

Marie Dustin Khammas/Caroline Jankech/Gabriella Tau*

La restriction d'accès au procès-verbal comme entrave à une procédure efficace et équitable

Résumé

La restriction d'accès aux procès-verbaux des auditions d'asile, fondée sur l'art. 27 PA selon le SEM, est une pratique administrative instaurée de longue date, dont la conformité avec le droit constitutionnel et fédéral doit être examinée à la lumière des évolutions récentes du droit d'asile. L'instauration d'une représentation juridique qualifiée, au moment de la restructuration du domaine de l'asile, implique en effet un changement de paradigme qui doit être pris en compte lors de l'analyse de la légalité de cette pratique. Les autrices considèrent que la mesure restrictive que le SEM justifie par les besoins de l'instruction, en particulier la lutte contre les abus, entrave la procédure et porte une atteinte disproportionnée au droit d'être entendu des requérant-e-s d'asile.

Zusammenfassung

Der eingeschränkte Zugang zu den Protokollen von Asylanörungen, gemäss SEM beruhend auf Art. 27 VwVG beruhend, ist eine seit langem bestehende Verwaltungspraxis. Deren Vereinbarkeit mit dem Verfassungs- und Bundesrecht ist im Lichte der jüngsten Entwicklungen im Asylrecht zu beurteilen. Die Einführung einer qualifizierten Rechtsvertretung zum Zeitpunkt der Neustrukturierung des Asylsystems bedeutet in der Tat einen Paradigmenwechsel, der bei der Analyse der Rechtmässigkeit dieser Praxis zu berücksichtigen ist. Das SEM begründet sie mit den Bedürfnissen bei der Sachverhaltsabklärung, insbesondere der Missbrauchsbekämpfung. Die Autorinnen sind der Ansicht, dass die eingeschränkte Akteneinsicht das Verfahren behindert und den Anspruch der Asylsuchenden auf rechtliches Gehör unverhältnismässig beeinträchtigt.

I. Historique de la problématique

Au cours des quatre premières années de mise en œuvre de la nouvelle procédure d'asile en phase test à Zurich (*Testbetrieb Zurich*), l'accès aux dossiers a été continuellement accordé, sans restriction. Les procès-verbaux (PV) des auditions étaient remis à la représentation juridique de la procédure accélérée, sans attendre la fin de l'instruction du dossier. Cette pratique qui favorisait la transparence dans le cadre des procédures cadencées a été jugée globalement efficace.¹ En cas d'attribu-

tion à la procédure étendue, le PV n'a cependant jamais été transmis à la représentation juridique du canton d'attribution.

Cette pratique a été suspendue en avril 2018, après que des PV ont été remis aux requérant-e-s par leur représentation juridique au moment du passage en procédure étendue. La transmission des PV, avant l'audition complémentaire en procédure étendue a été qualifiée d'abusives par le SEM et justifie aujourd'hui encore la mesure restrictive d'accès au dossier.²

Dès le 1^{er} juillet 2020, l'accès au PV de la première audition a été accordé à la représentation juridique 30 minutes avant le début de l'audition complémentaire afin de garantir une équité d'accès avec les représentant-e-s des œuvres d'entraide (ROE).³ Les vives critiques émises par l'UNHCR, l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR) et les bureaux de consultation juridique (BCJ), et consignées notamment dans le rapport d'évaluation PERU⁴, ont amené le SEM à étendre la durée de consultation aux deux heures précédant le début de l'audition, avec la possibilité d'une transmission la veille lorsque des circonstances organisationnelles⁵ l'imposent⁶. Le PV est ensuite remis au SEM en fin d'audition complémentaire. La pratique reste inchangée à ce jour malgré les nombreuses critiques adressées par les milieux de défense des requérant-e-s d'asile⁷.

Nous considérons que la pratique du SEM fait obstacle à l'exécution diligente du mandat conféré à la représentation juridique et qu'elle viole le droit à une procédure équitable, en particulier le droit d'être entendu des requérant-e-s. Le SEM se fonde quant à lui sur l'argument de l'«abus» constaté au *Testbetrieb Zurich* pour justifier la restriction d'accès au dossier, sans qu'il ne soit possible de déterminer en quoi l'abus consiste précisément, sachant que l'accès au PV en procédure

² Procès-verbal de la rencontre entre le SEM et les BCJ habilités à la Représentation juridique en procédure étendue, datée du 16 mars 2023.

³ Les ROE, présent-e-s à chaque audition d'asile, tenaient le rôle d'observateur-riche neutre afin de garantir l'équité des procédures et le respect des droits fondamentaux, sans possibilité d'intervention en faveur des requérant-e-s. La désignation d'un-e représentant-e juridique gratuit pour chaque requérant-e a conduit à la suppression des ROE au moment de la restructuration du droit d'asile en 2019.

⁴ Evaluation PERU, Protection juridique et qualité des décisions, Rapport final du 16 août 2021, p. 120.

⁵ Tel est le cas lorsque le SEM considère impossible ou déraisonnable pour le/la représentant-e juridique d'arriver suffisamment tôt sur place pour une audition complémentaire fixée en matinée.

⁶ Une adaptation de cette pratique a été communiquée par lettre-circulaire du 22 septembre 2021.

⁷ Lors des deux réunions du 30 septembre 2021 et du 16 mars 2023 entre BCJ habilités à la protection juridique en procédure étendue et le SEM, l'accès au PV continuait à être un point de discorde.

* Marie Dustin Khammas, juriste, et Caroline Jankech, avocate, travaillent auprès du Bureau de consultation juridique Romandie (BCJ) de Caritas Suisse. Gabriella Tau est juriste et Responsable du BCJ Romandie.

¹ Informations transmises à l'OSAR dans le cadre de la procédure selon la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans, SR 152.3) le 19 février 2025.

accélérée a été une pratique admise par l'autorité durant les quatre précédentes années.⁸

C'est dans ce contexte de désaccord que l'OSAR s'est adressée au Prof. émérite Dr. iur Peter Uebersax⁹, anciennement Professeur ordinaire de droit public et procédural public à l'Université de Bâle, afin d'obtenir un avis de droit indépendant sur la conformité de cette pratique avec la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu. L'avis de droit¹⁰ daté du 2 novembre 2023 arrive à la conclusion que la pratique actuelle du SEM viole le droit d'être entendu des requérant-e-s d'asile et considère nécessaire que l'autorité envoie le PV à la représentation juridique au plus tard dix jours avant l'audition complémentaire.¹¹

Lors d'une rencontre subséquente du 12 avril 2024, entre le SEM et les BCJ habilités à la protection juridique en procédure étendue, le SEM a informé les prestataires qu'il n'entendait pas modifier sa pratique malgré les conclusions de l'expertise du Prof. Uebersax. Aucune motivation n'a été communiquée à cet égard.¹²

Par demande du 3 octobre 2024, l'OSAR a invoqué l'art. 6 de la Loi fédérale sur la transparence (LTrans) et demandé l'accès à tous les documents examinant la conformité juridique de la mesure. Il ressort des documents transmis, en particulier d'une prise de position interne du 30 novembre 2023 répondant à l'avis de droit du Prof. Uebersax, que le motif principal de restriction vise à éviter une préparation «active» du/de la requérant-e d'asile à l'audition complémentaire, afin de pouvoir évaluer la constance des déclarations du/de la requérant-e comme critère de vraisemblance et lutter contre les abus.¹³

Cet objectif justifie pour le SEM le refus systématique d'autoriser l'accès du/de la requérant-e au PV de sa première audition. L'autorité se fonde pour cela sur l'art. 27 al. 3 PA qui lui donne la possibilité de refuser la consultation du PV jusqu'à la clôture de l'enquête¹⁴ ou, depuis peu, sur l'art. 27 al. 1 let. c PA, qui permet de refuser la consultation de pièces du dossier lorsque l'intérêt d'une enquête officielle non encore close l'exige. Nous contestons la légalité de cette mesure pour les raisons exposées ci-dessous.

⁸ Procès-verbal de la réunion du 16 mars 2023 entre les BCJ habilités à la protection juridique en procédure étendue et le SEM, cf. «5.2. Evaluation vorgängige Einsicht in Anhörungsprotokolle im erweiterten Verfahren».

⁹ Le Prof. Uebersax est émérite depuis 2025.

¹⁰ Avis de droit du Prof. Uebersax: «Gutachten zum Akteneinsichtsrecht der Rechtsvertretung von Asylsuchenden im erweiterten Verfahren, erstattet der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH», du 2 novembre 2023.

¹¹ L'avis de droit déduit du délai d'annonce de dix jours de l'art. 52i al. 2 OAI pour une audition complémentaire un délai de préparation à disposition du mandant et de son représentant juridique.

¹² Procès-verbal de la réunion nationale du 12 avril 2024 entre les BCJ habilités à la protection juridique en procédure étendue et le SEM, cf. 4.1. «Akteneinsicht vor Anhörungen».

¹³ Prise de position interne du SEM concernant l'avis de droit du 2 novembre 2023 du Prof. Uebersax, du 30.11.2023.

¹⁴ L'application de l'art. 27 PA va être discutée au chapitre III. Violation de droit d'être entendu.

II. Une procédure efficace et équitable comme objectif de la nouvelle loi sur l'asile

Les réformes introduites au moment de la restructuration du domaine de l'asile ont pour objectif de traiter les demandes d'asile de manière efficace et équitable, en instaurant une représentation juridique dès le dépôt de la demande.¹⁵

Lors de la prise de mandat en procédure étendue, la représentation juridique du BCJ du canton d'attribution rencontre le/la requérant-e pour la première fois sans pouvoir accéder aux PV des auditions précédentes, alors même qu'elle est tenue de rassurer le/la requérant-e sur la continuité de la représentation et sa bonne connaissance du dossier. Le niveau de détail des informations transmises aux représentant-e-s de procédure étendue et le degré d'instruction des dossiers varient fortement d'un dossier à l'autre. Dans ce contexte, la représentation juridique n'est pas en mesure d'apprécier si les déclarations du/de la requérant-e sont suffisamment complètes et claires, ce qui complique considérablement, voire rend impossible, une défense juridique effective. Cela est particulièrement problématique si l'on considère que ce sont précisément les dossiers complexes, qui nécessitent des mesures d'instruction complémentaires, qui sont attribuées à la procédure étendue (art. 26d LAsi).

Une représentation juridique qualifiée doit pouvoir informer, conseiller et orienter le/la requérant-e pour qu'il/elle puisse exposer les circonstances de sa fuite de manière pertinente. L'objectif de la préparation d'audition est de clarifier les éléments déterminants pour la procédure, de consolider les souvenirs pertinents et de favoriser par ce biais des décisions motivées sur un état de fait complet et correct. Le travail de clarification effectué en amont est ainsi crucial pour la qualité de l'audition et de la décision rendue en première instance et nécessite un accès complet au dossier d'asile.

III. Violation du droit d'être entendu

Nous considérons que la pratique actuelle du SEM, basée sur l'art. 27 PA, constitue de fait une entrave à l'objectif d'efficacité et d'équité des procédures, dans la mesure où elle porte atteinte au droit d'être entendu des requérant-e-s d'asile, garanti par l'art. 29 Cst.

Elle doit ainsi être soumise à un examen juridique sous l'angle des art. 5 et 36 de la Constitution fédérale, du droit fédéral et du droit international. L'art. 5 al. 2 Cst impose que l'activité de l'Etat réponde à un intérêt public et soit proportionnée au but visé. Les conditions de restriction sont quant à elles soumises à un examen strict des conditions établies à l'art. 36 Cst, formulées en ces termes :

Art. 36 Restriction des droits fondamentaux

1 Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

2 Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

¹⁵ Message du 3 septembre 2014 concernant la modification de la loi sur l'asile (Restructuration du domaine de l'asile), FF 2014 7771.

3 Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

4 L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

Il convient dès lors de s'interroger sur l'applicabilité de l'art. 27 PA, dans la situation exposée, afin d'évaluer la conformité de la mesure avec le droit fédéral, constitutionnel et international.

1. Absence de base légale

Le SEM fonde la mesure restrictive sur l'art. 27 PA, selon lequel :

1. L'autorité ne peut refuser la consultation des pièces que si

(a) des intérêts publics importants de la Confédération ou des cantons, en particulier la sécurité intérieure ou extérieure de la Confédération, exigent que le secret soit gardé ;

(b) des intérêts privés importants, en particulier ceux de parties adverses, exigent que le secret soit gardé ;

(c) l'intérêt d'une enquête officielle non encore close l'exige.

2. Le refus d'autoriser la consultation des pièces ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes.

3. La consultation par la partie de ses propres mémoires, des documents qu'elle a produits comme moyens de preuves et des décisions qui lui ont été notifiées ne peut pas lui être refusée. La consultation des PV relatifs aux déclarations qu'elle a faites ne peut lui être refusée que jusqu'à la clôture de l'enquête.

Si l'on examine cette disposition attentivement, tel que l'a fait le Prof. Uebersax dans son avis de droit, on arrive à la conclusion qu'une interprétation de la disposition conforme à la Constitution, et qui tienne compte de la refonte du droit d'asile, n'est pas compatible avec les exigences du droit d'être entendu, compte tenu des évolutions survenues depuis l'adoption de la disposition de droit administratif général.¹⁶

En effet, la portée du droit d'être entendu et du droit de consulter les pièces s'est considérablement développé en droit et dans la jurisprudence comme exposé par le Prof. Uebersax (précité). Adopté dans les années soixante, l'art. 27 al. 3 PA n'était pas aussi développé que les droits actuels d'être entendu et de consulter les pièces, ce dont il convient de tenir compte dans l'interprétation d'un point de vue historique. L'avis de droit souligne également que la formulation de l'article est potestative et ne contraint pas l'autorité à y recourir. Ainsi, l'application de cet article ne devrait, en tout état de cause, pas être autorisée lorsque la restriction entrave la défense effective des intérêts de la partie.

Or, tel est toujours le cas, dans la procédure d'asile, lorsqu'il s'agit de clarifier les éléments factuels essentiels pour l'issue de la procédure. La consultation des pièces doit dès lors être garantie d'une manière qui permette à la partie et sa représentation juridique d'apprécier de manière optimale les chances de succès et de présenter au mieux son point de vue. Cela suppose notamment de pouvoir consulter les PV des déclarations antérieures de la partie suffisamment tôt, en particulier lorsqu'elles ont été faites longtemps auparavant.¹⁷

L'avis de droit relève également que l'art. 27 al. 3 PA n'a pas une portée autonome, ce qui impose pour l'application de la disposition, que les conditions des précédents alinéas soient

également remplies. En pratique, parmi les différentes possibilités de l'alinéa 1, seule la let. c entre en ligne de compte: ce n'est donc que si l'intérêt d'une enquête officielle non encore close l'exige que la restriction peut être admise (art. 27 al. 1 let. c PA). Le report de la consultation doit donc servir l'établissement fidèle des faits¹⁸ et répondre à un besoin impérieux¹⁹. La jurisprudence du TAF exige d'ailleurs une justification concrète de toute restriction du droit d'accès au dossier.²⁰ Ainsi, toute restriction d'accès doit répondre à une stricte nécessité et être le seul moyen d'atteindre le but visé.²¹ Des tactiques visant à favoriser l'apparition de contradictions dans le récit du/de la requérant-e ne peuvent donc pas justifier l'application systématique de cette disposition de droit administratif.²²

Pour finir, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que des restrictions injustifiées des droits de procédure peuvent violer les articles 3 et 13 CEDH.²³ L'intégrité physique et psychique étant des droits civils protégés par l'article 6 CEDH²⁴, les garanties de procédure découlant des art. 6 et 13 CEDH, comme le droit d'être entendu, trouvent pleine application dans le contexte des procédures d'asile. Par conséquent, un examen de la compatibilité de la restriction fondée sur l'art. 27 PA avec les garanties procédurales de la CEDH est également nécessaire.

2. Intérêt public à l'établissement correct des faits

Le SEM invoque l'intérêt public à lutter contre les abus pour restreindre le droit d'être entendu en privant les requérant-e-s d'asile de l'accès au PV et en limitant drastiquement cet accès pour la représentation juridique. L'autorité justifie la restriction par les spécificités de la matière, notamment la difficulté de vérifier les faits reposant essentiellement sur les déclarations des requérant-e-s. Selon le SEM, l'intérêt élevé qu'ont les requérant-e-s d'asile à obtenir un statut de séjour en Suisse les inciterait à présenter des déclarations inexactes ou adaptées aux exigences de la loi sur l'asile²⁵.

Pour le SEM, permettre l'accès au PV de la première audition comporte le risque que les requérant-e-s s'en servent pour ajuster leur récit, compromettant ainsi l'authenticité et la spontanéité de leurs déclarations en audition complémentaire et privant l'autorité d'un outil de détection d'in vraisemblance fondé sur l'apparition de contradictions. Retarder l'accès au

¹⁸ Ibid, p. 15 et références citées.

¹⁹ Ibid, p. 16.

²⁰ Avant l'adoption de la nouvelle loi sur l'asile: TAF E-4491/2017, consid. 6.2, et après: entre autres TAF D-1453/2020, consid. 3.2.

²¹ Ibid, p. 15.

²² Ibid, p. 16.

²³ CEDH, arrêt du M. S. S. c. Belgique et Grèce [GC], 2011, §§ 300-302, 304, et 306-310; cf. aussi arrêt Abdolkhani et Karimnia c. Turquie, 2009, Hirs Jamaa et autres c. Italie [GC], 2012, § 204, et arrêt D c. Bulgarie, 2021, §§ 120-137), ainsi que le Guide sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: Immigration, mis à jour le 24 août 2024, p. 37.

²⁴ CEDH, arrêt de la Grande Chambre daté du 9 avril 2024, n° 53600/20, Verein Klimaseniorinnen Schweiz et a. c/ Suisse., para. 600 et 617.

²⁵ Prise de position interne du SEM concernant l'avis de droit du 2 novembre 2023 du Prof. Uebersax, du 30.11.2023, p. 6.

¹⁶ Avis de droit du Prof. Uebersax, p. 16 ss.

¹⁷ Ibid.

PV vise donc, pour le SEM, à préserver la spontanéité des récits afin de pouvoir en évaluer la constance.

Il ressort de la prise de position du SEM que « l'examen de la vraisemblance est, en procédure d'asile, une exigence légale qui dicte la manière dont l'Autorité doit établir les faits et réduit le fardeau de la preuve à charge du requérant. Il est dès lors raisonnable et logique d'admettre l'existence en pareil cas d'un intérêt public à procéder à un examen préalable de la vraisemblance des déclarations. »²⁶ Cette approche nous paraît insoutenable en ce qu'elle confond les exigences liées à l'établissement complet et correct des faits et celles liées à l'appréciation de la vraisemblance. Ce faisant, elle soulève plusieurs problèmes :

Premièrement, l'autorité préjuge, déjà en cours d'instruction, de la mauvaise foi des requérant-e-s en invoquant l'intérêt élevé qu'ont ces dernière-s à obtenir un statut de protection à l'issue de la procédure. Cet intérêt manifeste et incontesté demeure cependant totalement distinct et indépendant de la véracité des motifs d'asile invoqués. Ainsi, contrairement à l'affirmation du SEM, il nous paraît nécessaire de procéder à l'établissement des faits pertinents préalablement à tout examen de vraisemblance.

Deuxièmement, la suspicion généralisée dont témoigne la mesure restrictive ne repose sur aucune donnée tangible qui permette de justifier la nécessité, l'adéquation et la proportionnalité de la mesure, comme il sera démontré ci-dessous. Par conséquent, si l'intérêt public à un établissement correct des faits est largement admis, on ne saurait en déduire que la mesure mise en place par le SEM s'inscrit dans la poursuite de cet intérêt particulier, encore moins qu'elle soit proportionnée au but visé.

D'un point de vue procédural, il convient dès lors de distinguer le *processus d'établissement des faits*, à savoir le cadre défini pour le déroulement des auditions d'asile, qui doit permettre au requérant d'exposer l'ensemble des éléments pertinents pour sa demande, du *processus d'appréciation de la vraisemblance* au travers duquel l'autorité cherchera, par l'application de critères définis, à déterminer si les déclarations du requérant répondent aux exigences de l'art. 7 LAsi.

Finalement, si l'on considère que l'art. 27 al. 3 PA doit être lu conjointement à l'art. 27 al. 1 let. c PA (cf. supra point III.1), alors ce n'est pas un intérêt public général mais bien un besoin impérieux qui est requis pour justifier la restriction au droit de consulter le dossier.

3. Proportionnalité

Conformément à l'article 36 al. 3 Cst, la restriction d'un droit fondamental doit respecter le principe de proportionnalité, qui suppose l'examen de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict de la mesure.

A. Adéquation

La mesure doit être adéquate en ce qu'elle permet d'atteindre le but visé. Or, il n'existe à notre connaissance aucun élément démontrant que la restriction imposée par le SEM permet d'atteindre le but recherché, à savoir déceler les récits qui ne correspondent pas à la réalité du vécu des requérant-e-s d'asile. Si l'on s'en réfère d'ailleurs aux échanges internes obtenus de l'autorité, la transmission des PV dans les 4'000 procédures menées dans la phase pilote à Zurich, n'a jamais été considérée comme un obstacle à l'appréciation correcte de la vraisemblance.²⁷

De plus, nous soulignons ici que la restriction ne permet pas d'atteindre le but souhaité puisque les notes prises par la représentation juridique en procédure accélérée, lorsqu'elles existent, peuvent être transmises au moment du passage en procédure étendue, donnant ainsi un accès de fait aux déclarations antérieures. L'existence parallèle du PV formel et des notes de la représentation, de densité et de qualité variables, démontrent selon nous bien l'inadéquation de la mesure et l'incohérence du système.

La mesure du SEM engendre d'autres problématiques dont il convient de tenir compte. Ainsi, elle conduit à rendre aléatoire l'accès aux déclarations antérieures et contrevient de la sorte au principe d'égalité de traitement. Elle pousse également les représentant-e-s juridiques en procédure accélérée à remplir une fonction de procès-verbaliste qui sort du cahier des charges prévu par la législation fédérale. Les représentant-e-s juridiques en procédure étendue sont empêché-e-s par cette mesure d'effectuer correctement le mandat prévu par la loi lors des auditions complémentaires, ce qui n'est pas satisfaisant tant du point de vue de la qualité de la procédure et du respect des droits fondamentaux et que de l'allocation appropriée des ressources publiques.

B. Nécessité

La restriction doit être nécessaire, c'est-à-dire qu'il ne doit pas exister de moyens moins restrictifs pour atteindre le même objectif.

L'examen de la vraisemblance constitue indéniablement un élément central de la procédure d'asile, nécessitant des techniques rigoureuses pour distinguer les récits authentiques des récits inventés. L'argumentation du SEM se concentre essentiellement sur le critère de constance des déclarations entre les auditions pour évaluer la vraisemblance des allégations d'un/e requérant-e d'asile. L'autorité considère qu'en préparant les requérant-e-s d'asile à l'audition complémentaire au moyen du PV de la première audition, elle serait privée d'un outil de détection des allégations invraisemblables.

Le raisonnement du SEM repose sur une présomption implicite de mauvaise foi des requérant-e-s et de leurs représentant-e-s juridiques. En affirmant que « l'expérience dé-

²⁶ Ibid.

²⁷ Informations transmises à l'OSAR dans le cadre de la procédure selon la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans, SR 152.3) le 19 février 2025.

montre que les requérant·e·s d'asile tiennent fréquemment de fausses déclarations»²⁸, le SEM projette une suspicion systématique sur l'ensemble des requérant·e·s. Or, ce postulat manque de fondement et est contraire aux principes fondamentaux d'un État de droit, qui exigent une approche individualisée et impartiale des situations.²⁹

L'art. 7 al. 3 LAsi³⁰ énumère de façon non exhaustive les critères permettant d'apprécier la vraisemblance des déclarations, critères qui ont été précisés par la jurisprudence du TAF.³¹ Bien que la constance du récit puisse être un indicateur de vraisemblance, il n'est qu'un critère parmi d'autres. La doctrine et les pratiques internationales, notamment celles décrites dans le manuel « Beyond Proof » du HCR, recommandent une approche multidimensionnelle de l'évaluation de la crédibilité, reposant sur un plus grand nombre de critères tels que :

- Le niveau de détail et de précision des déclarations : Les récits précis, circonstanciés et riches en détails, en dépit d'incohérences mineures, témoignent souvent d'une expérience vécue et renforcent la crédibilité.
- La cohérence interne et externe : Une évaluation attentive des déclarations doit inclure la cohérence interne des récits (logique et continuité des faits) ainsi que leur conformité avec les informations contextuelles vérifiables, notamment sur le pays d'origine.
- La plausibilité culturelle et géopolitique : L'analyse doit tenir compte des réalités culturelles et sociales du pays d'origine et nécessite une contextualisation approfondie.
- Les impacts du stress, des traumatismes et du temps écoulé : Les récits peuvent être affectés par des facteurs psychologiques ou temporels qui altèrent la mémoire ou la capacité à relater des faits avec précision. Les décideurs doivent donc prendre en compte ces aspects pour éviter des jugements injustes.

En 2023, conformément à l'objectif de la restructuration, les autorités ont rendu deux fois plus de décisions en procédure accélérée, sur la base d'une seule audition, qu'en procédure étendue.³² L'autorité dispose donc manifestement d'autres outils que celui de la constance des déclarations pour évaluer la vraisemblance des propos. Le SEM reconnaît paradoxalement

la complémentarité de ces critères, comme il ressort des directives du « Manuel asile et retour – La preuve de la qualité de réfugié »³³, ainsi que de sa prise de position du 30 novembre 2023 selon laquelle : « [L]a mise en œuvre de SEM 2019 a induit des procédures basées sur la conduite d'une seule audition et a dès lors privilégié une analyse de la vraisemblance basée sur la qualité d'ensemble des déclarations. Cette analyse s'effectue à l'aide d'une série de critères (*Realkennzeichen*), et la constance (susceptible d'être mise en cause en cas de contradictions) ne constitue que l'un de ces derniers. »³⁴

Si la consultation préalable du PV devait donc permettre dans certains cas une restitution convenue des motifs de fuite, il est illusoire de penser que cela passerait inaperçu et resterait sans conséquences. Un récit mécanique et répétitif, qui donne l'impression d'avoir été appris par cœur, a à maintes reprises été qualifié par le SEM et le TAF comme un signe d'invraisemblance des allégations³⁵. L'expérience démontre qu'il est tout à fait possible de déceler de fausses déclarations et donc de lutter contre les abus par des mesures moins contraignantes et plus adaptées.

Faire de la restriction générale d'accès au dossier une mesure préventive contre d'éventuels abus de droit n'est ni légal, ni adéquat, ni nécessaire considérant l'ensemble des éléments permettant d'apprécier la vraisemblance d'un récit. Nous considérons que l'approche du SEM est réductrice et présente plusieurs limites importantes alors que des solutions alternatives existent.

C. Proportionnalité stricte

L'intérêt public à lutter contre les abus fonde la mesure restrictive imposée par le SEM. Toutefois, cet intérêt ne peut primer sur d'autres intérêts publics sans un examen attentif de la proportionnalité.

Afin d'assurer l'efficacité et l'équité de la procédure d'asile, une représentation juridique gratuite et de qualité, participant à l'établissement de l'état de fait, a été instaurée³⁶. Or, la restriction d'accès aux pièces du dossier empêche l'application de la législation fédérale qui suppose selon nous un accès constant aux informations pertinentes. En effet, le droit, au niveau tant de la loi que de l'ordonnance, souligne lui-même l'importance du conseil et de la représentation juridiques lors des étapes déterminantes de la procédure, au rang desquelles il inclut notamment les auditions

²⁸ Prise de position interne du SEM concernant l'avis de droit du 2 novembre 2023 du Pr Uebersax, p. 6.

²⁹ L'art. 7 Cst. dispose que la dignité humaine doit être respectée et protégée, ce qui implique un traitement équitable de chaque individu. L'art. 8 Cst. affirme que tous les être humains sont égaux devant la loi et l'art. 9 Cst. protège les individus contre les décisions arbitraires et assure que les autorités agissent de bonne foi.

³⁰ L'art. 7 al. 3 LAsi dispose que : « Ne sont pas vraisemblables notamment les allégations qui, sur des points essentiels, ne sont pas suffisamment fondées, qui sont contradictoires, qui ne correspondent pas aux faits ou qui reposent de manière déterminante sur des moyens de preuve faux ou falsifiés. »

³¹ ATAF 2012/5, consid. 2.2., ATAF 2015/3, consid. 6.5.1, ATAF 2013/11 consid. 5.1, et ATAF 2010/57 consid. 2.3.

³² SEM, Rapport de suivi du système d'asile 2023, daté du 9 octobre 2024. Cf. 3.2., Durée des procédures d'asile, p. 13 : « En 2023, sur l'ensemble des cas relevant du nouveau droit qui ont été réglés (hors procédures spéciales), 37,7 % l'ont été en procédure Dublin ou dans le cadre d'un accord de réadmission et 42,8 % en procédure accélérée. Les 19,5 % restants ont été réglés en procédure étendue. Les dernières modélisations effectuées en vue de la restructuration du domaine de l'asile prévoyaient la répartition suivante : 40 % de procédures Dublin, 32 % de procédures accélérées et 28 % de procédures étendues. »

³³ Manuel asile et retour, Article C6.1 La preuve de la qualité de réfugié.

³⁴ Prise de position interne du SEM concernant l'avis de droit du 2 novembre 2023 du Pr Uebersax, p. 8.

³⁵ Par exemple : TAF, E-4046/2017, E-2119/2019 consid. 5.2 et 5.4, E-4087/2017, D-3155/2014, E-6187/2023, E-3448/2006 consid. 3.1.3, E-7148/2017 consid. 4.2.

³⁶ FF 2014 7771, Message concernant la modification de la loi sur l'asile (Restructuration du domaine de l'asile), Aperçu : « L'objectif principal de la restructuration proposée dans le domaine de l'asile est d'accélérer les procédures d'asile. (...) A titre de mesure d'accompagnement et afin de mener les procédures rapides dans le respect de l'Etat de droit et de manière équitable, les requérants d'asile doivent avoir droit à des conseils gratuits sur la procédure d'asile et à une représentation juridique gratuite. »

ainsi que les éléments qui contribuent de manière déterminante à établir les faits (voir art. 102l, al. 1 LAsi, lu en combinaison avec l'art. 52h OA 1).

En contradiction avec les principes ayant guidé la réforme de l'asile, la pratique restrictive du SEM, appliquée systématiquement, repose sur une suspicion d'abus généralisée et infondée, qui ne peut raisonnablement justifier l'atteinte grave au droit d'être entendu. Elle empêche les représentant-e-s juridiques d'exercer leur mission, malgré les ressources publiques investies et la responsabilité jurisprudentielle qui leur incombe en matière d'établissement des faits pertinents³⁷. En effet, une bonne préparation à l'audition, avec accès aux déclarations antérieures, est essentielle pour clarifier les faits et limiter les erreurs d'appréciation susceptibles de mener à un recours devant le Tribunal administratif fédéral. Il ne s'agit pas ici de façonner un récit fictif, mais de garantir l'établissement d'un état de fait complet et correct dès la première instance.³⁸

La mesure porte une atteinte majeure aux droits des requérant-e-s d'asile en violation du principe d'équité qui suppose l'égalité des armes. Les requérant-e-s ont un intérêt privé fondamental à bénéficier d'une défense juridique efficace, car les enjeux de la procédure d'asile sont particulièrement élevés. Or, la restriction imposée compromet cet équilibre et nuit gravement à l'exercice effectif des droits de la défense.

En définitive, elle entraîne des atteintes majeures à la cohérence générale de la procédure, aux ressources publiques et aux droits fondamentaux des requérant-e-s d'asile. La restriction ne peut dès lors pas être considérée comme étant proportionnée à l'objectif visé. De surcroît, elle ne répond ni au critère d'aptitude ni à celui de nécessité, comme cela a été exposé ci-dessus. Nous estimons par conséquent que la restriction imposée par le SEM est contraire aux principes de droit supérieur et qu'elle doit être abandonnée au profit d'une approche respectueuse des garanties procédurales et des droits fondamentaux des requérant-e-s d'asile.

IV. Conclusion

Pour garantir une représentation juridique de qualité lors du passage en procédure étendue, il est essentiel que la transmission du dossier d'asile complet soit faite par le SEM, et que ce dernier accorde un temps suffisant avant l'audition complémentaire pour l'étude du dossier et l'entretien avec le mandant.

La représentation juridique partagée avec le/la requérant-e la responsabilité d'établir les faits de manière complète et correcte, comme l'a souligné le Tribunal administratif fédéral à maintes reprises dans des arrêts qui sanctionnent la représentation juridique.³⁹ Ainsi, l'obligation de cette dernière à établir les faits pertinents est incompatible avec les limitations de moyens imposées par le SEM, en termes d'accès au dossier. Avec la pratique actuelle, en cas d'instruction erronée ou incomplète de l'état de fait, seule la voie du recours subsiste. Cela implique des coûts sociaux et économiques importants, alors que la désignation d'un représentant juridique visait précisément à éviter un tel scénario.

De plus, l'évaluation de la vraisemblance des déclarations ne repose pas uniquement sur la constance des déclarations, mais doit être multidimensionnelle, incluant le niveau de détail, la cohérence interne et externe, la plausibilité culturelle et géopolitique, et les impacts du stress et des traumatismes. Le SEM reconnaît la complémentarité de ces critères, mais sa pratique et sa position actuelles ne respectent pas les standards qu'il affirme suivre.

Ainsi, si tant est que l'art. 27 PA trouve (encore) application dans le cas de la procédure d'asile révisée, compte tenu des développements énumérés et de sa formulation potestative, il y a lieu de lui donner une interprétation conforme à la Constitution et au droit international et également de l'interpréter à la lumière de la nouvelle loi sur la procédure d'asile. En restreignant l'accès au dossier, le SEM prive la représentation juridique des moyens d'exercer son mandat de manière diligente, ce qui entrave l'intérêt public – voulu avec la restructuration de l'asile – à instaurer une procédure efficace et équitable.

³⁷ TAF, arrêt du 1.11.2024, E-6074/2024, considérant 2.3 établit qu'«il incombait ainsi à la représentante juridique, présente à l'audition, de requérir les éclaircissements qu'elle pensait encore nécessaires. Le fait d'indiquer de manière générale, en fin d'audition, les points sur lesquels l'instruction lui avait paru incomplète [...] ne la dispensait pas de cette obligation; de plus, il lui appartenait de poser d'autres questions si elle le jugeait utile, ce qu'elle a d'ailleurs fait à d'autres [...] ou, le cas échéant, de communiquer au SEM les éléments de preuve utiles qu'elle pouvait recueillir.»

³⁸ Selon la Charte régissant les tâches et les rôles dans la collaboration entre le SEM et la représentation juridique dans les centres fédéraux pour requérants/requérantes d'asile, janvier 2019, les RJ doivent participer à l'établissement des faits: «tous les acteurs ont pour but d'établir les faits pertinents sur le plan juridique de manière complète (...)», cf. p. 8.

³⁹ Ibid, ndbp 36.