



### OBSERVATOIRE SUR LE CONTENTIEUX EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME N. 5/2020

#### 1. ARRÊT (GRANDE CHAMBRE) DU 15 OCTOBRE 2020 MUHAMMAD ET MUHAMMAD C. ROUMANIE

##### *Faits*

1. Les requérants, ressortissants pakistanais, entrèrent en Roumanie en 2009 et 2012, munis de bourses d'étude, afin de suivre des cours à la faculté d'études économique de l'université de Sibiu. En décembre 2012 une procédure fut diligentée à leur rencontre afin de les déclarer indésirables sur le territoire roumain. En effet, selon des informations fournies par la Sécurité roumaine, il existait des indices sérieux donnant à penser que les intéressés prévoyaient de mener des activités portant atteinte à la sécurité nationale. La cour d'appel compétente, saisie du dossier, déclara les requérants indésirables sur le territoire pour une durée de quinze ans et ordonna leur placement en rétention administrative jusqu'à leur éloignement.

Les requérants affirment que l'acte d'instance ne comportait que des références à des articles de loi. La Cour d'appel releva que les documents du dossier étaient classés secrets. Par la suite, la Sécurité roumaine (SRI) publia un communiqué de presse sur l'affaire, lequel détaillait les activités qui auraient été reprochées aux requérant et qui étaient en lien avec un groupement islamiste se réclamant d'Al-Qaïda. La Cour de cassation saisie par les requérants confirma le même mois qu'il ressortait des éléments secrets dont elle disposait que la cour d'appel avait souscrit à bon droit à l'existence d'indices tendant à démontrer que les requérants nourrissaient le projet de mener des activités de nature à porter atteinte à la sécurité nationale. Se basant principalement l'article 1 par. 1 du Protocole n° 7 à la CEDH (garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers), les requérants se plaignent de ne pas avoir bénéficié de garanties procédurales adéquates et de ne pas avoir pu se défendre utilement dans la procédure. Plus particulièrement, ils indiquent qu'ils n'avaient été aucunement informés au cours de la procédure des faits concrets qui leur étaient reprochés, dans la mesure où ils n'ont pu avoir accès aux documents du dossier.

##### *Droit*

2. La Cour relève d'emblée que les requérants résidaient régulièrement sur le territoire roumain lorsque la procédure menée à leur rencontre a été engagée. Dès lors l'article 1 du

protocole n° 7 est applicable en l'espèce *ratione materiae*. La Cour rappelle ensuite les principes généraux que voici.

- «D'après un principe de droit international bien établi, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux de leur sol. La Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier» (par. 114) ;

- «La procédure administrative d'expulsion d'un étranger n'implique pas une décision sur des droits et obligations de caractère civil, ni une décision sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Conscients de ce que l'article 6 de la Convention n'était pas applicable aux procédures d'expulsion, les États ont souhaité prendre des mesures spécifiques dans ce domaine et ont adopté l'article 1 du Protocole no 7 qui définit des garanties procédurales applicables à ce type de procédure» (par. 115) ;

«L'article 1 par. 1 du Protocole no 7 se réfère expressément aux étrangers « résidant régulièrement sur le territoire d'un État » qui, en cas d'expulsion, bénéficient des garanties spécifiques prévues par cette L'article 1 par. 2 du Protocole no 7 prévoit une exception qui permet aux États d'expulser un étranger résidant régulièrement sur leur territoire même avant l'exercice par l'intéressé des garanties procédurales prévues en sa faveur à l'article 1 par. 1 du Protocole no 7, lorsque l'intérêt de l'ordre public ou des motifs de sécurité nationale l'imposent» (par. 116).

Quant aux garanties procédurales minimales en cas d'expulsion d'un étranger en situation régulière la Cour a tenu encore à ajouter ce qui suit.

- «Une première garantie fondamentale énoncée par l'article 1 par.1 du Protocole no 7 prévoit que l'étranger concerné ne peut être expulsé qu'« en exécution d'une décision prise conformément à la loi ». Cette expression revêt un sens similaire partout où elle est employée dans la Convention et ses Protocoles. Elle requiert non seulement l'existence d'une base légale en droit interne, mais aussi la qualité de la loi, ce qui suppose l'accessibilité et la prévisibilité de celle-ci, ainsi qu'une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention. Cela vaut également pour les articles de la Convention qui renferment des garanties procédurales, comme le fait l'article 1 du Protocole no 7, car il est de jurisprudence constante que la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la Convention, est inhérente à tous les articles de la Convention. L'arbitraire, qui implique la négation de l'État de droit, est tout aussi intolérable en matière de droits procéduraux qu'en matière de droits substantiels» (par. 118).

En d'autres termes, selon la Cour,

«Outre la condition générale de légalité, l'article 1 par. 1 du Protocole n° 7 prévoit trois garanties spécifiques de procédure : l'étranger doit pouvoir faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, faire examiner son cas et, enfin, se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente» (par. 120).

3. A la lumière de cette jurisprudence la Cour a examiné si les droits revendiqués par les requérants sont garantis par la disposition conventionnelle invoquée et dans l'affirmative quelle est leur portée, si des restrictions sont possibles et quels sont les critères d'une restriction éventuelle.

Sur le premier point la Cour a observé que les droits revendiqués par les requérants, à savoir le droit d'être informés des raisons de leur expulsion et celui d'avoir accès aux

documents versés au dossier de l'affaire, ne sont pas expressément mentionnés dans le texte de l'article 1 du Protocole n° 7. Toutefois, cette disposition garantit à un étranger

«Le droit d'être informé, de préférence par écrit et en tout état de cause d'une manière telle qu'il puisse se défendre de façon effective, du contenu des documents et des informations sur lesquels s'est fondée l'autorité nationale compétente pour décider de l'expulsion, sans préjudice de la possibilité d'apporter, si nécessaire, des restrictions dûment justifiées quant à ce type d'information» (par. 128).

Dès lors, pareille disposition

« Exige en principe que les étrangers concernés soient informés des éléments factuels pertinents qui ont conduit l'autorité nationale compétente à considérer qu'ils représentent une menace pour la sécurité nationale et qu'ils aient accès au contenu des documents et des informations du dossier de l'affaire sur lesquels ladite autorité s'est fondée pour décider de leur expulsion » (par. 129).

Quant aux restrictions qui peuvent être apportées au droit d'être informé des éléments factuels pertinents motivant la décision d'expulsion et à celui d'avoir accès au contenu des documents et des informations sur lesquels s'est fondée l'autorité nationale compétente, la Cour relève que ces droits ne sont pas absolus. Elle rappelle, en effet, avoir déjà accepté des restrictions aux droits d'accéder au dossier et d'être informé des faits reprochés dans des affaires portant sur des procédures d'expulsion lorsque la sécurité nationale était en cause. Cela compte tenu, notamment, de l'ampleur du danger que représente le terrorisme pour la collectivité et, par conséquent, de l'importance des enjeux de la lutte antiterroriste. Toutefois la Cour tient à souligner que, même lorsqu'il existe des limitations, l'étranger doit se voir offrir une possibilité effective de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et bénéficier d'une protection contre l'arbitraire.

En définitive, c'est à la Cour de

«Déterminer dans quelles circonstances les restrictions apportées au droit d'être informé des éléments factuels qui sous-tendent la décision d'expulsion et/ou les restrictions du droit d'avoir accès au contenu des documents et des informations sur lesquels s'est fondée l'autorité nationale compétente pour décider de l'expulsion sont compatibles avec l'article 1 par. 1 du Protocole no 7» (par. 136).

4. Selon la Cour, l'aspect central à examiner est de savoir si les limitations aux «droits procéduraux» des étrangers, éventuellement apportées dans les cas soumis à la Cour, peuvent être dûment justifiées. A cet égard la Cour admet qu'il peut exister de tels motifs, tels que la nécessité de protéger la sécurité nationale, justifiant des restrictions aux droits procéduraux des étrangers. Elle rappelle toutefois que dans une société démocratique régie par l'État de droit, l'appréciation de la nécessité des restrictions apportées aux droits procéduraux d'un étranger doit être entourée de garanties contre l'arbitraire. Il convient par conséquent de scruter attentivement le « processus décisionnel » ayant conduit auxdites limitations afin de s'assurer notamment que ce contrôle soit confié à une autorité – juridictionnelle ou autre – indépendante de l'autorité exécutive ayant imposé la limitation. Dans ce contexte, la Cour attachera de l'importance à l'étendue des compétences de ladite autorité nationale et notamment au point de savoir si celle-ci peut contrôler la nécessité de maintenir la confidentialité des données classifiées. De plus il convient de rechercher

«Si, lorsque l'autorité indépendante estime que la sécurité nationale ne justifie pas le refus de transmettre à l'étranger concerné le contenu des documents et des informations sur lesquels s'est fondée l'autorité compétente pour décider de l'expulsion, ladite autorité indépendante peut demander à l'organe compétent en matière de sécurité nationale de revoir

la classification des documents en cause, voire les déclasser elle-même en vue de les transmettre à l'étranger en question ou, à tout le moins, lui en communiquer le contenu» (par. 142).

Enfin,

«La Cour recherchera également si des éléments compensateurs ont été appliqués dans le cas concret de l'intéressé et s'ils ont été suffisants pour contrebalancer les effets des restrictions apportées à ses droits procéduraux, de manière à préserver la substance même de ceux-ci» (par 144).

A cet égard, la Cour souligne qu'un examen trop sommaire au niveau national de la nécessité d'apporter des restrictions aux droits en question appellera la mise en place d'éléments compensateurs renforcés pour préserver, en fonction des circonstances de l'espèce, la substance même des droits garantis par la disposition conventionnelle. De plus, compte tenu de ce qu'un consensus ne se dégage pas au niveau européen quant aux types de facteurs susceptibles de compenser les limitations des droits procéduraux des étrangers ou quant à leur portée la Cour en déduit que les Etats disposent en la matière d'une certaine marge d'appréciation dans le choix des facteurs à mettre en place pour compenser la restriction des droits procéduraux, marge qui toutefois va de pair avec un contrôle européen, la tâche de la Cour consistant en l'occurrence à s'assurer que la protection procédurale garantie par la disposition conventionnelle n'est pas réduite à néant.

5. Afin de s'assurer que les conditions minimales de conformité des procédures suivies dans de telles situations aient été respectées la Cour entend se baser sur les aspects suivants :

- La pertinence des informations communiquées aux étrangers quant aux raisons de leur expulsion et l'accès au contenu des documents sur lesquels les autorités se sont fondées, en recherchant notamment si les autorités nationales ont, dans toute la mesure compatible avec la préservation de la confidentialité et la bonne conduite des investigations, informé les intéressés, dans le cadre de la procédure, de la substance des reproches dont ils ont fait l'objet (par. 151)

- L'information des étrangers quant au déroulement de la procédure et quant aux dispositifs prévus au niveau interne pour compenser la limitation de leurs droits, en recherchant si les autorités internes ont fourni ces informations à l'intéressé, au moins à des moments clés dans le déroulement de la procédure (par. 153).

- La représentation des étrangers, à savoir la possibilité de se faire représenter par un avocat, voire par un avocat spécialisé en la matière et titulaire des habilitations donnant accès aux documents classés secrets du dossier de l'affaire qui ne sont pas accessibles à l'étranger concerné, est un facteur compensateur important (par. 154).

- L'intervention d'une autorité indépendante dans la procédure en recherchant, notamment, si l'étranger a eu la possibilité de contester de manière effective devant une autorité indépendante les motifs retenus contre lui selon lesquels il représente un danger pour la sécurité nationale (par. 156).

6. Appliquant ces principes au cas d'espèce, la Cour examine en particulier les aspects suivants.

En ce qui concerne la nature de la restriction apportée aux droits procéduraux des requérants, la Cour relève que dès le début de la procédure, en appliquant les dispositions légales pertinentes, les juridictions internes ont estimé que les requérants ne pouvaient pas avoir accès aux pièces du dossier, celles-ci étant classées secrètes. Selon elle, de ce fait il en est résulté une limitation importante des droits des requérants d'être informés des éléments factuels et du contenu des documents qui sous-tendaient tant la demande d'expulsion

formulée contre eux par le parquet que la décision des juridictions nationales d'ordonner leur éloignement du territoire (par. 160).

Quant à la question de savoir si les limitations apportées aux droits procéduraux des requérants étaient dûment justifiées la Cour note que les juridictions nationales, en appliquant les dispositions légales pertinentes, ont estimé que les requérants ne pouvaient pas avoir accès au dossier, au motif que les documents étaient classés secrets sans en expliciter les raisons concrètes.

Pour ce qui est des éléments compensateurs existant en l'espèce et devant être mis en balance pour juger de la légitimité des restrictions aux droits procéduraux des requérants, la Cour note que les requérants ont quand même été informés de certains éléments factuels retenus contre eux, qu'ils pouvaient bénéficier de l'assistance d'un avocat titulaire d'un certificat spécial pour vérifier des documents classés secrets et que des hautes juridictions impartiales et indépendantes ont conduit la procédure et décidé de la nécessité de l'expulsion, à la lumière des pièces classifiées. La question reste de savoir si cette information a été suffisante au regard des conditions posées par la CEDH.

Concernant l'étendue des informations fournies aux requérants au sujet des éléments factuels sous-tendant leur expulsion, la Cour relève qu'aucun fait concret retenu contre les requérants n'était mentionné dans l'acte d'introduction de l'instance et qu'au cours de la procédure devant la cour d'appel et devant la Haute Cour, aucune information quant aux raisons factuelles justifiant la mesure d'expulsion n'a été fournie aux requérants. Quant au communiqué de presse du SRI la Cour est d'avis que pareil communiqué, fût-il diffusé par une instance officielle, ne saurait constituer un moyen adéquat pour fournir aux parties à une procédure juridictionnelle les informations dont elles ont besoin pour plaider leur cause devant l'autorité compétente. Partant, la Cour considère qu'à défaut de toute information concrète transmise aux requérants dans le cadre de la procédure par une autorité indépendante, l'information fournie n'est pas de nature à contrebalancer en l'espèce la restriction des droits procéduraux des requérants.

Quant à la représentation des requérants, la Cour considère qu'en l'occurrence la présence des avocates des requérants devant la Haute Cour, sans aucune possibilité de connaître les reproches portées contre leurs clients n'étant pas habilitées à se voir communiquer des documents secrets aux fins de la défense, n'était pas de nature à assurer leur défense effective.

7. Eu égard à l'ensemble de ces éléments, la Cour estime que la représentation des requérants n'a pas été suffisamment effective pour pouvoir contrebalancer de manière significative les restrictions subies par les requérants dans l'exercice de leurs droits procéduraux.

Pour ce qui est de la nature du contrôle de la légitimité de la décision d'expulsion opérée par les autorités judiciaires compétentes, la Cour a reconnu que ces juridictions jouissaient de l'indépendance requise au sens de la jurisprudence de Strasbourg. En l'occurrence toutefois devant ces juridictions, vu les informations très réduites et générales dont ils disposaient, les requérants n'ont pu se fonder, pour défendre leur cause, que sur des suppositions et sur des aspects généraux de leur vie d'étudiant ou de leur situation financière, sans pouvoir contester concrètement tel ou tel comportement dont il serait affirmé qu'il mettait en danger la sécurité nationale. Selon la Cour, dans une telle hypothèse, l'étendue du contrôle opéré par les juridictions nationales quant au bien-fondé de l'expulsion demandée aurait dû être d'autant plus approfondie.

Or, de l'avis de la Cour, si l'examen de l'affaire par une autorité judiciaire indépendante est une garantie de grand poids pour contrebalancer la restriction apportée aux droits procéduraux des requérants, une telle garantie n'est pas à elle seule suffisante pour combler la restriction apportée aux droits procéduraux des intéressés si la nature et l'intensité du contrôle exercé par les autorités indépendantes ne se manifestent pas, même sommairement, dans la motivation des décisions prises par celles-ci.

Compte tenu des restrictions importantes subies par les requérants dans l'exercice de leur droit d'être informés des éléments factuels qui sous-tendaient la décision de les expulser et de celui d'avoir accès au contenu des documents et des informations du dossier sur lesquels l'autorité compétente avait fondé sa décision, la Cour estime être appelée à exercer un contrôle strict des éléments mis en place dans la procédure concernant les requérants pour contrebalancer les effets de ces restrictions, dans le but de préserver la substance même de leurs droits garantis par l'article 1 par. 1 du Protocole no 7.

De ce fait, la Cour conclut qu'eu égard à la procédure dans son ensemble, et tout en tenant compte de la marge d'appréciation dont disposent les États en la matière, les restrictions subies par les requérants dans la jouissance des droits qu'ils tirent de la disposition conventionnelle invoquée n'ont pas été compensées dans la procédure interne de manière à préserver la substance même de ces droits.

#### *Bref commentaire*

8. Bien que s'inscrivant dans une démarche désormais consolidée, l'arrêt *Muhammad et Muhammad*, par son ordonnancement complexe et son argumentaire structuré, frappe par sa volonté explicative qui s'apparente plus à une décision à coloration constitutionnelle qu'à une simple décision statuant au fond sur des circonstances de fait.

Ainsi, l'arrêt se présente comme un vaste et pointilleux discours de la méthode » dont la Cour est coutumière lorsqu'il s'agit d'affirmer une autorité jurisprudentielle qui dépasse - et de loin souvent - le cas d'espèce. L'on se souvient, en particulier, de l'affirmation faite à plusieurs reprises par la Cour sur la valeur interprétative de sa jurisprudence, d'après laquelle ses arrêts servent non seulement à trancher le cas d'espèce, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la CEDH et à contribuer de la sorte au respect des engagements assumés par les États contractants.

La présente affaire concerne, il faut le rappeler, une situation bien précise, ne concernant somme toute qu'un nombre limité de personnes, s'agissant d'étrangers en situation régulière mais faisant l'objet de mesures d'éloignement pour des motifs sérieux touchant à l'ordre public. Toutefois, dans le contexte actuel de maîtrise des flux migratoires, la démarche de la Cour s'annonçait délicate.

En effet, les mesures examinées visaient la défense de l'ordre démocratique face à des menaces dans un contexte «potentiellement» terroriste. L'on comprend donc que la Cour ait cru devoir évaluer cette affaire selon la procédure de Grande Chambre et dans le cadre d'un examen d'une extrême précision où le souci de légitimer son analyse juridique s'ajoute à la circonspection avec laquelle elle se penche sur des questions qui relèvent des pouvoirs étendus des États parties. Et il ne faut pas oublier que, dans ce cadre, la jurisprudence de Strasbourg ménage aux États une marge d'appréciation particulièrement large.

Ce qui frappe aussi est que le contentieux concerne des garanties qui s'inscrivent dans le cadre du contrôle en matière d'entrée et de séjour des étrangers. Il est évident qu'en pareil cas les mesures que peuvent prendre les autorités nationales revêtent un caractère politique



certain, surtout lorsqu'elles tendent à préserver la «sécurité nationale». Deux aspects majeurs méritent d'être soulignés qui donnent à cet arrêt une certaine exemplarité.

9. Il faut relever d'abord une retenue certaine de la Cour pour ce qui est du cadre dans lequel s'exercent les pouvoirs «régaliens» des États contractants en matière de contrôle des flux migratoires. Cette retenue apparaît nettement dans sa jurisprudence.

Dans l'arrêt *Ljatifi* du 17 mai 2018, concernant l'éloignement d'un étranger pour des motifs liés à la sécurité nationale, la Cour avait déjà clairement délimité ses prérogatives en ces termes : «Dans la mesure où l'ordonnance incriminée reposait sur des considérations de sécurité nationale, la Cour a estimé que l'exigence de prévisibilité n'allait pas jusqu'à obliger les États à adopter des dispositions juridiques énumérant en détail tous les comportements susceptibles de donner lieu à une décision d'expulser une personne pour des raisons de sécurité nationale» (par. 35).

Si la Cour reconnaît donc aux États une large autonomie de jugement, cette autonomie est cependant assortie d'un contrôle supranational concernant les conditions procédurales de pareille autonomie. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Muhammad et Muhammad* «L'arbitraire, qui implique la négation de l'État de droit, est tout aussi intolérable en matière de droits procéduraux qu'en matière de droits substantiels» (par. 118).

Ce principe avait d'ailleurs été clairement indiqué dans l'arrêt *Ljatifi* en ces termes.

«Même lorsque des impératifs de sécurité nationale entrent en ligne de compte, les principes de légalité et de prééminence du droit applicables dans une société démocratique exigent que toute mesure d'éloignement qui touche aux droits fondamentaux de la personne puisse être soumise à une forme de procédure contradictoire devant un organe ou un tribunal indépendant compétent pour examiner effectivement les motifs de la décision en question et les preuves pertinentes, prévoyant, si nécessaire, des limitations procédurales adéquates quant à l'utilisation d'informations classifiées. Devant cet organe de contrôle, la personne concernée doit pouvoir contester l'affirmation des autorités selon laquelle la sécurité nationale est en jeu. L'appréciation portée par les autorités sur ce qui constitue une menace pour la sécurité nationale a évidemment un poids important, mais l'organe ou le tribunal indépendant doit pouvoir réagir au cas où la mise en avant de cette notion serait dénuée de toute base factuelle raisonnable ou révélerait une interprétation de la « sécurité nationale » illicite ou contraire au bon sens et arbitraire» (par. 35)

10. Le second aspect majeur vise à préciser les contours du contrôle qui doit être opéré au niveau interne, en pareilles circonstances, par les juridictions nationales. Afin de parer au risque d'un arbitraire toujours possible lorsque la «sécurité nationale» est en jeu et des restrictions ont été, très souvent à juste titre, apportées à la communication au ressortissant étranger du contenu de documents classés secrets, la Cour développe le principe d'« éléments compensateurs » à exiger dans un cas concret. Cela afin de ne pas «réduire à néant», comme le précise la Cour le droit substantiel pour quiconque à être entendu dans un contentieux qui le concerne directement.

Ainsi

«La Cour recherchera également si des éléments compensateurs ont été appliqués dans le cas concret de l'intéressé et s'ils ont été suffisants pour contrebalancer les effets des restrictions apportées à ses droits procéduraux, de manière à préserver la substance même de ceux-ci» (*Muhammad et Muhammad* par. 144).

Cette «prouesse» interprétative se relie directement au principe rappelé dans préambule de la CEDH : le principe de la prééminence du droit.

MICHELE DE SALVIA