

N° 365666
M. T... B...

2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies
Séance du 22 mai 2013
Lecture du 29 mai 2013

CONCLUSIONS

M. Damien BOTTEGHI, rapporteur public

1. – L'article 1^{er} du décret n° 2004-814 du 14 août 2004 disposait qu'« à compter de la remise de l'autorisation provisoire de séjour (...), l'étranger demandeur d'asile dispose d'un délai de vingt et un jours pour présenter sa demande d'asile complète » à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA). Vous avez interprété cette règle, qui se trouve maintenant à l'article R. 723-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA)¹, comme faisant obligation à l'office de refuser d'enregistrer la demande d'asile en cas de dépassement du délai impératif de 21 jours (9 mars 2005, M..., n° 274509, aux T. sur un autre point). Cette lecture est essentiellement prétorienne, quoique l'on trouve en partie une assise par *a contrario* dans le texte de l'article puisqu'un alinéa prévoit que « lorsque la demande est présentée complète dans les délais, l'office l'enregistre sans délai ».

Récemment, vous avez précisé que le défaut de remise du document d'information prévu à l'article R. 741-2 du CESEDA est de nature à faire obstacle au déclenchement du délai (1^{er} février 2013, B..., n° 363581, aux T. sur ce point et à nos conclusions).

Vous avez cependant lu l'article R. 723-1 comme instituant une compétence liée à un moment où n'était pas encore entrée en vigueur la directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005². Or l'article 8 de cette dernière, qui détermine les conditions auxquelles est soumis l'examen des demandes d'asile, requiert que « (...) les États membres veillent à ce que l'examen d'une demande d'asile ne soit pas refusé ni exclu au seul motif que la demande n'a pas été introduite dans les plus brefs délais ». Le 2 de l'article 25, par ailleurs, ne liste pas la tardiveté du dépôt de la demande au nombre des cas dans lesquels les États membres peuvent considérer une demande comme irrecevable. N'est cependant ouverte, à l'article 23, paragraphe 4, point i), que la possibilité de prévoir un examen accéléré ou prioritaire de la demande si « le demandeur n'a pas introduit plus tôt sa demande, sans motif valable, alors qu'il avait la possibilité de le faire ».

¹ Article modifié en dernier lieu par le décret n° 2007-373 du 21 mars 2007 (art. 43, JORF 22 mars 2007). Sa base légale est à l'article L. 751-2 du code.

² relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres.

2. – Le tribunal administratif de Melun se demande si l'article R. 731-1 du CESEDA tel qu'interprété par le Conseil d'Etat est compatible avec les objectifs de la directive. Si tel n'était pas le cas, la seconde question vise à savoir dans quelles conditions l'OFPPA pourrait refuser d'enregistrer une demande déposée ou complétée tardivement.

Cette demande d'avis nous paraît recevable au regard de l'article L. 113-1 du code de justice administrative (CJA) même si elle ne concerne que le tribunal administratif de Melun, seul compétent pour connaître des refus d'enregistrement des demandes d'asile en vertu de l'article R. 312-1 du CJA. Les réponses peuvent concerner un nombre important de litiges – les refus sont évalués à 937 décisions, soit 2.2% des demandes d'asile en 2010.

3. – La question, qui est nouvelle, pose sans aucun doute une difficulté sérieuse. Elle naît moins, à vrai dire, de l'existence même d'un délai pour déposer une demande d'asile que de la compétence liée de l'OFPPA pour refuser de l'enregistrer, un principe établi par votre jurisprudence. C'est à raison que le tribunal a formulé sa question d'une manière telle que la directive est confrontée non pas à l'article réglementaire mais à son interprétation par le juge. Il n'est en effet pas évident de considérer que la directive permet à l'Office de refuser d'enregistrer une demande d'asile, c'est-à-dire de la rejeter sans examen au fond, au seul motif que celle-ci est tardive.

Cette question de la pérennité de la jurisprudence *M...* sous l'empire de la directive du 1^{er} décembre 2005 s'est déjà posée mais n'a pas encore été tranchée. Notre collègue Julie Burguburu a exprimé de forts doutes sur la compatibilité du dispositif français à l'occasion d'une requête en annulation du décret du 14 août 2004 (7 juillet 2010, *M. P... S...*, n° 315023, inédite). Elle constatait que si la directive insiste sur la nécessité d'un traitement rapide des demandes d'asile, « *elle ne prévoit pas qu'une demande puisse être rejetée comme irrecevable (pour ce motif), ce qui implique qu'elle ne soit pas examinée au fond (;) dans un tel cas, la directive permet seulement aux Etats de mettre en place une procédure accélérée* ». Votre décision n'a toutefois pas pris position sur ce point, la date d'expiration du délai de transposition de la directive n'étant pas atteinte à la date de la décision contestée.

4. – Les dispositifs mis en place dans les autres Etats européens vont dans le sens de cette lecture de la directive. A notre connaissance, aucun autre pays ne permet un rejet d'une demande d'asile au motif de la tardiveté du dépôt de la demande – étant précisé que la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur l'interprétation de l'article 8 et que ses décisions sur l'article 23 ne sont pas pertinentes³ ici.

Si les pays exigent, pour la plupart, le respect d'un délai pour permettre un traitement efficace de la demande d'asile, ils n'autorisent cependant pas un rejet à ce titre. Deux modèles existent.

Le premier, dominant, prend en compte la justification de la tardiveté pour apprécier la crédibilité de la demande. Ainsi, en Belgique⁴, en Italie⁵, au Portugal⁶ ou encore en

³ CJUE, 31 janvier 2013, *Aff. C-175/11, H.I.D. et B.A.* ; conclusions Y. Bot du 6 septembre 2012 ; CJUE, 28 juillet 2011, *aff. C-69/10 Brahim Samba Diouf*; conclusions M. P. Cruz Villalon du 1^{er} mars 2011

⁴ La législation belge a été récemment modifiée (*loi du 22 décembre 2008*, art. 18, 2°, 3° et 4°, en vigueur du 8 janvier 2009), afin d'éliminer les dispositions qui faisaient de la tardiveté de la demande l'une des causes autorisant le commissaire général aux réfugiés à « décider de ne pas reconnaître le statut de réfugié ou de ne pas

Allemagne, les justifications du demandeur tardif entrent en considération dans l'appréciation du bien-fondé de sa demande. La tardiveté de son dépôt est regardée comme un indice de l'absence de l'existence réelle de persécutions.

Les autres pays ont choisi de faire usage de la possibilité ouverte à l'article 23 de la directive de 2005 d'appliquer d'office la procédure d'examen prioritaire. C'est le cas notamment du Luxembourg⁷ et de l'Espagne⁸. Le basculement en procédure prioritaire a lieu dès le dépassement du délai, de manière automatique.

5. – Le dispositif français est donc singulier, ce qui ne veut pas dire qu'il soit inconventionnel – on notera, à cet égard, que la Commission n'a pas introduit d'action en manquement sur ce point.

Pour établir la compatibilité avec le droit communautaire de la compétence liée de l'OFPRA pour refuser d'enregistrer, le ministre soutient que ce refus n'entraîne pas le rejet définitif de la demande d'asile. Le demandeur d'asile aurait la faculté de se présenter à nouveau en préfecture pour solliciter une nouvelle admission provisoire au séjour en vue de demander l'asile. A ce stade, deux options sont envisageables : la délivrance d'une autorisation provisoire au séjour pour solliciter à nouveau l'OFPRA, dans un délai de 21 jours (procédure de droit commun) ; le refus d'admission provisoire au séjour, motif pris de l'introduction d'une demande reposant sur une « *fraude délibérée* » ou constituant « *un recours abusif aux procédures d'asile* », critères qui trouveraient à s'appliquer (4° de l'article L. 741-4) ; s'engagerait une procédure prioritaire, la demande étant alors déposée en

octroyer le statut de protection subsidiaire à un étranger » lorsque celui-ci avait, sans justification, présenté sa demande d'asile après l'expiration des délais prévus à l'article 51 (ancien texte de l'art. 52 au point 1° du § 3, modifié par la loi du 15 septembre 2006).

