

N^{os} 408344, 408374, 408748, 408750, 408786

M. S... et autres

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 4 octobre 2017

Lecture du 16 octobre 2017

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

La France a engagé ses forces armées en Afghanistan d'octobre 2001 à la fin de l'année 2014. Elle l'a fait dans le cadre de deux opérations. La première, l'opération Liberté immuable (*Enduring Freedom*), était menée par les Etats-Unis à la suite des attentats du 11 septembre 2001¹ ; elle est restée sous commandement américain jusqu'en 2006, où elle est passée sous commandement de l'OTAN. La seconde, la Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS), a été instaurée en décembre 2001 sur autorisation du Conseil de sécurité des Nations Unies² ; elle est passée sous commandement de l'OTAN en 2003. C'est dans le cadre de cette seconde opération que la France a déployé l'essentiel de ses forces. A ce titre et pour rappel, citons notamment l'engagement du groupe aéronaval Charles de Gaulle, la prise de responsabilité en 2008 des districts de Surobi et de Kapisa, menée à partir de 2009 par la Brigade La Fayette, ou encore la formation de l'armée afghane dans le cadre de l'opération Epidote. Au total, entre 2001 et 2014, près de 70 000 militaires français ont été déployés en Afghanistan ; 90 y ont laissé la vie³.

Aux côtés des militaires français ont travaillé des Afghans. Ces personnels civils de recrutement local, selon l'expression consacrée et résumée dans l'acronyme PCRL, étaient employés par l'armée pour l'aider au quotidien, pour une grande majorité en tant que traducteurs. Selon un rapport d'information parlementaire de 2012⁴, les forces françaises avaient à l'époque fait appel à près de 800 PCRL au cours de leur engagement en Afghanistan. Ces Afghans ont parfois, eux aussi, payé le prix du sang – rappelons qu'aux côtés des dix militaires Français est mort un traducteur afghan dans l'embuscade d'Uzbin en août 2008.

Avec le retrait des troupes françaises, décidé début 2012 par le Président de la République et accéléré quelques mois plus tard par son successeur, s'est posée la question du devenir de ces personnels. La France ne s'en est pas désintéressée. Comme la plupart des pays de la coalition, elle a mis en place en 2012 un dispositif visant à prévenir les risques de représailles

¹ Elle bénéficiait d'un cadre assez large défini par le Conseil de sécurité des Nations Unies sur le fondement du chapitre VII de la Charte (v. Résolution 1373 (2001) du 28 septembre 2001).

² V. Résolution 1386 (2001) du 20 décembre 2001.

³ Selon le site *mémoire des hommes* du SGA du ministère des armées.

⁴ Rapport d'information n° 744 déposé par la commission de la défense nationale et des forces armées en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le retrait d'Afghanistan et présenté par MM. Philippe Meunier et Philippe Nauche, députés.

susceptibles de peser sur les PCRL. Selon le même rapport d'information parlementaire, le dispositif français était constitué de trois étages :

- une prime de licenciement, d'une valeur moyenne de 2246 euros, était versée par la brigade Lafayette à tous les PCRL en fin de contrat ;
- une aide à la réinstallation en Afghanistan avec prime de relocalisation dans une autre région du pays, d'un montant moyen de 1450 euros, était donnée aux PCRL faisant l'objet d'une menace en cas de maintien sur les lieux de leur activité, sans justifier pour autant un accueil sur le territoire français ;
- enfin, la délivrance d'un visa et la possibilité d'une aide à la réinstallation hors d'Afghanistan, notamment en France, était prévue pour les PCRL faisant l'objet d'une menace immédiate, avérée et urgente et présentant un profil sociologique de personne intégrable ou assimilable en France.

Selon les chiffres du ministre de l'intérieur, ce dispositif a conduit à l'accueil en France, pour 258 demandes, de 73 PCRL – et 106 membres de leurs familles –, qui se sont vu délivrer une carte de résident.

A ce premier dispositif a succédé un second, dit de relocalisation, qui s'est ouvert au mois de mai 2015. Toujours selon le ministre de l'intérieur, 281 dossiers ont été déposés, et étudiés sur la base de la qualité des services rendus et de la réalité de la menace pesant sur le PCRL ; 100 dossiers (concernant 350 personnes) ont donné lieu à une décision favorable.

–

Les cinq affaires qui vous sont soumises aujourd'hui concernent cinq de ces PCRL – et, pour certains d'entre eux, leurs conjoint et enfants. MM. S..., K..., H..., HA... et W... ont été, à différents titres, employés par l'armée française en Afghanistan. Ils se sont vu refuser la délivrance d'un visa de long séjour dans le cadre de la seconde procédure de relocalisation. Ils ont saisi la commission de recours contre les refus de visa, dont le silence a fait naître cinq décisions de rejet entre le 7 février et le 10 août 2016⁵. Ils ont alors formé un recours pour excès de pouvoir contre les décisions implicites de cette commission. Et ils ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nantes d'en suspendre l'exécution dans l'attente du jugement au fond. Le juge des référés a rejeté leurs demandes par cinq ordonnances du 22 novembre 2016, une fondée sur l'absence d'urgence, les quatre autres fondées, par une motivation aussi brève que vous l'admettez⁶, sur l'absence de moyen de nature à créer un doute sérieux sur la légalité des décisions contestées. C'est contre ces cinq ordonnances que les intéressés se pourvoient régulièrement en cassation.

