

L'arrêt M.S.S./Grèce et Belgique de la Cour EDH du 21 janvier 2011

De la détermination de l'Etat responsable selon Dublin à la responsabilité des Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux

Francesco Maiani* et Emmanuelle Néraudau**

*Professeur assistant, Institut de hautes études en administration publique (IDHEAP) Lausanne, membre du Pôle suisse en administration publique (SPAN) et du réseau académique Odysseus.

** Avocate, Chargée d'enseignement (Université de Nantes), Chercheuse au CeDIE (UCL).

INTRODUCTION

L'Union européenne est engagée depuis plusieurs années dans la construction d'un Système européen commun d'asile (*ci-après* SECA ; cf. art. 78 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *ci-après* TFUE)¹. Elle harmonise le droit et les pratiques nationales en matière de protection internationale, dans la perspective de leur unification². Elle soutient et coordonne l'action des États membres³, à qui – il faut le souligner – les responsabilités de protection restent attribuées en voie exclusive (accueil des demandeurs, examen de leurs demandes, refus ou octroi des statuts de

protection)⁴. Enfin, et c'est ce qui nous intéresse directement dans le cadre de la présente contribution, elle établit « des critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen des demandes [de protection] » introduites par les ressortissants de pays tiers sur leur territoire (art. 78 § 2 lit. e TFUE).

Établis dans un premier temps par la Convention de Dublin du 15 juin 1990⁵ – d'où l'expression « système de Dublin » – les critères et mécanismes en question résultent actuellement du Règlement n° 343/2003 (*ci-après* Règlement Dublin ou RD)⁶. En permettant l'identification d'un « État responsable » pour chaque demande, le Règlement vise à assurer à chaque demandeur l'accès à une procédure d'asile, et en même temps à prévenir l'examen de sa demande par plusieurs États membres (cf. art. 3 § 1 RD). Le corollaire de ce concept, parfois appelé de la « chance unique », est que tout autre État membre est en droit de « transférer » le demandeur vers l'État responsable pour que ce dernier examine sa demande ou, s'il l'a déjà rejetée, se charge de la suite de la procédure (cf. art. 16 RD).

1 Pour un exposé systématique et actualisé du droit européen de l'asile, cf. K. HAILBRONNER (dir), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, 2010; pour un bilan critique, cf. P. DE BRUYCKER et AL., *La mise en place d'un Système européen commun d'asile, étude pour le Parlement européen*, PE 425.622, 2010, disponible sur le site internet www.europa.eu/studies.

2 Art. 78 § 2 lit. a, b, d et f TFUE. Les principales mesures arrêtées à ce jour sont les Directives 2003/9 (Directive « accueil »: JO 2003 L 31/18), 2004/83 (Directive « qualification »: JO 2004 L 304/12) et 2005/85 (Directive « procédures »: JO 2005 L 326/13).

3 Cf. notamment le Règlement n° 439/2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile (JO 2010 L 324/47) et la Décision n° 573/2007 portant création du Fonds européen pour les réfugiés (JO 2007 L 144/1).

4 Les responsabilités de protection sont réservées aux États par le Traité, si on veut bien prêter ce sens à l'art. 78 § 2 lit. e TFUE. Elles le sont, en tout état de cause, en l'état actuel du droit dérivé: cf. p. ex. art. 2 § 6 du Règlement n° 439/2010, cité à la note précédente.

5 JO 1997 C 254/1.

6 JO 2003 L 50/1.

De prime abord, il n'était pas évident que les flux induits par le système de Dublin interrogent le respect des droits fondamentaux tels que garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (*ci-après* CEDH). La pratique a toutefois vite démontré que tel était le cas. Dans un contexte de persistante disparité des pratiques d'asile des États membres⁷, voire de dysfonctionnement des systèmes de protection de certains États⁸, les transferts Dublin sont devenus la source d'un contentieux abondant portant, en particulier, sur leur compatibilité avec le principe de non-refoulement déduit des articles 2 et 3 CEDH.

Saisie à plusieurs reprises de la question, la Cour européenne des droits de l'Homme (*ci-après* Cour EDH) avait rendu jusqu'à 2010 deux décisions d'admissibilité – T.I./Royaume-Uni et K.R.S./Royaume-Uni⁹ – et indiqué un nombre substantiel de mesures provisoires sur le fondement de l'art. 39 de son Règlement¹⁰. Le 21 janvier 2011 elle a enfin rendu, en formation de Grande Chambre, un arrêt de principe dans l'affaire M.S.S. contre Belgique et Grèce¹¹.

Les faits de l'affaire peuvent être résumés comme suit. Monsieur M.S.S., ressortissant afghan, est entré sur le territoire de l'UE par la Grèce. Il arrive en Belgique où il introduit une demande d'asile le 10 février 2009. Sur la base des critères du Règlement Dublin, la Belgique demande à la Grèce de prendre en charge cette demande d'asile. Sans réponse de la Grèce, mais dans le respect des délais dudit Règlement, la Belgique

notifie au requérant une décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire belge vers la Grèce, désignée comme responsable de sa demande d'asile (12 mai 2009). Le requérant introduit un recours selon la procédure de l'« extrême urgence » à l'encontre de la décision de transfert auprès du Conseil du Contentieux des Etrangers, qui va rejeter sa requête¹². Il sollicite également, auprès de la Cour EDH, l'indication de mesures provisoires à l'encontre de la Belgique, invoquant un risque de violation de l'article 3 de la CEDH en Grèce (conditions d'accueil) mais également des risques de renvoi vers son pays d'origine (où il indique craindre des persécutions et des mauvais traitements). Dans un premier temps, la Cour n'accorde pas de mesure provisoire se basant sur la confiance qu'elle place dans le respect par la Grèce de ses obligations issues de la CEDH et de la législation de l'UE en matière d'asile, mais sollicite d'être informée de la situation du requérant dès son arrivée¹³. Le transfert du requérant vers la Grèce est exécuté par la Belgique le 15 juin 2009. Monsieur M.S.S. est placé en détention dès son arrivée, puis une carte de demandeur d'asile lui est délivrée. Il informe son avocat en Belgique de ses conditions de détention et de l'absence de logement ou ressources sur le sol grec. Dans un second temps, la Cour EDH, qui n'a pas de réponse à sa dernière demande, prend des mesures provisoires à l'encontre de l'État grec, en application de l'article 39 de son Règlement (2 juillet 2009)¹⁴. Le parcours du demandeur d'asile à son retour en Grèce donne raison aux doutes de la Cour. Elle demande de ne pas expulser le requérant dans l'attente de l'issue de la procédure devant la Cour.

In fine, la Cour condamne la Grèce pour les violations de l'article 3 de la CEDH (conditions de détention et d'existence) et des articles combinés 13 et 3 de la CEDH (défaillance de la procédure d'asile, pas d'examen sérieux des risques et pas de recours effectifs). Elle condamne également la Belgique pour avoir transféré le requérant vers la Grèce, l'exposant ainsi à un risque de violation de l'article 3 CEDH, et pour ne pas lui avoir assuré un recours effectif contre la décision de transfert (article 13, combiné aux articles 2 et 3).

L'arrêt M.S.S. est riche d'enseignements en droit de la CEDH et en droit d'asile, et il apporte un éclairage nouveau sur les rapports entre le système strasbourgeois de protection des

7 « Le pourcentage des décisions positives dans les États membres en 2009 varie en première instance de 65% en Pologne à 58% au Danemark jusqu'à moins de 1% en Grèce. Les taux de reconnaissance d'une protection diffèrent d'un État membre à l'autre pour une même nationalité : si le taux de protections accordées en 2008 pour les demandeurs irakiens était au sein de l'UE d'environ 46% en première instance, ce taux s'élevait en Italie et aux Pays-Bas respectivement à 88% et 67%, alors qu'il était de 0,2% en Grèce et d'environ 30% en Suède et au Royaume-Uni » (FORUM REFUGIES, Pour un régime d'asile européen commun, protecteur et pleinement respectueux de la Convention de Genève, janvier 2011, page 8, www.forumrefugies.org).

8 Cf. p. ex. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (*ci-après* HCR), Observations on Greece as a country of asylum, décembre 2009.

9 Cour EDH, 7 mars 2000, T.I./Royaume-Uni, req.n° 43844/98 ; Cour EDH, 2 décembre 2008, K.R.S./Royaume-Uni, req.n° 32733/08.

10 Cf. HCR, Information note on national practice in the application of article 3(2) of the Dublin II Regulation in particular in the context of intended transfers to Greece, 16 juin 2010, § 45 et 46. Il apparaît que le contentieux Dublin a significativement contribué à l'engorgement de la Cour EDH dénoncé dans la Déclaration du Président de la Cour EDH concernant les demandes de mesures provisoires, du 11 février 2011.

11 Cour EDH, 21 janvier 2011, M.S.S. c. Belgique et Grèce, req. n°30696/09, ce numéro, p. 88.

12 Sur les questions liées à l'effectivité de ce recours, cf. *infra*, chapitre 2, section 2.

13 « Je serai donc gré à votre gouvernement de bien vouloir se charger d'informer la Cour des progrès de toute demande d'asile formulée par le requérant en Grèce ainsi que de son lieu de détention, au cas où il serait incarcéré à son arrivée dans ce pays » (Cour EDH, M.S.S./Belgique et Grèce, cit., note 11, § 32).

14 Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, cit., note 11, § 40.

droit de l'homme et le système juridique de l'Union européenne. Notre ambition n'est pas d'en fournir une analyse exhaustive¹⁵. Notre contribution est consacrée aux condamnations – sans précédents – infligées à la Belgique pour la manière dont elle a mis en œuvre le Règlement Dublin. Au-delà des particularités de l'espèce, l'arrêt M.S.S. réaffirme la primauté des droits de l'homme dans le contexte de la mise en œuvre du système de Dublin, rappelle les États membres à leurs responsabilités en la matière et condamne une application toute axée sur l'efficacité des renvois. Il remet en question des pratiques établies et répandues en matière d'évaluation de la sécurité de l'État responsable (chapitre 1). Il comporte en outre des enseignements significatifs sur les garanties à fournir au cours de la procédure Dublin au demandeur de protection, ainsi que dans le cadre du recours contre le transfert (chapitre 2). Il met enfin en exergue les limites du système Dublin et du SECA, en son état actuel d'avancement, incitant les États à faire évoluer le droit d'asile de l'UE (chapitre 3).

CHAPITRE 1 : LES TRANSFERTS DUBLIN, ENTRE CONFIANCE MUTUELLE ET PROTECTION EFFECTIVE CONTRE LE REFOULEMENT

Le transfert des demandeurs d'asile entre États membres n'est pas, tant s'en faut, une opération anodine. L'État de renvoi vient à confier le demandeur à un système d'accueil et de protection dont il ne peut influencer le cours et qui – spécialement en l'état actuel de développement du SECA – différera dans une plus ou moins grande mesure du sien¹⁶.

