

N° 379378
M. J...

N° 395821
M. K...

N° 396695
M. B...

N° 397745
M. D...

10ème et 9ème chambres réunies
Séance du 13 janvier 2017
Lecture du 8 février 2017

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Dans ces quatre affaires, les requérants ont en commun d'avoir sollicité l'asile en France au motif qu'ils estimaient courir, dans leur pays d'origine, des risques de persécution liées à leur homosexualité. Les litiges vous confrontent à la délicate question des exigences que le juge de l'asile peut faire peser sur le demandeur pour attester des risques encourus du fait de son orientation sexuelle.

Nous commencerons par vous rappeler le cadre juridique applicable et par vous indiquer les conséquences pratiques qu'il convient d'en tirer pour l'examen de ce type de demandes d'asile, avant d'appliquer le mode d'emploi que nous vous suggérons aux quatre décisions de la CNDA attaquées devant vous.

Aux termes du 2 du A de l'article 1^{er} de la convention de Genève du 28 juillet 1951, la qualité de réfugié est reconnue à « toute personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ».

C'est la jurisprudence, tant nationale qu'européenne (CJUE et CEDH) qui a déterminé le régime, au regard de cet article, applicable aux persécutions à raison de l'orientation sexuelle.

Vous avez dégainé les premiers en jugeant, en creux, dès une décision CE, 23 août 2006, *Office français de protection des réfugiés et apatrides c/ Mlle S.*, n° 272679, T. p. 904, que les personnes homosexuelles étaient susceptibles de constituer un groupe social au sens de cet article, à condition qu'ils soient, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société ukrainienne, susceptibles d'être exposés à

des persécutions (v., par analogie, à propos des transsexuels, CE, 23 juin 1997, *O...*, n° 171858, p. 261). Par votre décision CE, 27 juillet 2012, *M...*, n° 349824, p., vous avez confirmé, en plein, qu'en fonction des conditions qui prévalent dans un pays, des personnes peuvent, à raison de leur orientation sexuelle, constituer un groupe social et que dès lors, dans l'hypothèse où une personne sollicite le bénéfice du statut de réfugié à raison de son orientation sexuelle, il convient d'apprécier l'existence d'un tel groupe. Vous en avez profité pour préciser d'une part, qu'une telle qualification dépend « du regard que portent sur ces personnes la société environnante ou les institutions », d'autre part, que l'octroi du statut à raison de l'appartenance à ce groupe « ne saurait être subordonné à la manifestation publique de [son] orientation sexuelle » et enfin que « La circonstance que l'appartenance au groupe social ne fasse l'objet d'aucune disposition pénale répressive spécifique est sans incidence sur l'appréciation de la réalité des persécutions à raison de cette appartenance qui peut (...) reposer soit sur des dispositions de droit commun abusivement appliquées (...), soit sur des comportements émanant des autorités, encouragés ou favorisés par ces autorités ou même simplement tolérés par elles ». Le reste de votre jurisprudence sur le sujet est composée de décisions de jugeant-seule inédites qui, pour la plupart (ce qui n'est pas étonnant s'agissant de pourvois admis) annulent des décisions de la CNDA, soit pour dénaturation à avoir estimé non établie l'orientation sexuelle de l'intéressé (CE, 17 juin 2016, *E...*, n° 391534), soit pour erreur de droit à avoir refusé la protection sollicitée au titre de l'appartenance au groupe social des homosexuels en traitant par prétérition et la question de l'orientation sexuelle de l'intéressé, et celle du traitement de ces derniers dans le pays d'origine (CE, 1^{er} octobre 2015, *M. F...*, n° 383198), soit enfin pour insuffisance de motivation à ne s'être pas prononcé sur l'existence dans le pays d'origine d'un groupe social, alors même qu'elle avait tenu l'orientation sexuelle de l'intéressée pour acquise (CE, 22 juillet 2015, *G...*, n° 375630).

De son côté, la CJUE a, par le prisme de l'interprétation de la directive dite « normes minimales » 2004/83/CE du 29 avril 2004, développé une jurisprudence exigeante.

S'agissant de la caractérisation du groupe social d'abord, elle a, par un arrêt du 7 novembre 2013 (*X, Y et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*, C-199/12 à C-201/12), dit pour droit que lorsqu'ils sont visés par une législation pénale répressive spécifique, les homosexuels doivent être regardés comme un groupe social, mais qu'ils ne peuvent être regardés comme risquant des persécutions à ce titre que sous réserve que cette législation pénale soit sévère (l'arrêt traite d'emprisonnement) et effectivement appliquée. Dès lors toutefois que le risque de persécution est caractérisé, les autorités nationales ne peuvent pas refuser l'asile au prétexte qu'il suffirait au demandeur de dissimuler son homosexualité dans son pays d'origine ou de montrer de la réserve dans son expression pour éviter les persécutions. La Cour a en particulier relevé que « le fait d'exiger des membres d'un groupe social partageant la même orientation sexuelle qu'ils dissimulent cette orientation est contraire à la reconnaissance même d'une caractéristique à ce point essentielle pour l'identité qu'il ne devrait pas être exigé des intéressés qu'ils y renoncent » (§70). Et elle a ce faisant explicitement traité le droit à liberté de l'orientation sexuelle comme un bloc, refusant d'entrer dans une logique de hiérarchisation des composantes de ce droit (droit à la sexualité, droit à la sentimentalité, droit à une certaine sociabilité avec les autres membres du groupe social) dont il pourrait se déduire que certaines seulement font l'objet d'une protection maximale tandis qu'on pourrait exiger du demandeur qu'il renonce aux autres.

Dans un arrêt de grande chambre du 2 décembre 2014, *A, B et C c/ Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-148/3 à C-150/13, ensuite, la CJUE s'est plus particulièrement intéressée aux modalités de démonstration par le demandeur d'asile de l'orientation sexuelle

au titre de laquelle il affirme risquer des persécutions. La question était, à titre préjudiciel, posée à la Cour pour une hypothèse dans laquelle le demandeur d'asile n'avait encore jamais été persécuté. La Cour a alors été amenée à écarter toute une série de modes de preuve. En premier lieu, tout en admettant que les autorités nationales puissent tenter de se forger une opinion en posant à l'intéressé des questions révélant sa plus ou moins grande maîtrise de « notions stéréotypées associées aux homosexuels », l'incapacité du demandeur à y répondre ne saurait justifier à elle seule le refus du statut (§62, 63 et 72 1^{er} tiret). En deuxième lieu, elle estime que le respect de la vie privée imposé par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux interdit de conduire des interrogatoires détaillés sur les pratiques sexuelles d'un demandeur d'asile (§64 et 72 2^{ème} tiret). En troisième lieu, elle estime contraire à la dignité humaine, et au demeurant peu probant, d'accepter, voire de requérir, la réalisation par le demandeur de « tests » en vue d'établir son homosexualité ou la production d'enregistrement vidéos d'actes homosexuels (§65 à 67 et 72 3^{ème} tiret). Enfin, elle estime que, « compte tenu du caractère sensible des questions ayant trait à la sphère personnelle d'une personne et, notamment, à sa sexualité », les autorités nationales ne peuvent conclure au défaut de crédibilité du récit relatif à l'orientation sexuelle au seul motif que celle-ci n'a pas été d'emblée invoquée par le demandeur (§68 à 71 et 72, dernier tiret).

On notera que ce niveau conséquent d'exigence contraste singulièrement avec celui de la CEDH qui, pour sa part, a déjà admis qu'on puisse dénier toute crédibilité aux allégations relatives à l'orientation sexuelle au motif qu'elles ont été tardivement formées (CEDH, 5^{ème} section, 27 juin 2013, *Case of M.K.N v. Sweden*, 72413/10), ou que la protection soit déniée dans le cas où le demandeur peut éviter la persécution à la faveur d'une certaine réserve dans l'expression de son orientation sexuelle pendant une courte période de temps (CEDH, 5^{ème} section, 26 juin 2014, *M. E. v. Sweden*, 71398/12). On note toutefois que cette dernière affaire avait donné lieu à une opinion dissidente¹ et que le requérant avait obtenu le renvoi en Grande chambre, avant qu'une radiation soit décidée en raison de circonstances propres à l'affaire². Pour le reste, la Cour se dit « consciente, au regard du caractère sensible des questions ayant trait à la sphère personnelle d'une personne et notamment à sa sexualité, de la difficulté pour le requérant d'étayer ses allégations », mais ne prévoit pour autant pas de régime particulier (CEDH, 5^{ème} section, 12 mai 2016, *A.N. contre la France*, 12956/15).

L'état du droit tel qu'il résulte de votre jurisprudence et de celle de la CJUE fait apparaître une difficulté propre au droit d'asile découlant du risque de persécutions fondées sur l'orientation sexuelle.

D'un côté, dès lors que l'orientation sexuelle « problématique » du demandeur est établie, il existe une certaine forme d'automatisme dans l'octroi de la protection. Certes, lorsque l'existence d'un groupe social constitué des personnes homosexuelles est liée à l'existence dans le pays de pratiques de persécutions ponctuelles mais tolérées par les institutions, alors il appartient au demandeur dont l'orientation sexuelle est avérée de démontrer encore qu'il encourt effectivement, eu égard à sa situation personnelle, le risque de subir ces pratiques. Mais lorsque le risque de persécution est institutionnel, par exemple lorsqu'il tient à l'existence d'une législation pénale effectivement appliquée prescrivant l'emprisonnement des homosexuels, alors l'homosexualité emportera mécaniquement le droit à protection.

¹ Judge Power-Forde.

² Arrêt de radiation du 8 avril 2015.

D'un autre côté, l'orientation sexuelle est largement indémontrable, et ce d'autant plus que les modes de preuve les plus susceptibles d'être probants (encore que) sont interdits pour des raisons aussi évidentes que légitimes. La difficulté est particulièrement tangible lorsque le demandeur a jusqu'ici réussi à échapper à la persécution au prix d'une dissimulation de son orientation sexuelle et qu'il n'a, de ce fait, pas grand-chose à raconter.

De sorte que le juge de l'asile est pris entre deux feux : la nécessité de faire preuve d'une retenue particulière dans ses pouvoirs d'inquisition en raison du caractère intime du motif de protection ; et le risque de créer, en renonçant à contrôler l'orientation sexuelle, une facilité vertigineuse pour les demandeurs d'asile, n'importe quel ressortissant d'un état dont il est établi qu'il met en œuvre une législation répressive constitutive d'une persécution envers les homosexuels pouvant s'affirmer homosexuel et d'obtenir l'asile sur simple déclaration.

Nous ne prétendons pouvoir résoudre ce dilemme par l'énoncé d'une formule magique. Ainsi que le juge la CJUE qui, malgré toutes les précautions qu'elle prend dans la définition des modes de preuve, reconnaît également que la prétendue orientation sexuelle ne peut pas être tenue comme un fait établi sur la base des seules déclarations du demandeur (*A, B et C c/ Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, §49), la crédibilité des allégations relatives à l'orientation sexuelle doit faire l'objet d'une évaluation dont la seule boussole sera *in fine* l'intime conviction du juge. Or l'intime conviction ne peut se totalement se traduire en critères juridiques. Nous pensons toutefois pouvoir encadrer le travail de la CNDA de quelques balises et cordes de rappel inspirées des exigences de la CJUE.

Nous pensons en premier lieu que, saisie d'une demande de protection au motif allégué de l'appartenance à un groupe social constitué de personnes partageant la même orientation sexuelle, la CNDA peut valablement procéder, sans même avoir à se faire une idée définitive de l'existence du groupe social et de l'appartenance du demandeur à ce dernier selon les canons de votre jurisprudence *M...* n° 349824, à une première évaluation de la crédibilité globale du récit qui lui est présenté. En deçà d'un seuil minimal de crédibilité des allégations, nous pensons qu'elle pourra valablement refuser la protection pour ce motif. Simplement, ce défaut de crédibilité global ne pourra en aucun cas être constaté du seul fait que le demandeur n'a allégué que tardivement le motif de persécution lié à l'orientation sexuelle, qu'il maîtrise mal les clichés relatifs aux homosexuels, ou qu'il n'arrive pas devant la cour avec une série d'attestations documentant précisément cette dernière. A notre sens, il pourra essentiellement être déduit de l'existence, dans le récit par l'intéressé de son parcours, de contradictions massives, de passages clairement stéréotypés ou de lacunes notoires et non justifiées – bref, d'indices majeurs, dont la CNDA doit rendre compte dans sa décision, de ce que, dans son économie générale, le récit ne tient pas du tout.

Face à un récit globalement cohérent et personnalisé en revanche, la CNDA doit, compte tenu des spécificités qui s'attachent au caractère intime du motif de protection, faire preuve d'une particulière prudence dans son office. D'abord, nous croyons devoir faire nôtre l'interdiction formulée par la CJUE d'exiger des preuves tangibles de l'homosexualité sous les formes que nous avons décrites. Ensuite, nous pensons que si elle s'avisait de dénier au demandeur dont le récit n'est pas totalement fantasque l'orientation sexuelle qu'il allègue, la CNDA ne pourrait le faire qu'au terme d'une appréciation particulièrement contextualisée, tenant compte, au vu notamment du sort réservé aux homosexuels dans la région et le milieu social concernés, du degré de dissimulation qui a pu s'imposer à lui, afin de vérifier qu'il n'explique pas à lui seul le manque de chair du récit sur ce point précis. Enfin, il faut sans doute assumer qu'en l'absence de certitude possible, la CNDA doit s'accommoder de ce

qu'une certaine part de doute profite au demandeur – même si ce cas de figure, qui n'est pas spécifique à ce motif de protection, se présentera peut-être plus fréquemment à son sujet.

Enfin, lorsqu'au vu de cet examen, la CNDA s'estime suffisamment convaincue que l'orientation sexuelle du demandeur est établie, et si par ailleurs, elle estime qu'un groupe social existe au titre de cette orientation sexuelle, ce qu'elle devra alors, conformément à votre jurisprudence *M...* n° 349824, impérativement vérifier, nous croyons devoir encore distinguer deux cas de figure. Le premier cas est celui où les persécutions infligées au groupe social tiennent à des agissements épars, mais tolérés ou encouragés par les institutions. Dans cette hypothèse, la CNDA devra encore vérifier, ce qui rééquilibrera la marge de doute, qu'en égard à sa situation personnelle, le demandeur encourt effectivement le risque de subir ces agissements – sans aller bien sûr jusqu'à exiger qu'il les ait déjà subis par le passé pour octroyer la protection. Le second cas est celui où le risque de persécution est institutionnel et systématique, comme lorsqu'il résulte d'une législation généralement appliquée dans le pays et prescrivant l'incarcération des membres du groupe social. Dans ce cas, le seul fait de tenir l'orientation sexuelle pour suffisamment établie emporte, nous semble-t-il, mécaniquement la protection. Et en tout état de cause, elle ne pourra jamais dénier la protection au motif que s'il se cachait, le demandeur pourrait échapper aux persécutions.

Passons enfin aux quatre espèces qui permettront de mettre en œuvre à des degrés divers les quelques principes que nous venons d'énoncer.

- Sous le n° 379378, nous n'avons pas grand doute qu'il faut censurer la CNDA :

M. J... est d'origine Palestinienne et réside habituellement en Cisjordanie. Au soutien de sa demande d'asile, il allègue avoir entretenu une relation homosexuelle avec un israélien. Il soutient que cette relation a été rendue publique par son partenaire qui aurait, à la suite d'une brouille, diffusé à la famille de M. J... et au gouvernement palestinien pour lequel il travaille une vidéo de leurs ébats intimes. M. J... affirme avoir fait ensuite l'objet de persécutions, au nombre desquelles une condamnation à dix ans de réclusion.

La CNDA a estimé que tant l'orientation sexuelle de l'intéressé que les menaces proférées par sa famille étaient établies, et lui a accordé pour ce motif la protection subsidiaire. En revanche, elle a estimé que l'intéressé n'avait « pas présenté d'élément suffisant afin d'établir la révélation de son orientation sexuelle au-delà de son cercle familial ». Pour ce motif, elle a refusé de lui accorder l'asile.

Nous croyons comme le requérant que la CNDA a, ce faisant, commis une double erreur de droit. D'abord, en affirmant que « les membres de la communauté homosexuelle de Cisjordanie sont exposés à des discriminations et des violences sans pouvoir se prévaloir utilement de la protection des autorités » sans en déduire que l'intéressé, qu'elle affirme homosexuel, appartient à un groupe social à ce titre, elle s'est rendue coupable de contradiction. Ensuite, en reprochant à M. J... l'absence de révélation de son orientation sexuelle au-delà de son cercle familial, elle a dangereusement flotté avec l'idée selon laquelle la question des persécutions encourues à raison de l'appartenance à un groupe social n'avait pas à se poser, dès lors que M. J... pouvait bien continuer à dissimuler son homosexualité. Nous vous proposons donc d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire à la CNDA à qui il restera, après avoir consacré l'existence d'un groupe social, de vérifier si M. J... encourrait

des persécutions à raison de son appartenance à ce groupe sans faire preuve de réserve dans l'expression de son orientation sexuelle.

- Sous le n° 396695, la cassation nous semble également encourue :

M. B... est de nationalité ivoirienne. Au soutien de sa demande d'asile, il affirmait que son père, imam de son village, l'avait battu et séquestré après avoir découvert son homosexualité, le relais ayant été pris après sa mort par les habitants de son quartier ; il affirmait aussi que les homosexuels étaient institutionnellement persécutés en Côte d'Ivoire. La CNDA a reconnu l'homosexualité de l'intéressé, mais n'a pas estimé crédibles les persécutions familiales alléguées. Elle n'a pas dit un mot, en revanche, des persécutions plus générales encourues au plan national par les homosexuels.

Il nous semble comme au requérant que dès lors qu'elle tenait pour établie l'orientation sexuelle de M. B..., la CNDA ne pouvait s'arrêter au milieu du gué et s'abstenir de se prononcer sur l'argumentation relative à l'existence d'un groupe social auquel il appartiendrait. Il y a là une erreur de droit au regard de votre jurisprudence *M...* n° 349824 et, en tout état de cause, une insuffisance de motivation. En conséquence, nous vous proposons d'annuler et de renvoyer l'affaire à la cour pour qu'elle se prononce sur l'existence d'un tel groupe et les persécutions qu'encourent ses membres, afin d'en tirer les conséquences sur la situation de M. B....

- Sous le n° 395821, l'hésitation est permise, mais nous pensons que vous devrez rejeter le pourvoi :

M. K... est de nationalité bangladaise, de confession musulmane et originaire de Sylhet, au Nord-Est du Bangladesh. Au soutien de sa demande d'asile, il soutenait avoir entretenu une relation homosexuelle avec un camarade de classe puis, ayant été surpris d'abord par sa famille, puis par des voisins, avoir été violenté puis attaché à un arbre en attendant le jugement d'un imam local. L'intéressé aurait réussi à s'échapper en prétextant un besoin pressant... tandis que son camarade serait mort des suites d'une correction musclée.

La CNDA a relevé qu'il « ne peut être exclu que M. K... soit homosexuel ». Mais elle a ensuite estimé que « ses déclarations peu spontanées, peu substantielles et peu cohérentes » ne permettaient pas « d'appréhender justement la réalité de son parcours, affecté selon ses dires par son homosexualité ». Elle a en particulier relevé dans son récit des imprécisions (description stéréotypée et non personnalisée des modalités de son arrestation), des contradictions (il a soutenu dans l'ensemble des ses déclarations écrites et orales préalables à l'audience n'avoir eu qu'un seul partenaire, avant d'en évoquer un second lors de son audition), des invraisemblances (il aurait réussi à recontacter son compagnon malgré la surveillance de sa famille ; et surtout, il lui aurait suffi de demander à aller aux toilettes pour s'échapper). Elle en a déduit que son récit n'était pas crédible et lui a dénié la protection.

Le sort du pourvoi dépend de la portée que vous donnerez à l'incise liminaire. Si vous estimiez que la CNDA a ce faisant jugé que M. K... établissait suffisamment son orientation sexuelle, alors il y aurait sans doute une erreur de droit, comme dans l'affaire précédente, à avoir traité par prétérition l'argumentation relative à l'existence d'un groupe social. Mais pour notre part, nous lisons cette incise, à la lumière de l'économie générale de la décision, comme signifiant que compte tenu du défaut notoire de crédibilité du récit dans son ensemble, la CNDA n'a pas estimé devoir aller plus loin. Nous vous avons dit que nous pensions cette

façon de faire possible et nous estimons donc qu'il n'y a pas d'erreur de droit. Par ailleurs, la motivation nous semble suffisante pour établir le défaut de crédibilité global retenu. Comme par ailleurs la cour n'a pas, contrairement à ce qui est soutenu, exigé de l'intéressé qu'il apporte la preuve tangible de son orientation sexuelle là où un certain degré de plausibilité suffisait, nous pensons qu'il convient de rejeter le pourvoi.

- Sous le n° 397745 enfin, nous nourrissons un regret d'espèce, mais pensons également qu'il faut rejeter le pourvoi.

M. D... est de nationalité guinéenne et d'origine diakhankée. Au soutien de sa demande, il disait que sa famille, de confession musulmane, l'avait menacé de mort après lui avoir fait avouer son homosexualité. Il ajoutait que, l'homosexualité étant passible d'emprisonnement en Guinée, il ne pouvait se prévaloir de la protection des autorités de son pays pour échapper à de telles persécutions.

La CNDA ne s'est explicitement prononcée ni sur son homosexualité, ni sur l'existence d'un éventuel groupe social composé des personnes homosexuelles ou perçues comme telles en Guinée. Elle s'est bornée à juger qu'eu égard au faible degré de crédibilité des allégations de l'intéressé, ni les faits allégués, ni les craintes encourues n'étaient établies.

Ce faisant, elle ne nous semble pas avoir commis d'erreur de droit, mais s'être placée, comme dans l'affaire précédente, sur le terrain du défaut de crédibilité d'ensemble du récit du requérant. De ce fait, il nous semble que rien ne l'obligeait à entrer dans la logique M... n° 349824 et à s'interroger sur l'existence d'un groupe social. Notre regret tient à ce que la CNDA n'a pas beaucoup expliqué en quoi le récit de l'intéressé n'était pas crédible, de sorte que nous aurions presque envie de vous faire censurer une insuffisance de motivation sur ce point. Toutefois, le moyen n'est pas soulevé en tant que tel – le moyen d'insuffisance de motivation soulevé porte exclusivement sur l'absence de mise en œuvre de la logique M... n° 349824, de sorte qu'il faudrait tirer les écritures pour censurer, ce que nous n'osons pas vous proposer.

Comme, par ailleurs, la formation de jugement n'était pas irrégulière du seul fait de la présence d'un fonctionnaire issu des ministères chargés de l'asile, dès lors en particulier qu'il n'est pas allégué que ce dernier se trouvait en position d'activité (v., sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel découlant des décisions 2010-10 QPC et 2010-110 QPC, et os conclusions sous la décision CE, 14 septembre 2015, *M. H...*, n° 388766, inédite), nous pensons que vous devrez rejeter le pourvoi.

PCMNC – Sous le n°s 379378, à l'annulation, au renvoi de l'affaire à la CNDA et à l'octroi à l'avocat du requérant qui a eu l'AJ de 3 500 euros au titre des frais irrépétibles, sous le n° 396695, à l'annulation et au renvoi de l'affaire à la CNDA, avec octroi à l'avocat du requérant de 2 000 euros au même titre, et sous les n°s 395821 et 397745, au rejet des pourvois.