Leurs pourvois soulèvent des questions communes, mais vous conduiront aussi à examiner des questions propres à chaque affaire. Précisons dès ce stade que ces affaires ne sont pas les seules dont ait eu à connaître la juridiction administrative, puisque le juge des référés du

⁵ Respectivement 7 février (408748), 13 juin (408344), 2 juillet (408786), 30 juillet (408750) et 10 août (408374).

⁶ V. 14 mars 2001, Mme A..., n° 230268, Rec. p. 128.

tribunal administratif de Nantes a été saisi d'une trentaine de référés-suspension et que votre septième chambre a également été saisie de plusieurs pourvois en cassation.

1. La première question commune aux affaires dont vous avez à juger aujourd'hui porte sur l'invocation du droit d'asile et des articles 2 et 3 de la Convention EDH, qui garantissent respectivement le droit à la vie et l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants. Ces moyens n'ayant pas été retenus par le juge des référés dans les quatre ordonnances fondées sur l'absence de doute sérieux, il est soutenu devant vous que celui-ci a entaché ces ordonnances d'erreurs de droit et de dénaturation.

Toutefois, par une ordonnance du 9 juillet 2015, *Ministre de l'intérieur c/ MM. AL...* (n° 391392), mentionnée aux Tables du Recueil sur ce point (pp. 558-705), votre juge des référés a jugé que, si le droit constitutionnel d'asile a pour corollaire le droit de solliciter en France la qualité de réfugié, les garanties attachées à ce droit fondamental reconnu aux étrangers se trouvant sur le territoire de la République n'emportent aucun droit à la délivrance d'un visa en vue de déposer une demande d'asile en France.

Il en résulte que seuls les étrangers qui sont parvenus en France peuvent se prévaloir du droit d'asile pour réclamer la protection de l'Etat. Mais l'Etat ne garantit pas à toute personne persécutée s'adressant à ses services consulaires la possibilité d'entrer en France pour y demander l'asile. C'est que, d'une part, selon les termes mêmes de la Convention de Genève, le terme « réfugié » s'applique à une personne qui se trouve « hors du pays dont elle a la nationalité ». D'autre part, le Conseil constitutionnel n'a jamais donné à l'asile constitutionnel un champ plus large en permettant à toute personne de s'en prévaloir auprès de toute mission consulaire française.

Cela ne fait pas obstacle à ce que l'administration délivre un visa à un étranger afin de lui permettre de demander l'asile en France – l'ordonnance précitée le rappelle, et la pratique existe, ce dont témoigne le site Internet de l'OFPRA. Mais c'est là un pouvoir discrétionnaire ; les demandeurs de visa ne peuvent se prévaloir d'aucun droit à ce titre.

Vous pourrez donc réaffirmer en formation collégiale cette solution déjà inscrite dans votre jurisprudence, et qui s'étend logiquement à la protection subsidiaire, que le législateur a fait obéir au même régime. Et par un raisonnement analogue voire identique, vous pourrez juger que les requérants ne tirent des articles 2 et 3 de la Convention EDH aucun droit au bénéfice d'un visa, ce dont vous déduisez régulièrement que l'invocation de l'article 3 de la Convention est inopérante à l'appui de la contestation d'un refus de visa (v., pour des décisions de sous-sections réunies, 13 février 2006, *M. D...*, n° 272517, inédite ; 27 juin 2008, *Mlle SA...*, n° 296150, inédite).

2. La deuxième question commune vous conduira à répondre aux moyens tirés d'erreur de droit et de dénaturation dans l'application des critères posés par l'administration pour l'attribution du bénéfice du second dispositif dont nous vous avons parlé. Il ressort en effet des écritures du ministre de l'intérieur que l'administration a fixé des orientations générales pour le traitement des demandes de relocalisation, orientations qui se fondaient sur les souhaits des demandeurs, la qualité des services rendus et la réalité de la menace, elle-même appréciée en tenant compte du type d'emploi occupé, de la durée de l'emploi auprès des forces françaises et du temps écoulé depuis la fin du contrat.

Vous jugez cependant que lorsque l'administration peut légalement accorder une mesure de faveur au bénéfice de laquelle l'intéressé n'a aucun droit et qu'elle définit des orientations générales pour l'octroi de ce type de mesures, l'intéressé ne peut se prévaloir de telles orientations à l'appui d'un recours devant le juge administratif (Section, 4 février 2015, Ministre de l'intérieur c/ O..., n° 383267, Rec. p. 17 avec les conclusions B. Bourgeois-Machureau).

Nous vous confesserons que, pas davantage que la dérogation au principe d'égalité qui la sous-tend, cette jurisprudence ne nous convainc guère, qui, à l'heure où vous vous saisissez des actes de droit souple pour ne plus ignorer les impacts économiques des nouveaux modes d'action de l'administration, maintient dans une forme de limbes juridiques de vastes pans de son activité où sont en cause des droits fondamentaux.

Mais cette jurisprudence a la double autorité de son caractère ancien – car la solution est constante⁷ – et de son caractère récent – car vous l'avez réaffirmée et généralisée en formation de Section en 2015 – devant laquelle nous nous inclinons.

Or elle trouve certainement à s'appliquer en matière de visas. En dehors des quelques cas où la délivrance du visa constitue un droit pour celui qui remplit les conditions posées par les textes, vous jugez en effet qu'eu égard à la nature d'une telle décision, les autorités françaises disposent d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard, et peuvent se fonder sur toute considération d'intérêt général (v. not. 28 février 1986, J..., n^{os} 41550 46278, Rec. p. 49). Si bien que, par l'ordonnance Min. c/ MM. AL... précitée, votre juge des référés a fait application de la jurisprudence O... à un refus de visa.

Il en résulte que l'invocation devant le juge des référés des orientations générales du ministère de la défense était inopérante, ce qui vous conduira à écarter les moyens tirés d'erreur de droit et de dénaturation dans l'application, par le juge des référés, des critères posés par ces orientations générales.

3. Nous en venons à la dernière question commune aux affaires inscrites à votre rôle, qui n'est pas la moins difficile. Il s'agit de savoir si les PCRL pouvaient se voir délivrer un visa au titre de la protection fonctionnelle, dont ils se sont prévalus en vain. Cette question, en vérité, est double : elle porte à la fois sur l'inclusion des PCRL dans le champ de la protection fonctionnelle et sur la possibilité de délivrer un visa de long séjour au titre de cette protection.

3.1. Le cadre juridique de la relation entre les PCRL et l'armée obéit à votre jurisprudence T... (Section, 19 novembre 1999, n° 183648, Rec. p. 356), confirmée par la décision I... et Le G... du Tribunal des conflits du 22 octobre 2001, (Mme I... et Mme Le G... c/ Lycée Jean Mermoz à Dakar et Agence pour l'enseignement du français à l'étranger, n° 3236, Rec. p. 751). Il en résulte que les contrats conclus par les services de l'Etat à l'étranger pour le recrutement sur place de personnels non statutaires sont, à défaut de dispositions législatives ou réglementaires contraires, régis par la loi choisie par les parties, selon un choix exprès ou

⁷ V., s'agissant des orientations générales données par le ministre aux préfets pour l'usage de leur pouvoir d'octroi de titres de séjour à titre gracieux, CE, 31 juillet 1992, Préfet de Seine-et-Marne c/ M. KI..., n° 132778, T. p. 672 ; CE, 9 oct. 1996, M. M..., n° 148835, T. p. 936 ; CE, 22 février 1999, Epoux U..., n° 197243, T. p. 582.

qui doit résulter de façon certaine des stipulations du contrat, et qu'en l'absence d'un tel choix, ces contrats sont régis par la loi du pays où ils sont exécutés⁸.

L'application de cette jurisprudence aux cinq requérants n'est pas évidente en raison du caractère lacunaire des dossiers. Il est certain que M. S... a effectué une partie de ses services dans le cadre d'un contrat stipulant expressément qu'il était régi par la seule loi française. Il nous paraît par ailleurs peu douteux que MM. HA... et W... ont effectué une partie de leurs services en vertu de contrats qui, par un choix exprès ou faute de choix clair, étaient soumis au droit afghan. Pour le reste, le droit applicable ne peut être déterminé avec un degré suffisant de certitude, faute, aux dossiers, de contrats – ou de contrats entiers. En cet état de l'instruction, il nous semble que vous pourrez retenir que les situations individuelles ont été, soit exclusivement soumises au droit afghan, soit soumises au droit français puis à ce droit. Mais, vous le verrez, la question n'est, au bout du compte, pas déterminante.

3.2. Le champ d'application de la protection fonctionnelle, quant à lui, est, vous le savez, particulièrement large. L'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, qui vise les seuls fonctionnaires⁹, est applicable aux agents contractuels en vertu de l'article 32 de la même loi, et votre jurisprudence a fait de cette protection un principe général du droit applicable à tous les agents publics (v. Section, 26 avril 1963, Centre hospitalier de Besançon, Rec. p. 243 ; Section, 8 juin 2011, M. F..., n° 312700, Rec. p. 270), ce qui inclut, au sens très large de cette jurisprudence, tous les titulaires d'une fonction publique (v., pour un maire, 5 mai 1971, GI..., n° 79494, Rec. p. 323 ; pour le président élu d'un établissement public administratif, Section, F..., préc.). Vous avez encore récemment étendu le champ de la protection fonctionnelle en jugeant qu'un collaborateur occasionnel du service public y avait droit (13 janvier 2017, M. FI..., n° 386799, Rec. p. 1 avec les conclusions E. Crepey). En somme, comme son nom l'indique, la protection fonctionnelle est due à raison des fonctions, et non du statut.

Cette affirmation ouvre cependant des perspectives inexplorées par votre jurisprudence. Car jamais, à notre connaissance, vous n'avez eu à vous prononcer sur le droit à protection fonctionnelle d'agents employés sous un régime de droit privé – et pas davantage, *a fortiori*, sur le droit qu'auraient des agents employés par un contrat soumis au droit étranger.

Deux logiques s'opposent. La première voudrait que la protection fonctionnelle soit un des attributs du régime de droit public qui encadre l'exercice de fonctions et qu'elle ne bénéficie donc qu'à ceux qui sont soumis à un régime de droit public – français, par construction. La seconde voudrait que cette protection soit due uniquement à raison des fonctions, mais pourrait distinguer parmi les fonctions, notamment entre celles qui sont exercées pour les besoins d'un service public administratif et celles qui sont exercées pour ceux d'un service public industriel et commercial.

Tant votre jurisprudence que l'objet même de la protection fonctionnelle nous semblent plutôt tendre vers cette seconde ligne : si la collectivité publique protège son agent, c'est – dit le texte – « à raison de ses fonctions ». En d'autres termes, c'est la spécificité des missions de la

⁸ Pour une application par le Conseil d'Etat, v. par ex. 13 février 2002, M. B..., n° 221982, aux T. pp. 654-808 sur ce point.

⁹ Sa version antérieure à la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 est applicable à la décision de la CRRV relative à M. H... sur laquelle le juge des référés du tribunal administratif s'est prononcée.

puissance publique qui justifie que ceux à qui elles sont confiées soient spécifiquement protégés. En somme, alors même que la loi a fait de cette protection un élément du régime de recrutement de droit public, il nous semble qu'elle est susceptible de bénéficier aussi, en vertu de votre jurisprudence, à des agents ne relevant pas de ce régime.

Reste que, s'agissant des personnels dont le contrat est soumis à un droit étranger, l'inapplicabilité de la loi française nous paraît faire obstacle, en l'état de votre jurisprudence, à la revendication du bénéfice de la protection fonctionnelle. Il n'est pas évident, en effet, d'admettre que l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 ou le principe général du droit puisse être qualifié de loi de police, c'est-à-dire, selon la définition qu'en donne le règlement du 17 juin 2008 dit « Rome I »¹⁰, de disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics.

Certes, votre jurisprudence, comme celle du Tribunal des conflits, réserve bien, en s'inspirant librement de ce règlement, l'application de dispositions législatives ou réglementaires s'imposant à la volonté des parties (v., outre sa décision I... et Le G... précitée, la décision Mlle C... c/ Polynésie française du Tribunal du 5 mars 2012 – n° 3807, T. pp. 654-876 – et, dans votre jurisprudence : 9 février 2000, Mme BO..., n° 200856, T. p. 892 ; 20 avril 2005, Mme MI..., n° 261408, inédite ; 26 avril 2006, Mme P..., n° 248341, inédite ; 30 mai 2007, Mme MO..., n° 284830, T. p. 750 ; 5 juillet 2013, Région Alsace, n° 348050, T. p. 499).

Mais vous avez déjà jugé que la situation de certains contractuels recrutés sous un régime de droit étranger, y compris sur des emplois relevant manifestement de services publics à caractère administratif, n'était régie par aucune règle de droit public français (v. not. vos décisions T... et MO... précitées). De la sorte, vous avez exclu l'application générale, aux agents recrutés sous un régime de droit local, de règles relevant de la loi du 13 juillet 1983 ou de principes généraux du droit applicables aux agents publics.

Il est vrai que vous avez, depuis, opté pour une approche relativement large des règles d'ordre public en matière d'arbitrage international portant sur des contrats de commande publique (v. Assemblée, 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806, Rec. p. 466 avec les conclusions G. Pellissier). Mais il s'agissait d'une matière gouvernée par des principes constitutionnels, qui fondaient la réserve de compétence du juge administratif, et auxquels se rattachaient un ensemble de « règles impératives du droit public », dont le respect devait ainsi être garanti.

Il en va différemment s'agissant de la relation de travail entre les personnes publiques et leurs agents, qui n'est pas soumise aux mêmes exigences constitutionnelles. Et, si la signature d'un contrat de recrutement soumis au droit administratif français emporte par elle-même l'application de nombre de règles qui ne sont pas inscrites dans le contrat, il n'est pas évident de considérer, par un raisonnement analogue, que la signature d'un contrat de recrutement de droit local crée malgré tout, entre l'administration et l'agent, une relation sous-jacente soumise au droit administratif et emportant notamment le droit au bénéfice de la protection fonctionnelle.

¹⁰ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

Quoi qu'il en soit, vous n'aurez pas à répondre aujourd'hui à ces intéressantes questions. En effet, d'une part, le contrôle que vous exercez en cassation de référé-suspension, qui tient compte de l'office du juge des référés et se borne en conséquence à la censure d'erreurs de droit manifestes (v. Section, 29 novembre 2002, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne, n° 244727, Rec. p. 421) ne nous paraît vous permettre de casser les ordonnances pour erreur de droit sur ce point. D'autre part, ces ordonnances, qui se bornent à citer le moyen et affirmer qu'il n'est pas de nature à faire naître un doute sérieux, ne prennent expressément aucun parti sur la question de droit.

3.3. Rien ne dit, en vérité, que ce n'est pas à une étape plus avancée du raisonnement que le juge des référés s'est arrêté, en estimant, soit que la protection fonctionnelle ne pouvait conduire à la délivrance d'un visa, soit que cela n'était pas nécessaire en l'espèce.

S'agissant du premier point, nous ne voyons pas sur quel fondement vous excluriez que la protection fonctionnelle puisse commander de délivrer un visa à un agent public. Comme vous le savez, le principe impose notamment à la collectivité de protéger son agent contre les menaces, violences ou voies de fait dont il est l'objet. Et, bien qu'elle se traduise le plus souvent par la prise en charge de frais d'avocat, votre jurisprudence est en ce sens que les moyens de protection doivent être appropriés (v. par ex., 25 juillet 2001, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique, n° 210797, Rec. p. 389). Une circulaire du 5 mai 2008 du ministre chargé de la fonction publique produite aux dossiers prévoit ainsi que toutes sortes de mesures de protection peuvent être mises en œuvre en cas de menaces, telles qu'un changement de service ou la surveillance du domicile.

Par conséquent, si un agent public en fonctions à l'étranger fait l'objet de menaces qui sont telles que le seul moyen d'assurer la protection qui lui est due est de lui délivrer un visa pour qu'il puisse parvenir, le cas échéant avec sa famille (que l'article 11 couvre désormais), sur le territoire français, il nous semble que l'Etat doit alors le faire bénéficier d'un tel document.

3.4. Encore faut-il cependant que l'agent fasse l'objet d'une telle menace. Or si, dans les faits, un tel niveau de menace pesait sur des PCRL, nous sommes convaincus que l'administration, même dans les cas où le régime de la protection fonctionnelle ne trouverait pas à s'appliquer, commettrait néanmoins une erreur manifeste d'appréciation en refusant un visa à titre humanitaire, pour permettre aux intéressés, à tout le moins, de demander l'asile en France. En d'autres termes, même là où elle dispose d'un très large pouvoir d'appréciation, nous ne voyons pas comment l'administration pourrait légalement refuser un visa à des anciens employés de l'armée française qui courent, pour cette seule raison, un risque réel d'être exécutés, torturés ou soumis à des traitements inhumains ou dégradants s'ils continuent à vivre dans leur pays.

Il en résulte que, dans l'office qui était le sien, le juge des référés avait, en réalité, une appréciation unique à porter sur les menaces pesant sur les intéressés. Nous n'ignorons pas, bien sûr, que s'il portait cette appréciation au titre du régime de la protection fonctionnelle plutôt qu'au titre du droit commun des visas, le juge des référés exerçait un contrôle plus approfondi – car le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle entier en la matière (v. not. Section, 13 février 1959, Sieur Bernadet, Rec. p. 111). Nous n'ignorons pas davantage que l'invocation des orientations générales devenait alors opérante, au titre de votre jurisprudence

sur les lignes directrices¹¹. Mais, eu égard, d'une part, au fait qu'il aurait pu, sans erreur de droit manifeste, écarter l'application du régime de protection fonctionnelle, d'autre part, à la circonstance que les faits dont il devait se saisir, en urgence, à l'un et l'autre titre étaient identiques, la distinction ne nous paraît pas, en référé, cardinale.

A fortiori, dans le cadre de votre contrôle de cassation, limité à la dénaturation dans les deux cas, elle nous semble perdre de sa pertinence. Vous reste seulement, à la vérité, la question de savoir si le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier en écartant, dans les affaires de MM. S..., K..., HA... et W..., les moyens tirés des menaces pesant sur les intéressés.

4. Il nous faut, à ce stade, vous parler de chacun de ces quatre dossiers – en laissant pour le moment de côté celui de M. H..., où le juge des référés a écarté l'urgence.

4.1. M. S... a été interprète pour la FIAS du 1^{er} au 30 avril 2009, puis du 1^{er} août 2009 au 20 avril 2012 pour l'opération de formation de l'armée afghane Epidote. Il travaillait, pour la FIAS, au camp Ware House, c'est-à-dire au quartier général tactique, et, pour l'opération Epidote, au Centre de formation militaire de Kaboul (KMTC). Il affirme avoir effectué des missions régulières sur le terrain et avoir été au contact direct avec des informateurs afghans infiltrés parmi les talibans. Selon le ministre de l'intérieur, il n'a pas participé à des missions opérationnelles. Il a tout de même touché des indemnités d'activités opérationnelles. Ses états de service sont élogieux.

M. S... fait valoir qu'après être retourné dans sa province d'origine, Logar, il a dû la fuir après avoir vu plusieurs hommes autour de son domicile ; il ajoute que son père a reçu une lettre de menace expliquant qu'il était recherché et que sa famille a reçu la visite de Talibans à sa recherche, qui auraient menacé d'enlever son frère. Le ministre de l'intérieur explique quant à lui que lors de son entretien à l'ambassade, M. S... avait expliqué résider à Kaboul de manière régulière, puisqu'il a été employé, après son dernier contrat avec l'armée française, par les forces canadiennes et qu'il exerce aujourd'hui la profession de tailleur-couturier.

4.2. M. HA... a été interprète pour la FIAS du 10 octobre 2010 au 30 septembre 2012, dans le cadre de l'opération Epidote, d'abord auprès du détachement français d'instruction opérationnelle renseignement, puis au Centre de formation militaire de Kaboul. Il est constant qu'il a participé à des patrouilles et à des opérations sur des champs de tirs dans les provinces de Kapisa et de Kaboul. Ses états de service sont bons.

M. HA... fait valoir qu'il fait l'objet de menaces de mort. Il a produit devant le juge des référés une lettre et sa traduction, contenant des menaces de mort, et un document du ministère de l'intérieur afghan qui, selon la traduction qui en est faite, relate que sa maison a été attaquée en juin 2015 par des talibans. Le ministre de l'intérieur se borne à faire valoir le caractère non officiel des traductions et le fait que les missions de l'intéressé se seraient pour l'essentiel déroulées en dehors de Kaboul, ville de 3 millions d'habitants où il réside et dans laquelle il ne serait donc pas directement menacé.

4.3. M. W... a été recruté comme serveur de 2007 à 2010 au camp Warehouse, puis comme magasinier de 2010 à 2013 dans le même camp. En novembre 2015, il a été recruté par une ONG norvégienne dénommée « Norwegian Church Aid ». Il a été agressé en janvier 2016,

¹¹ Section, 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France c/ Mlle GA... et Mme AD..., n° 78880, Rec. p. 750.

alors qu'il allait faire renouveler son passeport, par trois personnes l'ayant roué de coups au motif qu'il chercherait à quitter le pays. Le ministre de l'intérieur souligne que l'agression n'était pas liée à son travail pour les forces françaises, et met en avant le fait qu'il a exercé ses fonctions exclusivement à l'intérieur du camp Warehouse, sans être exposé à la vue de la population afghane.

4.4. Enfin, M. K... a travaillé comme interprète pour le major de camp de Nijrab, en Kapisa, d'avril à août 2011, au sein de la Brigade La Fayette. Il affirme avoir participé aux patrouilles effectuées dans les villages et avoir été chargé des traductions lorsque des afghans souhaitaient entrer dans le camp. Ses états de services sont particulièrement élogieux. Il avait déjà demandé à bénéficier du premier dispositif de relocalisation. Il a ensuite joué un rôle important dans la représentation collective des traducteurs afghans de l'armée française souhaitant bénéficier du processus de relocalisation : il a ainsi été en contact régulier avec l'ambassade, a établi une liste de tous les interprètes n'ayant pu bénéficier du dispositif et a participé à des reportages et manifestations.

Le ministre de l'intérieur souligne la brièveté de l'engagement de l'intéressé par les forces françaises. Il affirme que l'intéressé n'a pas participé à des patrouilles ni à des missions opérationnelles et qu'il exerçait ses fonctions à l'intérieur du camp, en rapport avec la logistique et la vie courante, ses seuls contacts avec l'extérieur étant les fournisseurs du camp. Il souligne en outre le fait que l'intéressé ne fait pas état de menaces.

4.5. Monsieur le président, Mesdames, Messieurs, six observations transversales nous paraissent devoir orienter l'appréciation que vous devez porter.

D'abord, nous ne vous proposerons pas – ni directement, ni indirectement – de juger que l'appui, dans le cadre d'un contrat, à une opération extérieure de l'armée française ouvre droit, en quelque sorte, à un accueil en France. Tout emploi de ce type expose, à la fin de l'opération, son titulaire à des risques, ne serait-ce que parce qu'il a pris parti – comme d'autres, tels les soldats afghans s'agissant du conflit qui nous occupe – dans un conflit susceptible de se prolonger ou de ressurgir.

Nous pensons ensuite qu'il vous faut tout de même garder à l'esprit que l'engagement français en Afghanistan, tel que nous vous l'avons décrit à titre liminaire, n'était pas une opération extérieure comme les autres. Cela ne nous conduit en rien à remettre en cause, pour cette opération, ce que nous venons de vous dire. Mais cela limite à nos yeux les possibilités d'extrapoler la situation qui vous est soumise aujourd'hui.

Nous savons, par ailleurs, que votre contrôle, en cassation, sur les appréciations de fait portées par les juges des référés est particulièrement limité. Vous pourriez du reste vous y retrancher. Mais nous savons aussi que ce contrôle est à votre main et que vous êtes libres, s'agissant d'affaires dont l'enjeu n'est pas mince et qui en orienteront d'autres, de l'exercer avec un peu moins de distance.

Dans ce cadre, il nous semble, à la lecture des dossiers, que vous pourrez tenir pour établie la circonstance que les insurgés talibans recherchent et assassinent les afghans ayant travaillé pour la coalition. Il ne s'en déduit pas que tous, quels qu'ils soient et où qu'ils soient, sont directement menacés. Mais seule la concrétisation individuelle de cette menace nous paraît véritablement en débat, non sa réalité structurelle.

Dans l'exercice de votre contrôle, que vous devrez nécessairement effectuer dossier par dossier, nous pensons que ce sont les missions confiées aux intéressés – leur nature, leur longueur et l'exposition qui en a résulté – ainsi que les menaces dont ils font l'objet qui sont déterminantes. La durée écoulée depuis la fin de la mission, par construction allongée s'agissant de requérants ayant demandé à bénéficier du second dispositif, nous paraît moins pertinente, voire presque inopérante au regard du critère des menaces.

Précisons, enfin, que les dossiers sont particulièrement lacunaires. Le ministre de la défense n'a pas produit – les intéressés soutiennent qu'il leur a par ailleurs refusé la communication de leur dossier – et la défense du ministre de l'intérieur ne donne qu'une idée trop lointaine de la façon dont l'administration a géré les demandes des PCRL, des éléments qui l'ont déterminée et des arbitrages qu'elle a dû faire. Vous statuerez donc en l'état des dossiers soumis au juge des référés, qu'il appartiendra aux parties d'enrichir dans le cadre des recours au fond, voire de nouvelles demandes de référé ou de nouvelles saisines du juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-4 du code de justice administrative.

4.6. Compte tenu de tout ce que nous venons de vous dire, nous vous proposerons de censurer l'appréciation portée par le juge des référés sur le dossier de M. HA..., parce qu'il était constant qu'il avait effectué des missions opérationnelles et parce qu'il était fait état, par des documents dont le fond n'était pas contesté, que l'intéressé et sa famille étaient directement menacés. Dans ces conditions, nous croyons que le juge des référés ne pouvait pas, sans dénaturer le dossier qui lui était soumis, se fonder sur la circonstance que l'intéressé « n'apporte aucune précision sur les menaces dont il aurait fait l'objet » pour estimer que le moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation ne faisait pas naître de doute sérieux sur la légalité du refus. Le dossier, en l'état, conduit par ailleurs à exclure que la résidence à Kaboul, seul élément mis en avant par le ministre, soit par elle-même de nature à garantir la sécurité de l'intéressé – de nombreux assassinats ciblés étant perpétrés dans la capitale.

S'agissant des trois autres dossiers, il nous semble qu'il y avait, dans des mesures variées, matière à débat et que vous pourriez, en particulier pour le premier d'entre eux, celui de M. S..., hésiter. Mais, à la réflexion, nous ne croyons pas que vous puissiez, sauf à vous transformer en juges d'appel, censurer les appréciations portées par le juge des référés. Nous relevons notamment, s'agissant de M. S..., que les menaces dont il faisait état demeuraient relativement imprécises.

5. Précisons, pour en terminer avec l'examen de ces quatre pourvois, qu'aucun des autres moyens soulevés ne nous paraît de nature à emporter la cassation des ordonnances attaquées.

Si vous nous suivez, vous rejetterez donc les pourvois de M. S..., de M. W...et Mme Q... et de M. K... et Mme AZ... . Après avoir cassé l'ordonnance rendue sur la demande de M. HA..., vous pourrez statuer en tant que juge des référés. Vous admettrez les interventions de la Ligue des droits de l'homme et de l'Association pour la défense des droits des étrangers. Il résulte de ce que nous vous avons dit que le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation commise par la commission de recours contre les refus de visa est de nature à faire naître un doute sérieux. La condition d'urgence nous paraît, eu égard aux menaces pesant sur l'intéressé, également remplie. Vous pourrez donc suspendre la décision refusant d'accorder un visa à M. HA..., son épouse et ses deux enfants. Vous ferez droit, en conséquence, aux conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au ministre chargé de l'immigration de réexaminer leur demande. Et vous pourrez mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 500 euros à verser

aux demandeurs sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, au titre des instances de cassation et de référé.

6. Il ne vous restera plus qu'à examiner le pourvoi de M. H.... Celui-ci a exercé, d'octobre 2009 à avril 2011, puis de décembre 2011 à avril 2012, les fonctions d'interprète, d'animateur et de journaliste au profit de la radio OMID FM, radio mise en place par la Brigade Lafayette à des fins de contre-propagande. Cette radio, installée dans le camp de Nijra, diffusait des émissions destinées à la population locale des vallées de la Kapisa en deux langues, le dari et le pachto. Il n'est pas contesté que l'intéressé a eu l'occasion de sortir de la base à l'occasion de reportages. Et ses états de services sont particulièrement élogieux.

Devant le juge des référés, M. H... faisait valoir qu'il a subi, durant l'exercice de ses fonctions, de nombreuses menaces de mort via la hotline de la radio, qu'il a fait l'objet en 2011 de telles menaces par un religieux de son village, qu'il a été traqué par les hommes de main de ce dernier, ce qui l'a conduit à fuir son village en 2011 et à s'installer à Kaboul en 2012. Il affirmait par ailleurs continuer de faire l'objet de menaces téléphoniques ou par des talibans ayant rendu visite à ses voisins, ce qui le contraindrait à se déplacer régulièrement.

Dans l'ordonnance attaquée, le juge des référés a estimé qu'un moyen de légalité externe, tiré de la tardiveté de la communication des motifs de la décision de la CRRV, était de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de cette décision. Il a toutefois estimé que la condition d'urgence n'était pas remplie, en se fondant sur l'insuffisance de justification quant aux menaces dont l'intéressé aurait fait l'objet, sur le fait que l'intéressé a obtenu un diplôme en 2014 et signé un nouveau contrat avec les forces américaines en 2015, ainsi que sur l'absence d'éléments précis sur sa situation personnelle et professionnelle depuis la fin de son contrat.

Si le pourvoi vous invite à censurer cette appréciation pour erreur de droit en consacrant une présomption d'urgence en matière de visas demandés par des PCRL, nous ne vous proposerons pas de vous engager dans une telle voie. D'une part, en matière de refus visas, c'est presque une présomption inverse qui existe dans votre jurisprudence (v. 23 janvier 2006, Mme IS... et M. et Mme HZ..., n° 284700, T. pp. 894-1013). D'autre part, bien que vous ayez l'occasion d'y recourir, vous êtes naturellement réticents à consacrer des présomptions en matière de référés, où les solutions trop générales sont souvent inadaptées. S'agissant précisément des PCRL, le seul fait d'avoir été employé par l'armée française nous paraît insuffisant pour caractériser l'urgence à suspendre un refus de visa. L'urgence, en effet, ne résulte pas seulement des menaces pesant sur les anciens PCRL en général mais aussi du niveau de menace auquel l'intéressé est exposé ; c'est donc une affaire d'espèce.

Nous n'en pensons pas moins qu'en l'espèce, eu égard aux fonctions exercées par M. H..., aux menaces structurelles pesant sur les PCRL et aux menaces dont l'intéressé faisait état, ainsi qu'à la dégradation de la situation en Afghanistan, où des anciens employés de la coalition sont assassinés, y compris dans Kaboul, le juge des référés ne pouvait pas, sans dénaturer les faits de l'espèce, estimer que la condition d'urgence n'était pas remplie. Il existait en effet des risques suffisamment sérieux d'atteinte à la vie de M. H....

Si vous nous suivez, vous censurerez donc l'ordonnance attaquée – précisons, pour le cas où vous ne nous suivriez pas, qu'aucun des autres moyens du pourvoi, qui rejoignent pour la plupart ceux que nous venons d'examiner, n'est de nature à emporter la cassation.

Statuant après cassation au titre de la procédure de référé, vous serez saisi de la décision expresse de rejet du 16 novembre 2016 de la commission de recours contre les refus de visa, qui s'est substituée à la décision implicite contestée et contre laquelle vous redirez vos conclusions en vertu de votre jurisprudence Mme BA... (8 juin 2011, n° 329537, T. p. 735 sur ce point). Vous admettrez l'intervention de la Ligue des droits de l'homme et pourrez déduire des motifs de votre censure que la condition d'urgence est remplie.

Il nous semble d'autre part que le moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation est de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée. En effet, M. H... occupait des fonctions qui l'ont exposé de façon toute particulière ; non seulement il était journaliste et animateur d'une radio de l'armée française destinée à la population locale, mais surtout il participait à des émissions de contre-propagande – il était, en quelque sorte, la voix de l'armée française. Il n'est pas contesté que cette activité lui a valu, à l'époque où il la menait, de nombreuses menaces de mort.

Le ministre conteste en revanche la nécessité dans laquelle l'intéressé s'est trouvé de s'installer à Kaboul et le caractère actuel des menaces pesant sur lui. Il affirme par ailleurs que l'intéressé a démissionné deux fois de ses fonctions pour entamer puis pour reprendre ses études. Et ajoute que l'intéressé ne peut pas solliciter la protection des autorités françaises dès lors qu'il a été recruté par l'armée américaine postérieurement à la fin de son engagement par les forces françaises. S'agissant de ce dernier argument, nous devons dire que nous ne voyons guère pourquoi la signature d'un contrat avec une autre force de la coalition, même pour une courte durée, priverait l'intéressé de la possibilité d'obtenir un visa. Le fait que l'intéressé ait entamé puis repris des études ne nous paraît guère plus pertinent. Or, sur le fond, il nous semble, en l'état très imparfait de l'instruction, que la relative notoriété que l'intéressé doit à ses fonctions pour l'armée française et le caractère répété des menaces dont il a fait l'objet sont de nature à créer un doute sérieux sur la légalité du refus de délivrance de visas à l'intéressé, son épouse et leurs deux enfants. Précisons, à propos de ces derniers, qu'eu égard à la particularité de la procédure mise en place par le ministère de la défense, il nous semble que vous devez faire l'effort de regarder les services consulaires comme ayant été régulièrement saisis, par M. H..., d'une demande de visa pour lui-même mais aussi de demandes pour sa femme et ses enfants.

Nous vous invitons donc à suspendre l'exécution de ces décisions. Si vous nous suivez, vous ferez droit, en conséquence, à la demande tendant à ce qu'il soit enjoint au ministre chargé de l'immigration de réexaminer la demande de visa des intéressés. Et vous pourrez mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 500 euros à verser à M. et Mme H... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, au titre des instances de cassation et de référé.

Tel est le sens de nos conclusions.