On comprend là l'importance que revêt la confiance mutuelle entre États membres pour la coopération Dublin – confiance dont l'expression juridique est la présomption de sécurité que s'accordent mutuellement les États membres (cf. considérant 2 RD). En même temps, le respect des droits

15 Au sujet de l'arrêt M.S.S., cf. également les réflexions fort pertinentes de J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme*. À propos de l'arrêt M.S.S. c. Belgique et Grèce, J.T. n°6436 – 18/2011, 30 avril 2011 ; et de H. LABAYLE, *Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remises en question ?*, RFDA (2011), p. 273.

16 Sur les disparités actuelles des pratiques nationales, cf. les exemples fournis *supra*, à la note 7.

fondamentaux interdit aux États membres de se prêter une confiance « aveugle ». Les transferts Dublin sont des mesures d'éloignement d'un État à un autre État. Elles tombent sous le coup du principe de non-refoulement, et ne peuvent donc pas être mises à exécution si un risque réel existe que l'État responsable ne respecte pas ses obligations de protection. La Cour EDH le souligne depuis sa décision T.I./Royaume-Uni du 7 mars 2000 dans ces termes : « *le refoulement indirect vers un pays intermédiaire qui se trouve être également un État contractant n'a aucune incidence sur la responsabilité [de l'État de renvoi], qui doit veiller à ne pas exposer le requérant à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention par sa décision de l'expulser. Dans ce contexte, [l'État de renvoi] ne peut pas [...] s'appuyer d'office sur le système établi par la Convention de Dublin pour attribuer, au sein des pays européens, la responsabilité de statuer sur les demandes d'asile* »¹⁷.

Confiance mutuelle et protection effective contre le refoulement, mise en œuvre efficace des transferts et garantie des droits fondamentaux des demandeurs d'asile... cette tension caractérise depuis toujours la mise en œuvre du système de Dublin¹⁸. Dans la pratique de plusieurs États membres, les considérations tenant à la mise en œuvre efficace du système de Dublin ont fini par primer l'exigence de garantir une protection effective des demandeurs d'asile. Après avoir conforté cette tendance dans sa décision K.R.S. de 2008, la Cour EDH réaffirme dans l'arrêt M.S.S. la primauté – théorique et pratique – du principe de non-refoulement. Elle le fait en opérant une « normalisation » opportune de la présomption de sécurité (section 1), et en condamnant sèchement l'attitude de « fermeture cognitive » des autorités nationales face aux risques encourus par le demandeur dans l'État responsable (section 2).

Section 1 : La normalisation des présomptions de sécurité dans le contentieux Dublin

Le fonctionnement du système de Dublin repose, nous venons de le dire, sur la présomption que tous les États membres sont « sûrs » pour les demandeurs d'asile. Le fondement premier de cette présomption est la circonstance que tous les États membres – parties à la Convention de Genève et aux traités pertinents en matière de droits de l'homme telle la CEDH – sont soumis aux mêmes obligations internationales de protection. Le raisonnement est simple : à partir du moment où l'État responsable a ratifié la Convention de Genève et la CEDH, il peut être présumé qu'il se conformera

17 Cour EDH, T.I. c. Royaume-Uni, *cit.*, note 9, partie en droit, § 2 a).

18 Cf. l'article classique de G. NOLL, *Formalism v. empiricism : some reflections on the Dublin Convention on the occasion of recent European case law*, *Nordic Journal of International Law* (2001), p. 161.

aux obligations qui découlent de ces Conventions vis-à-vis de toute personne qui lui est remise. Une telle présomption, nous l'avons relevé, ne saurait toutefois être absolue. D'une part, le principe de non-refoulement demande une évaluation concrète des risques encourus par la personne concernée dans l'État de destination. D'autre part, la violation par un État de ses obligations internationales reste toujours possible. En présence de risques avérés de violation – risques de mauvais traitement dus aux défaillances du système d'accueil et de détention, risques de refoulement illégal dus aux défaillances des procédures d'asile – la réalité doit primer sur la théorie, et l'État de renvoi doit renoncer au transfert¹⁹. La Cour EDH ne dit pas autre chose lorsqu'elle affirme, dans l'arrêt Saadi/Italie, que « l'existence de textes internes et l'acceptation de traités internationaux garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque [...] des sources fiables font état de pratiques [...] manifestement contraires aux principes de la Convention »²⁰.

Ce qui précède vaut pour le système de Dublin comme pour tout mécanisme fondé sur le concept de pays tiers sûrs²¹. Et pourtant, le système de Dublin présente la particularité de s'appliquer entre des États qui sont tous assujettis à la juridiction de la Cour EDH elle-même. Il présente aussi la particularité d'être établi par le droit de l'Union européenne, et de s'appliquer entre des États qui participent à la mise en place du SECA sous l'égide de l'UE²². A partir de là, les raisonnements présomptifs se sont multipliés avec une réduction correspondante des espaces argumentatifs pour contester la sécurité de l'État responsable. L'arrêt M.S.S. vient mettre de l'ordre dans la foule des présomptions peuplant le contentieux Dublin. Il en rejette certaines, ramène les autres à leur juste valeur, et réaffirme en tout état de cause leur caractère réfragable en droit et en fait.

19 Cf. H. BATTJES, *European asylum law and International law*, 2006, § 506 ss. Au sujet de la convention de Genève, cf. E. LAUTERPACHT et D. BETLEHEM, *Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement*, dans E. FELLER, V. TÜRK et F. NICHOLSON (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, 2008, p. 119, § 116; HCR, *Note sur la protection internationale*, 7 juillet 1999, § 19 s.

20 Cour EDH, 20 février 2008, Saadi/Italie, req. n° 37201/06, § 147.

21 Cf. H. BATTJES, *op. cit.* (note précédente), *loc. cit.*

22 Sous réserve de l'association au système de Dublin des pays de l'AELE et du Danemark, État UE en position dérogatoire par rapport au SECA. Sur cet aspect, qui n'est pas abordé dans cette contribution, cf. F. MAIANI, *Fitting EU asylum standards in the Dublin equation: recent case law, legislative reforms, and the position of Dublin 'associates'*, *Revue suisse pour la pratique et le droit d'asile (ASYL)* 2/10, p. 9.

§ 1 Présomption de sécurité et soumission de l'État responsable à la juridiction de la Cour EDH: la « présomption K.R.S. » et sa relativisation

Dans l'affaire K.R.S./Royaume-Uni, déjà évoquée, la Cour s'est trouvée confrontée à des questions très proches de celles soulevées par l'affaire M.S.S. Monsieur K.R.S., ressortissant iranien, faisait valoir que son transfert vers la Grèce violerait l'art. 3 CEDH en raison des conditions dégradantes d'accueil et de détention auxquelles il serait confronté, et des risques de refoulement illégal vers l'Iran dérivant des défaillances de la procédure d'asile.

Dans sa décision du 2 décembre 2008, la Cour rejette la demande comme étant manifestement infondée en s'appuyant, essentiellement, sur trois arguments: (a) selon les informations dont elle dispose, la Grèce ne renvoie personne vers l'Iran ou vers d'autres pays à risque; (b) il faut présumer que la Grèce se conformera aux obligations découlant tant de l'art. 3 de la Convention que des Directives UE en matière d'accueil et de procédures, et la preuve du contraire n'a pas été rapportée; (c) il faut aussi présumer – en l'absence de la preuve du contraire – que le requérant pourra faire examiner ses griefs tirés de la Convention tant par les autorités grecques que par la Cour elle-même, en vertu des articles 13 et 34 de la Convention et de l'article 39 du Règlement de la Cour.

Les informations fondant le premier argument se révélèrent par la suite partiellement incorrectes²³. Le deuxième argument, digne de note, sera abordé plus loin. Seul le troisième argument, qui fonde ce qu'on appellera la « présomption K.R.S. », doit nous retenir ici.

La décision K.R.S. établit qu'en principe, toute question se posant sous l'angle des articles 2 et 3 CEDH doit être soulevée, après le transfert, devant les autorités de l'État responsable et le cas échéant devant la Cour. A partir de là, l'État de renvoi se voit apparemment libéré de l'obligation d'évaluer les risques encourus par le demandeur dans l'État responsable – sauf si la preuve est fournie que l'accès effectif à la Cour n'y est pas garanti. Le langage utilisé par la Cour – qui parle de « *proof to the contrary* » – doit être relevé. Il faut relever aussi que la Cour semble appliquer ce schéma de raisonnement tant au grief tiré d'un risque de refoulement indirect (renvoi de la Grèce à l'Iran) qu'au grief tiré d'un risque de refoulement direct (mauvais traitements en Grèce)²⁴. Or,

23 Cf. HCR, *cit.* (note 8), où il est fait état de cas de refoulement indirect, depuis la Grèce via la Turquie et jusqu'à leur pays d'origine, de demandeurs d'asile afghans, iraniens...

24 « *The objective information before it on conditions of detention in Greece is of some concern, not least given Greece's obligations under*

les deux situations ne sauraient être assimilées. L'arrêt M.S.S. vient préciser opportunément la portée de la présomption K.R.S. sur ce point, et encadrer par ailleurs les conditions de son application.

D'un point de vue théorique, le raisonnement développé dans la décision K.R.S. paraît admissible lorsque le risque allégué est celui d'un refoulement en chaîne vers un pays tiers non sûr, dont le transfert Dublin constituerait le premier maillon. Le risque allégué de torture ou de mauvais traitements ne peut se matérialiser qu'après la seconde expulsion – depuis l'État responsable vers un État tiers. Et en principe, la Cour est en position de prévenir ce risque : sur requête de la personne concernée, elle peut en effet ordonner des mesures provisoires empêchant l'expulsion à partir de n'importe quel État du Conseil de l'Europe. La question centrale devient alors celle de l'accessibilité de la Cour à partir de l'État responsable, comme le suggère la décision K.R.S. elle-même²⁵. L'arrêt M.S.S. confirme ce raisonnement, tout en démontrant que l'accessibilité du prétoire strasbourgeois ne doit pas être trop facilement présumée. En examinant le grief dirigé contre la Belgique du fait d'avoir exposé le requérant à un risque de refoulement indirect, la Cour admet en effet que « *la voie la plus normale dans le cadre du système mis en place par la [CEDH]* » serait l'introduction d'un recours, le cas échéant devant la Cour elle-même, à partir de l'État responsable (§ 357). Contrairement à ce qu'elle avait fait dans la décision K.R.S., toutefois, elle refuse de présumer qu'une telle possibilité existe « *in the absence of any proof to the contrary* ». Elle fonde au contraire son raisonnement sur une analyse générale des défaillances des procédures grecques, relève le nombre anormalement bas de demandes de mesures provisoires provenant de ce pays, et conclut que les garanties de l'art. 39 du Règlement sont « *illusoire* » en Grèce au jour où elle statue (*ibidem*). Le signal est donné : si elles entendent se prévaloir de la présomption K.R.S. pour contrer l'allégation d'un risque de refoulement indirect, les autorités de l'État de renvoi doivent rigoureusement évaluer les possibilités d'accès à la Cour fournies par l'État responsable.

Par ailleurs, en examinant le grief dirigé contre la Belgique d'avoir exposé le requérant à des conditions dégradantes

Council Directive 2003/9/EC and Article 3 of the Convention. However, for substantially the same reasons, the Court finds that were any claim under the Convention to arise from those conditions, it should also be pursued first with the Greek domestic authorities and thereafter in an application to this Court. (Cour EDH, K.R.S./Royaume-Uni, *cit.*, note 9).

²⁵ Cour EDH, K.R.S. c. Royaume-Uni, *cit.*, note 9 ; au sujet de l'accès à la Cour depuis la Grèce, cf. COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, Intervention en vertu de l'article 36 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme – req. n° 30696/09 M.S.S./Grèce et Belgique, CommDH(2010)9.

d'existence et de détention en Grèce, la Cour ne fait pas la moindre mention de la présomption K.R.S. Et pour cause. Le risque allégué est ici appelé à se matérialiser immédiatement après le transfert dans l'État responsable. Un éventuel recours introduit à partir de cet État ne pourrait assurer qu'un remède *ex post facto*. Or, il est constant que les traitements contraires à l'article 3 CEDH sont irréparables et doivent être prévenus²⁶ : le contrôle *ex ante* ne saurait être omis en faveur d'un éventuel contrôle *ex post*. La responsabilité du contrôle *ex ante* incombant, par la nature des choses, à l'État de renvoi, la présomption K.R.S. n'est pas pertinente. Tel semble être l'enseignement, certes implicite, des § 362 à 368 de l'arrêt M.S.S.²⁷.

§ 2 L'appartenance de l'État responsable à l'Union européenne : un fondement suffisant pour des présomptions renforcées de sécurité ?

Dans le cadre des transferts Dublin, l'État de destination est soumis par définition à la jurisprudence de la Cour EDH. Comme nous l'avons dit, il est également membre de l'Union européenne, et de ce fait partie prenante à la mise en place d'un SECA censé « assurer le respect du principe de non-refoulement » (art. 78 TFUE)²⁸. N'y aurait-il pas matière pour une présomption absolue, ou à tout le moins renforcée de sécurité ?

Le droit interne de certains États membres fonde directement sur la qualité de membre de l'Union européenne une présomption irréfragable de sécurité²⁹. L'incompatibilité de cette approche avec les exigences posées par la jurisprudence de la Cour saute aux yeux. La Cour n'a-t-elle pas invariablement affirmé – dans T.I., K.R.S. et M.S.S. – que la conventionnalité des transferts Dublin ne saurait être présumée d'office, alors même que dans ces affaires les États de destination étaient des États membres de l'UE ?

²⁶ Cour EDH, 26 avril 2007, Gebremedhin c. France, req. n° 25389/05, § 58.

²⁷ Dans la décision Cour EDH, 15 décembre 2009, Kaplan c. Allemagne, req. n° 43212/05, la Cour avait déjà pris le soin de souligner que « *le fait que l'État de destination soit un État contractant à la Convention ne saurait à lui seul faire obstacle à une protection judiciaire contre le renvoi d'un étranger. Cependant, pour l'évaluation des risques auxquels la personne concernée pourrait être exposée, il convient de prendre en considération, outre la nature et la gravité des violations alléguées par l'intéressé, la question de savoir si et dans quelle mesure ces violations pourraient être corrigées dans l'État de renvoi, en particulier par la possibilité pour l'intéressé de saisir la Cour de ce chef* ». Comme relevé, tant la « nature » que la « gravité » des violations de l'art. 3 CEDH excluent en principe une « correction » *ex post facto*.

²⁸ Le propos est, naturellement, à nuancer. Cf. *supra*, note 22.

²⁹ P. DE BRUYCKER ET AL., *op. cit.*, note 1, p. 129 s.

L'appartenance de l'État responsable à l'Union européenne est donc, en soi, une circonstance dénuée de pertinence. *Quid*, toutefois, de l'appartenance de l'État de renvoi à l'Union européenne? Les transferts Dublin sont des actes de mise en œuvre d'un Règlement de l'Union: ne bénéficieraient-ils pas de la « présomption de conventionnalité » accordée par la jurisprudence *Bosphorus* aux actes d'exécution du droit de l'Union³⁰?

Dans la décision K.R.S., la Cour a eu la maladresse de le suggérer³¹. Dans l'affaire M.S.S., le gouvernement des Pays-Bas a insisté sur l'argument donnant ainsi à la Cour la possibilité de revenir sur son erreur³². Rappelons brièvement les grandes lignes de la jurisprudence *Bosphorus*. La Cour accorde une présomption (relative) de conventionnalité aux mesures nationales de stricte exécution du droit de l'Union, et seulement à celles-ci³³. Elle le fait pour plusieurs raisons étroitement interconnectées: (a) pour éviter de se prononcer – par le truchement des mesures nationales de stricte exécution – sur la conventionnalité des actes de l'Union européenne; (b) pour ne pas placer les États membres devant un conflit entre les obligations de source conventionnelle et les obligations de droit de l'Union, et; (c) pour prévenir un conflit indirect de juridiction entre la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg³⁴. Or, le Règlement Dublin n'impose pas aux États membres de transférer le demandeur vers l'État responsable. Il leur donne la faculté de le faire, et impose corrélativement à l'État responsable l'obligation de « prendre » ou « reprendre » en charge le demandeur. Surtout, il laisse à l'État saisi d'une demande la faculté d'endosser la responsabilité pour son examen, et de renoncer ainsi au transfert (art. 3 § 2 RD, « clause de souveraineté »). Dans ces conditions, tant le transfert que l'application de la clause de souveraineté sont des actes discrétionnaires au regard du droit de l'Union. Une éventuelle obligation d'appliquer la clause de souveraineté – qu'elle découle de la CEDH ou du droit national – ne saurait

entrer en conflit avec le Règlement Dublin lui-même³⁵. La jurisprudence *Bosphorus* n'a donc pas de raison de s'appliquer. La Cour le relève, par un raisonnement linéaire, au § 340 de l'arrêt M.S.S.

Il nous reste à aborder un dernier aspect. L'État responsable est lié par les Directives de l'Union en matière d'asile: cette circonstance porte-t-elle à conséquence sur le plan de la sécurité des transferts Dublin? Dans ce cas, la réponse est assurément positive. Dans la décision K.R.S., la Cour dit qu'il faut présumer que les États membres se conformeront aux obligations découlant des Directives de l'Union en matière d'asile. Il y a là une sorte d'accumulation des présomptions: à la présomption du respect des obligations générales d'origine conventionnelle (p. ex. l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants) vient s'ajouter la présomption du respect des obligations spécifiques découlant des Directives, qui viennent étoffer et concrétiser les premières (conditions matérielles d'accueil, accès aux soins, garanties de procédures tel le droit à un interprète...)³⁶. Dans l'arrêt M.S.S., la Cour ne remet pas en cause ce principe (cf. § 343). Mais elle fait la démonstration exemplaire de ce que cette présomption de respect du droit de l'Union, loin d'être absolue ou même renforcée, possède la même nature et la même valeur que la présomption de sécurité fondée sur les obligations conventionnelles: elle est réfragable, et elle est en l'espèce renversée par l'évidence manifeste de la non-conformité des pratiques grecques au droit de l'Union³⁷.

En conclusion, on retiendra que l'arrêt M.S.S. met un terme à la prolifération incontrôlée des présomptions de sécurité, conventionnalité...des transferts Dublin. Le contentieux relatif à ces transferts présente certes des particularités – que l'on pense à la « présomption K.R.S. » ou à la présomption de respect du droit de l'Union. Mais la Cour le recentre sur l'aspect essentiel – l'examen du respect, sur le terrain, des obligations de protection dans l'État responsable.

Répetons-le avec la Cour: « *L'existence de textes internes et l'acceptation de traités internationaux garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de*

30 Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari c. Irlande*, req. n° 45036/98.

31 « *Returning an asylum seeker to another European Union Member State [...] according to the criteria set out in the Dublin Regulation [...] is the implementation of a legal obligation on the State in question which flows from its participation in the asylum regime created by that Regulation* ».

32 Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 330.

33 Cour EDH, *Bosphorus Hava Yollari c. Irlande*, *cit.* (note 30), § 155 et 157.

34 Au sujet de l'arrêt *Bosphorus*, cf. notamment V. CONSTANTINESCO, C'est comme si c'était fait? Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Bosphorus Airlines*, du 30 juin 2005, *Cah. dr. eur.* (2006), p. 363; J.-P. JACQUES, L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence « Solange II » de la Cour européenne des droits de l'homme?, *RTDH* (2005), p. 749.

35 Pour une opinion partiellement contraire, cf. C. FILZWIESER, *Subjektiver Rechtsschutz und Vollziehung der Dublin-II VO: Gemeinschaftsrecht und Menschenrechte*, *Migralex* (2007), p. 18.

36 Pour plus de détails sur cette question, il est fait renvoi à F. MAIANI, *op. cit.* (note 22).

37 L'arrêt M.S.S. présente encore d'autres points d'intérêt, qui ne peuvent être examinés ici, en ce qui concerne le maniement par la Cour du droit de l'Union européenne: cf. notamment H. LABAYLE, *op. cit.* (note 15).

mauvais traitements lorsque [...] des sources fiables font état de pratiques [...] manifestement contraires aux principes de la Convention ». La Cour l'avait affirmé dans Saadi/Italie – une affaire ayant trait à l'éloignement vers un pays tiers. Avec M.S.S., elle réaffirme le même principe, mutatis mutandis, dans le contexte du système de Dublin (§ 353).

Section 2: La condamnation de la «fermeture cognitive» face aux risques encourus par le demandeur dans l'État responsable

L'arrêt M.S.S. ne se borne pas à normaliser le jeu des présomptions de sécurité, et à réaffirmer leur caractère réfractaire, sur le plan théorique. Son deuxième apport, non moins important, est de mettre à la portée des demandeurs d'asile leur renversement – alors que la pratique de plusieurs États membres avait mis des obstacles *de facto* infranchissables à la démonstration de l'existence d'un risque pertinent dans l'État responsable.

§ 1 La pratique des juridictions nationales et l'imposition d'un double verrou probatoire à la présomption de sécurité

La pratique et la jurisprudence de plusieurs États membres ont placé, sous l'angle probatoire, un double verrou à la présomption de sécurité.

D'une part, suivant les enseignements de la Cour EDH elle-même, plusieurs juridictions nationales estiment qu'*« Il appartient en principe [au demandeur d'asile] de produire des éléments de preuve susceptibles de démontrer qu'il y a des raisons sérieuses de penser que, si [le transfert] était [mis] à exécution, [il] serait [exposé] à un risque réel de se voir infliger des traitements contraires à l'article 3 de la CEDH »*³⁸.

