

Chronique de jurisprudence du Conseil d'État contentieux administratif et Convention européenne des droits de l'Homme ^{281j6}



Par
Mattias GUYOMAR
Conseiller d'État,
professeur associé de
droit public à l'université
Panthéon-Assas (Paris 2)

L'essentiel

Trois fois par an, cette chronique revient sur l'actualité du contentieux administratif relevant du champ de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Une sélection de décisions commentées du Conseil d'État fait le point de la jurisprudence en la matière.

PLAN

I. QUESTIONS GÉNÉRALES	p. 23
II. DROITS PROCÉDURAUX.....	(néant)
III. DROITS SUBSTANTIELS.....	p. 27

I. QUESTIONS GÉNÉRALES

La procédure applicable à la formation spécialisée du Conseil d'État respecte les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme ^{284c2}

L'essentiel Le Conseil d'État précise l'office de la formation spécialisée créée par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 et juge que la procédure applicable au contrôle juridictionnel des traitements automatisés intéressant la sûreté de l'État respecte les exigences des articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 400688, M. S., Lebon, M^{me} Prada Bordenave, rapp., M^{me} Bourgeois-Machureau, rapp. publ.

Note

La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement a créé une procédure spéciale applicable aux recours relatifs à la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'État. En particulier, elle a institué, au sein du Conseil d'État, une formation spécialisée compétente pour connaître en premier et dernier ressort de ces litiges.

Après une première décision portant sur une question prioritaire de constitutionnalité, la formation spécialisée du Conseil d'État a rendu, le 19 octobre 2016, une série de décisions qui lui ont fourni l'occasion de décrire, de manière détaillée, les conditions dans lesquelles elle exerce son office.

La décision commentée portait sur un refus opposé au requérant d'accéder aux données susceptibles de la concerner figurant dans les traitements automatisés de données de la direction générale de la sécurité extérieure (DGSE), refus révélé par le courrier adressé à l'intéressée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Avant l'intervention de la loi du 24 juillet 2015, le Conseil d'État avait déjà eu à connaître de pareils litiges.

I. DROIT D'ACCÈS INDIRECT ET RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR AVANT LA LOI DU 24 JUILLET 2015

La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés a organisé un droit d'accès indirect, exercé par la CNIL, aux données figurant dans les traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique. L'article 88 du décret du 20 octobre 2005 pris pour l'application de cette loi définit les modalités de ce contrôle : « Aux termes de ses investigations, la commission constate, en accord avec le responsable du traitement, celles des informations susceptibles d'être communiquées au demandeur dès lors que leur communication ne met pas en cause les finalités du traitement, la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique. Elle transmet au demandeur ces informations (...). Lorsque le responsable du traitement s'oppose à la communication au demandeur de tout ou partie des informations le concernant, la commission l'informe qu'il a été procédé

aux vérifications nécessaires. / La commission peut constater en accord avec le responsable du traitement, que les informations concernant le demandeur doivent être rectifiées ou supprimées et qu'il y a lieu de l'en informer. En cas d'opposition du responsable du traitement, la commission se borne à informer le demandeur qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires. Lorsque le traitement ne contient aucune information concernant le demandeur, la commission informe celui-ci, avec l'accord du responsable du traitement. / En cas d'opposition du responsable du traitement, la commission se borne à informer le demandeur qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires. / La réponse de la commission mentionne les voies et délais de recours ouverts au demandeur ».

Dans de nombreuses hypothèses, le responsable du traitement s'oppose à la communication, par la CNIL, de toute information au demandeur. Celui-ci reçoit alors un courrier dans lequel la commission indique « qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires » sans qu'il sache si ces vérifications ont permis au magistrat mandaté par la CNIL de constater qu'aucune donnée le concernant ne figurait dans le traitement, que n'y figuraient que des données légalement recueillies ou si elles ont conduit à ce que soient ordonnés des rectifications ou des effacements. En d'autres termes, le demandeur est assuré que le droit d'accès indirect ouvert par la loi a été effectivement exercé mais la seule information qui l'intéresse véritablement (est-il ou non mentionné dans le fichier et, dans l'affirmative, à quel titre) lui échappe. Cette situation qu'explique la légitime protection des finalités des fichiers dits « de souveraineté » a suscité de nombreux recours regardés comme dirigés contre le refus d'accéder aux données personnelles. La juridiction administrative a été amenée à en connaître dans le cadre et les limites posées par la décision *M. Sun Myung X c/ CNIL* (CE, ass., 6 nov. 2002, n° 194295, p. 380). Les implications du caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle faisant échec à ce que le juge en sache davantage que les parties, l'accès au prétoire n'a, dans bien des cas, ouvert qu'une fausse fenêtre même si la décision *M. Sun Myung X* prend le soin d'indiquer que « dans l'hypothèse où la [CNIL] estimerait que ces informations, ou certaines d'entre elles, sont couvertes par un secret garanti par la loi ou que, s'agissant de données intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique, leur communication mettrait en cause les fins assignées à ce fichier, et où elle estimerait en conséquence devoir refuser leur communication, il lui appartiendrait néanmoins de verser au dossier de l'instruction écrite contradictoire tous éléments d'information appropriés sur la nature des pièces écartées de la communication et les raisons de cette exclusion ».

C'est cette forme d'angle mort du contrôle juridictionnel qu'a cherché à combler, à droit constant, la décision *Ministre de l'Intérieur et ministre de la Défense c/ M. C.* du 11 juillet 2016 (CE, 11 juill. 2016, n° 375977) qui reconnaît au juge la possibilité de demander, hors contradictoire, la production des informations objet du litige. Il n'en reste pas moins vrai que le contrôle du juge butait encore sur le respect du secret de la défense nationale.

Il était donc à la fois nécessaire et souhaitable que le législateur intervienne afin de définir un cadre processuel inédit, mieux à même de garantir le caractère effectif des recours susceptibles d'être exercés dans ce domaine.

II. LE CADRE JURIDIQUE POSÉ PAR LA LOI DU 24 JUILLET 2015

La loi du 24 juillet 2015 a créé, au sein du Code de la sécurité intérieure, un article L. 841-2 aux termes duquel : « Le Conseil d'État est compétent pour connaître, dans les conditions prévues au chapitre III *bis* du titre VII du livre VII du Code de justice administrative, des requêtes concernant la mise en œuvre de l'article 41 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, pour les traitements ou parties de traitements intéressant la sûreté de l'État dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État ». L'article R. 841-2 du même code dresse la liste des traitements ou parties de traitements automatisés de données à caractère personnel qui relèvent des dispositions de l'article L. 841-2 précité. Il s'agit des fichiers « de souveraineté » dont l'acte réglementaire qui les a autorisés est dispensé de publication en vertu de l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978.

La loi sur le renseignement a également modifié le Code de justice administrative en y introduisant des dispositions particulières relatives aux contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'État.

L'article L. 773-2 de ce code prévoit que les recours sont en principe portés devant une formation spécialisée dont les membres et le rapporteur public sont habilités « qualités au secret de la défense nationale. Pour leur part, les agents qui les assistent doivent également être habilités au secret de la défense nationale aux fins d'accéder aux informations et aux documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Ces habilitations ont pour effet que « dans le cadre de l'instruction de la requête, les membres de la formation de jugement et le rapporteur public sont autorisés à connaître de l'ensemble des pièces en possession de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement ou des services ». Les articles suivants aménagent les règles procédurales de droit commun. L'article L. 773-3 précise que « les exigences de la contradiction mentionnées à l'article L. 5 du présent code sont adaptées à celles du secret de la défense nationale » et prévoit notamment que « la formation chargée de l'instruction entend les parties séparément lorsqu'est en cause le secret de la défense nationale ». L'article L. 773-4 dispose que : « Le président de la formation de jugement ordonne le huis-clos lorsque est en cause le secret de la défense nationale ». L'article L. 773-5 précise que « la formation de jugement peut relever d'office tout moyen ».

L'article L. 773-8 du même code livre à la formation spécialisée un mode d'emploi inhabituellement détaillé : « Lorsqu'elle traite des requêtes relatives à la mise en œuvre de l'article 41 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, la formation de jugement se fonde sur les éléments contenus, le cas échéant, dans le traitement sans les révéler ni révéler si le requérant figure ou non dans le traitement. Toutefois, lorsqu'elle constate que le traitement ou la partie de traitement faisant l'objet du litige comporte des données à caractère personnel le concernant qui sont inexacts, incomplètes, équivoques ou périmés, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite, elle en informe le requérant, sans faire état d'aucun élément protégé par le secret de

la défense nationale. Elle peut ordonner que ces données soient, selon les cas, rectifiées, mises à jour ou effacées. Saisie de conclusions en ce sens, elle peut indemniser le requérant ».

Le Conseil constitutionnel a admis la conformité à la Constitution de la dérogation au caractère contradictoire de la procédure prévue par le législateur. Saisi d'un grief tiré de ce que l'article L. 773-3 du Code de justice administrative porterait atteinte au droit à un procès équitable dès lors qu'il n'opère pas une juste conciliation entre le respect de la procédure contradictoire et celui du secret de la défense nationale, le Conseil constitutionnel a jugé « qu'en égard aux possibilités de saisine du Conseil d'État, à l'information donnée à la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement lorsqu'une requête est présentée par une personne, à la possibilité, le cas échéant, donnée à ladite commission de présenter des observations et, enfin, à la possibilité donnée à la formation de jugement de relever d'office tout moyen, le législateur a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable et le principe du contradictoire et, d'autre part, les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, dont participe le secret de la défense nationale » (Cons. const., 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC, pt 86). Par la même décision, il a admis la conformité à la Constitution des articles L. 773-6 et L. 773-7 du Code de justice administrative qui définissent, s'agissant des litiges relatifs à la mise en œuvre des techniques de recueil de renseignement, des règles similaires à celles énoncées à l'article L. 773-8. Après avoir relevé que le Conseil d'État « statue en toute connaissance de cause » et que la formation de jugement peut relever d'office tout moyen, le Conseil constitutionnel en a déduit que « le législateur a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et le droit à un procès équitable et, d'autre part, le secret de la défense nationale » (pt 91).

III. LES PRÉCISIONS APPORTÉES PAR LA DÉCISION DU 19 OCTOBRE 2016

Par la décision commentée, le Conseil d'État fait une première application des dispositions précitées qui définissent l'office de la formation spécialisée en y apportant toutes les précisions nécessaires à la complète garantie des droits des justiciables.

Dans un premier temps, la décision brosse le tableau des différentes hypothèses susceptibles d'être rencontrées. Elle rappelle que, si les conclusions dont elle est saisie sont dirigées contre le refus de communiquer les données relatives à une personne qui allègue être mentionnée dans un fichier « de souveraineté », il appartient à la formation spécialisée de vérifier, au vu des éléments qui lui ont été communiqués hors la procédure contradictoire, si le requérant figure ou non dans le fichier.

Lorsqu'il apparaît soit que le requérant n'est pas mentionné dans le fichier litigieux, soit que les données à caractère personnel le concernant qui y figurent ne sont entachées d'aucune illégalité, la formation de jugement rejette les conclusions du requérant sans autre précision.

Dans le cas où des informations relatives au requérant figurent dans le fichier litigieux et apparaissent entachées d'illégalité, elle en informe le requérant, sans faire état d'aucun élément protégé par le secret de la défense nationale. Cette circonstance implique nécessairement que l'autorité gestionnaire du fichier rétablisse la légalité en effaçant ou en rectifiant, dans la mesure du nécessaire, les données litigieuses. En pareil cas, doit être annulée la décision implicite refusant de procéder à un tel effacement ou une telle rectification.

Après deux autres audiences qui ont donné lieu à deux séries de décisions en date des 7 et 23 décembre 2016, il n'est pas prématuré d'affirmer que la formation spécialisée exerce un contrôle très approfondi, à la suite d'une instruction qui l'amène, dans de nombreux dossiers, à entendre séparément les parties. Elle a un plein accès aux fichiers, à l'instar de la CNIL, afin de contrôler l'existence de mentions comprenant des données à caractère personnel relatives aux requérants. Si de telles données y figurent, il lui appartient d'apprécier si celles-ci sont pertinentes au regard des finalités poursuivies par ce fichier, adéquates et proportionnées. C'est à cette fin qu'elle se fait systématiquement communiquer, hors contradictoire, dans chaque affaire, l'acte réglementaire qui a autorisé la création du fichier litigieux et qui est dispensé de publication. Par ailleurs, elle vérifie, le cas échéant d'office dans les conditions prévues à l'article R. 773-21 du Code de justice administrative, que ces données ne sont pas inexactes, incomplètes, équivoques ou périmées, et que leur collecte ou leur utilisation, leur communication ou leur conservation n'est pas interdite.

Suit, dans un second temps de la décision, la résolution du litige. Dans cette affaire, le requérant avait saisi, le 11 janvier 2016, la CNIL afin de pouvoir accéder aux données le concernant qu'il alléguait être contenues dans le fichier de la DGSE. La CNIL avait désigné, en application de l'article 41 de la loi du 6 janvier 1978, un de ses membres pour mener toutes investigations utiles et faire procéder, le cas échéant, aux modifications nécessaires. Par lettre du 2 juin 2016, la présidente de la CNIL l'avait informé qu'il avait été procédé à l'ensemble des vérifications demandées et que la procédure était terminée, sans apporter à l'intéressé d'autres informations. Insatisfait de cette réponse, l'intéressé a alors demandé l'annulation pour excès de pouvoir du refus, révélé par ce courrier, de lui donner accès aux mentions susceptibles de le concerner et figurant dans le fichier litigieux.

Autant les motifs qui définissent l'office de la formation spécialisée sont développés, autant la décision du 19 octobre 2016 se fait lapidaire lorsqu'il s'agit de rendre compte de l'issue du contrôle exercé : « Il résulte de l'examen par la formation de jugement de l'acte réglementaire autorisant la création du fichier litigieux ainsi que des éléments fournis par le ministre de la Défense et la CNIL (...) que les conclusions doivent être rejetées ». À la dérogation au caractère contradictoire de la procédure s'ajoute ainsi une motivation nécessairement elliptique, le juge ne pouvant, sans compromettre le secret de la défense nationale, rendre compte, de manière circonstanciée, des éléments portés à sa connaissance pour le plein exercice de son contrôle juridictionnel.

On peut concevoir qu'une telle économie processuelle engendre, chez le requérant appelé à s'en remettre aveuglément à son juge, une forme d'insatisfaction de nature à faire naître un doute sur le complet respect des exigences du procès équitable. Tel était le cas dans l'affaire rapportée, le requérant contestant la conventionnalité du régime mis en œuvre. La décision commentée précise que l'examen auquel s'est livré la formation spécialisée s'est déroulé selon les modalités qui y sont décrites et ajoute, afin d'écarter les moyens soulevés en ce sens, qu'elles sont « de nature à garantir de manière effective la présomption d'innocence, le droit au respect de la vie privée et familiale posé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le droit à un procès équitable rappelé à l'article 6 de la même convention, les droits de la défense ainsi que le droit à un recours juridictionnel effectif et qui ne méconnaissent pas, en tout état de cause, l'article 5 de cette convention ».

Certes, les spécificités de la procédure conduisent à d'importantes dérogations aux principes directeurs du procès administratif. La procédure repose sur un contradictoire asymétrique, l'administration se voyant communiquer l'intégralité des écritures du requérant tandis qu'échappent à celui-ci les pièces couvertes par le secret de la défense nationale qui sont seulement adressées aux juges ; la séance se tient à huis clos ; les conclusions du rapporteur public sont prononcées hors la présence des parties ; la motivation est nécessairement non circonstanciée sur le fond. Néanmoins, et aussi paradoxal que cela puisse paraître, cette procédure particulière représente un véritable progrès en termes d'effectivité du droit au recours. Elle permet au juge, ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel, de statuer « en toute connaissance de cause ». Dans la mesure où il peut relever d'office tout moyen, il est ainsi mis à même d'assurer le plein respect de la légalité et de garantir l'égalité des armes entre les parties. Le nouvel équilibre ménagé par le législateur privilégie l'accès des juges à l'intégralité des pièces du dossier, y compris grâce à leur habilitation, à celles qui sont couvertes par le secret de la défense nationale sur le complet respect des exigences attachées à la publicité des audiences et au caractère contradictoire de la procédure. Ce que le procès perd en transparence et en traçabilité est gagé par ce que le juge gagne en termes d'effectivité du contrôle qu'il exerce.

Dans ces conditions, la formation spécialisée ne s'est pas décernée un quitus infondé en jugeant, dans la décision commentée, que la procédure dont elle avait fait application respectait aussi bien les droits substantiels du requérant (droit au respect de la vie privée) que ses droits procéduraux (droit au procès équitable et droit au recours effectif).

Au demeurant, il convient de relever que les cours européennes ont déjà eu à se prononcer sur des aménagements comparables au droit commun du procès.

Par la décision du 18 juillet 2013 dite *Kadi II* (CJUE, gde ch., 18 juill. 2013, n^{os} C-584/10 P, C-593-10 P et C-595/10) qui concerne le recours contre la décision d'inscription ou de maintien du nom d'une personne sur la liste des personnes soupçonnées d'être liées au terrorisme, la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît que des considérations

impérieuses touchant à la sûreté de l'Union ou de ses États membres ou à la conduite des relations internationales peuvent s'opposer à la communication de certaines informations ou de certains éléments de preuve à la personne concernée tout en rappelant que le juge de l'Union, auquel ne saurait être opposé le secret ou la confidentialité de ces informations, doit pouvoir vérifier en procédant à l'examen de l'ensemble des éléments de droit et de fait fournis par l'autorité compétente, le bien fondé des raisons invoquées par cette autorité pour s'opposer à une telle communication. S'il estime ces raisons fondées, le juge apprécie si et dans quelle mesure l'absence de divulgation d'information ou d'éléments de preuve confidentiels à la personne concernée et l'impossibilité corrélative pour celle-ci de faire valoir ses observations à leur égard sont de nature à influencer sur la force probante des éléments de preuve confidentiels. La procédure spécifique définie par cette décision est aujourd'hui « codifiée » dans le règlement de procédure du tribunal de l'Union européenne en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2015, à son article 105.

Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'Homme admet la possibilité de modifier les procédures juridictionnelles de manière à préserver les intérêts de sécurité nationale du point de vue de la nature et des sources des renseignements, tout en accordant à l'individu un degré suffisant de protection juridictionnelle : « L'introduction d'une procédure qui, indépendamment du cadre utilisé, autoriserait un juge ou une commission répondant parfaitement aux exigences d'indépendance et d'impartialité prévues à l'article 6, paragraphe 1, à examiner en toute connaissance des preuves pertinentes, littérales et autres, le bien-fondé de l'argumentation des deux parties, servirait assurément à renforcer la confiance du public » (CEDH, 10 juill. 1998, n^{os} 20390/92 et 21322/92, *Tinnelly & Sons Ltd et a. et Mc Elduff et a. c/ Royaume-Uni*, § 78). Dans une affaire renvoyée devant la grande chambre (CEDH, 26 nov. 2015, n^o 35289/11, *Regner c/ République Tchèque*), la Cour a admis qu'un processus décisionnel dans lequel le requérant n'avait pas pu prendre connaissance de pièces classées confidentielles, avait satisfait autant que possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et qu'il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts du requérant après avoir relevé qu'elle attachait de l'importance « notamment au fait que, dans les procédures telles que celle en l'espèce, les tribunaux disposent d'une compétence de « pleine juridiction » et ne sont pas liés par la demande du plaignant » (§ 75).

Ajoutons, pour terminer, que la décision de la formation spécialisée du 19 octobre 2016 M. Chapron-Feron (CE, 19 oct. 2016, n^o 396958, *Lebon*) livre le mode d'emploi s'agissant du contrôle, inédit, effectué sur la mise en œuvre des techniques de renseignement à la suite de celui exercé par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR). La formation spécialisée doit s'assurer qu'aucune technique de renseignement n'est irrégulièrement mise en œuvre à l'égard du requérant. La motivation du rejet du recours est également d'une très grande concision : « La formation spécialisée a examiné, selon les modalités décrites au point précédent, les éléments fournis par la CNCTR, qui a précisé l'ensemble des vérifications auxquelles elle avait procédé, et par le Premier ministre. À l'issue de cet examen, il y a lieu de répondre que la vérification qu'il a

sollicitée a été effectuée et n'appelle aucune mesure de la part du Conseil d'État ». Mais, dans le cas où une technique de renseignement aurait été mise en œuvre dans des conditions apparaissant entachées d'illégalité, la formation spécialisée devrait en informer le requérant, sans pour autant faire état d'aucun élément protégé par

le secret de la défense nationale. En pareil cas, par une décision distincte dont seule l'administration compétente et la CNCTR sont destinataires, elle annulerait l'autorisation et ordonnerait la destruction des renseignements irrégulièrement collectés.

(...)

III. DROITS SUBSTANTIELS

Le Conseil d'État précise la portée des mesures provisoire prescrites par la Cour européenne sur le fondement de l'article 39 de son règlement ^{284c4}

L'essentiel La circonstance que la Cour européenne des droits de l'Homme, statuant sur le fondement de l'article 39 de son règlement, a demandé au gouvernement français de ne pas renvoyer le requérant vers le pays dont il a la nationalité pendant la durée de la procédure devant elle, est sans incidence sur l'office du juge national statuant sur l'admission au bénéfice de la qualité de réfugié.

CE, 10-9, 9 nov. 2016, n° 392593, M. et M^{me} K., Lebon T., M. Klarsfeld, rapp., M^{me} Bretonneau, rapp. publ. ; M^e Bertrand, av.

Note

Les faits de l'espèce sont nécessaires à la parfaite compréhension du point de droit jugé par la décision rapportée. S'y imbriquent en effet des décisions relatives à la demande d'asile des deux requérants.

Les requérants, de nationalité russe et d'origine tchèque, sont entrés en France en 2010. Par deux décisions du 30 novembre 2011, le directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) a rejeté leurs demandes d'admission au statut de réfugié. Ces rejets ont été confirmés par décisions de la Cour nationale du droit d'asile. Les intéressés ont alors saisi l'Office d'une demande de réexamen de leur situation, qui a été rejetée par une décision du 20 décembre 2012. Par deux arrêtés du 12 mai 2014, le préfet des Pyrénées-Orientales leur a notifié leur obligation de quitter le territoire français sans délai et les a assignés à résidence. Par un arrêt du 18 décembre 2014, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté leur appel contre les jugements du magistrat désigné par le président du tribunal administratif de Montpellier du 15 mai 2014 rejetant leur demande tendant à l'annulation de ces arrêtés préfectoraux. Puis, par deux arrêtés du 7 avril 2015, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté leur appel contre les jugements du magistrat désigné par le président du tribunal administratif de Toulouse du 17 octobre 2014 rejetant leur demande tendant à l'annulation des arrêtés du 15 octobre 2014 par lesquels le préfet des Pyrénées-Orientales a décidé leur placement en rétention administrative.

Les requérants ont ensuite saisi la Cour européenne des droits de l'Homme d'une demande de mesures provisoires sur le fondement de l'article 39 du règlement de la cour.

Le 20 octobre suivant, le juge faisant fonction de président a décidé de demander au gouvernement français de ne pas renvoyer les requérants vers la Fédération de Russie pendant la durée de la procédure devant la cour. À la suite de cette décision, par deux nouveaux arrêtés, le préfet des Pyrénées-Orientales a décidé de mettre fin à la rétention de M. et M^{me} K. et de les assigner à résidence. M. et M^{me} K. ont à nouveau saisi l'OFPRA d'une demande de réexamen de leur situation, qui a été rejetée par une décision du directeur de l'Office du 23 octobre 2014. Le Conseil d'État était saisi d'un pourvoi en cassation dirigé contre la décision du 8 avril 2015 par laquelle la Cour nationale du droit d'asile a rejeté leur recours contre cette décision.

Statuant sur ce pourvoi, le Conseil d'État a précisé, par la décision du 9 novembre 2016 ici rapportée, la portée à l'égard tant des autorités administratives que du juge national des mesures provisoires ordonnées par la Cour européenne, sur le fondement de l'article 39 de son règlement.

Dans la droite ligne de l'arrêt *Mamatkoulov et Askarov c/ Turquie* (CEDH, gde ch., 4 févr. 2005, n°s 46827/99 et 46951/99), le Conseil d'État rappelle tout d'abord que les mesures provisoires prescrites sur le fondement de l'article 39 du règlement de la Cour européenne des droits de l'Homme ont pour objet de garantir l'effectivité du droit au recours individuel devant cette cour, prévu à l'article 34 de la Convention (v. en ce sens l'ordonnance du juge des référés du Conseil d'État, CE, 30 juin 2009, n° 328879, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales c/ B.*). Leur inobservation constitue ainsi un manquement à ces stipulations selon lesquelles les parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice du droit de recours individuel devant la Cour. Le gouvernement français est donc tenu de respecter ces mesures, sauf exigence impérieuse d'ordre public ou tout autre obstacle objectif l'empêchant de s'y conformer.

La décision précise ensuite la portée, à l'égard du juge national de l'asile, de la mesure provisoire prescrite en l'espèce. Elle juge ainsi que, dans l'hypothèse où la Cour européenne des droits de l'Homme, statuant sur le fondement de l'article 39 de son règlement, a demandé au gouvernement français de ne pas renvoyer le requérant vers le pays dont il a la nationalité pendant la durée de la

procédure devant la cour, une telle circonstance est sans incidence sur l'office du juge national statuant sur l'admission au bénéfice de la qualité de réfugié.

Le Conseil d'État indique enfin quelles sont les obligations des autorités administratives nationales qui découlent de cette mesure provisoire : l'étranger auquel la reconnaissance de cette qualité a été définitivement refusée ne pourra alors pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement tant que la Cour européenne des droits de l'Homme n'aura pas statué au fond sur le fondement de l'article 34 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ou mis fin aux mesures provisoires alors même que l'article L. 742-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit que l'étranger auquel la reconnaissance de

la qualité de réfugié a été définitivement refusée et qui n'est pas autorisé à demeurer sur le territoire à un autre titre, doit quitter le territoire français sous peine de faire l'objet d'une mesure d'éloignement. C'est en effet aux seules autorités préfectorales qu'il incombe d'observer la mesure provisoire prescrite en s'abstenant de mettre à exécution les mesures décidées à ce titre, sous le contrôle des juridictions nationales compétentes, auxquelles il appartient dans tous les cas de statuer, sans surseoir, sur les recours présentés devant elles. Dans le souci de livrer le mode d'emploi le plus complet possible, la décision ajoute que le requérant a d'ailleurs l'obligation d'exercer les recours internes avant que la Cour européenne des droits de l'Homme ne puisse se prononcer sur sa requête introduite sur le fondement de l'article 34 de la Convention.