
MEIER-BOURDEAU LÉCUYER & associés

Société d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

SARL au capital de 905 400,00 euros
99 rue de la Verrerie 75004 PARIS
Tél. : 01 45 48 71 43
cabinet@mblavocats.fr

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REFERE-LIBERTÉ

(article L. 521-2 CJA)

REQUETE ET MEMOIRE

- POUR :**
- 1°) Le syndicat des avocats de France, dont le siège est situé 34, rue Saint-Lazare à Paris (75009), dûment représenté
 - 2°) Le syndicat de la magistrature, dont le siège est situé 91 rue de Charenton à Paris (75012), dûment représenté
- CONTRE :**
- Les articles 4, 7, 8, 9, 13, 14, 18, 19 et 21 de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale

FAITS ET PROCEDURE

1.-

Le 31 décembre 2019, le bureau de l'OMS en Chine était informé que des cas de pneumonie d'étiologie inconnue avaient été détectés dans la ville de Wuhan, dans la province du Hubei, en Chine. Au 3 janvier 2020, 44 patients atteints de pneumonie étaient signalés, sans que la cause de cette affection fût identifiée. Le 7 janvier 2020, les autorités médicales chinoises identifiaient un nouveau type de coronavirus isolé, avant qu'il ne soit identifié par l'OMS, le 9 janvier 2020, comme responsable des cas groupés de pneumopathies constatés en Chine.

Ce coronavirus, temporairement désigné par l'OMS sous le nom de « virus 2019-nCoV », a été officiellement désigné par l'OMS, le 11 février 2020, sous le nom de « SARS-CoV-2 », coronavirus responsable de la maladie puis sous le nom de « COVID-19 », pour maladie à coronavirus de 2019.

Le système de santé français était mis en alerte à partir du 10 janvier 2020.

Le 12 janvier 2020, la Chine partageait la séquence génétique de ce nouveau coronavirus afin de développer des kits de diagnostic spécifiques.

Le 28 janvier 2020, le dispositif intégré de l'Union européenne pour une réaction au niveau politique dans les situations de crise (IPCR) était activé.

Le 30 janvier 2020, au regard de l'ampleur de l'épidémie, l'OMS déclarait que celle-ci constituait une *Urgence de Santé Publique de Portée Internationale* (USPPI). En effet, l'importation de cas de COVID-19 depuis la Chine dans d'autres pays était observée dès le début de l'épidémie à Wuhan, et s'intensifiait ensuite. Le même jour, une analyse de risque de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) établissait le risque de propagation internationale de la maladie comme élevé.

2.-

En France, en vue de limiter la propagation de l'épidémie de 2019-n-Cov, un premier décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020 a prévu qu'en application de l'article L. 16-10-1 du code de la sécurité sociale, les assurés qui faisaient l'objet d'une mesure d'isolement, d'éviction ou de maintien à domicile et qui se trouvaient dans l'impossibilité de travailler puissent bénéficier, au titre de cet arrêt de travail, des indemnités journalières prévues aux articles L. 321-1, L. 622-1 du même code et L. 732-4 et L. 742-3 du code rural et de la pêche maritime.

Eu égard à la nature de la situation sanitaire et afin d'en assurer un accès prioritaire aux professionnels de santé et aux patients dans le cadre de la lutte contre le virus covid-19, le décret n° 2020-190 du 3 mars 2020 a prévu la réquisition, jusqu'au 31 mai 2020, des stocks présents et futurs de masques de protection respiratoire de type FFP2 détenus par toute personne morale de droit public ou de droit privé, et des stocks de masques anti-projections détenus par les entreprises qui en assurent la fabrication ou la distribution.

Par un arrêté en date du 4 mars 2020, le ministre des solidarités et de la santé a interdit tout rassemblement mettant en présence de manière simultanée plus de 5 000 personnes en milieu clos jusqu'au 31 mai 2020.

Par un second arrêté en date du 6 mars 2020, le ministre des solidarités et de la santé a autorisé la préparation des solutions hydro-alcooliques destinées à l'hygiène humaine, en cas de rupture de leur approvisionnement, par les pharmacies d'officine et les pharmacies à usage intérieur des établissements de santé et médico-sociaux.

Par un nouvel arrêté en date du 9 mars 2020, le même ministre a interdit tout rassemblement mettant en présence de manière simultanée plus de 1 000 personnes jusqu'au 15 avril 2020.

Par un autre arrêté du même jour, le ministre des solidarités et de la santé a interdit tout rassemblement, réunion ou activité mettant en présence de manière simultanée plus de 100 personnes en milieu clos ou ouvert, jusqu'au 15 avril 2020.

Le décret n° 2020-247 du 13 mars 2020 a prévu la réquisition des stocks présents et futurs de masques de protection respiratoire de types FFP2, FFP3, N95, N99, N100, P95, P99, P100, R95, R99, R100 détenus par toute personne morale de droit public ou de droit privé, et des stocks de masques anti-projections détenus par les entreprises qui en assurent la fabrication ou la distribution.

Le 14 mars 2020, à minuit, la France entrait en « stade 3 » d'épidémie active sur le territoire.

En vertu d'un arrêté du ministre des solidarités et de la santé en date du 14 mars 2020, et au motif que le respect des règles de distance dans les rapports interpersonnels est l'une des mesures les plus efficaces pour limiter la propagation du virus, la fermeture de l'ensemble des lieux accueillant du public non indispensables à la vie de la Nation tels que les cinémas, bars ou discothèques, ainsi que des commerces, à l'exception de ceux présentant un caractère indispensable comme les commerces alimentaires, pharmacies, banques, stations-services ou de distribution de la presse, a été ordonnée.

Par arrêté en date du 15 mars 2020 complétant son arrêté du 14 mars, le ministre des solidarités et de la santé décidait que les mesures d'hygiène et de distanciation sociale, dites « barrières », définies au niveau national, devaient être observées en tout lieu et en toute circonstance.

Par arrêté en date du 16 mars 2020 complétant son arrêté du 14 mars, le ministre des solidarités et de la santé exceptait de la fermeture des lieux accueillant du public les salles d'audience des juridictions.

Au visa des circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de covid-19, le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 a réglementé les déplacements de l'ensemble de la population et a contraint celle-ci au confinement.

Puis, l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois, toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi et, le cas échéant, à les étendre et les adapter aux collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution, pour adapter « *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 ».

C'est notamment sur le fondement de cette habilitation qu'ont été prise l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux contrats de syndic de copropriété et l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

Leurs dispositions ont pour vocation d'adapter le fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale à l'exigence de prévention de la propagation du virus covid-19.

C'est dans ce contexte que les exposantes saisissent le Conseil d'Etat d'une requête fondée sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative afin qu'il ordonne au premier ministre, à la Garde des sceaux, ministre de la justice et à la ministre de l'Outre-mer de prendre toute mesure utile pour faire cesser immédiatement l'atteinte illégale aux libertés qui résulte des dispositions des ordonnances ci-dessous critiquées.

*

DISCUSSION

3.-

Sur l'intérêt à agir des exposantes

L'intérêt à agir des exposantes ne fait guère de doute en l'espèce.

S'agissant du Syndicat des avocats de France, cette association a notamment pour objet, selon l'article 2 de ses statuts :

- « 1. La défense intransigeante de l'indépendance des Barreaux et de leurs membres contre tous les empiétements, quelles que soient leurs formes,*
- 2. La lutte pour l'extension des droits et prérogatives de la défense et des possibilités d'intervention des avocats,*
- 3. L'action pour la défense des intérêts matériels et moraux des Avocats en vue d'assurer les conditions économiques d'existence et de plein exercice des Avocats postulants ou non, de garder largement ouvertes aux jeunes les possibilités d'accès au barreau, de garantir les droits sociaux et les retraites,*
- 4. La recherche, avec les organisations représentatives des autres professions judiciaires, des bases d'une action communes pour une meilleure justice,*
- 5. L'action en vue d'associer les Avocats aux initiatives tendant à assurer le fonctionnement d'une justice plus démocratique et plus proche des citoyens et de mieux garantir les droits et libertés publiques et individuelles,*
- 6. Toute action relative au fonctionnement de la justice, aux conditions de détention, ainsi qu'aux droits des justiciables et de toute personne privée de liberté.*
- 7.-L'action pour la défense des droits de la Défense et des libertés dans le monde ».*

Les intérêts qu'il défend sont directement affectés par les dispositions des ordonnances critiquées puisqu'elles concernent directement et immédiatement les conditions dans lesquels les avocats exercent leur métier et assurent les droits de la défense.

S'agissant du syndicat de la magistrature, l'article 3 des statuts précise qu'il a pour objet :

- « 1°) de veiller à ce que l'autorité judiciaire puisse exercer en toute indépendance sa mission de garant des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de l'égalité de tous et de toutes devant la loi ; 2°) de veiller à la défense des libertés et des principes démocratiques ; 3°) d'étudier et de promouvoir toutes les réformes nécessaires concernant l'organisation du service public de la justice et le fonctionnement de l'institution judiciaire, ainsi que le recrutement, la formation et la carrière des magistrat-e-s ; 4°) d'informer les membres du corps judiciaire et de défendre leurs intérêts collectifs ; 5°) d'assurer l'assistance et la défense des membres du corps judiciaire ; 6°) à ces fins,*

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 de la magistrature ne fait donc aucun doute, au regard du contenu des dispositions critiquées.

Partant, la présente requête est parfaitement recevable.

4.-

Sur la compétence du Conseil d'Etat

Aux termes de l'article L. 511-2 du code de justice administrative :

« Sont juges des référés les présidents des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ainsi que les magistrats qu'ils désignent à cet effet et qui, sauf absence ou empêchement, ont une ancienneté minimale de deux ans et ont atteint au moins le grade de premier conseiller.

Pour les litiges relevant de la compétence du Conseil d'État, sont juges des référés le président de la section du contentieux ainsi que les conseillers d'État qu'il désigne à cet effet.

Lorsque la nature de l'affaire le justifie, le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ou, au Conseil d'État, le président de la section du contentieux peut décider qu'elle sera jugée, dans les conditions prévues au présent livre, par une formation composée de trois juges des référés, sans préjudice du renvoi de l'affaire à une autre formation de jugement dans les conditions de droit commun. »

Selon l'article L. 311-1 du même code :

« Les tribunaux administratifs sont, en premier ressort, juges de droit commun du contentieux administratif, sous réserve des compétences que l'objet du litige ou l'intérêt d'une bonne administration de la justice conduisent à attribuer au Conseil d'État. »

Le vice-président SAUVE rappelait dans une intervention publiée dans le cadre du colloque organisé par l'Association des Juristes de Contentieux de droit Public (AJCP) du Master II Contentieux Public de l'Université Paris 1, le vendredi 15 mai 2009, que s'agissant du maintien de la compétence du Conseil d'État en première cause :

*« Demeureraient de la compétence du Conseil d'État en premier et dernier ressort, outre le contentieux des ordonnances et des décrets, le contentieux **des actes réglementaires des ministres et quelques contentieux spécifiques**, en particulier électoraux (comme celui des élections des membres du Parlement européen, des conseils régionaux et des assemblées territoriales des collectivités d'outre-mer) ou « ultra-marins », à quoi s'ajouteraient les contentieux suivants recalibrés et, pour être exact, revus à la baisse. »*

Au cas d'espèce, la présente requête conteste des ordonnances qui relèvent du pouvoir réglementaire des ministres susvisés, à tout le moins tant qu'elles n'ont pas été ratifiées.

La compétence du Conseil d'Etat n'est donc pas discutable.

5.-

Sur les conditions posées par l'article L. 521-1 du code de justice administrative

L'article L. 521-2 du code de justice administrative prévoit :

« Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

Les conditions posées par ces dispositions sont en l'occurrence réunies, comme il sera démontré ci-dessous, dès lors que l'urgence est réunie, que les dispositions critiquées portent une atteinte à plusieurs libertés fondamentales et que cette atteinte est manifestement grave et illégale.

6.-

Sur la condition d'urgence

La condition de l'urgence telle qu'elle est posée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative est satisfaite dès lors que les mesures ci-dessous critiquées sont immédiatement applicables.

Et c'est donc dès l'entrée en application de ces dispositions qu'elles porteront une atteinte grave et immédiate à plusieurs libertés fondamentales.

L'urgence est ainsi caractérisée.

7.-

Sur l'atteinte à une liberté fondamentale

Est d'abord en cause l'atteinte aux **droits de la défense**, consacrés notamment par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont il n'est pas contesté qu'ils constituent un droit fondamental.

Est ensuite porté atteinte au **droit d'exercer un recours effectif**.

Le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, protégé par la Constitution et par les stipulations des articles 6 et 13 de la Conv. EDH, constitue une liberté fondamentale (CE 30 juin 2009, Min. de l'Intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, req. n° 328879, Lebon) : la possibilité tant d'exercer un recours effectif devant un juge (CE, ord., 13 mars 2006, Bayrou et Assoc. de défense des usagers des autoroutes publiques de France, req. n° 291118, Lebon T. 1017) que d'assurer de manière effective sa défense (CE, ord., 3 avr. 2002, Min. Intérieur

c/ M. Kurtarici, req. n° 244686 – CE, ord., 18 sept. 2008, Benzineb, req. n° 320384) constituent ainsi une liberté fondamentale. Une décision administrative qui fait obstacle à l'exécution d'une décision de justice méconnaît cette liberté fondamentale que constitue le droit au recours effectif devant un juge (CE, ord., 4 mars 2010, M^{me} Soignet et M^{lle} Balezou, req. n° 336700).

Est encore en cause **le droit à une vie familiale normale**.