D'autre part, ces mêmes juridictions ont rendu singulièrement difficile la tâche du demandeur d'apporter des « éléments » susceptibles de renverser la présomption de sécurité.

La jurisprudence suisse en fournit un exemple parlant. En juillet 2009, quelques jours après le transfert de Monsieur M.S.S. en Grèce, le Tribunal administratif fédéral (TAF) affirmait ce qui suit dans une affaire similaire: *« Il n'existe pas d'indice permettant de penser que la Grèce n'offrirait pas une protection efficace [...]. Rien au dossier ne laisse*

*supposer que les autorités grecques failliraient à leurs obligations internationales »*³⁹.

Au moment du prononcé, faut-il le souligner, plusieurs rapports détaillaient déjà les graves dysfonctionnements des procédures d'asile et du système d'accueil grecs⁴⁰. L'affirmation lapidaire du TAF sur l'absence d'« indices » ne saurait être attribuée à une méconnaissance de ces rapports. Elle indique plutôt le refus de principe de leur accorder du poids dans l'évaluation de sécurité de l'État responsable.

Cette position était partagée par plusieurs juridictions nationales. Certaines d'entre elles ne se sont pas privées de manifester tout leur scepticisme à l'égard de l'objectivité des rapports en question⁴¹. Mais l'explication principale de ce courant jurisprudentiel réside ailleurs: les documents de caractère général n'étaient pas tenus pour pertinents, ou à tout le moins pour déterminants, dans la mesure où, pour renverser la présomption de sécurité, il était exigé du demandeur qu'il apporte des éléments « concrets » indiquant l'existence d'un risque dans son cas particulier⁴².

Or, cette exigence tendait, d'une part, à se confondre avec l'exigence d'un risque « individualisé », propre au demandeur et distinct des risques « généraux » auxquels les demandeurs seraient confrontés dans le pays en question. Ceci a mené plusieurs juges nationaux à écarter de leur analyse les risques de nature systémique encourus par les demandeurs dans les États Dublin. D'autre part, les éléments « concrets » auxquels se référait la jurisprudence étaient, en substance, des éléments relatifs à des mauvais traitements déjà subis dans l'État responsable, ou à des décisions déjà rendues sur la demande d'asile par cet État⁴³. L'évaluation des risques de mauvais traitements ou de refoulement encourus dans l'État responsable, en principe prospective,⁴⁴ devenait ainsi largement rétrospective. Dans le même mouvement, la possibilité de contester la sécurité de l'État responsable était de fait réservée aux seuls

39 TAF, affaire D-4675/2009, 29 juillet 2009, § 6.3.

40 Cf. à titre d'exemple HCR, Position on the return of asylum-seekers to Greece under the Dublin Regulation, 15 avril 2008.

41 Asylgerichtshof (Autriche), affaire n° S1 402025-1/2008, 16 janvier 2009, § 2.1.2.2.3.

42 Cf. notamment *ibidem*, § 2.1.2; Conseil d'État français (*ci-après* CE français), arrêts n° 332917, du 6 novembre 2009, et n° 339478, du 20 mai 2010; CCE, arrêt n°40964, *cit.* (note 38), § 4.3.3.1.2.–4.3.3.2. Cf. également HCR, *cit.* (note 10), notamment au sujet de la jurisprudence du Conseil d'État néerlandais (§ 25).

43 Cf. notamment les arrêts précités à la note précédente, *loc. cit.*

44 Cf. Cour EDH, Saadi c. Italie, *cit.*, note 20, § 130. En droit des réfugiés, cf. J.-Y. CARLIER, Droit d'asile et des réfugiés – De la protection aux droits, *RCADI* tome 332 (2007), p. 222.

38 Conseil du contentieux des étrangers (*ci-après* CCE), arrêt n°40964, 26 mars 2010, § 4.3.3.1.2. Ce passage reprend à la lettre la formule consacrée par la Cour EDH (cf. p. ex. Cour EDH, Saadi c. Italie, *cit.*, note 20, § 129). Pour une formulation similaire, cf. Tribunal administratif fédéral suisse (*ci-après* TAF), affaire E-5644/2009, 31 août 2010, § 7.5.

demandeurs ayant déjà eu des contacts significatifs avec les autorités de cet État.

Au total, cette jurisprudence a eu pour effet de rejeter entièrement sur le demandeur d'asile le fardeau de la preuve, et d'alourdir ce fardeau – comme le dira la Cour dans l'arrêt M.S.S. – « dans des proportions telles qu'elles faisaient obstacle à un examen au fond du risque [...] allégué »⁴⁵. Y compris – et spécialement – en présence de risques systémiques tels ceux engendrés par la pratique des autorités grecques.

De son côté, la Cour EDH a dans un premier temps conforté cette tendance. Dans sa décision K.R.S. précitée⁴⁶, elle a certes fait état des nombreux rapports dénonçant les défaillances du système grec d'accueil et de protection, mais elle a préféré s'en tenir à la présomption que la Grèce respecterait les standards internationaux et européens.

La publication de rapports de plus en plus détaillés a cependant induit plusieurs juridictions nationales à revoir leur position⁴⁷. La Cour EDH a de son côté contribué de manière décisive à cette évolution avec l'arrêt M.S.S.

§ 2 La rupture du verrou : prise en compte ex officio des renseignements disponibles, valeur des rapports de terrain et risques « individualisés »

L'arrêt M.S.S. rompt le verrou probatoire tant en amont (distribution de la « charge de la preuve ») qu'en aval (exigences émises quant à l'établissement d'indices sérieux d'insécurité).

Quant au premier aspect, il convient de se référer à la position, fort répandue et citée au début de la section précédente, selon laquelle il appartient au requérant de produire des « éléments de preuve » capables de renverser la présomption de sécurité. On relèvera la nuance terminologique – le demandeur doit apporter des « éléments de preuve » sur l'insécurité de l'État responsable, non pas la « preuve » de cette insécurité. Toujours est-il que le fardeau de l'allégation d'un risque, et de la production d'indices sérieux, est entièrement rejeté sur le demandeur d'asile. Dans l'arrêt M.S.S., la Cour apporte une correction importante à cet égard en soulignant l'obligation des autorités de sauvegarder *motu proprio* les droits fondamentaux. Selon la Cour, en effet, les autorités compétentes doivent prendre en considération d'office les éléments qui sont en leur possession et qui tendent à démontrer l'existence d'un risque dans l'État responsable – p. ex. les informations

provenant de « source fiable » et qui sont du domaine public, ou encore les communications et recommandations provenant du HCR (§ 346 ss).

Par ailleurs, la Cour impose un équilibre nouveau dans la mise en balance de la présomption de sécurité, d'une part, et des informations de terrain, d'autre part. Dans K.R.S., la Cour a accordé un poids déterminant aux obligations de protection pesant sur l'État responsable, se bornant à jeter un regard – certes « préoccupé »⁴⁸, mais sans conséquence – sur les rapports de terrain soumis à son attention. Dans M.S.S., la Cour suit l'approche inverse. Elle fait méticuleusement la différence entre le *Sollen* – ce qui est prévu par les Directives de l'Union européenne et par la législation nationale – et le *Sein* – la situation sur le terrain – et accorde un poids prépondérant au *Sein*. A cette fin, elle se fonde de manière décisive sur la masse de rapports publiés au fil des années par plusieurs OI et ONG. Ces rapports suffisent, aux yeux de la Cour, pour conforter les allégations du requérant et pour fonder un constat de violation des articles 3 et 13 CEDH (cf. notamment § 249–264 et 299–321). Comme le démontre le jugement qu'elle porte sur le comportement des autorités belges en l'espèce, la Cour exige que les autorités de l'État de renvoi s'en tiennent à la même méthodologie et à la même « ouverture cognitive » face aux risques encourus par le demandeur dans l'État responsable (§ 344 ss). Au vu de la masse d'informations disponibles, et de l'état de déliquescence du système d'asile grec qu'elles documentaient, les autorités belges « *savaient ou devaient savoir* » que le transfert du demandeur serait incompatible avec le principe de non-refoulement, et devaient dès lors s'en abstenir (§ 358).

Dernier point à relever, la Cour prend le soin de préciser que la nature systémique des risques documentés dans les rapports de terrain ne s'oppose pas nécessairement à ce qu'un caractère suffisamment « individualisé » leur soit reconnu : « *Le fait qu'un grand nombre de demandeurs d'asile en Grèce se trouvent dans la même situation que le requérant ne fait pas obstacle au caractère individualisé du risque invoqué, dès lors qu'il s'avère suffisamment concret et probable* » (§ 359). Désormais, en présence de risques systémiques tels ceux qu'engendre le système grec d'accueil et de protection, il ne sera plus permis aux autorités de renvoi de se focaliser exclusivement sur les éventuels préjudices déjà subis par le demandeur, ou d'insister sur la production d'éléments propres à singulariser la position du demandeur. L'apport est significatif tant sous l'angle de la protection effective des demandeurs d'asile que sous celui de la cohérence de la jurisprudence relative à l'article 3 CEDH. A ce dernier égard, on observera avec Jean-Yves Carlier et Sylvie Saroléa que l'arrêt M.S.S. réaffirme – dans le contexte

45 Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 389.

46 Cour EDH, K.R.S. c. Royaume-Uni, *cit.*, note 9.

47 P. DE BRUYCKER ET AL., *op. cit.*, note 1, p. 129 s.

48 Cf. le passage cité *supra*, à la note 24.

du contentieux Dublin – les principes dégagés dans les arrêts Salah Sheekh c. Pays-Bas et N.A. c. Royaume-Uni⁴⁹.

CHAPITRE 2: LES TRANSFERTS DUBLIN, ENTRE PROCÉDURE ÉTATIQUE ET EXIGENCES DE PROTECTION DU DEMANDEUR D'ASILE

La Cour condamne donc la Belgique pour avoir transféré un demandeur d'asile, ressortissant Afghan, vers la Grèce. Comme évoqué *supra*, le raisonnement de la Cour est progressif. La Cour estime que l'État belge « connaissait » la situation des demandeurs en Grèce, ensuite qu'il « pouvait » éviter le transfert Dublin et, par conséquent, qu'il « aurait dû » le faire. A chaque étape, la Cour relève les failles dans la procédure « Dublin » en Belgique, de l'introduction de la demande d'asile au recours contre la décision de transfert. Cet arrêt M.S.S. emporte des effets pour l'État belge, qui doit faire évoluer sa pratique au regard de ses obligations de protection dans le cadre de cette procédure, mais également pour les autres États membres de l'UE. Les implications de l'arrêt examinées dans cette partie portent sur les garanties à assurer au cours de la procédure « Dublin » au demandeur de protection (section 1), ainsi que dans le cadre des recours contre les transferts qui en découlent (section 2).

Section 1 : Les garanties attendues au cours de la procédure « Dublin »

§ 1 La possibilité pour le requérant de « faire écarter » la présomption : un préalable

Au stade de la recevabilité de la requête, la Cour donne crédit, d'une part, au récit du requérant qui rapporte la preuve de ses fonctions d'interprète pour les troupes internationales basées à Kaboul (§ 31) et d'autre part, aux « informations générales sur la situation actuelle en Afghanistan [...] ainsi que les lignes directrices du HCR »⁵⁰. Elle reconnaît l'existence d'un

grief défendable⁵¹ dans la mesure où l'éloignement du requérant vers l'Afghanistan porterait atteinte aux articles 2 ou 3 de la CEDH (§ 344). Au stade de l'examen au fond, et comme relevé *supra*, la Cour estime que l'État belge connaissait la situation des demandeurs d'asile en Grèce. Elle se fonde principalement sur les nombreux rapports publiés et la lettre HCR aux États membres (§ 348-349), pour juger que le degré de connaissance de la situation en Grèce au moment du transfert par la Belgique est suffisant. Dans ce contexte du droit de l'UE⁵², la Cour va conclure que la Belgique « aurait dû [...] écarter » la présomption de sécurité⁵³.

§ 2 Le respect et le renforcement des garanties procédurales : une attente

La Cour dénonce des failles dans la procédure « Dublin » menée par l'Office des étrangers belge (OE), soulignant qu'elle ne laisse « aucune possibilité au requérant de faire état des raisons s'opposant à son transfert vers la Grèce » (§ 351). Elle souligne la faiblesse des garanties procédurales durant la phase de détermination de l'État responsable. Cette phase étant essentiellement instruite par les États entre eux, sur la base du formulaire « Dublin » de prise en charge et des réponses de l'État requis, elle laisse le requérant et son conseil à distance. Il n'y a pas d'échanges contradictoires et l'information sur

généralisée et que le requérant appartient à une catégorie de la population particulièrement exposée aux représailles de la part des forces anti-gouvernementales du fait de ses fonctions [...]» (Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 296).

51 La préoccupation essentielle de la Cour est alors de vérifier si des garanties effectives protègent le requérant « contre un refoulement arbitraire, direct ou indirect, vers son pays d'origine ». La Cour s'appuie sur les « défaillances » de la Grèce en matière de traitement des demandes d'asile, sur le peu de chance de voir une demande aboutir ou ses griefs tirés de la CEDH sérieusement examinés. En l'absence de recours effectif, les risques de renvoi indirect de facto sont préoccupants aux yeux de la Cour (M.S.S./Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 313).

52 La Cour de Justice de l'UE (*ci-après* CJ), devrait être amenée à se prononcer également sur cet aspect dans le cadre de questions préjudicielles posées, entre le mois d'août 2010 et le mois de janvier 2011, par plusieurs juridictions nationales (cf. CJ, aff. C-411/10, N.S. c. Secretary of State for the Home Department, JO 2010 C 274/21 ; CJ, aff. C-493/10, M.E. c. Refugee Applications Commissioner, JO 2011 C 13/18 ; CJ, aff. C-4/11, République fédérale d'Allemagne c. Kaveh Puid, JO 2011 C 95/3). Parmi les questions posées à la CJ : La clause de souveraineté relève-t-elle du droit de l'UE ? Si oui, l'obligation de respecter les droits fondamentaux de l'UE s'oppose-t-elle à la présomption irréfutable selon laquelle l'État responsable respectera les droits fondamentaux que le droit de l'Union confère au demandeur et/ou les normes minimales résultant des Directives « accueil », « qualification » et « procédure » (*cit.*, note 2) ?

53 Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.* (note 11), § 345. Cf. *supra*, chapitre 1, section 2 § 2.

49 Cf. J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *op. cit.* (note 15) ; Cour EDH, 11 janvier 2007, Salah Sheekh c. Pays-Bas, req. n° 1948/04, § 148 ; Cour EDH, 6 août 2008, N.A. c. Royaume-Uni, req. n° 25904/07, § 114 ss.

50 « Pour la Cour, ces informations montrent que *prima facie* la situation en Afghanistan a posé et continue de poser un problème d'insécurité

la procédure qui est faite au requérant semble minimale, sans la présence de son conseil⁵⁴. Elle relève que le formulaire de prise en charge « Dublin », instruit aux fins de déterminer l'État responsable, ne comporte aucune rubrique sur les raisons du requérant de s'opposer à un renvoi⁵⁵. La Cour dénonce les insuffisances de garanties procédurales à ce stade du processus. Tout au long de l'arrêt⁵⁶, la Cour rappelle aussi que le demandeur d'asile est une « *personne particulièrement défavorisée et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale* »⁵⁷. La Cour donne ainsi un signal fort aux États, même dans la mise en œuvre d'un mécanisme de l'UE entre États dits « sûrs », pour que le demandeur de protection soit placé au cœur du processus.

En effet, le requérant devrait être mis en mesure d'invoquer les raisons pour lesquelles il a quitté le pays intermédiaire et les craintes en cas de retour vers ce pays responsable, notamment pour évaluer les risques de violation des droits fondamentaux avant transfert. Il s'agit de permettre au demandeur d'asile de faire valoir son parcours personnel, familial, médical, sécuritaire sur le territoire de l'UE dans des conditions de respect de ses droits (droit à l'information dans une langue qu'il comprend, droit d'être entendu) et de ceux de la défense (droit d'être assisté, droit au contradictoire). Ainsi, le demandeur (et le conseil) devrait avoir un accès simplifié à son dossier administratif et la procédure devrait permettre des échanges contradictoires sur les éléments pertinents de la situation du requérant. De même que l'exigence d'une information complète et précise sur la procédure qui le concerne et dans une langue que le requérant comprend⁵⁸ ne semble que partiellement

respectée⁵⁹. Il s'agit d'une garantie essentielle, corollaire du droit d'asile, et le demandeur ne peut être laissé dans la méconnaissance de la procédure diligentée à son égard, même lorsqu'il s'agit de l'application du Règlement Dublin⁶⁰.

L'entretien « Dublin », limité à la détermination de l'État responsable selon des critères prédéfinis, pourrait évoluer comme le propose le CBAR, vers un entretien « de protection », le formulaire devant permettre de s'assurer que le renvoi n'entraîne pas de violations des droits fondamentaux⁶¹.

§ 3 Le déclenchement de la clause de souveraineté : une obligation pour l'État

Cette question ayant été évoqué supra au chapitre 1 il y sera renvoyé pour l'essentiel. En l'espèce, l'État belge a affirmé ne pas avoir de statistiques précises⁶² et précise que « *ce n'est qu'à titre exceptionnel [qu'il est] fait usage, au cas par cas, de la clause dérogatoire [...] et uniquement si l'intéressé démontre de manière probante qu'il risque de subir la torture ou un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3* » CEDH (§ 328). La Cour dénonce cette utilisation de la clause de souveraineté et, en conséquence, une application trop « systématique » du Règlement Dublin par la Belgique « *sans s'in-*

54 « *Il n'est pas prévu que le demandeur soit assisté d'un avocat lors de l'entretien* » (Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 130 et 351).

55 « *Ce formulaire contient des rubriques d'informations générales relatives au demandeur ainsi que des rubriques plus spécifiques relatives au trajet suivi par lui, à son état de santé et aux raisons d'être venu en Belgique* » (Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 351).

56 La Cour fait plusieurs mentions à la vulnérabilité du demandeur d'asile : § 232, 232, 251, 259, 263, 375 etc. (Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11).

57 « *La Cour accorde un poids important au statut du requérant qui est demandeur d'asile et appartient de ce fait au groupe de la population particulièrement défavorisée et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale (voir, mutatis mutandis, Orsus et autres c. Croatie)* » (Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 251).

58 L'article 3 § 4 RD prévoit que le « *demandeur d'asile est informé par écrit, dans une langue dont on peut vraisemblablement supposer qu'il la comprend, au sujet de l'application du présent règlement, des délais qu'il prévoit et de ses effets* ».

59 Le Comité Belge d'Aide aux Réfugiés relève que « *la pratique de l'OE ne semble respecter que partiellement ces exigences d'information* » au cours de la procédure (informations générales sur la procédure Dublin, sur une éventuelle reprise en charge, sur la décision de transfert). Voir : Comité Belge d'Aide aux Réfugiés (CBAR), L'accès à la procédure d'asile en Belgique, juin 2010, page 19 à 23, disponible sur le site internet : www.cbar-bchv.be.

60 CE français, arrêt n°313767, 30 juillet 2008.

61 « *Les entretiens Dublin réalisés par l'OE lors de l'examen Dublin semblent principalement consacrés à remplir le formulaire demande de prise en charge. Or, ce formulaire a été pensé pour déterminer l'État responsable du traitement de la demande, dans un système basé sur la présomption de respect du principe de non-refoulement (et des autres droits fondamentaux?). Il n'est pas prévu pour vérifier avec un demandeur d'asile s'il n'existe pas, en ce qui le concerne, de raison de ne pas appliquer les critères de responsabilité du Règlement, par exemple parce que cela entraînerait une violation de certains de ses droits fondamentaux. Partant, la conduite d'un entretien Dublin en suivant en grande partie les questions figurant dans ce formulaire risque de ne pas permettre de déterminer s'il appartient à la Belgique de se déclarer responsable pour une raison étrangère aux motifs de responsabilité du Règlement, mais liée au respect de droits fondamentaux.* » (CBAR, *cit.*, note 59, p. 18).

62 « *Tout au plus peut-on observer, d'après les données figurant dans le rapport annuel 2009 de l'OE, qu'en 2009 la Belgique a adressé 1116 demandes de reprises, tous les États membres confondus, parmi lesquels 420 à la Grèce, et qu'un total de 166 demandes ont été transmises* » (Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 134).

terroger sur l'opportunité d'y déroger» (§ 351)⁶³. Pourtant, la Cour EDH présente l'utilisation de cette clause de souveraineté comme une « obligation » lorsque le renvoi exposerait le requérant à un risque de violation. La CJUE va devoir aussi se prononcer sur cette question⁶⁴.

§ 4 Un examen préalable et l'obtention de garanties de l'État requis : une exigence

Là aussi, au vu des développements du chapitre 1, nous nous bornerons à un rappel synthétique. L'État qui décide du transfert doit procéder à un examen préalable, approfondi et approprié, visant à déterminer les risques d'atteinte aux droits fondamentaux dans le pays de renvoi. Ajoutons que l'État doit obtenir des garanties « individuelles » (§ 143) et suffisantes. La Cour précise à cet égard que les assurances diplomatiques données par le pays intermédiaire ne suffisent pas, à savoir un accord tacite de la Grèce sur la base d'un document de prise en charge stéréotypé (§ 354). Pourtant, dans les procédures « Dublin », les États se contentent souvent de ces « assurances diplomatiques », notamment l'acceptation tacite du pays requis⁶⁵ et ne sollicitent pas davantage de garanties avant le transfert. Si l'État intermédiaire est confronté à de réelles défaillances, cette règle qui « avalise » le principe de la responsabilité de l'État requis malgré son silence engendre des incertitudes évidentes.

