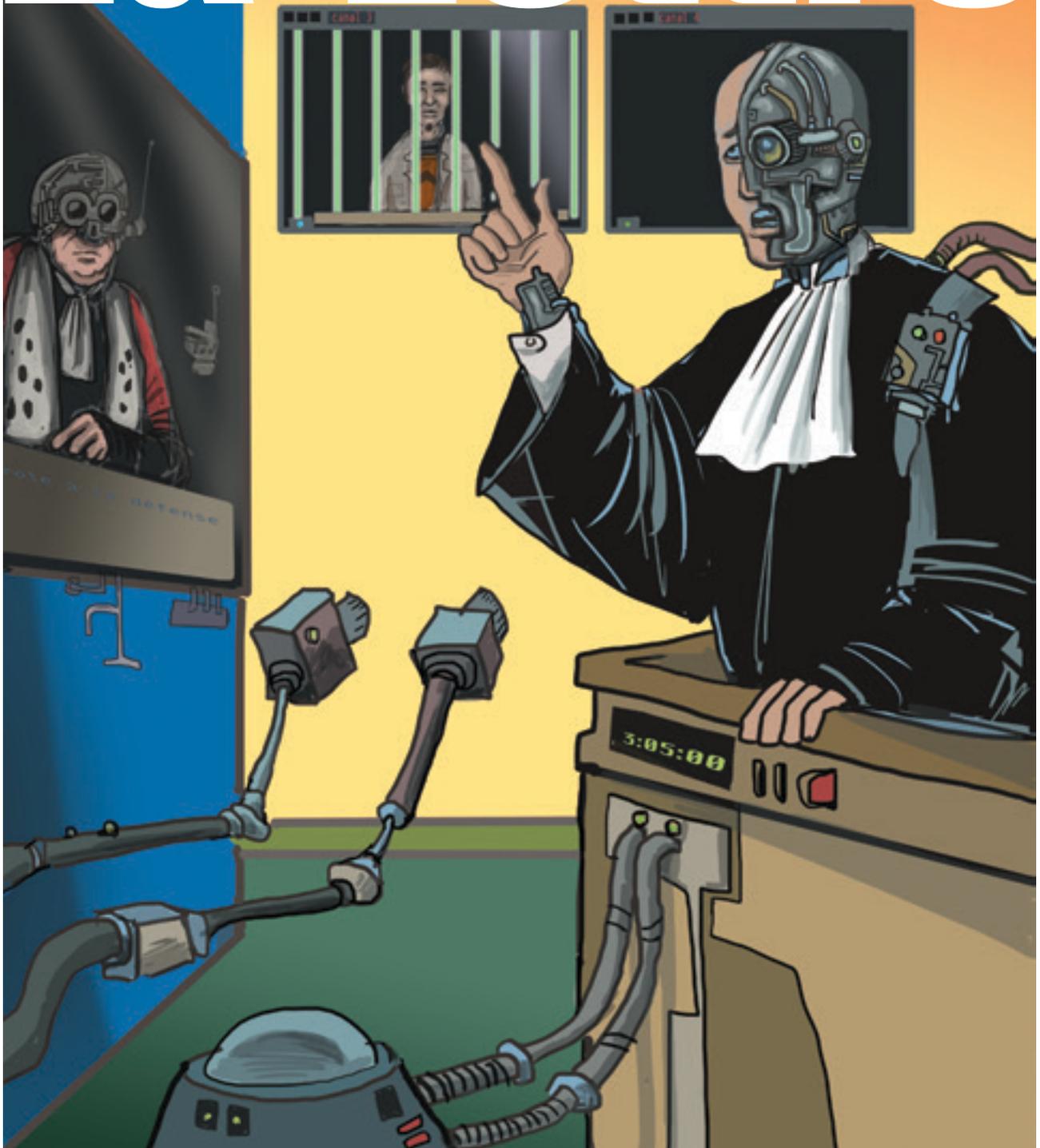


SAF

SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

OCTOBRE 2015

La Lettre



ISSN 1157-9323

SPÉCIAL CONGRÈS ET VOS RUBRIQUES HABITUELLES ► LIBERTÉS - DISCRIMINATIONS...

→ L'engagement du Syndicat des Avocats de France se poursuit sur le net.

SAF

www.lesaf.org

TOUS LES GRANDS DÉBATS DE LA PROFESSION
À PORTÉE DE SOURIS.



L'INFORMATION EN LIGNE DES AVOCATS

Sur le site Internet du Syndicat des Avocats de France, vous êtes directement en prise avec l'information de la profession.

Non seulement vous retrouvez l'intégralité des articles parus dans la Lettre du SAF, mais en plus vous accédez immédiatement aux toutes dernières infos : les communiqués, les rendez-vous à venir, les motions adoptées, les résumés de congrès, etc.

Le site s'est également enrichi d'un annuaire national des avocats adhérents pour faciliter les contacts et un espace membres est en cours de développement. Connectez-vous sur www.LeSaf.org et vous comprendrez pourquoi ce site a tout pour devenir votre espace d'information privilégié.

La Lettre du SAF en numérique

CONSULTEZ CE NUMÉRO
SUR VOTRE SMARTPHONE OU TABLETTE

- ▶ en suivant le lien :
www.lesaf.org/lalettredumois.html
- ▶ Ou en flashant ce code



4	←	ÉDITO
5		Le jour d'après [Florian BORG]
6	←	
7		LIBERTÉS - INVITÉ
8		Permanences et reconfigurations de l'antiterrorisme
9		[Laurent BONELLI]
10		
11		
12	←	DISCRIMINATIONS
13		Peau noire, justice blanche [Slim BEN ACHOUR]
...		
18		DROIT DES ÉTRANGERS
19		Le droit d'être entendu : une application décevante en droit
20	←	des étrangers [Brigitte JEANNOT]
21		
...		
27	←	PROGRAMME - 42^e CONGRÈS DU SAF
28		
29		LIBERTÉS
30		Regards sur le contentieux de l'hospitalisation sans
...		consentement (2 ^e partie) [Pierre BORDESSOULE et Kristel LEPEU]
35		
36	←	
37		DROIT DU TRAVAIL
38		Simplifier le droit du travail ou simplifier... la vie des employeurs ?
39		[Judith KRIVINE]
40		
41		QUESTIONS PROFESSIONNELLES
42	←	Collaboration : " À la recherche du temps perdu " [Maeva BINIMELIS]
43		
44		
45		VIE DES SECTIONS - QUESTIONS PROFESSIONNELLES
46	←	Les avocats selon Macron ou le triomphe de la logique
47		de marché [Nohra BOUKARA]
48	←	
49		VIE DES SECTIONS - CARTE JUDICIAIRE
50		La Chambre détachée de Millau [Martine AZAM]
51	←	
52		HOMMAGE
53		Pour Francis JACOB [Claude MICHEL]
54	←	
55		



LA LETTRE DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE
34 rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. : 01 42 82 01 26
Courriel : contact@LeSaf.org - Web : www.LeSaf.org
https://www.facebook.com/SyndicatDesAvocatsDeFrance
https://twitter.com/syndicatavocats

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION : Jean-Jacques Gandini

COMITÉ DE RÉDACTION :
Florian Borg, Marianne Lagrue

PHOTOGRAPHIES ET ILLUSTRATIONS :
SAF - Fotolia - Internet - Pierre Bouaziz
La quadrature du net, Creative commons BY-SA
Couv : Jidus

CONCEPTION, IMPRESSION :
FIGURES LIBRES
BP 40307 - Allée Charles-Victor Naudin
06906 Sophia Antipolis CEDEX
Tél. : 04 93 67 54 37 - Fax : 04 89 12 32 07
Courriel : contact@figureslibres.net - Web : www.figureslibres.net

OCTOBRE 2015

Le Jour d'après

Le Jour d'après¹... Mais pourquoi le Syndicat des avocats de France décide-t-il de se référer au cinéma post-apocalyptique pour discuter, lors de son congrès, des libertés, de la justice, de l'accès au droit et de la profession d'avocat ?



1 - The day after tomorrow, Roland Emmerich, mai 2004



PAR Florian BORG,
Président du Syndicat
des Avocats de France
SAF Lille

Certains nous trouveront très pessimistes, trop sombres, voire anxiogènes ; d'autres reprocheront peut-être aux avocats du SAF de ne pas saisir les opportunités de ce nouveau monde qui s'ouvre, ce grand marché du droit, fabuleux espace de libertés qui devrait faire briller des étoiles dans nos yeux.

Et pourtant, ce que d'autres appellent du pessimisme est pour nous du réalisme, une appréciation pragmatique d'une situation de la société qui se dégrade.

Côté gouvernemental, nous sommes confrontés à une majorité dont l'orientation est fondée sur deux valeurs cardinales, l'ordre et la compétitivité, qui se traduit dans ses réformes et ses politiques : la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 (dite loi Macron) dont les décrets d'application sont publiés ces mois-ci ; la loi renseignement, qui fait de tout un chacun un sujet à surveiller à la moindre expression contestataire, bafouant le respect des libertés individuelles et fondamentales ; la loi sur le droit d'asile qui accélère les procédures au détriment des droits de la défense... Sans oublier le projet de loi de finances pour 2016 dans lequel, au moment de publier ces lignes, l'avocat mériterait d'être sous-payé pour intervenir au titre des missions d'aide juridictionnelle et pourrait même faire un effort supplémentaire, sans considération de l'accès au droit des plus pauvres !

Mais cette dégradation ne concerne pas seulement ce Gouvernement. Comment ne pas être inquiet d'une société où l'extrême-droite est en passe de prendre le pouvoir de plusieurs grandes régions, courcée par une droite et une gauche ayant perdu le sens des valeurs ? Où les mouvements sociaux peinent à s'organiser ? Où l'individualisme prend progressivement, mais sûrement, le pas sur les valeurs de solidarité ?

Comment ne pas être inquiet d'une Europe au sein de laquelle les dirigeants n'hésitent plus à monter des barrières et recréer les frontières, d'Ásotthalom à Vintimille, pour se protéger de « nouvelles invasions », et qui se permettent de trier entre bons et mauvais migrants ?

Le Syndicat des avocats de France n'a pas une vision sombre de la société ; c'est l'avenir de la société qui s'assombrit... Et dans ce clair-obscur surgissent les monstres².

Dans ce contexte, nous n'appartenons pas à la catégorie des déclinistes réactionnaires à toute évolution. Le temps n'est plus à la seule défense de pratiques désincarnées du contexte actuel mais à l'affirmation des valeurs fondamentales dans une société en mutation. Comme si nous devions préparer le jour d'après ces réformes destructives de droits et sans perspectives.

Pour ces raisons, nous accentuons nos interventions contentieuses, pour briser ces cages de verre qui enserrant les droits fondamentaux : lorsque le SAF participe aux actions en réparation contre l'État pour discrimination à la suite de contrôles au faciès³ ; ou lorsque le SAF, avec le Syndicat de la magistrature, intervient auprès du Conseil constitutionnel par « porte étroite », contre le plafonnement des dommages et intérêts pour licenciement abusif, disposition de la loi Macron qui sera finalement censurée.

Pour ces raisons, nous multiplions les relations avec d'autres associations au sein de collectifs, pour que nos actes et nos paroles soient plus fortement entendus et percutants.

Pour ces raisons, nous souhaitons écrire une nouvelle page de la profession d'avocat, affirmant sa mission essentielle d'accès au droit, présente dans tous les lieux où les besoins de droits s'expriment, y compris sur le net.

Mais nous refusons que ces besoins de droit se traduisent par un simple marché captif pour lequel nous devrions faire tout et n'importe quoi ; oubliant la protection contre les conflits d'intérêts pour une interdisciplinarité décomplexée ; laissant le justiciable se débrouiller de conseils juridiques dématérialisés, à faible coût mais en réalité sans valeur.

Cette page nous l'écrivons avec nos valeurs, celle d'une société de libertés et de solidarité qui permet aux plus faibles, d'utiliser l'arme du droit⁴ pour faire valoir leurs droits essentiels. ■

2 - D'après Antonio Gramsci, Cahiers de prison n°3, « La crisi consiste appunto nel fatto che il vecchio muore e il nuovo non può nascere : in questo interregno si verificano i fenomeni morbosi più svariati »

3 - Voir l'article de Slim Ben Achour, « Peau noire, justice blanche » dans la présente Lettre du SAF

4 - L'arme du droit, Liora Israël, Presses de Science Po, Paris, 2009

Contribution au colloque de Bayonne du 12 juin 2015 animé par Jean-Jacques Gandini :
« Non à la société de surveillance ! Non aux lois d'exception ! »

Permanences et reconfigurations de l'antiterrorisme

La justice antiterroriste et les services de renseignement, avaient-ils véritablement besoin de nouvelles lois pour pouvoir exercer convenablement leurs missions ? À écouter les débats parlementaires qui précèdent le vote de la loi du 13 novembre 2014 et celle, plus récente, sur le renseignement, on pourrait le croire. Pourtant, font valoir les sceptiques, pas moins d'une quinzaine de textes législatifs en la matière avaient déjà vu le jour depuis 1986.

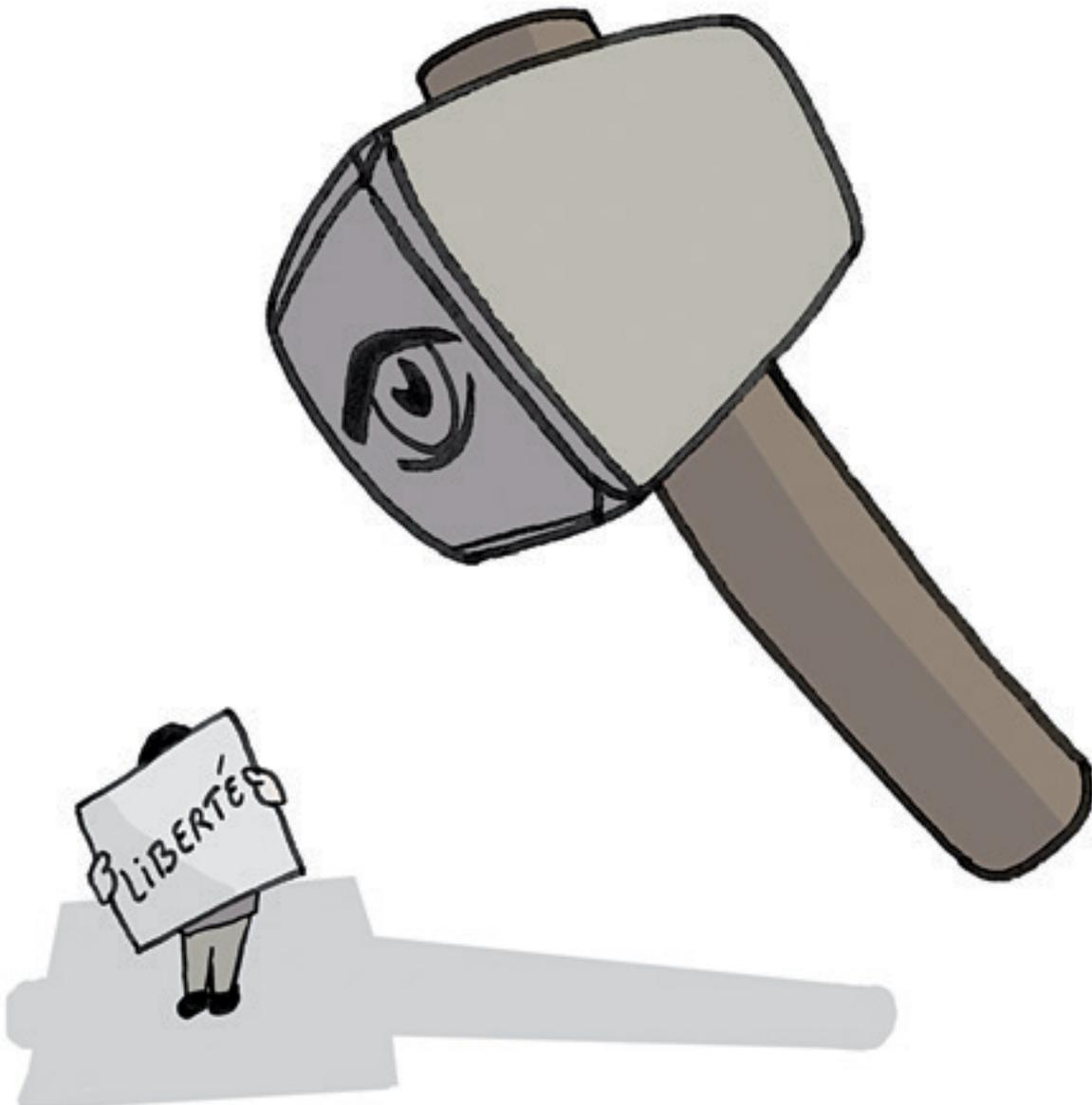
Pour expliquer cette nouvelle inflation, on peut se risquer à énoncer un principe général. Une proposition de loi articule généralement les pétitions de certains acteurs, une configuration politique qui les favorise et les résistances d'autres acteurs tentant de maintenir un *statu quo* ou de proposer des alternatives. Ceci reste bien sûr trop schématique, mais reprenons les termes de cette équation.

Les revendications des services de police et de renseignement vont régulièrement dans le même sens : le renforcement de leurs pouvoirs d'investigation et d'action et la limitation de ce qui les encadre ou les contrarie. Ceci concerne les avocats, mais vaut également pour les magistrats. L'examen minutieux des différents textes votés depuis 1986 montre le recul constant des garanties offertes aux prévenus,

la dépossession des magistrats ordinaires au profit de juridictions spécialisées et la montée en puissance des mesures administratives plutôt que judiciaires (en matière d'expulsion, de gel des avoirs et désormais de surveillance)¹.

Or, ce type de pétitions trouve un terreau favorable auprès des gouvernants en période de violences politiques et plus encore lorsque des attentats sont commis sur le territoire national. Au-delà d'une légitime inquiétude, ceux-ci peuvent difficilement « ne rien faire » (i.e. laisser les services spécialisés faire normalement leur travail). Il leur faut « réagir »,

¹ - Laurent Bonelli, « Les caractéristiques de l'antiterrorisme français : Parer les coups plutôt que panser les plaies », in Didier Bigo, Laurent Bonelli et Thomas Deltombe (dir.), Au nom du 11 septembre. Les démocraties occidentales à l'épreuve de l'antiterrorisme, Paris, La Découverte, 2008, pp.168-187.



montrer qu'ils sont « à la hauteur » de la situation. Or, en politique, agir c'est peut-être d'abord dire que l'on fait des choses². Cette dimension symbolique de l'action se retrouve par exemple avec des plans comme « vigipirate ». Le déploiement massif de forces de police et de militaires dans les transports en commun permet en réalité d'arrêter bien plus de sans-papiers que d'auteurs potentiels d'attentats, mais il permet d'accréditer l'idée que le Gouvernement a pris au sérieux la menace et qu'il déploie des mesures pour y répondre. Le vote de nouvelles lois constitue un autre volet ordinaire de cette dimension

2 - Murray Edelman *The Symbolic Uses of Politics*, Chicago, University of Illinois Press, 1985.



PAR Laurent BONELLI,
*Enseignant-chercheur,
Maître de conférences en science
politique à l'université de Paris-
Ouest-Nanterre (Institut des Sciences
sociales du Politique - UMR 7220)
Co-rédacteur en chef de la revue
Cultures & Conflits*

symbolique. Largement relayé par la communication gouvernementale et la presse, il autorise les prises de position martiales et la réaffirmation emphatique de l'autorité de l'État. Chaque vague d'attentats est ainsi généralement suivie du vote d'une nouvelle

loi en matière antiterroriste. Or, dans des contextes marqués par l'émotion, l'urgence et le volontarisme politique, qui donne un contenu concret aux textes législatifs ? Essentiellement les professionnels de la sécurité qui trouvent là des opportunités uniques pour faire avancer leurs revendications, au nom de la « gravité » de la situation. La loi du 9 septembre 1986, qui forme toujours la colonne vertébrale de l'antiterrorisme judiciaire français, doit ainsi beaucoup au travail de magistrats en charge de cette question au tribunal de grande instance de Paris, comme Alain Marsaud par exemple. Quant aux lois votées par la suite, elles viennent le plus souvent répondre aux doléances des services spécialisés (la centralisation de l'application des peines, l'élargissement des écoutes administratives ou de la garde à vue, etc.), exprimées bien avant la commission des violences qui déclenchent l'examen d'un nouveau texte.

Dans ces configurations, où l'urgence prime, où la « menace » serait pesante et dans lequel l'ensemble des professionnels du renseignement, de la sécurité et de la politique déploient des discours de peur, on comprend que ni les propositions, ni même les protestations des défenseurs habituels des libertés publiques ne rencontrent beaucoup d'écho. Syndicats de magistrats, avocats, organisations de défense des droits de l'Homme ou des utilisateurs de l'Internet peinent à mobiliser au-delà de leurs rangs les plus immédiats. Certes, d'aucuns évoqueront avec nostalgie le temps où certains hommes politiques faisaient de la défense des libertés individuelles une priorité et rappelleront qu'en février 1981, lorsque la loi « Sécurité et Liberté » porta la garde à vue de 24 à 48 heures, les députés socialistes et communistes la qualifièrent de « réactionnaire » et lui reprochèrent d'aller « plus loin dans l'escalade anti-liberté que ne l'avait fait le régime fasciste de Vichy »... Mais nous n'en sommes plus là et les votes de la loi de novembre 2014 et de celle sur le renseignement de juin 2015 prolongent les dynamiques observables depuis le milieu des années 1980.

Des discours de guerre

Est-ce à dire que rien ne change et qu'il ne s'agit que d'un recul supplémentaire des libertés publiques ? Pas seulement, hélas. Ces deux lois apparaissent en effet dans un contexte un peu particulier, marqué à la fois par des attentats commis sur le territoire européen (par Mohamed Merah en 2012, Medhi Nemmouche en 2014, puis par les frères Kouachi et Amédy Coulibaly en janvier 2015), et par le départ de centaines de jeunes européens pour aller combattre en Irak et en Syrie. Sous le terme de « radicalisation », on tend à

superposer les deux mouvements qui pourtant ne se confondent pas complètement. Bien sûr, il peut exister une porosité entre les deux et l'on ne peut pas exclure que certains individus, engagés en Irak ou en Syrie, passent à l'action violente en France ou en Europe. Pour autant, l'essentiel ne le fera pas et leur expérience doit plutôt être analysée sous l'angle d'un engagement transnational, assez fréquent en fait, puisque des volontaires étrangers sont présents dans un peu plus de 20 % des conflits enregistrés entre le 19^e et le 21^e siècles³.

Le discours politique dominant assume pourtant largement cet amalgame. Les menaces viendraient d'agents extérieurs (L'État islamique, AQPA - Al Qaeda dans la péninsule arabique - AQMI - Al Qaeda au Maghreb islamique, etc.) qui auraient déclenché une guerre contre l'Occident en général et la France en particulier, au point que nous serions entrés dans une « guerre de civilisation », pour reprendre l'expression du Premier ministre, Manuel Valls. Simplistes et pour cela séduisants, ces grands récits civilisationnels ne correspondent pourtant guère à la réalité. S'il ne fait pas de doute que les exhortations d'un chef jihadiste à frapper peuvent inspirer des individus ou des petits groupes, elles ne sont pas le moteur de leurs passages à l'acte. « Cette décision ultime est la dernière d'une longue série de décisions antérieures, dont aucune prise isolément – et c'est là le point central – n'a paru étrange en elle-même » rappelle ainsi le sociologue Howard S. Becker⁴. Les entourages locaux, les dynamiques de petits groupes, les interactions avec les autorités publiques (et particulièrement la police et la justice) apparaissent beaucoup plus importants pour comprendre le basculement vers la violence⁵. Les commissions d'enquête parlementaires sur les attentats de Londres du 7 juillet 2005 ont par exemple fait ressortir le caractère très local de leur préparation, leurs auteurs n'étant allés chercher une légitimation au Pakistan qu'au moment où tout était déjà prêt. En d'autres termes, ce n'est pas parce que des attentats sont « labellisés » par une organisation que celle-ci en est concrètement à l'origine. D'ailleurs, les frères Kouachi et Amédy Coulibaly ne semblaient pas d'accord à l'heure d'attribuer la paternité de leurs actions, les premiers les imputant à AQPA, le second à l'État islamique.

3 - On trouvera des développements sur ce point dans Laurent Bonelli, « Des brigadistes aux djihadistes, combattre à l'étranger », Le Monde diplomatique, août 2015.

4 - Howard S. Becker, Les ficelles du métier, Paris, La Découverte, 2002.

5 - Laurent Bonelli, « Les chemins de la radicalisation », Le Monde diplomatique, février 2015.

Au lieu de s'intéresser à ce qui conduit certains individus élevés ou vivant dans nos États à passer à la violence armée ou à s'engager pour une utopie lointaine, les discours politiques actuels – abondamment relayés par les médias – préfèrent jouer la partition de la polarisation, du « nous contre eux », de « la civilisation contre la barbarie ». Or, ce contexte supposément guerrier renforce considérablement le poids des services de police et de renseignement, autant qu'il affaiblit celui des groupes qui émettent des réserves, parlent du droit à l'anonymat, à la vie privée, etc. Que répondre en effet, lorsque les parlementaires – avant même les attentats de janvier 2015 – appellent, comme en 1914, à « l'union sacrée de toute la représentation nationale » ou, à l'instar d'Alain Turret (du groupe Radical, républicain, démocrate et progressiste), exposent posément « *Nous avons su, dans notre histoire, suspendre à un moment donné les libertés démocratiques. Celles-ci, en effet, ne peuvent pas avoir le même contenu en temps de paix et en temps de guerre. Or, lorsque la guerre nous est déclarée, les libertés démocratiques doivent être, sinon mises à l'écart, du moins appréciées en fonction du risque subi. (...) L'angélisme n'est pas une réponse efficace aux égorgements*⁶ ».

Cette interprétation guerrière constitue une première piste pour comprendre ce qui se joue dans le vote des deux lois étudiées ici. Une seconde concerne la situation des services de renseignement en 2015, confrontés à la fois au développement exponentiel des communications Internet et à un affaiblissement de leurs capacités de repérage de certains individus potentiellement dangereux en raison d'une réforme de leur structure.

Le virtuel et le réel : les services de renseignement à la peine

Les services français n'échappent pas à un débat plus général qui traverse le monde de ces professionnels et qu'ont partiellement révélé les documents transmis par Edward Snowden. L'usage sans cesse accru des outils d'échange sur Internet (mails, sites, réseaux sociaux, chats, etc.) et de la téléphonie mobile (avec ses SMS, ses logiciels d'échange) reconfigure les méthodes traditionnelles de contrôle et d'interception.

L'impossibilité de traiter en temps réel les flux de données échangées débouche d'abord sur une

volonté générale – tant technologique que légale – de les stocker le plus massivement et le plus longtemps possible. Ensuite, deux logiques peuvent être schématiquement identifiées, qui ne correspondent pas aux mêmes services. La première, sans doute la plus massive, prolonge les formes antérieures de travail policier. Elle consiste, pour des individus que l'on surveille, auxquels on est attentif, à regarder dans l'ensemble de ces données ce qui les concerne. Hier, on pouvait ouvrir leur courrier, le cas échéant les mettre sur écoute téléphonique pour savoir avec qui ils parlaient, avec qui ils échangeaient et ce qu'ils se disaient. Aujourd'hui, on fait la même chose avec les données électroniques, en s'intéressant davantage aux gens qu'ils peuvent connaître qu'à ce qu'ils se disent réellement. Le débat sur les « métadonnées » apparaît ainsi comme un faux débat. On se moque un peu de ce qu'il peut y avoir dans des courriels dès lors qu'on est capable de reconstituer le réseau des gens avec qui quelqu'un en échange, le volume de ces échanges et leur chronologie.

La seconde logique, sans doute plus spécialisée, plus spécifique à des services comme la NSA aux États-Unis, consiste à essayer de découvrir dans la masse des données collectées des individus qui ne seraient pas connus par les services de police et de renseignement, grâce à des algorithmes. L'idée est la suivante : est-ce qu'à partir des comportements numériques d'individus qui sont passés à l'acte, on peut fabriquer les profils et donc trouver dans l'ensemble de masse de données disponibles des gens qui correspondraient à ces profils alors même qu'ils sont inconnus et hors du radar des professionnels ? La fréquentation de certains sites, l'usage de cryptage ou d'outils de dissimulation d'adresses IP, de certaines langues, etc. seraient ainsi des manières d'anticiper et de repérer des suspects nouveaux. Cette logique demeure bien plus rare, sans doute plus aléatoire, mais converge avec la précédente sur la nécessité d'une *surveillance à grande échelle* des données numériques.

De là, les pétitions, en France, pour s'affranchir de la tutelle judiciaire. Dans le cadre d'une commission rogatoire, beaucoup de choses étaient déjà possibles en matière d'interception. Mais la loi sur le renseignement élargit désormais le spectre de ces possibilités, tout en affaiblissant le contrôle externe sur la collecte et l'utilisation de ces données. Et sans présager de l'avenir, on peut craindre que la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) ne constitue qu'un faible contrepoids au pouvoir nouveau octroyé aux services.

6 - Ces citations sont extraites du Compte rendu intégral des débats parlementaires du Journal officiel du 15 septembre 2014, qui relate les discussions concernant la loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, adoptée le 13 novembre 2014.



Les discours politiques actuels [...] préfèrent jouer la partition de la polarisation, du « nous contre eux », de la « civilisation contre la barbarie »

La DCRI, ou le déclin du renseignement territorial

Ces enjeux liés aux nouvelles technologies ne sont toutefois pas séparables de l'organisation institutionnelle du renseignement, largement bouleversée par la réforme de 2008. Sans revenir sur le détail, retenons qu'il existait par le passé deux grands services de renseignement intérieur en France : les Renseignements généraux (RG) et la Direction de la surveillance du territoire (DST). Ces deux services ont été dissous et leurs personnels répartis entre un grand service, la Direction centrale du renseignement intérieur (DCRI) et un service plus déqualifié, plus dégradé, la Sous-direction à l'information générale (SDIG), placée au sein de la sécurité publique. Pour le dire rapidement, la réforme consacre le triomphe de la DST sur les RG. Les logiques de travail de la DCRI demeurent très largement celles de la DST, c'est-à-dire celles issues du contre-espionnage et par la suite déployées en antiterrorisme. La focalisation sur les menaces intérieures, mais venant de l'extérieur, la logique du secret, la centralisation, l'utilisation de techniques dites de « milieu fermé » (écoutes, filatures, etc.), la coopération internationale caractérisent la nouvelle structure. En revanche, le renseignement dit « de proximité », c'est-à-dire la connaissance fine d'un certain nombre de milieux sociaux, politiques, économiques, associatif locaux, avec lesquels les fonctionnaires des RG entretenaient des relations de longue durée s'affaiblit notablement.

L'affaire Merah en 2012 va être interprétée comme un échec de la DCRI sur ce terrain. Deux rapports parlementaires et un autre de l'inspection générale de la police nationale (IGPN) convergent en ce sens. Ils reconnaissent une grande compétence à la DCRI pour lutter contre des professionnels de la violence politique, c'est-à-dire des groupes structurés et actifs, notamment internationalement, mais lui reprochent son incapacité à repérer ce qu'elle appelle les « signaux faibles », à faire de la « détection précoce ». En d'autres termes, à observer des signes qui pourraient

laisser penser que quelqu'un pourrait passer à l'acte localement, sans appartenir à un réseau transnational de violence.

Cette critique politique et administrative débouche sur une nouvelle réforme, en 2014. La DCRI est remplacée par une Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI), et la SDIG par un Service central du renseignement territorial (SCRT). Cette réforme essaie de contrebalancer dans une certaine mesure les effets de la précédente. Le renseignement territorial gagne notamment quelques effectifs et voit ses compétences et ses capacités élargies. Mais en même temps, elle renforce aussi les logiques de celle de 2008. La DGSI devient ainsi plus autonome puisqu'elle s'émancipe de la tutelle de la Direction générale de la police nationale (DGPN) pour se rattacher directement au ministre de l'Intérieur. Elle devient ainsi une citadelle encore plus fermée et secrète, y compris pour les policiers des autres services. Une citadelle fascinante pour les hommes politiques qu'elle laisse regarder par l'entrebâillement de la porte, comme certains parlementaires qui se sont illustrés dans les débats de la loi sur le renseignement.

Vers un élargissement de la surveillance

Dans le climat guerrier entretenu par l'amalgame entre des attentats commis sur le territoire et les départs de quelques centaines de personnes vers la Syrie et l'Irak, une double tendance est observable au sein des services de renseignement : l'autonomie et l'enrôlement. La première consiste pour la DGSI à s'affranchir le plus possible des regards extérieurs pour traiter les individus et les groupes relativement professionnalisés dans la violence politique. Au fond, peu d'entre eux sont en dehors de leur radar. Ceci ne veut pas dire qu'ils puissent systématiquement les empêcher de frapper (les derniers attentats le montrent), mais ils sont déjà connus et repérés. L'élargissement, notamment administratif, des pouvoirs de la DGSI viendrait renforcer ces possibilités d'agir, dans la droite ligne de ce que l'on avait connu avec les lois antérieures.

En revanche, les départs vers ce qu'ils nomment les « théâtres de jihad » posent un autre problème, tant par leur ampleur que par les individus qu'ils concernent. De leur propre aveu, près de 50 % des gens sur zone leur sont inconnus. Évidemment, tous ne passeront pas à l'acte, mais la possibilité ne peut être écartée. Les services vont donc pousser à l'élargissement des filets de contrôle et c'est ainsi qu'il faudrait penser l'ensemble des dispositifs de « lutte contre la radicalisation » développés depuis 2014, du numéro vert et des cellules départementales jusqu'à l'enrôlement des services sociaux, judiciaires ou éducatifs dans le signalement de la « radicalisation », en passant par les dimensions législatives relatives aux contrôles des départs et des retours.

Cet élargissement du spectre du contrôle conduit à en déplacer la focale. On glisse de la surveillance de certains individus ou de certains lieux emblématiques de la violence politique (auxquels la DGSI continue de porter une grande attention) vers une attention plus générale aux discours. Jusque-là, certains discours pouvaient attirer l'attention des services, dès lors qu'ils étaient reliés à certains actes, ou à certains groupes identifiés comme potentiellement subversifs. Désormais, c'est le discours en lui-même qui compte parce qu'il préfigurerait le passage à l'acte. L'exemple le plus emblématique est celui de « l'auto-radicalisation ». Il suffirait de regarder en boucle des vidéos sur Internet pour attraper le « virus du terrorisme », selon la jolie expression du ministre de l'Intérieur, Bernard Cazeneuve, et passer à l'acte. Les choses ne se passent heureusement pas comme cela. Contrairement à des clichés aussi souvent entendus que démentis par les sciences sociales, la violence à la télévision n'explique pas la délinquance juvénile, pas plus que les paroles des chansons de Marilyn Manson la tuerie de Colombine, les jeux vidéo l'engagement auprès de l'État islamique, ni même les vers de Lamartine la Commune de Paris. Entre le discours et l'action, existent de multiples séries de médiations qui, elles, comptent réellement. Pour autant, cette croyance sourd dans les textes législatifs récents, qu'il s'agisse des blocages de sites Internet, de leur déréférencement, ou les mesures concernant « l'apologie du terrorisme », dont Didier Liger a montré les premiers effets néfastes (voir sa contribution : « Analyse de la jurisprudence en construction sur la loi du 13 novembre 2013 : Patriot Act à la française ? »)

Le second effet de cet élargissement du contrôle est un déplacement vers la question religieuse et particulièrement vers celle de l'Islam. Ainsi, certains

dispositifs de « lutte contre la radicalisation », s'intéressent davantage à la pratique culturelle des individus qu'à autre chose. On peut légitimement s'interroger sur l'utilité pratique d'interroger les professionnels de la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) sur le nombre d'adolescentes voilées ou de jeunes ne mangeant pas de porc qu'ils suivent. Sauf à confondre religiosité et radicalité. Or, en assimilant les deux, des politiques de prévention – dont la bonne volonté ne peut être mise en doute – pourraient avoir des effets inverses à ceux escomptés. Ainsi, en spécialisant des dispositifs publics vers des jeunes que l'on considère « en danger de radicalisation » en raison de leurs convictions religieuses, on contribue à les faire se penser avant tout par rapport à celles-ci, plutôt que de toute autre manière (comme jeunes de quartier, comme élèves, voire même comme citoyens). Les politiques publiques, on l'oublie trop souvent, façonnent puissamment les identités sociales. Aussi, peut-on se satisfaire d'une réponse institutionnelle qui contribue à construire le monde comme divisé entre musulmans et non musulmans ? Au fond, cette partition n'est autre que celle proposée par des néoconservateurs américains (Samuel Huntington notamment), reprise en Europe par des formations d'extrême droite diverses (le Front national en tête). Elle est également celle que diffusent les organisations jihadistes, comme l'État islamique, qui expliquait dans sa revue *Dabiq* de juillet 2014 qu'il existait « deux camps et deux tranchées : celui de l'islam et de la foi et celui des mécréants et de l'hypocrisie ».

À l'évidence, nous sommes sortis avec la catégorie de « radicalisation » des débats limités au monde des professionnels de l'antiterrorisme et à celui de leurs opposants traditionnels. Certes, les dynamiques antérieures se poursuivent, mais elles se doublent désormais d'une reconfiguration du contrôle des populations dites « à risques » et de son élargissement. Ceci est, bien entendu, préoccupant. C'est peut-être aussi une occasion d'élargir le front de résistance aux logiques portées par l'antiterrorisme. Débordant de leur sphère traditionnelle, elles viennent aujourd'hui envahir le travail de magistrats de la jeunesse, d'enseignants, d'éducateurs sociaux ou judiciaires, d'animateurs, d'élus locaux, etc. Traditionnellement peu mobilisés par les dimensions éthiques, techniques ou juridiques de l'antiterrorisme, ils pourraient désormais avoir un mot à dire sur ces dernières, qui les affectent désormais directement.

À condition toutefois de se donner les moyens de créer les ponts nécessaires. ■

Peau noire, justice blanche

« C'est un fait : des blancs s'estiment supérieurs aux noirs. »

Peau noire, masque blanc de Frantz Fanon¹, publié au Seuil en 1952

Le 18 mai 2015 restera une date importante pour nombre de nos concitoyens. Un marqueur. La « preuve » du caractère raciste de nos institutions, en l'espèce, de notre système judiciaire.

Ce jour-là, dans l'affaire concernant la mort de Zyed et Bouna, les juges du tribunal correctionnel de Rennes ont suivi les réquisitions du Parquet qui réclamait la relaxe des deux policiers poursuivis pour non-assistance à personne en danger.

Pour mémoire, Bouna Traoré, 15 ans, et Zyed Benna, 17 ans, sont morts le 27 octobre 2005 par électrocution alors qu'ils fuyaient un contrôle de police et s'étaient réfugiés dans un transformateur situé sur le site EDF de Clichy-sous-Bois.

Après écoute des échanges radio entre policiers, il était établi qu'un gardien de la paix avait vu deux enfants pénétrer dans le site EDF.

Celui-ci avait déclaré à l'une de ses collègues, accusée elle aussi de ne pas avoir réagi : « *s'ils entrent sur le site EDF, je ne donne pas cher de leur peau* ».

¹ - Frantz Fanon -1925-1961 - psychiatre antillais, essayiste, militant de la cause algérienne et tiers-mondiste. Ouvrage réédité au Seuil - poche en 2015





Malgré les faits, le Tribunal décidait que les deux policiers n'avaient pas connaissance d'un danger « *certain et imminent* » pour les deux adolescents quand ils avaient quitté les lieux.

Ils furent donc relaxés.

Cette décision judiciaire a eu un retentissement remarquable.

Tout d'abord, parce que les autorités politiques de l'époque n'avaient pas hésité à présenter les adolescents comme des délinquants.

Le biais bien connu du futur Président, élu en 2007, selon lequel ces enfants étaient des délinquants par « *nature* » puisqu'ils étaient des « *quartiers* », fonctionnait à plein.

Ensuite, parce qu'il y avait eu des révoltes pendant plusieurs semaines sur tout le territoire national, ce qui avait amené le gouvernement Villepin à déclarer l'état d'urgence, une première depuis la guerre d'Algérie.

Également, parce que la tenue d'un procès n'avait rien d'évident et que celui-ci n'avait eu lieu qu'en raison de la compétence et de la détermination de nos confrères Mignard et Tordjman.



PAR Slim BEN ACHOUR,
Président de la commission
Discrimination
SAF Paris

Enfin, certains médias et une partie de la société civile n'entendaient pas laisser la multitude s'accommoder d'une « *bavure* » d'autant plus pardonnable qu'elle concernait des « *intouchables* ».

Il doit être souligné, par ailleurs, que l'écho donné à cette décision était amplifié par la concomitance de faits similaires qui s'étaient produits dans d'autres pays (Suède, Pays-Bas, Grande-Bretagne...).

C'est cependant dans l'Amérique du Président Obama que la mort de personnes majoritairement noires dans des circonstances banales a particulièrement marqué les esprits.

Il est vrai que la mort de Michael Brown à Ferguson en août 2014 a été suivie de beaucoup d'autres et que les faits ont souvent révélé le peu d'humanité que leur



... combien de fois nous sommes-nous sentis désarmés, voire... complices d'un système censé protéger mais qui broyait les plus vulnérables ?...

accordaient certaines forces de police... ceci grâce, notamment, à la précieuse existence de téléphones portables judicieusement utilisés.

Ainsi, Zyed et Bouna nous amènent, nous semble-t-il, à voir différemment en tant que citoyens, parents et bien évidemment avocats, l'institution judiciaire que nous côtoyons quotidiennement.

Combien de fois n'avons-nous pas été témoins des biais de classe et/ou racistes implicites aux débats judiciaires auxquels nous participions ?

Combien de fois avons-nous failli dépasser les « limites » en raison du mépris montré par certains juges et confrères dans des dossiers où le respect de la dignité humaine était au cœur des enjeux ?

Enfin, combien de fois nous sommes-nous sentis désarmés, voire... complices d'un système censé protéger mais qui broyait les plus vulnérables ?

Il est vrai qu'aujourd'hui il faut être particulièrement solide sur ses principes, déterminé et vigilant pour ne pas succomber aux illusions du **tout sécuritaire**, du repli sur soi et de la haine de l'autre... même sous un gouvernement de gauche.

La gauche et la discrimination raciale

En matière de lutte contre les discriminations raciales, on est particulièrement surpris des postures et de la passivité des gouvernements successifs depuis mai 2012, notamment dans la dimension judiciaire pénale.

Pire, il a beaucoup été promis notamment sur un point essentiel pour une partie de la jeunesse : la fin des contrôles au faciès.

L'histoire retiendra que le premier renoncement du président Hollande aura été le **récépissé de contrôle d'identité**, dès juin 2012.

Techniquement, à ce jour, les gouvernements successifs n'ont rien fait.

Politiquement, on a parfois l'impression, sur le point qui nous occupe, qu'entre la gauche au pouvoir et les idées du Front National, il y a plus une différence de degré que de nature.

Les propos tenus et le comportement à l'égard des « Roms », des « musulmans » notamment, par nombre d'hommes politiques de gauche en responsabilité, conjugués au silence de leurs amis politiques, laissent pantois.

Pour nous éviter de trop souffrir, mentionnons juste la « dernière ».

Elle est d'autant plus remarquable qu'elle vient de l'un de nos anciens confrères, membre du Gouvernement, à l'occasion de l'attentat déjoué à bord du Thalys Amsterdam-Paris, le 21 août dernier.

Monsieur Alain Vidalies, secrétaire d'État chargé des Transports, déclarait : « *eh bien écoutez, moi je préfère qu'on discrimine effectivement pour être efficace plutôt que de rester spectateur* ».

Malheureusement, ces mots ne constituent pas une maladresse.

Ils expriment une idéologie dominante, une politique d'État inavouable, actuelle et bien réelle.

Nul doute que si les contrôles de « routine » s'appliquaient à tous, sans distinction, la référence à un État policier serait utilisée et que des mesures d'urgence seraient prises.

Avant même les commentaires « zemmouriens » du Ministre des Transports, la préférence pour la discrimination avait déjà été portée par l'ancien ministre de l'intérieur, devenu depuis Premier ministre, à l'occasion de plusieurs dossiers judiciaires initiés en avril 2012.

En effet, dans les dossiers des 13 personnes ayant assigné l'État, au civil, en raison des contrôles au faciès subis, le ministère de l'intérieur a développé une défense qui en dit long sur la perte des repères au plus haut niveau de l'État.

Cette « préférence » pour la pratique de discriminations raciales a structuré sa défense.

L'État et le Parquet, de concert, ont défendu l'idée, totalement sidérante, **que les principes relatifs à l'égalité et à la non-discrimination ne s'appliquent pas au « contrôle de routine ».**

Les prescriptions interdisant la non-discrimination raciale dans notre droit positif, issues des textes élaborés dans l'immédiat après-guerre, placées tout en haut de notre édifice républicain, ne s'appliquaient pas à l'État français !

Que, dans ces dossiers emblématiques, l'État censé garantir les droits de ses citoyens, assume des pratiques de ségrégation, d'apartheid est... terrifiant.

Une telle position est inacceptable au regard de l'Histoire et ne laisse rien présager de bon pour le futur.

Rappelons-le encore une fois, cette défense est dictée et assumée par un gouvernement de gauche.

Les déclarations et l'exposé sommaire de la défense de l'État dans les dossiers précités font penser aux mots assassins d'Albert Memmi² pour parler de l'homme de gauche dans le « Portrait du colonisé, précédé du portrait du colonisateur » (mai 1957, Buchet Chastel).

« Un des traits les plus décevants du colonisateur de gauche est son inefficacité politique... »

Le colonisateur de droite est cohérent quand il exige le statut colonial ou même quand il réclame cyniquement encore plus de privilèges, encore plus de droits ; il défend ses intérêts et son mode de vie, il peut mettre en œuvre des forces énormes pour appuyer ses exigences.

La volonté politique (du colonisateur de gauche) souffrira d'une faille profonde, celle de sa propre contradiction...

*Le seul choix qui lui est permis n'est pas entre le bien et le mal, il est **entre le mal et le malaise.** »*

2 - Albert Memmi – né en 1921 – universitaire franco tunisien – Créateur du concept d'hétérophobie. Ouvrage réédité en Folio actuel

Bien que, fort heureusement, le système colonial ne soit plus inscrit dans notre ordre juridico-politique, il n'en demeure pas moins que les rapports de domination, la structuration de la société française, n'y sont pas étrangers.

L'analyse d'**Albert Memmi** peut constituer une clé pour comprendre le « malaise » (on parie sur cette branche de l'alternative...) des hommes de gauche et en particulier, du Gouvernement actuel, quand il s'agit justement de remettre en cause les rapports de domination, et de comprendre la dimension postcoloniale de la société française.

C'est probablement en ce sens qu'il faut comprendre les déclarations faisant référence à l'**apartheid** dans notre pays (déclaration de Monsieur Manuel Valls, premier ministre, en date du 20 janvier 2015) ou à la **ségrégation** (déclaration de Monsieur François Hollande, président, en date du 5 février 2015).

Le malaise est tellement profond que le président de la République a fait de la lutte contre le racisme et l'antisémitisme, la **grande cause nationale de l'année 2015** lors de la présentation de ses vœux le 31 décembre 2014.

Le plan d'action 2015/2017 visant à lutter contre le racisme et l'antisémitisme qui s'en est suivi, annoncé à grand renfort de publicité, n'a toujours pas été mis en œuvre par la DILCRA (Délégation Interministérielle à la Lutte Contre le Racisme et l'Antisémitisme), alors que la fin de l'année approche.

Le constat est donc terrible : des mots, juste des mots.

Nous ne pouvons pas compter sur ce gouvernement pour avancer dans le sens de la suppression des inégalités, des discriminations et de la protection des plus faibles.

On pourra objecter qu'il est probable qu'une action de groupe voie le jour sous peu.

L'analyse du projet de la Chancellerie nous invite surtout à constater que le recours prévu, en l'état actuel, a tout du pétard mouillé !

Nous ne pouvons pas compter sur l'actuel gouvernement pour faire tomber les murs « invisibles » enfermant une grande partie de notre jeunesse désespérée.

Enfin, nous ne pouvons pas nous contenter de considérer que la gauche « c'est toujours mieux que la droite » (ou moins pire !).



Alors... quoi faire ?

Nous organiser.

Mieux, probablement.

En tout cas, il est urgent d'agir efficacement, de contribuer, aujourd'hui, au maintien de notre cadre démocratique et d'assurer le respect de la dignité humaine.

Pas nécessairement en qualité de femme ou homme de gauche, mais surtout en qualité de **juriste**, que nous soyons magistrat ou avocat.

Nous devons nous rappeler que nombre de situations de domination, d'abus, de violences, voire de destruction, ont cessé grâce à des décisions obtenues à la suite de mobilisations collectives et à la détermination des juristes.

En raison du thème abordé et de l'actualité, il convient de se souvenir que le mouvement des droits civiques aux États-Unis a débuté par une décision de justice.

La décision *Brown v. Board of Education* (17 mai 1954) de la Cour Suprême des États-Unis a remis en cause la réglementation du « séparés mais égaux », justifiant la ségrégation raciale dans le sud des États-Unis, peu de temps après l'abolition de l'esclavage.

Cette décision essentielle a su rappeler aux Américains les valeurs les unissant et les raisons pour lesquelles ils avaient combattu le nazisme et s'opposaient à l'époque à l'Union Soviétique.

Cette décision a rendu possible les stratégies « pacifiques » (ou moins pacifiques...) mises en place par les communautés noires accompagnées par une grande partie de la société civile.

Sans la décision *Brown v. Board of Education*, il n'y aurait pas eu de Rosa Parks, de « *Freedom riders* », de Martin Luther King (ou de Malcom X et Black Panthers...).

Pas non plus d'études réalisées prouvant que les « noirs » ne commettent pas plus d'infractions que les « blancs » (au contraire !), mais que les politiques publiques, notamment pénales, ainsi que les pratiques visent d'abord et surtout les noirs et les minorités (voir les nombreuses études statistiques et sociologiques citées dans « *The New Jim Crow* », Michelle Alexander, The New Press, 2010).

De façon immodeste, on pourrait même affirmer que les avocats que nous sommes, ont une responsabilité imminente aujourd'hui.

“

... Nous ne pouvons pas compter sur l'actuel gouvernement pour faire tomber les murs « invisibles »...

Il convient, en France, avec notre propre culture, de renouer probablement avec les méthodes, l'énergie, la compétence développée par nos anciens à l'occasion des tragédies liées au racisme, à la colonisation et à l'antisémitisme.

Bien que le contexte ne soit pas le même et que les enjeux n'aient pas la même intensité, la situation actuelle est porteuse de grands dangers ; il est donc urgent de penser et **de travailler encore plus collectivement**.

Le Syndicat des avocats de France (avec d'autres), a l'expérience de luttes menées et gagnées.

Il s'est notamment mobilisé dans les dossiers mentionnés précédemment concernant le contrôle au faciès dont les arrêts ont été rendus le 25 juin 2015 par la Cour d'appel de Paris (cf. les décisions sur le site lesaf.org).

Pour rappel, une étude de 2009 avait été réalisée par le CNRS et Open Society Justice Initiative relative à la manière dont les policiers conduisaient les « *contrôles de routine* ».

La conclusion était claire : les contrôles (sans suite judiciaire) visaient quasi-exclusivement les mêmes (en l'espèce les personnes perçues comme « *arabes* » ou « *noires* »).

En raison du déni des autorités (« *ceci n'est pas possible, la police est républicaine* »), un ensemble d'organisations de quartiers (Pazapas, La Maison pour un Développement Solidaire), de juristes (le Syndicat des avocats de France et le Syndicat de la Magistrature), ainsi que des organisations nationales (Ligue des Droits de l'Homme et le GISTI) et internationales de renom (Open Society Justice Initiative, Human Rights Watch) ont décidé d'unir leurs forces dans le but de changer le texte de l'article 78-2 du code de procédure pénale relatif au contrôle d'identité, dont les dispositions sont trop imprécises.

En effet, celles-ci laissent trop de latitude aux forces de l'ordre.

Sur le plan contentieux, les avocats en charge du dossier faisaient valoir devant la justice civile que l'État devait justifier les contrôles opérés au-delà de l'affirmation pure et simple que les contrôles avaient respecté les dispositions de l'article 78-2 du code de procédure pénale.

Le travail de fond réalisé, tant dans le plaidoyer avec les organisations précitées que dans le contentieux, a conduit de nombreuses instances nationales et internationales à soutenir la démarche de la société civile et à lui conférer la place qu'elle méritait dans le débat politique et médiatique.

C'est ainsi que le Défenseur des droits, par un avis rendu le 3 février 2015 à l'occasion des contentieux relatifs au contrôle au faciès, rappelait devant la Cour d'appel de Paris le caractère sacré de nos règles relatives à l'égalité et la non-discrimination et demandait à l'État de faire cesser cette pratique du contrôle.

Dans ce contexte devenu favorable, la première chambre civile de la Cour d'appel de Paris a condamné l'État au règlement de dommages et intérêts pour des contrôles au faciès.

La juridiction a :

- ▶ rappelé à l'État que le « *principe de non-discrimination est au cœur de la protection internationale des droits de l'Homme* » et que « *les États, non seulement, doivent s'abstenir de discriminer, mais ont l'obligation de prendre toutes mesures nécessaires afin d'éviter toute discrimination* » ;
- ▶ constaté, dans cinq dossiers, que le citoyen prouvait l'existence du contrôle et son caractère vraisemblablement discriminatoire (par exemple, seuls des noirs ont été contrôlés aux abords du centre commercial « *Les 4 Temps* » de la Défense pendant une heure et demie selon un témoin assis à une terrasse).
- ▶ fait référence aux travaux statistiques qui révèlent qu'est « *sur-contrôlée une population jeune,*



masculine, portant des vêtements qui sont ceux à la mode dans la jeune génération issue des quartiers défavorisés et appartenant aux minorités visibles... », ainsi qu'aux dénonciations faites par une organisation internationale digne de confiance (la Commission Européenne contre le racisme et l'intolérance).

- ▶ constaté également que si les cinq personnes ont créé une présomption de contrôle au faciès les concernant, l'État se dispensait de toute justification (le contrôle « n'a donné lieu à la rédaction d'aucun procès-verbal, il n'a pas été enregistré, ni fait l'objet d'un récépissé. »).

Dans ces circonstances, les juges conclurent que les forces de l'ordre ont « **exécuté les contrôles en tenant compte de l'apparence physique de l'intéressé et de son appartenance, vraie ou supposée à une ethnie ou une race** ».

En d'autres termes, la police a procédé à des **discriminations raciales**.

Les juges ont donc pour la première fois, à notre connaissance, répondu à la **question sociale centrale** se posant à l'occasion du contrôle d'identité, mais également lors des différentes étapes du traitement judiciaire : comment un système *a priori* neutre au regard des origines des justiciables, produit-il autant de discrimination ?

À travers la motivation de ces décisions, il peut être relevé le trop grand pouvoir discrétionnaire laissé aux policiers, ainsi que l'opacité dans laquelle les contrôles

sont opérés, permettant la libération des préjugés conscients et inconscients, ainsi que les instructions inavouables.

Il doit être également souligné que demander, comme le faisait l'État dans sa défense, à ce que la personne contrôlée prouve

- ▶ 1/ le contrôle,
- ▶ 2/ son caractère discriminatoire et
- ▶ 3/ la faute lourde, n'est pas acceptable dans un État dit de droit.

Les décisions doivent donc être utilisées massivement.

Nul doute que ces dossiers constituent une « piste » à prolonger et que de nombreux confrères ne manqueront pas de prendre d'autres « Bastilles » : qu'il s'agisse de la chasse aux étrangers, des parcours judiciaires des justiciables, de la prison... autant de domaines dans lesquels la force des préjugés influe sur le *continuum* répressif.

Le Syndicat des avocats de France a, semble-t-il, commencé à réfléchir à de nouvelles façons de travailler (voire renouer avec des méthodes utilisées par nos anciens ?) à l'occasion de la journée de travail du 4 juillet 2015. C'est une bonne nouvelle.

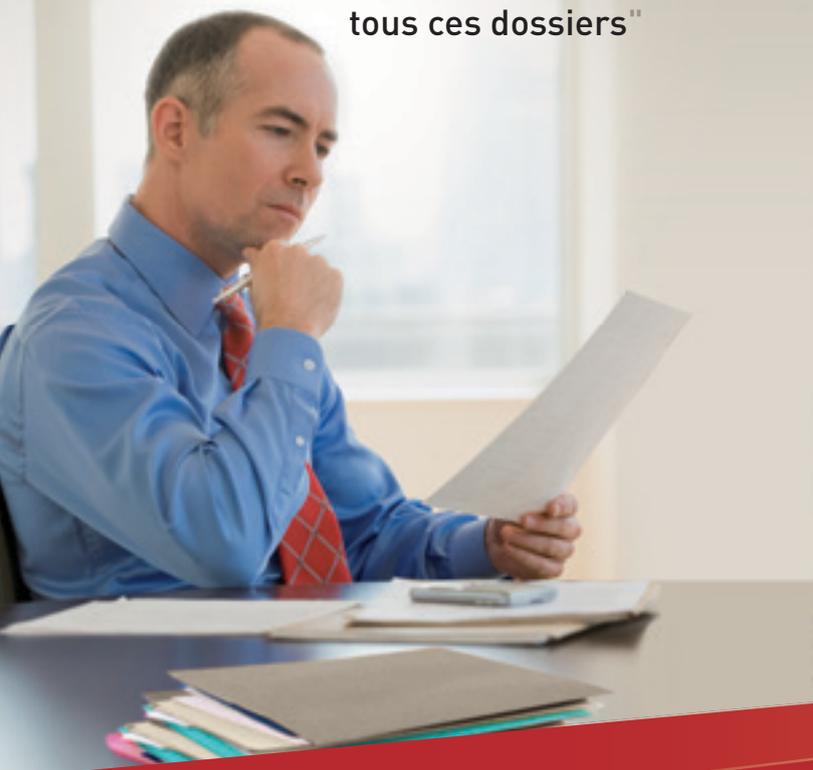
Nous devons encourager cette volonté et donner, dans la mesure de nos possibilités, un peu de notre temps.

Il en va de nos principes.

Il en va désormais du régime politique dans lequel nous voulons vivre. ■

"Ce serait bien si je pouvais avoir de l'aide sur tous ces dossiers"

"J'aimerais vraiment développer mes compétences pour être encore plus utile au cabinet"



Avec les formations juridiques et techniques de l'ENADEP

Vous avez tous à y gagner !

Grâce aux formations courtes ou progressives, vous profitez :

↘ Pour l'avocat :

- Un personnel plus qualifié et plus professionnel
- Une gestion plus efficace de vos dossiers
- Une motivation accrue au quotidien
- Une prise en charge intégrale des frais de financement

↘ Pour le salarié :

- Une certification reconnue par l'État
- De nouvelles compétences dans les domaines juridiques et techniques
- Une implication accrue sur les dossiers
- Rien à payer, tout est pris en charge



ENADEP
ECOLE NATIONALE DE DROIT
ET DE PROCÉDURE

Renseignez-vous sur
www.enadep.com



TOUJOURS DROIT À VOS CÔTÉS

Le droit d'être entendu : une application décevante en droit des étrangers

La France se donne pour objectif prioritaire d'avoir une politique efficace en matière d'éloignement des étrangers au prix de certains accommodements avec les garanties procédurales.



Près de 50 000 personnes (Outre-mer compris) ont été enfermées au cours de l'année 2014 et 43 371 éloignées de force. Le rapport 2014 des associations, qui interviennent dans les centres de rétention, dresse un constat alarmant de la politique de l'éloignement et de la rétention. Le prisme de la rétention est particulièrement révélateur de l'état du droit des étrangers. Pour alimenter la machine à expulser et à enfermer, les préfetures sont contraintes de multiplier les décisions de refus de séjour et les mesures d'éloignement sous toutes ses formes.

Cette politique est aussi efficace parce qu'elle s'affranchit d'un certain nombre de garanties procédurales, dont le droit d'être entendu.

En droit français, l'administration n'est pas obligée de provoquer systématiquement les observations de son destinataire avant de prendre une décision administrative à son encontre. L'article 24 de la loi du 12 avril 2000 prévoit la nécessité d'une procédure préalable contradictoire avec des exceptions si larges qu'elle ne s'applique que rarement.

Par ailleurs, depuis de nombreuses années, le Conseil d'État nie la portée du principe général du respect des droits de la défense dans le contentieux de l'éloignement des étrangers (19/10/2007, Hammou n° 306821-30682 ; 28/11/2007, Barjamaj, n° 307999 ; 26/11/2008, Silidor, n° 315441). La seule exception concerne les reconduites « Schengen » en raison de la particularité du contrôle juridictionnel (CE, 24/11/2010, Eddomairi, n° 344411).

Si la directive 2008/115 dite « retour » a permis d'obtenir des avancées spectaculaires en droit des étrangers (cf. les interdictions des peines d'emprisonnement pour séjour irrégulier et des gardes à vue subséquentes, arrêts El Dridi et Achugbabyan), il faut bien reconnaître qu'elle ne prévoit pas une procédure préalable contradictoire de manière claire.

C'est dans ce contexte que les avocats ont mobilisé les principes généraux du droit de l'Union européenne (PGDUE) et l'article 41 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) qui protègent le droit d'être entendu dans le cadre de la procédure administrative (alors que les articles 47 et 48 concernent les droits de la défense dans la procédure contentieuse).

Le droit d'être entendu avant l'adoption de toute décision défavorable a été consacré comme **principe général du droit de l'Union européenne** dès les



PAR **Brigitte JEANNOT,**
Avocate au barreau de Nancy
SAF - Commission Étrangers

années 1970 par une construction jurisprudentielle de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE).

Il garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue avant l'adoption d'une décision administrative susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts. L'administration doit disposer des éléments d'information actualisés sur la personne, en l'informant au préalable qu'une décision défavorable doit être prise à son égard tout en lui donnant un délai suffisant pour faire valoir ses arguments afin qu'une décision soit prise « *en bonne administration* ».

Ce principe a été affirmé par la CJUE, dans le cadre du droit de la concurrence, des mesures anti-dumping ou des aides d'État. **Appliqué aux étrangers**, il perd de sa force comme si le droit des étrangers devait rester un droit exceptionnel soumis à cet impératif objectif d'efficacité de la politique de retour au mépris des droits fondamentaux des personnes.

À ce jour, de très nombreuses décisions sont prises en droit des étrangers sans que le principal intéressé soit préalablement entendu et ait pu faire valoir des éléments actualisés sur sa situation.

Malgré la consécration de ce droit en tant que principe général du droit de l'Union européenne, sa portée reste limitée dans la jurisprudence européenne et nationale.

1/ Le droit d'être entendu a été consacré comme principe général du droit de l'Union européenne et repris par la Charte des droits fondamentaux

Le droit d'être entendu trouve principalement sa source dans la construction jurisprudentielle de la CJUE puis dans la Charte des droits fondamentaux.

* le droit d'être entendu est un principe général du droit de l'Union en vertu d'une jurisprudence constante de la CJUE

La Cour de justice de l'Union européenne a érigé le respect des droits de la défense, dont le droit d'être entendu avant toute décision défavorable, en principe général du droit de l'Union européenne, même en l'absence d'une réglementation spécifique (CJCE, *Transocéan*, 23/10/1974 (C-17/74) CJCE *Hofmann-La Roche c/ Commission* ; 13/02/1979 C-85/76 ; CJCE *Pays-Bas et PTT néerlandais c/ Com*, 12/02/1992 C-48/90 § 44 ; CJUE, *Krombach*, 28/03/2000, C-7/98 Rec. p. I-1935). Dans un arrêt particulièrement intéressant (SOPROPE 18/12/2008, C-349/07), la Cour précise la portée et les contours de ce principe général.

La valeur de ces principes est consacrée à l'article 6 § 3 du Traité sur l'Union européenne. Ils ont une valeur supérieure à celle des actes de droit dérivé et sont opposables aux États membres dès qu'ils agissent dans un domaine régi par le droit communautaire. Pour assurer l'application d'un PGDUE, la mesure n'a pas besoin d'être intégralement régie par le droit de l'Union européenne, il suffit qu'elle entre dans le champ de celui-ci (en revanche exclusion des situations purement internes : CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, aff. C-60/84 et C-61/84 point 26).

La jurisprudence de la CJUE a été codifiée dans la Charte des droits fondamentaux pour renforcer la protection de ces principes « en les rendant plus visibles » (préambule de la Charte).

* la Charte des droits fondamentaux a repris les principes érigés par la CJUE et de nombreux principes à valeur constitutionnelle des États Membres

Le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, a conféré à la Charte la même valeur que les traités (article 6 § 1^{er}). Il est censé marquer une étape majeure dans l'évolution des droits fondamentaux en donnant à la Charte une place centrale.

Cependant, la Charte n'est pas la Convention européenne des droits de l'Homme. En tant que résultat d'un compromis, cet instrument a été bridé. Si la valeur juridique de la Charte n'est pas contestée, **la détermination de son champ d'application dans un « Espace de Liberté Sécurité et Justice » doit sans cesse être clarifiée.**

Une première difficulté tient en l'applicabilité de la Charte en raison de la restriction posée à l'article 51 § 1 qui prévoit que ses dispositions s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union **ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.**

Dans l'arrêt *N.S. et M.E.* (CJUE, 21 décembre 2011, aff C-411/10 et C-493/10) la Cour a estimé que le fait pour un État d'appliquer la clause de souveraineté de l'article 3 § 2 du règlement Dublin était constitutif d'une « mise en œuvre » du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte (Point 68). Plusieurs États membres et la Commission estimaient le contraire en raison du caractère « discrétionnaire » du pouvoir mis en œuvre par l'État. (Pour une illustration extensive de la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union » points 19 à 31 de l'arrêt du 26 févr. 2013, n° C-617/10, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*).

La seconde limite, s'agissant du droit d'être entendu, tient au libellé même de l'article 41 § 1 qui ne semble garantir le droit de « bonne administration » que pour les affaires traitées par les institutions et organes de l'Union (cette restriction n'existe pas pour les articles 47 et 48 qui peuvent s'appliquer très largement).

La Cour n'a eu aucune difficulté à faire référence aux dispositions de l'article 41 § 2 de la Charte dans une affaire qui concernait une décision du Conseil (arrêt du 21 décembre 2011, CJUE, *France contre People's Mojahedin Organization of Iran*, C-27/09 P, points 64 et 65).

C'est l'arrêt du 22 novembre 2012 de la C.J.U.E (CJUE, C-277/11, *M. M. contre Minister for Justice*) qui a retenu l'attention sur **l'importance du droit d'être entendu comme principe général du droit à une bonne administration et sur la possibilité d'invoquer l'article 41 § 2 de la Charte à l'encontre d'une décision d'un État.**

Dans cet arrêt, la Cour fait clairement référence à l'article 41 § 2 de la Charte, contre l'avis de l'avocat général Yves Bot, en affirmant que cette disposition a une portée générale et « **doit s'appliquer à toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief** » (points 84 et 85). Cette décision, qui concerne un demandeur d'asile qui a présenté une demande de protection subsidiaire, énonce avec force que, lorsqu'un État membre a choisi d'instituer deux procédures distinctes pour l'examen des demandes d'asile et de protection subsidiaire, **il importe que la personne, eu égard au caractère fondamental de ce droit, soit entendue dans le cadre de chacune de ces deux procédures** (points 91 et 95).

“

... La Cour de justice de l'Union européenne a érigé le respect des droits de la défense, dont le droit d'être entendu...

Cet arrêt consacre de manière éclatante le droit d'être entendu en s'appuyant sur les principes généraux du droit de l'Union européenne **combiné** à l'article 41 § 2 de la Charte et le respect des droits de la défense (articles 47 et 48).

2 / Les premières réponses prometteuses de la jurisprudence en France ont rapidement subi des coups d'arrêts et de fortes restrictions

S'appuyant sur cette évolution jurisprudentielle remarquable et compte tenu du principe de primauté du droit européen, les défenseurs des étrangers ont logiquement invoqué cette garantie procédurale avant l'édiction des mesures d'éloignement (l'octroi d'un titre de séjour n'entre pas dans le champ du droit de l'Union : CJUE, 8 nov. 2012, aff. C-40/11, lida, pt 79).

Le Tribunal administratif de Lyon sera pionnier en reconnaissant que la préfecture devait « entendre » l'étranger préalablement à l'édiction d'une décision d'obligation de quitter le territoire français : « *le droit d'être entendu préalablement à toute décision qui affecte sensiblement et défavorablement les intérêts de son destinataire constitue l'une des composantes du droit de la défense qui fait partie des PGD de l'UE ayant la même valeur que les traités, trouve à s'appliquer aux administrations des États membres dans une situation régie par le droit de l'UE. (...) le droit d'être entendu implique, sous peine de priver l'étranger d'une garantie, que celui-ci soit informé en temps utile qu'il est susceptible de faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français à l'issue de l'examen de son droit au séjour et qu'il soit mis en demeure, dans un délai suffisant, de présenter ses observations sur l'éventualité d'une telle décision ainsi que sur ses modalités d'exécution* » (TA Lyon, formation élargie, 28 février 2013 Dumitru, n° 1208055, et Lunda Makiese, n° 1208057 ; cf. les remarquables conclusions du Rapporteur public M. Henri Stillmunkes, RFDA 2013 p. 839). D'autres juridictions du premier

degré reprendront cette jurisprudence (TA Toulouse n° 1301513 du 9 avril 2013 ; TA Lille n° 1301514 du 28 mars 2013).

Pendant, des résistances au sein de la Justice administrative se sont élevées très rapidement.

De nombreuses juridictions administratives ont rejeté ce moyen en restant sur la position classique selon laquelle la Charte ne serait ni applicable ni invocable. La formation élargie du Tribunal administratif de Montreuil a même cru pouvoir juger que l'application des principes généraux du droit de l'Union Européenne était réservée aux seuls actes pris « *dans une situation juridique intégralement régie par le droit communautaire* » (TA Montreuil, 14 mars 2013, n° 1210341-1210332). Cette jurisprudence, qui n'a jamais été suivie, est en contradiction flagrante avec la jurisprudence de la CJUE.

La Cour administrative d'Appel de Lyon va poser les bases de la jurisprudence à venir, dans plusieurs arrêts rendus le 14 mars 2013 (CAA Lyon, 14 mars 2013, n°12LY02704, Halifa, et n°12LY02737 Préfet de l'Ain contre Luc B. G.). On notera que ces arrêts ont été rendus seulement quinze jours après les jugements précités du Tribunal administratif de Lyon (avec un délibéré éclair à 48 heures dans la deuxième affaire précitée) dans un contexte d'affolement général des préfectures qui ont fait savoir qu'elles n'étaient pas en mesure d'appliquer cette jurisprudence.

Il y avait apparemment urgence à rectifier le cours de la Justice administrative qui ne faisait pourtant qu'appliquer un droit fondamental reconnu par la jurisprudence européenne depuis une quarantaine d'années.

La Cour administrative d'Appel de Lyon va invalider la position du Tribunal administratif avec une motivation qui a été largement reprise ensuite par les juridictions administratives nationales.

La Cour reconnaît l'opérance du moyen tiré du droit d'être entendu pour contester la légalité d'une



obligation de quitter le territoire français (OQTF) dans la mesure où ces décisions constituent la déclinaison nationale de la directive « retour ». En se référant à la jurisprudence européenne, la Cour définit ce droit comme celui, pour toute personne, de faire connaître ses observations écrites ou orales avant l'adoption d'une décision susceptible de l'affecter défavorablement. **Cependant**, il n'implique pas systématiquement l'obligation, pour l'administration, d'organiser, de sa propre initiative, un entretien avec l'intéressé, ni même d'inviter ce dernier à produire ses observations, mais suppose seulement « *qu'informé de ce qu'une décision défavorable est susceptible d'être prise à son encontre, il soit en mesure de présenter spontanément des observations écrites ou de solliciter un entretien pour faire valoir ses observations orales* ». La Cour estime également que les droits de la défense, tel que protégés par les articles 41, 47 et 48 de la Charte, sont respectés dès lors que la personne peut être entendue par un juge avant l'exécution de la mesure d'éloignement.

La Cour poursuit en affirmant ***qu'une atteinte à ce droit n'est susceptible d'affecter la régularité de la procédure à l'issue de laquelle la décision défavorable est prise que « si la personne concernée a été privée de la possibilité de présenter des éléments pertinents qui auraient pu influencer sur le contenu de la décision »***, ce qu'il lui revient, le cas échéant, d'établir devant la juridiction saisie.

Cette jurisprudence apparaît particulièrement critiquable :

- ▶ Elle est contraire à l'arrêt M. M. dans lequel la Cour rappelle l'importance qu'elle attache de longue date au droit d'être entendu en raison de sa portée très large dans l'ordre juridique de l'Union et le fait que ce principe doit s'appliquer à « toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief » (pt 84) ; compte tenu de la hiérarchie des normes, ce principe général devait s'imposer à la juridiction administrative française.
- ▶ La Cour opère une confusion, pour le moins fâcheuse, entre les procédures administratives et contentieuses. Dans ses conclusions, le rapporteur public devant le Tribunal administratif de LYON soulignait très justement que le fait de reporter au stade juridictionnel l'examen sérieux du dossier revenait « *inévitablement, à faire l'impasse sur les possibilités de régularisation à titre exceptionnel, qui ne relèvent pas de l'office du juge mais du pouvoir discrétionnaire du préfet* ».
- ▶ La personne qui demande un titre de séjour n'est pas censée prévoir un refus et anticiper une mesure d'éloignement en présentant subsidiairement des arguments, pour empêcher une éventuelle obligation de quitter le territoire français, sans avoir reçu une information préalable à ce sujet. Il est demandé à des personnes particulièrement vulnérables, qui ne maîtrisent ni notre langue ni notre système juridique,

d'anticiper une décision à venir de l'administration sans avoir reçu aucune information précise sur l'objet, les modalités et les échéances envisagés par l'administration. Personne n'oserait imposer de telles incertitudes à des entreprises, avec des services juridiques performants, et pourtant, on le fait à l'égard des étrangers, personnes particulièrement vulnérables !

Nous sommes loin de la jurisprudence européenne qui sanctionne une décision prise si son destinataire n'a pas été très précisément en mesure de présenter des observations sur le contenu de la décision. La situation la plus critique est celle des déboutés des demandes d'asile qui sont dans une grande insécurité juridique. Après la décision de l'OFPRA ou de la CNDA, les préfetures notifient une obligation de quitter le territoire, sans respecter aucun délai de prévenance, avec des pratiques sensiblement différentes d'un département à l'autre et même au sein d'une préfecture, selon la période de l'année, sans que le guide des demandeurs d'asile ne soit d'une quelconque aide.

► Ces arrêts constituent une application de la jurisprudence « Danthony » du Conseil d'État (CE du 23/12/2011, N° 335033) qui limite les annulations pour vices de procédure à ceux qui exercent une influence sur le sens de la décision ou privent l'intéressé d'une garantie. Or, il est indéniable que le droit d'être entendu est une **garantie** dont la violation doit entraîner ipso facto l'annulation de l'acte subséquent pris. Selon la CJUE, les restrictions à l'exercice de ce droit ne sont possibles **que s'il n'est pas porté atteinte à la substance même de cette garantie procédurale. Or, les personnes ne reçoivent jamais aucune information des modalités et du délai aux termes lesquels la mesure d'éloignement peut être prise.**

► Cette jurisprudence opère un renversement de la charge de la preuve puisque la personne doit démontrer, au stade juridictionnel, ne pas avoir été en mesure de présenter des observations. Il est très difficile, voire impossible d'apporter une preuve négative. Le justiciable doit ensuite apporter la preuve qu'il disposait d'éléments pertinents de nature à susciter un résultat différent ; cette exigence est contraire à la jurisprudence européenne et notamment à l'arrêt Foshan Stude LTD (C-141/08, 1^{er} octobre 2009, point 94) qui rappelle **qu'il ne saurait être imposé à un justiciable de démontrer que la décision aurait eu un résultat différent, mais uniquement qu'une telle hypothèse n'est pas entièrement exclue** (dans le même sens

C-194/99 du 2 octobre 2003 Thyssen Stahl c/ commission point 31).

► On peut légitimement s'interroger sur l'invitation qui est faite aux parties, dans un recours en excès de pouvoir, de produire des pièces qui n'auraient pas été portées à la connaissance de l'administration : le recours en excès de pouvoir est-il en train de changer de nature, uniquement en droit des étrangers, concernant l'application du droit d'être entendu ? Si dans l'arrêt MAHDI (C-146/14) du 5 juin 2014, la CJUE prône un contrôle juridictionnel de pleine juridiction des mesures de placement et de prolongation de la rétention, cette solution ne s'impose pas dans les autres contentieux. **Une clarification s'impose à ce sujet pour mettre fin à ces incertitudes.**

► Enfin, quels sont ou quels seraient ces « **éléments pertinents** » de nature à influencer le sens de la décision que nous pourrions produire devant le juge ? Dans l'arrêt n°12LY02737, le requérant a invoqué la nécessité de se soigner en produisant des certificats médicaux. La Cour les a balayés d'un revers de la main : « *il ne ressort pas des précisions apportées devant le juge que si le préfet avait effectivement eu connaissance de ces informations, il aurait pris une décision différente* », ce qui constitue une liberté incroyable avec l'obligation de saisir le médecin de l'ARS avant d'évaluer la situation médicale de l'étranger malade.

Deux années de jurisprudence montrent que les pièces produites ne sont jamais suffisamment « pertinentes ». L'invitation à produire des éléments pertinents devant le juge apparaît en ce sens assez vaine (pour une exception remarquable : voir TA PAU n° 1400210 du 8 avril 2014).

Cette jurisprudence est manifestement intervenue pour neutraliser la portée du droit d'être entendu afin d'éviter une remise en cause des pratiques préfectorales. Les enjeux ont été expressément formulés par un commentateur de cette même Cour : « **Une fois établi qu'il convient de faire application du principe, il faut donner un contour au droit d'être entendu. (...) Les choses ne sont pas particulièrement simples : si le droit d'être entendu dans le contexte d'une procédure administrative est apparu assez tôt dans la jurisprudence européenne (point 15 de l'arrêt Transocean), c'est dans un contexte radicalement différent de celui d'un contentieux de masse comme celui du droit de l'immigration. S'il apparaît que le principe n'est pas nouveau, le contrôle des décisions prises par la Commission européenne**

notamment dans le contexte des affaires de concurrence et d'aides publiques ne peut pas servir d'étalon à toute action administrative en Europe : ce serait méconnaître la diversité de situations à laquelle les administrations doivent faire face. » (“Droit d’être entendu, droit de la défense et obligation de quitter le territoire : à propos de l’arrêt de la Cour administrative d’appel de Lyon du 14 mars 2013, M.X. n°12LY02704”).

En bref, ce droit ne pourrait pas être appliqué de manière pleine et entière au motif qu’il concerne de nombreuses situations, peu importe le caractère fondamental de cette garantie et l’impact très concret qu’il peut avoir sur la vie des personnes !

Pendant plusieurs semaines, des incertitudes ont perduré concernant l’application de ce droit. Des juridictions administratives continuaient à appliquer la jurisprudence du Tribunal administratif de Lyon en annulant des OQTF pour non-respect du droit d’être entendu.

C’est dans ce contexte assez fébrile que deux juridictions administratives vont audacieusement poser des questions préjudicielles à la CJUE : le Tribunal administratif de Melun dans un jugement du 8 mars 2013 et le Tribunal administratif de Pau dans un jugement du 30 avril 2013.

Les réponses apportées par la CJUE ne sont pas à la hauteur des espoirs suscités par les premières jurisprudences. Des signes avant-coureurs pouvaient nous laisser craindre que tout serait tenté pour réduire l’application de ce droit à peau de chagrin.

3/ La Cour de Luxembourg et les juridictions administratives françaises ont restreint la portée de ce droit

* Les arrêts M.G. M.R. de la CJUE (10 septembre 2013) et Halifa du Conseil d’État (4 juin 2014)

Avant les deux arrêts rendus sur les questions préjudicielles françaises, la CJUE a rendu un arrêt M.G.M.R. le 10 septembre 2013 (C-383/13) qui concerne la portée de l’absence d’audition avant une décision de prolongation de rétention au regard des conditions posées à l’article 15 de la directive 2008/115. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît un

pouvoir d’appréciation au juge national pour tirer les conséquences de la violation des droits de la défense afin de respecter l’effet utile de la directive « retour ». Cette possibilité donnée au juge de moduler la portée de ce droit, au moyen d’un contrôle « in concreto », va être interprétée par les juridictions françaises comme un signal fort pour appliquer la jurisprudence dégagée par la CAA de Lyon.

De manière contestable, les juridictions administratives **ont transposé cette jurisprudence à des décisions d’une autre nature**, à savoir les OQTF prises concomitamment à un refus de séjour sans tenir compte de la différence des situations. L’arrêt M.G.M.R. concerne une prolongation de rétention, ce qui suppose que la personne avait déjà été entendue et reçu une information sur les échéances à venir, de sorte qu’elle pouvait anticiper la prolongation de la rétention en transmettant à l’administration des éléments utiles dans un délai qu’elle maîtrisait. Tel n’est pas le cas des personnes faisant l’objet d’une obligation de quitter le territoire, aucun calendrier n’étant prévu avant la décision de retour.

Cette jurisprudence marque le début d’une rupture dans la construction continue d’un droit protecteur dont l’aboutissement le plus remarquable était l’arrêt M.M. du 22 novembre 2012.

Dans un arrêt Halifa du 4 juin 2014 (n° 370515 2°/7° SSR), le Conseil d’État va définitivement fermer le ban en confirmant l’arrêt de la CAA de Lyon. Si le principe général du droit de l’Union est rappelé, c’est pour mieux en réduire la portée. Pour les obligations de quitter le territoire prises concomitamment à un refus de séjour (dans le cas prévu au 3° du I de l’article L. 511-1 du CESEDA), le droit d’être entendu n’implique pas l’obligation pour l’administration de mettre l’intéressé à même de présenter ses observations de *façon spécifique* sur la décision de retour, dès lors qu’il a pu être entendu avant que n’intervienne la décision refusant de lui délivrer un titre de séjour. Lorsqu’un étranger a sollicité la délivrance d’un titre de séjour, « il ne saurait ignorer qu’en cas de refus, il pourra faire l’objet d’une mesure d’éloignement ». Il doit donc produire spontanément les éléments susceptibles de venir au soutien de sa demande et faire des observations complémentaires, s’il le souhaite, sur une éventuelle mesure de retour.

Cette solution a pour effet de verrouiller le droit d’être entendu concernant la plupart des décisions prises en la matière, à savoir les obligations de quitter le territoire

42^e CONGRÈS DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

LE JOUR D'APRÈS

SOCIÉTÉ ET DROIT(S) EN MUTATION



NICE : 6-7-8 NOVEMBRE 2015

FACULTÉ DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE
Campus Trotabas - Rue Robert Schuman - Amphi 200

SAF

Syndicat
des Avocats
de France



Ordre
des Avocats
au Barreau de Nice

Renseignements et inscriptions

SAF COMMUNICATION
Tél. 01 42 82 01 26 ■ contact@lesaf.org

Programme

42^e Congrès - Nice

LE JOUR D'APRÈS Société et Droit(s) en mutation

Crise économique, tensions internationales, difficultés sociales, faiblesse des mobilisations collectives, brouillage des repères et des valeurs...

La société vit une nouvelle mutation, bousculée par la financiarisation des rapports économiques, le repli individuel ou communautaire et la révolution numérique.

Dans ce contexte, la place du droit pose question en ce qu'il semble désormais œuvrer à la protection des plus forts, par une multiplication des règles qui rendent l'accès à la justice sans cesse plus difficile aux plus faibles, rejetés aux marges de notre société. C'est la mise en œuvre même du Droit qui est bouleversée.

La justice et, a fortiori, l'avocat sont affectés par ces mutations, à travers une justice de plus en plus diffuse, qui laisse place au règlement des contentieux hors de l'office du juge, selon des techniques formalisées sans prise en compte des spécificités humaines et bien éloignées du droit ; l'avocat, lui, n'aurait d'autre salut que de s'adapter à un grand marché du droit dématérialisé...

Il n'en est pas question : la situation politique inquiétante et souvent dramatique ne permet pas que l'avocat se contente de s'adapter pour survivre, sans considération de la régression sociale et juridique.

Modernité n'est pas nécessairement synonyme de progrès et les choix effectués par le Gouvernement, guidés par la recherche de l'ordre et de la compétitivité, nous invitent à trouver une autre voie.

La modernisation doit être combattue lorsqu'elle conduit à favoriser les régressions et s'il doit y avoir des innovations, elles ne peuvent que travailler à la constitution d'une société de libertés pour tous assortie d'un égal accès aux droits.

Le temps, dès lors, n'est plus à la seule défense de formes d'exercice ou de pratiques désincarnées du contexte actuel mais à l'affirmation des principes et des valeurs fondamentales dans cette société en mutation. Comme si nous devions préparer le jour d'après ces réformes destructives de droits et sans perspective. Ce 42^e congrès du Syndicat des avocats de France ne traitera pas d'un thème isolé mais abordera l'ensemble de ces sujets pour ouvrir les pistes de réflexions vers cette autre société, cette autre justice.

VENDREDI 6 NOVEMBRE 2015

09H00 » ACCUEIL DES PARTICIPANTS

09H30 » ATELIERS

- ▶ Garantir la confidentialité des données numériques
Sylvain Gauché, SAF Clermont-Ferrand
- ▶ L'acte d'avocat
Régine Barthélémy, membre du Bureau du CNB, SAF Montpellier
Aurélie Lebel, SAF Lille
- ▶ Les actions de groupe
Rachel Saada, élue CNB, SAF Paris
- ▶ Les structures professionnelles
Estellia Araez, Bureau du SAF, SAF Bordeaux,
Audrey Sarfati, SAF Rouen
- ▶ La collaboration
Anaïs Visscher, SAF Paris

12H00 » DÉJEUNER

13H30 » INTRODUCTIONS GÉNÉRALES AUX DÉBATS DU CONGRÈS

Présidence :

Laurence Roques, Secrétaire générale du SAF,
SAF Val-de-Marne

Société et droit(s) en mutation

- ▶ Introduction générale
Laurence Roques
- ▶ Dérégulation, rapports du droit avec le marché,
mutation de la profession
Jean-Claude Michéa, Philosophe

- ▶ Contractualisation du droit et privatisation de la justice
Sandrine Chassagnard-Pinet, Professeure des universités, co-directrice de l'Équipe René Demogue (CRD&P), Université Lille 2

15H30 » ÉCLAIRAGES 1

Présidence :
Régine Barthelemy

Avocat, professionnel dans une société en mutation

- ▶ Mutation de l'office du juge, modes alternatifs de règlement des litiges, barèmes, demandes de droit
Catherine Glon, SAF Rennes
- ▶ Mutation de la profession d'avocat et des modes d'organisation des cabinets
Christian Bessy, Directeur adjoint IDHES
ENS-Cachan, Directeur de recherche CNRS

17H30 - 19H00 » ASSEMBLÉE GÉNÉRALE STATUTAIRE

Présidence :
Jean-Louis Demersseman
Bureau du SAF, SAF Montpellier

- ▶ Comptes
Sylvain Roumier, Trésorier du SAF, SAF Paris
- ▶ Fusion SAF - SAF Communication
Sylvain Roumier
- ▶ AG SAFE
Guy Dupaigne, Président de SAFE, SAF Essonne

SAMEDI 7 NOVEMBRE 2015

09H00 » ÉCLAIRAGES 2

Présidence :

Jean-Jacques Gandini, ancien président et membre du Bureau du SAF, SAF Montpellier

Avocat, citoyen contre une société de régression

- ▶ Justice et discrimination
Liora Israël, Maître de conférences à l'EHESS
- ▶ Secret, transparence, surveillance
Françoise Mathe, Présidente de la commission libertés et droits de l'Homme au CNB, SAF Toulouse
- ▶ Loi, contrat et négociation
Pascal Lokiec, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

11H00 » CLÔTURE DES CANDIDATURES AU CONSEIL SYNDICAL

11H00 - 13h30 » PLÉNIÈRE

Présidence :

Emeline Giordano

Bureau du SAF, SAF Aix-en-Provence

- ▶ Discours des accueillants
Patricia Boughanmi Papi, Présidente du SAF Nice
Valentin Césari, Bâtonnier de l'Ordre des avocats au Barreau de Nice
- ▶ Rapport moral
Florian Borg, Président du SAF, SAF Lille
- ▶ Allocutions
Christiane Taubira, Garde des sceaux, Ministre de la justice
Pascal Eydoux, Président du CNB

12H00 » OUVERTURE DU BUREAU DE VOTE POUR LE CONSEIL SYNDICAL

13H30 » DÉJEUNER

14H30 » PROSPECTIVE - GROUPES DE TRAVAIL, RÉDACTION DES MOTIONS

- ▶ Mutation du juge, modes alternatifs et barèmes
Rapporteurs : **David Van Der Vliet**, SAF Paris et **Aurélié Lebel**
- ▶ Quelles mutualisations ? Quel exercice professionnel ?
Sylvain Roumier
Elodie Tuailon-Hibon, SAF Paris
- ▶ Avocat acteur de la société : faiseur de droit dans la défense
Céline Coupard, SAF Montpellier
Ludivine Denys, SAF Lille
Marianne Lagrue, SAF Paris

16H30 - 19H30 » DISCUSSION ET VOTE DES MOTIONS

Présidence :

Mireille Damiano

ancienne présidente du SAF, SAF Nice

17H00 » FERMETURE DU BUREAU DE VOTE

20H00 - 04H00 » SOIRÉE

DIMANCHE 8 NOVEMBRE 2015

09H30 - 13H00 » RÉUNION DES COMMISSIONS

- ▶ Sociale
- ▶ Famille
- ▶ Étrangers
- ▶ Hospitalisation sans consentement
- ▶ Accès au droit
- ▶ Pénale
- ▶ Discriminations
- ▶ Groupe de travail culture
- ▶ Fichiers
(en commun avec le Syndicat de la Magistrature)

SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

6,7,8 novembre 2015 à Nice

42^e CONGRÈS DU SAF

à retourner à SAF Communication

34 rue Saint-Lazare - 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 - contact@lesaf.org

Nom : Prénom :

Adresse :

Code Postal : Ville :

Tél. : E-mail :

Barreau :

Participera au 42^e Congrès du SAF à Nice les 6, 7 et 8 novembre 2015

Avocat - de 5 ans d'exercice : 130 € TTC.

Avocat de 5 ans à 10 ans d'exercice : 200 € TTC.

Avocat plus de 10 ans d'exercice : 300 € TTC.

Avocat honoraire/retraité : 130 € TTC.

Élève Avocat : Entrée libre dans la limite des places disponibles avec inscription préalable.

Règle la somme de € TTC à l'ordre de SAF COMMUNICATION

SAF

Formation continue

La participation aux travaux du congrès satisfait à l'obligation de formation continue des avocats (article 85 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991) et à la décision du CNB n° 2011-004 du 25/11/ 2011

Durée de la formation : douze heures

Prise en Charge FIF-PL

N'oubliez pas de demander la prise en charge de votre inscription auprès du FIFPL

PRISE EN CHARGE FIF-PL 104 rue de Miromesnil 75384 PARIS CEDEX 08 - Tél. : **01 55 80 50 00**

Fax : **01 55 80 50 29** Consulter le site www.fifpl.fr (critères de prise en charge, imprimé de demande, etc.)

NB : L'émargement quotidien de la feuille de présence est indispensable à la validation de cette formation

Une facture et une attestation de présence vous seront adressées après le congrès

SAF COMMUNICATION organisme de formation n° 11 75 53 022 75

Hôtels les plus proches du lieu du congrès

NICE MAGNAN

(à proximité de la faculté de droit)

Hôtel AC by Marriott Nice (ancien Hôtel Elysée Palace) ****

59, Promenade des Anglais - 06000 Nice

Prix : 89 €/1 pers. - 139 €/2 pers.

Petit déjeuner inclus (hors taxe de séjour)

Réervations avant le 21 octobre 2015

Tél. : **04 93 97 93 13** (préciser votre participation au congrès)

Hôtel Georges ***

3 rue Henri Cordier - 06300 Nice

Prix : 55 €/1 pers. - 60 €/2 pers.

Petit-déjeuner et wifi inclus (hors taxe de séjour)

Tél. : **06 34 10 00 49** ou **06 22 00 47 09**

(préciser votre participation au congrès)

Appart-Hôtel Adagio Access Nice Magnan

12, avenue de la Californie - 06200 Nice

Prix : 60 €/ Studio 1 ou 2 pers. - 85 €/ T2 - 4 pers.

Wifi et ménage quotidien inclus - Hors taxe de séjour 0,55 €/nuit

Petit déjeuner à 7 € par personne (au lieu de 8,40 €)

Tél. : **04 97 07 28 00** - Fax : **04 97 07 28 01**

H8383-Gm@adagio-city.com - www.adagio-city.com

CENTRE DE NICE (Garibaldi)

Hôtel Ibis Styles Nice Vieux-Port ***

8 Rue Emmanuel Philibert - 06300 Nice

Prix : 76 €/1 pers. - 87 €/2 pers. (lit double)

Petit-déjeuner (buffet), taxe de séjour et wifi compris

Tél. : **04 92 00 59 00** - **H6991@accor.com**

(préciser votre participation au congrès)

Hôtel Kyriad ***

Centre Port - 6 rue Emmanuel Philibert - 06300 Nice

Prix : 60 €/1 ou 2 pers.

Petit déjeuner (buffet) : 12 €/ personne - Taxe de séjour non comprise

Tél. : **04 93 55 80 00** (préciser votre participation au congrès)

Hôtel Le Splendid ****

Prix : 85 €/1 pers. - 100 €/2 pers. Petit-déjeuner (buffet) et taxe de séjour inclus

Hôtel Le Gounod ***

50 boulevard Victor Hugo 06000 NICE

Prix : 70 €/1 pers. - 80 €/2 pers. Petit-déjeuner (buffet) et taxe de séjour inclus

Tél. : **04 93 16 41 45**

Pour ces deux établissements situés à la même adresse,

remplir le formulaire à télécharger à cette adresse

et l'adresser à reservations@splendid-nice.com

http://0602.nccdn.net/000/000/0f1/c21/Reservation_hotels_Splendid_Gounod.pdf



AFFRANCHIR
AU TARIF
EN VIGUEUR

SAF COMMUNICATION

34, rue Saint Lazare
75009 Paris



... l'objectif de mettre en place une politique efficace d'éloignement fondée sur des normes communes dans le respect des droits fondamentaux...

prises concomitamment à un refus de séjour. Cette jurisprudence aboutit à une distinction entraînant des régimes différenciés entre les refus de séjour portant OQTF et les OQTF « sèches » dans des conditions injustifiées.

En clair, il appartient à l'étranger d'être actif, l'administration pouvant rester passive, ce qui constitue une lecture dévoyée de la jurisprudence européenne. L'idée force est qu'à partir du moment où une demande de titre de séjour a été faite, l'étranger est censé imaginer, compte tenu de sa situation irrégulière, qu'il fera l'objet d'une mesure d'éloignement. La situation la plus grave est celle imposée aux déboutés puisqu'ils sont censés savoir, qu'ayant présenté une demande d'asile à l'**OFPRA**, ils ont également saisi l'**administration préfectorale** d'une demande de carte de séjour et qu'ils sont susceptibles de faire l'objet d'un refus de séjour et d'une obligation de quitter le territoire français à **n'importe quel moment**. Le Conseil d'État continue à imposer ce raisonnement artificiel pour permettre aux préfetures d'agir en toute liberté en prenant, à l'issue de la procédure d'asile, un refus de séjour et une mesure d'éloignement **sans même disposer d'une copie des décisions prises dans le cadre de l'asile et sans actualiser la situation familiale ou personnelle des déboutés**. C'est dans ce contexte de restriction de la portée du droit d'être entendu que la CJUE a rendu les deux arrêts sur les questions préjudicielles françaises.

* Les arrêts de la CJUE sur les questions jurisprudentielles françaises

La première décision (Mukarubega) porte sur les modalités procédurales alors que la deuxième porte sur le contenu du droit d'être entendu (Boudjlida). La lecture de ces arrêts montre à quel point « le dialogue des juges » peut fonctionner dans les deux sens et qu'en l'espèce, c'est bien le Conseil d'État qui semble avoir largement influencé la Cour européenne, notamment dans l'arrêt Mukarubega.

A/ L'arrêt Mukarubega de la CJUE du 5 novembre 2014 (C-166/13)

Rappelons les faits brièvement : il s'agit d'une personne déboutée de sa demande d'asile qui fait l'objet d'un refus de séjour avec OQTF en octobre 2012. Placée en garde à vue en mars 2013, elle se verra ensuite notifier une OQTF sans délai de départ volontaire et un placement en rétention.

La Cour rappelle, à titre liminaire, l'objectif de mettre en place une politique efficace d'éloignement fondée sur des normes communes dans le respect des droits fondamentaux. Contrairement aux conclusions de l'Avocat général, la Cour exclut l'application de l'article 41 de la Charte (point 44 en faisant référence au point 67 de l'arrêt YS à propos de l'accès aux données personnelles du demandeur d'asile et à l'arrêt Cicala C482/10 ; notons que cette solution sera confirmée dans l'arrêt Boudjlida). La Cour revient ainsi sur la jurisprudence de l'arrêt M.M. d'une manière assez incompréhensible.

La Cour estime que l'adoption d'une décision d'éloignement découle nécessairement de celle constatant le caractère irrégulier du séjour de l'intéressé. Les autorités nationales ne doivent pas entendre spécifiquement la personne sur la décision de retour dès lors que la personne a été entendue précédemment dans le cadre d'une procédure « ayant pleinement respecté ses droits ». La Cour estime de manière très critiquable **qu'ayant été entendue à deux reprises dans le cadre de la demande de l'asile (à l'OFPRA et à la CNDA), la requérante a pu présenter, de manière utile et effective, ses observations au sujet de l'irrégularité de son séjour et de la décision de retour, alors qu'il s'agit bien évidemment de procédures totalement distinctes**.

La Cour opère un revirement par rapport à l'arrêt M.M. qui prévoyait l'obligation d'entendre le demandeur d'une protection subsidiaire de manière spécifique sur cette demande si tel n'avait pas été le cas dans le

cadre de sa demande d'asile. **La Cour revient sur la logique d'une audition par procédure** en estimant que lorsqu'un demandeur d'asile a exposé ses arguments sur sa demande d'asile à l'OFPRA et à la CNDA, il a pu présenter des arguments sur la régularité de son séjour ou sur la mesure d'éloignement à venir, ce qui ne correspond nullement à la réalité !

La Cour s'appuie sur les conclusions de l'Avocat général en ce que ce droit ne peut être « instrumentalisé pour rouvrir indéfiniment la procédure administrative ». Cet argument serait légitime en présence de demandes multiples. Or, cette solution est imposée à tout le monde de manière indistincte. C'est nier la portée d'un principe fondamental du droit de l'Union en permettant à l'administration de prendre une décision qui n'est pas adaptée à la situation de la personne. Il arrive fréquemment qu'un délai assez long s'écoule entre le début de la procédure d'asile et la mesure d'éloignement. Dans cette hypothèse, la préfecture ne dispose pas d'éléments récents sur la situation du demandeur, les informations figurant dans la demande d'asile étant nettement insuffisantes pour prendre une décision respectueuse des droits. Par ailleurs, que se passe-t-il pour les demandeurs d'asile qui n'ont pas eu accès au juge de l'asile ? Les ordonnances de la CNDA à l'égard des primo-demandeurs sont de plus en plus nombreuses. La Cour adopterait-elle la même solution ?

B/ L'arrêt Boudjlida de la CJUE du 11 décembre 2014 (C-249/13CJUE)

Rappelons les faits brièvement : il s'agit d'un étudiant qui a vécu plusieurs années sous couvert de cartes de séjour régulièrement renouvelées. Lorsqu'il dépose une demande de naturalisation, il ne présente aucune demande de titre de séjour. Dans le cadre d'une demande pour s'installer comme auto-entrepreneur, l'intéressé est entendu par la police. À l'issue d'une audition qui se déroule sans avocat, il se voit notifier un refus de séjour portant OQTF avec un délai de 30 jours pour quitter le territoire.

Il ressort de cette affaire que l'étranger doit pouvoir exprimer son point de vue sur les quatre éléments suivants :

- ▶ la légalité de son séjour
- ▶ les éléments de l'article 5 de la directive retour, à savoir l'intérêt supérieur de l'enfant, la vie de famille, l'état de santé de l'intéressé et le principe de non refoulement
- ▶ l'application des exceptions prévues à l'article 6 de la directive (notamment la possibilité d'accorder un titre de séjour pour motifs charitables, humanitaires ou autres)
- ▶ les modalités de son retour, soit le délai de départ et le caractère volontaire ou contraignant du retour, ce délai pouvant être prolongé en fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce, telles que la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux.

Si dans l'affaire Mukarubega, la Cour a décidé que la requérante avait été entendue sur l'irrégularité de son séjour au cours de la procédure d'asile et sur les conséquences potentielles d'un renvoi, il n'en est pas de même pour l'affaire Boudjlida dans la mesure où l'intéressé n'a été entendu que 30 minutes, sans avocat, et n'a pas pu exprimer son point de vue sur tous les éléments précités.

La Cour fait émerger plusieurs solutions intéressantes, notamment le droit d'exprimer, avant l'adoption d'une décision de retour son point de vue sur la légalité de son séjour, sur l'éventuelle application des articles 5 et 6 § 2 à 5 de ladite directive ainsi que sur les modalités de son retour. Par ailleurs, il se déduit de cet arrêt un véritable droit à être assisté d'un avocat, au stade de la procédure administrative, sans que l'État n'ait l'obligation de prendre en charge cette assistance au titre de l'aide juridictionnelle.

Le Tribunal Administratif de PAU a tiré les enseignements de l'arrêt Boudjlida en annulant l'arrêté préfectoral dans un jugement définitif du 17 février 2015 (n° 1300264). Le Tribunal a constaté que si le requérant avait été entendu sur l'article 5 point b) de la directive ainsi que sur les modalités de son retour, il n'en a pas été de même sur l'éventuelle application des droits nés des § 2 à 5 de l'article 6 de la directive du 16 décembre 2008, notamment sur la possibilité de bénéficier d'une régularisation pour un motif humanitaire.

Il est indéniable que cet arrêt ouvre des perspectives aux défenseurs des étrangers même si les juridictions administratives peinent à le reconnaître.

* L'état de la jurisprudence au niveau national

Une première remarque s'impose concernant l'application de l'article 41 § 2 de la Charte. Par prudence, compte tenu du flou actuel de la jurisprudence de la CJUE, il est conseillé aux praticiens d'invoquer le

moyen tiré du droit d'être entendu en faisant référence au principe général du droit de l'Union en combinaison avec l'article 41 § 2. La jurisprudence de la Cour évoluera nécessairement dans le sens d'une invocabilité de cet article, qui a une portée générale et en raison de l'équivalence entre les principes fondamentaux du droit de l'Union et les articles de la Charte, mais, compte tenu des deux arrêts Murarubega et Boudjlida, il est préférable de ne pas invoquer l'article 41 § 2 seul (la CAA de Paris a requalifié le moyen dans un arrêt 26 juin 2015, n°15PA00632).

La jurisprudence française peut être ainsi résumée :

- ▶ Le droit d'être entendu est systématiquement écarté lorsqu'il est invoqué à l'encontre d'un **refus de séjour seul**. En revanche, il devrait s'appliquer à l'égard des décisions en matière de regroupement familial, les refus d'autorisation provisoire de séjour « Dublin » ou ceux pris dans le cadre de l'asile comme étant la mise en œuvre du droit de l'Union.
- ▶ **S'agissant des OQTF prises concomitamment à un refus de séjour** : nous avons exposé les solutions jurisprudentielles très restrictives de l'arrêt Halifa et de l'arrêt Mukarubega (point 60). Notons toutefois des exceptions pour les personnes qui réussissent à établir qu'elles ont tenté en vain de faire état d'éléments nouveaux sur leur situation familiale ou l'état de santé de leurs enfants (TA Grenoble n° 1404742 du 18 novembre 2014 et n° 1501711 et 1501712 du 25 mars 2015). **L'arrêt Boudjlida devrait nous inspirer pour vérifier, dans chaque cas, si les personnes ont été entendues sur les quatre éléments précités. Malheureusement, à la date de ce jour, le jugement du TA de Pau du 17 février 2015 semble rester isolé alors qu'il pourrait s'appliquer beaucoup plus largement.**
- ▶ **Pour les OQTF « sèches » (sans refus de séjour concomitants)**, le moyen peut prospérer plus facilement ; les juridictions vérifient si l'intéressé a été mis à même de porter à la connaissance de l'administration les informations relatives à leur



situation personnelle et s'il a des éléments pertinents à faire valoir (CAA N° 14PA05184 6 mai 2015 pour une OQTF sans délai à l'issue d'une procédure de garde à vue ; CAA Paris, 19 novembre 2013, 12PA04013 ; CAA Paris, 11 février 2014, n°13PA01896 ; CAA Paris, 26 juin 2015, n° 15PA00632).

► **Pour les placements en rétention**, la situation semble également difficile ; dans un arrêt du 5 juin 2015 (n° 375423), le Conseil d'État a annulé un arrêt de la CAA de Nancy en estimant que le droit d'être entendu n'implique pas que l'administration ait l'obligation de mettre l'intéressé à même de présenter ses observations de façon spécifique sur la décision le plaçant en rétention, dès lors qu'il a pu être entendu *précédemment* sur l'irrégularité du séjour ou sur la perspective de l'éloignement.

Demeurent en suspens le sort des décisions accessoires comme celles fixant le pays de destination, les décisions de refus d'accorder un délai de départ volontaire, d'interdiction de retour, de confiscation du passeport, d'obligation de présentation, d'assignation à résidence (etc.).

En conclusion, un bilan décevant s'impose.

Les juridictions administratives et la CJUE ne cessent de rappeler que ce droit est un principe général du droit de l'Union sans l'appliquer, en matière migratoire, avec la même rigueur que dans d'autres domaines. Tant le Conseil d'État que la Cour de Justice ont écrasé la portée de ce droit dans le but de sauver les pratiques quotidiennes des préfectures. Il s'agit de permettre à l'administration, au nom de l'effet utile de la directive « retour », de multiplier les décisions sans avoir à rassembler des éléments d'information sur les personnes **dans une logique purement comptable**. La situation la plus critique concerne les déboutés à l'encontre desquels les préfectures prennent le plus rapidement possible des obligations de quitter le territoire français pour les empêcher de faire valoir des éléments sur leur situation, peu importe ce qui s'est passé pendant la procédure d'asile (mariage, maladie...).

Compte tenu de la faiblesse de cette garantie procédurale, des milliers de décisions administratives sont prises « à l'aveugle » dans des conditions très éloignées d'une « bonne administration ».

Cette situation génère un contentieux important qui a pour origine principale la multiplication de décisions « presse-bouton ». Il est temps que les juridictions administratives imposent aux préfectures de prendre

des décisions administratives, dans des conditions loyales, en prévenant les personnes à l'avance, en leur laissant un délai pour présenter des observations écrites ou orales, avec le Conseil de leur choix. Les préfectures prendraient ainsi des décisions dans des conditions plus rationnelles. La qualité de la Justice administrative s'en ressentirait avec des dossiers nourris et un champ du litige plus important, ce qui n'est pas le cas actuellement face à ces décisions stéréotypées. Dans le contentieux de l'urgence, il conviendrait d'évoluer clairement vers un contrôle juridictionnel de plein contentieux comme nous y invite l'arrêt Mahdi de la CJUE.

Pour convaincre les juges d'étendre la portée de ce droit, nous pouvons nous inspirer des applications dans d'autres domaines (la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a rendu récemment un arrêt intéressant en matière douanière, Com. 10 févr. 2015, n° 13-21.537) et effectuer des études comparatives des jurisprudences dans les autres États européens (la Belgique impose désormais à l'administration de rechercher les informations lui permettant de statuer en connaissance de cause : CE, 24 février 2015, n° 230.293, EDEM avril 2015 ; C.E., 19 février 2015, n° 230.256 et 230.257 ; plusieurs arrêts du Conseil d'État belge sont très attendus sur cette question en octobre 2015).

Il nous appartient de poursuivre le combat, sur le plan juridictionnel, pour faire appliquer avec rigueur ce droit fondamental, qui concerne la vie des personnes, tout demandant au législateur de consacrer ce droit dans la loi française afin de mettre en place une véritable procédure préalable contradictoire. ■

Pour aller plus loin :

- 1/ Rapport commun 2014 Assfam, Forum Réfugiés, France terre d'asile, La Cimade et l'Ordre de Malte. Enfermement et éloignement : la situation se dégrade
- 2/ Conclusions du Rapporteur public M. Henri Stillmunkes, RFDA 2013 p. 839
- 3/ Commentaire de M. Marc Clement "Droit d'être entendu, droit de la défense et obligation de quitter le territoire : à propos de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 14 mars 2013, M.X. n°12LY02704"
- 4/ Plusieurs articles très intéressants sont en ligne sur le site du CREDOF
- 5/ Gazette du Palais « Être ou ne pas être entendu : telle est la question » M. J.N. Caubet-Hilloutou 20-21 mars 2015 n°79 à 80



LE FIF PL

Une solution mutualisée pour la prise en charge de l'obligation de 20 heures de formation

Le Fonds de Formation des Professions Libérales, fonds d'assurance formation agréé gère plus de 100 000 dossiers par an, dont 17 000 pour les Avocats.

Le FIF PL a étendu son offre de prise en charge à des formations spécifiques dont le montant s'ajoute au plafond annuel.

Aujourd'hui, vous pouvez bénéficier :

▶ de **250 € de prise en charge par jour de formation**, plafonnés à **1 000 € par an** ; pour les formations relatives au fond du droit, les langues et la médiation.

▶ de prises en charge spécifiques qui s'ajoutent à votre crédit de 1 000 € annuel, comme suit :

Thèmes

Formation de longue durée

- ▶ 130 heures de formation minimum
- ▶ Thème de formation entrant dans les critères de prise en charge 2015 de la profession
- ▶ Une prise en charge tous les 3 ans

VAE (validation des acquis d'expérience)
/ Examen interne des Professions/Spécialisations

Bilan de compétences

- ▶ Une prise en charge tous les 3 ans

Formation de conversion

- ▶ Une prise en charge tous les 3 ans

Participation à un jury d'examen ou de VAE

Plafonds de prise en charge

Prise en charge plafonnée à 70 % du coût réel de la formation,

limitée à 2 000 € par professionnel

(pour les formations prioritaires)

limitée à 1 000 € par professionnel

(pour les formations non prioritaires)
par professionnel

Prise en charge au coût réel
plafonnée à 1 000 € par an

et par professionnel

Prise en charge au coût réel
plafonnée à 1 500 € par an

et par professionnel

Prise en charge au coût réel
plafonnée à 2 000 € par an

et par professionnel

Prise en charge plafonnée à

300 € par jour, limitée à 4 jours
par an et par professionnel

- sont éligibles les formations d'une durée minimale de 6 h 00 sur une journée ou cycle de 6 h 00 par module successif de 2 h 00 minimum

- sont également éligibles les formations d'une durée minimale de 4 h 00 correspondant à une prise en charge d'une demi-journée

Le FIF PL prend également en charge chaque année de nombreuses formations dispensées dans les Centres de Formation des Avocats.

La gestion du FIF PL est assurée par des administrateurs bénévoles membres des organisations syndicales. ■

Pour télécharger vos dossiers de prise en charge :
www.fifpl.fr

Regards sur (2^e partie) le contentieux de l'hospitalisation sans consentement

Contraintes déontologiques des hospitalisations sous contraintes

Les contraintes propres à ce champ de droit ont suscité des réflexions déontologiques, dès 2011 (avec notamment la vive réticence aux visioconférences, finalement supprimées en 2013). Pour autant il n'y a pas eu création d'une déontologie autonome mais adaptation de celle-ci – avec encore bien des questions pendantes.

Un mandat légal - une obligation d'agir : Nous n'aurions pas à intervenir si l'avocat naturel de la société, le parquet, le faisait effectivement, comme le parquet dit parfois le faire¹. Nous n'aurions pas plus à intervenir si tous les JLD étaient moins débordés et acceptaient d'envisager systématiquement et intensément des mainlevées - même en l'absence de l'interné, de son conseil et de toute autre partie – ce qui arrive...²

1 - « Le procureur de la République (...) garant des droits fondamentaux de la personne et des libertés publiques (...) peut saisir le JLD en vue de la mainlevée immédiate d'une mesure de soins psychiatriques » - « rapport NADAL » (justice du 21^e siècle) page 61 - alinéa 2.

2 - 1^{re} Présidence, Cour d'Appel de Grenoble, 12 mai 2014, n° de RG :



PAR **Pierre BORDESSOULE**
DE BELLEFEUILLE,
SAF Versailles

Mais tel n'est pas souvent le cas – et il faut donc bien que l'avocat agisse, en **assistant** le patient justiciable, et même en le **représentant** si le JLD ou le Premier Président décidaient, au vu d'un avis médical, de ne pas entendre le patient (articles L3211-12-2 & R. 3211-8 CSP).

Et cette intervention se situe dans le cadre d'un mandat singulier : l'avocat, devenu obligatoire, « *est mandaté*

14/00014, Mlle Sophie X..., Centre Hospitalier Le Valmont à 26760 Monteleger, Préfet de la Drôme – disponible sur « Légifrance » et sur le site du Cercle de Réflexion Et de Proposition d'Actions – CREPA - sur la psychiatrie : infirmation d'une ordonnance et mainlevée en l'absence pourtant de l'intéressée, de tout conseil pour celle-ci, et de toute autre partie ou de tout autre conseil ! mais sur la base d'un contrôle de légalité auquel le JLD est effectivement bel et bien tenu...



tant par son client que par la loi pour défendre les droits et libertés du patient »³ - au point de pouvoir maintenir un appel malgré le désistement adressé à la Cour par le patient (d°). situation a priori surprenante, sauf à se souvenir de l'affaire *Salduz c. Turquie*, rendue certes dans le cadre tout autre de la garde-à-vue, mais qui rappelait déjà qu'une « *vulnérabilité particulière ne peut être compensée de manière adéquate que par l'assistance d'un avocat* »⁴.

Là donc est la première des obligations déontologiques : celle d'intervenir, de ne pas servir de « plantes vertes » sous prétexte que nous aurions affaire à des « légumes », en refusant des consignes du genre « *on ne plaide que si la personne est valide* »... et cette intervention devrait être moins contrariée qu'autrefois compte tenu de son caractère désormais obligatoire.

Pour le reste, ce mandat légal ne s'arrête pas à l'audience de plaidoiries de première instance : il oblige l'avocat à suivre une décision de mainlevée – afin d'éviter une « curieuse » (mais pas rarissime) réintégration dès la sortie !

Surtout, ce mandat oblige quasiment à un appel en cas de débouté.

Mandat légal n'est pas blanc-seing : ce mandat légal doit donc aussi permettre la continuation de la

première instance sous la forme de l'appel, voie de recours **ordinaire**. Avec la possibilité d'ailleurs de ne pas faire de suite appel, afin d'avoir le temps d'évoquer cette question du recours avec le patient et aussi afin de voir si l'écoulement du temps permet un retour à meilleure santé au sein du délai imparti de dix jours.

Mais ce mandat légal ne saurait couvrir le recours en cassation, voie de recours extraordinaire cette fois, au sujet duquel nous devons limiter nos obligations à celles de simples conseils (en accompagnement – par exemple en rédigeant, en cas d'éventuel dépôt d'un dossier d'aide juridictionnelle devant la Cour de cassation, une lettre d'avocat multipliant les chances de voir accéder cette demande de prise en charge financière).

Encore moins ce mandat ne saurait-il s'étendre à une éventuelle procédure d'indemnisation, matière pour laquelle notre obligation n'est là aussi que celle de conseiller, afin de rappeler l'existence de cette procédure en cas de mainlevée.

Des limites personnelles, « morales » et/ou opportunistes : cette large étendue du mandat peut amener à un « porte-à-faux » – spécialement pour ce qui concerne le fond, quand il s'agit d'apprécier le degré des contraintes, de la perte de liberté, au regard du degré de « folie »⁵ - d'où telle demande d'expertise afin « d'y voir plus clair », le cas échéant.

3 - Non publié – RG n° 14/08397 – 1^{re} Présidence – Cour d'Appel de Versailles - 1^{er} décembre 2014 – Mme H., Institut Marcel-Riviere – à voir sur le site du CREPA

4 - Requête n° 36391/02 - arrêt Strasbourg 27.11.2008 - Cour européenne des droits de l'homme - citation du n° 54.

5 - article L3211-3 CSP: principe de proportionnalité : en cas d'hospitalisation sous contrainte d'une personne, « les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis »

Par ailleurs, comment maintenir le principe d'une défense ardente quand la vie du patient paraît en danger, quand une tentative de suicide, source de l'hospitalisation, est clairement à redouter en cas de mainlevée ? La réponse à cette question est délicate - nous ne sommes guère formés pour « trancher » quant à ces questions médicales et intimes...

En sus de ces cas de conscience, des réflexes plus « opportunistes » peuvent jouer : est-il dans l'intérêt d'un patient, sous la menace d'une instruction correctionnelle ou criminelle, de retrouver au plus vite une liberté pouvant conduire à une autre forme de détention - dite provisoire ? Ne convient-il pas alors de prolonger une cause d'exonération de responsabilité pénale ?

Pour le reste, un avocat comme les autres : dans ce type de contentieux, sont transposables :

- ▶ **l'obligation de secret professionnel**, spécialement quand s'y adjoint un secret médical (inopposable à l'avocat⁶) lorsqu'une discussion sur le fond survient,
- ▶ **l'obligation de formation**, avec peut-être la difficulté d'en trouver - avec en corollaire une nécessité de grouper les jurisprudences⁷,
- ▶ **l'obligation de ne solliciter des honoraires que de façon respectueuse de la situation du patient justiciable⁸**, au besoin en évoquant un « article 700 » et l'article 37 de la loi de 1991 sur l'aide juridictionnelle.

De même, **les règles de succession entre consœurs et confrères** ne posent guère de problèmes - sauf à observer qu'il échet sans doute de soulever des nullités dès la première instance - quitte à émettre... « protestations et réserves » - pour ne pas gêner la consœur ou le confrère d'appel qui trouverait de plus substantiels vices de procédure, comme en matière de droit de l'étranger, afin d'éviter, en appel, une discussion parasite sur la recevabilité.

Et encore : **le respect du principe du contradictoire** est évidemment transposable (spécialement en cas d'appel obligatoirement écrit et motivé), envers toute partie dont, le cas échéant, le tuteur, curateur, le préfet, le ministère public, le tiers qui a demandé l'admission

6 - Spécialement si l'avocat représentait son client lequel dispose d'un large accès à son dossier - article R1111-1 à R1111-8 du CSP

7 - Ce que fait le CRPA cité note (2) - <http://crpa.asso.fr> - 14 rue des Tapisseries 75017 Paris - Tél. 01 47 63 05 62 - courriel : crpa@crpa.asso.fr

8 - Quel sera le réel payeur de la facture ? Certes, éventuellement un tuteur ou curateur - mais sera-ce le mari qui a procédé à l'internement de son épouse ou le père qui a fait interner sa fille ?

en soins psychiatriques - sans oublier le directeur de l'établissement⁹.

Et enfin, et non des moindres, les **obligations de délicatesse et d'humanité**, spécialement opportunes en l'espèce, qui impliquent de solliciter la chambre du conseil compte tenu de ce que les débats se tiennent dans un lieu confiné d'internement - avec de vraisemblables « papotages »...

En définitive, l'avocat ne cédera qu'à un principe d'ailleurs essentiel : celui du choix du Tribunal comme seul unique lieu d'expression des libertés publiques, puisque l'établissement hospitalier est ici préférable en tant que lieu d'audience¹⁰.

Certains rajoutent tout de même à cette liste d'obligations déontologiques qu'en sus l'avocat aurait une obligation d'information... du magistrat. Ce dernier est souvent convaincu, par exemple :

- ▶ de ce que mainlevée signifie absence de soins,
- ▶ de l'innocuité des médicaments,
- ▶ et inversement de la dangerosité de tout interné alors que les statistiques démontrent bien au contraire que le « fou » est bien plus souvent victime qu'auteur ...

Des obligations collectives de présence, de gestion - et de réflexion : les ordres doivent aussi prendre leurs responsabilités : il a été vivement souhaité que les Ordres soient associés aux discussions relatives aux implantations des salles d'audience, puisque leur construction concerne certes le Ministère de la Justice mais aussi l'Agence Régionale de la Santé qui finance cette salle et qui ne dépend nullement du Garde des sceaux¹¹

Et dans cette salle, doit-on y faire figurer le tableau de l'ordre en entier - ou sa version tronquée puisque certains confrères ne désirent pas voir figurer leurs coordonnées dans de « tels » locaux ? Le problème se posera à l'identique si l'ordre désire faire figurer les coordonnées de seulement certains confrères « spécialisés » au sein du livret d'accueil du malade...

9 - R3211-11 du CSP - qui cite ces parties.

10 - Encore faudra-t-il qu'il s'agisse d'une véritable salle d'audience selon la définition qui en a été donnée par une circulaire n°DGOS/R4/2011/312 du 29 juillet 2011 du... Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Solidarité.

11 - L'ARS dépend des ministères chargés des affaires sociales (Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social et Ministère de la ville, de la jeunesse et des sports !).

Ordinalement, faut-il grouper les avocats « HSC » ou les intégrer dans les permanences « classiques » ? Faut-il organiser des séances de consultations juridiques « gratuites » au sein des hôpitaux ? Faut-il ouvrir des négociations d'indemnités dans le cadre des « protocoles article 91 »... ?

Toujours en termes collectifs, mais cette fois au sein des syndicats en particulier, il convient que se poursuivent les réflexions sur la loi actuelle, par exemple pour discuter :

- ▶ de ce que la décision du JLD de ne pas tenir l'audience en HP reste insusceptible de recours,
- ▶ du fait que la ou le 1^{er} Président de la Cour n'ait pas l'obligation de se déplacer en HP,
- ▶ du champ du « *chapitre IV* » – l'admission en soins psychiatriques des personnes détenues selon le régime de l'article L 3213-1 du CSP,
- ▶ de l'exclusion des mineurs du champ du contrôle du JLD,
- ▶ de l'impact des « effets retard » à long terme des médicaments, et de l'application à cette médicalisation du principe de proportionnalité tel que défini à l'article L3211-3 du CSP, pour une appréciation non plus du seul rapport contraintes/ but poursuivi mais aussi du rapport contraintes/ risques encourus,
- ▶ enfin - et surtout peut-être – de cette « morcellisation » de l'individu, est en droit d'attendre de la société une assistance plus large, plus constante et plus durable que celle d'un avocat à l'occasion d'une ou deux audiences : l'article L3211-3 du CSP évoque, après avoir évoqué le principe de proportionnalité, que la « *réinsertion* » du justiciable-patient doit être « *recherchée* » : de quelle façon ?

Conclusion – modeste : bien des questions restent ouvertes – et le bienheureux vieillissement de notre population assure un accroissement numérique de ce domaine particulier.

D'ores et déjà se ressent le besoin de marchés publics des hôpitaux, en vue de leur défense, afin qu'il y ait plus d'« avocats de l'hôpital » comme il y a des « avocats de la Préfecture »...

Les questions de déontologie n'ont pas fini de faire parler d'elles ! ■

« *Si les malades parfois ont parlé, on n'a pas assez fait compte de ce qu'ils ont dit* »

- Dr Jacques-Joseph Moreau de Tours, 1804-1884, « *Du Haschisch et de l'Aliénation Mentale* », librairie Fortin, Masson et Cie, 1845, page 133, cité par Laure Murat, « *L'homme qui se prenait pour Napoléon* », Gallimard, p. 339

HOSPITALISATION SOUS CONTRAINTE

Le rôle de l'Avocat et la perception du contentieux par le juge des libertés



PAR **Kristel LEPEU**,
Secrétaire de la section
SAF Créteil

L'avocat, au fil des années, s'est immiscé dans des domaines jusqu'alors fermés à l'extérieur.

Dès 1897, la loi permet à l'avocat d'assister l'inculpé lors des auditions par le juge d'instruction.

La loi du 4 janvier 1993 a rendu la présence de l'avocat obligatoire tout le long de la procédure pénale du mineur délinquant.

La loi du 15 juin 2000 a permis aux majeurs et aux mineurs de s'entretenir avec un avocat dès début de la garde à vue. Onze ans plus tard l'avocat assiste le garde à vue durant les auditions.

Ces interventions ont suscité à chaque fois réticences et craintes.

Elles sont vécues comme alourdissant inutilement la procédure (le juge des enfants étant considéré déjà, par exemple, comme le garant de l'intérêt de l'enfant) voire comme entravant son bon déroulement (défiance des services de police et du parquet envers l'avocat durant l'enquête).

Ce sont ces mêmes réactions paradoxales qui ont accueilli l'intervention de l'avocat auprès des personnes hospitalisées sous contrainte.

Nous voyons peu les médecins mais davantage le personnel administratif avec lequel nos rapports sont cordiaux et les échanges intéressants.

C'est étonnamment l'accueil qui nous est réservé par le juge des Libertés qui répond aux réticences développées ci dessus.

Celles-ci se traduisent rarement par des reproches formulés directement et expressément mais plutôt par une attitude insinuante d'une défiance à notre égard et révélatrice tant de la grande méconnaissance de notre rôle en la matière que de la réalité des droits les plus élémentaires des personnes hospitalisées.

L'avocat dans le contentieux des hospitalisations sous contrainte : un empêchement de tourner en rond, un importun.

Les avocats se battent encore pour avoir accès à une copie, parfois réduite à une simple consultation du dossier, dans un délai raisonnable pour pouvoir préparer la défense. La plupart du temps des dossiers arrivent encore l'après-midi, veille d'audience. Pourtant les avocats sont force de proposition et modernisation essayant d'impulser un système dématérialisé de transmission des dossiers.

Le fait que des pièces soient produites par le requérant (établissement ou préfet) juste avant l'audience, voire après celle-ci, ne dérange nullement et elles sont prises en compte dans la décision du juge qui, bien souvent, n'en assurera pas la transmission à l'avocat en violation du principe du contradictoire.

Ce principe est pourtant parfois sévèrement rappelé à l'avocat lorsqu'il soulève des irrégularités de procédure à l'audience, sans avoir eu le temps matériel d'en aviser préalablement les autres parties à l'instance, puisqu'il ne dispose en réalité des dossiers au mieux la veille de l'audience, sinon quelques heures la précédent, et qu'il ne s'entretiendra avec le patient que le jour de l'audience.

Alors que les dossiers s'enchaînent, l'avocat doit instaurer, imposer le temps : celui de l'entretien préalable, celui de parole à l'audience, mais également le temps des explications du délibéré et celui de la question de l'appel.

À l'audience, le juge ne pose pratiquement jamais la question de la publicité des débats alors qu'il doit obligatoirement faire droit à une demande d'audience en chambre du conseil, mais encore faut-il permettre clairement de solliciter une telle demande.

Si tel est le cas, le juge est alors gêné de demander à l'accompagnateur de sortir.

En réalité la question qui semble le plus importer au juge est de savoir si la personne hospitalisée accepte cette hospitalisation sans plus de subtilité.

Alors l'avocat doit souvent reprendre et reformuler la question du juge pour savoir si l'intéressé accepte clairement cette hospitalisation à temps complet sans son consentement et ainsi de se soumettre à l'avis des médecins.

En un mot c'est la question primordiale de la liberté dont l'avocat doit se faire le garant

L'avocat, empêchement de tourner en rond

Dès lors, si son client est attaché à sa liberté ou même en l'absence de ce dernier, il est de la mission de l'avocat de soulever les éventuelles irrégularités de procédure et/ou remettre en cause le bien-fondé et la nécessité de la mesure.

L'agacement du juge est parfois palpable. Certains juges peuvent exprimer leur impuissance, renvoyant à la position de la Cour d'appel, à laquelle ils doivent se soumettre, dans l'attente d'une décision de la Cour de cassation, nous encourageant même parfois dans cette voie.

L'avocat, empêchement de tourner en rond

D'aucuns soutiennent que l'avocat complique un système que les intervenants tentent de faire fonctionner au mieux, alors qu'il contribue, en réalité à l'amélioration de ce système vers le respect des droits fondamentaux des personnes, à savoir leur liberté, du moins leur plus parfaite et complète information et leur droit de se faire entendre.

Il est tout à fait possible pour le magistrat de sanctionner une irrégularité de forme, de procédure, lesquelles n'existent que pour garantir un droit fondamental, sans que cela ne présente en réalité de risque pour le patient ou autrui puisqu'immédiatement une mesure peut de nouveau être prise dans le respect des droits du patient.

Mais ce n'est ni à l'établissement, ni au préfet qui n'a pas respecté la procédure que l'on fait de reproches mais bien à l'avocat qui soulève ces irrégularités.

L'avocat, empêchement de tourner en rond, encore et toujours... ■

Dès maintenant dans votre cabinet,
C'est aussi la COMPLÉMENTAIRE SANTÉ !



Pour recevoir un accompagnement personnalisé :
01 70 91 39 45 [Appel non surtaxé du lundi au vendredi de 9h00 à 18h00]
E-mail : complementaire-sante@crepa.fr

Simplifier le droit du travail ou simplifier... la vie des employeurs ?

Après la loi de sécurisation de l'emploi qui visait surtout à sécuriser les employeurs, on se trouve confrontés à une sorte de consensus général totalement hypocrite autour de l'idée qu'il faudrait simplifier le droit du travail pour enrayer le chômage.

Cette hypocrisie n'est pas tellement nouvelle... n'appelle-t-on pas « plan de sauvegarde de l'emploi » les plans de licenciement ?

L'idée véhiculée par la droite, mais aussi par les socialistes et depuis peu cautionnées par des personnes reconnues comme porteuses de valeurs de gauche (Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen) est la suivante : le code du travail serait devenu trop gros, trop complexe, manquant d'intelligibilité et cette complexité participerait grandement au blocage de l'emploi.

La solution proposée ? Elle est quasiment la même quels que soient les auteurs qui la défendent : réécrire le code du travail en limitant son contenu légal à des valeurs fondamentales et renvoyer la mise en œuvre des principes à la négociation collective et ce, autant que possible, au niveau des entreprises.

Il est urgent de remettre quelques pendules à l'heure.

Est-ce anormal que le code du travail soit complexe ? Non, le droit du travail est complexe comme le sont devenus tous les domaines du droit.

Le code du commerce ou le code fiscal sont-ils plus simples ?

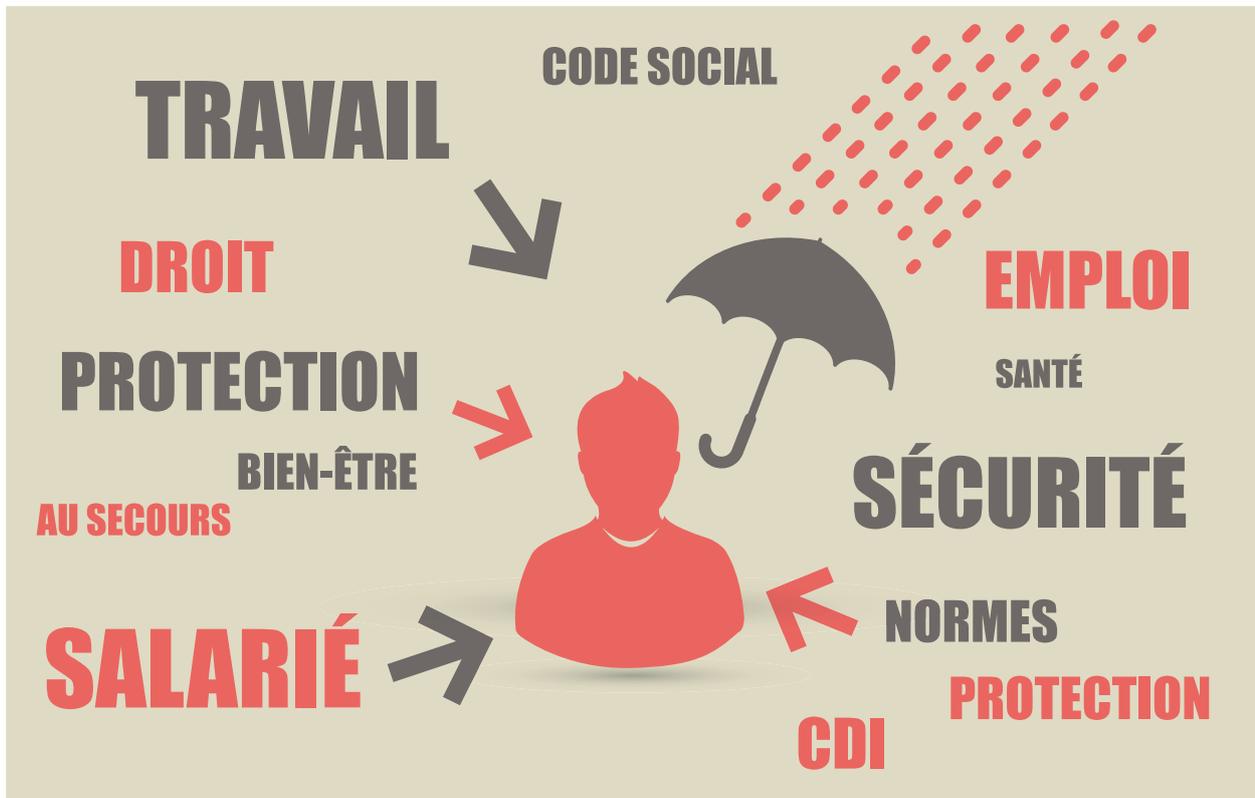


PAR **Judith KRIVINE,**
SAF Paris

Les règles de la comptabilité sont-elles plus simples ? Les patrons de PME et TPE ne font-ils pas appel sans hésiter à des fiscalistes, des avocats ou des experts-comptables lorsqu'ils en ont besoin ?

Quant aux salariés : s'ils n'ont pas les moyens de faire appel à des avocats, il existe des permanences syndicales et toutes sortes de lieux où ils peuvent solliciter un éclairage lorsque c'est nécessaire (y compris à l'Inspection du travail).

Pourquoi le code du travail est-il devenu plus complexe ?



Le code pourrait être très court et très simple :

- ▶ la durée du travail est de 35 heures
- ▶ le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée
- ▶ le salarié a droit à un salaire minimum
- ▶ etc.

Si ce n'est pas le cas, c'est précisément parce que les employeurs - ceux-là même qui prétendent aujourd'hui vouloir simplifier le code du travail - ont souhaité pouvoir déroger aux règles les plus simples pour les adapter à leurs besoins (modulation du temps de travail, multiplication des cas de recours aux CDD, etc.).

Depuis plusieurs décennies, le législateur est intervenu de manière exponentielle pour ouvrir de nouvelles possibilités de dérogations aux règles fondamentales, fixées par la loi conformément à l'article 34 de la Constitution.

Les lois de Sécurisation, Macron et Rebsamen sont encore des exemples de multiplication de textes en droit du travail, dans le but principal de permettre aux employeurs d'acquiescer plus de liberté dans la gestion de l'entreprise et ce de façon sécurisée.

À cet égard, il est intéressant d'entendre notre Gouvernement se féliciter de la diminution du nombre de recours sur les licenciements économiques collectifs :

est-ce parce que les représentants du personnel et les salariés sont plus satisfaits qu'avant ou bien est-ce parce que les facultés de recours ont diminué ? Est-ce compatible avec l'article 16 de la Constitution ? Est-ce là notre conception d'un État de droit ?

Rappelons qu'initialement le code du travail est né pour permettre de créer une protection particulière au salarié, partie « faible » au contrat, du fait de son lien de subordination à l'employeur. C'est en raison de cette subordination que l'on s'est écarté du code civil et du droit des obligations en particulier (article 1134 du code civil notamment) en créant des règles spécifiques régissant les relations entre employeur et salarié.

La hiérarchie des normes en droit du travail a longtemps été régie par un principe fondamental : le principe de l'application de la norme la plus favorable au salarié.

Selon ce principe, la convention collective de branche (selon une règle d'appréciation visant tous les salariés et ce, avantage par avantage) ne peut être moins favorable que la loi.

L'accord collectif d'entreprise ne peut être moins favorable que la convention collective de branche.

Le contrat de travail ne peut pas être moins favorable que l'accord collectif d'entreprise.



Cette hypocrisie n'est pas tellement nouvelle... n'appelle-t-on pas « plan de sauvegarde de l'emploi » les plans de licenciement ?

C'est justement en partie :

- ▶ parce que ce principe de faveur s'appliquait,
- ▶ parce que les accords collectifs et conventions collectives étaient applicables à tous les salariés rattachés à leur périmètre, même s'ils n'étaient pas syndiqués et ne souhaitaient pas le devenir (c'est ce que l'on appelle l'effet réglementaire des accords collectifs)
- ▶ et parce que jusqu'à la loi du 20 août 2008, un délégué syndical pouvait signer un accord même s'il n'avait qu'un adhérent dans l'entreprise du moment qu'il était affilié à l'une des grandes confédérations,

que le taux de syndicalisation s'est tant affaibli en France : à quoi bon se syndiquer, à quoi bon s'impliquer, on pouvait laisser faire le délégué syndical car s'il signait un accord, « au pire c'était mieux ».

Avec le temps, avec le développement d'une société individualiste, avec l'effritement du syndicalisme, avec la peur du chômage, le rapport de force s'est gravement affaibli.

En même temps, afin de pouvoir signer tous les accords dits « dérogatoires », sans compter les nouvelles modalités des procédures pour les plans de sauvegarde de l'emploi ou les accords de mobilité et autres accords de maintien de l'emploi, les entreprises ont plus que jamais intérêt à trouver des interlocuteurs pour signer.

Face au manque de syndicalistes, le législateur a ouvert la possibilité de signer des accords avec des salariés élus, voire avec des salariés mandatés, en soumettant dans ce dernier cas la validité de l'accord à un consensus majoritaire, exprimé par un référendum des salariés.

Constatant comme il est aisé, en utilisant le chantage à l'emploi notamment, d'obtenir le soutien des salariés, les employeurs en arrivent aujourd'hui à préférer la voie du référendum alors qu'il existe des syndicats dans l'entreprise et même à utiliser cette technique pour tenter de décrédibiliser les syndicats (affaire SMART) – en évitant de fournir trop de détails sur la répartition des votes des salariés...

N'est-il pas paradoxal de prétendre vouloir développer la négociation collective et en même temps de passer outre les choix majoritaires des syndicats (cf. mise en place de la loi Rebsamen après l'échec des négociations sur l'ANI de janvier 2015 sur le dialogue social ; paroles de notre Premier Ministre au sujet des négociations sur les salaires des fonctionnaires...) ou exprimer dans les médias que les syndicats n'assument pas leur rôle ?

En tout état de cause, serait-il vraiment plus simple de voir les règles du droit du travail dispersées soit dans une multitude d'accords soit à travers une jurisprudence encore plus importante qu'elle ne l'est déjà en droit du travail ?

Et serait-ce plus conforme au respect du principe d'égalité et plus propice à la sécurité ?

À toutes ces questions, nous devons réfléchir ensemble, nous devons bien évidemment travailler pour interpréter les textes existants, en tant qu'avocats, d'une manière aussi favorable que possible à l'intérêt de nos clients, que ce soit dans le cadre judiciaire ou lorsque nous intervenons comme conseils, notamment dans le cadre des négociations (et comment maintenir notre rôle de conseil lorsque l'assistance des organisations syndicales aux négociations est confiée aux experts-comptables...).

Nous pouvons aussi réfléchir ensemble en tant que militants au rôle que nous avons à jouer aux côtés des autres syndicats, pour tenter de contrebalancer le « lobbying » incessant du MEDEF et des avocats d'employeurs, malgré notamment la différence de moyens qui nous opposent et tout comme eux, tenter d'influencer l'évolution du droit du travail.

Pour cela, une belle occasion se présente à nous très prochainement : le congrès du SAF, auquel nous aurons la chance de pouvoir échanger non seulement entre nous, mais avec le Professeur Pascal Lokiec, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, qui interviendra samedi matin sur le thème : Loi, contrat et négociation.

À très bientôt donc... ■

Agenda

PROGRAMMES ET BULLETINS D'INSCRIPTION À TÉLÉCHARGER SUR NOTRE SITE :
LESAF.ORG RUBRIQUE ÉVÉNEMENTS

VENDREDI 6 AU DIMANCHE 8 NOVEMBRE 2015

42^e Congrès du SAF
Nice

VENDREDI 16 NOVEMBRE 2015 ET SUIVANTS...

L'État assigné pour non-assistance à Justice en danger
TGI de Créteil et principaux TGI de France

SAMEDI 5 DÉCEMBRE 2015

Colloque Droit Social
Paris-Dauphine

VENDREDI 11 MARS 2016

Colloque de Droit Administratif
Lyon

VENDREDI 25 MARS 2016

Colloque Droit de la Famille
Bobigny

VENDREDI 6 AU DIMANCHE 8 MAI 2016

Formation Sociale et Colloque Pénal
Marseille

SAMEDI 24 SEPTEMBRE 2016

Colloque Droit des Étrangers
Lille

Collaboration :

" À la recherche du temps perdu "

L'analyse de la situation du collaborateur ne saurait faire l'économie d'un rappel historique sur la formation des avocats.

Depuis le décret de 1810 l'avocat est titulaire d'une licence en droit. Cette exigence est confirmée par l'article 38 de l'ordonnance du 20 novembre 1822. L'avocat effectue un stage de trois années chez le Procureur et son successeur puis au cabinet d'un confrère pour ensuite prêter serment devant la magistrature et être enfin inscrit au Tableau. C'est ainsi qu'il exerce non pas un métier mais une mission.

Mais à ses côtés, persiste la catégorie des avocats au port du titre nu ou non-inscrits. Ils prêtent serment devant une cour ou un tribunal sans réelle condition de diplôme. Ils organisent ainsi une véritable concurrence déguisée. Mais une conception plus moderne des rapports sociaux, économiques et politiques s'impose entre les deux guerres, caractérisée par une augmentation des procédures gratuites jusque-là peu nombreuses, des textes législatifs, donc de devoir plaider devant plusieurs juridictions au même instant. Les exigences sont nouvelles et rendent l'activité incessante et harassante. Le décret du 20 juin 1920 met un terme au port du titre nu et réserve désormais le titre aux seuls avocats licenciés en droit, inscrits au stage d'un barreau de cour d'appel ou de tribunal.

Les avocats au tableau s'attellent au renouvellement de leurs effectifs par un personnel plus qualifié et mieux formé.

La loi du 28 juin 1941 renforce ces exigences et impose une épreuve supplémentaire avec le CAPA. Cependant, pour obligatoire qu'il était, le stage ne donnait manifestement pas satisfaction.

Au début des années 1960, il est communément admis qu'en pratique, les stagiaires sont délaissés et leur formation pratique inexistante.



PAR **Maeva BINIMELIS,**
SAF Nice

La réforme de la formation professionnelle de l'avocat a amené une définition de la collaboration avec l'adoption de l'article 7 de la loi 71-1130 du 31 décembre 1971 et de l'article 37 du décret du 9 juin 1972, repris à l'article 77 du décret 91-1197 du 27 novembre 1991. L'accent était mis sur le stage, il pouvait durer pendant 3 années.

Mais le décret n° 2004-1386 du 21 décembre 2004 modifiera considérablement la formation en distinguant trois périodes de 6 mois. Le stage auprès d'un avocat ne dure plus qu'un semestre.

Alors que le SAF avait rappelé en octobre 2003 que la collaboration devait être imaginée pour encadrer un type de relation de formation et de compagnonnage entre un avocat expérimenté et un jeune confrère, nécessairement appelé à créer son propre cabinet, c'est dans un tout autre état d'esprit que la collaboration libérale va être consacrée par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises !

Il n'est pas question de chercher à réduire la précarité des cabinets des collaborateurs concernés qui, après une si brève formation doivent exercer pleinement leur mission et en assumer la responsabilité. Cette loi poursuit

un impératif : alléger le coût du travail dans des cabinets qui "utilisent" lesdits collaborateurs. Or, les uns comme les autres sont tenus de respecter les 16 principes fondamentaux qui régissent la mission de l'avocat.

C'est dans ce contexte de contrariété d'intérêts que la collaboration est aujourd'hui définie à l'article 14 du R.I.N comme « *un mode d'exercice professionnel exclusif de tout lien de subordination, par lequel un avocat consacre une partie de son activité au cabinet d'un ou plusieurs avocats.*

Le collaborateur libéral peut compléter sa formation et peut constituer et développer une clientèle personnelle ».

Une bonne partie de ces règles consiste en un simple rappel des règles normalement applicables à tous les avocats, pour le reste, ce statut semble avoir été écrit essentiellement pour limiter les abus et non pour créer un véritable équilibre économique.

L'article 14.3 alinéa 1^{er} prévoit que « *Le cabinet et le collaborateur libéral déterminent les conditions de l'organisation matérielle du travail du collaborateur. Ces conditions doivent tenir compte du temps et des moyens effectifs nécessaires au traitement de la clientèle personnelle du collaborateur libéral ».*

Mais ce dernier est bien souvent incapable de les évaluer après ses 18 mois de formation.

Quoi qu'il en soit, « *Il peut constituer et développer une clientèle personnelle ».* À croire que l'exercice de ces facultés ne dépend que de la volonté du collaborateur. D'autant que l'avocat avec lequel il collabore doit mettre à sa disposition, dans des conditions normales d'utilisation, les moyens matériels nécessaires aux besoins de sa collaboration et au développement de sa clientèle personnelle.

Le collaborateur perçoit de l'avocat avec lequel il collabore une rétrocession d'honoraires qui ne peut être que fixe ou pour partie fixe et pour partie variable. Pendant ses deux premières années d'exercice professionnel, l'avocat collaborateur libéral doit recevoir une rétrocession d'honoraires qui ne peut pas être inférieure au minimum fixé par le conseil de l'ordre du barreau dont il dépend. Or ce minimum est fixé en référence à une « *collaboration à temps plein ».* Comment doit être interprétée la stipulation d'un temps de collaboration alors que le collaborateur doit pouvoir constituer et développer sa clientèle personnelle ? Si les contreparties dues par le cabinet au collaborateur sont à peu près encadrées, qu'en est-il de la contrepartie due par le collaborateur au cabinet ? Ce temps consacré à l'activité de l'avocat avec lequel il collabore ne saurait être assimilé à du temps de travail salarié. Et pour cause, la rétrocession d'honoraires qui lui est versée serait ridicule et a fortiori, inacceptable.

Mais l'imprécision du RIN, l'usage consistant à fixer une rétrocession d'honoraires minimale pour une

collaboration à temps plein ont perverti le sens même de la collaboration libérale. C'est ainsi que la quantité de dossiers attribués au collaborateur, l'organisation de sa mission à flux tendu consistant à imposer un traitement de ces mêmes dossiers à très brefs délais, font trop souvent dégénérer ce mode d'exercice libéral en salariat déguisé ou pire.

L'avocat collaborateur se voit alors contraint de se consacrer exclusivement à l'activité de l'avocat avec lequel il collabore. Ses journées de travail deviennent interminables et ses velléités de constitution et de développement de clientèle réduites à néant à moins de sacrifier ses soirées, ses nuits et ses week-ends. Pourtant, sa clientèle est sa seule sécurité.

Même une rétrocession d'honoraires supérieure au minimum fixé par le Conseil de l'ordre des avocats restera, de toute évidence, moins coûteuse pour l'avocat avec lequel il collabore que le contrat de travail, à raison du poids des cotisations et des aléas du licenciement et ne saurait être une contrepartie suffisante au sacrifice d'une clientèle personnelle. Et pour cause, en cas de rupture du contrat de collaboration, il n'aura pas droit, à l'instar d'un salarié, aux indemnités de licenciement, de préavis ni aux allocations versées par Pôle emploi.

Il devra soit retrouver une autre collaboration, soit s'installer.

C'est dans ces circonstances qu'il est classiquement considéré que la collaboration libérale dite « à mi-temps » est une « vraie collaboration » parce qu'en dehors de ce temps consacré à l'activité de l'avocat avec lequel il collabore, il pourrait constituer et développer sa clientèle. Sauf que la fixation de ce temps de collaboration souffre des mêmes considérations que précédemment puisque le collaborateur doit pouvoir, pendant ce mi-temps, constituer et développer sa clientèle.

L'évaluation du temps consacré au cabinet et celui consacré à la clientèle personnelle est nécessaire. Le cabinet collaborant doit pouvoir estimer plus précisément la charge de travail pesant sur le collaborateur et celui-ci doit pouvoir, de son côté, comptabiliser le temps consacré au cabinet. Ces évaluations sont de plus en plus nécessaires pour ajuster la facturation des services rendus au client.

Elles ne doivent pas créer le sentiment que le contrôle réciproque de l'activité affecte l'indépendance et l'autonomie de l'avocat. En d'autres termes, l'équilibre ne saurait être atteint sans qu'un parallélisme des formes soit imposé.

Le montant de la rétrocession minimum versée au collaborateur est forfaitaire, les diligences accomplies pour le compte de l'avocat avec lequel il collabore devraient également être fixées forfaitairement d'un commun accord entre les parties qui concluent un contrat de collaboration. ■

Les avocats selon Macron ou le triomphe de la logique de marché

« L'argent qui corrompt, l'argent qui achète, l'argent qui écrase, l'argent qui tue, l'argent qui ruine et l'argent qui pourrit jusqu'à la conscience des hommes »

François Mitterrand

Après un passage devant le Conseil constitutionnel qui en a validé presque toutes les dispositions, la loi Macron, adoptée le 10 juillet 2015, a été promulguée le 6 août 2015.

Le projet de loi Macron avait provoqué une forte mobilisation de notre profession, et le barreau de Strasbourg n'a pas été en reste. Les assemblées générales étaient bondées comme jamais. Il est clair que la menace sur notre profession s'est fait sentir avec force.

De communications en rencontres des élus et d'élaboration de notes, la section strasbourgeoise du SAF s'est impliquée dans le mouvement de protestation.

Nous, avocats, avons dénoncé la méthode de ce projet de texte fourre-tout élaboré sans la moindre concertation par le Ministère de l'Économie, sans étude d'impact sérieuse comme l'a relevé le Conseil d'État dans son avis du 8 décembre 2014 et le rapport Untermaier-Houillon et empiétant pour nombre de sujets - dont notre profession - sur la compétence de la Garde des sceaux.

Nous nous sommes élevés contre de profonds bouleversements induits par un texte qui fait primer la logique de marché sur l'accès effectif des justiciables



PAR Nohra BOUKARA,
Présidente de la Section
SAF Strasbourg

au droit et à la justice et sur la nécessité, pour cela, de préserver les principes qui gouvernent notre profession.

Mais en définitive, la forte mobilisation des avocats aura permis pour l'essentiel de seulement éviter l'institution de l'avocat en entreprise - mais pour combien de temps encore ?

Nous n'avons pas été entendus en nos objections sur d'autres dispositions qui, comme pour l'avocat en entreprise, portent tout autant atteinte à l'indépendance, au secret professionnel et font fi du conflit d'intérêts.

Il faut dire que les divisions au sein de notre profession ont affaibli sa voix face à un Gouvernement qui a marqué sa détermination à procéder à un passage en force.



Après un simulacre de débats devant les deux chambres et un double usage – inédit – de l'article 49-3 de la Constitution au mépris du jeu démocratique, c'est finalement, du point de vue des dispositions intéressant l'avocat, un texte très proche de celui du projet de loi initial qui a été adopté, le Gouvernement ayant fait sauter presque tous les amendements qui allaient dans notre sens.

Si la généralisation de l'obligation de mettre en place une convention d'honoraires n'appelle pas d'objection de notre syndicat attaché à la transparence et à la protection du consommateur, il ne faut pas négliger les difficultés pratiques que cela posera.

Pour le reste, de la suppression de la postulation au niveau de Cour d'appel à l'inter-professionnalité en passant par l'introduction des capitaux extérieurs, pour l'instant limitée aux professions juridiques et judiciaires, et l'élargissement du périmètre du droit au profit des experts-comptables, la loi Macron jette les bases d'un grand marché du droit où les activités juridiques vont peu à peu être monopolisées par de grandes structures concentrées dans les métropoles et réservant leurs prestations aux seuls clients solvables.

Il reste encore le verrou – bien mince – de l'autorisation préalable nécessaire à l'ouverture d'un cabinet secondaire dans le ressort d'un autre TGI que celui du domicile principal, dont la suppression a été un temps envisagée au profit d'une simple déclaration.

Voilà un tour d'horizon rapide des nouvelles dispositions pour certaines applicables immédiatement (convention d'honoraires, suppression du tarif, contrôle de la DGCCRF, bureau secondaire, champ d'activité des experts-comptables) ou de façon différée (suppression de la postulation) tandis que d'autres ne le seront qu'après publication de décrets ou d'une ordonnance (inter-professionnalité, forme sociale, capitaux extérieurs).

La suppression de la postulation au niveau de la Cour (article 51 de la loi Macron)

Les avocats pourront postuler devant les TGI du ressort de la Cour d'appel dans laquelle ils ont établi



... la forte mobilisation des avocats aura permis pour l'essentiel de seulement éviter l'institution de l'avocat en entreprise...

leur résidence professionnelle et devant la dite Cour d'appel.

Des exceptions sont prévues (saisie immobilière, partage et licitation, dossier d'AJ, lorsque l'avocat ne sera pas maître de l'affaire, chargé également d'assurer la plaidoirie).

Une disposition spécifique pour les TGI de Paris, Bobigny, Créteil et Nanterre (postulation plus élargie, avec toutefois les mêmes exceptions) a été introduite.

Les dispositions ci-dessus sont adaptées pour la société d'avocats : il est possible de postuler auprès de tous les TGI du ressort de la Cour d'appel dans lequel un des membres est établi et devant la dite Cour d'appel (avec aussi les mêmes exceptions).

S'agissant de l'Alsace-Moselle, l'application d'une telle réforme est incertaine, compte tenu de dispositions de droit local qui régissent les règles de postulation. Rappelons que la réforme des avoués n'a pas touché ce territoire. Il existe un barreau d'avocats de Cour admis seuls à postuler devant cette juridiction.

La question de la postulation est délicate. Elle a pu diviser au sein même de notre profession, opposant le plus souvent les grands aux petits barreaux.

De prime abord, la défense de la postulation pourrait être regardée comme la volonté de préserver une situation de rente, de maintenir un dispositif coûteux pour le justiciable, et archaïque à l'heure de la communication électronique et des transports rapides, et demain de la communication par visio-conférence.

Mais l'affaire est plus complexe qu'il n'y paraît.

Si la postulation ne concerne qu'un petit nombre de procédures, elle structure l'organisation de la profession et sa capacité à servir efficacement le justiciable, en assurant un maillage territorial. Ce maillage, qui garantit l'accès au droit par la proximité, est d'autant plus nécessaire que la réforme de la carte judiciaire a induit des déserts judiciaires.

La période d'expérimentation de la suppression de la postulation préconisée par le SAF, un temps envisagée au cours des débats, n'a finalement pas été retenue, mais la réforme de la postulation n'entrera en vigueur qu'à compter du 1^{er} août 2016.

Sur le tarif de la postulation et les honoraires (article 51).

Le tarif de la postulation prévu à l'article 10 de la loi de 1971 est supprimé. Il est prévu, à la place, des honoraires de postulation.

Les honoraires de postulation, comme les honoraires, de façon générale, au titre de toute intervention de l'avocat, doivent faire l'objet d'une convention, sauf urgence, ou force majeure, ou intervention au titre de l'aide juridictionnelle totale. Les honoraires doivent être modulés selon les critères habituels.

Le tarif (droits et émoluments) est prévu en matière de saisie immobilière, de partage, de licitation et de sûreté judiciaire. Ce tarif sera déterminé par décret.

Bureau secondaire (article 51).

Le régime de l'autorisation préalable obligatoire est maintenu pour l'ouverture d'un bureau secondaire dans un autre ressort que celui où l'avocat a son bureau principal. Toutefois, le délai pour statuer sur la demande d'autorisation passe de 3 mois à un mois.

Les avocats disposant d'un bureau secondaire dans le ressort d'un TGI autre que celui où ils ont leur bureau principal devront aussi y assumer leurs obligations en matière d'aide juridique.

Le contrôle de l'application conforme à l'article 10 de la loi de 1971 (article 51).

La loi prévoit la possibilité pour la DGCCRF de contrôler que l'avocat a fixé ses honoraires conformément à l'article 10 de la loi de 1971.

Ce pouvoir de contrôle, sans aucune garantie prévue dans le projet de loi, a été encadré par le rappel que ce contrôle doit se faire dans le respect du secret professionnel et après avis donné préalablement au Bâtonnier.

L'obligation de l'avocat contrôlé devrait se réduire à la seule production de la convention, après avoir occulté tout ce qui couvert par le secret professionnel.

Le périmètre de l'activité des experts-comptables (article 62).

L'enjeu essentiel était l'aménagement de la règle du double accessoire pour les prestations non comptables.

Il était mis en avant qu'il fallait permettre aux experts-comptables de faire des travaux techniques et administratifs tels des bulletins de salaire ou des déclarations fiscales pour des clients au profit desquels ne sont pas effectuées des prestations comptables.

Pourtant, l'aménagement du champ d'activité des experts-comptables a fait l'objet de plusieurs réécritures au cours des débats, et l'on a vu dans l'une ou l'autre des versions, la règle du double accessoire tomber même pour les prestations juridiques pures.

Selon la version adoptée, l'expert-comptable pourra effectuer des travaux techniques et administratifs dans le domaine fiscal et social sans que ceux-ci soient liés à des travaux comptables, mais il ne peut en faire son activité principale. La règle du double accessoire est maintenue pour les prestations juridiques.

L'inter-professionnalité (article 65).

L'article 21 prévoit l'habilitation donnée au Gouvernement de prendre par ordonnance des mesures qui tendent à faciliter la création de sociétés ayant pour objet l'exercice en commun de plusieurs des professions d'avocat, d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, de commissaire-priseur judiciaire, d'huissier de justice, de notaire, d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire et **d'expert-comptable**.

La totalité du capital et des droits de vote devra être détenue par des personnes exerçant l'une des professions exercées en commun au sein de la société ou par des personnes légalement établies dans un État membre de l'Union européenne ou assimilé qui

exercent une activité réglementée et dont l'exercice constitue l'objet social d'une de ces professions.

Il est prévu notamment que les principes déontologiques applicables à chaque profession devront être préservés et que devront être pris en considération les incompatibilités et les risques de conflits d'intérêts propres à chaque profession.

Forme sociale et capital des sociétés (articles 63 et 67).

L'article 63 permet aux professions libérales et donc aux avocats d'exercer dans le cadre de sociétés commerciales, sauf celles qui ont pour effet d'attribuer la qualité de commerçant, donc les SARL, SA et SAS.

Le même article prévoit que l'exercice de la profession d'avocat se fait forme d'une société, le capital social et les droits de vote peuvent être détenus par toute personne exerçant une profession juridique ou judiciaire ou par des personnes légalement établies dans un État membre de l'Union européenne ou assimilé qui exercent une activité réglementée et dont l'exercice constitue l'objet social d'une de ces professions.

Il est simplement requis qu'un avocat figure obligatoirement au nombre des associés ou siège au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

La loi prévoit enfin l'aménagement des règles actuelles de détention des droits de vote et du capital dans les SEL et SPFPL (article 67).

Les dispositions issues de la loi Macron déjà inquiétantes, pourraient bien n'être qu'une première étape vers une déréglementation plus poussée.

Cette donnée doit nous inciter à la vigilance et à réfléchir à ce que doit être notre profession de demain face aux évolutions qui se profilent.

À défaut, c'est la vision libérale qui s'appuie sur un discours construit qui s'imposera dans un environnement où nombre d'acteurs trouvent dans le droit une activité profitable.

Pour que l'avocat individuel ne soit pas réduit à être la caution ou le supplétif de plateformes internet montées par de jeunes diplômés en marketing, il est urgent d'agir ! ■

La Chambre détachée de Millau

Le 4 juin 2015 était inaugurée la Chambre Détachée de Millau à la suite des travaux de la mission Daël, chargée de réparer les dégâts les plus visibles de la réforme de la carte judiciaire menée à la hussarde par Madame Dati.

A lors que nous nous étions opposés au parti pris de cette réforme en considérant qu'elle aggravait l'éloignement du justiciable des lieux de justice, le représentant de Madame Taubira a vanté l'importance « de permettre au justiciable de bénéficier d'un service public de proximité ».

Une telle affirmation ne peut que nous réjouir d'autant que le ressort de la Chambre détachée de Millau correspond à celui de l'ancien TGI de Millau supprimé en 2009 !

Dans les faits, nous avons raison et il avait été constaté la déperdition de contentieux depuis la fermeture du TGI de Millau.

À cet égard, la publicité faite à la réouverture de la Chambre détachée à Millau a déjà permis de constater un accroissement notable de la fréquentation de l'accueil du TGI, ce qui démontre bien le besoin de droit.

La proximité des lieux de justice est donc enfin reconnue comme une composante essentielle de l'accès au droit.

Mais il en est un second tout aussi primordial.

Comme l'indiquait le 4 juin dernier le Directeur des Services Judiciaires, 70 % des affaires traitées dans les tribunaux sont des affaires non pénales.



PAR **Martine AZAM,**
SAF - Avocate au barreau de l'Aveyron

C'est-à-dire qu'un justiciable a plus de chances de se rendre au Tribunal pour une pension alimentaire, un droit de visite et d'hébergement, un problème de loyer ou de crédit à la consommation que pour répondre de la commission d'une infraction.

Or, l'accès au juge risque d'être réduit par plusieurs problèmes récurrents :

- ▶ le coût économique qui rend le recours à la justice difficile par l'aide juridictionnelle ; à cet égard, les propositions récentes font état d'une diminution du nombre d'UV dans ces matières et, surtout, la liaison faite par la chancellerie entre la réforme de l'AJ et la diminution du contentieux fait craindre le pire, sans pour autant empêcher le financement par la profession...
- ▶ le recours obligatoire à la médiation avant toute procédure : en droit de la famille, nous savons combien la situation peut se dégrader rapidement

faute d'une intervention rapide de la justice. Le désengorgement des juridictions ne peut passer par le préalable de la médiation.

- la barémisation qui ôte l'office du juge, le transformant en automate... S'agissant de l'humain, il est vain d'espérer une amélioration des délais de jugement par des mécanismes automatiques comptables...

Il est question de la justice du XXI^e siècle et l'on nous fait comprendre qu'il faut évoluer vers un accès plus facile par internet, par la libre concurrence entre professionnels du droit, comme s'il s'agissait d'un service marchand.

Le SAF a toujours défendu un meilleur accès au droit et, lors de sa création dans les années 80, il n'avait pas hésité à créer des boutiques du droit pour en faciliter l'accès au maximum de personnes.

Lorsque fleurissent sur internet les sites comme « mon avocat.com », il est certain que la profession doit s'organiser pour que la qualité du conseil soit assurée.

Mais il faut aussi prendre en compte l'ingéniosité de nos jeunes confrères qui ont compris que le

contentieux relatif aux petites sommes à récupérer n'est pas attirant pour le public car le coût du recours en justice est supérieur au bénéfice escompté.

Ainsi le site Weclaim arrive à lever des fonds pour des actions de niche, afin d'attirer les plaideurs, telles que l'action contre les banques relatives aux TEG, les contrats de téléphonie mobile, etc.

En fait, il s'agit de l'organisation d'actions de groupe avec la reproduction à l'identique dans chaque procès individuel d'un argumentaire rodé contre un adversaire identifié une fois pour toutes et dont on connaît l'argumentaire.

Ce n'est certes pas en se recroquevillant sur des rentes de situation, telles que la postulation (pour ne citer qu'un exemple) que la profession évoluera vers une meilleure prise en compte de la qualité des prestations assurées.

Le SAF a toujours été une force de proposition reconnue au sein de notre profession : il nous appartient de réfléchir à ces sujets au cours de notre prochain congrès qui se tiendra à Nice les 6,7 et 8 ■

Bulletin d'adhésion au SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

À découper et à retourner au SAF,
34 rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. : 01 42 82 01 26 - contact@lesaf.org

Nom : Prénom :

Adresse :

Code postal : Ville :

Tél. : Fax :

E-mail :

Barreau : Cour d'Appel :

Date de prestation de serment :

Date d'inscription au Barreau :

J'adhère au SAF pour l'année 2015

Ci-joint un chèque d'un montant de :
à l'ordre du SAF.

Je désire figurer dans l'annuaire : oui non

Je suis employeur, j'adhère au Syndicat des Avocats de France Employeur (SAFE) pour l'année 2015

montant de la cotisation : 2 €*
(* un avocat par structure d'exercice ou cabinet groupé - l'adhésion permet au SAFE de justifier de sa représentativité aux fins de négocier les conventions collectives Avocats salariés et salariés des Cabinets)

Cotisations

Élève Avocat : 15 €

1^{re} et 2^e années d'inscription : 50 €

3^e année et jusqu'à 15 000 € de bénéfice annuel : 100 €

De 15 000 à 20 000 € de bénéfice annuel : 150 €

De 20 000 à 30 000 € de bénéfice annuel : 200 €

De 30 000 à 40 000 € de bénéfice annuel : 350 €

De 40 000 à 50 000 € de bénéfice annuel : 450 €

Au-delà : 1 % du bénéfice annuel

Avocat honoraire : 200 €

Rappel : les cotisations syndicales sont déductibles fiscalement

Pour Francis JACOB

Allocution prononcée lors des obsèques de Francis Jacob le 22 mai 2015
par Claude Michel, avocat honoraire, ancien président du SAF

Né à Strasbourg, le 17 août 1930, Francis Jacob est licencié en droit, avocat à Paris de 1964 à 2002, ancien secrétaire de la Conférence du stage. Il exerce des responsabilités à l'UJA de Paris en 1968 (vice-président), puis à la FNUJA en 1969 (secrétaire général adjoint). Il est capitaine de l'équipe de football du palais de Paris. Francis Jacob est le premier Président du SAF de 1973 à 1978 et il siègera au Conseil national des Barreaux (1997 - 1999). Délégué à la Caisse nationale des barreaux français de 1975 à 1980. Membre du comité central de la Ligue des droits de l'Homme, il est partie civile pour la Ligue dans de nombreux procès (Touvier, Papon, Barbie...). Membre du PCF, il participe au Comité pour la défense des libertés en Tchécoslovaquie créé autour d'Artur London, préside le Comité pour la démocratie au Paraguay (1985 - 1995) et l'Association des amis de la République arabe sahraouie démocratique Il est officier de la Légion d'Honneur.

Francis Jacob, ici avec Serge Gomez del Junco (à gauche)



Remontons, si vous le voulez bien, un peu plus de quarante ans en arrière, au début des années 70 du siècle dernier. La droite est au pouvoir depuis plus de dix ans. Elle fait peser une lourde tutelle sur les libertés et sur la Justice, bientôt aggravée par la Cour de sûreté de l'État, la loi anti-casseurs, la loi Sécurité et liberté. La peine de mort marque notre code pénal. Le mouvement du printemps 68 a ébranlé le pouvoir, sans le vaincre. Mais les forces d'opposition renaissent et se développent et le vecteur de l'union de la gauche se révèle porteur d'espoir. Le Syndicat de la Magistrature a donné le signal du renouveau. De nouveaux barreaux sont créés à l'occasion de la réforme de la région parisienne. La loi du 31 décembre 1971 va bouleverser la quasi-immuable profession d'avocat qui ne cesse de croître en nombre.

La perspective d'un avenir de socialisme à visage humain pour la France, respectueux des libertés et des processus démocratiques, correspond à la ligne affichée du Parti communiste à l'époque. Les avocats communistes sont alors relativement nombreux notamment à Paris, où ils sont organisés dans trois cellules. L'un d'entre eux, Eddy Kenig, responsable fédéral parisien, juge avec prescience qu'il y a place chez les avocats pour un syndicat indépendant mais qui relaterait dans la profession et sur les questions de justice le renouveau politique attendu. Il s'en ouvre alors à Francis, secrétaire de la cellule Georges Pitard et à moi-même [Claude Michel], avocat à Aulnay-sous-Bois, bientôt responsable au barreau de la Seine-Saint-Denis et les en convainc d'emblée. L'aventure du Syndicat des avocats de France allait ainsi démarrer.

Pendant près d'un an, en 1972, Francis et moi nous nous sommes rendus au domicile de Claude Puylagarde, responsable désigné par la section socialiste, pour discuter du projet. Un manifeste a été publié dans la Gazette du Palais le 8 août 1972 et un précurseur, l'Organisation syndicale des avocats (OSA), lancé dont le comité provisoire pour la région parisienne s'est longtemps réuni dans une brasserie près de la place du Châtelet.

La section socialiste, prétextant de la faible audience du manifeste avait différé sa participation officielle, mais la plupart des jeunes avocats socialistes ont confirmé leur engagement dans le projet. En novembre 1974, le Syndicat des avocats de France était constitué lors de son premier congrès à Grenoble, Francis Jacob étant naturellement porté à sa présidence.

Francis était l'homme de la situation. Parisien, ancien secrétaire de la Conférence du stage, gardien de but de l'équipe de football du Palais, il avait un don d'empathie et des talents oratoires, malgré une voix parfois éraillée trahissant son tabagisme ; sa notoriété n'a fait que s'étendre. Nous avons fait équipe pendant dix ans, nous succédant à la présidence du syndicat, sans jamais l'ombre d'un désaccord. Même les ruptures et les aléas de l'union de la gauche, à la fin des années 70, n'ont pas rompu le cours des choses, le SAF affirmant l'indépendance de sa démarche.

Nous voulions défendre les avocats, mais en faisant toujours prévaloir les besoins du peuple sur les intérêts corporatistes, d'où les luttes pour l'accès au droit et à la Justice notamment grâce à l'aide juridique et judiciaire, nous battre pour la défense et si possible l'extension des libertés, promouvoir la démocratie. Ces principes sont aujourd'hui encore prégnants au sein du SAF qui est une force durable de la profession d'avocat avec environ 20 % des voix aux élections professionnelles.

Nous avons souhaité associer dans la direction syndicale des communistes certes longtemps légèrement majoritaires, mais aussi de nombreux socialistes, de jeunes avocats notamment, à des postes importants et des avocats de courants plus à gauche, ces derniers ayant même assumé les responsabilités de la présidence pour trois mandatures après le congrès de Biarritz en 1983.

Cet apport de Francis dans la création du SAF, en équipe évidemment, mais largement marqué par sa personnalité ouverte et chaleureuse, a été je crois pour lui un élément très important de sa vie personnelle et professionnelle, comme il l'a dit à l'Hôtel de Lassay lorsque lui ont été remis les insignes d'officier de la Légion d'Honneur.

Nous avons partagé d'autres combats : pour la démocratisation du PCF tant qu'elle nous a paru possible, pour la défense des libertés en Tchécoslovaquie, etc. Mais nous avons en commun un lien plus intime, plus secret, qui nous a discrètement rapprochés, la paternité chacun d'un enfant handicapé.

À Eliane, son épouse, à François et Elisabeth, ses enfants, à Marie-Louise, la mère de François, je veux dire mon chagrin, la fidélité de mon souvenir et leur exprimer toute ma sympathie. ■

TA COMPTA AU PRIX D'UN PAIN AU CHOCOLAT



« Et avec ceci ? »

1€
HT/MOIS

À l'ANAAFA, la compta des jeunes avocats,
c'est **1€ par mois.**

Offre* valable 1 an pour tout avocat adhérent de l'ANAAFA
1€ HT/mois en 1^{ère} année d'exercice et 16€ HT/mois en 2^{ème} année.

* Comprend :

- l'établissement des déclarations fiscales et sociales (2035, CFE, CVAE, DAS-2),
- la transmission des journaux comptables (banques, caisses, opérations diverses, ...),
- l'édition des comptes (balances, grand livre, compte de résultat),
- la tenue du registre des immobilisations,
- le logiciel AIDAVOCAT COMPTA, formation et maintenance incluses,
- l'accompagnement dans les premières démarches et formalités administratives.

#ETAVECCECI?



anaafa.fr