

Société Civile Professionnelle
G. THOUVENIN, O. COUDRAY et M. GREVY
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
13, rue du Cherche-Midi - 75006 Paris
Tel : 01 53 63 20 00

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REFERE-LIBERTE

(art. L. 521-2 du code de justice administrative)

POUR :

1° - Le **Syndicat des avocats de France**, dont le siège est situé 34 rue Saint-Lazare à Paris (75009), agissant poursuites et diligences de ses représentants statutaires, dûment habilités et domiciliés en cette qualité audit siège

2° - Le **Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s** (GISTI), dont le siège est situé 3, villa Marcès à Paris (75011), agissant poursuites et diligences de ses représentants statutaires, dûment habilités et domiciliés en cette qualité audit siège

3° - Le **Syndicat de la Magistrature**, dont le siège est situé 91 rue de Charenton à Paris (75012), agissant poursuites et diligences de ses représentants statutaires, dûment habilités et domiciliés en cette qualité audit siège

4° - L'**association « Avocats pour la Défense des Droits des Etrangers »** dont le siège est situé Maison du Barreau, 2-4 rue de Harlay à Paris (75001), agissant poursuites et diligences de ses représentants statutaires, dûment habilités et domiciliés en cette qualité audit siège

SCP G. THOUVENIN, O. COUDRAY, M. GREVY

CONTRE :

L'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif (NOR : JUSX2008167R ; JORF du 26 mars 2020, texte n° 7)

* * *

*

– FAITS –**I. –**

La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, habilite le Gouvernement, au c du 2° du I de son article 11, à prendre des mesures « *adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à la conduite et au déroulement des instances, les règles relatives à la compétence territoriale et aux formations de jugement des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ainsi que les règles relatives aux délais de procédure et de jugement, à la publicité des audiences et à leur tenue, au recours à la visioconférence devant ces juridictions et aux modalités de saisine de la juridiction et d'organisation du contradictoire devant les juridictions* ».

Tel est l'objet de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif.

Cette ordonnance comportant plusieurs dispositions portant une atteinte grave et manifestement illégale à au moins une liberté fondamentale, le Syndicat des avocats de France, le Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s (GISTI), le Syndicat de la Magistrature et l'association « Avocats pour la Défense des Droits des Etrangers », les organisations

exposantes, sollicitent du juge des référés qu'il prenne les mesures propres à faire cesser ces atteintes.

* * *

*

- DISCUSSION -

II. -

Il faut probablement souligner, à titre liminaire, que l'intérêt pour agir des différents requérants ne peut faire de doute.

Il en va ainsi sans hésitation pour le Syndicat des avocats de France et l'association « Avocats pour la Défense des Droits des Etrangers », qui regroupent des avocats dont l'exercice professionnel est directement affecté par les mesures issues de l'ordonnance qui est ici en litige.

L'intérêt pour agir du GISTI résulte de ce que cette association a vocation à aider les étrangers, dont les droits sont aussi affectés par l'ordonnance, notamment son article 15.

Il faut enfin souligner que le Syndicat de la Magistrature a notamment pour objet statutaire de veiller à la défense des libertés et des principes démocratiques et, à cette fin, d'engager toutes actions, y compris contentieuses, tendant à assurer le respect des droits et libertés à valeur constitutionnelle ou garantis par les conventions internationales, ou de s'y associer. L'intérêt à agir du Syndicat dépasse donc la seule défense des intérêts professionnels des magistrats. Par ailleurs, le Syndicat de la magistrature a une longue tradition en matière de droits des étrangers – il est ainsi un membre actif de l'observatoire de l'enfermement des étrangers et de l'ANAFE – droits dont on vient de rappeler qu'ils étaient affectés, notamment pour les étrangers placés en centre de rétention, par l'ordonnance litigieuse.

III. –

Sur le fond, deux points méritent d'être, dans un premier temps, brièvement évoqués.

1. –

On commencera ici par rappeler que constitue une liberté fondamentale la possibilité, donnée à un justiciable, d'assurer de manière effective sa défense devant le juge (C.E. 3 avril 2002, *Ministre de l'intérieur c/ M. Kurtarici*, n° 244686, aux Tables), liberté qui induit non seulement que le justiciable puisse faire valoir son point de vue mais aussi, en amont, qu'il puisse effectivement accéder à un juge (C.E. 30 juin 2009, *Ministre de l'intérieur c/ Beghal*, n° 328879, au Recueil).

L'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales ne dit au demeurant pas autre chose.

2. –

Il faut ensuite rappeler qu'une mesure affectant les libertés ne peut être regardée comme légale que si elle est à la fois adaptée au but poursuivi, nécessaire (en ce sens qu'elle ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi et qu'il n'est pas possible d'y substituer d'autres moyens moins attentatoires à la liberté), et proportionnée à la finalité poursuivie (v. sur ce triptyque, CE Ass. 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image* n° 317827, au Recueil ; *Guyomar et Domino*, AJDA 2012, p. 35).

Or, à plusieurs égards, l'ordonnance qui est ici en litige apporte, à la liberté fondamentale évoquée ci-dessus, une atteinte qui ne satisfait pas à cette triple exigence, et qui est à la fois grave et manifestement illégale.

IV. -

Il en va ainsi, d'abord, des dispositions de l'**article 7** et tout particulièrement de ses 1^{er} et 2^e alinéa.

Ces alinéas sont ainsi rédigés :

« Les audiences des juridictions de l'ordre administratif peuvent se tenir en utilisant un moyen de télécommunication audiovisuelle permettant de s'assurer de l'identité des parties et garantissant la qualité de la transmission et la confidentialité des échanges entre les parties et leurs avocats.

En cas d'impossibilité technique ou matérielle de recourir à un tel moyen, le juge peut, par décision insusceptible de recours, décider d'entendre les parties et leurs avocats par tout moyen de communication électronique, y compris téléphonique, permettant de s'assurer de leur identité et de garantir la qualité de la transmission et la confidentialité des échanges. »

Or le recours à la visio-audience, sans l'accord des parties, sans limitation tenant à la nature du contentieux, tout comme le recours au téléphone excèdent largement ce qu'exigent les circonstances exceptionnelles liées à la situation sanitaire et à la nécessité de maintenir l'activité des juridictions administratives.

On peut ajouter que, s'agissant du recours au téléphone, le respect des garanties quant à la confidentialité des échanges et l'identité des parties est illusoire dès lors que les intervenants ne se trouvent pas dans des lieux contrôlés par la juridiction.

En définitive, en tant qu'elles permettent de contraindre les parties à comparaître par visioconférence sans limitation tenant à la nature du contentieux, et sans garantie quant à la possibilité pour l'avocat de communiquer en toute confidentialité avec son client, et en tant qu'elles offrent également la possibilité de tenir une audience par téléphone ou même

par d'autres moyens non précisés, les dispositions portent une atteinte grave et manifestement illégale à l'exercice des droits de la défense.

V. –

Il en va ainsi, ensuite, de l'**article 8** de l'ordonnance.

Ce texte prévoit :

« Le président de la formation de jugement peut dispenser le rapporteur public, sur sa proposition, d'exposer à l'audience des conclusions sur une requête. »

Or il n'est, d'une part, pas douteux que le fait, pour les parties, d'être mises en mesure, non pas seulement de connaître le *sens* des conclusions que le rapporteur public se propose de prononcer, mais bien de pouvoir prendre connaissance – à l'audience, normalement – de *l'intégralité* de ces conclusions, constitue, pour elles, un droit qui participe, devant les juridictions administratives, à la possibilité qui leur est donnée d'assurer de manière effective leur défense.

L'exposé des conclusions du rapporteur public peut mettre en lumière l'hésitation de celui-ci quant à la solution juridique retenue, hésitation qui doit, en audience publique, fut-elle en procédure écrite, permettre aux parties d'insister sur les points mis en balance pour éclairer au mieux possible la formation de jugement.

La dispense de conclusion exclue également la possibilité, dans une note en délibéré de fournir tel document dont l'absence aura mené à la solution proposée, et dont la production permettrait de modifier l'économie du litige.

De même, l'articulation juridique et les exemples jurisprudentiel utilisés par le rapporteur public pour en arriver à sa position doivent être exposés pour permettre de discuter de l'opportunité d'un cheminement intellectuel menant

à cette solution, sans quoi, dans le cadre d'une bonne administration de la justice, les motifs retenus ne pourraient être utilement connus que dans le cadre de la décision notifiée et ne serait discutée qu'en cause d'appel alors que certaines difficultés pourraient être réglée dans le cadre de l' audience.

S'il faut comprendre du texte qu'il permet au rapporteur public de ne plus prononcer de conclusions, alors la restriction est inutile : dans la mesure où il est déjà prévu que les audiences puissent se tenir en utilisant un moyen de télécommunication audiovisuelle, on ne voit pas que le rapporteur public soit placé dans une situation faisant obstacle à ce qu'il prononce des conclusions, ne serait-il pas lui-même physiquement présent.

Et s'il faut comprendre du texte – ce qui est sa logique, compte tenu de l'objectif qui est le sien de limiter les risques de transmission du virus – que le rapporteur public est seulement dispensé d'exposer ses conclusions « *à l'audience* », mais qu'il n'y a pas pour autant dispense de conclusions (au sens de l'article R.732-1-1 du code de justice administrative), alors le texte pêche en ce qu'il ne prévoit pas que ces conclusions (et non pas donc seulement leur sens) seront intégralement mises à la disposition des parties avant l'audience.

Ce faisant, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, le texte, en ce qu'il prive les parties de la possibilité de connaître les termes des conclusions du rapporteur public, méconnaît donc le droit d'assurer de manière effective sa défense devant le juge.

La restriction posée n'est ni adaptée au but poursuivi, ni nécessaire à satisfaire à l'objectif de protection sanitaire, ni même proportionnée. Elle ne trouve finalement aucune justification.

Cette méconnaissance est donc manifestement illégale et elle est, par ses effets, d'une gravité indéniable.

VI. –

Posent, ensuite, des difficultés du même ordre les dispositions de l'**article 9** de l'ordonnance.

Ce texte prévoit notamment qu'il peut être statué sans audience, par ordonnance motivée, sur les requêtes présentées en référé, le juge informant alors les parties de l'absence d'audience et fixant la date à partir de laquelle l'instruction sera close.

La difficulté vient ici de ce que l'audience est supprimée sans que soient prévues des modalités permettant de pallier l'absence de cette période d'échange que constitue l'audience.

En matière de référé, parce qu'il faut aller vite, la requête dont le juge est saisi peut n'être que succincte. Et c'est précisément parce qu'elle peut l'être que la part d'oralité dans cette procédure est notoirement plus importante que ce qu'elle est dans les procédures de fond.

L'audience est donc, pour les parties, l'occasion de préciser leurs demandes ; mais elle est aussi, *pour le juge*, le lieu d'obtenir, des parties, les réponses qu'elles sont susceptibles de lui donner sur les points qui lui paraissent mériter des explications supplémentaires.

S'il ne peut y avoir d'audience, à tout le moins convient-il de prévoir, pour que les parties puissent utilement faire valoir leurs droits, ce temps d'échange.

On peut à cet égard souligner que cette possibilité ne peut pas être considérée comme étant ouverte par le dernier alinéa de l'article 7 de l'ordonnance, puisque les prescriptions qu'il impose – le texte le prévoit explicitement – ne s'appliquent qu'aux audiences organisées dans le cadre de ce seul article.

Et on ne voit par ailleurs pas ce qui pourrait faire obstacle à ce qu'une telle possibilité soit ouverte.

En prévoyant donc seulement que le juge des référés fixe la date de clôture de l'instruction, *sans prévoir* qu'il peut, préalablement, interroger les parties (dans des conditions respectant le caractère contradictoire de la procédure), le texte affecte le droit des parties à assurer de manière effective leur défense devant le juge, méconnaissance qui est, par elle-même, grave et qui, ne trouvant aucune justification, est manifestement illégale.

Il est donc nécessaire que le juge des référés du Conseil d'Etat prenne les mesures permettant d'éviter ces conséquences.

VII. –

Posent tout autant difficulté les dispositions de l'**article 13** de l'ordonnance.

Ce texte prévoit que la notification des décisions de justice est valablement faite aux parties représentées pendant l'instance par la seule expédition de cette décision faite à leur mandataire.

1. –

Ce faisant, l'ordonnance excède l'habilitation donnée au Gouvernement.

Le c du 2° du I de son article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 permet en effet uniquement, on l'a vu, d'adapter les seules règles relatives « *à la compétence territoriale et aux formations de jugement [...] ainsi que les règles relatives aux délais de procédure et de jugement, à la publicité des audiences et à leur tenue, au recours à la visioconférence devant ces juridictions et aux modalités de saisine de la juridiction et d'organisation du contradictoire devant les juridictions* ».

Rien dans le texte ne vise les modalités de notification des décisions de justice.

L'ordonnance est donc, déjà, directement contraire à la loi d'habilitation.

2. –

Or, pour plusieurs raisons, cette illégalité, manifeste, est de plus grave.

- D'abord, une telle modalité de notification est dangereuse. Outre que les avocats peuvent ne pas ou ne plus pouvoir contacter leurs clients – en raison d'un changement d'adresse, de téléphone ou pour toute autre difficulté – ils n'ont en tout état de cause pas vocation (notamment parce que les délais sont par ailleurs interrompus) à assurer, pendant la période d'état d'urgence, un fonctionnement normal de leur cabinet, justifiant par exemple une consultation régulière de Télérecours.

Et puisqu'il n'a pas été prévu de prolongation du délai de l'article R.611-8-6 du code de justice administrative au-delà duquel la mise à disposition sur le site Télérecours vaut notification, rien ne permet déjà de garantir que le délai de recours courra dans des conditions respectant le droit des parties à accéder à un juge.

- On peut ajouter que rien ne justifie une telle modification des règles habituellement applicables.

Puisque, de toute façon, le cours des délais de recours est lui-même interrompu pendant la période d'état d'urgence sanitaire, on ne voit pas qu'il y ait d'urgence à notifier régulièrement les décisions de justice et que la notification ne puisse attendre la reprise d'une activité normale par les services postaux. Il est seulement nécessaire que les décisions soient portées à la connaissance des parties.

Là encore donc, les mesures prises méconnaissent gravement – et inutilement – le droit d'accès au juge.

VIII. -

Il en va ainsi, enfin, des dispositions de l'**article 15** de l'ordonnance.

Ce texte prévoit, au 2° de son II, que le délai (de 48 heures) ouvert pour contester les décisions portant obligation de quitter le territoire français (OQTF) lorsque le ressortissant étranger fait l'objet d'une mesure de rétention et celui (de 48 heures, également) ouvert pour contester une décision de refus d'entrée sur le territoire au titre de l'asile ne sont pas modifiés.

Ce faisant, cette disposition méconnaît de façon grave et manifestement illégale le droit d'accès au juge dans la mesure où les conditions dans lesquelles l'étranger peut obtenir l'aide qui lui est nécessaire pour saisir utilement le juge dans un si bref délai ne sont plus réunies ; il méconnaît de plus, par voie de conséquence, la liberté fondamentale que constitue le droit de demander l'asile, ainsi que l'article 2 et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque, du fait du défaut d'accès au juge, les étrangers placés en rétention et ayant fait l'objet d'une décision de refus d'entrée sur le territoire au titre de l'asile risquent d'être renvoyés dans leur pays d'origine.

1. –

On peut commencer – cela a déjà été évoqué – par souligner que les avocats ne sont plus tous joignables, à tout le moins dans des conditions qui leur permettraient d'avoir la réactivité exigée par les délais imposés dans ces procédures particulières. Ils ne seraient de toute façon plus en mesure de se rendre en centre de rétention ou en zone d'attente pour y rencontrer leurs clients dès lors que depuis le 17 mars toutes les visites sont interdites. En outre il ressort d'un document officiel du Conseil national des barreaux intitulé « Situation des barreaux français COVID 19 » qu'un certain nombre de barreaux ont supprimé les permanences en raison du risque sanitaire.

Mais la difficulté essentielle tient au fait que les associations qui sont normalement présentes en zone d'attente ou en centre de rétention n'y exercent plus de la même façon.

En zone d'attente, si la Croix Rouge française a maintenu son activité, l'ANAFE n'assure plus d'assistance que dématérialisée, ce qui a nécessairement pour incidence de réduire l'accès à un recours, puisqu'il devient nécessaire de passer par un tiers intervenant présent sur place, que ce soit la gestion policière du lieu d'hébergement ou la permanence de la Croix Rouge.

En centre de rétention, la situation est plus simple encore puisqu'il apparaît que les associations ne sont plus présentes.

Leur rôle est pourtant – aux termes de l'article R.223-13 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour les zones d'attente et plus encore aux termes de l'article R.553-14 du même code pour les centres de rétention en ce que ce texte prévoit que c'est « pour permettre l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers maintenus » que des associations sont présentes dans ces centres – d'assister les étrangers, notamment dans leurs démarches contentieuses.

Dans certains centres, l'OFII s'est également retiré, ce qui entrave d'autant plus l'accès aux droits.

Moyennant quoi, les étrangers qui se trouvent dans les situations visées par le texte sont purement et simplement privés de toute aide utile dans l'exercice de leurs droits.

Il n'est de plus pas même certain que les greffes des centres de rétention soient ouverts. C'est donc la direction du centre de rétention ou - pour la zone d'attente - l'institution qui a pris la décision de maintien (les services de la police de l'air et des frontières dans les deux cas), à qui se trouverait confié

le soin de transmettre les recours... cela donc sans garantie de confidentialité, ni même d'effectivité.

Or il est certain que la brièveté du délai de recours ne s'admet – tant conventionnellement que constitutionnellement – que parce qu'elle est contrebalancée par les garanties données à l'étranger de pouvoir effectivement disposer des droits qui lui sont ouverts (v. Cons. Const. 19 octobre 2018, n° 2018-741 QPC, considérant n°10)

2. –

L'atteinte ainsi portée à leurs droits est ici d'autant plus grave et manifestement illégale que rien ne la justifie.

On voit notamment mal pourquoi l'ordonnance distingue, là où le texte du 1^{er} alinéa du III de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ne distingue pas. La brièveté du délai n'exclut par exemple pas une interruption de ce délai pour les étrangers faisant l'objet d'une OQTF sans être placés en rétention (art. 15 II 1° de l'ordonnance).

De plus, à ce jour, la majeure partie des juridictions, fusse en matière d'urgence, ont entendu limiter les risques de propagation virale et ne fixent plus d'audience de retenus ou maintenus.

Et l'on doute par ailleurs beaucoup de la possibilité de procéder *effectivement* à un éloignement en période d'état d'urgence sanitaire, alors que les transports aériens sont en très forte diminution et que, en tout état de cause, des restrictions ont été mises par de nombreux Etats à l'entrée sur leur territoire de ressortissants de pays tiers.

Là encore donc, le maintien des délais ne trouve aucune explication.

Inadaptée et dénuée de toute nécessité, la mesure est donc manifestement illégale et elle entraîne, par ses effets, une atteinte grave à la liberté protégée.

IX. –

Il y a enfin la plus grande urgence à faire cesser ces atteintes puisqu'elles affectent *immédiatement* les droits des justiciables.

On sait en effet que le Conseil d'Etat admet que la demande de suspension des effets d'un acte réglementaire présente un caractère d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, dès lors que son exécution expose les usagers à une atteinte fréquente et répétée à leurs droits et libertés reconnues comme fondamentales (C.E. 6 juin 2013, Section française de l'observatoire international des prisons, n° 368816, aux Tables).

Les conditions posées par l'article L.521-2 du code de justice administrative sont donc satisfaites.

* * *
*

PAR CES MOTIFS et tous autres à produire, déduire ou suppléer, même d'office, les organisations exposantes concluent qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **SUSPENDRE** les effets des articles 7, 8, 9 13 et 15 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020,

- **METTRE A LA CHARGE** de l'Etat (Ministre de la justice) la somme de 3 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

PRODUCTIONS :

1. Ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020
2. Statuts du SAF
3. Délibération autorisant l'action (SAF)
4. Statuts du GISTI
5. Délibération autorisant l'action (GISTI)
6. Statuts du SM
7. Délibération autorisant l'action (SM)
8. Statuts de l'ADDE

Société Civile Professionnelle
Gilles THOUVENIN, Olivier COUDRAY et Manuela GREVY
Avocat au Conseil d'État