Le droit de mener une vie familiale normale constitue une liberté fondamentale (CE, sect., 30 oct. 2001, Min. Intérieur c/ M^{me} Tliba, req. n° 238211 ; RFDA 2002. 324, concl. de Silva – V. aussi CE, ord., 5 mars 2002, M. Karim Fikry, req. n° 243725, Lebon T. 872. – CE 7 mai 2002, Min. Intérieur c/ M. Ouakid, req. n° 245659, Lebon 870) à laquelle il est gravement porté atteinte notamment dans le cas où la mesure contestée fait directement obstacle à la poursuite de la vie en commun des membres d'une famille, telle qu'une mesure d'expulsion du territoire français, susceptible d'une exécution d'office, s'opposant au retour en France de la personne qui en fait l'objet, et prononcée à l'encontre d'un ressortissant étranger qui justifie qu'il mène une vie familiale en France (CE, sect., 30 oct. 2001, Min. Intérieur c/ M^{me} Tliba, req. n° 238211, préc. – CE, ord., 7 mai 2002, Min. Intérieur c/ M. Ouakid, req. n° 245659, préc.) ou encore lorsque le garde des Sceaux refuse de prêter son assistance à un parent qui le saisit en vue d'assurer le retour de son enfant en application d'une convention internationale, dès lors qu'est en cause le droit au respect de la vie familiale de l'intéressé (CE 4 févr. 2005, Karrer, req. n° 261029, Lebon T. 1033).

Si, à la connaissance des exposantes, le Conseil d'Etat n'a jamais eu à connaître de l'atteinte constituée à une telle liberté dans le cadre de l'assistance éducative, les dispositions critiquées, et en particulier les articles 12 et suivants de l'ordonnance n° 2020-304, qui permettent au juge de renouveler des mesures d'assistance éducative ou de suspendre ou modifier les droits de visite et d'hébergement des parents, sans audition des parents et de l'enfant, portent indiscutablement une atteinte disproportionnée au droit de mener une vie familiale normale.

Et enfin en cause **le droit d'un enfant d'être entendu, dans les procédures le concernant**.

Certes, l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne consacre pas expressément l'obligation d'auditionner un enfant dans toute procédure le concernant.

Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne, par une décision du 22 décembre 2010 (CJUE 22 déc. 2010, Joseba Andoni Aguirre Zarraga c/Simone Pelz, aff. C-491/10, Rec. CJUE I-14247, fournissant un certain nombre d'éléments sur le droit de l'enfant d'être entendu tel que consacré par la Charte des droits fondamentaux et le règlement Bruxelles II bis, affirme dans cette décision qu'il ressort de l'article 24 de cette charte ainsi que de l'article 42 paragraphe 2, premier alinéa, sous a), du règlement n° 2201/2003 que ceux-ci se réfèrent non pas à l'audition de l'enfant, mais à la possibilité d'être entendu.

De même, l'article 388-1 du code civil consacre un véritable droit de l'enfant d'être entendu dans toutes les procédures le concernant lorsqu'il souhaite cette audition :

« Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus [...]. »

Ce droit d'être entendu est un droit encore plus fondamental dans les procédures d'assistance éducative, la Cour de cassation rappelant, à plusieurs reprises, que l'audition du mineur dans la procédure d'assistance éducative est de droit, et l'a qualifiée de mesure d'ordre public (Civ. 1^{re}, 30 juin 1981, n° 80-80.006 – Civ. 1^{re}, 25 juin 1991, n°s 90-05.006 et 90-05.015).

C'est encore l'article 12 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant en date du 20 novembre 1989, signée par la France le 26 janvier 1990 et ratifiée le 7 août 1990 qui consacre ce droit :

« 1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ».

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs, par arrêt du 27 juin 2008, consacré le principe d'applicabilité directe de l'article 12.2 devant les juridictions de l'ordre administratif. (CE 27/06/2008 n°291561).

De plus le mineur discernant est partie à la procédure judiciaire d'assistance éducative, il est sujet de droit (articles 1182,1184, 1186,1191 du CPC).

Le droit d'un enfant d'être entendu dans toute procédure le concernant directement est donc incontestablement une liberté fondamentale.

Or, telles sont les libertés auxquelles certaines dispositions des ordonnances portent une atteinte grave et manifeste.

Sur la gravité et l'illégalité manifeste de cette atteinte

8.-

Avant d'aborder les différentes illégalités manifestes et graves que portent les différentes dispositions des ordonnances litigieuses, il convient de rappeler que le juge administratif exerce sur la légalité des mesures de police administrative générale un contrôle maximal — et donc de proportionnalité (Conseil d'État, 19 mai 1933, *Benjamin*, no 17413 et 17520, GAJA Ed. Dalloz 2015, no 42).

Dans une affaire concernant l'état d'urgence, le rapporteur public a souligné que cette grille de lecture trouvait à s'appliquer à celles des différentes mesures « *prises dans le cadre de l'état d'urgence* » (Conseil d'État, Sect. 11 décembre 2015, *Domenjoud*, no 394989, RFDA 2016, p. 105, concl. X. Domino).

La Haute juridiction administrative a fixé la méthode que le juge devait utiliser dans le cadre de ce contrôle de proportionnalité (Conseil d'État, Ass. 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827, publié au Recueil), et a prévu que le juge devait procéder à ce que Messieurs Matthias Guyomar et Xavier Domino ont appelé le « triple test » (AJDA 2012, p. 35).

Pour qu'une mesure affectant les libertés soit regardée comme légale, il faut qu'elle soit adaptée (« *c'est-à-dire, pertinente par rapport au but recherché* » selon les auteurs précités), nécessaire (« *ce qui signifie qu'elle ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi et que cet objectif ne pouvait être atteint par d'autres moyens moins attentatoires à la liberté* », pour les mêmes auteurs) et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit (soit donc, selon Messieurs Guyomar et Domino, que « *(la mesure) ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché* »).

Par ailleurs, par l'ordonnance du 22 mars 2020 (n°439674), le juge des référés du Conseil d'Etat s'est estimé compétent pour accompagner, dans le cadre des pouvoirs dont il dispose en vertu de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, l'action publique et veiller à sa cohérence.

Or, plusieurs dispositions ne respectent pas, en l'espèce, la proportionnalité nécessaire et portent ainsi une atteinte manifestement grave et illégale à plusieurs libertés fondamentales.

9.-

Il en est d'abord ainsi de l'article 4 qui consacre la possibilité d'adresser un avis de renvoi par tout moyen lorsque les parties consentent à la dématérialisation ou sont représentées ou assistées par un avocat, sans prévoir d'obligation pour la juridiction de s'assurer que les parties ont été régulièrement touchées par renvoi. Il en est de même, lorsque les parties consentent à la dématérialisation ou sont représentés ou assistés par un avocat, de convoquer les parties par tout moyen.

Cette possibilité d'adresser ces décisions par tout moyen, sans avoir à s'assurer de la bonne réception de celui-ci, constitue une atteinte intolérable aux droits de la défense.

Outre les difficultés liées aux services assurés par La Poste qui limite fortement le nombre de tournées, ferme un nombre conséquents de bureaux de Poste et rend très difficile le retrait des recommandées (bureaux fermés, insuffisance d'effectifs ayant pour conséquence que bon nombre de recommandés retournés ne sont toujours pas disponibles une semaine après, ...), il faut souligner que de nombreux avocats respectent les mesures de confinement et ne se rendent donc pas à leur cabinet : ils risquent donc de ne pas avoir connaissance d'un tel courrier et ne peuvent pas davantage prendre connaissance d'une télécopie qui aurait été adressée à leur cabinet. Il en est de même des avocats qui peuvent être infectés par le COVID-19, ce qui empêche bien évidemment tout déplacement de leur part.

Il y a donc un risque certain que des décisions soient rendues, sans que les parties n'aient été informées de la convocation.

L'atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense est donc constituée.

10.-

Ces mêmes griefs peuvent être adressés à l'article 8 de l'ordonnance prévoyant une possibilité discrétionnaire pour le juge d'avoir recours à une procédure purement écrite, sans audience.

Un délai de 15 jours pour s'opposer à la dématérialisation qui serait adressé par tous moyens aux parties pour s'opposer à l'absence d'audience est prévue, à l'exception des référés, procédures accélérées au fond et procédures dans lesquelles un délai est imparti à la juridiction.

Sans garantie quant à la réception de l'avis adressé aux les parties par tout moyen, celles-ci perdent une garantie importante liée aux droits de la défense, alors qu'elles n'ont pas été nécessairement été en mesure de s'y opposer en temps utile. Il est à cet égard difficilement compréhensible pourquoi l'ensemble des délais sont suspendus, compte tenu de l'état d'urgence sanitaire, tout en créant un nouveau délai de 15 jours pour des matières non urgentes.

L'impossibilité de s'opposer à la procédure sans audience, s'agissant des référés, procédures accélérées au fond et procédures dans lesquelles un délai est imparti à la juridiction soulève également une objection majeure.

L'absence d'audience à la discrétion du magistrat, constituant la perte d'une garantie importante quant aux droits de la défense, doublée d'une rupture d'égalité, entre justiciables, n'est aucunement justifiée et proportionnée.

En effet, le recours à la procédure dématérialisée est laissé à la discrétion du magistrat, sans qu'il lui soit nécessaire d'invoquer une quelconque impossibilité d'entendre les parties.

En outre, l'impossibilité de s'opposer à l'absence d'audience dans les procédures pour lesquelles un délai est imparti à la juridiction est incohérent avec la suspension des délais impartis pour juger résultant de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

C'est d'ailleurs ce que précise expressément la circulaire de présentation de l'ordonnance du 26 mars 2020 page 4 et 5, (n° NOR JUSC2 20086069C, n° circulaire CIV/02/20, références C3/DP/202030000319/FC).

Enfin, rien n'est prévu quant à la temporalité à laquelle l'avis de recours à la procédure sans audience est susceptible d'intervenir. Ainsi, un tel avis est susceptible d'être adressé postérieurement à la clôture de l'affaire.

Ce, en dépit du fait que les conclusions échangées dans une procédure orale ne sont pas identiques à celles d'une procédure écrite, compte tenu de la place laissée aux échanges lors de l'audience.

Ainsi, les conclusions échangées auparavant peuvent être insuffisantes à assurer la défense des parties.

L'atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense est donc constituée.

Il pourrait être remédié à l'atteinte disproportionnée faite aux droits de la défense en suspendant l'article 8 de l'ordonnance sauf dans les hypothèses suivantes :

- Le recours à la procédure dématérialisée sans audience recueille l'accord des parties tant en son principe que dans ses modalités ;
- A défaut, le recours à la procédure dématérialisée sans audience est justifié par l'impossibilité de tenir une audience physique ou par voie audiovisuelle ou électronique et l'urgence de statuer sans attendre l'issue de l'état d'urgence sanitaire.

En toute hypothèse, seules les affaires ne faisant pas l'objet d'une clôture d'instruction pourraient être orientées dans la procédure sans audience, compte tenu de la nécessité de permettre aux parties d'adapter leurs conclusions en conséquence.

12.-

Il en est encore ainsi des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance n° 2020-304.

Cet article prévoit que la procédure peut, à la discrétion du juge, se dérouler par visio-audience, ou, en cas d'impossibilité technique ou matérielle, par tout moyen de communication électronique y compris téléphonique sans que les parties ne puissent s'y opposer.

Ces dispositions sont d'autant plus attentatoires aux libertés qu'alors que l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle réduira nécessairement l'appréciation que le juge aura de la situation personnelle des parties (par exemple dans les fonctions de JLD civil), qu'il réduira les droits de la défense, et aura donc un impact sur leurs droits, cette décision ne peut faire l'objet d'un recours. Afin que le recours à ce dispositif soit respectueux des droits des parties, il aurait été nécessaire d'encadrer cet usage, en exigeant qu'il recueille l'accord des parties ou à défaut soit motivé par l'impossibilité de recourir à une audience physique et l'urgence de se prononcer sans attendre la fin de la pandémie. La rédaction de l'ordonnance conduit à une atteinte disproportionnée aux droits de la défense, ainsi qu'à une rupture d'égalité entre justiciables.

En outre, ce texte méconnaît les garanties constitutionnelles entourant le recours à la dématérialisation des audiences.

Ces dispositions, dont il faut souligner qu'elles concernent également les débats devant le juge des libertés et de la détention ne sont assorties d'aucune garantie quant à la localisation de la personne jugée, la localisation de l'avocat (et la faculté d'être présente aux côtés de son client) et les exigences techniques liées à un tel procédé.

Il en découle l'exercice de droits particulièrement dégradés, ce a fortiori dans l'hypothèse d'une audience par téléphone, sans image.

A titre d'exemple :

- les parties sont placées dans l'impossibilité d'adapter leur discours au regard des réactions « *physiques* » des magistrats pour modérer ou expliciter leurs propos, insister sur un point ou éviter de le développer au regard du peu d'intérêt suscité,
- l'absence de vision des parties peut conduire à des incompréhensions, le sens des propos pouvant être éclairées par l'expression physique (ironie, humour, incompréhension visible de la question)
- les avocats ne se tenant pas aux côtés de leurs clients ne peuvent échanger avec eux en cours d'audience sans que l'ensemble des parties n'entende le contenu des propos (impossibilité de faire un geste pour calmer son client, lui dire de se taire,...).

Les conséquences sont particulièrement lourdes s'agissant des procédures orales, pour lesquelles l'audience joue un rôle essentiel.

L'atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense est donc constituée.

Il pourrait être remédié à l'atteinte disproportionnée faite aux droits de la défense en suspendant l'article 7 de l'ordonnance sauf dans les hypothèses suivantes :

- Le recours à l'audience par voie audiovisuelle ou électronique recueille l'accord des parties tant en son principe que dans ses modalités ;
- A défaut, le recours à l'audience par voie audiovisuelle ou électronique est justifié par l'impossibilité de tenir une audience physique et l'urgence de statuer sans attendre l'issue de l'état d'urgence sanitaire.

13.-

Il en est toujours ainsi des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 2020-304.

Cet article précise qu'en matière de référé, la procédure peut, à la discrétion du juge des référés, se dérouler sans aucune audience, sans que les parties ne puissent s'opposer à la décision du président de la formation de jugement de statuer sans audience (article 8 de l'ordonnance précitée).

Le juge des référés peut encore écarter une assignation en référé sans audience, d'office et sans appeler les parties à formuler des observations, donc sans respecter le principe de la contradiction, si la demande est irrecevable ou s'il n'y a pas lieu à référé.

Autrement dit, l'article 9 de l'ordonnance permet au juge, seul, sans audience, et sans respect du contradictoire, écarter une demande en référé.

Ces dispositions constituent une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense, sans que ces atteintes ne puissent être justifiées par l'état d'urgence : l'état d'urgence sanitaire n'empêche pas que les parties puissent, le cas échéant, s'opposer à l'absence d'audience, d'une part, ou formuler des observations sur le rejet envisagé par le juge des référés en raison d'une irrecevabilité ou s'il n'y a pas lieu à référé.

Et si une procédure similaire existe en l'état devant le juge administratif, une différence fondamentale existe : non seulement il est acquis que la procédure devant le juge administratif est une procédure écrite, mais le rejet ou l'irrecevabilité sans débat contradictoire sont encore subordonnés au caractère « manifeste » du mal-fondé ou de l'irrecevabilité.

En matière civile, à l'inverse, les référés relèvent de la procédure orale : la démonstration de la recevabilité du référé ou de son bien-fondé a donc vocation à être établie oralement, ce dont les requérants risquent, en l'état des dispositions critiquées, être privés, le juge pouvant, sans débat contradictoire, déclarer irrecevable ou rejeter la demande en référé.

L'atteinte illégale et manifestement grave est donc constituée.

10.-

C'est encore la quasi-totalité des dispositions du chapitre 2, en matière d'assistance éducative, qui posent difficulté.

De manière générale, l'ensemble des dispositions de ce chapitre méconnaît :

- que le principe du contradictoire doit être le principe ;
- que les mesures d'assistance éducative, notamment de placement, doivent être exceptionnelles et dûment proportionnées aux intérêts en cause ;
- que le fait pour l'enfant d'être entendu dans une procédure qui le concerne directement et dont il est une partie, est un droit ;
- que les mesures prises quant aux notifications des décisions ne permettent pas de garantir de la bonne réception de celles-ci ;
- que le droit au recours est un principe fondamental.

Or, l'ensemble de ces principes est gravement bafoué en l'espèce.

Prenons l'exemple de l'article 14.

Cet article précise que lorsque le délai prévu pour la mise en œuvre des mesures prononcées en application des articles 375-2, 375-3 et 375-9-1 du code civil expire au cours de la période mentionnée au I de l'article 1er, le juge peut, sur proposition du service chargé de la mesure, renouveler la mesure, par décision motivée et sans audition des parties, pour une durée qui ne peut excéder :

1° Neuf mois, s'agissant des mesures prononcées en application de l'article 375-3 du même code ;

2° Un an, s'agissant des mesures prononcées en application des articles 375-2 et 375-9-1 du même.

Le renouvellement est subordonné à l'accord écrit d'un parent au moins et à l'absence d'opposition écrite de l'autre parent à la date de l'échéance initiale de la mesure ou à celle à laquelle il est statué sur le renouvellement.

En d'autres termes, si la mesure initiale prise prend fin pendant la période de l'état d'urgence sanitaire, elle est prorogée jusqu'à la fin de la période + 1 mois (article 13 al 3) mais en plus, si proposition éducative et accord d'un des parents au moins, le renouvellement possible pendant 9 mois (placement) ou 1 an (assistance éducative en milieu ouvert).

Cette disposition pose plusieurs difficultés.

D'abord, elle méconnaît que le Département auquel l'enfant est confié est une partie, que cette seule partie est entendue au travers du rapport qui fonde le renouvellement du placement, ses conditions et son fondement entraînant une rupture d'égalité entre les parties, portant violation *du droit à un procès équitable* et au principe de l'égalité des armes.

Elle méconnaît également que le mineur discernant est partie à la procédure doit es qualité être entendu : en l'espèce, sa place est totalement méconnue et aucun respect n'est donné au droit pour l'enfant d'être entendu dans une procédure qui le concerne directement, l'atteinte caractérisée et grave au principe du contradictoire et au droit du mineur d'être entendu est manifeste.

De plus, le recueil de l'accord écrit d'un seul parent, sans opposition écrite de l'autre, en l'absence d'accès au dossier, de communication des éléments du dossier, de précisions sur les conditions de recueil de cet accord, porte atteinte au procès équitable, les parties, les deux parents et l'enfant, n'étant pas sur un plan d'égalité.

Les mêmes atteintes sont constituées par l'article 13, qui permet au juge de lever une mesure d'assistance éducative et d'aide à la gestion du budget familial sans audience et sans recueil des observations des parties, et qui, plus largement, proroge de plein droit l'ensemble des mesures d'assistance éducative jusqu'à un délai de deux mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire, ce qui porte une atteinte disproportionnée aux droits de la défense et au principe du contradictoire. Il en est de même de l'article 18 qui permet au juge saisi dans les conditions prévues par l'article 375 du code civil au cours de la période définie à l'article 1er, sans audition des parties et par décision motivée dire n'y avoir lieu à assistance éducative.

