

Présentation du rapport général 'Juge national du contentieux des étrangers entre normes nationales et européennes' : Nele Vermander, chef du service juridique du Conseil du Contentieux des Etrangers

Le droit du contentieux des étrangers est une source importante de charge de travail dans les juridictions. Cette matière qui a toujours été le domaine réservé des souverainetés nationales, se fait, depuis quelques années, influencer par un droit européen de plus en plus important et intégrateur. Comment le juge national jongle-t-il avec ce double standard de règles ?

Le première thème concerne [LE DROIT DE LA PREUVE DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES COMPETENTES EN MATIERE DE CONTENTIEUX DES ETRANGERS.](#)

Des questions étaient posées quant au système probatoire, la charge de la preuve, la pondération de la preuve et le juge suprême et l'appréciation de la valeur probante des documents.

De l'analyse des rapports des pays, il s'avère que [LE REGIME DE LA PREUVE](#) dans le contentieux des étrangers n'est pas organisé de façon spécifique en droit interne, à l'exception de la Lituanie, du Portugal et des Pays-Bas qui précisent avoir des règles spécifiques relativement à la recevabilité des moyens de preuve, bien que tous s'accordent pour reconnaître une valeur particulière à certains documents. La preuve est donc libre.

Le contentieux des étrangers est un contentieux souvent dévolu aux juridictions administratives. Les pays traitent ces matières en estimant que les lois sur l'immigration et l'asile sont des *leges speciales* du droit administratif général et renvoient, en conséquence, aux codes de procédure administrative quand ils existent, ou, à défaut, comme en République tchèque, aux codes de procédure judiciaire. A Chypre, ce sont également des règles de procédure civile qui s'appliquent.

Si les questions d'immigration sont souvent soumises à des recours limités au contrôle de la légalité, l'asile connaît plus fréquemment des recours de pleine juridiction. Dans certains cas (Italie, par exemple), l'asile et les questions relatives au refoulement sont traitées par les juridictions civiles, tandis que les questions de séjour y sont traitées par les juridictions administratives.

Pour la question relative à [l'exclusion de certaines preuves](#), la plupart des pays soulignent qu'aucune preuve particulière ne semble exclue d'office mais que, plus que de règles

spécifiques, la jurisprudence prend particulièrement en compte la pertinence et l'importance de documents dans le litige qu'elle a à connaître.

Il existe néanmoins certains cas où des textes subordonnent la preuve d'un droit ou d'une qualité à la production d'un document particulier.

En matière d'immigration p.e., les questions de nationalité et d'identité bénéficient de traitements particuliers. Ainsi, au Portugal, les passeports et autres documents de voyage ne prouvent pas la nationalité, mais sont autant d'indices destinés à conforter l'idée que s'en fait le magistrat.

Quelques juridictions administratives compétentes pour la matière, notamment celles de la Turquie, la Lituanie et la Grèce excluent quand même d'un façon explicite certains moyens de preuve en exigeant une preuve écrite et en ne prenant pas en considération les témoignages, sauf si le juge a égard à une audition effectuée par des experts et retranscrite dans un document écrit. Ainsi, le juge se fondera exclusivement sur le dossier administratif et sur les documents écrits fournis par le justiciable. L'un des rares cas prévoyant une exclusion particulière peut être rencontrée en droit maltais, qui exclut spécifiquement la preuve par « ouï-dire ».

A la question de savoir si des présomptions sont admises par la législation nationale ou la jurisprudence, les Etats, à l'exception de Danemark, répondent d'admettre des présomptions afin de faciliter la charge de la preuve du requérant et le travail d'évaluation du magistrat.

Le droit de l'asile connaît, souvent des présomptions légales ou jurisprudentielles. En effet, le niveau de preuve exigé est plus faible en droit de l'asile que dans d'autres matières.

Quelques pays avancent dans leurs rapports comme présomptions par exemples celles prescrites par les réglementations européennes. Mais, ils rappellent que celles-ci sont réfragables et peuvent céder à l'issue de l'examen individuel de la demande par le juge. Quelques pays citent ainsi la présomption liée à l'inscription sur la liste des pays tiers sûrs.

Si l'Allemagne, l'Irlande, la Slovaquie, la Belgique et la Pologne citent la présomption liée aux persécutions passées, indice sérieux de la crainte fondée du demandeur d'être persécuté, dont le fondement est à trouver dans l'article 4, §4 de la directive qualification, la jurisprudence britannique précise ne pouvoir admettre celle-ci.

Des autres présomptions mentionnées sont p.e. des présomptions liées à l'unité de famille et celle liée aux réfugiés sur place.

Les faits de notoriété publique sont également avancés en termes de présomptions favorables au requérant par la Slovénie, l'Espagne, la Lituanie et la Pologne. L'article 4, §5 de la directive qualification et le « bénéfice du doute » est également parfois mentionné.

Il est encore à mentionner que les présomptions sont nettement plus rares en matière d'immigration et jouent fréquemment en défaveur du demandeur.

On peut conclure que le régime de la preuve dans le contentieux des étrangers n'est, de façon générale, pas organisé de façon spécifique en droit interne. Les moyens de preuve expressément exclus sont particulièrement rares et les présomptions sont, pour l'essentiel, issues du droit européen.

Une deuxième série de questions à l'issue du premier thème consistent des questions concernant la CHARGE DE LA PREUVE.

Partout en Europe, tant dans le contentieux relatif à l'immigration que dans le contentieux lié à l'asile, la charge de la preuve incombe au premier chef au requérant. Néanmoins, l'adage « Actori incumbit probatio » doit être nuancé.

Le droit de l'immigration fait peser la charge de la preuve sur le requérant, dès lors qu'il allègue quelque chose.

Le moment où la preuve est avancée a son importance. Les juges de la légalité écartent souvent la production de preuves si elles devaient faire l'objet d'un examen préalable, comme en Grèce, ou si elles sont présentées pour la première fois dans le recours devant le juge d'annulation sans justifier de manière convaincante pourquoi elles ne l'ont pas été auparavant.

Le système italien précise que si la théorie prévoit la collaboration des deux parties, la pratique démontre que la preuve appartient la plupart du temps à l'administration dès lors que le juge administratif se fonde sur le dossier administratif, au contraire du Royaume Uni, selon laquelle la charge de la preuve ne se déplace dans le chef de l'Etat que dans les cas où l'Etat souhaite priver un justiciable de ses droits

En droit d'asile, on pourrait être tenté de croire qu'existe une vraie collaboration entre les parties qui participent toutes les deux à la charge de la preuve. Mais les rapports nationaux rappellent avec insistance que si la notion de preuve s'entend avec souplesse dans cette matière, il n'en reste pas moins que le principe général de droit selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur s'applique.

L'absence de collaboration du demandeur à l'établissement des faits, lorsque certains éléments de preuve auraient raisonnablement pu être recueillis est généralement considérée comme une indication négative. Ainsi, en Allemagne, la personne qui ne collabore pas activement à la recherche de la preuve se verra automatiquement dirigée vers une procédure accélérée beaucoup plus contraignante.

Si le requérant est en premier lieu concerné par la charge de la preuve, l'administration est rarement passive allant parfois jusqu'à renverser la charge de la preuve. Ainsi, au vu des difficultés à obtenir certaines preuves documentaires, l'administration va jouer un rôle beaucoup plus actif.

Concernant **le rôle du juge** dans l'établissement des faits, on peut déduire des rapports, de façon schématique, trois grands systèmes en Europe.

1. Le premier système existe dans plusieurs pays. Dans ce système, le juge est un acteur actif du litige.

Le juge a ainsi la possibilité de recourir d'office à toutes les mesures d'instructions qui lui paraissent nécessaires à la solution du litige. Il peut également se fonder sur «des faits de notoriété publique».

En droit français, le juge joue un rôle plus actif en droit de l'asile qu'en droit de l'immigration, et intervient dans l'administration de la preuve par toute « mesure d'instruction qu'[il] jugera utile ».

En Allemagne, où le principe d'instruction inquisitoriale est mis en œuvre avec l'aide des parties, le juge peut interroger le HCR sur le statut d'un demandeur d'asile auquel l'asile conventionnel aurait été reconnu dans un pays tiers ou encore, tenir compte de rapports d'organisations internationales pour asseoir les allégations du requérant.

La Grèce rappelle néanmoins que si sa législation nationale prévoit un juge actif, le nombre excessif de demandes introduites dans le pays a empêché la mise en œuvre de ce pouvoir et a permis à la jurisprudence d'instaurer une procédure particulière, appelée « in camera » inspirée par la Cour Constitutionnelle allemande.

2. Le Portugal, l'Espagne et la République tchèque connaissent un deuxième système, qui est plutôt un régime mixte. Ainsi, le Portugal précise que si son juge peut solliciter des mesures d'instruction dans la mesure où il les estime nécessaires, il est primordial que ces mesures n'empiètent pas sur les compétences de l'administration. Le juge espagnol peut exiger également

des documents de la part des parties mais il en fera un usage prudent. La République tchèque mentionne encore son respect du principe du contradictoire en organisant par le biais des audiences la confrontation des parties sur les preuves obtenues par le juge.

3.- Enfin, dans une dernière groupe des pays, le juge intervient moins dans l'établissement des faits. Il peut être perçu plus comme un arbitre, qui se montre dès lors un peu plus passif.

Le juge belge p.e. connaît, en droit d'asile, une interdiction formelle de procéder à des mesures d'instruction. Dans l'hypothèse où il estimerait ne pas pouvoir rendre une décision sans informations complémentaires, il est tenu d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire devant l'administration compétente.

Enfin, dans les pays où l'administration jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire, le juge apprécie les preuves de manière plus marginale. Ainsi, le juge danois, en général, ne participe pas au travail de la preuve. Face au pouvoir discrétionnaire de l'administration, le juge norvégien, néerlandais ou croate reste également plus en retrait.

En concluant, je remarque que si la charge de la preuve incombe nécessairement au requérant, un devoir de collaboration s'instaure très souvent entre lui et l'autorité nationale. Si ce qui vient d'être affirmé se rencontre dans l'essentiel des rapports reçus, c'est l'intervention du juge dans la recherche probatoire qui crée, sur cette question, une Europe à trois visages.

Concernant la question relative à la [PONDERATION DE LA PREUVE](#), il semble que le juge dispose à cet égard d'une marge d'appréciation certaine. La pondération des différentes sources n'est pas déterminée par la législation ou la jurisprudence. En lien avec le principe de la liberté de la preuve, les pays européens ne posent donc pas de règles particulières à cet égard, même si, de temps en temps, une force probante particulière est parfois reconnue à certains documents. La pondération de la preuve est donc généralement réalisée au cas par cas.

Des indications peuvent néanmoins être trouvées dans la loi polonaise, voire données par des instances supérieures, comme la 'Cour d'appel d'Immigration' de Suède.

Les rapports espagnols et français insistent sur le fait que le juge de l'asile est porté à donner plus de crédit à certaines preuves documentaires plus qu'à d'autres et s'inspire, à cet égard, des directives européennes. Les rapports gouvernementaux ou d'organisations internationales sont souvent utilisés et influencent souvent le juge quand il peut y avoir égard.

Si les réponses à cette question nous ont montré que l'Europe octroie, en matière de pondération des preuves, une marge d'appréciation certaine au juge, celui-ci est bien souvent enclin à donner plus de valeur à certains documents qu'à d'autres. Pour ce faire, il se réfère néanmoins aux instruments européens.

A la fin de ce thème relatif au droit de la preuve, le questionnaire s'interroge **sur l'étendue du contrôle de la juridiction administrative suprême dans l'appréciation de la valeur probante des documents.**

Les grandes lignes des réponses nous permettent d'affirmer que les Cours suprêmes des différents pays sont des cours de cassation qui traiteront plus certainement des points de droit que de la pertinence de tel ou tel fait et de la façon dont la preuve de ce fait a été apportée. En ce qui concerne le contrôle des faits, ces juridictions se bornent, la plupart du temps, à censurer l'erreur dans la qualification des faits au regard des dispositions de droit applicables, l'erreur objective dans la relation matérielle des faits retenus par la juridiction, et à vérifier si cette dernière a bien pris en considération ceux qui lui ont été présentés.

Quelques nuances sont parfois apportées. Ainsi, il est « rare mais pas totalement impossible » pour la nouvelle Cour Suprême britannique d'évaluer l'affaire et les éléments de preuve mêmes, après avoir examiné si l'appréciation des preuves par le tribunal d'instance inférieure avait été correctement effectuée ou n'avait pas été viciée par une erreur de droit.

Ainsi, la Cour Suprême estonienne connaît de la preuve dans les seules hypothèses des demandes de mesures provisoires.

En Turquie, le Conseil d'Etat étend souvent son contrôle à l'examen des preuves en raison de la suppression des Cours d'appels.

En sens contraire, le Conseil d'Etat belge laisse au juge administratif dont la décision est attaquée devant lui toute latitude. Ainsi, le Conseil du Contentieux des Etrangers en Belgique apprécie souverainement la force probante d'un document auquel la loi n'attache aucune valeur probante particulière. La juridiction suprême rappelle que « L'appréciation de la pertinence d'une offre de preuve relève du pouvoir souverain de la juridiction de fond » tout comme l'appréciation de la valeur probante des documents produits. Le Conseil d'Etat français ne dit pas autre chose.

Cette troisième section quant à la pondération de la preuve et l'étendue du contrôle de la juridiction administrative suprême, clôt la première thématique envisagée par le questionnaire.

Notre deuxième thème aujourd'hui concerne [LA COMPETENCE DU JUGE NATIONAL A INTERVENIR D'OFFICE DANS LE CONTEXTE EUROPEEN](#) et la première question était relative aux éventuelles [LIMITES PROCEDURALES lorsque les parties soulèvent UNE QUESTION PREJUDICIELLE.](#)

Les parties au procès peuvent demander au juge du fond de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne. Dans la plupart des pays européens, il n'y a pas de règles procédurales en la matière et, par conséquent, il n'y a pas non plus d'éventuelles limites procédurales qui peuvent être imposées aux parties quand ils suggèrent au juge du fond de poser une question préjudicielle.

Ainsi, en certains pays, à chaque stade de la procédure, y compris à l'audience, les parties peuvent suggérer au juge du fond de poser une question préjudicielle.

En Belgique, au Luxembourg et en Turquie, existent en revanche des limites procédurales concernant le moment lors duquel une demande de question préjudicielle peut être soumise au juge du fond. Dans le contentieux luxembourgeois, les parties peuvent poser la question préjudicielle par le biais des pièces de procédure écrites prévues par la loi. En Belgique, les questions préjudicielles doivent également être insérées dans les pièces de procédure prévues par les lois sur le Conseil du Contentieux des Etrangers ou le Conseil d'Etat, eu égard au fait que les procédures y sont essentiellement écrites. Le Conseil d'Etat belge admet néanmoins une exception lorsque la question touche à l'ordre public, auquel cas la question peut être présentée à chaque stade de la procédure. Des limites procédurales similaires s'appliquent en Turquie.

En conclusion, il s'avère que la plupart des pays européens n'imposent pas de vraies limites procédurales aux parties quand elles souhaitent soulever une question préjudicielle devant le juge du fond. Certains pays appliquent néanmoins de telles conditions et exigent que la demande au juge du fond de poser une question préjudicielle soit présentée de façon écrite et dans une pièce de procédure prévue par la loi. Il est également à noter que dans ces pays où des limites procédurales existent, des exceptions pour, dans la plupart des cas, des motifs d'ordre public, sont possibles.

Dans le cadre du même thème, une deuxième question était posée et concernait L'APPLICABILITE DIRECTE DES ARTICLES 18 et 47 DE LA CHARTE.

De l'analyse des rapports des pays, il s'avère entre autres que la Cour d'appel en matière migratoire de la Suède a déjà été confrontée à la problématique de l'article 47 de la Charte. En l'espèce il s'agissait de la possibilité pour un ressortissant d'un pays tiers d'intenter un recours contre une décision de la 'Migrationsverket'. Dans ses motifs, la Cour d'appel a fait, entre autres, référence à l'article 47. La Cour a conclu que nonobstant le fait que la loi suédoise des étrangers de 2005 ne lui conférait pas un tel droit, le requérant avait le droit d'introduire un recours contre la décision de la 'Migrationsverket'.

Aussi en Belgique, la problématique de l'article 47 de la Charte a été soulevée devant le Conseil du Contentieux des Etrangers tant en contentieux de l'asile qu'en contentieux d'immigration.

La Cour administrative Suprême de la Lituanie de sa part s'est déjà prononcé sur l'article 18 de la Charte.

A part de quelques exemples mentionnés, on peut constater que la plupart des pays européens n'ont jusqu'à présent pas eu à se prononcer sur la question de l'applicabilité directe desdits articles de la Charte.

Etant donné la récente entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui reconnaît la même valeur juridique à la Charte qu'aux dispositions des traités, la problématique liée à l'applicabilité des articles de la Charte est relativement neuve. Toutefois, quelques premiers cas peuvent, déjà, nourrir un débat fort intéressant.

Le questionnaire abordait comme troisième thématique LE JUGE NATIONAL ET LES INSTRUMENTS EUROPEENS.

Dans un premier temps, se posait la question de savoir si les états faisaient REFERENCE A LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE ET A LA JURISPRUDENCE DES AUTRES ETATS MEMBRES DANS LES DECISIONS NATIONALES

De l'analyse des rapports des pays, il s'avère que dans un grand nombre de pays européens, les juridictions se réfèrent occasionnellement ou même régulièrement à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. On peut constater qu'il existe une même tendance en ce qui concerne les références à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

P.e., La République Tchèque note dans son rapport que référence est très souvent faite à la jurisprudence européenne, et ceci surtout par la Cour administrative suprême, en matière d'immigration. Bien qu'il n'y ait beaucoup de jurisprudence en matière d'asile, la République Tchèque, indique s'y référer, notamment la jurisprudence Elgafaji.

La Norvège indique que sa Cour Suprême se réfère régulièrement à la jurisprudence européenne, dans le cadre de l'accord EEA (European Economic Area). Par ailleurs, elle indique que le législateur norvégien a fait le choix - jusqu'à un certain niveau - d'ajuster sa législation se situant en dehors du cadre de l'accord EEA aux réglementations de l'UE, de sorte que la jurisprudence européenne importante et pertinente pour l'interprétation de cette législation soit également citée.

La pratique de se référer à la jurisprudence d'autres Etats membres européens est assez variable. Certains Etats membres indiquent dans leurs rapport n'avoir, jusqu'à présent, jamais fait référence, en matière d'asile ou d'immigration, à des jugements de juridictions d'autres pays membres de l'UE.

D'autres Etats membres signalent qu'ils se réfèrent exceptionnellement, sporadiquement voire très régulièrement à la jurisprudence d'autres Etats membres en matière d'asile ou d'immigration.

- La Cour du Royaume-Uni p.e. s'est référée dans un cas récent à des affaires françaises et bulgares. Elle estime que la référence à la jurisprudence en matière d'asile d'autres Etats membres est très importante, compte tenu du fait que peu de jurisprudence de la Cour de Justice est, à ce jour, disponible.

De ce qui précède, il peut être conclu que le juge administratif de la plupart des pays européens a déjà pris l'habitude de faire référence dans ses décisions à la jurisprudence européenne. Par ailleurs, l'on constate une autre tendance suivant laquelle le juge se réfère ou s'inspire également de décisions d'autres pays européens.

Concernant la deuxième question du troisième thème, on peut constater que la plupart des pays européens ne se sont pas encore vu confronté à la problématique de [L'INTERPRETATION AUTONOME DE L'ARTICLE 1 DE LA CONVENTION DE GENEVE en FAISANT ABSTRACTION DE LA DIRECTIVE QUALIFICATION.](#)

Afin d'illustrer cette interaction entre l'article 1er de la Convention de Genève et la directive qualification, le Conseil belge du Contentieux des Etrangers attire l'attention sur les éléments

suivants qui peuvent être pris en considération: le TFUE, la Charte des droits fondamentaux de l'UE et les considérants du préambule de la directive qualification. Par ailleurs ledit Conseil renvoie aux considérants de l'arrêt Salahadin Abdulla du 2 mars 2010 de la CJUE.

Les Pays-Bas relèvent également le préambule et la base légale de la directive qualification pour conclure qu'ils supposent que la directive qualification serait interprétée en conformité avec la Convention de Genève.

Par ailleurs, il découle des rapports que les juridictions de quelques pays européens peuvent interpréter l'article 1er de la Convention de Genève de manière autonome. D'autres indiquent que leurs juridictions peuvent interpréter cet article de manière autonome, mais qu'elles sont toujours tenues de prendre en compte la directive qualification ou que leurs juridictions interprètent la Convention à la lumière de la directive. Encore d'autres avancent que leurs juridictions peuvent interpréter et appliquer les articles de la Convention et appliquer simultanément la directive qualification.

Seule la Cour Suprême administrative tchèque s'est déjà prononcée sur la relation entre la Convention de Genève, le CEDH et la directive qualification. Elle en a conclu que le plus grand dénominateur commun devait être appliqué. Le Portugal semble préconiser une approche similaire.

Il découle de ce qui précède que peu de pays ont déjà eu à traiter de ce problématique. Néanmoins, les rapports nationaux permettent d'avoir une idée des points de vue et des arguments avancés pour permettre un premier débat sur le fond.

Le questionnaire se conclut avec une question relative à [LA VALEUR ACCORDEE PAR LE JUGE AUX DISPOSITIONS NON OBLIGATOIREMENT TRANSPOSABLES](#)

Certaines directives européennes contiennent des dispositions qui ne sont pas obligatoirement transposables. La question est de savoir si le juge national attache néanmoins une certaine valeur à ces dispositions quand elles n'étaient pas transposés en droit interne.

Dans quelques pays européens, la problématique ne s'est pas encore posée.

Les rapports d'autres pays font apparaître que certains pays européens attachent néanmoins une valeur particulière aux dispositions optionnelles qui n'ont pas été transposées en droit interne. Ces dispositions peuvent être considérées comme des indications pour l'interprétation du droit

transposé, comme des arguments interprétatifs additionnels ou encore comme des normes minimales.

Certains pays européens ne sont pas enclins à accorder une quelconque valeur aux dispositions optionnelles des directives, quand ils ne les ont pas transposées en droit national.

De rapport général on peut déduire qu'il n'y a guère de consensus à l'échelle européenne quant à la valeur qui pourrait ou devrait être accordée aux 'dispositions optionnelles' non transposées des directives européennes.