



SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FÜR ASYLRECHT UND -PRAXIS
REVUE SUISSE POUR LA PRATIQUE ET LE DROIT D'ASILE

INHALTSVERZEICHNIS/SOMMAIRE

Editorial

- 2 Asyl in Europa? Nein danke!

Abhandlungen/Développements

- 4 Die Praxis des Ausschusses der Vereinten Nationen gegen die Folter in Individualmitteilungsverfahren zum Non-Refoulement-Prinzip
- 12 Le partage des responsabilités dans l'espace Dublin, entre confiance mutuelle et sécurité des demandeurs d'asile

Rechtsprechung/Jurisprudence

- 20 Kommentare und Entscheide
-

Schweizerische
Flüchtlingshilfe
Organisation Suisse
d'Aide aux Réfugiés
CH-3001 Bern



Stämpfli Verlag AG
CH-3001 Bern

Francesco Maiani et Constantin Hruschka*

Le partage des responsabilités dans l'espace Dublin, entre confiance mutuelle et sécurité des demandeurs d'asile

1. Introduction

L'expression «système européen commun d'asile» (SECA: art. 78 § 2 TFUE) pourrait faire penser à un système fédéral d'asile – sur le modèle du système suisse – à l'échelle européenne. Il n'en est rien. Le SECA est, et demeurera sous l'empire du Traité de Lisbonne, un «système de systèmes». L'Union européenne harmonise (et en perspective uniforme) le droit de la protection internationale. En outre, elle soutient et coordonne les systèmes nationaux d'asile. Cependant, les responsabilités de protection telles que l'accueil des demandeurs, l'examen des demandes de protection, l'octroi ou le refus des statuts de protection, restent fermement ancrées auprès des Etats membres.¹

Le système de Dublin², composante-clé du SECA, distribue les responsabilités entre les systèmes nationaux d'asile³ et les met en réseau. Le système de Dublin assigne en effet à l'un ou à l'autre Etat la responsabilité d'examiner chaque demande d'asile présentée par un ressortissant de pays tiers, dans le but d'assurer l'accès à une procédure d'asile et de prévenir l'examen de la même demande par plusieurs Etats membres, et organise le «transfert» des demandeurs vers l'Etat responsable.

Or, dans un «système de systèmes» tel le SECA, le transfert des demandeurs d'asile est une opération délicate. L'Etat de renvoi confie en effet – sous sa propre responsabilité⁴ – le demandeur d'asile à un système d'asile dont il ne peut influencer le cours et qui, par la nature des choses, différera dans une plus ou moins grande mesure du sien. On s'aperçoit ici de l'importance de la *confiance mutuelle* en tant que principe opérationnel du système de Dublin et collant du SECA. Cette confiance mutuelle trouve expression, d'un point de vue juridique, en une *présomption de sécurité* des Etats parties à Dublin (cf. cons. 2 RD). La confiance mutuelle ne saurait toutefois être absolue. Que l'on envisage la chose sous l'angle du droit international liant les Etats membres, ou du droit primaire de l'Union européenne, elle cède le pas devant l'exigence supérieure d'*assurer le respect du principe de non-refoulement*.

A cet égard, il sied de relever que le Règlement Dublin ne mentionne à aucun endroit l'éventualité qu'un Etat membre puisse ne pas être «sûr» pour un demandeur d'asile, et que donc un transfert puisse contrevenir au principe de non-refoulement.⁵ En même temps, il crée les conditions minimales pour que, dans une telle éventualité, l'Etat de renvoi puisse surseoir au transfert et éviter ainsi d'exposer le demandeur à un risque de refoulement ou de mauvais traitements dans l'Etat responsable. D'une part, l'art. 3 § 2 RD laisse à tout Etat la liberté d'endosser la responsabilité d'examiner une demande dont il est saisi, en lieu et place de

l'Etat qui serait théoriquement responsable («clause de souveraineté»). D'autre part, les articles 19 § 2 et 20 § 1 RD exigent que les décisions de transfert puissent faire l'objet d'un recours.

Dans la dialectique entre confiance mutuelle et garantie du non-refoulement, l'évolution du SECA dans son ensemble constitue à l'évidence une variable essentielle. Le Traité de Lisbonne vise un niveau très élevé de convergence entre les systèmes nationaux des Etats membres, caractérisé par le Conseil européen dans ces termes: «que les cas analogues soient traités de la même manière et que ce traitement aboutisse au même résultat», quel que soit l'Etat membre qui examine la demande.⁶

En l'état actuel, on est loin d'atteindre ce résultat. Les systèmes nationaux de l'asile continuent de produire des taux de reconnaissance très divergents pour les mêmes groupes de demandeurs.⁷ Ce qui est pire, certains systèmes nationaux sont gravement surchargés et dysfonctionnels. Dans un tel contexte, la présomption de sécurité que les Etats membres s'accordent mutuellement devrait être maniée avec une vigilance particulière. Tel n'a pas été le cas jusqu'à ce jour. A la faveur de procédures écourtées et de doctrines juridiques douteuses en matière de preuve, la contestation de la sécurité de l'Etat responsable s'est heurtée à des obstacles *de facto* infranchissables pour la grande majorité des demandeurs d'asile.

A cet égard, une intéressante évolution de la jurisprudence s'est toutefois amorcée – y compris en Suisse, grâce à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral suisse (TAF). Elle vient de recevoir une puissante impulsion par l'arrêt de Grande Chambre rendu par la Cour EDH dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*.⁸

* Francesco Maiani est professeur assistant à l'IDHEAP Institut de hautes études en administration publique, Lausanne; Constantin Hruschka est conseiller juridique auprès du HCR, Bureau pour la Suisse et le Liechtenstein, Genève. Les opinions exprimées dans la présente contribution sont les opinions personnelles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de l'Organisation des Nations Unies ou du HCR. Les auteurs tiennent à remercier Roxane Sheybani, stagiaire auprès du HCR, pour ses précieux commentaires.