Section 2: L'exigence d'effectivité du recours national contre le transfert

Le Règlement Dublin n'impose pas de recours suspensif à l'encontre de la décision de transfert « *sauf lorsque les tribunaux ou les instances compétentes le décident, au cas par cas, si la législation nationale le permet* »⁶⁶. Les recours relèvent du droit national, ils dépendent donc de l'État où le transfert est décidé. La marge de manœuvre laissée aux États en a incité plusieurs à ne pas prévoir de recours suspensif contre

63 L'État belge a répondu qu'il n'y avait « aucune raison d'appliquer cette clause », invoquant l'absence d'individualisation du risque en Grèce et l'absence de mesure provisoire prise par la Cour pour suspendre le transfert (Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 327 et 328).

64 La Cour de justice de l'UE devrait être amenée à se prononcer sur l'existence d'une telle obligation en vertu du droit primaire de l'Union européenne dans le cadre de l'affaire N.S. c. Secretary of State for the Home Department (cf. *supra*, note 52).

65 Même si l'État intermédiaire ne répond pas à la demande de prise en charge, il est considéré comme ayant tacitement accepté de prendre ou reprendre en charge la demande d'asile présentée par un autre État membre. (art. 18 § 7 RD).

66 Art. 20 § 1 lit. e RD.

les transferts Dublin, ce qui pose problème au regard de l'article 13 CEDH. L'arrêt M.S.S. donne des précisions sur les conditions du « recours effectif » à l'encontre de ces transferts Dublin.

§ 1 La condition d'accessibilité du recours

Dans l'arrêt M.S.S. la Cour souligne que le requérant s'est heurté à des obstacles pratiques qui l'ont empêché d'avoir accès à la procédure d'urgence. Par ailleurs, une telle procédure était vouée à l'échec compte tenu de la jurisprudence constante dans pareille situation. La Cour rappelle donc que « *Si l'effectivité d'un recours ne dépend certes pas de la certitude d'avoir une issue favorable, l'absence de toute perspective d'obtenir un redressement approprié pose problème selon l'article 13 (CEDH)* »⁶⁷. Le requérant doit être mis en mesure d'accéder, sur le plan pratique, à un recours contre la décision de transfert avec la garantie d'une perspective d'obtenir le redressement approprié, dans le respect des droits de la défense.

§ 2 La possibilité de se prévaloir d'un grief défendable

Le requérant doit être mis en mesure d'établir le caractère défendable des griefs fondés sur l'article 3 CEDH. Dans l'arrêt M.S.S., la Cour relève que tel n'était pas le cas. Au stade de la procédure, elle a relevé les carences de l'entretien « Dublin », l'impossibilité d'instruire le dossier administratif entre l'entretien et la décision de transfert (§ 144), de même qu'après la décision de transfert. Le requérant s'est aussi trouvé dans l'impossibilité de démontrer *in concreto* le caractère irréparable du préjudice entraîné par la violation invoquée⁶⁸, induisant comme relevé supra un alourdissement excessif de la charge de la preuve. Devant le Conseil du Contentieux des Étrangers, la Cour estime qu'il n'a pas été procédé à un « *contrôle attentif et rigoureux* » du contenu du grief, alors que « *la conformité avec l'article 13 implique, sous la réserve d'une certaine marge d'appréciation des États, que l'organe compétent puisse examiner le contenu du grief et offrir le redressement approprié* » (§ 387).

67 Sur ce point précis, la Cour dans l'arrêt M.S.S. souligne « *l'impossibilité pour le requérant de démontrer in concreto le caractère irréparable du préjudice entraîné par la violation potentielle alléguée* » (Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 94).

68 « *Les requérants se trouvent dès lors dans l'impossibilité d'établir le caractère défendable des griefs au regard de l'article 3 de la Convention alors même que la Cour prescrit, au sujet de l'article 3, une analyse concrète à la date de l'éloignement et non à la date de la prise de la décision administrative dont la conséquence est l'éloignement* » (S. SAROLEA et E. NÉRAUDAU, Les mesures provisoires à Strasbourg : un refuge pour les migrants ?, mai 2011, Larcier, p.91).

§ 3 Le caractère suspensif du recours

Face à une décision d'éloignement, le recours « doit permettre d'empêcher des conséquences irréversibles, ce que n'assure qu'un recours suspensif »⁶⁹. Dans l'arrêt M.S.S., la Cour rappelle que « l'exigence résultant de l'article 13 de faire surseoir à statuer à l'exécution de la mesure litigieuse ne peut être envisagée de manière accessoire ». Cette exigence de caractère suspensif doit être comprise comme une des conditions du recours « effectif » contre la décision de transfert, même si la Cour met l'accent sur « l'examen rigoureux » du grief défendable comme pour justifier cette condition⁷⁰. En effet, la logique étant que le contrôle du juge national intervienne avant l'exécution de la décision de transfert, elle-même susceptible d'engendrer une violation de la Convention.

Cette question de l'effectivité des recours est au cœur de l'actualité européenne en matière migratoire. Dans une déclaration récente, le Président de la Cour EDH a invité les États et les requérants (ainsi que leur conseil) à la coopération et à la mesure, face à l'accroissement sans précédent des demandes de mesures provisoires, notamment à l'encontre de ces décisions de transfert⁷¹. La Cour de justice de l'UE sera également appelée à se prononcer sur la question du recours effectif de ces transferts⁷².

69 « L'arrêt *Conka c. Belgique* avait déjà souligné, à propos du recours en suspension devant le Conseil d'État, que « l'effectivité des recours exigée par l'article 13 suppose qu'il puisse empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles » (S. SAROLEA et E. NÉRAUDAU, *op. cit.*, note précédente).

70 Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.* (note 11), § 388. Voir également sur cette question : J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *op. cit.* (note 15).

71 Déclaration du Président de la Cour EDH, Monsieur Jean-Paul COSTA, relative aux demandes de mesures provisoires, 11 février 2011, p. 2.

72 Cf. *supra*, note 52. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui consacre un droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, pourrait avoir des incidences sur la procédure « Dublin ». « Selon les explications du Présidium, le premier alinéa se fonde sur l'article 13 de la CEDH, qui consacre le droit à un recours effectif devant une instance nationale. La protection est cependant plus étendue dans le droit de l'Union, puisqu'elle garantit un droit à un recours effectif devant un juge. Le deuxième alinéa, qui consacre le droit à un recours effectif devant un tribunal, correspond à l'article 6 § 1 de la CEDH. [...] Même si une étude complète des implications de l'article 47 de la Charte sur la procédure Dublin dépasserait le cadre de la présente étude, il faut relever que cette « extension » des garanties consacrées par l'article 6§1 pourrait avoir des conséquences pratiques non négligeables » (CBAR, *cit.*, note 59).

§ 4 L'étendue du contrôle du juge

Le recours effectif dépend aussi de l'étendue du contrôle du juge national⁷³. En l'espèce, la Cour juge que le recours en « extrême urgence »⁷⁴, introduit par le requérant auprès du Conseil du Contentieux des Etrangers belge, ne rencontre pas les conditions d'un recours « effectif » au sens de sa jurisprudence⁷⁵. Le CCE, en réaction à cette condamnation sur base des articles 13 et 3 CEDH, a rendu sept arrêts en Assemblée Générale le 17 février 2011⁷⁶. Il a déclaré dans un Communiqué du 18 février 2011 que ces arrêts « ont unifié sa jurisprudence et l'ont rendue conforme à la jurisprudence de la Cour EDH »⁷⁷. S'il est encore trop tôt pour apprécier l'unification de la jurisprudence du CCE⁷⁸, en conformité avec les exigences de

73 Un « contrôle attentif et rigoureux » doit permettre un examen du « contenu du grief et offrir le redressement approprié » (Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 387).

74 En droit belge, le recours en annulation de la décision de transfert Dublin ne suspend pas l'exécution de la mesure. Une demande de suspension « simple », ou en « extrême urgence » s'il « fait l'objet d'une mesure d'éloignement ou de refoulement dont l'exécution est imminente », peut être sollicitée. Pour une demande « en extrême urgence », le requérant doit invoquer « des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte » et démontrer « que l'exécution immédiate de l'acte risque de causer un préjudice grave difficilement réparable » (voir article 39/82 § 4 alinéa 2 de la loi du 15 décembre 1980).

75 Dans l'arrêt M.S.S., « (l)la Cour juge que ce recours ne peut être qualifié d'effectif en raison des carences du contrôle qu'il instaure » (J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *op. cit.*, note 15).

76 Voir les sept arrêts du CCE, en Assemblée générale, du 17 février 2011, n°56 201 à 56 208.

77 Les deux aspects les plus saillants du Communiqué peuvent être résumés de la sorte : la demande de suspension d'extrême urgence introduite dans le délai de recours (dans les 5 jours ou non) est suspensive de plein droit jusqu'à la date du prononcé de l'arrêt ; il est procédé à un examen systématique et méthodique de tout grief défendable invoqué, tiré d'une violation d'un des droits garantis par la CEDH. Communiqué du 18 février 2011 du CCE, suite à l'arrêt CEDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, précité, accessible sur www.cce-rvv.be.

78 Dans un arrêt postérieur aux arrêts d'Assemblée Générale, du 2 mars 2011, le CCE fait largement référence à la jurisprudence de la Cour EDH, et notamment à l'arrêt M.S.S., mais ne fait pas droit à la demande de suspension d'un transfert vers la Pologne d'un demandeur d'asile, ressortissant russe :

- Sur l'effet suspensif de plein droit de la demande de suspension d'extrême urgence : le CCE va finir par conclure que « On peut néanmoins attendre de la partie requérante, dans le cadre de la procédure de demande de suspension d'extrême urgence, qu'elle ne s'accorde pas de délai variable et extensible pour introduire son recours, mais qu'elle introduise son recours dans le délai de recours prévu à l'article 39/57 de la loi du 15 décembre 1980, compte tenu du constat qu'elle fait l'objet d'une mesure d'éloignement ou de refoulement avec un caractère imminent, pour l'exécution de laquelle elle est maintenue à la disposition du

protection de la Cour EDH, des questions demeurent autour de l'ampleur du contrôle et de sa nature⁷⁹.

Il est indispensable de rappeler que le juge national est un rouage essentiel du SECA et du système CEDH. Il se trouve au cœur du processus de garantie et de protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile. Par son contrôle, il s'assure de la légalité de la décision de transfert Dublin et du respect des droits fondamentaux qui sont en jeu. Il participe donc concrètement à leur application effective et adéquate. Compte tenu des incidences relevées du transfert Dublin sur les droits fondamentaux des demandeurs, le juge national doit se trouver en possession des moyens suffisants pour un contrôle efficace de l'application du Règlement Dublin par les États membres. Ainsi, dans le respect d'une certaine marge de manoeuvre aux États, les recours contre les transferts « Dublin » ne devraient plus échapper aux exigences du droit à un « recours effectif » devant une instance nationale au sens de sa jurisprudence en matière d'éloignement. Il résulte qu'un recours interne à l'encontre d'un transfert est effectif lorsqu'il est suspensif, qu'il offre les garanties procédurales suffisantes et permet un contrôle adéquat du respect des droits protégés par la Convention⁸⁰.

gouvernement. Dès lors, l'article 39/82, § 4, précité, doit être entendu en ce sens que l'effet suspensif de plein droit qui y est prévu ne vaut pas si la partie requérante a introduit la demande en dehors du délai de recours. (§ 3.2.5.)».

