

Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Chaque mois, ils se proposent de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou européenne dans ses domaines d'études, à savoir la mise en œuvre du droit européen de l'asile et de l'immigration en droit belge. Les Cahiers contiennent des commentaires en français et en anglais. Si vous n'êtes pas abonné aux Cahiers, vous pouvez le faire en adressant un mail à cedie@uclouvain.be.

These Commentaries are written by the European Rights and Migration team (EDEM), which is part of the UCL. Each month, they present recent judgments from national or European courts in the field of the implementation of European asylum and immigration law in Belgian law. The Commentaries are written in French and/or English. If you wish to subscribe, please send an email to cedie@uclouvain.be.

Dans quelques jours, le **11 février 2020**, le Mooc **Droit d'asile et des réfugiés** débute sur EdX. Destiné aux praticiens, aux acteurs de terrains, aux étudiants, aux chercheurs, il a pour objectif de vous permettre de comprendre et d'appliquer les notions complexes que sont l'asile, le principe de non-refoulement, de savoir qui doit être reconnu et protégé comme réfugié. Il se compose de capsules vidéo mais aussi de nombreuses ressources bibliographiques, de présentations infographiques et d'exercices divers afin de maîtriser la matière de manière progressive et diversifiée. L'inscription et le suivi du cours sont gratuits à moins que vous ne souhaitiez obtenir un certificat. Rejoignez-nous et faites-nous part de vos avis, suggestions, questions.
<https://www.edx.org/course/droit-dasile-et-des-refugies-2?fbclid=IwAR1HuPsgAJgYoh641Gx8PwAKQvdD9IG3dwBiKytC7WHZ2Jgmrkp9dt6fKI>

À vos agendas !

20 février et **23 avril 2020**, l'EDEM organise à Louvain-La-Neuve deux après-midi de conférence consacrées aux actualités en matière de regroupement familial. La première revient sur la composition de la famille migrante et les conditions qui lui sont imposées. La seconde met en avant le processus de circularité qui fragilise la famille migrante. Ce sera l'occasion de faire le point sur les actualités de la jurisprudence nationale et internationale sur ces questions. Une approche pluridisciplinaire offrira aussi un autre éclairage sur les familles migrantes.

Sommaire

- 1. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65 – Le contrôle judiciaire des décisions administratives: de la censure des décisions incorrectes et /ou déraisonnables. Delphine Nakache..... 3**

CeDIE – Centre Charles de Visscher
pour le droit international et européen
EDEM – Equipe droits européens et migrations
Place Montesquieu, 2
1348 Louvain-la-Neuve
Belgique
cedie@uclouvain.be

Contact :
Jean-Yves Carlier [jean-yves.carlier@uclouvain.be]
Jean-Baptiste Farcy [jean-baptiste.farcy@uclouvain.be]
Christine Flamand [christine.flamand@uclouvain.be]
Eleonora Frasca [eleonora.frasca@uclouvain.be]
Francesco Luigi Gatta [francesco.gatta@uclouvain.be]
Hélène Gribomont [helene.gribomont@uclouvain.be]
Luc Leboeuf [luc.leboeuf@uclouvain.be]
Matthieu Lys [matthieu.lys@uclouvain.be]
Trésor Maheshe Musole [musole.maheshe@uclouvain.be]
Emmanuelle Néraudau [eneraudau@gmail.com]
Matthias Petel [matthias.petel@uclouvain.be]
Géraldine Renaudière [geraldine.renaudiere@uclouvain.be]
Sylvie Sarolea [sylvie.sarolea@uclouvain.be]
Alice Sinon [alice.sinon@uclouvain.be]
Lilian Tsourdi [evangelia.tsourdi@uclouvain.be]



Les Cahiers de l'EDEM ont vu le jour dans le cadre du projet de recherche fonds européen pour les réfugiés – UCL.

Citoyenneté – employés d'un gouvernement étranger – contrôle judiciaire – norme de contrôle.

Le 19 décembre 2019, la Cour suprême du Canada a rendu un arrêt de principe dans trois affaires visant à clarifier la démarche utilisée par les tribunaux judiciaires lorsqu'ils révisent des décisions administratives et le degré de déférence dont ils doivent faire preuve à l'égard du décideur administratif (ce que l'on appelle la norme de contrôle). La cour a expliqué sa nouvelle approche dans l'affaire [Canada \(Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration\) c. Vavilov](#), qui a par la suite été appliquée dans le cadre de deux appels entendus ensemble dans l'affaire [Bell Canada c. Canada \(Procureur général\)](#). L'affaire Vasilov est très importante pour ce qui relève des nouveaux critères entourant le contrôle judiciaire des décisions administratives. Elle apporte également un éclairage utile -et bienvenu- concernant l'interprétation d'une disposition spécifique de la [Loi sur la citoyenneté](#) concernant les enfants nés au Canada de parents employés d'un gouvernement étranger, mettant ainsi fin à une longue bataille juridique. Dans les lignes qui suivent, ces deux aspects de l'affaire sont abordés.

2. C.C.E., 26 novembre 2019, n° 229 265 – Violences sexuelles au Kosovo : l'octroi de besoins procéduraux spéciaux par le CGRA et de la protection par le CCE. [Hélène Gribomont](#)..... 10

Asile – nouvelle demande – Kosovo – conflit 1998-1999 – violences sexuelles – difficultés psychologiques – reconnaissance.

Le Conseil du contentieux des étrangers reconnaît le statut de réfugié à une ressortissante kosovare alléguant avoir subi de graves violences sexuelles commises par la police serbe pendant le conflit de 1998-1999. Elle invoque en outre les difficultés psychologiques en résultant. Le juge prend en compte le traumatisme et le sentiment de peur constant de la requérante depuis les événements, ainsi que sa crainte d'être ostracisée par son mari et sa famille, si ceux-ci venaient à être informés en cas de retour au pays.

3. Conseil de Prud'hommes de Paris, 17 décembre 2019, n° RG F 17/10051 – Des travailleurs étrangers sans papiers victimes d'une « discrimination systémique » : les prémises d'un concept novateur ? [Jean-Baptiste Farcy](#) 17

Droit à l'égalité et interdiction de la discrimination - Discrimination « systémique » - Travailleurs sans papiers – Travail dissimulé – Respect des droits des travailleurs – Régularisation par le travail.

Le Conseil de Prud'hommes de Paris juge que des travailleurs d'origine malienne et sans titre de séjour en France ont été victimes d'une discrimination systémique sur leur lieu de travail. Les abus commis par leur employeur ont été facilités par le statut administratif des travailleurs. La décision ne définit toutefois pas le concept de « discrimination systémique », limitant ainsi les perspectives d'avenir.

1. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)

C. VAVILOV, 2019 CSC 65

Le contrôle judiciaire des décisions administratives : de la censure des décisions incorrectes et /ou déraisonnables

Delphine Nakache

A. Arrêt

Voici les faits tels que résumés par la Cour Suprême, aux paragraphes 147 à 151 :

« M. Vavilov naît à Toronto [en] 1994 (...) Au moment de sa naissance, ses parents se font passer pour des Canadiens en utilisant des noms d'emprunt (...) En fait, [ils] sont des étrangers en mission (...) pour le service des renseignements étrangers de la Russie (...) Jusqu'à l'âge d'environ 16 ans, M. Vavilov ne sait pas que ses parents ne sont pas ceux qu'ils prétendent être. Il croit être citoyen canadien de naissance. Il vit et s'identifie comme un Canadien, et il détient un passeport canadien. Il apprend les deux langues officielles et est fier de ses origines. Il apprend la véritable identité de ses parents le 27 juin 2010, lorsqu'ils sont arrêtés aux États-Unis et accusés (avec plusieurs autres individus) de complot en vue d'agir en tant qu'agents non accrédités d'un gouvernement étranger (...) Ses parents plaident coupables et (...) sont renvoyés en Russie (...) En octobre 2010, M. Vavilov tente en vain de renouveler son passeport canadien (...) M. Vavilov présente une demande de certificat de citoyenneté canadienne en octobre 2012 et obtient ce certificat le 15 janvier 2013 (...). M. Vavilov (...) reçoit une lettre dite « d'équité procédurale » de la greffière de la citoyenneté canadienne datée du 18 juillet 2013. Dans cette lettre, la greffière l'informe qu'il n'a jamais eu le droit d'obtenir un certificat de citoyenneté, que son certificat de citoyenneté lui a été délivré par erreur, et qu'il n'est pas un citoyen canadien suivant l'al.3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. La greffière invite M. Vavilov à présenter des observations en réponse à cette lettre, ce qu'il fait. Le 15 août 2014, la greffière annule officiellement le certificat de citoyenneté canadienne de M. Vavilov en application du par.26(3) du *Règlement sur la citoyenneté* ».

M. Vavilov demande et obtient l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de la greffière devant la Cour fédérale en vertu de l'art.22.1 de la *Loi sur la citoyenneté*. La Cour fédérale, en rendant sa décision¹, donne raison à la greffière. Toutefois, la Cour d'appel fédérale accueille à la majorité l'appel interjeté par M. Vavilov contre le jugement de la Cour fédérale et casse la décision de la greffière². La Cour Suprême confirme le jugement de la Cour d'appel fédérale et conclut que M. Vavilov est un citoyen canadien.

La principale question soumise à la Cour Suprême était de savoir s'il était raisonnable pour la greffière de conclure que les parents de M. Vavilov- des espions Russes- étaient des "représentant[s] à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger" au sens de l'al. 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* (para. 171). Avant d'expliquer pourquoi une telle conclusion n'était pas raisonnable, la Cour Suprême commence par déterminer si la Cour d'appel fédérale a défini et appliqué la norme de contrôle appropriée à la décision de la greffière de la citoyenneté (pour rappel, la Cour fédérale avait statué que la décision de greffière était « correcte » alors que la Cour d'appel fédérale avait jugé que cette même décision était « déraisonnable »). Elle en profite pour établir une nouvelle façon

¹ Cour fédérale (le juge Bell), 2015CF960

² Cour d'appel fédérale (le juge Stratas, avec l'accord du juge Webb; la juge Gleason, dissidente), 2017CAF132.

pour les cours de justice de déterminer la norme de contrôle applicable dans les processus de révision des décisions administratives, incluant les affaires en matière d'immigration et d'asile).

B. Éclairage

1. Une clarification du droit applicable au contrôle judiciaire des décisions administratives

Au Canada, la norme de contrôle est la démarche juridique employée par les cours de justice lorsqu'elles doivent réviser une décision administrative - c.à.d., une décision non judiciaire prise par un gouvernement ou par une personne ou organisme agissant en son nom-. En matière d'immigration et d'asile, conformément au paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, c'est la Cour fédérale qui peut contrôler une décision, ordonnance ou mesure découlant de la Loi. Toutefois, un aspect particulier du droit de l'immigration et de l'asile au Canada est que toute personne qui recherche le contrôle judiciaire d'une mesure ou décision- prise par exemple par la Commission de l'Immigration et du Statut de Réfugié, Immigration et Réfugiés Citoyenneté Canada, ou l'Agence sur la Sécurité des frontières du Canada – doit d'abord en demander l'autorisation à la Cour. Par conséquent, le contrôle judiciaire des décisions rendues en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* est une procédure en deux étapes. La première consiste à demander à la Cour la permission de présenter l'affaire : si la demande est rejetée, l'affaire ne va pas plus loin puisqu'il est impossible d'en appeler de cette décision (al. 72(2)e)). Si l'autorisation est donnée, l'étape suivante est la demande de contrôle judiciaire.

Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* (2008), la Cour suprême a stipulé qu'il existait deux normes de contrôle : celle de la « décision correcte » et celle de la « décision raisonnable ». Selon la norme de la décision correcte, une cour de justice ne fait pas montre de déférence à l'égard du raisonnement du décideur. En d'autres termes, la « décision correcte » est la « seule bonne réponse possible à la lumière du droit et des faits³ ». Selon la norme de la décision raisonnable, une cour de justice fait preuve de déférence envers le décideur, donc une « décision raisonnable » est « le résultat d'un raisonnement cohérent. Elle doit être sensée à la lumière du droit et des faits⁴ ». Cela signifie que tant que les décisions et processus de raisonnement des organismes administratifs respectent le caractère raisonnable, elles ne peuvent être invalidées par les cours de justice, même si ces dernières parviendraient à une décision différente. En somme, et pour résumer simplement, avec la norme de la décision correcte, la cour qui révisé la décision fait sa propre analyse et détermine si la décision contestée est la bonne, alors qu'avec la norme de la décision raisonnable, la Cour qui révisé la décision détermine si le raisonnement qui la sous-tend est rationnel et intelligible, sans que ce soit nécessairement la seule option possible. Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour Suprême a également établi qu'il y avait une présomption d'application de la norme de la décision raisonnable à l'égard des décisions administratives. Cette présomption pouvait être réfutée en faveur de la norme de la décision correcte dans des cas précis, mais la question de savoir quels étaient ces cas précis faisait

³ Cour Suprême du Canada, « Jurisprudence en bref : la norme de contrôle (tirée de Vavilov, un jugement de la « trilogie d'arrêts en droit administratif ») »; en ligne : <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2019/37748-37896-37897-fra.aspx> (date de modification: 19 décembre 2019).

⁴ Ibid.

l'objet de nombreux débats et désaccords, tout comme celle concernant la manière dont il convenait d'appliquer chaque norme.

Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême conserve les deux normes de contrôle existantes, mais elle part du constat que ses décisions antérieures concernant la norme de contrôle ne produisent pas les effets escomptés, et elle saisit donc cette occasion pour revoir complètement son cadre d'analyse servant à déterminer la norme applicable. Le nouveau cadre d'analyse résultant de l'arrêt *Vavilov* peut être résumé comme suit :

- Une décision administrative doit être révisée par les tribunaux selon la norme de la décision raisonnable (*Vavilov*, para. 23-30). Si une décision n'est pas « raisonnable », l'affaire doit être renvoyée au décideur pour qu'il la réexamine, et il est alors possible que le décideur arrive au même résultat ou à un résultat différent (il arrive cependant, à de très rares occasions, qu'une cour de justice décide tout simplement de remplacer la décision rendue par le décideur par la sienne).
- Il y a deux situations où la norme applicable n'est pas celle de la « décision raisonnable » :
 - 1) Lorsque le législateur a lui-même indiqué dans la loi la norme de contrôle à appliquer, que ce soit explicitement ou en prévoyant un droit d'appel (para. 34-54)⁵.
 - 2) Lorsque la primauté du droit exige que la décision soit révisée selon la norme de la décision correcte, soit à l'égard des questions constitutionnelles, des questions de droit d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ou des questions touchant la limite entre les compétences des tribunaux administratifs (para. 55-64). Dans ces situations, si la décision qui a été rendue n'est pas la décision « correcte », la cour de justice la modifiera, sans renvoyer l'affaire au décideur.

En appliquant son raisonnement (résumé ci-dessus) à la présente affaire, la Cour Suprême conclut que la Cour d'appel fédérale a défini et appliqué la norme de contrôle appropriée à la décision de la greffière de la citoyenneté. La Cour Suprême conclut également, au même titre que la Cour d'appel fédérale, que l'interprétation par la greffière de l'al. 3(2)(a) de la *Loi sur la citoyenneté* était déraisonnable (para. 342). Ci-dessous, nous expliquons le raisonnement de la Cour qui sous-tend sa décision.

2. Une interprétation plus étroite de l'exception à la règle générale selon laquelle toute personne née au Canada possède la citoyenneté canadienne

Au Canada, la *Loi sur la citoyenneté* (la Loi) stipule qu'il existe trois façons pour une personne d'acquérir la citoyenneté canadienne : 1) par naissance en sol canadien (al.3(1)a) de la Loi); 2) par filiation (al. 3(1) b) de la Loi) ; 3) par attribution (ou naturalisation, al. 3(1) c) de la Loi). Ainsi, en fonction de l'al. 3(1)a) de la Loi, toute personne née au Canada après l'entrée en vigueur de la loi actuelle (donc après le 14 février 1977) acquiert automatiquement la citoyenneté, du simple fait de sa naissance en territoire canadien. Toutefois, au titre de l'al. 3(2)a) de la Loi, il existe une exception à cette règle générale. En effet, la loi précise que la citoyenneté canadienne par naissance n'est pas

⁵ En appel, les normes de contrôle applicables sont les mêmes que celles qu'utilisent les cours de justice pour trancher les appels formés à l'encontre des décisions des cours inférieures. La norme est donc celle de la « décision correcte ».

reconnue à « la personne dont, au moment de la naissance, les parents n'avaient qualité ni de citoyens ni de résidents permanents et dont le père ou la mère était [. . .] agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger ».

La décision de la greffière d'annuler le certificat de citoyenneté de M. Vavilov reposait sur son interprétation de l'al 3(2)a de la Loi. En fait, la greffière s'est largement appuyée sur un rapport rédigé par un analyste subalterne pour rendre sa décision (para. 153). Ce rapport mentionnait que l'expression « représentant à un autre titre ou au service d'un gouvernement étranger » n'est pas définie dans la Loi, mais que le terme « agent diplomatique ou consulaire » est au contraire défini au par. 35(1) de la *Loi d'interprétation*, et il en conclut donc que l'expression « représentant à un autre titre ou au service d'un gouvernement étranger » englobe toutes les personnes qui ne sont pas visées par la définition du terme « personnel diplomatique et consulaire », y compris les espions infiltrés comme les parents de M. Vasilov qui ne bénéficient pas des avantages ou de l'immunité dont jouissent les personnes affectées à des missions diplomatiques ou à des postes consulaires ou officiels (para. 156-159). Appliquant la norme de la décision correcte, la Cour fédérale souscrit à l'opinion de la greffière selon laquelle les agents d'infiltration étrangers vivant au Canada sont visés par les mots « agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger » de l'al.3(2)a, même s'ils n'ont pas de statut diplomatique ou consulaire. Selon la Cour fédérale, « interpréter l'al.3(2)a d'une autre façon aurait pour effet de rendre l'expression 'représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger' vide de sens » et donnerait lieu à un « résultat absurde»: «les enfants d'un diplomate étranger qui travaille dans une ambassade et mène des opérations d'espionnage ne seraient pas citoyens canadiens de naissance, alors que les enfants de personnes qui sont entrées illégalement au Canada pour accomplir des opérations similaires le seraient» » (para. 162). Toutefois, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale concluent que l'interprétation de l'al. 3(2)a donnée par l'analyste et adoptée par la greffière était déraisonnable. Selon eux, lorsqu'on prend en compte le contexte et l'objet de cette disposition (ce que l'analyste n'a pas fait), la seule conclusion raisonnable est que l'al.3(2)a ne s'applique qu'aux personnes à qui on a accordé des privilèges et immunités diplomatiques reconnus en droit international (para. 167). La Cour Suprême accueille la décision de la Cour d'appel fédérale et conclut (para. 194):

« L'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* pris dans son ensemble, les autres lois et traités internationaux qui éclairent l'objet de cette disposition, la jurisprudence citée dans le rapport de l'analyste et les conséquences possibles de la décision de la greffière mènent inéluctablement à la conclusion que le Parlement ne voulait pas que l'al.3(2)a s'applique aux enfants des personnes à qui on n'a pas accordé de privilèges et d'immunités diplomatiques. Le défaut de la greffière de justifier sa décision à l'égard de ces contraintes rend son interprétation déraisonnable. Nous sommes par conséquent d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a cassé la décision de la greffière ».

Cette conclusion de la Cour Suprême est importante à plusieurs égards. Tout d'abord, elle permet un encadrement plus serré de l'exception à la règle générale selon laquelle toute personne née au Canada possède la citoyenneté canadienne, en rappelant que les personnes visées par l'al.3(2)a de la Loi ne sont pas toutes celles qui sont «au service au Canada d'un gouvernement étranger » : ces personnes doivent également s'être vu accorder – du moins à l'époque pertinente–certains privilèges et immunités diplomatiques. Cette décision rappelle également l'importance de tenir compte

adéquatement et suffisamment des débats des législateurs, des décisions des tribunaux, du texte de la loi et du droit international quand vient le temps d'interpréter une disposition législative qui n'est pas définie dans la loi. Cela est crucial dans un contexte comme celui-ci, où une telle disposition a pour effet d'enlever des droits fondamentaux, en l'occurrence la citoyenneté acquise au titre du par.3(1). Le rappel de la Cour Suprême sur les conséquences extrêmement sévères d'une interprétation trop étroite de la loi pour une catégorie non-définie de personnes est donc particulièrement bienvenue ici.

Habituellement, et tel qu'expliqué précédemment, si une cour de justice juge qu'une décision administrative est déraisonnable, elle renvoie l'affaire au décideur pour qu'il l'examine à nouveau. Toutefois, la Cour Suprême a établi qu'il ne servirait à rien de le faire en l'espèce, car M. Vavilov avait déjà soulevé toutes ces questions et rien n'avait fait changer d'avis la greffière (para. 195-196). Les juges ont donc conclu que M. Vavilov est un citoyen canadien.

3. Conclusion

L'arrêt *Vavilov* est un arrêt important pour plusieurs raisons.

1. Tout d'abord, il clarifie quelle norme de contrôle s'applique dans les cas où une décision administrative doit être révisée par les cours de justice, ce qui permet, par exemple, de procéder dorénavant à une distinction nette entre le contrôle judiciaire (norme de la décision raisonnable) et l'appel (norme de la décision correcte). En outre, et bien que ce point n'ait pas été abordé dans ce commentaire d'arrêt, *Vavilov* offre aux cours de justice des indications utiles pour les aider à déterminer si une décision administrative est raisonnable (para. 73 à 143), ce qui, en retour, peut encourager les décideurs administratifs à mieux établir le bien-fondé de leurs décisions. Toutefois, comme formulé dans les opinions minoritaires des juges Abella et Karakatsis, on peut également s'inquiéter que cette nouvelle approche de la Cour élargit « considérablement les circonstances dans lesquelles les juges généralistes pourront substituer leur propre opinion à celles des décideurs spécialisés qui exercent leur mandat au quotidien » (résumé par la Cour Suprême des motifs des juges minoritaires), et il est fort à parier que ce « volte-face » (para. 199) de la Cour par rapport à sa jurisprudence précédente entraînera une augmentation du volume d'appel des décisions des organismes administratifs.
2. L'arrêt *Vavilov* permet également de limiter la portée de l'al. 3(2)a de la *Loi sur la citoyenneté* en concluant que cet alinéa s'applique uniquement aux ressortissants étrangers qui bénéficient de privilèges et immunités diplomatiques. Ce sont de bonnes nouvelles dans un contexte où l'al. 3(2) de la Loi a été jusqu'ici appliqué par les cours Canadiennes d'une manière plutôt large⁶. En effet, suite à l'arrêt *Vavilov*, on peut s'interroger très sérieusement sur le bien-fondé de l'al.3(2)b de la Loi. Cet article stipule que la règle générale selon laquelle un enfant né au Canada est citoyen canadien ne s'applique pas « à la personne dont, au moment de la naissance, les parents n'avaient qualité ni de citoyens ni de résidents permanents et dont le père ou la mère était (...) au service [d'un agent diplomatique ou consulaire ou d'une personne représentant au Canada

⁶ Voir par exemple, *Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008CF614; *Budlakoti c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 139.

un gouvernement étranger] ». Cela signifie, par exemple, que les enfants nés au Canada d'un travailleur étranger au service d'une ambassade à titre d'aide domestique qui n'a pas d'immunité ou de privilège diplomatique ne pourront acquérir la citoyenneté canadienne: les conséquences pour ces derniers sont, au même titre que pour M. Vavilov, particulièrement graves, et cette injustice mériterait d'être corrigée.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : [Canada \(Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration\) c. Vavilov, 2019 CSC 65](#)

Jurisprudence : [Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9 \(CanLII\)](#), [2008] 1 RCS 190

Pour citer cette note : D. NAKACHE, « Le contrôle judiciaire des décisions administratives : de la censure des décisions incorrectes et /ou déraisonnables », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2020.

Parallèles en droit de l'UE et en droit national par Sylvie Sarolea

Sur la norme de contrôle applicable en matière d'asile au sein de l'UE, voy. l'arrêt *Torubarov* et son [commentaire par Eleonora Frasca](#). La CJUE précise que le mécanisme de contrôle juridictionnel des décisions en matière d'asile peut priver les demandeurs de leur droit à un recours effectif lorsqu'il consiste à renvoyer à l'autorité administrative et que celle-ci ne se conforme pas à la décision judiciaire. Il se déduit de l'article 46, paragraphe 3, de la directive 2013/32, lu en combinaison avec l'article 47 de la Charte, ayant un effet direct, que le juge national doit substituer sa propre décision à celle de l'autorité administrative, en écartant, le cas échéant, le droit national qui lui interdirait de procéder de la sorte, accordant ainsi une protection.

En droit belge, voy. les réflexions sur l'agencement des recours et le pouvoir du juge face à l'administration (J.-Y. Carlier et S. Sarolea, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, §§ 752 et s.). En dehors de l'asile où le juge dispose dans la plupart des cas d'un pouvoir de plein contentieux, le juge administratif, le Conseil du contentieux des étrangers, n'exerce qu'un contrôle marginal de la légalité. La distinction entre décision correcte ou raisonnable n'est pas opérée. D'une part, le juge ne peut sanctionner qu'une décision ou une procédure affectée d'un vice de légalité. D'autre part, il ne peut en aucun cas substituer son analyse à celle de l'administration.

La première limite n'exclut pas que l'on se pose la question de la norme de contrôle dès lors que de nombreux droits appellent à une analyse de la proportionnalité. Tester la proportionnalité d'une décision excède un examen purement technique et amène naturellement à se poser la question du caractère raisonnable de la décision prise. Jusqu'à ce jour la jurisprudence administrative en matière d'immigration contourne cette difficulté en limitant dans la toute grande majorité des arrêts son contrôle à celui de la motivation adéquate.

Les réflexions canadiennes devraient inspirer le législateur qui pourrait envisager un contrôle de plein contentieux en matière d'immigration tout en ajustant l'ampleur du contrôle du juge en fonction de la marge d'appréciation dont l'administration doit disposer, cette dernière étant fonction du droit en cause. L'opportunité d'un maintien de la distinction entre le contrôle marginal de légalité et le contrôle de plein contentieux, dans une matière impliquant des droits subjectifs, est questionnée depuis des années. Les droits en cause, parmi lesquels le droit fondamental au respect de la vie

familiale, ne s'accommodent pas d'un juge réduit à exercer une compétence négative, car annuler c'est supprimer, sans pouvoir, positivement, porter remède au « mal » constaté. L'annulation remet la situation dans son état antérieur, mais ne permet pas de garantir la jouissance du droit subjectif en cause. Il est de nombreux cas de carrousel administratif dans lesquels un requérant obtient successivement plusieurs annulations, sans toutefois qu'une décision favorable ne soit adoptée par l'administration.

Ces difficultés entament le caractère effectif de la procédure devant le Conseil du contentieux des étrangers. Avec Jean-Yves Carlier, nous pensons que « le dédoublement de procédure devant le Conseil du contentieux des étrangers ne devrait pas être maintenu. Tout recours devrait être de plein contentieux et en principe suspensif. Le privilège du préalable de l'administration doit, en matière de séjour des étrangers, être renversé, car l'exécution d'une mesure de refoulement ou d'éloignement du territoire entraîne nécessairement un préjudice grave difficilement réparable si la mesure devait, par la suite, être rapportée. Le principe de la suspension de plein droit pourrait être soumis à des exceptions dûment motivées dans la décision administrative susceptible, dans ce cas, d'un référé administratif » (J.-Y. Carlier, « Évolution procédurale du statut de l'étranger : constats, défis, propositions », *J.T.*, 2011, p. 117).

2. C.C.E., 26 NOVEMBRE 2019, N° 229 265

Violences sexuelles au Kosovo : l'octroi de besoins procéduraux spéciaux par le CGRA et de la protection par le CCE

Hélène Gribomont

A. Arrêt

1. *Rétroactes*

La requérante est de nationalité kosovare et d'origine ethnique albanaise. Elle a introduit une **première demande d'asile** en compagnie de son mari. En son chef, elle a invoqué des problèmes psychologiques suite aux exactions par les Serbes dont elle a été témoin lors du conflit de 1998-1999.

Le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides a pris une décision de refus. Il ne remet pas en question les faits tragiques que la requérante déclare avoir vécus pendant la guerre ni ses problèmes psychologiques. Toutefois, il a avancé trois motifs justifiant une décision négative. La situation sécuritaire au Kosovo a fondamentalement changé et il n'existe aucune raison de penser que la requérante pourrait être confrontée à des événements tels que ceux passés. Rien n'indique qu'en cas de retour, elle ne pourrait bénéficier d'un suivi médical adapté à ses difficultés. Elle a résidé jusqu'en 2007, soit plus de sept années après les faits, dans la zone des événements traumatiques tout en connaissant des périodes d'amélioration de son état. La requérante n'a **pas** introduit **de recours** contre la décision du Commissariat général.

La requérante a introduit une demande de « régularisation médicale » (article 9 ter, loi du 15 décembre 1980). L'office des étrangers a pris une décision de refus.

La requérante a introduit seule une **seconde demande d'asile**. Elle a invoqué ses problèmes psychologiques suite aux exactions dont elle a été témoin, comme pour la première demande. Elle a ajouté avoir été enlevée par la police serbe et avoir été victime de violences sexuelles pendant la séquestration. Selon elle, son état psychologique est surtout dû à ces faits particuliers. Elle n'a osé les divulguer que récemment à un nombre restreint de professionnels (son avocate, sa psychologue et son assistante sociale). Outre ces problèmes psychologiques, elle invoque craindre qu'en cas de retour, son entourage – mari et belle-famille – prenne connaissance qu'elle a été victime de violences sexuelles et partant, la stigmatise, la rejette et lui prenne ses enfants.

Le Commissariat général a pris une décision d'irrecevabilité de la demande sur la base de l'article 57/6/2, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980.

Il a retenu certains besoins procéduraux spéciaux et a pris les mesures de soutien adéquates. Le mari de la requérante n'étant pas au courant des nouveaux éléments invoqués, les dossiers administratifs, initialement joints, ont été séparés et la requérante a été invitée à élire domicile à l'adresse de son avocate afin d'éviter que la décision soit expédiée à l'adresse du couple et que le mari en prenne connaissance. De surcroît, vu la nature des faits invoqués et de l'état psychologique fragile de la requérante, le Commissariat général a désigné comme officier de protection une femme spécialisée dans les entretiens des personnes vulnérables.

Il a estimé que les nouveaux éléments ne permettaient pas de justifier l'octroi d'une protection internationale. Concernant les problèmes psychologiques de la requérante, il a déclaré que les motifs exposés dans la première décision restaient d'application. Concernant la crainte de stigmatisation, de rejet et de retrait de ses enfants, il considère que ce sont des hypothèses qui ne sont pas soutenues par des indices concrets. De plus, rien n'indique qu'elle ne pourra bénéficier d'un suivi psycho-médical approprié en cas de retour.

La requérante a introduit un **recours** contre la décision du Commissariat général.

2. *Décision*

Le Conseil du contentieux des étrangers déclare ne pas pouvoir se rallier à la motivation de la décision.

(1) Il constate que la requérante a exposé de manière convaincante les raisons pour lesquelles elle n'a exprimé que tardivement le fait qu'elle a été victime de graves violences sexuelles pendant la guerre. Elle a soutenu ses déclarations par des éléments médicaux attestant du cheminement qui a été le sien (para. 2.6.1).

(2) Il rappelle ensuite qu'en général

« sous réserve de l'application éventuelle d'une clause d'expulsion, la question à trancher au stade de l'examen de l'éligibilité au statut de réfugié se résume en définitive à savoir si le demandeur a ou non des raisons de craindre d'être persécuté du fait de l'un des motifs visés par la Convention de Genève. Si l'examen de crédibilité auquel il est habituellement procédé constitue, en règle, une étape nécessaire pour répondre à cette question, il fait éviter que cette étape n'occulte la question en elle-même. Dans les cas où un doute existe sur la réalité de certains faits ou la sincérité du demandeur, l'énoncé de ce doute ne dispense pas de s'interroger *in fine* sur l'existence d'une crainte d'être persécuté qui pourrait être établie à suffisance, nonobstant ce doute, par les éléments de la cause qui sont, par ailleurs, tenus pour établies » (para. 2.6.3).

(3) En l'espèce, après une nouvelle analyse approfondie du dossier combinant les déclarations de la requérante lors des auditions, les documents apportés (notamment psychologiques et psychiatriques) et la teneur des débats tenus à l'audience, le Conseil retient les éléments suivants. Il n'est pas contesté que la requérante a été victime de graves violences sexuelles. Celles-ci ont occasionné des conséquences graves sur la santé physique et mentale de la requérante, ce qui est attesté par des éléments médicaux. La requérante « rend compte de son vécu personnel de manière précise, constante et circonstanciée » ; elle « explique de manière plausible et cohérente le traumatisme persistant, le sentiment de peur qui ne l'a jamais quittée depuis les événements qu'elle dénonce, la crainte d'être ostracisée par sa famille et la société ainsi que celle d'être séparée de ses enfants si les violences dont elle a été victime étaient révélées – craintes renforcées au regard du cadre de vie familial traditionnel qu'elle décrit et illustre de manière tout aussi consistante ». S'agissant des conditions de vie de la requérante depuis la commission des faits de violences, elle déclare « de manière parfaitement cohérente et plausible, de peur d'être rejetée par sa famille ou de détruire celle-ci, taire ces événements et du fait de ce refoulement, vivre dans une crainte constante qui se trouve vraisemblablement à l'origine de son état de détresse actuel ». Par ailleurs, elle expose « de manière convaincante son vécu et son ressenti face à l'attitude de sa famille lorsque

des cas similaires au sien sont abordés, élément qui a manifestement participé à la détérioration de son état de santé physique mais surtout psychique » (para. 2.6.3).

Concernant plus particulièrement les documents, le Conseil prend acte du rapport médical psychiatrique qui « expose de manière circonstanciée les raisons pour lesquelles, dans le présent cas d'espèce, un retour de la requérante dans son pays d'origine s'avère tout à fait contre-indiqué ». Il retient aussi les informations pertinentes apportés par la requérante « dont il ressort notamment que si une évolution semble être intervenue au Kosovo, la stigmatisation des femmes victimes de ce type de violence est toujours bien présente, constats qui, d'une part, corroborent le bien-fondé des craintes invoquées par la requérante, d'autre part, doit inciter à une grande prudence dans l'évaluation de la présente demande de protection internationale, et enfin, rendent hypothétique une protection effective de la requérante contre les persécutions qu'elle redoute » (para. 2.6.3).

Eu égard à ce qui précède, le Conseil estime qu'il est établi à suffisance que « la vie est devenue intolérable pour la requérante dans son pays d'origine », se référant au paragraphe 42 du Guide des procédures et critères du HCR. Il lui reconnaît donc le statut de réfugié (para. 2.7).

B. Éclairage

L'arrêt commenté nous inspire deux observations, non exhaustives. Celles-ci portent sur les mesures prises par le Commissariat général concernant les besoins procéduraux spéciaux (1) et sur le raisonnement du Conseil du contentieux des étrangers (2).

1. Besoins procéduraux spéciaux

En l'espèce, le Commissariat général a pris trois mesures pour répondre aux besoins procéduraux spéciaux de la requérante : la séparation des dossiers administratifs de celle-ci et de son mari, l'invitation à élire son domicile à l'adresse de son avocate et la désignation comme officier de protection d'une femme spécialisée dans les entretiens des personnes vulnérables.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 novembre 2017 modifiant la [loi du 15 décembre 1980](#) et la loi du 12 janvier 2007, en mars 2018, une procédure est prévue afin d'identifier les besoins procéduraux spéciaux des demandeurs d'asile et d'en tenir compte par la suite. Le législateur a ainsi transposé l'article 24 de la [directive procédures](#) consacré aux « demandeurs nécessitant des garanties procédurales spéciales ». Auparavant, seules les vulnérabilités visibles ou clairement identifiées étaient enregistrées dans une base de données (Evibel) à laquelle Fedasil avait également accès. L'impact de ce processus sur la procédure et l'évaluation de la demande d'asile semblait plutôt limité car l'information était principalement utilisée pour déterminer les besoins spéciaux en termes d'accueil.

L'article 48/9, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 dispose que le demandeur d'asile a désormais la possibilité, au début de la procédure, de « faire valoir de manière précise et circonstanciée dans un questionnaire [...] les éléments dont ressortent ses besoins procéduraux spéciaux, et ce afin de pouvoir bénéficier des droits, et se conformer aux obligations prévus » par la loi. Transposant la directive européenne, cette disposition vise à fournir un « soutien adéquat » au demandeur qui en

éprouve le besoin, pour autant que ses besoins spéciaux en matière de procédure soient suffisamment démontrés.

Le questionnaire « besoins procéduraux spéciaux » est donné au requérant par l'Office des étrangers. La détermination des besoins s'effectue sur la base de celui-ci et des éléments suivants, listés sur le [site](#) du Commissariat général : la déclaration du demandeur à l'Office et le questionnaire préparatoire du Commissariat ; les éventuelles pièces transmises (certificats médicaux ; etc.) ; les éventuelles recommandations quant aux besoins procéduraux sur la base d'un examen médical¹ ; et les éventuelles recommandation émanant de la structure d'accueil.

Sur son [site](#), le Commissariat général liste les mesures de soutien possible. Il s'agit de la préparation ou l'organisation d'un entretien personnel (une lettre de convocation adaptée, une date spécifique, un traitement prioritaire ou différée de la demande, l'envoi d'une demande écrite de renseignements, un entretien personnel en déplacement, un examen médical complémentaire ou une demande de recommandations médicales, etc.), les modalités de l'entretien personnel (assistance par un tuteur dans le cas de mineurs non accompagnés, officier de protection ayant une expertise particulière, questions adaptées, entretien personnel bref ou plusieurs entretiens, assistance par un interprète de la langue des signes, sexe de l'officier de protection et/ou de l'interprète, etc.) et le suivi après l'entretien personnel (accorder un délai supplémentaires pour l'envoi de pièces justificatifs d'ordre médical, etc.).

En pratique, la lecture d'arrêts du Conseil du contentieux des étrangers indique que le Commissariat général a déjà par exemple prises les mesures de soutien suivantes. [Concernant une demandeuse togolaise dans une situation de stress important](#), l'officier de protection a pris soin de lui expliquer l'état de la procédure au début des deux entretiens, il a procédé à une pause au milieu de ceux-ci, il a répété les questions posées lorsque c'était nécessaire et l'a informée de l'importance de répondre de manière complète aux questions posées. [Pour les mineurs](#), l'entretien est mené par un officier de protection spécialisé et ayant suivi une formation spécifique quant à l'entretien avec des mineurs de manière professionnelle et adéquate, l'entretien se déroule en présence du tuteur et de l'avocat qui ont la possibilité de formuler des observations et de déposer des pièces, il est tenu compte du jeune âge et de la maturité dans l'évaluation des déclarations ainsi que de la situation dans le pays d'origine. [Un demandeur guinéen souffrant d'un syndrome psychotraumatique](#) s'est vu signaler qu'il pouvait demander des pauses si nécessaires lors de l'entretien. L'officier de protection s'est assuré qu'il était en état de réaliser l'entretien et a pris en considération son état psychologique dans l'analyse du dossier. [Pour un demandeur congolais sensible aux bruits, sujet à des migraines, ayant des difficultés à gérer ses émotions et des problèmes de mémoire, suite à une hémorragie cérébrale](#), le Commissariat général a prévu l'entretien sur une journée entière pour lui donner le temps de s'exprimer. Des questions lui ont été posées au début sur son état de santé, les traitements reçus au Congo et le suivi en Belgique. L'officier de protection a demandé qu'il réponde par « je ne sais plus » ou « je ne me souviens plus » s'il ne se rappelait pas de quelque chose. De plus, il y a eu une pause de 25 minutes lorsque le demandeur s'est plaint de maux de tête. Encore, une [ressortissante](#)

¹ L'article 48/9, § 2, établit qu'un fonctionnaire médecin ou un autre praticien professionnel des soins de santé compétent, désigné par l'Office des étrangers, peut, par le biais d'un examen médical, faire des recommandations au sujet des besoins procéduraux spéciaux que le demandeur peut éprouver.

ivoirienne a demandé à être interrogée par un agent féminin, dans un délai d'au moins deux mois après l'introduction de sa demande afin de lui permettre de consulter un psychologue, ce qui a été respecté par le Commissariat général. Elle a également demandé à être assistée par un interprète baoulé. Le Commissariat n'ayant pas pu lui fournir un tel interprète, les entretiens ont eu lieu en français mais il a été veillé à ce qu'il n'y ait aucune difficulté d'énonciation ou de compréhension.

Toutefois, dans la majorité des cas, la possibilité consacrée par l'article 48/9, § 1^{er}, n'aboutit pas. Le Commissariat général utilise alors une formule devenue type :

« Après une analyse approfondie de l'ensemble des éléments de votre dossier administratif, relevons tout d'abord que vous n'avez fait connaître aucun élément dont il pourrait ressortir des besoins procéduraux spéciaux et que le Commissariat général n'a de son côté constaté aucun besoin procédural spécial dans votre chef. Par conséquent, aucune mesure de soutien spécifique n'a été prise à votre égard, étant donné qu'il peut être raisonnablement considéré que vos droits sont respectés dans le cadre de votre procédure d'asile et que, dans les circonstances présentes, vous pouvez remplir les obligations qui vous incombent ».

Cela peut s'expliquer par plusieurs éléments. Nous en mentionnons deux. Premièrement, comme l'avait souligné le HCR dans son [avis sur le projet de loi](#), l'identification des besoins spéciaux a lieu trop tard et devrait être faite à un stade précoce de la procédure. Il proposait que l'identification ait lieu avant l'introduction formelle de la demande afin de s'assurer que les garanties procédurales spéciales soient accordées en temps opportun aux demandeurs qui ont le droit d'en bénéficier. Deuxièmement, la charge de démontrer les besoins spéciaux incombe de manière trop importante au demandeur. L'[exposé des motifs de la loi](#) indique en effet que la possibilité de faire valoir les éléments dont ressortent ses besoins procéduraux spéciaux participe à l'obligation de collaboration du demandeur dans la collecte des informations concernant sa demande. Pourtant, à ce stade, le contexte dans lequel se trouve le demandeur ne lui permet pas de rassembler les éléments nécessaires pour prouver son besoin de garanties procédurales adaptées. Il aurait besoin de temps, voire d'aide de la part des autorités, pour comprendre les enjeux, non négligeables, d'une telle démonstration d'une part, et pour identifier – et faire identifier – les éléments nécessaires d'autre part. On se retrouve ici face à une difficulté de timing. Traiter le paramètre des besoins spéciaux plus tôt dans la procédure et laisser le temps indispensable au demandeur. Il faut donc jouer avec ces deux temporalités. Et si un équilibre subtil est à trouver au cas par cas, la disposition nécessite une proactivité de l'Office des étrangers et du Commissariat général vu la méconnaissance du demandeur, à ce stade, de la procédure d'asile.

2. Raisonement du juge

Le raisonnement du juge est assez inédit. Il tient compte de plusieurs éléments, non considérés comme primordiaux par le Commissariat général. Il tire ces éléments des trois phases clefs de la procédure : les déclarations, les documents et les débats à l'audience. Premièrement, le juge prend largement en considération les graves troubles psychologiques et physiques dont souffre la requérante et partant, les documents qui les attestent. Le Commissariat général n'avait pas contesté ces troubles et n'avait pas formellement écarté les rapports médicaux et psychologiques. Mais le juge va plus loin en considérant que ces documents « attestent la grande vulnérabilité de la requérante » (para. 2.6.3). La vulnérabilité est ici un élément de fond et non pas de forme, comme c'est plus

souvent le cas (garanties procédurales spéciales). Deuxièmement, le juge prend en compte un risque de persécution autre que physique. Il s'attache aux conditions de vie dans lesquelles la requérante vit depuis ses agressions sexuelles et continuerait à vivre en cas de retour. Sa crainte est que sa famille et la société apprennent ce qu'elle a subi et la rejette. Elle a donc un sentiment de peur constant, lié à cette crainte d'une part et lié aux violences subies d'autre part. Troisièmement, le juge est attentif à la situation des femmes victimes de violences sexuelles dans la société kosovare. Il n'est pas rare dans les décisions que la situation des femmes dans les pays d'origine ne soit pas correctement prise en compte et que le risque ne soit pas évalué par rapport aux circonstances réelles au niveau social, économique, familial, de l'éducation et/ou de l'emploi. En l'espèce, le juge opère selon nous une évaluation complète de la crainte avec raison de persécution. Il analyse pleinement tous les éléments à disposition et fait une juste balance de ceux-ci. Il conclut son analyse en estimant « qu'il est établi à suffisance que la vie est devenue intolérable pour la requérante dans son pays d'origine », utilisant l'expression consacrée par le paragraphe 42 du [Guide des procédures et critères du HCR](#). Cette expression est assez peu utilisée par le Conseil de manière affirmative, comme en l'espèce, pour conclure à l'octroi du statut de réfugié. Elle prend ici tout son sens et illustre véritablement l'essence de la protection internationale, sans pour autant diminuer le standard exigeant du niveau de persécution.

Par ailleurs, le raisonnement en l'espèce aurait pu se situer sur le plan de la crainte exacerbée. Dans certaines décisions, le Conseil du contentieux des étrangers admet en effet que l'intensité de la persécution passée suffise en soi à fonder la crainte de persécution future. Ces décisions font référence aux persécutions passées qui sont invoquées pour soutenir l'existence d'une crainte exacerbée lorsqu'une personne a déjà subi des persécutions graves. Ainsi des persécutions extrêmement graves constituent un fondement suffisant pour justifier que le requérant ne veuille se réclamer de la protection des autorités de son pays. Dans cette hypothèse, les juges raisonnent par analogie avec la réserve de la clause de cessation prévue par l'article 1^{er}, section C, 5), de la [Convention de Genève](#), reprise à l'article 11, § 3, de la [directive qualification](#) et à l'article 55/2 de la loi du 15 décembre 1980, qui prévoit le cas particulier d'une personne qui a fait l'objet de violentes persécutions dans le passé et qui, de ce fait, ne cesse pas d'être un réfugié même si un changement fondamental de circonstances intervient dans son pays d'origine. Il s'agit de raisonner par analogie et d'appliquer, anticipativement, au moment de la décision sur le statut, la clause d'exception à la cessation². Le Conseil a ainsi appliqué le principe de la crainte exacerbée dans des cas similaires au cas d'espèce, concernant les violences et les traitements ayant pris court lors de guerre du Kosovo et menés soit par les forces serbes à l'égard de ressortissants serbes d'origine albanaise (15 octobre 2012, n° 89 676, para 6.10) ou de ressortissants kosovares d'origine albanaise (12 février 2015, n° 138 404, pt 4.1.9³), soit par des ressortissants serbes à l'égard de ressortissants kosovares issus de la minorité rom (30 janvier 2018, n° 198 977, para 6.11).

² J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 429.

³ Sur cet arrêt, voy. S. SAROLEA, « Note sous C.C.E., arrêt n° 138 404 du 12 février 2015 – Le risque de dégradation psychologique fondé sur de très lourdes persécutions passées ayant conduit à un stress post-traumatique intense est un risque de persécution », *Newsletter EDEM*, mars 2015, pp. 13-16.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : [CCE, 26 novembre 2019, n° 229 265](#)

Doctrine : J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 428-429 (sur la crainte exacerbée).

Pour citer cette note : H. GRIBOMONT, « Violences sexuelles au Kosovo : l'octroi de besoins procéduraux spéciaux par le CGRA et de la protection par le CCE », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2020.

3. CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE PARIS, 17 DÉCEMBRE 2019, N° RG F 17/10051

Des travailleurs étrangers sans papiers victimes d'une « discrimination systémique » : les prémisses d'un concept novateur ?

Jean-Baptiste Farcy

A. Faits et décision

Le 17 décembre dernier, le Conseil de Prud'hommes de Paris, juridiction de premier degré compétente pour les litiges liés à l'exécution d'un contrat de travail de droit privé (et ancêtre des tribunaux du travail en Belgique), a rendu une décision qualifiée d'historique par le syndicat français « [Confédération du travail](#) » (CGT). Elle concerne l'emploi de travailleurs sans papiers et la protection de leurs droits¹. La particularité de cette décision tient au fait que les juges ont retenu la notion de « discrimination systémique » à l'encontre de l'employeur, ce dernier devant payer d'importants dommages et intérêts aux 25 travailleurs maliens, demandeurs en l'espèce.

Les faits litigieux remontent au mois de septembre 2016 et sont survenus sur un chantier de démolition sur lequel étaient employés 25 travailleurs d'origine malienne, et ce en dépit d'autorisations de séjour et de travail sur le territoire français. Suite à un accident du travail, causé par la chute d'un des travailleurs depuis un échafaudage non sécurisé, les pompiers, la police et l'inspection du travail sont descendus sur les lieux. Le procès-verbal dressé par les inspecteurs du travail a mis au jour des conditions de travail non réglementaires et contraires aux lois sociales. Les travailleurs ont, ensuite, débuté un mouvement de grève en occupant le site, aux fins d'obtenir les droits découlant de la relation de travail. Face à l'absence de réaction de la part de l'employeur, les travailleurs ont acté la rupture de la relation de travail. L'entreprise pour le compte de qui ces personnes travaillaient a été déclarée en faillite et les travailleurs, avec le soutien de la CGT, ont saisi le Conseil de Prud'hommes pour faire valoir leurs droits, y compris la régularisation de leur situation administrative, le paiement d'arriérés de salaires et leur déclaration auprès des organismes de sécurité sociale.

Le Conseil de Prud'hommes a reconnu la société défenderesse coupable de travail dissimulé, causé par l'absence de déclaration préalable à l'embauche, et d'emploi de salariés sans titre de séjour et de travail. Outre le recouvrement des salaires depuis la date d'embauche, fixée au 1^{er} jour du chantier litigieux en raison de l'absence de tout contrat de travail écrit, les travailleurs ont droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire pour travail dissimulé. La société défenderesse est également coupable du non-respect des obligations lui incombant au titre de la santé et de la sécurité des travailleurs.

Le jugement du Conseil de Prud'hommes aborde également l'existence d'un traitement discriminatoire à l'encontre des travailleurs sur la base de leur nationalité et de leur origine. À cet

¹ La décision n'est d'ailleurs pas passée inaperçue dans la presse quotidienne française (notamment [Libération](#) et [Le Monde](#)).

égard, la CGT a saisi le Défenseur des droits, Jacques Toubon, dont la mission est notamment de lutter contre les discriminations. Ce dernier a présenté des observations devant le Conseil de Prud'hommes dénonçant un « système hiérarchique pyramidal en fonction de l'origine des travailleurs au sein du chantier »². Le Défenseur des droits conclut qu'il existe à une discrimination systémique au détriment des travailleurs maliens : « Chaque groupe est [...] prédestiné à certaines tâches et cela, non en fonction de ses compétences réelles, mais semble-t-il uniquement en fonction de son origine, origine qui lui attribue une compétence supposée, l'empêchant ainsi de pouvoir occuper un autre positionnement au sein de ce système organisé de domination raciste »³. Le Conseil de Prud'hommes retient la qualification choisie par Jacques Toubon, qui s'appuie lui-même sur les travaux du sociologue Nicolas Jounin, et considère que les travailleurs ont été victimes de « discrimination raciale et systémique ».

B. Éclairage

La décision commentée est intéressante à plusieurs égards. En soi, cette décision mérite d'être soulignée tant les recours opposant des travailleurs sans papiers à leur employeur sont rares, tant au Nord qu'au Sud de Quiévrain. Sur le fond, la décision du Conseil de Prud'hommes attire l'attention en ce qu'elle retient la notion de « discrimination systémique », notion peu connue des juristes. Plus largement, cette décision interroge la protection due des travailleurs sans papiers, dont la situation sociale et administrative est très précaire. Leur vulnérabilité, en principe source d'une protection accrue, s'avère être une cause de l'absence de protection effective de leurs droits. Comme l'a dit un des travailleurs concernés, il « a préféré prendre le risque de voir sa situation de travailleur sans papier dévoilée au grand jour, en restant sur le chantier après l'arrivée des services de police et de l'inspection du travail, plutôt que de laisser son collègue sans secours »⁴.

Dans un premier temps, ce commentaire se propose de discuter de la notion de « discrimination systémique », de son origine et de sa pertinence au regard du droit européen. La décision du Conseil de Prud'hommes offre également l'occasion de rappeler l'importance des pare-feu (« firewalls ») entre les services d'inspection sociale et les services chargés du contrôle de l'immigration. Enfin, nous aborderons brièvement la question de la régularisation « par le travail », dont la dernière opération « fête » ses dix ans.

1. La discrimination « systémique » face à la discrimination « directe » et « indirecte » : un concept juridique utile ?

L'employeur a abusé de la situation de vulnérabilité des travailleurs maliens liée à leur situation de séjour et à leur origine nationale et ethnique. Les tâches les plus dures et les plus dangereuses étaient assignées aux travailleurs maliens, dont l'absence d'autorisation de séjour les rendait plus corvéables encore. Au vu de la répartition des tâches dans l'entreprise incriminée et du rôle subalterne des

² Défenseur des droits, [décision n° 2019-108](#), 19 avril 2019, p. 16.

³ *Ibid.*, p. 18.

⁴ Page 15 de la décision commentée.

travailleurs maliens, le Conseil de Prud'hommes juge que les discriminations raciales étaient systémiques.

Sans remettre en cause l'existence de traitements discriminatoires, le recours à l'adjectif « systémique » interroge, notamment au regard du droit européen. Le caractère polysémique de la notion de discrimination rend, il est vrai, son utilisation parfois difficile. En matière de lutte contre les discriminations raciales et ethniques, la loi française transpose néanmoins la directive européenne 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, qui ne comporte ni ne définit le concept de discrimination « systémique ». Le droit européen de la non-discrimination utilise plutôt les concepts de discriminations « directe » et « indirecte ». Le premier vise une situation où, « pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable »⁵. Une discrimination indirecte se produit, elle, « lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes »⁶. L'existence d'une discrimination directe, non justifiable en droit européen, implique que la différence de traitement découle de l'origine raciale ou ethnique d'un individu. L'intention de discriminer est, par conséquent, généralement présente. À l'inverse, le concept de discrimination indirecte vise les différences de traitement plus insidieuses et subtiles qui résultent, non pas directement de l'utilisation d'un critère prohibé, mais de l'effet d'une norme ou de l'environnement structurel dans lequel la norme est appliquée. La discrimination indirecte existe ainsi indépendamment de l'intention de discriminer et vise à garantir à égalité substantielle en interrogeant les différences de traitement qui résultent de divisions socio-économiques préexistantes.

Dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, nous retrouvons la même dichotomie. Le concept de discrimination indirecte a d'ailleurs été récemment utilisé par la grande chambre dans une affaire concernant le droit au regroupement familial au Danemark⁷. L'existence de critères applicables à tous, et *a priori* neutres, ne prémunit pas le droit danois contre toute accusation de discrimination. Le concept de discrimination « systémique » n'apparaît toutefois pas dans la jurisprudence strasbourgeoise. Une recherche dans la base de données HUDOC avec les termes « discrimination systémique » ne donne d'ailleurs qu'un seul résultat. Dans l'affaire *Talpis c. Italie*, relative aux violences conjugales et à l'existence de discriminations à l'égard des femmes, la juge Spano, dans son opinion partiellement dissidente, y fait référence, mais pour en écarter l'application⁸. Dans cette affaire, la Cour a conclu à l'existence de discriminations à l'égard des femmes au vu, notamment, du nombre important de « féminicides » et de la persistance des « attitudes socioculturelles de tolérance à l'égard des violences domestiques »⁹. La Cour ne précise toutefois pas s'il s'agit, en l'espèce, d'une discrimination directe ou indirecte. La ligne de partage

⁵ Directive 2000/43/CE, art. 2, §2, a).

⁶ Directive 2000/43/CE, art. 2, §2, b).

⁷ Cour eur. D.H., *Biao c. Danemark* [GC], arrêt du 24 mai 2016.

⁸ Cour eur. D.H., *Talpis c. Italie*, arrêt du 2 mars 2017, opinion partiellement dissidente de la juge Spano, §18.

⁹ Cour eur. D.H., *Talpis c. Italie*, arrêt du 2 mars 2017, §145.

entre les deux est, il est vrai, parfois difficile à tracer¹⁰. Il n'en demeure pas moins que la notion de discrimination « systémique » n'apparaît pas dans la jurisprudence strasbourgeoise.

La notion de discrimination « systémique » fait, par contre, partie du vocabulaire juridique canadien. La Cour suprême du Canada a utilisé cette notion pour la première fois dans un arrêt de 1987 en matière d'emploi: « la discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces « naturelles » »¹¹. La discrimination systémique résulte de pratiques et de politiques établies qui, dans les faits, ont une incidence négative sur les perspectives d'embauche et d'avancement d'un groupe particulier. À cela s'ajoutent « les attitudes des administrateurs et des collègues de travail qui acceptent une vision stéréotypée des compétences et du « rôle approprié » du groupe touché, laquelle vision conduit à la conviction ferme que les membres de ce groupe sont incapables de faire un certain travail, même si cette conclusion est objectivement fautive »¹². Autrement dit, la discrimination systémique procède de l'accumulation de traitements discriminatoires qui puisent leurs sources dans l'histoire et les attitudes sociétales. Si elles ne sont pas combattues, ces différences de traitement ont pour résultat d'alimenter la perpétuation du préjugé initial. Pour y mettre fin, il est ainsi nécessaire de s'attaquer aux stéréotypes discriminatoires et aux normes qui les véhiculent, et qui maintiennent l'exclusion historique d'un groupe de personnes.

Dans sa décision, le Conseil de Prud'hommes n'explique pas en quoi les notions de discriminations directe et indirecte ne sont pas applicables en l'espèce. Or, la hiérarchisation des tâches en fonction de l'origine nationale des travailleurs s'apparente à une forme de discrimination raciale directe. Les travailleurs se voient assigner des tâches, non pas en fonction de leur expérience ni de leurs qualifications, mais de leur origine. La différence de traitement est ainsi *directement* fonction de l'origine ethnique ou nationale des travailleurs. Le concept de discrimination directe apparaît ainsi suffisant pour condamner les pratiques de l'entreprise incriminée. Les conditions de travail indignes et abusives imposées aux travailleurs maliens résultent avant tout des (in)actions conscientes et volontaires de l'employeur.

La vulnérabilité des travailleurs, dont ce dernier a abusé, est, certes, renforcée par leur statut (ou plutôt l'absence de statut) de séjour. Ainsi que l'énonce le Conseil de Prud'hommes, l'employeur a profité de l'état de fait selon lequel les travailleurs n'étaient pas autorisés au séjour pour les utiliser comme bon lui semblait. Le concept de discrimination « systémique » semble ainsi se référer aux différences de traitement qui dépassent le cadre strict de la relation de travail. Les travailleurs maliens en séjour irrégulier seraient ainsi dans une situation d'infériorité, en raison de structures économiques, politiques et sociales elles-mêmes inégalitaires. Il n'est pas déraisonnable de le penser. L'ethnicisation des tâches et des statuts sur le marché de l'emploi résulte d'inégalités historiques et

¹⁰ S. FREDMAN, "Direct and Indirect Discrimination: Is There Still a Divide?", in H. COLLINS and T. KHAITAN (dir.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford, Hart, 2018, pp. 31 – 56.

¹¹ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 SCR 1114, p. 1139.

¹² *Ibid.*, p. 1143.

dépasse de loin le cadre de l'affaire commentée. Le droit migratoire, en tant que droit d'exclusion¹³, participe également au maintien de structures hiérarchiques et reproduit les inégalités raciales historiques¹⁴.

L'outil dont disposent les juristes européens à l'heure actuelle pour questionner la neutralité de l'environnement socio-économique demeure celui de la discrimination indirecte, avec toutes ses limites, notamment face aux discriminations « intersectionnelles », comme en l'espèce¹⁵. Peut-être le concept de discrimination « systémique » permettrait d'aller plus loin vers une réelle égalité et une transformation des structures sociales¹⁶. La décision commentée est un premier pas, mais elle ne précise pas quels sont les contours de cette notion, ni en quoi elle se distingue des concepts existants.

2. De la nécessité de pare-feu pour assurer l'effectivité des droits sociaux des travailleurs sans papiers

Du fait de leur situation administrative, les travailleurs sans papiers sont dans une situation de « domination totale », porte ouverte à de nombreux abus¹⁷. Les faits de l'affaire commentée démontrent le dilemme auquel sont confrontés ces travailleurs, dont la revendication et la défense des droits comportent le risque d'attirer l'attention des autorités répressives. En l'espèce, ils auraient pu quitter le chantier avant l'arrivée de la police et de l'inspection du travail afin de ne pas être repérés ou dénoncés, perdant ainsi tout espoir de poursuites judiciaires.

En vue de garantir l'effectivité des droits des travailleurs sans papiers, l'article 13 de la [directive 2009/52/CE](#) prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier vise à faciliter l'introduction de plaintes à l'encontre des employeurs, soit directement par les travailleurs, soit par l'intermédiaire de tiers désignés par les États membres, par exemple des syndicats, comme en l'espèce¹⁸. Afin que les mécanismes institués soient « efficaces », ainsi que l'exige la directive, il apparaît essentiel de mettre en place ce que certains appellent des pare-feu (« firewalls ») entre les différentes administrations publiques¹⁹.

¹³ J.-Y. CARLIER, « Les leçons inaugurales 2011 - Stranger in the Night of Law », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2011, p. 251.

¹⁴ En ce sens : T. SPIJKERBOER, "The Global Mobility Infrastructure: Reconceptualising the Externalisation of Migration Control", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 20, 2018, pp. 452 – 469, et D. OWEN, "Migration, Structural Injustice and Domination On 'Race,' Mobility and Transnational Positional Difference", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2019, pp. 1 – 17.

¹⁵ La notion d'intersectionnalité se réfère aux différentes formes de dominations (genre, origine, nationalité, handicap, statut de séjour,...) qui sont cumulées.

¹⁶ S. FREDMAN, "Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 16, 2016, pp. 273 – 301.

¹⁷ Voy. : M. KRAUSE, "Undocumented Migrants: An Arendtian Perspective", *European Journal of Political Theory*, Vol. 7, 2008, pp. 331 – 348.

¹⁸ Au sujet de cette directive, voy. notamment : J. KNOCKAERT, "The Employers Sanctions Directive – A Law to Address Exploitation of Undocumented Workers ?", *La Strada Newsletter*, vol. 43, 2016.

¹⁹ Fr. CRÉPEAU et B. HASTIE, "The Case for 'Firewall' Protections for Irregular Migrants", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 17, 2015, pp. 157 – 183.

Indépendamment de leur statut de séjour, les travailleurs étrangers possèdent évidemment des droits en tant que personnes humaines (noyau dur des droits fondamentaux) et travailleurs (droits sociaux). De nombreux droits sociaux, par exemple la protection de la rémunération minimale, relève, par ailleurs, de l'ordre public social que l'État se doit de protéger. Or, à défaut de pare-feu, les droits des travailleurs sans papiers sont largement théoriques. Ces travailleurs doivent choisir entre la défense de leurs droits, au risque d'un retour dans leur pays d'origine, et renoncer à ces droits afin de demeurer sur le territoire.

Pour permettre aux travailleurs sans papiers de revendiquer leurs droits, des cloisons étanches devraient, par conséquent, être garanties entre les différents services publics (hôpitaux, police, inspection sociale,...) et les services en charge du contrôle de l'immigration. La mise en place d'un environnement protecteur nécessite notamment qu'il n'y ait pas, en Belgique, de partage automatique d'informations avec l'Office des étrangers et que les travailleurs ne soient pas obligés de mentionner leur statut de séjour lorsqu'ils s'adressent à une administration publique afin de demander le respect de leurs droits²⁰.

En l'absence de pare-feu, les missions sociales de l'État sont soumises à l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière, ce qui renforce la vulnérabilité des travailleurs sans papiers. À l'heure où la lutte contre l'immigration irrégulière est toujours plus intense, le risque est toutefois réel de voir les pare-feu existants être progressivement détricotés, d'autant que ces derniers participeraient à créer un « appel d'air »²¹. Aux yeux de nombreux États, le fait pour des étrangers sans papiers d'occuper un emploi n'occulte pas le fait qu'ils sont, d'abord et avant tout, en séjour irrégulier. La priorité, voire l'exclusivité, de la politique de retour empêche de réfléchir à d'autres mesures, telle que la régularisation.

3. La régulation des travailleurs sans papiers : un débat avorté en Belgique

Dans le cas d'espèce, les 25 travailleurs maliens ont, semble-t-il, été régularisés puisqu'ils ont finalement été engagés, au terme d'une procédure de transaction, par l'entreprise commanditaire qui avait sous-traité les travaux de démolition à leur ancien employeur.

En Belgique, la régularisation, humanitaire ou médicale, est également possible. Individuelle, la régularisation relève de la discrétion du Ministre compétent ou de son délégué. Les chiffres publiés par Myria montrent toutefois que le nombre de régularisations humanitaires baissent de manière constante depuis 2011, au lendemain de la dernière opération de régularisation collective, et bénéficient principalement à des familles établies en Belgique²². Dans son dernier rapport au Roi, l'informateur Paul Magnette avait envisagé l'hypothèse d'une régularisation des étrangers en séjour

²⁰ L'expression "don't ask, don't tell" résume bien le contenu des pare-feu : les fonctionnaires s'abstiennent de demander des informations quant au statut de séjour des administrés et, s'ils détiennent de telles informations, ils ne les partagent pas avec l'autorité centrale en charge de l'immigration.

²¹ Fr. CRÉPEAU et B. HASTIE, *op. cit.*, p. 169 et 170.

²² A. KRALER, "Fixing, Adjusting, Regulating, Protecting Human Rights – The Shifting Uses of Regularisations in the European Union", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 13, 2011, pp. 297 – 316. De manière générale à travers l'Union européenne, les régularisations servent moins à gérer l'immigration irrégulière (en accordant un titre de séjour aux personnes présentes sur le territoire depuis plusieurs années et qui y travaillent) qu'à protéger les droits fondamentaux dans des situations individuelles.

irrégulier qui travaillent en Belgique. L'objectif énoncé était double : répondre aux besoins des entreprises et lutter contre la fraude sociale. Après les campagnes de régularisation de 2000 et 2009, il y avait une certaine logique à ce que la question de la régularisation « par le travail » réapparaisse au niveau fédéral. Le contexte politique est pour le moins différent et, sans surprise, les partis flamands associés à une éventuelle coalition s'y sont opposés.

Symptomatiques d'une politique migratoire déséquilibrée, les opérations de régularisations collectives sont mises sur pied de manière cyclique, tous les dix ans environ. L'alternative serait de réfléchir à une nouvelle politique d'immigration économique qui ne soit pas réservée aux seuls travailleurs hautement qualifiés.

C. Pour aller plus loin

Pour lire l'arrêt : Conseil de Prud'hommes de Paris, 17 décembre 2019, N° RG F 17/10051

Jurisprudence :

- Cour eur. D.H., *Biao c. Danemark* [GC], arrêt du 24 mai 2016 ;
- *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 SCR 1114 (Cour suprême du Canada).

Doctrine :

- CRÉPEAU FR. et B. HASTIE, "The Case for 'Firewall' Protections for Irregular Migrants", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 17, 2015, pp. 157 – 183 ;
- ELLERMANN A. et A. GOENAGA, "Discrimination and Policies of Immigrant Selection in Liberal States", *Politics & Society*, Vol. 47, 2019, pp. 87 – 116 ;
- SPIJKERBOER T., "The Global Mobility Infrastructure: Reconceptualising the Externalisation of Migration Control", *European Journal of Migration and Law*, Vol. 20, 2018, pp. 452 – 469.

Pour citer cette note : J.-B. FARCY, « Des travailleurs étrangers sans papiers victimes d'une « discrimination systémique » : les prémises d'un concept novateur ? », *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2020.