

N° 389868

**OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION
DES RÉFUGIÉS ET APATRIDES**

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 22 mai 2017

Lecture du 19 juin 2017

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Ce pourvoi de l'Ofpra en matière d'asile pose essentiellement une question de procédure devant la Cour nationale du droit d'asile. Elle touche à l'instruction des affaires et à l'office du juge lorsque sont produites par l'office des pièces non sourcées, parce que la révélation au requérant de ces sources porterait selon l'office atteinte à la sécurité de ces dernières.

La question de la confidentialité de certaines informations en matière d'asile n'est pas inconnue de votre jurisprudence.

Vous l'avez abordée sous l'angle de la **confidentialité des demandes d'asile**. Au vrai, c'est par le Conseil constitutionnel que le principe de confidentialité des demandes d'asile a été érigé au rang de « garantie essentielle du droit d'asile » (Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, Rec. p. 45, cons. 25 à 27 ; Cons. const., 4 décembre 2003, n° 2003-485 DC, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 5 juillet 1952 relative au droit d'asile, Rec. p. 455, cons. 41 à 47), le demandeur ayant droit à présenter sereinement une demande d'asile sans risquer d'être inquiété de ce fait. Ce principe à valeur constitutionnelle recouvre la confidentialité des éléments d'information relatifs au demandeur d'asile et détenus par l'Ofpra à l'égard des autorités du pays d'origine, mais aussi des agents du ministère de l'intérieur français. Vous l'avez acclimaté à l'asile conventionnel (CE, Section, 1^{er} octobre 2014, *M. E...*, n° 349560, p. 288) et avez eu à connaître dans ce cadre de l'attitude à suivre par le juge de l'asile pour préserver la confidentialité. Vous avez ainsi jugé que la CNDA doit, lorsqu'elle exerce ses pouvoirs d'instruction pour demander aux parties ou à des tiers des documents lui permettant de forger sa conviction sur une demande d'asile, le faire selon des modalités assurant pleinement la confidentialité. Parallèlement, vous lui avez imposé, dans les cas où l'Ofpra a, postérieurement au rejet de la demande d'asile, méconnu le principe de confidentialité en informant de cette demande les autorités du pays d'origine, de réexaminer la situation du demandeur au vu de cette circonstance nouvelle et des risques propres de persécution dont elle est porteuse (pour la transmission d'informations sur le contenu de la demande d'asile, CE, 5 novembre 2014, *M. D...*, n° 369658, T. p. 522-528-529 ; sur l'existence de la demande, CE, 10 février 2016, *M. I...*, n° 373529, T. p.).

La question qui vous est posée dans ce litige n'est pas celle de la confidentialité des informations relatives au demandeur visant à le protéger de risques de persécution, mais celle,

en quelque sorte symétrique, de la confidentialité d'informations que l'Ofpra souhaiterait mobiliser auprès de la CNDA pour étayer sa position de refus de protection, mais dont la révélation risquerait de porter atteinte à la sécurité des personnes concernées.

Les faits de l'espèce aident à comprendre de quoi il retourne. M. T... est de nationalité sri-lankaise et d'origine tamoule. Il aurait rejoint dans sa jeunesse, en 1995, les rangs des « Tigres de libération de l'Eelam Tamoul » (LTTE) et débuté un entraînement militaire en vue de servir une unité d'élite. Finalement contraint d'abandonner cette formation pour des raisons de santé, il n'aurait exercé pour le LTTE « que » des fonctions d'assistant médical, jusqu'en 2003.

Entré en France en janvier 2010, il s'y est vu refuser l'asile par le directeur de l'Ofpra qui a estimé que ses activités d'assistant médical ne l'exposaient pas à des persécutions en cas de retour au Sri Lanka. Devant la CNDA, l'intéressé a musclé sa demande en produisant un mandat d'arrêt pour terrorisme délivré en cours d'instance par les autorités sri-lankaises. De fait, l'intéressé a dans la foulée fait l'objet d'une demande d'arrestation provisoire par les autorités du Sri-Lanka, été interpellé en janvier 2014 par la police aux frontières et été placé sous contrôle judiciaire, jusqu'à ce que la cour d'appel de Paris lève cette mesure le 29 octobre 2014 au motif que les autorités sri-lankaises n'avaient pas transmis à temps leur demande d'extradition.

