

N° 373529

M. A...

10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies

Séance du 15 janvier 2016

Lecture du 10 février 2016

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Cette affaire vous permettra de préciser la portée de votre décision *M. D...* (CE, 5 novembre 2014, n° 369658, T. p.) qui juge que « S'il est loisible à l'autorité administrative d'adresser aux autorités du pays d'origine d'un ressortissant étranger en situation irrégulière tout élément en vue de son identification pour assurer la mise en œuvre d'une mesure d'éloignement prise à son encontre, la transmission à ces autorités, après qu'une demande d'asile a été définitivement rejetée, d'informations relatives au contenu de cette demande constitue un fait nouveau justifiant un nouvel examen à la demande d'asile ».

Cette décision trouve son fondement dans le principe de confidentialité des demandes d'asile, auquel elle donne sa pleine portée lorsqu'il a été méconnu par l'autorité administrative, en ouvrant la possibilité à l'étranger de demander pour ce seul motif un réexamen de sa demande. Il s'agit aujourd'hui de déterminer si la simple divulgation de l'information relative à l'existence d'une demande d'asile – et non du contenu de cette demande – constitue un fait nouveau au sens de cette jurisprudence.

Le principe de confidentialité des demandes d'asile a été érigé par le Conseil constitutionnel au rang de « garantie essentielle du droit d'asile » (Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, Rec. p. 45, cons. 25 à 27 ; Cons. const., 4 décembre 2003, n° 2003-485 DC, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, Rec. p. 455, cons. 41 à 47). Cette qualification repose sur l'idée que le droit d'asile est un principe de valeur constitutionnelle « qui implique notamment que les demandeurs d'asile bénéficient d'une protection particulière », c'est-à-dire qu'il doit toujours être possible à toute personne de former une demande d'asile sereinement, les demandeurs bénéficiant d'une présomption de sérieux de leur demande d'asile tant que celle-ci n'a pas été définitivement rejetée.

Dans la première décision, le Conseil constitutionnel a plus précisément considéré que, parmi les garanties essentielles du droit d'asile, figure la confidentialité des éléments d'information détenus par l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides, et a déclaré contraire à la constitution la possibilité ouverte aux agents du ministère de l'intérieur d'accéder aux fichiers de l'Ofpra. Dans la seconde, il a admis la transmission par l'Ofpra au ministère de l'intérieur de documents d'identification des intéressés au motif qu'elle ne concernait que des demandeurs définitivement déboutés, ne portait pas sur les pièces produites à l'appui de la demande d'asile, est limitée à certaines personnes habilitées pour certaines finalités circonscrites et ne peut porter atteinte à la sécurité. Le Conseil

constitutionnel a donc développé une conception de la confidentialité particulièrement stricte – puisque qu’il est interdit de communiquer le contenu de la demande non seulement aux autorités de l’Etat d’origine, mais également aux autorités administratives françaises – même si limitée dans son champ d’intensité maximale aux étrangers dont la demande d’asile est pendante (v. le commentaire aux cahiers de la décision 2003-485 DC qui tend à suggérer que la circonstance que la transmission concerne des demandeurs déboutés suffit à assurer sa constitutionnalité, même si la décision nous semble plus exigeante).

Au plan conventionnel, le principe de confidentialité, s’il apparaît dans les prises de position du Haut-commissariat aux réfugiés, n’est pas clairement formalisé dans la convention de Genève. Il apparaît en revanche explicitement dans les textes européens. Ainsi, la directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d’octroi et de retrait du statut de réfugié, applicable au litige, interdit en effet aux Etats membres, en son article 22, de divulguer quoi que ce soit d’une demande d’asile dans le cadre de l’examen de cette dernière. Au-delà de la question des demandes en cours d’examen, elle précise plus largement, en son article 41, que : « Les Etats membres veillent à ce que les autorités chargées de mettre en œuvre la présente directive soient liées par le principe de confidentialité, tel que défini dans le droit national, pour les informations qu’elles obtiendraient dans le cadre de leur travail ». Les mêmes formules sont reprises à l’identique par les articles 30 et 48 de la directive 2013/32/UE du 26 juin 2013.

Outre les décisions précitées du Conseil constitutionnel, le droit national en question tenait, dans l’état du droit applicable devant la Cour, en quelques dispositions du code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile (CESEDA). S’agissant des demandes d’asile pendantes, la loi assurait l’inviolabilité des locaux de l’Ofpra (L. 722-4) ; l’article R. 723-2 disposait que : « La collecte d’informations nécessaires à [l’instruction des demandes d’asile par l’Ofpra] ne doit pas avoir pour effet la divulgation directe, aux auteurs présumés de persécutions à l’encontre de l’étranger demandeur d’asile, d’informations concernant la demande d’asile ou le fait qu’une demande d’asile a été introduite » et l’article R. 733-12 précisait laconiquement que l’instruction des recours devant la CNDA devait se faire selon des procédés techniques garantissant notamment la confidentialité des échanges entre les parties. S’agissant des demandeurs déboutés, la loi encadrait, dans la lignée de la décision du Conseil constitutionnel de 2003, la transmission par l’Ofpra à des agents habilités du ministère de l’intérieur des documents de voyage nécessaires à la reconduite à condition qu’elle ne porte pas atteinte à la sécurité du demandeur ou de ses proches (L. 723-4) et le pouvoir réglementaire prévoyait la transmission de la décision motivée de l’Ofpra (R. 723-5) ou de la CNDA (R. 733-20) au ministre chargé de l’immigration.

Vous êtes allés plus loin et avez, dans le sillage des décisions du Conseil constitutionnel, décliné au plan conventionnel l’éminence de la confidentialité des demandes d’asile, en affirmant qu’elle « constitue tant une garantie essentielle du droit constitutionnel d’asile qu’une exigence découlant de la convention de Genève relative au statut des réfugiés » (CE, Section, 1^{er} octobre 2014, *M. E...*, n° 349560, p.).

S’agissant des demandes d’asile pendantes, vous avez jugé que la confidentialité couvre le dossier de demande d’asile de sorte que sa transmission à l’Ofpra par l’autorité administrative, lorsque l’étranger est en rétention, doit se faire par des voies garantissant cette confidentialité (CE, 30 juillet 2014, *La Cimade*, n° 375430, p.). Vous avez également estimé que la CNDA doit, lorsqu’elle exerce ses pouvoirs d’instruction pour demander aux parties ou

à des tiers des documents lui permettant de forger sa conviction sur une demande d'asile, le faire selon des modalités assurant pleinement la confidentialité (*M. E...* n° 349560 précitée).

S'agissant des étrangers déboutés, vous avez commencé par admettre, avant la consécration solennelle par votre Section du principe de confidentialité, que la portée de ce principe est plus limitée que pour les demandes pendantes, et permet donc la transmission de documents d'identification compris dans le dossier de l'Ofpra y compris aux autorités consulaires du pays d'origine en vue de l'exécution d'office de l'arrêté de reconduite (JRCE, 2 février 2011, *Mlle H...*, n° 346088). Puis par la décision *M. D...* n° 369658 précitée, vous avez pris de front le cas où, après le rejet définitif de la demande d'asile, l'autorité administrative (en l'occurrence le préfet) transmet aux autorités du pays d'origine des informations sur le contenu de la demande d'asile (en l'occurrence obtenus par un officier de police judiciaire dans le cadre d'un contrôle d'identité). Vous avez estimé non seulement que cette façon de faire méconnaît le principe de confidentialité, mais encore qu'elle implique, en guise de « réparation » pour le demandeur d'asile, qu'il puisse voire sa demande d'asile réexaminée par l'Ofpra et le cas échéant la cour à la lumière de ce fait nouveau. L'octroi du statut ou de la protection subsidiaire n'est bien sûr pas automatique, mais la demande en est appréciée compte tenu, notamment, du pays d'origine, de la nature de l'information transmise en méconnaissance du principe de confidentialité et des conditions dans lesquelles elle a été transmise ainsi que des risques encourus.

L'affaire qui vous est aujourd'hui soumise est presque identique, dans sa configuration, à l'affaire *M. D...* n° 368659, à un seul point près : les informations qui ont été transmises par le préfet aux autorités consulaires du pays d'origine portent non pas sur le contenu de la demande d'asile, notamment sur ses motifs, mais sur l'existence de cette demande.

L'intéressé est sri-lankais, d'origine tamoule et prétend être sympathisant du mouvement des tigres de libération de l'îlam tamoul. Il avait formé une demande d'asile en France pour ce motif politique. Après le rejet de cette première demande par l'Ofpra et la Cour (décision du 23 décembre 2011), l'intéressé, sous le coup d'une OQTF notifiée le 8 mars 2012, a formé une demande de réexamen. Devant l'Ofpra, il se bornait à faire valoir, au titre des faits nouveaux, des circonstances liées aux persécutions encourues selon lui par sa famille restée au Sri-Lanka, que l'Ofpra a estimé trop peu circonstanciées pour être convaincante. Devant la Cour, il a d'abord fait de même. Puis, par un mémoire du 13 février 2013, il a en outre fait valoir que le 31 janvier précédent, le préfet de l'Oise, estimant sa nouvelle demande d'asile dilatoire et l'ayant placé en rétention administrative en vue d'exécuter l'OQTF notifié le 8 mars, avait communiqué à l'ambassadeur du Sri-Lanka, dans le cadre de la sollicitation d'un laissez-passer consulaire, un procès-verbal d'audition établi la veille par un officier de police judiciaire dans lequel il déclarait avoir formé une demande d'asile en France. L'intéressé produisait également une ordonnance du juge des libertés et de la détention du TGI de Rouen du 5 février 2013 rejetant la demande de prolongation de la rétention au-delà de cinq jours au motif que la violation du principe de confidentialité de la demande d'asile par le préfet entachait la procédure d'irrégularité et était susceptible d'avoir une incidence sur la décision à venir de la CNDA.

La Cour n'a toutefois mentionné aucune des circonstances invoquées dans le mémoire du 13 février 2013, qu'elle a pourtant visé, et a rejeté la demande par une ordonnance du 5 juin 2013 en se bornant à dire que les circonstances nouvelles invoquées devant l'Ofpra ne valaient rien.

Le requérant critique cette façon de faire sous l'angle du défaut de réponse à moyen et de l'erreur d'appréciation (on relève deux moyens distincts de dénaturation et de qualification juridique) et de droit à n'avoir pas estimé qu'il y avait là un élément nouveau justifiant un réexamen de la demande.

L'examen de l'ensemble de ces moyens implique que vous déterminiez si la révélation par le préfet de l'existence d'une demande d'asile, sans autre précision quant à son contenu, rendait l'intéressé justiciable de votre jurisprudence *M. D...* n° 368659 – y compris l'insuffisance de motivation, car s'agissant d'arguments visés par la Cour, celle-ci pourrait voir son arrêt sauvé en dépit de son défaut de motivation coupable s'il s'agissait d'éléments inopérants.

Nous vous proposons sans hésiter de raisonner, pour la révélation de l'existence d'une demande d'asile, de la même façon que pour la révélation du contenu d'une telle demande, pour deux séries de raisons.

La première tient à la raison d'être de votre jurisprudence *M. D...* n° 368659. La logique qui la sous-tend est nécessairement, puisqu'elle concerne des personnes dont la demande de protection a pour le reste été définitivement rejetée, que la seule divulgation de ce que l'intéressé a tenté de faire valoir en France des persécutions perpétrées ou tolérées par l'Etat d'origine pourrait entraîner pour lui des représailles dans ce pays. Or on ne peut pas *a priori* exclure que certains pays mènent la vie dure aux demandeurs d'asile du seuls fait qu'ils ont tenté de fuir leur pays d'origine, ni reconnaître que dans certains cas, le pays d'origine, une fois informé de l'existence d'une demande et de l'identité du demandeur, pourra en inférer les motifs de la demande à partir des informations qu'il détient de son côté. D'ailleurs, dans ses conclusions sur l'affaire *M. D...* n° 368659, et alors même qu'elle relevait que le danger induit par la divulgation serait avéré surtout pour les demandes à caractère politique, Delphine Hedary estimait malgré tout que le pays d'origine ne devait pas être informé de l'existence même d'une demande d'asile, indépendamment de son motif.

La seconde tient à l'économie des textes qui, même s'ils ne règlent pas directement le cas qui nous occupent, incitent à traiter d'un même mouvement divulgation du contenu de la demande et divulgation de son existence même. Ainsi, les deux directives procédure précisent, en leurs articles 22 et 30, relatifs à l'instruction des demandes d'asile pendantes, que : « les États membres: / a) ne divulguent pas à l'auteur (ou aux auteurs) présumé(s) de persécutions ou d'atteintes graves les informations concernant une demande de protection internationale, ou le fait qu'une demande a été présentée (...) ». De la même façon, l'article R. 732-2 du CESEDA, dans sa version applicable transposant cette exigence, interdisait que la collecte d'information par l'Ofpra entraîne « la divulgation directe, aux auteurs présumés de persécutions à l'encontre de l'étranger demandeur d'asile, d'informations concernant la demande d'asile ou le fait qu'une demande d'asile a été introduite. » De son côté, le législateur, lorsqu'il a, postérieurement à la décision de la Cour, renforcé par la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 les textes relatifs à la mise en œuvre par l'Ofpra et la CNDA du principe de confidentialité des demandes d'asile, a lui aussi placé sur le même plan, pour interdire leur divulgation dans le cadre de l'instruction de demandes pendantes, le contenu de la demande et l'existence de celle-ci (v. not. art. L. 723-10 du CESEDA : « La collecte par l'office d'informations nécessaires à l'examen d'une demande d'asile ne doit pas avoir pour effet de divulguer aux auteurs présumés de persécutions ou d'atteintes graves l'existence de cette demande d'asile ou d'informations la concernant. » ; art. L. 733-4 : La collecte par la Cour

nationale du droit d'asile d'informations nécessaires à l'examen d'un recours contre une décision du directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ne doit pas avoir pour effet de divulguer aux auteurs présumés de persécutions ou d'atteintes graves l'existence de cette demande d'asile ou d'informations la concernant. »).

Dès lors que vous avez décidé, pour les demandeurs déboutés, d'ouvrir une voie de recours permettant de s'assurer que la divulgation d'informations relatives à la demande ne mettait pas leur sécurité en jeu en cas de retour, nous ne voyons pas l'intérêt de dissocier par principe entre types d'informations que, pour les demandeurs non déboutés, les textes mettent sur le même plan. La modulation doit à notre sens intervenir en aval, au stade du réexamen de la demande, qui doit s'effectuer notamment au vu de la nature de l'information transmise – l'information brute concernant l'existence de la demande pesant sans doute moins lourd, dans la balance, qu'une information circonstanciée sur ces motifs.

Nous pensons donc qu'en l'espèce, la Cour aurait dû prendre en compte la circonstance, opérante, que le préfet avait divulgué à l'ambassadeur du Sri-Lanka en France l'existence d'une demande d'asile. Faute de l'avoir fait, elle a tout le moins insuffisamment motivé le rejet de la demande qui lui était soumise, ce qui justifie la cassation et le renvoi.

Au terme de ce panorama, la jurisprudence et les textes seraient donc en ce sens que le principe de confidentialité interdit que, s'agissant des demandes pendantes, la moindre information relative au fond de la demande ou à son existence soit transmise à quiconque, tandis que pour les demandeurs déboutés, il est possible de transmettre tout ce qui ne compromet pas la sécurité de l'intéressé et de ses proches, à savoir, vis-à-vis de l'autorité administrative française, à tout le moins les documents d'identification, de voyage, ainsi que la décision de rejet et ses motifs et, vis-à-vis des autorités consulaires du pays, les seuls documents d'identification ou de voyage, à l'exclusion de toute information relative à la demande d'asile, sauf à justifier un réexamen pour ce motif.

Il ne vous échappera pas que tout cela laisse entier le problème lié à ce que, du fait de la publicité de principe des audiences devant la Cour et devant vous, il n'est jamais à exclure que les autorités consulaires puissent prendre connaissance du rôle portant le nom du demandeur puis, assistant à l'audience, d'éléments relatifs au fond de sa demande. Mais cette contradiction, que vous assumez, préexiste à la solution que nous vous proposons de consacrer sans être sensiblement aggravée par elle, de sorte que nous pensons hors de portée de la résoudre aujourd'hui.

PCMNC – Annulation, renvoi à la CNDA, octroi à l'avocat du requérant, qui a obtenu l'AJ, de 3 000 euros mis à la charge de l'Etat au titre des frais irrépétibles.