette raison, « exposés à des persécutions »¹⁴⁰.

Ce n'est que seize ans plus tard que, par l'arrêt X., Y., & Z. c. *Minister voor Immigratie en Asiel* du 7 novembre 2013, la Cour de Luxembourg a admis que les homosexuels peuvent être regardés comme formant un groupe social au sens de l'article 10 de la directive « Qualification »¹⁴¹. Mais elle aussi a subordonné cette appartenance à une double condition. Il faut, en premier lieu, que les homosexuels soient « perçus par la société environnante comme étant différents »¹⁴², en second lieu, que les actes homosexuels soient sanctionnés par des peines suffisamment graves pour qu'elles puissent être regardées comme une persécution et, enfin, que ces peines soient « effectivement appliquées »¹⁴³. Il convient de relever que l'absence de sanctions pénales ne met pourtant pas les homosexuels à l'abri de persécutions si, bien que non incriminée, l'orientation sexuelle expose à des actes homophobes qui peuvent aller jusqu'au lynchage. En ce cas, si les autorités publiques n'ont pas la volonté ou ne sont pas en mesure de s'opposer à de tels actes, la qualité de réfugié devrait pouvoir être reconnue¹⁴⁴.

2. Une fois admis que l'orientation sexuelle peut justifier la reconnaissance de la qualité de réfugié, reste à savoir comment les autorités de détermination du statut peuvent et doivent accorder crédit aux déclarations du demandeur de protection. Car il serait trop facile de n'avoir qu'à se déclarer homosexuel ou transsexuel pour obtenir le statut de réfugié. La question de la crédibilité des déclarations

134. Rappelons que cette disposition ne vise expressément que le droit à la vie (« sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre »), l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, ainsi que le principe de la légalité des délits et des peines.

135. CJUE, GC, 5 septembre 2012, Y. et Z., pt 73.

136. *Ibid.*, pts 78 et 80.

137. Sur ce point, voir notamment nos développements dans : « Protection conventionnelle et protection subsidiaire, complémentarité ou concurrence ? L'exemple de la notion d'appartenance à un groupe social », in 1952-2012, *le juge français de l'asile* (Colloque organisé par la Cour nationale du droit d'asile et le Conseil d'État le 29 octobre 2012 au Palais du Luxembourg), Paris, La documentation française, 2014, p. 94-102.

138. CE, 23 juin 1997, *Ourbih*, n° 171858, publié au recueil *Lebon*, p. 323, concl. J.-D. Combexelle.

139. Directive « Qualification », art. 10.d des deux versions de 2004 et 2011.

140. CE, 23 juin 1997, *Ourbih*.

141. CJUE, 4^e ch., 7 novembre 2013, X., Y., & Z. c. *Minister voor Immigratie en Asiel*, aff. C-199/12, C-200/12, C-201/12 : réseau universitaire européen Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice, 15 novembre 2013, comm. J. Pétrin, en ligne : <http://www.gdr-elsj.eu/2013/11/15/> ; Équipe droits européens et migrations (université catholique de Louvain), *Newsletter*, novembre 2013, comm. L. Leboeuf, en ligne : <https://www.uclouvain.be/458114.html> ; Association pour le droit des étrangers, *Newsletter*, n° 93, décembre 2013, comm. M.-B. Herniaux et J. Arras, en ligne : <http://www.adde.be/tag/2013>.

142. *Ibid.*, pt 47.

143. *Ibid.*, pts 55 et 56.

144. En ce sens : CE, 27 juillet 2012, M. *Mbwene*, n° 349824, pour la République démocratique du Congo.

ou des éléments d'information fournis par les intéressés se pose donc. Pour la CJUE¹⁴⁵, les vérifications auxquelles les autorités nationales doivent procéder connaissent des limites destinées à éviter les dérives susceptibles de violer les droits fondamentaux des intéressés et de porter atteinte à leur dignité.

En effet, s'il « appartient au demandeur de présenter, aussi rapidement que possible, tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande de protection internationale », il n'en demeure pas moins que, dans l'examen de cette demande, les autorités nationales doivent respecter les droits fondamentaux de la personne, notamment sa dignité et sa vie privée et familiale¹⁴⁶. Ce qui exclut « l'évaluation des demandes d'octroi du statut de réfugié sur la seule base de notions stéréotypées associées aux homosexuels », car « elle ne permet pas auxdites autorités de tenir compte de la situation individuelle et personnelle du demandeur d'asile concerné »¹⁴⁷, mais aussi « les interrogatoires concernant les détails des pratiques sexuelles [du] demandeur »¹⁴⁸ et « la soumission à d'éventuels "tests" en vue d'établir [son] homosexualité »¹⁴⁹ ou encore la production par [ledit demandeur] de preuves telles que des enregistrements vidéo de [ses] actes intimes »¹⁵⁰. La Cour ajoute que :

[...] compte tenu du caractère sensible des questions ayant trait à la sphère personnelle d'une personne et, notamment, à sa sexualité, il ne saurait être conclu au défaut de crédibilité de celle-ci du seul fait que, en raison de sa réticence à révéler des aspects intimes de sa vie, cette personne n'ait pas d'emblée déclaré son homosexualité¹⁵¹.

La Cour tient donc particulièrement compte des réticences qu'ont généralement les homosexuels – surtout ceux en provenance de certains pays africains ou asiatiques – à révéler leur orientation sexuelle et de la difficulté à l'établir. Mais cette difficulté est partagée par les autorités nationales, tant administratives que juridictionnelles car, eu égard aux moyens restreints dont elles disposeront pour se faire une conviction, le doute risque de persister fréquemment. Il leur reviendra alors d'appliquer la règle selon laquelle le doute doit bénéficier au demandeur¹⁵².

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative au droit d'asile est récente mais déjà riche. Elle met en œuvre de nombreux instruments juridiques de

droit dérivé – directives, règlements Dublin II et III, Charte des droits fondamentaux –, et réalise une combinaison avec la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Elle a déjà, de ce point de vue, un grand intérêt théorique. Au-delà de ce premier constat, la CJUE a démontré qu'elle était apte à maîtriser rapidement une matière dans laquelle elle n'avait pas, à l'origine – quand elle était encore la CJCE –, vocation à s'introduire. À cet égard, on ne peut que saluer la faculté d'adaptation dont elle a fait preuve.

Reste que, ici comme ailleurs, la Cour de Luxembourg a montré les limites de sa liberté de manœuvre. Car elle doit concilier divers impératifs. Si, dans un domaine où la logique de garantie des droits de l'homme est prégnante, elle a réussi à sauvegarder une grande partie des principes directeurs définis principalement par le traité sur l'Union européenne et la Charte des droits fondamentaux, dans le système du droit de l'Union, et par la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, dans l'ordre juridique international, elle n'en a pas moins dû tenir compte de la double contrainte que lui imposent, d'une part, la prise en compte de la diversité des législations internes des États membres et, de l'autre, les réticences de ces mêmes États à céder une partie de leur souveraineté. C'est donc au prix d'un certain compromis que la Cour, tiraillée entre son souci de respecter le droit des personnes et celui de ménager les susceptibilités des États, a élaboré sa jurisprudence.

Celle-ci est difficile à systématiser, tant elle paraît construite sans véritable orientation générale, sans qu'on y perçoive une véritable « politique jurisprudentielle ». Ainsi, tandis que la Cour a largement fait prédominer le droit des personnes sur les prérogatives des États en ce qui concerne le champ d'application de la directive « Accueil » et l'obligation de fournir un hébergement aux demandeurs d'asile, en revanche elle semble avoir été plus sensible aux exigences des États qu'aux attentes des demandeurs d'asile dans d'autres domaines comme, par exemple, celui des garanties de procédure – procédures accélérées, droit d'être entendu, entre autres.

Le bilan semble donc mitigé. Mais il ne s'agit là que l'un « rapport d'étape » car il convient sans doute d'attendre que la Cour atteigne, en la matière, sa pleine maturité pour se livrer à une évaluation plus sûre de la portée de son apport au droit de l'asile de l'Union européenne.

145. CJUE, GC, 2 décembre 2014, A., B. & C. c. *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C-148/13, C-149/13 et C-150/13 : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » de La revue des droits de l'homme*, 15 janvier 2015, comm. M. Tissier-Raffin, en ligne : <http://revdh.revues.org/1048>.

146. *Ibid.*, pt 53.

147. *Ibid.*, pt 62.

148. *Ibid.*, pt 64.

149. On pense notamment aux « tests phallométriques » pratiqués par les autorités tchèques jusqu'en 2010, année où ils ont été condamnés par la Commission européenne.

150. CJUE, GC, 2 décembre 2014, A., B. & C. c. *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, pt 64.

151. *Ibid.*, pt 69.

152. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/1P/4/FRE/REV.1, 1979 [réédité à Genève en janvier 1992], § 196 et 204. Dans le même sens, Cour EDH, 20 juillet 2010, N. c. *Suède*, n° 23505/09, et Cour EDH, 30 avril 2013, *Mo. P. c. France*, n° 55787/09 : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » de La revue des droits de l'homme*, 25 octobre 2010, comm. M. Tissier-Raffin, en ligne : <http://revdh.org/2010/10/25>.