
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
 - 3°) L'ordre des avocats du Barreau de Bordeaux, 1 rue de Cursol, CS 41073, Bordeaux Cedex (33077), dûment représenté
- CONTRE** :
- Les articles 4, 5 et 6 de l'ordonnance n° 2020-1400 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux copropriétés

FAITS ET PROCEDURE

1.-

Le contexte sanitaire et réglementaire général, dans lequel s'inscrit le présent recours, est celui décrit dans de nombreux autres recours portés à la connaissance du Conseil d'Etat, dont, en dernier lieu, celui déposé par le syndicat des avocats de France et le syndicat de la magistrature le 23 novembre dernier, à l'encontre de l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale (prod. n° 1 et 2).

Dernièrement, la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance, dans un délai de trois mois, toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, relevant du domaine de la loi pour adapter les règles de procédure.

C'est notamment sur le fondement de cette habilitation qu'a été prise l'ordonnance n° 2020-1400 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux copropriétés.

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 exposants saisissent le juge des référés du 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 et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, de prendre toute mesure utile pour faire cesser immédiatement l'atteinte illégale aux libertés qui résulte des dispositions de l'ordonnance ci-dessous critiquées.

*

DISCUSSION

2.-

Sur l'intérêt à agir des exposants

L'intérêt à agir des exposants 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 qui ont sans conteste une incidence sur le fonctionnement de l'institution judiciaire et les conditions de travail des magistrats, outre qu'elles portent atteinte à des droits fondamentaux dont la défense est l'un des objets de ce syndicat.

Enfin, l'intérêt à agir de l'ordre des avocats du Barreau de Bordeaux ne fait aucun doute, dès lors que l'ordonnance porte directement atteinte aux droits de la défense dont l'ordre assure la défense.

Partant, la présente requête est parfaitement recevable.

3.-

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. »

Au cas d'espèce, la présente requête conteste une ordonnance qui relève du pouvoir réglementaire des ministres susvisés, à tout le moins tant qu'elle n'a pas été ratifiée.

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

4.-

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.

5.-

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.

6.-

Sur l'atteinte à une liberté fondamentale

Est d'abord en cause l'atteinte aux **droits de la défense et au droit à un procès équitable**, 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 une liberté fondamentale.

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 Convention européenne des droits de l'homme, 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).

Or, telles sont les libertés auxquelles certaines dispositions de l'ordonnance portent une atteinte grave et manifeste, comme il sera démontré ci-dessous.

Est enfin porté atteinte au **principe de la collégialité** (v. ci-dessous).

En outre, si les requérant n'ignorent pas que Conseil d'Etat a pu juger que le **principe d'égalité** ne constituait pas, en soi, une liberté fondamentale au sens de l'article

L. 521-2 du code de justice administrative, son application combinée aux droits et libertés fondamentaux précités doit être contrôlée.

Sur la gravité et l'illégalité manifeste de cette atteinte

7.-

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 n'exerce en principe un contrôle maximal — et donc de proportionnalité (Conseil d'État, 19 mai 1933, *Benjamin*, no 17413 et 17520, GAJA Ed. Dalloz 2015, no 42) - que sur la légalité des mesures de police générale.

Or, dans une affaire concernant l'état d'urgence, le rapporteur public a souligné que cette grille de lecture trouvait à s'appliquer au contrôle de légalité 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.

Cette exigence est d'autant plus fondée que les dispositions adoptées sont de nature temporaire et dégradent un certain nombre de garanties d'ordre procédurale dans l'objectif affiché de faire face au contexte sanitaire. Elles sont donc intrinsèquement sources de ruptures d'égalité dont la nécessité et la proportionnalité doivent être contrôlées.

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

8.-

Il en est ainsi d'abord de l'absence de condition tenant à la nécessité et la proportionnalité pour la mise en œuvre des prérogatives. En effet, l'ordonnance se borne à juxtaposer une série de facultés ouvertes en fonction des cas, soit au juge,

soit au président de la juridiction, retraignant de manière variable les droits des justiciables, sans que ceux-ci ne soient soumis ni à la nécessité de justifier ou d'invoquer un contexte contraignant, ni à une quelconque gradation.

Tel est par exemple le cas de **l'article 4** permettant au président de la juridiction d'imposer le recours au juge unique, de **l'article 5** permettant au président de la formation de jugement de recourir à la visio-audience (en prévoyant subsidiairement, sur justification d'une impossibilité, l'audio-audience) ou encore de **l'article 6** permettant au président de la formation de jugement de recourir à la procédure sans audience.

Ces facultés ouvertes, sans motivation et gradation, sont d'autant plus problématiques que les juridictions ont continué de fonctionner de manière normale pendant le pic de la seconde vague épidémique et n'apparaissent pas, sauf dans des situations spécifiques, justifiées à ce stade. La rupture d'égalité est donc patente.

9.-

Au surplus, l'ordonnance est également entachée d'incompétence négative. En effet, il appartient au législateur de définir « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » aux termes de l'article 34 de la Constitution et il lui incombe d'assortir de garanties légales les « *exigences constitutionnelles des droits de la défense et du droit à un procès équitable* » (v. CC n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020).

Dans le cas d'espèce, en déléguant discrétionnairement aux juridictions la faculté de déroger à des garanties fondamentales, sans fixer les critères permettant d'avoir recours à ces dérogations, le gouvernement agissant par délégation du législateur n'a pas épuisé sa compétence ni assorti de garanties légales les principes susvisés.

10.-

L'examen des dispositions individuelles démontre également l'absence de proportionnalité nécessaire et ainsi l'atteinte manifestement grave et illégale à plusieurs libertés fondamentales.

Il en est d'abord ainsi de **l'article 4** qui consacre la possibilité discrétionnaire pour le président d'une juridiction de décider que la juridiction statue à juge unique en première instance et en appel dans toutes les affaires qui lui sont soumises.

Cette possibilité constitue indiscutablement une atteinte au droit à un procès équitable.

En effet, il est à peine besoin de rappeler que la formation collégiale est une garantie d'une justice indépendante et impartiale, certains allant jusqu'à rappeler que la collégialité est un principe fondamental dans une démocratie (v. M-A. Cohendet, *La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ?*, Rev. française de droit constitutionnel, 2006/4, n° 68, pp. 716 et svtes).

Le principe de collégialité des juridictions est ainsi le corollaire nécessaire de l'indépendance et de l'impartialité de la justice, principe de valeur constitutionnelle.

Certes, les requérants n'ignorent pas que le Conseil constitutionnel n'a pas eu, jusqu'à alors, l'occasion d'affirmer expressément que le principe de collégialité a pleine valeur constitutionnelle.

Mais cela ne signifie aucunement que ce principe n'a pas et ne doit pas avoir cette valeur : il n'a, seulement, pas encore été reconnu comme tel, même si le Conseil constitutionnel l'a implicitement fait, dans sa décision du 20 juillet 2006, en veillant à ce que le législateur ne remette pas en cause ce principe (Conseil constit., 20 juillet 2006, n° 2006-539).

De même, les requérants n'ignorent aucunement que le recours au juge unique s'est multiplié ces dernières années devant tous les ordres de juridictions.

Toutefois, quand bien même le recours au juge unique se déploie fortement – ce que les requérants ont par ailleurs souvent pu contester, parfois avec succès (v. notamment CE, 8 juin 2020, n° 440717, le Conseil d'Etat suspendant les dispositions de l'ordonnance n° 2020-558 du 13 mai 2020 qui permettaient à la Cour nationale du droit d'asile de juger à juge unique l'ensemble des recours jusqu'à la cessation de l'état d'urgence sanitaire, après avoir souligné « *la particulière importance que revêt, pour les demandeurs d'asile, la garantie d'un examen de leur recours par une formation collégiale* ») – cela demeure formellement une exception au principe, qui reste celui de la collégialité.

Or, en l'espèce, la disposition critiquée, qui permet au président d'une juridiction de décider discrétionnairement que la juridiction statue à juge unique en première instance et en appel **dans toutes les affaires qui lui sont soumises** (et notamment dans des affaires délicates et importantes, en particulier en matière de droits des mineurs etc), constitue une atteinte manifeste au principe de la collégialité et au droit à un procès équitable en ce qu'elle est générale et ne prévoit aucune distinction selon la nature ou la complexité de l'affaire, ni même selon le contexte sanitaire de la juridiction saisie en termes d'effectifs ou de configuration de salles (dont la taille permet ou non la réunion de suffisamment de personnes).

Dès lors que cette décision peut être prise, sans aucune motivation particulière, sans aucune caractérisation d'urgence, sans aucune limitation ni quant aux affaires à juger par juge unique, ni quant à la durée de la mesure prise, elle porte manifestement atteinte aux principes susvisés.

Cette atteinte est d'autant plus grave qu'elle s'applique à l'intégralité du contentieux civil, en ce compris des contentieux extrêmement sensibles à l'instar du contentieux de la nationalité, de la filiation, de l'état civil (changement de sexe notamment), ...

Par ailleurs, le contexte sanitaire est différent du premier confinement : le pic épidémique est passé avec un déconfinement progressif à venir. Ainsi, cette atteinte au principe de la collégialité ne se trouve pas justifiée par le contexte épidémique.

11.-

L'article 5 est tout aussi attentatoire aux droits de la défense et au droit à un procès équitable.

Cet article prévoit que la procédure peut, à la discrétion du juge, se dérouler par un moyen de télécommunication audiovisuelle, 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 ou aux tutelles), qu’il réduira les droits de la défense, et aura donc, de manière générale un impact sur les droits des parties, 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 des mesures sanitaires prises dans le cadre de l’état d’urgence. 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 éclairés 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 : ces dispositions vont notamment concerner assez largement le contentieux devant le JAF ou devant le JLD, contentieux où l’interaction entre le magistrat, les parties et leurs conseils est essentielle.

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 5 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 motivée par l'impossibilité de tenir une audience physique et l'urgence de statuer sans attendre l'issue de l'état d'urgence sanitaire.

12.-

Pour les mêmes raisons, il convient de considérer que l'article 6, en ce qu'il prévoit qu'en matière de soins psychiatriques sans consentement, la personne hospitalisée peut à tout moment demander à être entendue par le juge des libertés et de la détention et que cette audition peut être réalisée par tout moyen permettant de s'assurer de son identité et garantissant la qualité de la transmission et la confidentialité des échanges, porte atteinte aux libertés fondamentales dont doit jouir cette personne.

Et les exemples récents montrent que certaines juridictions n'hésitent pas à avoir un recours massif et généralisé au recours d'une audition par téléphone. Ainsi, à titre d'exemple, le greffe du JLD de Bordeaux a informé l'ordre des avocats du barreau de Bordeaux de ce que le tribunal ne « se déplacera plus au sein des centres hospitaliers concernant les audiences d'hospitalisation d'office » et que les patients « seront, s'ils le souhaitent, entendu par le magistrat par le biais d'un appel téléphonique lors de l'audience » (prod. n° 3), ce qui a donc été immédiatement mis en œuvre, dès le 19 novembre 2020, et contesté par les avocats de permanence (v. prod. n° 4 pour un exemple de conclusions).

S'agissant de justiciables ayant parfois de très grandes difficultés d'expression, l'usage du téléphone est parfois un obstacle infranchissable empêchant le justiciable d'exercer sa défense (absence de conscience de l'existence de l'audience et de la présence du juge, incapacité à s'exprimer avec un téléphone, impossibilité pour le juge et l'avocat de comprendre le justiciable hospitalisé, ...).

De même, le justiciable, s'il est entendu par téléphone, ne peut entendre la plaidoirie de son conseil.

La méconnaissance manifeste des droits de la défense et du droit à un procès équitable est donc patente.

13.-

Enfin, l'article 6 pose difficultés, lorsqu'il permet que la procédure se déroule selon la procédure sans audience.

Les requérants ont déjà eu à rappeler, dans d'autres affaires, que la procédure sans audience posait difficulté.

Mais ils n'ignorent pas que par décision du 19 novembre 2020, le Conseil constitutionnel, tout en reconnaissant que l'organisation d'une audience devant les juridictions civiles est une garantie légale des exigences constitutionnelles des droits de la défense et du droit à un procès équitable (Conseil constit., 19 novembre 2020,

n° 2020-866 QPC), a admis, compte tenu du contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 durant la période d'application des dispositions (similaires) contestées, que celles-ci ne privent pas de garanties légales les exigences constitutionnelles des droits de la défense et du droit à un procès équitable. Le Conseil constitutionnel a néanmoins pris soin de souligner que ces restrictions ne sont légitimes que pendant le « *contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 durant la période d'application des dispositions contestées* », ce qui implique qu'il est nécessaire qu'un certain seuil épidémique ait été atteint, et qu'un certain nombre de mesures aient été prises. Or, le confinement de mars était nettement plus strict que le reconfinement d'octobre 2020.

En outre, les mesures prises par le ministère de la justice se révèlent sensiblement différentes puisque cette fois, il n'a nullement été fait le choix de fermer les juridictions et de ne statuer que sur les urgences. Au contraire, l'ensemble des juridictions civiles a été encouragé à poursuivre leur activité normale.

Dont acte...

Reste le problème de l'information des parties par le juge de cette décision « **par tout moyen** » qui fait courir le délai de quinze jours pour s'opposer à la procédure sans audience.

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

Il semblerait d'ailleurs que l'information par tout moyen a été comprise, par certaines juridictions, comme la possibilité d'informer les parties par voie de lettre circulaire, diffusée dans les toques ou affichée sur les portes de la juridiction (v. par ex. prod. n° 5 et 6).

Un tel procédé, qui ne permet nullement de s'assurer de la réception de l'avis adressé aux parties par tout moyen, est gravement attentatoire aux droits de la défense : les parties perdent une garantie importante liée aux droits de la défense, alors qu'elles n'ont pas été nécessairement en mesure de s'y opposer en temps utile.

Cette information par tout moyen et la dispense d'information par lettre recommandée ou sous forme électronique par RPVA selon les cas, n'a, au surplus, aucun sens dans le contexte actuel : les bureaux de poste sont ouverts et les juridictions continuent de fonctionner.

Il n'y a donc aucune raison à ne pas prévoir que le délai de 15 jours court à compter de la réception de l'avis délivré aux parties, avis qui peut être délivré par lettre recommandée ou sous forme électronique par RPVA.

Par ailleurs, faire partir un délai à une date indéterminée par nature puisque la date de la délivrance de l'information « *par tout moyen* » n'est pas identifiable pour les parties, pose des problèmes indéniables voire insolubles de preuve et prive le recours ou la possibilité de s'opposer à la procédure sans audience de toute effectivité (le requérant ne pourra pas prouver que son opposition à la procédure sans audience a bien eu lieu dans le délai de 15 jours de l'information).

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

14.-

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 6 de l'ordonnance sauf dans les hypothèses suivantes :

- La procédure sans audience est possible à défaut d'opposition des parties dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la lettre recommandée ou de l'avis RPVA avertissant de la poursuite de la procédure sans audience ;
- 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 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, 5 et 6 de l'ordonnance n° 2020-1400 du 18 novembre 2020.

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

- **SUSPENDRE** l'exécution des articles 4, 5 et 6 de l'ordonnance n° 2020-1400 du 18 novembre 2020, dans la limite des dispositions critiquées ;

Production :

1. Ordonnance n° 2020-1400 du 18 novembre 2020
2. Référé-liberté déposé le 23 novembre 2020 par le SAF et le SM
3. Courriel du greffe du JLD de Bordeaux
4. Exemple de conclusions
5. Ordonnance n° 61/2020 du 7 mai 2020 du tribunal judiciaire de Paris
6. Ordonnance n° 59/2020 du 27 avril 2020 du tribunal judiciaire de Paris

Meier-Bourdeau Lécuyer et associés
Société d'avocats au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation