

Aurélié Mariotti et Damian Rosset*

L'analyse-pays et les « précédents factuels » dans la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral sur l'Érythrée : entre ombre et lumière

Zusammenfassung

Die Analyse der drei Referenzurteile bezüglich Eritrea («faktische Präzedenzfälle») stösst auf eine Vielzahl von Informationen, die transparent und kritisch präsentiert werden. Auch wenn die Tatsachengrundlage klar ist, ist allerdings die Rekonstruktion der Arbeit der Justiz zwischen dem Zeitpunkt der Zuweisung der Akte und der Veröffentlichung des «faktischen Präzedenzfalls» schwierig. Diesbezüglich ist eine grössere Transparenz des Entscheidungsprozesses wünschenswert.

I. Introduction

Il y a dix ans, dans les colonnes de cette même revue, Rainer Mattern en appelait à un « changement culturel » vers plus de transparence et de publicité dans l'utilisation de l'information sur les pays d'origine au sein de la procédure d'asile suisse¹. Dans cet article, nous proposons d'aborder à nouveau le rôle de l'analyse-pays dans la jurisprudence et la pratique du Tribunal administratif fédéral (TAF), en nous penchant sur trois arrêts de référence sur l'Érythrée publiés en 2017 et 2018². Ces trois arrêts controversés ont acté un changement de pratique du TAF impliquant un important durcissement à l'égard des demandes d'asile déposées par des ressortissants érythréens.

Avant de traiter de ces trois arrêts, nous revenons sur le rôle des analyses-pays dans la procédure d'asile et, en particulier, sous l'angle du pouvoir d'examen du TAF. Nous nous intéressons ensuite à la pratique du TAF en termes d'analyse-pays dans les arrêts qui établissent des « précédents factuels », à savoir une analyse des éléments factuels de la situation dans les pays d'origine contraignante pour les autorités aussi longtemps qu'elle n'est pas remplacée par un autre « précédent factuel ».

Nous abordons ensuite, plus concrètement, le cas de la jurisprudence sur l'Érythrée. Après une revue de la pratique mouvante des autorités suisses dans ce domaine, nous examinons les trois « précédents factuels » de 2017 et 2018 à l'aune des sources d'information sur le pays d'origine. Notre discussion conclusive questionne le lien entre transparence dans l'utilisation des informations et celle du processus décisionnel.

II. Les analyses-pays dans la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral

1. La place des analyses-pays dans la procédure d'asile

L'information sur les pays d'origine, en tant qu'aide à la décision, n'est mentionnée expressément ni dans la Convention relative au statut des réfugiés³, ni dans la loi sur l'asile (LAsi)⁴. Il en va différemment de la législation européenne qui la mentionne explicitement⁵. Cependant, l'utilisation de ce savoir expert ressort implicitement du fait que le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) doit, en raison de la maxime inquisitoire, établir les faits pertinents pour l'application du droit⁶. Ces informations sur les pays d'origine sont utiles aux différentes étapes de la procédure d'asile, à savoir l'établissement des faits (origine, identité et motifs de fuite), l'appréciation de la vraisemblance des propos du requérant ou de la requérante et de la pertinence de ses motifs de fuite en lien avec la notion de réfugié.e. Elles tiennent également un rôle important dans les questions liées à l'exécution du renvoi, notamment quant à l'existence d'obstacles d'ordre médical, social ou sécuritaire. De manière plus générale et indépendamment du cas d'espèce, ces informations sont aussi utilisées pour le réexamen périodique des admissions provisoires, pour déterminer l'existence de motifs d'exclusion ou de fin de l'asile, ou encore

* Aurélié Mariotti est doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel et chercheuse invitée à l'Institut Max Planck d'Heidelberg. Damian Rosset est postdoctorant à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel. Il a effectué une thèse de doctorat en sciences sociales à l'Université de Neuchâtel au sujet de l'information sur les pays d'origine dans les procédures d'asile en Europe. Entre 2011 et 2013, il a travaillé au sein de l'unité d'analyse-pays du TAF.

¹ Mattern Rainer, COI-Standards : Die Verwendung von Herkunftslanderinformationen (COI) in Entscheiden der Asylinstanzen, in : Asyl 2010/3, p. 12.

² TAF, arrêt du 30 janvier 2017, D-7898/2015 ; TAF, arrêt du 17 août 2017, D-2311/2016 ; TAF, arrêt du 10 juillet 2018, E-5022/2017.

³ Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 (CR), RS 0.142.30.

⁴ Loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi), RS 142.31.

⁵ Art. 10 par. 3 let. b Directive du 26 juin 2013 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte) et art. 4 Directive 2011/5/UE du Parlement européen et du Conseil concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte).

⁶ SEM, Manuel Asile et retour, Article C7, Informations sur les pays et analyses de situation, état au 1^{er} mars 2019, p. 3.

comme base pour la désignation par le Conseil fédéral des pays dits sûrs⁷.

Comme dans la plupart des pays européens, le travail de récolte et d'analyse des informations sur les pays d'origine est en grande partie délégué à des unités spécialisées dont le champ d'activité est regroupé sous l'acronyme « COI » (pour « *country of origin information* »). Une spécificité que le système d'asile suisse partage seulement avec celui de la France est l'existence de deux unités COI distinctes au sein de chacune des deux instances de la procédure d'asile. L'unité d'analyse-pays du SEM répond aux demandes de recherches des personnes en charge des décisions en matière d'asile et produit des rapports thématiques approfondis dont certains sont publiés sur le site de l'administration⁸. L'unité du TAF, plus petite, exerce une tâche similaire au bénéfice des greffiers et des juges, mais ses rapports ne sont pas rendus publics.

Les deux unités diffèrent par la taille, les ressources et les réseaux, mais leur fonction au sein de leurs institutions respectives sont semblables et elles suivent toutes deux dans leur travail les critères de bonnes pratiques établis dans le domaine, les « *COI standards* »⁹. Lun de ces critères indique que les informations sur les pays d'origine doivent rester exclusivement liées à la constatation des faits sans contenir d'évaluation juridique. Les spécialistes qui récoltent ces données doivent donc s'abstenir de tirer des conclusions juridiques de leurs recherches ou de se prononcer sur la décision qui leur semblerait la plus pertinente dans le cas d'espèce. Les unités d'analyse-pays du SEM et du TAF sont d'ailleurs structurellement séparées des sections responsables des décisions en matière d'asile, conformément à l'idée que la production d'informations sur les pays d'origine doit être effectuée séparément de la procédure d'asile elle-même¹⁰. C'est donc à la seule autorité déci-

sionnelle qu'il incombe de tirer les conclusions juridiques qui s'imposent sur la base des informations à disposition¹¹.

2. Le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral en lien avec les analyses-pays

En droit d'asile, le pouvoir d'examen du TAF est régi par l'art. 106 LAsi traitant des motifs de recours. Cet article prévoit que ce dernier peut revoir la violation du droit fédéral y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que l'établissement inexact ou incomplet des faits pertinents¹². Jusqu'au 1^{er} février 2014, le TAF était au bénéfice d'un pouvoir d'examen plus étendu, puisqu'il pouvait également revoir le grief relatif à l'inopportunité de la décision¹³. Ce dernier motif de recours a été abrogé dans le cadre de la restructuration du domaine de l'asile afin, selon les autorités, de permettre l'accélération des procédures. Cette restriction s'applique seulement à la LAsi. Cependant, s'agissant des questions relatives à l'exécution du renvoi des requérant-e-s d'asile débouté-e-s, qui sont réglées par les art. 83 et 84 de la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI)¹⁴ par renvoi de l'art. 44 LAsi, le TAF est au bénéfice d'un plein pouvoir d'examen étendu à l'opportunité (cf. art. 49 loi sur la procédure administrative [PA]¹⁵)¹⁶. Cela induit que dans une même affaire, le TAF aura un pouvoir d'examen différent suivant les questions qu'il devra traiter.

De manière générale, le TAF est au bénéfice d'un pouvoir d'examen complet, étendu à l'opportunité (art. 49 PA). En pratique, cependant, il s'impose généralement une certaine retenue afin de préserver la marge de manœuvre de l'autorité inférieure lorsque celle-ci est notamment au bénéfice de connaissances locales ou techniques qui la rendent mieux à même d'évaluer le cas. À cet égard, le domaine de l'asile fait office d'exception puisqu'au vu du nombre élevé de cas à trancher chaque année, du domaine bien défini, ainsi que pour des raisons historiques et organisationnelles, le TAF considère avoir les mêmes connaissances spécialisées que le SEM. C'est pourquoi lorsqu'il revoit les questions d'appréciation liées à l'analyse de la situation du pays d'origine des requérant-e-s d'asile, le Tribunal ne s'impose pas de retenue dans son examen¹⁷.

Dans sa jurisprudence, le TAF justifie sa capacité à opérer cet examen en se référant à l'existence de l'unité d'analyse-

⁷ SEM, Manuel Asile et retour, Article C7, Informations sur les pays et analyses de situation, état au 1^{er} mars 2019, p. 4.

⁸ Voir : SEM, Informations sur les pays d'origine, <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/internationales/herkunftslaender.html> (consulté le 11.4.2020). Pour une présentation plus approfondie de l'infrastructure suisse en matière d'informations sur les pays d'origine, voir : Rosset Damian, Le savoir sur les pays d'origine dans les procédures d'asile, in : Jusletter 16 mars 2015.

⁹ Union européenne, Lignes directrices communes à l'UE pour le traitement de l'information sur le pays d'origine (COI, Country of origin information), 2008, https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/internationales/herkunftslaender/coi_leitlinien-f.pdf (consulté le 11.4.2020). Voir aussi : Bureau européen d'appui en matière d'asile, EASO Country of Origin Information (COI) Report Methodology (June 2019), 2019, https://coi.easo.europa.eu/administration/easo/PLib/2019_EASO_COI_Report_Methodology.pdf (consulté le 11.4.2020); International Association of Refugee Law Judges, Judicial Criteria for Assessing Country of Origin Information (COI): A Checklist, 2006, http://www.iarlj.org/general/images/stories/working_parties/guidelines/udicial_Criteria_a_checklist_COI_2006.pdf (consulté le 11.4.2020); Austrian Red Cross, Researching Country of Origin Information – Training Manual, 2013 edition, 2013, <http://www.coi-training.net/handbook/Researching-Country-of-Origin-Information-2013-edition-ACCORD-COI-Training-manual.pdf> (consulté le 11.4.2020).

¹⁰ A propos des fonctions de la distanciation entre production et utilisation du savoir, voir : Rosset Damian, « We have our own kitchen » : distance et légitimité dans la production de savoir pour la procédure d'asile, in : Politique et Sociétés 2019/1, pp. 49-69.

¹¹ Rosset Damian, Le savoir sur les pays d'origine dans les procédures d'asile, in : Jusletter 16 mars 2015, N 15.

¹² Art. 106 al. 1 let. a et b LAsi.

¹³ Par exemple, l'étendue de son pouvoir d'examen au contrôle de l'inopportunité de la décision permettait au TAF de revoir si c'était à juste titre que le SEM n'avait pas fait usage de la clause de souveraineté prévue dans le Règlement Dublin (art. 29a Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure du 11 août 1999, RS 142.311, formulée de manière potestative).

¹⁴ Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI), RS 142.20.

¹⁵ Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA), RS 172.021.

¹⁶ ATAF 2014/26, c. 5.5.

¹⁷ ATAF 2014/26, c. 7.8.

pays (« *Länderanalysen* ») en son sein¹⁸. Cette dernière, qui dépend du Secrétariat général, a comme fonction de récolter, traiter et transmettre des informations pertinentes (d'ordre général ou particulier) sur la situation dans les pays d'origine des requérant-e-s d'asile. Elle est composée de cinq analystes spécialisés par région, qui travaillent sur des questions spécifiques à chaque pays pour le compte des juges et des greffières en utilisant de critères de qualité, ou standards, reconnus. Cette unité entretient un réseau d'expert-e-s en Suisse et à l'étranger et suit en permanence l'évolution de la situation dans les pays d'origine concernés dans une base de données accessible à tous les collaborateurs du Tribunal¹⁹. En outre, conformément à l'art. 102 LAsi, le SEM et le TAF exploitent conjointement une base de données (base de données Kompass). Les informations sur le pays d'origine contenues dans cette base de données y sont introduites par les deux autorités compétentes en la matière et sont à la disposition de tous les collaborateurs du SEM et du TAF²⁰.

III. Les changements de pratique des autorités et les « précédents factuels »

1. Les conditions du changement de pratique et de jurisprudence

La pratique administrative aide à déterminer l'application d'une norme lorsque l'administration est au bénéfice d'un pouvoir d'appréciation. Tel est par exemple le cas des analyses-pays qui renseignent sur la pratique des autorités dans la prise de décision en lien avec le pays de provenance de requérant-e-s d'asile. Ces analyses-pays constituent une pratique administrative en ce qu'elles sont reproductibles et s'appliquent à un nombre indéterminé de cas²¹. Quant au changement de pratique, il est défini comme le traitement différencié accordé à deux cas semblables ou comparables, sans que la réglementation applicable n'ait été modifiée. Afin d'être valable, ce changement de pratique doit remplir plusieurs conditions : il doit être conforme au droit, être fondé sur des raisons sérieuses et objectives et n'avoir lieu qu'après un examen sérieux et approfondi de la part de l'autorité²².

Si la pratique administrative peut être modifiée, il en va de même pour la jurisprudence ; le juge n'ayant pas fondamentalement à s'en tenir à ses précédents. Cette procédure est mise en œuvre lorsqu'il s'agit de trancher différemment une question juridique d'une certaine importance²³. Cependant, pour

ce faire, il faut des motifs pertinents, sous peine de violer les principes de l'égalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire. Ces motifs doivent être, comme pour le changement de pratique administrative, sérieux et objectifs, ce qui est, par exemple, le cas lors d'une clarification de l'intention du législateur, de la modification de circonstances extérieures, d'un changement de conception juridique ou de l'évolution des mœurs. Tel est également le cas si une jurisprudence est erronée ou conduit à des abus de droit²⁴. En outre, le TAF pose une condition procédurale supplémentaire, à savoir qu'un changement de jurisprudence est possible pour autant que les cours intéressées réunies y consentent (art. 25 al. 1 Loi sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF]²⁵). Finalement, si une cour du TAF entend trancher une question qui concerne plusieurs cours – comme c'est notamment le cas des arrêts qui analysent de manière générale la situation dans un pays de provenance – elle demande l'avis de cours concernées, si elle considère qu'une décision commune est souhaitable pour le développement du droit ou l'uniformité de la jurisprudence (art. 25 al. 2 LTAF).

2. Le contrôle des changements de pratique administrative et le caractère contraignant des analyses-pays du Tribunal administratif fédéral sur la pratique du SEM

Il arrive que les tribunaux aient à se pencher sur la conformité d'un changement de pratique opéré par l'autorité administrative ; leur contrôle *ex post* intervient donc après la naissance de la nouvelle pratique administrative dans le cadre du contrôle de la décision qui incorpore la pratique. En effet, du fait de son indépendance en tant qu'instance judiciaire, le TAF ne peut se prononcer sur un changement de pratique que dans le cadre d'une procédure de recours. Bien que le SEM dispose d'une certaine marge de manœuvre pour initier un changement de pratique, il ne peut, en tant qu'autorité précédente, s'écarter sans raison de la jurisprudence rendue par le TAF en tant qu'autorité de dernière instance. Bien qu'aucune base légale ne pose ce principe, cela découle, selon l'argumentation du TAF, directement des principes constitutionnels de l'état de droit, de la sécurité du droit et de l'égalité de traitement²⁶.

Dès lors, il n'y a pas de place pour une pratique contradictoire de la part du SEM concernant la jurisprudence publiée du TAF, sauf dans deux cas de figure particuliers. Le premier est celui de l'écoulement du temps depuis la jurisprudence en question qui justifie un changement de pratique. Dans ce cas, le SEM doit faire référence à la pratique actuelle et, avec une motivation accrue, expliquer qu'il s'agit d'une procédure pilote qui entend s'écarter de la jurisprudence publiée du TAF. En outre, pour des raisons de sécurité juridique, il convient de

¹⁸ Rosset Damian, Le savoir sur les pays d'origine dans les procédures d'asile, in : Jusletter 16 mars 2015, N 20.

¹⁹ ATAF 2010/54, c. 7.5.1.

²⁰ Art. 1b Ordonnance 3 sur l'asile du 11 août 1999 relative au traitement de données personnelles (Ordonnance 3 sur l'asile, OA 3), RS 142.314 ; ATAF 2010/54, c. 7.5.2.

²¹ Gavillet Aurélie, La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse, Berne 2018, N 24-35 ; Moor Pierre, Flückiger Alexandre, Martenet Vincent, Droit administratif, Vol. I Les fondements, Berne 2012, p. 89.

²² Gavillet Aurélie, La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse, Berne 2018, N 633 et 643.

²³ Donzallaz Yves, art. 23 LTF, in : Loi sur le Tribunal fédéral – Commentaire, Berne 2008, N 325.

²⁴ Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, Genève, Zurich, Bâle 2018, 2^{ème} éd., N 359-361.

²⁵ Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF), RS 173.32.

²⁶ ATAF 2010/54, c. 8.1.

tenir compte d'une certaine continuité dans le temps lors de l'évaluation de la situation dans un pays d'origine. Le second cas de figure est celui d'une aggravation rapide et dramatique de la situation sécuritaire dans le pays d'origine, par exemple en cas de déclenchement d'un conflit armé. En cas de changement de pratique du SEM non compris dans les deux exceptions susmentionnées, le TAF peut annuler la décision attaquée dans le cadre d'une procédure simplifiée (art. 111 let. e LAsi) et renvoyer la décision au SEM avec pour instruction de s'en tenir à la pratique publiée²⁷.

3. Les « précédents factuels » dans la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral

Depuis 2015, le Tribunal définit et publie sur son site internet des arrêts dits « de référence ». Il s'agit de jugements sélectionnés pour « leur importance particulière dans un domaine juridique spécifique »²⁸ ; ils complètent les décisions publiées aux ATAF²⁹. En droit d'asile, cela inclut spécifiquement les décisions qui ont « un intérêt majeur pour la pratique relative à certains pays de provenance ou à certains États Dublin »³⁰. Avant l'introduction de ces arrêts de référence, les cours en charge de l'asile au TAF (et avant elles la Commission de recours en matière d'asile [CRA]) connaissaient déjà un système d'arrêts de coordination concernant les pays d'origine (auxquels les praticiens se référaient généralement en parlant de « *Länderurteile* », un terme parfois encore usité dans la jurisprudence³¹).

Ces arrêts de coordination qui définissent la pratique du TAF peuvent être considérés comme des « précédents factuels ». Ce terme, emprunté à la jurisprudence britannique³², permet de mettre l'accent sur la particularité des décisions qu'il décrit. En effet, ces décisions entérinent non seulement une pratique vis-à-vis de groupes particuliers, mais aussi l'analyse de la situation dans les pays d'origine sur laquelle se fonde cette pratique. Elles supposent donc une certaine stabilité de la situation dans les pays concernés et des motifs présentés dans les demandes d'asile. Il est toutefois important de rappeler que, si les précédents factuels édictés par le TAF ont une

nature contraignante, ils posent des *présomptions* et ne dispensent pas les autorités d'examiner chaque cas d'espèce et d'évaluer si les circonstances particulières nécessitent de déroger à la pratique générale³³.

La portée des « précédents factuels » sur les pays d'origine est variable ; ils peuvent examiner un pays dans son entier ou une zone particulière, l'ensemble de la population ou des groupes à risques définis, une variété de motifs d'asile ou un sujet en particulier. Ainsi, l'existence d'arrêts de référence sur certains pays reflète non seulement la quantité de demandes d'asiles qui en proviennent, mais aussi la diversité des cas et la complexité de définir les contours de potentiels groupes à risques éligibles à une protection internationale³⁴. Le site du TAF présente huit arrêts de référence concernant la Syrie et sept sur l'Afghanistan, mais n'en compte qu'un sur l'Angola, la Lybie ou le Pakistan³⁵.

IV. Le cas de l'Érythrée

1. Une pratique mouvante de la part des autorités

Si l'Érythrée connaît une histoire contemporaine mouvementée, la pratique des autorités suisses envers les ressortissant-e-s érythréen-ne-s a également été fluctuante. Les requérant-e-s d'asile érythréen-ne-s invoquent déjà dans les années 1990 la désertion et le refus de servir comme motifs d'asile. Cependant, les autorités ne reconnaissent pas la qualité de réfugié-e sur cette base et se contentent d'évaluer les risques en cas de retour au pays³⁶. C'est en 2005 que la CRA rend deux arrêts de référence améliorant la situation des requérant-e-s d'asile érythréen-ne-s. Le premier prévoit que l'exigibilité de l'exécution du renvoi en Érythrée est conditionnée par l'existence de circonstances personnelles favorables garantissant qu'en cas de retour de la personne concernée, qu'elle soit d'origine rurale ou citadine, cette dernière ne se retrouve pas sans ressources, au point de voir sa vie en danger³⁷. Le second arrêt reconnaît que les peines encourues par les déserteurs et les réfractaires en Érythrée sont démesurément sévères et doivent être considérées comme des sanctions motivées par des raisons d'ordre politique (« *malus absolu* »). Cela entraîne que les personnes qui encourent de telles sanctions doivent être reconnues comme réfugiées³⁸. En 2010, le TAF rend un arrêt précisant que si les sanctions encourues en cas de départ illégal amènent à la reconnaissance de la qualité de réfugié-e, les requérant-e-s ne doivent pas se voir accorder l'asile en application de l'art. 54

²⁷ ATAF 2010/54, c. 9.

²⁸ Tribunal administratif fédéral, Arrêts de référence, <https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/jurisprudence/arrêts-de-reference.html> (consulté le 19.2.2020). Voir aussi : Art. 5-7 Règlement du 21 février 2008 du Tribunal administratif fédéral relatif à l'information, RS 173.320.4.

²⁹ Concernant les ATAF, cf. art. 7 Règlement du Tribunal administratif relatif à l'information du 21 février 2008, RS 173.320.4.

³⁰ Tribunal administratif fédéral, Arrêts de référence, <https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/jurisprudence/arrêts-de-reference.html> (consulté le 19.2.2020).

³¹ Par exemple : TAF, arrêt du 26 mars 2020, E-4907/2019.

³² England and Wales Court of Appeals, *S & Others v SSHD* [2002]. Etant donné l'importance accordée aux précédents jurisprudentiels dans le système de *common law*, il ne s'agit pas ici d'établir une équivalence. Néanmoins, la fonction des *Länderurteile* en Suisse est largement similaire à celle des « *Country Guidance cases* » dans la procédure d'asile britannique. A propos de ceux-ci, voir : Thomas Robert, Consistency in asylum adjudication : Country Guidance and the asylum process in the United Kingdom, in : International Journal of Refugee Law 2008/4, pp. 489-532.

³³ ATAF 2014/26 c. 8.

³⁴ Pour une explication schématisée de la procédure en entonnoir suivie par le TAF dans l'analyse de la situation dans les pays d'origine, voir ATAF 2014/26 c. 8.

³⁵ Tribunal administratif fédéral, Arrêts de référence, <https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/jurisprudence/arrêts-de-reference.html> (consulté le 19.2.2020).

³⁶ Genoud Cécile, *Quel-s droit-s pour les requérants d'asile érythréens ? Évolution de la pratique administrative et de la jurisprudence suisse en matière d'asile*, Mémoire de Master Université de Neuchâtel 2018, p. 25-26.

³⁷ JICRA 2005/12 du 18 mai 2005.

³⁸ JICRA 2006/3 du 20 décembre 2005.

LAsi (motif subjectif postérieur à la fuite)³⁹. En 2014, le TAF durcit encore sa pratique puisqu'il précise que le départ illégal doit être rendu vraisemblable⁴⁰.

Ce durcissement de la jurisprudence s'opère au cours d'une période où la question des requérant-e-s d'asile érythréen-ne-s est au cœur des débats politiques. En septembre 2012, le législateur crée – dans le cadre des mesures urgentes du projet de restructuration du domaine de l'asile – l'art. 3 al. 3 LAsi afin de préciser que les personnes qui ont refusé de servir ou déserté n'obtiennent pas la qualité de réfugié-e à ce titre, sous réserve des dispositions de la CR. Cette modification, visant spécifiquement les requérant-e-s d'asile originaires d'Érythrée (et d'ailleurs surnommée « *lex eritrea* »), constitue une réaction politique à l'augmentation du nombre de demandes d'asile déposées par des Érythréen-ne-s⁴¹.

En juin 2016, le SEM opère un nouveau changement de pratique à l'encontre des requérant-e-s d'asile érythréen-ne-s en décidant que la sortie illégale du pays n'est plus suffisante en soi pour obtenir la qualité de réfugié-e. Le changement de pratique est annoncé le lendemain de la publication d'un rapport de l'unité d'analyse-pays du SEM sur le service national érythréen et la sortie illégale du pays⁴². Ce rapport COI se fonde sur l'analyse des sources disponibles, mais aussi sur une mission de récolte d'informations sur le terrain menée en Érythrée en février et mars 2016. Ce dernier ainsi que ses mises à jour, qui seront repris par le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO en anglais) et publiés en plusieurs langues, feront dire au Secrétaire d'État Mario Gattiker, qu'en termes d'évaluation de la situation en Érythrée, le SEM est « à la pointe en Europe »⁴³. Pourtant, dès l'annonce par le SEM du changement de pratique, plusieurs organisations émettent une critique qui, comme nous le verrons, sera réitérée par la suite : l'évolution de la situation en Érythrée à laquelle se réfère le SEM est beaucoup moins évidente à la lecture du rapport COI que dans la communication du Secrétariat d'État. Ainsi, l'OSAR estime que les « nouvelles connaissances » invoquées sont « introuvables » dans le rapport du SEM⁴⁴.

Le durcissement de la pratique de la part du SEM va amener le TAF à rendre trois arrêts de référence. Le premier⁴⁵, de janvier 2017, confirme la nouvelle pratique du SEM concernant la sortie illégale. En effet, suite à une analyse approfondie de la situation, le TAF arrive à la conclusion que la sortie illégale n'expose plus la personne à une persécution déterminante en matière d'asile, du fait que certain-e-s Érythréen-ne-s ayant quitté leur pays de manière illégale y retournent sans être inquiété-e-s. Dès lors, si la personne veut se voir reconnaître la qualité de réfugié-e, il faut qu'elle allègue, en plus de la sortie illégale, des « facteurs supplémentaires » qui la feraient apparaître dans le viseur des autorités érythréennes. Le deuxième arrêt⁴⁶, d'août 2017, se penche sur la question de l'exigibilité de l'exécution du renvoi pour les personnes ayant déjà effectué le service national. Le Tribunal considère que ces dernières ne doivent pas forcément s'attendre à être convoquées à nouveau et ne risquent dès lors pas un traitement inhumain. Dans cet arrêt aussi, le TAF, après analyse de la situation et des sources disponibles, arrive à la conclusion que l'Érythrée ne connaît pas une situation de violence généralisée qui impliquerait que l'exécution du renvoi soit considérée comme généralement inexigible. Le dernier arrêt⁴⁷, de juillet 2018, analyse la licéité et l'exigibilité de l'exécution du renvoi pour des personnes n'ayant pas encore effectué leur service national. Ces questions amènent le TAF à se pencher sur les conditions du service national érythréen, en lien notamment avec l'interdiction du travail forcé prévu par l'art. 4 Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁴⁸. Là encore, même si le TAF reconnaît que les conditions du service national sont difficiles de par sa durée indéterminée et les possibles violences, notamment sexuelles, que peuvent subir certain-e-s, il arrive à la conclusion que les violations alléguées ne sont pas suffisamment systématiques et flagrantes pour permettre de qualifier le service national de contraire à la CEDH et ainsi de qualifier l'exécution du renvoi de généralement illicite (contraire au droit international).

Ces trois arrêts confirment donc le bien-fondé du changement de pratique du SEM de juin 2016. Ils constituent un durcissement important à l'égard des demandes d'asile déposées par des ressortissant-e-s érythréen-ne-s pour lesquelles il devient difficile d'obtenir un statut de réfugié-e en Suisse. En outre, l'Érythrée n'acceptant pas les retours sous la contrainte, la Suisse n'a pas d'accord de réadmission avec cette dernière. Cela implique que les requérant-e-s d'asile débouté-e-s refusant un retour volontaire en Érythrée ne peuvent être renvoyé-e-s et vont donc passer dans la clandestinité, en bénéficiant de la seule aide d'urgence. Au vu des répercussions de ces trois jugements ainsi que de la difficulté d'accès et du peu de fiabilité des sources disponibles, ces derniers ont été passa-

³⁹ TAF, arrêt du 6 avril 2010, D-3892/2008.

⁴⁰ TAF, arrêt du 20 novembre 2014, D-4787/203.

⁴¹ OSAR, Analyse des durcissements de la pratique suisse à l'égard des requérant-e-s d'asile érythréen-ne-s, <https://www.osar.ch/assets/news/eritrea/181213-recherche-osar-erythree.pdf> (consulté le 11.4.2020), p. 3 ; Posse-Ousmane Samah, Progin-Theuerkauf Sarah, Art. 3 LAsi, in : Amarrelle/Nguyen, Code annoté de droit des migrations, Volume IV – Loi sur l'asile, Berne 2015, N 115-122.

⁴² SEM, Focus Eritrea : Update Nationaldienst und illegale Ausreise (22.6.2016, aktualisiert am 10.8.2016), 10 août 2016, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/internationales/herkunftslaender/afrika/eri/ERI-ber-easo-update-nationaldienst-d.pdf> (consulté le 11.4.2020).

⁴³ Le Temps, Les conditions sont réunies pour des renvois en Érythrée, 10 avril 2018, <https://www.letemps.ch/suisse/conditions-reunies-renvois-erythree> (consulté le 10.4.2020).

⁴⁴ OSAR, Durcissement de la pratique à l'égard des demandeurs d'asile érythréens. L'OSAR demande de revenir à l'ancienne pratique, 27 juillet 2016, <https://www.osar.ch/assets/news/2016/160727-erythree-osar-prise-deposition-f.pdf> (consulté le 11.4.2020).

⁴⁵ TAF, arrêt du 30 janvier 2017, D-7898/2015.

⁴⁶ TAF, arrêt du 17 août 2017, D-2311/2016, c. 5.1. Traduction des auteur-e-s.

⁴⁷ TAF, arrêt du 10 juillet 2018, E-5022/2017.

⁴⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH), RS 0.101.

blement critiqués dans la société civile, les médias et les ONG⁴⁹ en particulier concernant la manière dont le TAF est arrivé à des conclusions tranchées sur la base d'informations particulièrement incertaines – une incertitude d'ailleurs reconnue par le TAF dans ces arrêts.

2. L'utilisation des informations sur les pays d'origine dans les « précédents factuels » sur l'Érythrée

L'incertitude liée aux informations disponibles sur l'Érythrée fait l'objet d'une discussion dans chacun des trois arrêts qui reconnaissent l'insatisfaisante quantité et qualité des sources d'information. Dans de nombreux domaines, l'Érythrée reste une « boîte noire », selon l'arrêt du 30 janvier 2017⁵⁰. Les juges du TAF estiment entre autre que les informations disponibles « sont souvent peu précises, pas à jour, contradictoires et non vérifiables »⁵¹. Chaque arrêt présente néanmoins une liste des sources d'information sur les pays d'origine utilisées dans l'arrêt, avec des références bibliographiques complètes. Ces listes se caractérisent par une grande variété.

Au total, 92 références différentes sont mentionnées dans les trois listes de sources. La nature des documents est très diverse ; il s'agit de communiqués de presse, de déclaration politiques, de rapports approfondis, de travaux universitaires (thèse, livres, articles), ou même d'une émission de télévision. L'origine des références est également variée : on peut les diviser entre sources gouvernementales (27 références, dont 9 d'unités COI européennes), médias (25), chercheurs-euses universitaires (12), organisations non gouvernementales (11), organisations internationales (10), et think tanks (7). Parmi les sources attribuées à des gouvernements, dix proviennent d'Érythrée, dont neuf sont des communiqués de presse du Ministère érythréen de l'information.

La grande majorité des références listées est en langue anglaise (72) et, dans une moindre mesure, allemande (16). Deux sources en français (une thèse de doctorat et une émission de la Télévision suisse romande), ainsi que deux articles de presses en norvégien et danois complètent le tableau. La plupart des références ne sont utilisées que dans un seul arrêt et seule une dizaine de références est citée dans les trois arrêts. Il s'agit de rapports d'unités COI européennes (5), d'organisations internationales (2) et non gouvernementales (2), ainsi que d'un think tank (1).

Dans le développement des arrêts, les éléments factuels retenus par les juges sont généralement appuyés par au moins

deux références. Comme l'explique le troisième arrêt, il s'agit là d'une stratégie de consolidation liée à l'incertitude quant aux informations sur l'Érythrée : « Compte tenu des préoccupations qui existent à l'égard de toutes les sources, le Tribunal administratif fédéral se concentrera principalement sur les informations qui sont présentées de manière cohérente dans diverses publications qui ont été produites indépendamment les unes des autres. En cas de divergences, la Cour s'y réfère ci-après et – si nécessaire – établit, en tenant compte de toutes les sources, les faits pertinents »⁵².

La transparence manifeste de l'utilisation des COI dans ces trois arrêts est néanmoins imparfaite. Certaines références qui n'apparaissent pas dans la liste présentée sont ajoutées directement dans les considérants⁵³, alors que quelques (rares) références présentes dans les listes ne sont finalement pas mobilisées dans les considérants. Il reste difficile, à la lecture des arrêts, de comprendre comment les sources ont été sélectionnées et quels arbitrages ont été effectués durant l'ins-truction.

De manière générale, toutefois, notre lecture attentive des arrêts ne permet pas de constater un déséquilibre flagrant entre les sources d'information, tel qu'il a pu être avancé dans certaines critiques⁵⁴. L'imbrication des trois arrêts en termes de construction de la réalité érythréenne est explicite. Le deuxième arrêt se repose sur les « précédents factuels » établis par le premier. Le troisième fait de même avec les faits constatés dans les deux autres arrêts. Ils reprennent non seulement les éléments de faits qui avaient été retenus précédemment, mais aussi les informations sur lesquelles les arrêts précédents s'étaient appuyés.

V. Conclusion

Quand Rainer Mattern militait pour davantage de transparence sur l'utilisation des COI, il préconisait que les standards de qualité exigés dans la production de COI, notamment l'explicitation et la discussion critique des sources utilisées, s'appliquent aux décisions du Tribunal. En analysant les trois arrêts de référence sur l'Érythrée, on peut penser que son vœu a été exaucé – l'information y est variée et sophistiquée ; elle est présentée de manière transparente et fait l'objet d'une évaluation critique explicite. On peut toutefois aussi noter que

⁴⁹ Parmi d'autres : OSAR, Arrêt négligent du TAF en toute connaissance de cause, 3 février 2017, <https://www.osar.ch/news/archives/2017/arrêt-négligent-du-taf-en-toute-connaissance-de-cause.html> ; ODAE, Nouveau durcissement du TAF sur les renvois en Érythrée, 17 juillet 2018, <https://oda-e-romand.ch/breve/nouveau-durcissement-du-taf-sur-les-renvois-en-erythree/> ; RTS, La justice fédérale limite le droit des Érythréens à la protection en Suisse, 12 juillet 2018, <https://www.rts.ch/info/suisse/9710779-la-justice-federale-limite-le-droit-des-erythreens-a-la-protection-en-suisse.html>.

⁵⁰ TAF, arrêt du 30 janvier 2017, D-7898/2015, c. 4.6.

⁵¹ TAF, arrêt du 17 août 2017, D-2311/2016, c. 10.1. Traduction des auteur-e-s.

⁵² TAF, arrêt du 10 juillet 2018, E-5022/2017, c. 4.3 ; traduction des auteur-e-s.

⁵³ Parmi ces références qui apparaissent dans les considérants pour appuyer des éléments factuels, on trouve notamment une décision de justice britannique, un « précédent factuel » sur l'Érythrée publié par la *Upper Court* britannique en 2016 : United Kingdom, Upper Tribunal [Immigration and Asylum Chamber], MST and Others [national service – risk categories] Eritrea CG, [2016] UKUT 00443 [IAC], 11. Oktober 2016. Par exemple TAF, arrêt du 17 août 2017, D-2311/2016, c. 12.2.

⁵⁴ OSAR, Le jugement est incompréhensible – Décision du Tribunal administratif fédéral concernant le renvoi d'une Érythréenne, 31.8.2017, <https://www.osar.ch/medias/communiqués-de-presse/2017/le-jugement-est-incompréhensible-décision-du-tribunal-administratif-fédéral-concernant-le-renvoi-d'une-erythreenne.html> (consulté le 11. 4. 2020).

cette transparence représente en même temps un jeu de clair-obscur.

D'abord, on peut constater que la non publication des rapports produits par l'unité d'analyse-pays du TAF et qui ont informé la prise de décision empêche en partie de retracer la manière dont le « précédent factuel » est établi. À la lecture des arrêts sur l'Erythrée, il reste difficile de reconstruire la manière dont les informations et les sources ont été confrontées les unes aux autres. Surtout, il est impossible de savoir quelles sources et informations à disposition des juges n'ont pas été prises en compte et selon quels critères.

On pourrait supposer, à ce propos, que le choix des informations retenues dépend essentiellement de l'argumentation juridique choisie et qu'elles servent à renforcer l'argument. Ce n'est pourtant pas l'impression qui ressort des trois arrêts sur l'Erythrée. Parmi les réserves exprimées à leur propos figure celle (partagée par les auteur.e.s) que le même développement factuel, assorti des mêmes réserves sur la qualité de informations disponibles, aurait aussi bien pu amener à prendre des décisions diamétralement opposées à celles retenues par les juges du TAF. C'est ce décalage qui a fait que ces arrêts ont été qualifiés d'incompréhensibles⁵⁵, de négligents⁵⁶, voire même de cyniques⁵⁷ par diverses voix critiques.

Au-delà du problème de traçabilité du processus de production et d'utilisation du savoir, les arrêts de référence sur l'Erythrée révèlent donc un autre aspect intimement lié à l'information sur les pays : l'importante marge d'interprétation qu'implique une bonne analyse-pays, qui explicite ses incertitudes et évite autant que possible d'entrer sur le terrain de l'interprétation juridique. Pourtant, même dans ces conditions incertaines, les juges doivent trancher.

Cette réflexion déplace la focale de la question technique de l'expertise COI vers celle du travail de la justice. En effet, il est dans ces conditions particulièrement difficile de reconstruire l'important travail d'instruction qui a lieu entre l'attribution du dossier et la publication du « précédent factuel », rendant le travail de la justice opaque pour l'observation externe. À la lecture des trois arrêts de référence sur l'Erythrée, c'est donc aussi le TAF qui apparaît comme une boîte noire. Or, afin de permettre une meilleure compréhension de la solution retenue, il serait souhaitable d'apporter plus de transparence, notamment concernant les étapes de la procédure de coordination. Cela permettrait de mieux rendre compte des négociations et des échanges formels (voire informels⁵⁸) qui jalonnent le processus de formation de la décision.

⁵⁵ asile.ch – Plateforme d'information sur l'asile, Érythrée – Jugement du TAF incompréhensible, 4 septembre 2017 <https://asile.ch/2017/09/04/osar-jugement-taf-incomprehensible/> (consulté le 11. 4. 2020).

⁵⁶ OSAR, Arrêt négligent du TAF en toute connaissance de cause, 3 février 2017, <https://www.osar.ch/medias/communiqués-de-presse/2017/arret-negligent-du-taf-en-toute-connaissance-de-cause.html> (consulté le 11. 4. 2020).

⁵⁷ Hanimann Carlos, Ein zynisches Urteil, in : Republik, 20. 7. 2018, <https://www.republik.ch/2018/07/20/ein-zynisches-urteil> (consulté le 11. 4. 2020).

⁵⁸ Selon l'auteur.e d'un article récent sur les défis liés à la coordination de jurisprudence au TAF, les discussions informelles constitueraient le moyen le plus utilisé lors de la coordination ; Adank-Schärer Anna-Barbara, Les défis liés à la coordination de la jurisprudence in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2020/1, p. 22.