¹ Cf. art. 78 TFUE, notamment § 2 lit. e). Cf. aussi le Règlement n° 439/2010 portant création du Bureau européen d'appui en matière d'asile (JO 2010 L 132/11), art. 2 § 6.

² Dont la pierre angulaire est le Règlement n° 343/2003 (JO 2003 L 50/1), ci-après RD.

³ Y compris ceux du Danemark et des Etats AELE, qui ne participent toutefois pas aux autres aspects du SECA. A ce sujet, cf. Maiani, *Fitting EU Asylum Standards in the Dublin Equation*, ASYL 2/10, p. 9 ss.

⁴ Jurisprudence constante depuis la Décision CEDH, *T.I. c. Royaume-Uni*, n° 43844/98, 7 mars 2000.

⁵ Le «tabou» a été rompu une première fois par la Commission, avec sa proposition de refonte du Règlement Dublin, doc. COM (2008) 820, art. 31 § 2.

⁶ Programme de Stockholm (JO 2010 C 115/1), § 6.2.

⁷ Cf. p. ex. HCR, *Remarks of the United Nations High Commissioner for Refugees António Guterres at the Informal Meeting of EU Ministers of Justice and Home Affairs*, Bruxelles, 15 juillet 2010; ECRE, *Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered*, mars 2008, p. 5, indiquant notamment les vastes divergences pour les demandeurs originaires de l'Iraq et de la Somalie.

⁸ ACEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, 21 janvier 2011.

Dans les pages qui suivent, nous entendons livrer une première analyse et quelques réflexions sur cette évolution jurisprudentielle (section 2), ainsi que sur sa signification possible pour la réforme du système de Dublin, mise en route avec la proposition de refonte présentée par la Commission en décembre 2008 (section 3).⁹

2. La présomption de sécurité et son renversement: évolutions jurisprudentielles

2.1 Du fondement et de la nature de la présomption de sécurité

Aux fins de notre analyse, il convient de partir de trois points raisonnablement bien établis dans la jurisprudence et dans la doctrine relatives au système de Dublin.

Le premier est que, pour qu'un transfert Dublin soit admissible au regard du principe de non-refoulement, il faut que le système d'asile de l'Etat responsable offre des garanties suffisantes au regard des Conventions pertinentes – notamment, la Convention de Genève et la CEDH.¹⁰ Ainsi, la procédure d'asile qui attend le demandeur à destination doit être accessible et équitable. Par ailleurs, le système d'accueil doit garantir des conditions d'existence conformes à la dignité humaine, y compris en cas de détention.

Le deuxième point ferme est que, dans le contexte des transferts Dublin, les conditions précitées sont présumées remplies. Le TAF l'exprime ainsi:

«Lorsqu'elles renvoient un requérant d'asile dans un [Etat Dublin], les autorités suisses peuvent [...] en principe présumer que les règles imposées par les conventions précitées (en particulier le principe de non-refoulement au sens de l'art. 33 Conv. Réfugiés ainsi que l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'art. 3 CEDH) seront respectées.»¹¹

Le fondement de cette présomption de sécurité est la ratification, par tous les Etats Dublin, des Conventions pertinentes. Suivant le même raisonnement, il est largement admis que lors du transfert d'un demandeur vers un Etat membre de l'UE,¹² les autorités de l'Etat de renvoi présumement que les règles plus spécifiques posées par les Directives UE en matière d'asile seront respectées (p. ex.: accès aux soins de santé).¹³

Troisième point ferme – à tout le moins, dans la jurisprudence de la Cour EDH et d'un nombre croissant d'Etats membres – la présomption de sécurité de l'Etat responsable est, nécessairement, une présomption simple. L'interdiction de transférer le demandeur vers un Etat responsable où il encourrait un risque de refoulement ou de mauvais traitements reste entière, ce qui entraîne deux conséquences: (a) si un tel risque existe dans l'Etat responsable, l'Etat de renvoi n'a d'autre choix que de recourir à la clause de souveraineté;¹⁴ (b) pour que cette obligation ne reste purement théorique, les autorités de l'Etat de renvoi doivent se satisfaire de la sécurité de l'Etat responsable dans le cas concret,

et accorder en tout état de cause au demandeur une chance réelle de la contester.¹⁵

C'est bien à ce dernier sujet que les évolutions les plus importantes sont en passe de se produire. Théoriquement réfragable, la présomption de sécurité s'est avérée quasiment impossible à renverser dans plusieurs Etats membres, et ce en raison d'obstacles mis à l'établissement des faits pertinents sur les plans probatoire (*infra*, 2.2) et procédural (*infra*, 2.3). A présent, il semble bien qu'on passe d'une présomption de sécurité réfragable *de jure*, mais souvent irréfragable en fait, à une réaffirmation de la primauté du non-refoulement et des réalités du terrain.

2.2 Le verrou probatoire mis à la présomption de sécurité

2.2.1 L'application du verrou et ses composantes

La pratique et la jurisprudence de certains Etats ont placé un double verrou à la présomption de sécurité sous l'angle probatoire.

D'une part, plusieurs juridictions nationales, dont le TAF, ont posé le principe qu'«il appartient au requérant d'asile [de renverser la présomption de sécurité] en s'appuyant sur des indices sérieux qui permettent d'admettre que, dans son cas précis, les autorités de [l'Etat responsable] ne respecteraient pas [le droit international public]».¹⁶ On y reviendra.