- Sur l'appréciation du moyen pris de la violation de l'article 3 CEDH : « Le Conseil estime qu'il n'est pas possible de déduire des seules informations générales citées par la partie requérante que la Pologne, État signataire de la Convention européenne et de la Convention de Genève, serait responsable actuellement de tels manquements à ses obligations internationales que le requérant serait exposé à un risque réel de refoulement s'il y était transféré en application de la réglementation européenne. (§ 4.3.2.2) » (CCE, du 2 mars 2011, n°57 226).

79 « Si l'analyse effectuée est élargie au point de satisfaire aux deux conditions qui se déduisent de l'arrêt M.S.S., reste-t-il une différence autre que de vocabulaire entre le recours de plein contentieux et le recours de légalité ? Il est hasardeux de lire les arrêts rendus en assemblée générale de la sorte puisque seule une réforme de la loi et de la procédure devant le Conseil du contentieux lui permettrait de procéder à un contrôle de plein contentieux » (J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *op. cit.*, note 15).

80 S. SAROLEA et E. NÉRAUDAU, *op. cit.*, p.91.

CHAPITRE 3

LES TRANSFERTS DUBLIN, ENTRE VIGILANCE DES JUGES EUROPÉENS ET PERSPECTIVES DE REFORME

Dans l'arrêt M.S.S., la Cour rappelle expressément que les États membres sont engagés, dans le cadre de l'UE, à réaliser un Système européen commun d'asile (§ 57 ss). Elle souligne aussi que les différents textes adoptés font l'objet d'une refonte en vue d'une amélioration de la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile (cf. notamment § 64). Elle tient compte de cette dynamique dans son analyse, et fait en même temps la démonstration des insuffisances du SECA en son état actuel d'avancement.

Section 1 : Les insuffisances du SECA révélées par la Cour EDH

Pour rappel, dès le Conseil européen de Tampere, en octobre 1999, les États se sont fixés comme objectif politique la réalisation d'un régime d'asile européen commun (SECA depuis la Traité de Lisbonne). Fondé sur l'application intégrale de la Convention de Genève il propose à terme la mise en place d'une procédure uniforme et d'un statut unique. La première phase, ouverte par le Traité d'Amsterdam, s'est traduite par une harmonisation des cadres juridiques nationaux, par le biais de l'adoption de normes minimales communes en matière d'asile (accueil, qualification, procédure) et par le Règlement Dublin. La seconde phase, initiée par le Programme de La Haye (novembre 2005), devait permettre d'approfondir l'acquis et d'élaborer une politique commune en matière d'asile avec la mise en place d'une procédure commune et un statut uniforme pour les personnes bénéficiant de l'asile ou d'une protection subsidiaire avant la fin de 2010⁸¹. La Commission a proposé de reporter l'échéance à 2012⁸¹, notamment au motif de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Le bilan dressé à ce jour permet de douter que cet objectif soit atteint à cette échéance.

En l'état actuel, les États sont parvenus à s'entendre sur un degré minimum d'harmonisation de leurs législations

81 « L'engagement pris en commun de mettre en place, d'ici 2012, un régime d'asile européen commun (RAEC) a été réaffirmé à plusieurs reprises. Afin de réaliser cet objectif, la présidence a mis au point une stratégie qui a été examinée et approuvée (...) ». Quatre propositions ont été reconnues comme des instruments prioritaires en ce qui concerne la dimension législative du RAEC : l'extension du champ d'application la directive « statut des résidents de longue durée » aux bénéficiaires d'une protection internationale ; la refonte de la directive sur les conditions à remplir ; la refonte du règlement Dublin ; la refonte du règlement Eurodac). Voir : Document de la Présidence du Conseil de l'UE, Doc. n°15561/10 du 29 octobre 2010.

nationales en matière d'asile, harmonisation qui reste « inachevée »⁸². Ainsi, des divergences importantes dans le traitement des demandes et dans les taux de reconnaissance persistent entre États⁸³. En conséquence, un transfert Dublin peut avoir de réelles incidences sur le traitement de la demande d'asile du requérant qui ne sera pas équivalent d'un État à un autre. L'insuffisance des conditions de protection et d'accueil dans certains États engendre même – l'arrêt M.S.S. en fait la démonstration – le risque de violation du principe de non-refoulement et d'interdiction des mauvais traitements. En définitive, l'espace européen n'assure pas pour l'heure une protection unique aux demandeurs d'asile, situation qui n'est pas « acceptable »⁸⁴ du point de vue de la variabilité du degré de protection constaté. Pourtant, « il existe un large accord pour dire que le système Dublin ne peut fonctionner de manière satisfaisante qu'à condition que tous les États membres appliquent des standards de protection qui soient à la fois adéquats et équivalents »⁸⁵.

L'arrêt M.S.S. met également en lumière l'insuffisance des efforts entrepris par l'Union européenne pour mettre en place une politique d'asile fondée sur la solidarité (cf. art. 80 TFUE), et ses conséquences néfastes pour la protection des droits fondamentaux sur le sol européen. Au § 223 de l'arrêt, « La Cour note [...] que les États situés aux frontières extérieures de l'Union européenne rencontrent actuellement des difficultés considérables pour faire face à un flux croissant de migrants et de demandeurs d'asile. Cette situation est accentuée par les transferts de candidats à l'asile par des autres États membres en application du règlement « Dublin » [...]. La Cour ne saurait sous-estimer le poids et la pression que cette situation fait peser sur les pays concernés, d'autant plus lourds qu'elle s'inscrit dans un contexte de crise économique. Elle est en particulier consciente des difficultés engendrées [...] par la disproportion du nombre de demandeurs d'asile par rapport aux capacités de certains de ces États. Toutefois, vu le caractère absolu de l'article 3, cela ne saurait exonérer un État de ses obligations au regard de cette disposition ». Le constat d'échec est indirect – la Cour n'entend pas juger la politique d'asile de l'Union dans son ensemble – mais sans équivoque.

82 Y. PASCOUAT, *La politique migratoire de l'Union européenne - De Schengen à Lisbonne*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 503 et s.

83 Cf. *supra*, note 7.

84 « Il n'est pas acceptable qu'au sein de l'Europe, avec des valeurs et des lois communes, des signataires aux mêmes conventions internationales, le degré de protection des demandeurs d'asile varie à ce point (d'un pays à l'autre), a affirmé la commissaire chargée de l'immigration, Cecilia Malmström », *Le Monde*, 1^{er} juin 2011.

85 P. DE BRUYCKER ET AL, *op. cit.*, note 1, p. 113 et s.

Section 2: La réforme du système de Dublin, incitée et anticipée par la Cour EDH?

L'arrêt M.S.S. révèle les insuffisances du SECA, en son état d'avancement, mais aussi – et surtout – les limites du système de Dublin tel qu'il est mis en œuvre par les États. Le système Dublin, nous l'avons dit, a trait à la répartition des demandeurs d'asile dans l'espace de l'UE. Or, cet instrument n'a pas atteint les objectifs affichés. En pratique, il prend la forme d'un processus complexe qui met le demandeur d'asile à distance de ses droits et de sa demande d'asile dans l'espace de l'UE. En outre, il concerne moins de 10 % de la totalité des demandes d'asile de l'UE, dont la moitié des transferts sont réellement effectués. Si l'efficacité et la légitimité du Système Dublin sont vivement contestées⁸⁶, les États membres ne semblent pas enclins, dans un avenir proche, à le faire évoluer de manière significative. Par cet arrêt, les États membres seraient-ils invités à poursuivre les réformes qui sont en cours de négociation au sein de l'UE?

La Cour rappelle que le SECA est en cours de réforme avec pour but d'« améliorer substantiellement la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile et à mettre en place un mécanisme de suspension provisoire des transferts au titre du règlement Dublin »⁸⁷. Elle semble donc être dans l'attente de ce saut qualitatif en termes de niveau de protection, insistant sur la particulière vulnérabilité des demandeurs d'asile et leur besoin de protection spéciale.

Une proposition de refonte du Règlement Dublin a été adoptée par la Commission européenne le 3 décembre 2008⁸⁸. Il est

86 L'étude du Parlement européen sur la mise en place d'un système européen commun d'asile relève ces lacunes propres au Système « Dublin » : insuffisance de garanties contre le refoulement dans les États de renvoi, absence d'examen systématique des capacités de voyager du demandeur, inefficacité en tant que mécanisme de gestion de l'immigration, accès retardé aux procédures d'asile et impact négatif sur les objectifs de protection du SECA (P. DE BRUYCKER ET AL, *op. cit.*, note 1, p. 113 et s.).

87 « A cela s'ajoute le fait que, depuis décembre 2008, le régime européen de l'asile lui-même est entré dans une phase de réforme et que, tirant les enseignements de l'application des textes adoptés au cours de la première phase, la Commission européenne a formulé des propositions visant à renforcer substantiellement la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile et à mettre en place un mécanisme de suspension provisoire des transferts au titre du règlement « Dublin » (...) » (Cour EDH, M.S.S. c. Belgique et Grèce, *cit.*, note 11, § 350).

88 Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, du 2 décembre 2008, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM(2008)820 final.

intéressant de constater que la plupart des exigences de protection posées par la Cour, dans son arrêt M.S.S., se trouvent formalisées dans cette proposition⁸⁹, de manière plus ou moins contraignante⁹⁰ :

- *les modifications relatives à la procédure Dublin :*

Cela concerne en premier lieu les obligations d'information. Ainsi, le requérant doit disposer d'un droit à l'information renforcé (article 4) et d'un entretien individuel préalable à la décision de transfert avec une personne qualifiée en vertu du droit international. Cet entretien doit s'effectuer dans une langue que le requérant comprend et avec remise d'une copie de l'entretien (considérant 15 et article 5). Par ailleurs, un système d'échange d'informations pertinentes avant l'exécution des transferts doit être établi (article 30). La clause de souveraineté doit également évoluer pour prendre en compte certaines situations notamment les « motifs humanitaires » (article 17 § 1) ou les cas de « rapprochement familial pour raisons humanitaires » (§ 2). Dans ces cas, l'État requis procède à toute vérification nécessaire pour contrôler si des raisons humanitaires sont invoquées (§ 3). Enfin, la proposition de la Commission prévoit l'instauration d'un mécanisme de suspension généralisée des transferts vers les États membres qui n'assurent pas un standard de protection conforme à la législation de l'Union européenne, ou qui sont soumis à des pressions particulières (article 31).

89 D'autres modifications ont un lien moins immédiat avec l'arrêt M.S.S. mais méritent notre attention :

- l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être une considération prioritaire (cons. 10); un renforcement des garanties en faveur des mineurs (article 6);

- une prise en compte de personnes de la famille à charge (article 11) qui devrait également s'appliquer à la famille élargie (cons.13);

- une nouvelle demande introduite après un éloignement effectif est considérée comme une nouvelle demande et donne lieu à une nouvelle procédure de détermination de l'État membre responsable (article 19);

- un placement en rétention ne devrait être possible que s'il n'y a pas d'autres mesures moins coercitives et s'il n'existe un risque majeur de fuite (article 27). Or, selon une étude du CIRE, pour la Belgique, « près de 79% des demandeurs d'asile Dublin font l'objet de détention » (CIRE, Le système Dublin, novembre 2009, page 4, www.cire.be).

- la Directive « accueil des demandeurs d'asile » devrait s'appliquer à la procédure « Dublin » (considérant 9).

90 En effet, certaines modifications sont intégrées dans le dispositif juridique du Règlement modifié, d'autres sont mentionnées dans les considérants. Certaines modifications invitent les États à faire évoluer leurs législations et pratiques, en leur laissant une marge de manœuvre, et d'autres les contraignent.

- *les modifications relatives au recours contre le transfert Dublin :*

La proposition de la Commission prévoit d'instituer un droit de recours effectif contre la décision de transfert, sans exécution jusqu'à ce que la juridiction ait statué (article 26)⁹¹.

Si de l'avis de la Présidence belge « *les discussions techniques au sein des instances préparatoires du Conseil (étaient) à présent parvenues à leur stade final* », courant 2010, les États ne semblent pas parvenir à s'entendre sur un texte commun. En particulier, certains ministres ont exprimé de « graves préoccupations » à l'égard du mécanisme de suspension prévu à l'article 31 de la proposition de la Commission⁹². Or, force est de constater que l'arrêt M.S.S. a pour effet de déclarer contraire à la Convention, en l'état, tout transfert vers la Grèce au vu de la situation du pays. Seule la Belgique est condamnée en ce qu'elle a initié le transfert vers la Grèce, mais l'arrêt a un retentissement collectif sur les autres États membres de l'UE. Il y a là matière à réflexion pour les institutions de l'Union européenne – qui semblent impuissantes face à la crise du système d'asile d'un État membre et qui ne parviennent pas à s'accorder sur des mécanismes permettant d'en maîtriser les conséquences pour le SECA – alors que la Cour strasbourgeoise déclenche, devant la gravité de la situation, une sorte de « suspension généralisée » avant la lettre.

La refonte des outils du SECA, dont le Règlement Dublin, largement attendue mais toujours en cours de négociation⁹³, pourrait et devrait trouver une impulsion supplémentaire avec l'arrêt M.S.S. A défaut de garantir aux demandeurs de protection – « particulièrement vulnérables » – des standards

91 En outre, le considérant 17 de la proposition de refonte pose que « Selon la jurisprudence de la Cour EDH, le recours effectif devrait porter à la fois sur l'examen de l'application du présent Règlement et sur l'examen de la situation de fait et de droit de l'État membre vers lequel le demandeur est transféré, afin de garantir le respect du droit international ».

92 « *Lors de plusieurs réunions du groupe « Asile » et du CSIFA, la présidence a constaté que l'approche proposée recueillait un large accord sur bon nombre de questions telles que la définition des « membres de la famille », la notion de « parents », la rétention des personnes dans le cadre de la procédure de Dublin et le caractère suspensif des recours contre les décisions de transfert. Par ailleurs, à plusieurs reprises, des ministres ont exprimé de graves préoccupations à l'égard des mécanismes de suspension proposés pour les transferts au titre de Dublin, lorsque le régime d'asile d'un État membre est soumis à des pressions particulières* », Document de la Présidence du Conseil de l'UE, Doc. n°15561/10 du 29 octobre 2010.

93 Le Conseil JAI d'avril 2011 laisse paraître que les discussions sont toujours en cours sur les refontes Dublin et Eurodac. Voir : Document du Conseil Justice Affaires Intérieures de l'UE, Doc. n°8692/11 des 11 et 12 avril 2011.

de protection adéquats, les États risquent de s'éloigner de leurs engagements qui visent à « assurer la protection des demandeurs d'asile et des réfugiés au sein de l'espace de l'UE ». Ils pourraient alors se voir indiquer des mesures provisoires par la Cour EDH, dans des cas de risques imminents de dommages irréparables, voire même infliger une nouvelle condamnation pour violation des droits garantis. La Cour de Justice de l'UE, comme déjà évoqué, va être également amenée à se prononcer sur l'application du Règlement Dublin à l'égard des droits fondamentaux de l'UE⁹⁴. Devant la carence du législateur, la vigilance des juges européens favoriserait alors une évolution significative des pratiques et législations dans ce domaine, tant au niveau national qu'europpéen⁹⁵.

CONCLUSIONS

Après être entrée en matière avec la décision T.I./Royaume-Uni, après les errements de la décision K.R.S./Royaume-Uni – et après avoir subi la déferlante des requêtes de mesures provisoires concernant le transfert vers des pays de l'Union « à risque » – la Cour EDH se prononce enfin clairement, avec l'arrêt M.S.S./Grèce et Belgique, sur les exigences de la CEDH dans la mise en œuvre du système de Dublin.

L'arrêt M.S.S. est un arrêt riche d'enseignements. Ses implications doivent encore être pleinement tirées au clair. En résumant les observations que nous avons développées dans cette contribution, nous allons suggérer trois conclusions.

Primo. En condamnant pour la première fois un État membre pour avoir transféré un demandeur d'asile vers la Grèce, la Cour tranche la question qui a, plus que toute autre, dominé le contentieux Dublin au cours des dernières années. En l'état actuel, aucun demandeur d'asile ne peut être transféré en Grèce sous peine d'enfreindre l'article 3 de la Convention, tant le

système d'accueil et de protection de ce pays est défaillant.

Il ne saurait être question de transposer mécaniquement cette condamnation aux transferts vers des États membres connaissant des difficultés moins conséquentes⁹⁶. Et pourtant – c'est là notre deuxième conclusion – l'arrêt M.S.S. va au-delà du cas d'espèce et est destiné à marquer un tournant dans l'application du système de Dublin. La Cour y réaffirme, avec une force qui faisait défaut à ses prises de position précédentes, la primauté des droits de l'homme sur les considérations tenant à l'efficacité du dispositif. Dans le même mouvement, elle souligne la responsabilité première qui incombe aux États membres en la matière – tant au regard du système de la Convention⁹⁷, qu'au regard de la mise en œuvre du SECA. Elle le fait en normalisant le jeu des présomptions de sécurité qui avaient pu proliférer dans la pratique des États membres et en indiquant concrètement les conditions pour leur renversement. Elle le fait en réaffirmant la primauté des réalités du terrain sur la *law in books*. En appréciant les risques encourus par le demandeur de protection dans l'État responsable, les États de renvoi ne pourront plus se réfugier derrière la présomption de sécurité pour ignorer les indications de signe contraire résultant d'enquêtes de terrain fiables et concordantes. Ils ne pourront plus non plus avancer l'exigence d'une démonstration de risques concrets et propres au demandeur pour méconnaître les risques de nature systémique. Il s'agit là d'apports significatifs, qui exigent une modification profonde de la pratique d'évaluation des risques dans l'État responsable. Ils s'accompagnent d'enseignements tout aussi significatifs en ce qui concerne les garanties de procédure devant être assurées au demandeur d'asile. La procédure Dublin doit être recentrée sur le demandeur de protection – sur ses besoins et sur ses objections au transfert. A cet égard, l'insistance de la Cour autour de la vulnérabilité du demandeur d'asile et de son besoin d'une « protection spéciale » devra faire écho en pratique. L'effet suspensif du recours, qui n'est pas imposé par le Règlement Dublin, n'est plus suffisant pour satisfaire aux exigences de l'art. 13 CEDH. La Cour place l'accent, à la fois, sur l'accessibilité pratique du recours et sur l'étendue du contrôle. Les recours de pure forme, voués à l'échec car dominés par la présomption de sécurité et limités à la légalité externe des décisions de transfert, sont clairement condamnés par la Cour EDH.

94 Cf. *supra*, note 52. L'une des questions posées à la Cour dans le cadre de l'affaire N.S. c. Secretary of State for the Home Department est si « La portée de la protection conférée [...] par les principes généraux du droit de l'Union et, notamment, les articles 1^{er}, 18 et 47 de la Charte [est] plus étendue que celle de la protection conférée par l'article 3 [CEDH] ».

95 Cf. H. LABAYLE, *op. cit.* (note 15).

96 Cf. p. ex. OSAR/BUSSJUSS, Asylum procedure and reception conditions in Italy – Report on the situation of asylum seekers, refugees, and persons under subsidiary or humanitarian protection, with focus on Dublin returnees, mai 2011 ; M. TRUMMER, Malta Aktuelle Situation für Verletzte, 6 septembre 2010 (disponibles sur le site internet www.fluechtlingshilfe.ch).

97 Cf. Déclaration du Président de la Cour EDH, Monsieur Jean-Paul COSTA, relative aux demandes de mesures provisoires, *op. cit.* (note 71).

Les implications de l'arrêt M.S.S. vont, enfin, au-delà du seul système de Dublin. L'arrêt révèle les insuffisances du SECA : mise en œuvre des standards communs, solidarité entre États membres, modalités de la distribution des responsabilités... toutes les composantes du SECA sont concernées. L'arrêt anticipe certaines évolutions attendues des instruments de l'Union européenne. Les garanties procédurales prévues par la proposition de refonte du Règlement Dublin ne doivent-elles pas être déjà respectées en substance, en vertu des exigences développées par la Cour sous l'angle des articles 3 et 13 CEDH? L'arrêt M.S.S. ne constitue-t-il pas une mise en œuvre, avant la lettre, d'une suspension aux effets généralisés des transferts Dublin vers un État défaillant dans ses obligations de protection conventionnelles et communautaires? La

Cour EDH n'incite-t-elle pas les États à davantage de solidarité, dans un système commun en devenir, à l'égard de leur engagement de respect des droits fondamentaux?

L'histoire ne s'arrête pas là. Par-delà les évolutions législatives, nous l'avons déjà relevé, la Cour de Luxembourg est aussi appelée à se prononcer prochainement sur les conditions de mise en œuvre du système de Dublin, à la lumière cette fois de la Charte des droits fondamentaux⁹⁸. Et comme le suggère l'article 52 § 3 de la Charte, elle ne pourra pas revenir sur les acquis de l'arrêt M.S.S. Gageons qu'elle saura les développer et les affermir.

⁹⁸ Cf. *supra*, note 52.