Dans l'intervalle, l'Ofpra a lui aussi musclé sa défense et produit, par le biais d'une note de sa division de l'information, de la documentation et des recherches du 3 janvier 2013, le contenu d'un témoignage attestant de l'exercice par M. T... de responsabilités au sein des services de renseignement tamouls et de son implication personnelle dans la préparation d'attentats. La cour a manifestement été impressionnée par cette production, puisqu'elle a communiqué aux parties un moyen d'ordre public tiré de ce que l'intéressé était susceptible pour ce motif de ce voir opposer la clause d'exclusion du F de l'article 1^{er} de la convention de Genève, permettant de refuser la protection à des personnes éligibles en cas d'agissements contraires aux buts et principes des Nations-Unies. Mais elle a été gênée par le fait que l'Ofpra a maintenu secrète l'identité de l'auteur du témoignage et a, en particulier, décliné l'invitation de la cour à organiser un entretien contradictoire avec ce dernier, en invoquant des motifs de sécurité. La seule chose que l'Ofpra a bien voulu proposer, c'est une communication à la CNDA de l'identité de l'intéressé hors contradictoire. La cour a, à son tour, décliné la proposition et est donc restée dans l'ignorance de cette identité.

La CNDA a ensuite fait le choix de statuer en grande formation pour édicter le mode d'emploi à suivre en cas de transmission d'informations relatives à des circonstances de fait propres à la situation du demandeur d'asile dont les éléments d'identification de la source sont restés confidentiels vis-à-vis de ce dernier pour des motifs de sécurité. Elle a commencé par reproduire à l'identique le considérant de principe de votre décision de Section E... n° 349560 précitée en jugeant que : « le juge de l'asile peut, dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estime nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis, et notamment de requérir des parties ainsi que, le cas échéant, de tiers, en particulier des administrations compétentes, la communication des documents qui lui permettent de vérifier les allégations des requérants et d'établir sa conviction ; qu'il lui appartient, dans la mise en œuvre de ses pouvoirs d'instruction, de veiller au respect des droits des parties, d'assurer l'égalité des armes entre elles et de garantir, selon les modalités propres à chacun d'entre eux, les secrets protégés par

la loi ». Mais alors que le considérant de principe de votre décision de Section se clôt sur l'affirmation selon laquelle « le caractère contradictoire de la procédure fait en principe obstacle à ce que le juge se fonde sur des pièces produites au cours de l'instance qui n'auraient pas été préalablement communiquées à chacune des parties », la CNDA y a ajouté un codicile, en jugeant que toutefois, « il appartient [au juge de l'asile] de garantir la confidentialité des éléments d'information relatifs à l'identité des personnes ou des organisations ayant fourni des informations à l'office et à la cour dont la divulgation au requérant aurait pour effet de compromettre la sécurité de ces personnes ou organisations, ou la sécurité nationale », sans pour autant que la Cour puisse se fonder « exclusivement sur des éléments d'information relatifs à des circonstances de fait propres au demandeur d'asile ou spécifiques à son récit dont les éléments d'identification de la source sont restés confidentiels vis-à-vis de ce dernier pour l'un des motifs de sécurité précités ».

En d'autres termes et si nous analysons correctement la position de la Cour, il s'agit de raisonner en trois temps : premièrement, la règle reste celle du caractère contradictoire de la procédure devant le juge de l'asile ; deuxièmement, l'Ofpra ne peut être structurellement pénalisé du seul fait qu'il entend garantir la sécurité de ses sources, voire dans certains cas protéger la sécurité nationale : aussi la CNDA ne peut-elle lui interdire de verser utilement au débat contradictoire des éléments d'information non sourcés, ce qui implique qu'elle tienne d'une certaine façon compte de ces éléments en dépit de leur caractère incomplet ; troisième temps, le demandeur d'asile ne peut pour autant pas être mis en situation de se voir refuser l'asile sur le seul fondement de pièces amputées de l'identité de leur auteur, de sorte que la cour ne peut s'appuyer exclusivement sur elles pour fonder sa décision.

L'Ofpra conteste ce mode d'emploi sous l'angle de l'erreur de droit, en soutenant d'une part que la Cour pouvait exclusivement se fonder sur des pièces non sourcées, d'autre part que si elle ne l'estimait pas possible, alors elle aurait dû permettre à l'Ofpra de lui communiquer l'identité des sources hors contradictoire.

Nous pensons qu'il faut au contraire consacrer le mode d'emploi dégagé par la Cour.

Il nous semble en premier lieu que la CNDA a eu raison de ne pas s'estimer tenue d'ignorer systématiquement les informations non sourcées. Votre jurisprudence générale admet traditionnellement une telle prise en compte, et rien dans les règles propres au droit d'asile ne nous semble imposer qu'il en aille autrement dans ce domaine.

Sur le premier point (votre jurisprudence), la section du contentieux a récemment rappelé, par sa décision CE, Section, 11 décembre 2015, *M. A...*, n° 395009, p., « qu'aucune disposition législative ni aucun principe ne s'oppose à ce que les faits relatés par [des] “notes blanches” produites par [l'administration], qui ont été versées au débat contradictoire et ne sont pas sérieusement contestées par le requérant, soient susceptibles d'être pris en considération par le juge administratif ». Or les notes blanches sont précisément des éléments d'information non sourcés. Ainsi que le rappelait Xavier Domino dans ses conclusions sur cette affaire, il s'agit-là du fruit de votre jurisprudence constante (v., implicitement, CE, Assemblée., 11 octobre 1991, *Ministre de l'intérieur c/B...*, n° 128128, p., chron. C. Maugué et R. Schwartz ; explicitement, CE, 3 mars 2003, *Ministre de l'intérieur c/ R...*, n° 238662, p.) qui, bravant les critiques récurrentes sur ce point, prend acte par réalisme que ce procédé est en réalité le seul à même de permettre de protéger le secret des sources et, s'agissant des notes blanches, des méthodes des services de renseignement. Tout juste votre jurisprudence exige-t-

elle du juge qu'il ne regarde comme probants que le contenu de la note, à l'exclusion de toute interprétation ou extrapolation.

Sur le second point (règles propres à l'asile), non seulement nous ne butons sur aucun principe imposant une attitude contraire, mais nous recensons de nombreux éléments plaidant dans le sens de la Cour.

En premier lieu, la directive 2005/85/CE dite « normes minimales »¹ alors applicable ouvrait en son article 16 la faculté aux Etats membres de déroger à la règle d'accès de l'avocat de l'étranger au dossier « lorsque la divulgation d'informations ou de leurs sources compromettrait la sécurité nationale, la sécurité des organisations ou des personnes ayant fourni les informations ou celle de la (des) personne(s) à laquelle (auxquelles) elles se rapportent ». Il y a là un indice – certes non décisif pour notre affaire – de ce que le droit de l'Union européenne se montre sensible, au détriment du caractère contradictoire de la procédure, aux enjeux de protection de la sécurité des sources.

En deuxième lieu, les recommandations – non contraignantes – du Haut commissariat aux réfugiés (HCR) relatives aux clauses d'exclusion indiquent que l'usage de preuves confidentielles peut sous certaines conditions être toléré pour protéger la sécurité des témoins.

En troisième lieu, le législateur français s'est, postérieurement à la décision de la CNDA, emparé du sujet par la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile. Il a ainsi explicitement prévu, d'une part, au nouvel article L. 723-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), que l'office ne peut pas communiquer à des tiers « les informations versées au dossier du demandeur ou relatives à leurs sources dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité des personnes (...) ayant fourni ces informations » et, d'autre part, au nouvel article L. 733-4, il a créé de toute pièce une procédure *ad hoc* pour les cas où l'office souhaiterait s'opposer pour protéger ses sources à la divulgation de leur identité au demandeur d'asile. Ce nouveau mécanisme se décline ainsi qu'il suit : l'office doit d'abord saisir le président de la cour d'une « demande » exposant « les motifs qui justifient cette confidentialité » ; ensuite, de deux choses l'une : si le président² estime la demande justifiée, « l'office produit tous les éléments d'information relatifs à la demande d'asile, à l'exclusion de ceux [qu'il estime confidentiels] pour lesquels il ne transmet qu'un résumé. L'ensemble de ces éléments (non confidentiels+ simple résumé) est communiqué à la formation de jugement, au rapporteur et au requérant. » ; si la demande est jugée non justifiée mais que « l'office décide de maintenir cette confidentialité, il produit tous les éléments d'information relatifs à la demande d'asile, à l'exclusion de ceux qu'il juge confidentiels pour lesquels il ne transmet qu'un résumé. L'ensemble de ces éléments est communiqué à la formation de jugement, au rapporteur et au requérant » ; dans les deux cas, « La cour ne peut fonder sa décision exclusivement sur des informations dont la source est restée confidentielle à l'égard du requérant ».

Pris à la lettre, le mécanisme *ad hoc* inspire une certaine perplexité, car on peine il faut bien le dire à faire la différence entre les deux hypothèses d'accès à ou de rejet de la demande de confidentialité, puisqu'il semble que dans tous les cas, l'office ne communique à la

¹ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres.

² ou le magistrat désigné à cette fin.

formation de jugement, au rapporteur et au requérant qu'un résumé des informations confidentielles. Il semblerait peut-être, à la lecture des travaux préparatoires, que la différence résiderait dans ce que, dans le cas où la demande serait jugée fondée, la Cour aurait en réalité accès, hors contradictoire, aux informations confidentielles³. Quoi qu'il en soit, la dernière phrase, qui interdit de se fonder « exclusivement » sur des informations non sourcées, souligne *a contrario* qu'elles n'ont pas à être purement et simplement écartées des débats.

Au vu de ces indices, nous ne décelons aucune incitation à déroger en matière d'asile à l'économie générale de la jurisprudence qui accepte la prise en compte prudente des informations non sourcées pour des raisons de sécurité.

La cour a-t-elle pour autant eu tort, comme le soutient le ministre, de raidir à la marge cette ligne de conduite en jugeant qu'elle ne pouvait pas fonder exclusivement sa conviction quant au jeu de la clause d'exclusion sur de telles données ? Il y a lieu d'hésiter dans la mesure où, dans des matières engageant pourtant les libertés publiques, telles que les assignations à résidence, vous admettez que de telles pièces soient les seules à étayer la décision de l'administration (*A...*, n° 395009 précitée). Nous croyons pour autant qu'il faut valider la position prudente de la Cour. D'abord, parce que tel est l'équilibre qu'a souhaité, certes postérieurement à sa décision, consacrer le législateur. Cette circonstance, sans être juridiquement déterminante, colore d'autant plus la réflexion que la nouvelle disposition législative entendait plutôt introduire un élément de souplesse en faveur de la confidentialité, et non pas renforcer les exigences du débat contradictoire. Ensuite, parce que cette limite est elle aussi directement inspirée des recommandations du HCR que nous évoquions tout à l'heure, et qui préconisent que la décision d'exclusion ne se fonde pas exclusivement sur des preuves anonymes dont l'usage doit demeurer exceptionnel (§112 et 113). Enfin parce que l'on se trouve, avec des éléments non sourcés, un cran plus loin encore qu'en présence de notes blanches dont, si l'on en ignore l'auteur, on sait tout de même qu'elles émanent de l'administration. Ici, la variété des sources de l'Ofpra quant à la situation de fait des demandeurs est telle que la capacité de répondre utilement aux éléments d'information dépendra parfois presque exclusivement de l'identité de la source. C'est ce que relevait *a contrario* notre collègue Edouard Crépey dans ses conclusions sur une affaire CE, 27 juillet 2016, *Office français de protection des réfugiés et apatrides c/ M. M...*, n° 386797, T. p., en expliquant qu'il « suffit que des pièces soient versées au débat, et leur source identifiée, pour que l'intéressé puisse utilement faire valoir, le cas échéant, qu'il y a lieu de les considérer avec distance et recul ». La situation du demandeur d'asile qui ignore la source des propos est alors assez proche de celles au sujet desquelles s'est développée, certes en matière pénale, la jurisprudence de la CEDH selon laquelle il ne faut pas qu'une condamnation soit fondée « à un degré déterminant » sur des éléments anonymes (CEDH, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Pays-Bas*, n° 11454/85 ; 20 septembre 1993, *Saidi c. France*, n° 14647/89).

³ Réponse de Bernard Cazeneuve, ministre de l'intérieur, à Benoît Hamon au soutien d'un amendement défendu par le gouvernement : « L'amendement propose ainsi que l'OFPRA signale à la Cour les informations et les sources qui lui semblent devoir demeurer confidentielles en lui confiant le soin d'apprécier le bien-fondé de la demande. Si elle estime nécessaire de préserver la confidentialité des informations et des sources de l'OFPRA, la Cour en informera le requérant et lui transmettra un résumé anonymisé des éléments sur lesquels elle est susceptible de fonder sa décision. Dans le cas contraire, comme le demande M. Benoît Hamon depuis plusieurs années, la Cour versera au contradictoire l'ensemble des éléments du dossier. L'OFPRA, préalablement avisé par la Cour, conservera la faculté de retirer du dossier les informations litigieuses sur lesquelles la Cour ne pourra donc plus se fonder pour prendre sa décision. Ainsi, votre demande sera satisfaite, monsieur Hamon. »

Nous pensons donc qu'il y a lieu sur ce point également de valider la position de la Cour.

Fallait-il enfin comme le soutient le ministre que la Cour refusant de se fonder exclusivement sur la preuve non sourcée réclame de prendre connaissance de la source hors contradictoire pour lever cette hypothèque ? Nous y sommes pour notre part opposée. Ainsi que le rappelle une toute récente ordonnance fichée du juge des référés (JRCE, 23 décembre 2016, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 405791, T. p.), « les règles générales de la procédure contentieuse interdisent au juge de se fonder sur des pièces qui n'auraient pas été soumises au débat contradictoire ». Et ainsi que l'explique l'excellente chronique de votre centre de recherches et de diffusion juridiques qui, au prétexte de cette ordonnance, fait le point sur le rapport du juge administratif au secret⁴, les rares exceptions que vous avez consacrées à ce principe l'ont toujours été dans des cas où l'objet même du litige était l'accès à des informations dont la confidentialité était alléguée. La plus spectaculaire de ces entorses vous est bien connue, puisqu'elle a été inventée par votre formation de jugement, et concerne la possibilité pour les ministres responsables de certains fichiers de souveraineté secrets de vous expliquer hors contradictoire si et pourquoi un requérant qui souhaite accéder aux données du fichier qui le concerne si et dans quelle mesure il y est consigné (CE, 11 juillet 2016, *Ministre de l'intérieur et ministre de la défense c/ M. C...*, n°s 375977 376457, p.). Mais vous n'avez franchi ce pas de côté acrobatique que pour éviter que le ministre soit placé dans la situation paradoxale de devoir, pour étayer son refus de communication des données d'un fichier au motif qu'elle en mettrait les finalités en péril, délivrer des informations sur le fichier mettant ces finalités en péril de la même façon. Rien de comparable dans le contentieux de l'asile, où l'objet du litige n'est pas l'accès aux sources que l'Ofpra entend protéger.

Nous pensons donc qu'il faut, sur ce point également, écarter le moyen d'erreur de droit.

A vrai dire, nous ne vous proposons de le faire qu'à titre pédagogique, car nous croyons pour le reste qu'il convient d'accueillir un autre moyen de l'office. Celui-ci est tiré, toujours sous l'angle de l'erreur de droit, et dans un rapport subsidiaire au précédent, de ce que même en admettant que le mode d'emploi édicté par la Cour soit le bon, elle ne pouvait l'appliquer comme elle l'a fait à la situation dont elle était saisie. Et il faut bien reconnaître que ce qu'a fait la Cour est curieux. Elle a commencé par relever plusieurs éléments au soutien de la thèse de l'Ofpra : une notice rouge d'Interpol diffusée sur le site internet de l'organisation confirmant que l'intéressé est regardé comme un terroriste par les autorités de son pays, des incohérences entre les déclarations de l'intéressé quand à son statut allégué de bénévole pendant dix ans au sein de la LTTE en contradiction avec du profil personnel se dégageant de son récit témoignant d'une connaissance précise du mouvement, le fait que l'intéressé a déclaré posséder un alias, normalement réservé aux militaires et non aux civils. A ces éléments, elle a adjoint la fameuse note non sourcée, expliquant qu'elle indique un nom de guerre de l'intéressé, détaille les missions qu'il aurait accomplies, le qualifie de responsable du renseignement tamoule raconte un recrutement auquel il aurait procédé. Elle a ensuite scindé ces éléments en deux groupes : les éléments sourcés, d'une côté, dont elle a estimé qu'ils ne permettaient pas à eux seuls, même pris en bloc, de faire pencher son appréciation du côté des « raisons sérieuses de penser » que l'intéressé avait commis des agissements

⁴ G. Odinet et S. Roussel, « L'administration ne murmure pas à l'oreille du juge », *AJDA* 2017 p.736.

relevant de la clause d'exclusion ; la note ensuite, dont elle semble indiquer qu'elle permettrait de faire pencher la balance en sens inverse, mais qu'elle a écarté des débats, déduisant de l'insuffisance des autres documents à emporter sa conviction que sa prise en compte reviendrait à se fonder exclusivement sur un document dont les sources sont restées confidentielles. Or il nous semble que cette façon de faire cloisonnée miroite précisément avec le considérant de principe, qui permet une prise en compte des documents non sourcés pour peu qu'ils ne soient pas l'unique pièce à l'appui des allégations de l'Ofpra. Toute autre façon de procéder reviendrait à écarter la prise en compte des documents non sourcés dès lors qu'elle a une valeur ajoutée, et à ne l'admettre qu'à condition qu'elle soit totalement superflue.

Dans ces conditions, nous vous invitons, après avoir procédé au rappel pédagogique du considérant de principe estimable de la Cour, à accueillir ce moyen d'erreur de droit à l'avoir manié de travers.

PCMNC – Annulation et renvoi à la CNDA pour qu'elle se prononce à nouveau sur la possibilité de faire jouer la clause d'exclusion après prise en compte, parmi d'autres éléments probants, de la note produite par l'Ofpra.