⁵ L'art. 8 de la directive est repris à la lettre par l'art. 8 du décret législatif italien de transposition (decreto legislativo du 28 janvier 2008, n. 25), affirmant que l'examen d'une demande de protection internationale ne peut pas être refusé ni exclu au seul motif que la demande n'a pas été introduite dans les plus brefs délais. Chaque demande, même tardive, est donc appréciée de manière individuelle, objective et impartiale et à l'issue d'un examen approprié conformément aux dispositions du décret législatif du 19 novembre 2007, n. 251. La Cour de cassation a récemment rappelé (arrêt du 24 septembre 2012, n. 16202) que l'introduction de la demande dans les délais est un des critères établi par la loi pour l'appréciation de la crédibilité du demandeur (art. 3 al. 5 du décret législatif du 19 novembre 2007, n. 251).

⁶ La loi portugaise (Lei n. 27/2008) dispose que le service des étrangers et des frontières (Serviço de Estrangeiros e Fronteiras), compétent pour l'évaluation des demandes d'asile, doit prendre en compte tous les éléments pertinents, y compris les déclarations rendues par le demandeur dans le cadre de la procédure et toutes les informations disponibles (art. 18, §1). Le fait que le demandeur ait présenté la demande dans les meilleurs délais, ou bien qu'il puisse en justifier le retard, est une des conditions pour l'appréciation de sa crédibilité (art. 18§4d).

⁷ La loi luxembourgeoise dispose que le ministre peut statuer sur le bien-fondé de la demande de protection internationale dans le cadre d'une procédure accélérée lorsque « le demandeur n'a pas introduit plus tôt sa demande, sans motif valable, alors qu'il avait la possibilité de le faire » (art. 20(h) de la loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection).

⁸ Conformément à l'art. 17 de la loi espagnole n.12/2009 du 30 octobre (reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria), la demande d'asile doit être présentée dans le délai d'un mois à partir du moment de l'entrée dans le territoire espagnol ou à partir du moment où se sont produits les faits justifiant la crainte fondée de persécution ou de dommage grave. Si le demandeur n'a pas introduit sa demande dans le délai indiqué sans motif valable, alors qu'il avait la possibilité de le faire, l'art. 25 al. 1e) dispose que le ministre de l'intérieur fixe d'office l'application de la procédure d'urgence.

préfecture dans un délai de 15 jours. Au final, quelle que soit l'option, l'OFPRA serait appelée à procéder à un examen au fond de la demande d'asile.

6. – Il est difficile de savoir si, en pratique, ce mécanisme que nous qualifierons de « second tour » trouve bien à s'appliquer dans toutes les préfectures. Si l'on en croit les commentaires du code 2013 aux éditions Lexis Nexis, en 2010, 49% des demandes tardives ont fait par la suite l'objet d'un enregistrement au cours de l'année (58,8% en 2008, 53% en 2009), sans que l'on sache les raisons pour lesquelles l'autre moitié n'a pas abouti à un réexamen.

On constate, par ailleurs, que le juge des référés libérés du Conseil d'Etat a eu l'occasion à plusieurs reprises de connaître de refus de délivrance d'autorisation provisoire de séjour à la suite d'un défaut d'enregistrement pour tardiveté de la demande. Il a toujours estimé que ce refus ne méconnaissait pas le droit constitutionnel d'asile dès lors que le respect du délai est impératif et que « *l'intéressé n'est pas en droit de se voir délivrer une nouvelle autorisation provisoire de séjour* », un refus pouvant lui être « *opposé indépendamment des cas énumérés à l'article L. 741-4* » du CESEDA (v. JRCE, 16 décembre 2005, n° 287905 ; 30 août 2007, n° 308935 ; 24 décembre 2007, n° 311710 ; 19 février 2010, M. K..., n° 336587, inédite).

On note aussi, avec plus d'étonnement, que ce juge a aussi pu considérer qu'« *il ne résulte pas de manière évidente (du code) que le cas des demandeurs d'asile dont une demande de nouvelle autorisation provisoire de séjour est rejetée au motif qu'ils n'ont pas saisi l'OFPRA dans le délai de vingt et un jours après une première autorisation entre dans le champ de (la) procédure prioritaire* » (décision précitée du 16 décembre 2005). Il a ainsi pu rejeter une demande sollicitant, à défaut d'une autorisation provisoire de séjour, dont le refus est légal, l'enclenchement de l'examen de la demande par la voie prioritaire – ce qui, en pratique, aboutit à une situation exactement contraire à celle que défend le ministre.

Quelles que soient les interrogations qui peuvent demeurer sur la pratique, on doit probablement considérer qu'en théorie, au minimum, l'examen prioritaire sur le fondement de l'article L. 741-4 du CESEDA est toujours possible après un premier refus d'enregistrement pour tardiveté du dépôt de la première demande.

7. – Que penser de la compatibilité du dispositif ainsi conçu avec la directive de 2005 ?

7.1. – Il nous semble d'abord que l'affirmation d'une compétence liée de l'OFPRA pour refuser d'enregistrer une demande en cas de tardiveté de son dépôt est assez frontalement contraire à l'article 8. Le caractère absolument mécanique du refus d'enregistrement, sans égard pour les circonstances et les explications particulières, est difficilement compatible. Il nous semble plutôt que si l'OFPRA peut légalement refuser d'enregistrer une demande tardive, le délai étant un élément important d'efficacité du dispositif, il n'est cependant pas tenu de refuser de le faire quelles que soient les circonstances.

Une telle évolution, il faut le noter, modifiera assurément la pratique et peut même fragiliser le caractère impératif du délai, fixé dans le souci d'assurer un examen rapide des

demandes d'asile. Il va aussi, pour le tribunal administratif de Melun, générer un front contentieux jusqu'à présent absent, la compétence liée rendant en effet les moyens d'annulation inopérants (v. Sect., 3 février 1999, *M...*, n° 149722, au R.)

7.2. – Même avec cette lecture moins stricte de l'article R. 723-1, il reste que dans un très grand nombre de cas, et même probablement la majorité des cas, l'OFPRA continuera d'opposer un refus d'enregistrement pour tardiveté. Faut-il considérer que, pour assurer la conformité à l'article 8 de la directive de l'article R. 723-1, la possibilité même de tout rejet est interdite ?

Le ministre, comme nous l'avons dit, veut vous convaincre que la possibilité d'introduire une nouvelle demande après un premier refus d'enregistrement permet d'assurer le respect de la directive puisque, au final, si le demandeur d'asile fait la démarche nécessaire, les mérites de la demande d'asile pourront être examinés, probablement dans le cadre de la procédure prioritaire. Cependant, le demandeur d'asile n'est pas informé de cette possibilité : aucune exigence légale ou réglementaire ne va en ce sens. On peut supposer qu'en pratique, conseillé notamment par des associations, il est au courant des voies qui lui sont ouvertes. Il n'empêche que formellement aucune information ne lui est fournie sur les suites à donner à un refus d'enregistrement pour tardiveté. On ne peut donc exclure – et les chiffres que nous avons avancés peuvent le suggérer – que certains demandeurs ne soient pas à même d'introduire une nouvelle demande et puissent être reconduits à la frontière après une décision d'irrecevabilité pour tardiveté du dépôt de la demande de l'OFPRA. Cette situation serait sans guère de doute problématique.

Eu égard à la difficulté de la question posée et à ses conséquences, vous pourriez être tentés de la soumettre à la Cour de justice de l'Union européenne, juge naturel de l'interprétation de la directive. Cependant, dans le cadre d'avis, vous vous incompétents pour saisir la Cour d'une question préjudicielle (Sect., 4 février 2000, *M...*, n° 113321, au R.). Vous pourriez malgré tout répondre au tribunal administratif que la question qu'il pose soulève une difficulté sérieuse dans l'interprétation du droit communautaire à charge pour lui, s'il s'y croit fondé, de poser une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg.

A défaut de cette réponse, deux solutions nous paraissent envisageables.

A/ Vous pouvez considérer que l'article 8 de la directive ne pose, à l'égard des Etats, qu'une obligation de moyens à laquelle la France s'est conformée en mettant en œuvre les voies de droit adéquates pour permettre au final un examen par l'OFPRA des mérites de la demande d'asile. Certes, pour arriver à ce résultat, deux étapes distinctes sont nécessaires et il peut arriver que des demandeurs d'asile, non informés, n'enclenchent pas la seconde phase qui n'est pas automatique, à la différence des autres Etats européens. Mais la possibilité est prévue dans les textes et il revient au demandeur de suivre son dossier et de s'attacher à le faire aboutir.

B/ L'autre possibilité est de considérer que l'article 8 pose une obligation de résultat et que l'article R. 723-1, pour être conforme à la directive de 2005, ne peut être regardé comme instituant un délai dont l'irrespect conduirait au rejet de la demande pour ce motif de nature à faire obstacle à tout examen au fond. Vous reviendrez ce faisant plus radicalement sur la décision *M...* pour assurer le respect des exigences de la directive.

Quelle que soit l'option choisie, vous n'aurez pas à répondre à la seconde question du tribunal. Soit, en effet, vous considérez qu'un refus est compatible avec la directive, soit vous considérez qu'il est impossible et l'on ne voit pas alors sous quelles conditions l'OFPRA pourrait refuser d'enregistrer une demande déposée ou complétée tardivement. C'est une simple alternative.

C/ Nous étions tentés dans un premier temps de vous proposer la première réponse. Mais cette solution, qui préserve le caractère impératif du délai de 21 jours et donc une certaine efficacité du dispositif, n'est à nos yeux réellement envisageable que si le demandeur est informé qu'à la suite d'un refus d'enregistrement il peut enclencher une nouvelle procédure qui peut aboutir à un examen au fond. Sans cette information, nous l'avons dit, la possibilité que des demandeurs d'asile voient leur demande rejeter au seul motif de la tardiveté de leur demande existe – et elle est clairement contraire à la directive.

Or imposer de manière prétorienne, dans le cadre d'une demande d'avis, une telle information paraît particulièrement constructif. Le juge tiendrait directement la plume et pourrait être regardé comme trop soucieux d'une consolidation du dispositif existant. En outre, faire reposer la conventionalité d'un dispositif sur un élément de pratique semble artificiel.

Il faut bien reconnaître, par ailleurs, que tant la rédaction de l'article 8 de la directive que l'équilibre de cette dernière sont clairs. L'article 8 dispose que les Etats membres doivent veiller à ce que les demandes d'asile ne soient ni « rejetées » ni « exclues »⁹ – deux cas sont donc envisagés : le rejet, à un stade de la procédure, et l'exclusion définitive. Ainsi, le principe même d'une décision de refus, à quel que stade que ce soit, est douteux. Et l'article 25 ne mentionne pas la tardiveté comme un cas d'irrecevabilité. Ce que la directive prévoit, dans ce cas, afin d'assurer l'efficacité du dispositif, c'est que la tardiveté du dépôt d'une demande enclenche la procédure prioritaire (art. 23) ; les deux modèles existants en Europe sont cohérents avec ce cadre.

C'est pourquoi il nous semble en définitive que l'article R. 723-1 ne peut être lu comme permettant à l'OFPRA d'opposer un refus au seul motif de la tardiveté

Nous avons conscience des conséquences pratiques déstabilisantes de cette solution. Mais nous remarquons que la directive a prévu pour gérer cette situation un dispositif comparativement plus efficace que le mécanisme actuel. L'enclenchement automatique de la procédure prioritaire en cas de dépassement du délai imparti est en effet, compte tenu des garanties moindres de la procédure prioritaire (notamment l'absence de caractère suspensif du recours) nettement plus dissuasif que le mécanisme suggéré par le ministre de second tour, qui enracine davantage le demandeur d'asile sur le territoire et peut conduire à l'octroi d'une autorisation provisoire de séjour dans les conditions du droit commun.

⁹ Version anglaise : “Without prejudice to Article 23(4)(i), Member States shall ensure that applications for asylum are neither rejected nor excluded from examination on the sole ground that they have not been made as soon as possible”.

Nous vous proposons de répondre au tribunal dans le sens des observations qui précédent.