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

En juillet 2009, statuant sur un transfert vers la Grèce, le TAF affirmait: «Il n'existe pas d'indice permettant de pen-

⁹ COM (2008) 820.

¹⁰ *A contrario*, cf. la formule du TAF: «[n]'étant pas contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international, le transfert du recourant vers [l'Etat responsable] est licite» (E-3005/2010, 16 juillet 2010, § 3.4).

¹¹ E-3005/2010, 16 juillet 2010, § 3.2.

¹² A l'exception du Danemark (cf. *supra*, note 3).

¹³ Cf. p. ex. E-3005/2010, 16 juillet 2010, § 3.3; E-3301/2010, 25 octobre 2010, § 3.1.6. Pour une analyse de cette approche jurisprudentielle, cf. Maiani, *op. cit.* (note 3).

¹⁴ Le pays de renvoi «est tenu d'appliquer la clause de souveraineté [...] lorsque le transfert envisagé viole les obligations de droit international public» (E-5644/2009, 31 août 2010, § 7.2.). En doctrine, cf. p. ex. Noll, *Formalism v. Empiricism*, *Nordic Journal of International Law* (2001), p. 161-182; Filzwieser/Sprung, *Dublin II-Verordnung*, 3^e éd., 2010, Art. 3, K.8. Est réservée la possibilité, pour tout Etat membre, d'envoyer un demandeur vers un pays tiers sûr (art. 3 § 3 RD).

¹⁵ Cf. en dernier lieu l'ACEDH, *M.S.S.*, *op. cit.*, § 394.

¹⁶ E-5644/2009, 31 août 2010, § 7.5. Cf. également E-1269/2009, 19 mars 2009: «Lorsqu'elles renvoient un requérant d'asile dans un [Etat participant à Dublin], les autorités suisses peuvent [...] partir de la présomption que les règles impératives imposées par les conventions précitées [...] seront respectées. Il incombe au requérant lui-même d'apporter les éléments de nature à renverser cette présomption.» Cf. aussi, dans des termes similaires, Conseil du contentieux des étrangers (BE), arrêt n° 40964, 26 mars 2010, § 4.3.3.1.2.

ser que la Grèce n'offrirait pas une protection efficace [...]. Rien au dossier ne laisse supposer que les autorités grecques failliraient à leurs obligations internationales.»¹⁷

Au moment du prononcé, plusieurs rapports détaillaient déjà les graves dysfonctionnements des procédures d'asile et du système d'accueil grecs.¹⁸ Le TAF en avait vraisemblablement connaissance. Son insistance sur l'absence d'«indices» semble donc indiquer un refus de principe de leur accorder du poids dans l'évaluation de sécurité de l'Etat responsable.

Cette position de refus, partagée par les juridictions de plusieurs pays, reposait essentiellement sur le raisonnement suivant: 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 particulier.¹⁹

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 Etats 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'Etat responsable, ou à des décisions déjà rendues sur la demande d'asile par cet Etat.²⁰ L'évaluation des risques de mauvais traitements ou de refoulement encourus dans l'Etat responsable, en principe prospective,²¹ devenait ainsi largement rétrospective. Dans le même mouvement, la possibilité de contester la sécurité de l'Etat responsable était de fait réservée aux seuls demandeurs ayant déjà eu des contacts significatifs avec les autorités de cet Etat.

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 «dans des proportions telles qu'elles faisaient obstacle à un examen au fond du risque [...] allégué»²² y compris – et spécialement – en présence de risques systémiques documentés, tels ceux engendrés par les pratiques des autorités grecques.

De son côté, la Cour EDH a dans un premier temps conforté cette tendance. Dans sa décision *K.R.S.* de décembre 2008,²³ elle a certes fait état des nombreux rapports dénonçant les défaillances du système d'accueil et de la procédure d'asile grecs, mais elle a préféré s'en tenir à la présomption que la Grèce respecterait les standards internationaux et européens.²⁴

La publication de rapports de plus en plus détaillés sur la Grèce a cependant induit plusieurs juridictions nationales – dont le TAF – à revoir leur position. La Cour EDH a de son côté perfectionné cette évolution par un arrêt percutant – *M.S.S.* – que l'on peut également interpréter comme une réaction à la dérive déclenchée par *K.R.S.*: les demandeurs,

privés de tout recours effectif pour s'opposer aux transferts devant les autorités de l'Etat de renvoi, ont engorgé le prétoire strasbourgeois de requêtes de mesures provisoires, déterminant ainsi une situation insoutenable.²⁵ D'où le besoin, ressenti par la Cour, de re-responsabiliser les autorités nationales au sujet des renvois Dublin.

2.2.2 La rupture du verrou: la jurisprudence du TAF courant 2010 et l'arrêt *M.S.S.*

Le verrou probatoire décrit dans la section précédente a été rompu 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, on notera que dans le passage cité au début de la section précédente, le TAF affirme qu'il appartient au demandeur d'apporter des «indices sérieux» de l'insécurité de l'Etat responsable – non pas la «preuve». Le TAF a par la suite mis en valeur cette distinction, en soulignant que la procédure Dublin est régie par la maxime inquisitoire. C'est en effet à l'administration qu'il appartient en principe d'établir les faits pertinents de manière complète et correcte.²⁶ La présomption de sécurité signifie que l'administration peut normalement s'abstenir d'une vérification approfondie et individualisée des risques encourus par le demandeur dans l'Etat responsable. Une telle vérification devient toutefois indispensable en présence d'«indices sérieux» suggérant l'existence d'un risque pertinent.

Toujours est-il que, dans le passage précité, le TAF semble placer exclusivement sur le demandeur le fardeau de l'allégation d'un risque, et de la production d'indices sérieux. Dans *M.S.S.*, la Grande Chambre de la Cour apporte une correction supplémentaire, et importante, en souli-

¹⁷ D-4675/2009, 29 juillet 2009, § 6.3.

¹⁸ Cf. à titre d'exemple HCR, UNHCR position on the return of asylum-seekers to Greece under the Dublin Regulation, 15 avril 2008.

¹⁹ Cf. notamment Asylgerichtshof (AT), affaire n° S1 402025-1/2008, 16 janvier 2009, § 2.1.2; Conseil d'Etat (FR), arrêts n° 332917, du 6 novembre 2009, et n° 339478, du 20 mai 2010; Conseil du contentieux des étrangers (BE), arrêt n° 40964, *op. cit.*, § 4.3.3.1.2.-4.3.3.2. Cf. également 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, notamment au sujet de la jurisprudence du Conseil d'Etat néerlandais (§ 25). Certains juges ne se sont d'ailleurs privés d'émettre des doutes sur l'objectivité des rapports parus sur la situation en Grèce: cf. Asylgerichtshof (AT), arrêt précité, § 2.1.2.2.3.

²⁰ Cf. notamment les arrêts précités à la note précédente, *loc. cit.*

²¹ Cf. p. ex. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, 1991, p. 87 ss.

²² Ainsi ACEDH, *M.S.S.*, *op. cit.*, § 389.

²³ Decision CEDH, *K.R.S. c. Royaume-Uni*, no. 32733/08, 2 décembre 2008.

²⁴ La décision *K.R.S.* était par ailleurs problématique sous d'autres angles encore: cf. ODYSSEUS, La mise en place d'un système européen d'asile commun, Etude, document du Parlement européen 425.622, septembre 2010, p. 122 ss.

²⁵ Déclaration du Président de la Cour EDH concernant les demandes de mesures provisoires, 11 février 2011.

²⁶ D-764/2010, 2 juillet 2010, § 5.6.2 et 5.6.5.

gnant l'obligation des autorités de sauvegarder *motu proprio* les droits fondamentaux.

Selon la Cour, les autorités compétentes doivent prendre en considération d'office les éléments contraires qui sont en leur possession – p. ex. les informations provenant de «source fiable» et qui sont de domaine public, ou encore les communications et recommandations provenant du HCR.²⁷ Reste ouverte la question de savoir si, et dans quelle mesure, les Etats Dublin sont également tenus de recueillir activement des renseignements sur les conditions qui prévalent dans les autres Etats Dublin.

Quant au niveau d'exigence sur la «preuve» de l'insécurité de l'Etat responsable, on relèvera d'abord l'évolution dans la position du TAF.

Celui-ci a progressivement dépassé la phase de «fermeture cognitive» synthétisée par l'arrêt D-4675/2009, cité en précédente. On peut déduire de plusieurs arrêts rendus courant 2010 que:

- des simples allégations au sujet de risques dans l'Etat responsable, ou encore des allégations portant sur des risques qui sont mis en évidence dans des sources fiables mais qui sont sans pertinence par rapport à la situation du demandeur, sont toujours insuffisants pour renverser la présomption de sécurité;²⁸
- en présence d'éléments circonstanciés et individualisés, cadrant avec les informations disponibles au sujet de l'Etat responsable, la TAF part en revanche du principe que l'administration doit – pour prouver la licéité du transfert – satisfaire à des exigences accrues en matière d'établissement des faits et de motivation.²⁹ En d'autres termes, la présomption de sécurité est renversée et l'administration se trouve dans l'obligation de dissiper positivement, si elle le peut, les doutes que l'on peut éprouver au sujet du transfert;
- il en va de même en présence de rapports de terrain nombreux, fiables et concordants établissant l'existence de problèmes systémiques dans un Etat membre.³⁰ Dans de tels cas, selon le TAF, une décision de transfert doit en tout état de cause démontrer clairement comment les risques allégués ont été pris en compte et éliminés dans le cas du demandeur.

L'existence d'indices sérieux de risque (généraux, ou individuels) ne laisse désormais aucune place à des appréciations de sécurité génériques («pauschale») de la part de l'administration – la sanction étant l'annulation du transfert et le renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure. En même temps, le TAF lance aussi un message aux parties, à leurs conseils, et plus largement aux œuvres d'entraide, voire au HCR. Des vagues allégations de risque seront en tout état de cause insuffisantes pour empêcher un transfert – d'où l'importance cruciale d'une collecte rigoureuse des informations susceptibles de les étayer.

L'arrêt *M.S.S.* vient conforter et affermir cette évolution. En examinant elle-même la situation en Grèce, la Cour fait méticuleusement la différence entre le *Sollen* – ce qui est prévu par la législation nationale – et le *Sein* – la situation

sur le terrain. A cette fin, elle se fonde de manière décisive sur la masse de rapports publiés par des OI et ONG. Ces rapports suffisent, dans le raisonnement de la Cour, pour conforter les allégations du requérant et pour fonder un constat de violation des art. 3 et 13 CEDH.³¹ Comme l'illustre le jugement qu'elle porte sur le comportement des autorités belges en l'espèce, la Cour exige que les autorités de l'Etat de renvoi s'en tiennent à la même méthodologie.³²

Dans *M.S.S.*, la Cour conclut sans détour qu'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). On peut penser qu'en présence de problèmes systémiques moins graves, établis par une documentation générale, la conclusion à tirer du renversement de la présomption de sécurité pourrait être différente: non pas, directement, une interdiction de transfert, mais plutôt l'exigence, pour les autorités de l'Etat de renvoi, de démontrer positivement la «sécurité» de l'Etat responsable pour le demandeur, au travers d'une évaluation complète et individualisée des risques encourus.³³

Un dernier point est à relever. La Cour prend le soin de préciser que les risques dénoncés dans des rapports de portée générale peuvent sans autre être suffisamment «individualisés»: «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).

2.3 Le verrou procédural: le droit à un recours effectif dans le contentieux «Dublin»

L'arrêt *M.S.S.* accompagne la rupture du verrou probatoire dans le contentieux Dublin avec un affermissement des exigences découlant de l'article 13 CEDH – à la fois, dans le contexte des procédures d'asile et des procédures Dublin.

Les déficits des procédures Dublin suivies dans plusieurs Etats, et particulièrement en Suisse, ont été détaillés et commentés dans une abondante littérature portant principalement sur la question de l'effet suspensif des recours dirigés contre des décisions de transferts.³⁴

²⁷ ACEDH, *M.S.S.*, *op. cit.*, § 346 ss.

²⁸ Cf. p. ex.: E-4510/2010, 13 juillet 2010; E-2607/2010, 16 juillet 2010.

²⁹ Cf. p. ex. E-6323/2010, 30 novembre 2010.

³⁰ Cf. notamment D-764/2010, 2 juillet 2010; E-5644/2009, 31 août 2010, § 7.5; D-5576/2010, 6 décembre 2010, spéc. § 5.2.

³¹ Cf. ACEDH, *M.S.S.*, *op. cit.*, notamment § 249–264 et 299–321.

³² *Ibidem*, § 344 ss.

³³ Cf. ACEDH, *NA c. Royaume-Uni*, n° 25904/07, 17 juillet 2008, § 113 ss.

³⁴ Cf. ODYSSEUS, *op. cit.*, p. 127 s. Sur la situation en Suisse avant l'ATAF 1/2010, cf. Hermann, *Refoulement-Verbote und effektiver Rechtsschutz bei Dublin Entscheidungen*, Jusletter, 25 mai 2009.

L'effet suspensif du recours fait partie, selon une jurisprudence bien établie, du droit à un recours effectif, à tout le moins dans les cas d'expulsion où le demandeur d'asile dispose d'un grief défendable de violation de l'art. 3 CEDH.³⁵ La lettre du Règlement Dublin laisse à la discrétion des Etats parties le choix de doter les recours contre les décisions de transfert d'un effet suspensif (art. 19 al. 2). Cette marge de manœuvre – que plusieurs Etats ont exploité pour exclure *de jure* ou *de facto* le caractère suspensif du recours – pose problème au regard de l'art. 13.

En ce qui concerne la Suisse, le TAF avait déjà fourni une contribution majeure sous cet angle avec son arrêt ATAF 1/2010.³⁶ Dans *M.S.S.*, la Cour confirme l'exigence d'un recours suspensif «de plein droit», y compris dans les procédures Dublin (§ 288 et 386–387). Elle souligne toutefois également qu'un recours suspensif quel qu'il soit ne suffit pas pour satisfaire les exigences de l'art. 13. Ainsi, se référant aux procédures d'asile, la Cour rappelle avec force que «[l']article 13 exige un recours interne habilitant à examiner le contenu du grief» et que «compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, l'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 demande impérativement un contrôle attentif par une autorité nationale [...]» (§ 291 et 293).

Transposant ces principes aux procédures de recours contre les transferts Dublin, la Cour relève que «l'exigence résultant de l'article 13 de faire surseoir à l'exécution [d'une mesure de transfert] ne peut être envisagée de manière accessoire, c'est-à-dire en faisant abstraction [des] exigences [relatives à] l'étendue du contrôle» (§ 388). Ainsi, elle juge qu'une procédure de recours – certes suspensive – viole l'art. 13 CEDH si son objet est limité à «vérifier si les intéressés [ont] produit la preuve concrète du caractère irréparable du préjudice pouvant résulter de la violation potentielle alléguée de l'article 3, alourdissant ainsi la charge de la preuve dans des proportions telles qu'elles [font] obstacle à un examen au fond du risque de violation allégué» (§ 389).

Dans ces passages, la Cour EDH déclare avec toute la clarté requise qu'un examen purement formel et sommaire des risques encourus par un demandeur dans l'Etat responsable serait contraire à l'art. 13 CEDH.

On relèvera encore l'importance accordée par la Cour, sur le terrain de l'art. 13, aux informations fournies aux demandeurs ainsi qu'à l'assistance judiciaire (§ 301) – quoique ces passages de l'arrêt *M.S.S.* se réfèrent à la procédure d'asile, et non pas spécifiquement à la procédure Dublin.

3 Quel impact sur les évolutions législatives?

3.1 La proposition de refonte de la Commission et l'arrêt *M.S.S.*

Les thèmes de l'arrêt *M.S.S.* se trouvent largement anticipés, sur le plan législatif et politique, dans la proposition de

refonte du Règlement Dublin présentée en décembre 2008 par la Commission européenne.³⁷ Dans ce document, la Commission constatait déjà le déficit d'efficacité du système de Dublin et ses lacunes au niveau de protection qu'il offre aux demandeurs d'asile. Elle exprimait dès lors l'intention de «modifier le règlement de Dublin afin, d'une part, de renforcer l'efficacité du système et, d'autre part, de garantir que l'ensemble des besoins des demandeurs d'une protection internationale sont couverts par la procédure de détermination de la responsabilité».³⁸

Par ailleurs, la proposition visait spécifiquement «à répondre aux situations dans lesquelles les capacités d'accueil et les régimes d'asile des États membres sont soumis à une pression particulière et où le niveau de protection des demandeurs d'une protection internationale est insuffisant»,³⁹ reconnaissant par là l'existence d'un problème d'équité distributive dans le système de Dublin.⁴⁰

Il convient de souligner à quel point l'arrêt *M.S.S.* a par la suite mis en lumière les défauts du système Dublin sous cet angle, ainsi que le lien étroit que présente cet aspect avec le respect effectif du principe de non-refoulement. Alors que les difficultés qu'éprouve la Grèce à satisfaire ses obligations européennes et internationales sont évidentes, le système Dublin part du postulat que tout Etat membre respecte les droits des requérants d'asile, examine leur requête à travers une procédure juste et équitable et leur garantit une protection conforme au droit européen et international.⁴¹

Les points marquants de la proposition de refonte concernent aussi bien le renforcement des garanties procédurales en faveur des demandeurs d'asile (*infra*, 3.2) que l'introduction de mécanismes de suspension du système de Dublin en cas de surcharge d'un Etat membre.⁴² Les Etats membres de l'UE se sont montrés peu enclins à procéder à un tel remaniement du système. La question qui se pose actuellement est, toutefois, dans quelle mesure les avancées

³⁵ ACEDH, *M.S.S.*, *op. cit.*, § 293; ACEDH, *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, 5 février 2002, § 81–83; ACEDH, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, n° 25389/05, 26 avril 2007, § 66.

³⁶ Cf. Hruschka, *Rechtliche Standards für Verfahrensabläufe in Dublin-Fällen: eine Zwischenbilanz anhand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, ASYL 2/10, p. 3 ss. Cf. également les considérations de Theuerkauf et Uebersax dans Breitenmoser/Gless/Lagodny (éds), *Schengen und Dublin in der Praxis*, 2010, p. 80 s et 92 ss.

³⁷ Doc. COM (2008) 820.

³⁸ *Ibidem*, p. 2. Sur l'ensemble de ces questions, cf. également ODYSSEUS, *op. cit.*, p. 113 ss.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ A ce sujet, cf. ODYSSEUS, *op. cit.*, spéc. p. 495 ss.

⁴¹ Cf. intervention du HCR dans le cadre de l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, juin 2010. Cf. également les observations de la Cour, ACEDH, *M.S.S.*, *op. cit.*, § 223 s.

⁴² Pour une analyse de la proposition et de ses conséquences possibles pour la Suisse, cf. Hermann, *Die Vorschläge der Europäischen Kommission zur Änderung der Dublin-Verordnung*, ASYL 3/09, p. 10 ss; Maiani, *op. cit.* (note 3); Vicente, *Développements récents de l'«acquis de Dublin»*, in Epiney/Gammethaler (éds), *Annuaire suisse de droit européen 2008/2009*, p. 477 ss.

législatives préconisées par la Commission se trouvent déjà intégrées au dispositif Dublin II en vertu de l'arrêt *M.S.S.*

3.2 Le renforcement des garanties procédurales

3.2.1 Règles générales

Comme il a été relevé, le droit à un recours effectif consacré par l'art. 13 CEDH comporte des exigences tant au niveau des procédures de première instance qu'au niveau des procédures de recours proprement dites. Comme nous l'avons vu, l'effectivité du recours peut dépendre, entre autres, des informations initialement fournies aux requérants d'asile et de l'accès à une assistance judiciaire.⁴³

Dans la proposition de refonte du Règlement Dublin, la Commission propose notamment l'introduction d'un interview préliminaire spécialement adapté au cadre du système Dublin, ainsi que l'adoption d'une brochure d'information commune. Par ailleurs – en sus d'un renforcement des procédures de recours en tant que telles (*infra*, 3.2.2) – la proposition prévoit le droit à l'aide judiciaire et/ou à la représentation et, si nécessaire, à l'assistance linguistique. De plus, elle précise davantage la procédure de notification des décisions de transfert.⁴⁴

Sous tous ces aspects, la proposition s'est heurtée à une vive opposition des Etats membres. Il convient cependant de souligner que les garanties incluses par la Commission dans la proposition de refonte sont largement couvertes par l'art. 13 CEDH tel qu'interprété dans l'arrêt *M.S.S.* Leur incorporation au règlement Dublin paraît de ce fait incontournable à terme, et nécessaire pour garantir en pratique le plein exercice du droit à un recours effectif.

3.2.2 Règles spécifiques sur l'effet suspensif des recours

La refonte du système Dublin proposée par la Commission tend à «[...] obliger les autorités compétentes à décider si l'exécution doit être suspendue ou non et à permettre à l'intéressé de rester sur le territoire en attendant cette décision».⁴⁵

L'automatisation de la prise de décision quant à l'octroi de l'effet suspensif est doublement positive. L'effet suspensif n'est, dans cette procédure, plus tributaire de l'initiative du requérant et ne peut donc plus pâtir d'une éventuelle mauvaise communication avec les autorités, ou d'un défaut d'assistance juridique. Cet examen d'office concrétise donc non seulement le droit à un recours effectif, mais aussi l'égalité de traitement parmi les requérants. Cette construction pâtit toutefois du risque de contradiction entre la décision, par hypothèse négative, d'octroi de l'effet suspensif et celle, par hypothèse positive, du besoin de protection.

Il n'est pas inutile d'élargir ici le discours à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. Selon cette jurisprudence, les Etats membres ne sont pas tenus

d'assurer un effet suspensif dans toutes les hypothèses. Cependant, le requérant «doit au moins avoir la possibilité de demander à la cour nationale d'accorder des mesures provisoires, cette requête ayant un effet suspensif automatique pendant l'examen de la cour ou du tribunal et ce, afin d'assurer la complète effectivité des droits revendiqués en application du droit communautaire».⁴⁶

La jurisprudence de la CJUE concède donc la possibilité de ne pas pourvoir le recours d'effet suspensif. Elle impose cependant aux Etats l'obligation de permettre au recourant de demander l'effet suspensif et que ladite requête engendre la suspension de l'exécution du transfert jusqu'à ce que décision soit prise quant à l'octroi d'un effet suspensif en tant que mesure provisoire. Ceci est exactement ce qui est prévu par l'art. 26 de la proposition de refonte. La proposition de refonte prévoit qu'un ordre d'expulsion ne peut pas être exécuté pendant le délai pendant lequel l'appel peut être introduit et dans le cas d'un appel pendant l'examen d'office si «l'intéressé soit autorisé ou non à rester sur le territoire de l'Etat membre concerné en attendant l'issue de son recours ou de sa demande de révision».⁴⁷

Là aussi, il reste à voir comment les Etats membres – dont plusieurs se sont déclarés opposés aux réformes proposées par la Commission – pourraient résister l'inclusion dans le texte du Règlement de garanties qui relèvent déjà largement du droit positif applicable aux procédures Dublin.

3.3 Mécanisme de suspension d'urgence et partage des responsabilités

Bien que comme rappelé ci-dessus la proposition de refonte fasse état du problème de l'équité distributive du système de Dublin, la Commission s'est gardée d'engager une discussion de fond sur un éventuel changement des principes du partage prévus par le Règlement.⁴⁸ La seule discussion lancée dans ce domaine porte sur un mécanisme d'urgence pour pallier aux pressions particulières subies par certains Etats membres.

A vrai dire, la version originale de la proposition de refonte comportait un mécanisme de suspension – à activer par la Commission – permettant de prévenir tout transfert vers des Etats surchargés ou dont les systèmes d'asile présenteraient des risques systémiques pour les demandeurs d'asile.⁴⁹ Cette proposition visait ainsi, à la fois, à pallier les

⁴³ Cf. *supra*, 2.3. Cf. également, dans un contexte différent, le Rapport d'évaluation de la Commission sur la Directive Accueil, COM (2007) 745 final, p. 5.

⁴⁴ Cf. COM (2008) 820, exposé des motifs, p. 8, considérant 17, et art. 26.

⁴⁵ Proposition de refonte du système Dublin, COM (2008) 820 final, p. 8.

⁴⁶ Cf. ODYSSEUS, *op. cit.*, p. 366–367, et jurisprudence citée.

⁴⁷ Art. 26 de la proposition de refonte.

⁴⁸ Pour une critique, cf. Maiani/Vevstad, Reflection note on the evaluation of the Dublin system and on the Dublin III proposal, doc. PE 410–690, mars 2009.

⁴⁹ Cf. COM (2008) 820, art. 31.

effets distributifs du système et à «remédier à la confiance excessive accordée à des présomptions de sûreté».⁵⁰ L'arrêt *M.S.S.* tend à confirmer l'utilité d'un tel mécanisme au sein du système de Dublin – quitte à vouloir confier à la Cour EDH la responsabilité de décréter, après coup et sur la seule base de la violation systématique des exigences découlant de la CEDH, l'illégalité de tout transfert vers un Etat membre en particulier.

La proposition originale de la Commission a toutefois été rejetée lors des négociations au Conseil, au motif qu'elle aurait en quelque sorte récompensé l'échec de l'Etat membre concerné à remplir ses obligations légales. La Commission a ensuite proposé une version remaniée du mécanisme d'urgence, consistant à permettre à la Commission ou aux Etats membres soumis à une pression particulière de demander au Conseil la suspension des transferts. Après l'arrêt *M.S.S.*, la Commission a réitéré son intention d'inclure un tel mécanisme de suspension dans le texte du nouveau règlement.⁵¹

A ce jour, les discussions menées au sein du Conseil n'ont pas produit de résultats tangibles.⁵²

Il reste à voir si, enfermé dans des limites qui seront vraisemblablement étroites, le mécanisme d'urgence pourra d'une part gagner un support suffisant de la part des Etats membres, et d'autre part apporter un soutien effectif à un fonctionnement correct du système de Dublin, en empêchant notamment que des situations telle que celle qui a été sanctionnée par l'arrêt *M.S.S.* n'aient à se reproduire.

4. Remarques conclusives

L'évolution jurisprudentielle entamée de manière autonome par le TAF en Suisse, et décisivement renforcée par l'arrêt *M.S.S.* de la Cour EDH, revêt une importance fondamentale pour la garantie effective des droits fondamentaux dans le cadre du système de Dublin. Elle réintroduit un principe de réalité dans le contentieux relatif aux transferts Dublin et y réaffirme – tardivement, mais décisivement – la primauté du principe de non-refoulement, ramenant en même temps le principe de confiance mutuelle à ses justes proportions. Pour le dire différemment, l'arrêt *M.S.S.* marque un tournant dans l'application du principe de confiance mutuelle instauré par le règlement Dublin. Il consacre le passage de la primauté «théorique» du principe de non-refoulement, déjà esquissée par les décisions *T.I.* et *K.R.S.*, à sa primauté «pratique». La Cour y oblige en effet les Etats Dublin à appliquer la clause de souveraineté en constatant un risque de violation dudit principe, et en renforçant à plusieurs égards la garantie d'un recours effectif qui lui est indissolublement liée.

Il conviendra maintenant de suivre attentivement la manière dont les Etats membres appliqueront, plus largement, les principes qui se dégagent de cette jurisprudence. Les renvois vers la Grèce sont clairement prohibés en l'état actuel. En revanche, on peut s'attendre à ce que la transposi-

tion de *M.S.S.* à d'éventuels problèmes systémiques pouvant se déclarer dans d'autres Etats membres soulève des débats – débats dont l'issue dépendra, dans une très large mesure, de la production d'enquêtes de terrain complètes et fiables.

Les impacts sur la procédure de refonte du Règlement Dublin, actuellement en cours, restent à voir. Le débat sur les garanties procédurales à inscrire dans le nouveau Règlement, et sur d'éventuels mécanismes d'urgence, est loin d'être terminé. Ce qui est certain est que *M.S.S.* comporte des acquis qui ne pourront pas être ignorés, quelle que soit la forme finale du nouveau Règlement. Ceci relève de l'évidence pour ce qui concerne les garanties de procédure. On peut aussi penser que la Cour a fourni le système, avant la lettre, d'un mécanisme de suspension généralisée déclenché – par la voie judiciaire – dans une hypothèse extrême de dégradation d'un système national d'asile. Il serait souhaitable que le législateur de l'Union se résolve à tirer pleinement les conséquences de la jurisprudence de la Cour EDH sur le terrain des droits fondamentaux – et à respecter ainsi pleinement les indications normatives, dénuées d'ambiguïté, des articles 6 TUE et 78 § 1 TFUE.

Il faut par ailleurs souligner que d'autres développements jurisprudentiels sont à attendre. La Cour de justice de l'Union européenne est en effet saisie d'affaires revêtant, potentiellement, une importance égale à celle de l'affaire *M.S.S.*⁵³

La Cour de Luxembourg est appelée à clarifier, premièrement, la portée de l'art. 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (CDF), qui garantit le «droit d'asile». Elle devra se prononcer notamment sur la question de savoir si et dans quelles circonstances cette disposition demande aux Etats membres, d'une part, de s'abstenir de renvoyer une personne vers un autre Etat et, d'autre part, de prendre la responsabilité de se déterminer quant à la demande de protection. La Cour pourrait à cette occasion se prononcer en des termes plus généraux à propos de l'art. 18 CDF, clarifiant ainsi les principes relatifs à l'étendue et à l'application des droits des requérants d'asile, des réfugiés et d'autres catégories de personnes dans le cadre du SECA.

La Cour est par ailleurs saisie de questions concernant la portée de l'art. 47 de la Charte dans les procédures Dublin, ainsi que sa relation avec art. 13 CEDH. Il semble d'ores et déjà établi que l'art. 47 de la Charte va plus loin que l'art. 13 CEDH, la question étant plutôt celle de l'étendue de son contenu autonome.

⁵⁰ ODYSSEUS, *op. cit.*, p. 29.

⁵¹ Déclaration de Mme Cecilia Malmström, Commissaire aux affaires intérieures, du 21 janvier 2011, doc. MEMO/11/35.

⁵² Cf. Communiqué de presse, doc. du Conseil n° 14423/10, p. 9; Note d'information, Conseil «Justice et affaires intérieures» des 11–12 avril, 8 avril 2011, p. 7; Communiqué de presse, doc. du Conseil 8692/11, p. 13.

⁵³ Affaires C-411/10 (JO 2010 C 274/21), C-493/10 (JO 2011 C 13/18) et C-4/11 (JO 2011 C 95/3).

Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'impact qu'auront ces futurs arrêts tant pour les Etats membres – tenus de respecter la Charte dans la mise en œuvre du Règlement Dublin⁵⁴ – que pour le législateur de l'Union. Relevons plutôt que l'arrêt *M.S.S.* revêt une importance notable également dans ce contexte. Il constitue en effet un précédent que la Cour de justice ne pourra ni ignorer ni renier. En effet, les droits qui figurent dans la Charte et qui correspondent à ceux de la CEDH – on songera ici à l'interdiction de la torture, à l'interdiction de refoulement et au droit à un recours effectif – doivent être interprétés dans le même sens de la jurisprudence strasbourgeoise, voire dans un sens plus favorable (art. 52 § 3 CDF).

Resümee

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Fall *M.S.S.* gegen Belgien und Griechenland vom 21. Januar 2011 stellt einige von den Mitgliedstaaten als fundamentale Prinzipien angesehene Eckpfeiler des Dublin-Systems zumindest in Frage. Besonders hervorzuheben sind die Auswirkungen auf das Prinzip der Vermutung der (asylrechtlichen) Sicherheit der am System beteiligten Mitgliedstaaten.

Die Autoren untersuchen die rechtlichen Konsequenzen der Entscheidung *M.S.S.* im Hinblick auf den sich verändernden Prüfungsmassstab und kommen zu dem Ergebnis, dass durch die Entscheidung ein faktischer Paradigmenwechsel von der theoretischen zur praktischen Vorherrschaft des Non-Refoulement-Prinzips stattgefunden hat. Daraus resultieren für die praktische Prüfung erhöhte Anforderungen an Prüfungsumfang und Prüfungstiefe bei der (gerichtlichen) Prüfung von Dublin-Überstellungen.

Zudem könnte die Entscheidung auch neue Impulse für den steckengebliebenen Reformprozess der Dublin-Verordnung geben. Durch die Entscheidung erhalten die besonders umstrittenen Punkte der prozeduralen Garantien und eines möglichen Aussetzungsmechanismus neue Aktualität.

⁵⁴ Cf. art. 51 CDF. La position des Etats non-membres de l'UE qui, comme la Suisse, participent au système est particulière. Il semble toutefois soutenable que, en appliquant le Règlement Dublin, ces Etats doivent aussi respecter les garanties de la Charte.