C'est encore le renouvellement de la mesure judiciaire d'assistance éducative prévue à l'article 14 de l'Ordonnance, pouvant aller jusqu'à un an, qui n'est manifestement ni proportionnée ni motivée par l'état d'urgence sanitaire qui prend fin, en l'état actuel, au 24 mai 2020.

Pour toutes ces raisons, l'atteinte grave au droit de mener une vie familiale normale, aux droits de la défense et au droit pour le mineur d'être entendu dans toute procédure le concernant est manifestement constituée.

Les mêmes atteintes sont constituées par l'article 18 qui permet au juge saisi dans les conditions prévues par l'article 375 du code civil au cours de la période définie à l'article 1er, sans audition des parties et par décision motivée dire n'y avoir lieu à assistance éducative.

Ces décisions peuvent notamment concerner des personnes se déclarant mineur non accompagné à qui le juge ne reconnaîtrait pas la minorité, puisqu'il est prévu en ce cas que le juge puisse rendre une décision sans audience et sans recueil de l'avis ou des observations des parties. Or, les mineurs non accompagnés, dont les situations sont particulièrement précaires, risquent d'être particulièrement concernés par ces dispositions, qui au demeurant peuvent être en contradiction avec les préconisations de Monsieur le secrétaire d'Etat à la protection de l'enfance, Adrien Taquet qui, par une lettre adressée aux présidents de Conseils départementaux le 21 mars 2020 préconisait que « *priorité doit être donnée à leur mise à l'abri quand bien même les conditions de l'évaluation de la minorité sont*

perturbées. La protection des mineurs, et notamment de ceux se présentant comme mineurs non accompagnés, doit être garantie par des mises à l'abri systématiques ».

Enfin, et plus généralement, le non-respect systématique du principe de la contradiction n'est pas fondé par une mesure impérieuse de santé publique qui ne trouverait pas une adaptation avec les moyens de télécommunication et de transmission par écrit des observations des parties après communication des éléments du dossier, et particulièrement du rapport éducatif visé.

Concernant les articles 19 et 21, les mêmes atteintes graves et manifestement illégales sont constituées.

L'article 19 indique que « si l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge peut suspendre ou modifier le droit de visite et d'hébergement, par ordonnance motivée et sans audition des parties, pour une durée ne pouvant excéder la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire mentionné à l'article 1er. Le service ou la personne à qui l'enfant est confié maintient les liens entre l'enfant et sa famille par tout moyen, y compris par un moyen de communication audiovisuelle ».

Et l'article 21 : « Au cours de la période définie à l'article 1er, les convocations et notifications peuvent être faites par courrier simple, par voie électronique ou être remises aux parents contre émargement par les services éducatifs. Durant la même période, les décisions suspendant ou modifiant des droits de visite et d'hébergement dans le but d'assurer le respect de mesures de confinement peuvent être rendues sans contresaising du greffier et notifiées par voie électronique à la personne ou au service à qui l'enfant a été confié ».

De nouveau, l'état d'urgence sanitaire ne justifie pas que le juge ne puisse communiquer le dossier et recueillir les observations des parties de plus fort si elles bénéficient du concours d'un avocat.

Plus grave : le droit à un recours effectif contre ces décisions n'apparaît pas garanti dès lors que les cours d'appel ne seront pas à même de statuer dans un délai raisonnable et que les délais pour statuer sont globalement allongés.

Ici encore, les atteintes graves et manifestement illégales à différentes libertés fondamentales sont constituées.

Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que, les conditions posées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative étant ici réunies, le juge des référés du Conseil d'Etat devra suspendre l'exécution des articles 4, 7, 8, 9, 13, 14, 18, 19 et 21 de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020.

PAR CES MOTIFS, les exposantes concluent qu'il plaise au Conseil d'Etat,

- **SUSPENDRE** l'exécution des articles 4, 9, 13, 14, 18, 19 et 21 de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 ;

- **SUSPENDRE** le recours à l'audience par voie audiovisuelle ou électronique prévue par l'article 7 de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020, sauf si son principe et ses modalités recueillent l'accord des parties ou s'il est justifié de l'impossibilité d'avoir recours à une audience physique et d'une urgence à statuer sans attendre le terme de l'état d'urgence sanitaire
- **SUSPENDRE** le recours à la procédure écrite sans audience prévue par l'article 8 de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020, sauf si, au cours des débats, son principe recueille l'accord des parties ou s'il est justifié de l'impossibilité d'avoir recours à une audience physique ou dématérialisée et d'une urgence à statuer sans attendre le terme de l'état d'urgence sanitaire..

Production :

Ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020

Meier-Bourdeau Lécuyer et associés

Société d'avocats au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation