

SCP Zribi & Texier
*Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation*
9, rue Jean-Baptiste
75009 Paris

COUR DE CASSATION

CHAMBRES CIVILES

MEMOIRE AMPLIATIF

POUR : 1°) L'association des avocats pour la défense des droits des étrangers, représentée par sa présidente

2°) L'association la Cimade, service oecuménique d'entraide, représentée par son président

3°) L'association Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (GISTI), représentée par sa présidente

CONTRE : Le procureur général près la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion

EN PRESENCE DE : 1°) Le Syndicat des avocats de France, représentée par sa présidente

2°) L'association pour la défense des droits des détenus, représentée par sa présidente

Sur le pourvoi n° H 20-19.314

FAITS

I-Les centres de rétention doivent permettre un libre accès à un téléphone, ainsi que le prévoit l'article R.553-3 du ceseda.

De ce libre accès à un téléphone dépend l'exercice effectif des droits du retenu à communiquer avec son consulat, la personne de son choix, ainsi que l'exercice de ses droits à un interprète et de ses droits de la défense, ces derniers impliquant de pouvoir téléphoner à son avocat.

De graves difficultés sont intervenues au centre de rétention administrative de Pamandzi, à Mayotte, concernant le droit à un téléphone en libre accès, difficultés qui persistent à ce jour.

Un document remis aux retenus à leur arrivée en centre de rétention administrative indique certes que *« la personne (...) est informée dans la langue qu'elle comprend (...) que pendant toute la durée de sa rétention elle (...) peut également communiquer avec son consulat et une personne de son choix »* et qu'à cette fin, *« un téléphone est mis à votre disposition en libre accès. Vous avez la possibilité d'acquérir au centre de rétention administrative des unités téléphoniques en le demandant aux policiers (minimum 5 euros). Il (elle) peut également utiliser son téléphone portable. S'il (elle) est démuné d'argent, des unités prépayées d'un montant unique de 5 euros peuvent vous être attribués »*.

Cependant, en pratique, tel n'est pas le cas.

En effet, les retenus n'ont pas d'accès effectif à un téléphone : leurs téléphones portables sont systématiquement confisqués, sans qu'il leur soit remis lorsqu'ils entendent exercer leur droit de communiquer, notamment avec leur avocat et aucun des téléphones présents dans l'enceinte du centre de rétention administrative n'est mis à leur disposition en libre accès.

Ces difficultés ne sont pas sans conséquences sur l'exercice des droits de la défense.

Le défenseur des droits et le contrôleur général des lieux de privation de libertés ont été saisis de cette situation.

De nombreux retenus ont fait valoir devant le juge des libertés et de la détention qu'ils n'avaient pas eu un libre accès à un téléphone, ce dont dépendait l'exercice effectif de leurs droits.

Cependant, ils se sont heurtés à la question de la preuve de cette carence de l'administration devant le juge des libertés et de la détention, celui-ci considérant systématiquement qu'elle n'était pas rapportée.

C'est la raison pour laquelle par une requête du 15 mars 2019, l'association des avocats pour la défense du droit des étrangers (ADDE), l'association la Cimade, le groupe d'information et de soutien des immigrés le GISTI), le syndicat des avocats de France (SAF) ont saisi le président du tribunal de grande instance sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile afin qu'il soit ordonné qu'un huissier se rende sur les lieux de manière inopinée, et notamment de :

- vérifier la possibilité pour une personne retenue, de passer un appel téléphonique vers un numéro autre que celui des associations ou du greffe du centre de rétention administrative,
- de constater la difficulté pour les personnes retenues de recevoir un appel car la ligne est saturée en essayant d'appeler les postes téléphoniques présents en rétention,
- de constater que le numéro de ligne de chaque poste téléphonique est mentionné à côté de chacun des postes de sorte qu'il est impossible pour la personne retenue d'informer ses proches sans contact avec l'extérieur,
- de solliciter une copie du cahier de taxation publiphone sur les deux dernières années,
- d'interroger le chef du centre de rétention administrative sur les montants collectés pour l'utilisation des publiphones sur les deux dernières années,
- de dresser un procès-verbal du tout.

Par une ordonnance sur requête du 19 mars 2019, le président du tribunal de grande instance de Mamoudzou a rejeté la requête, en ce qu'elle n'aurait pas été suffisamment étayée.

Par déclaration du 28 mars 2019, les associations requérantes ont interjeté appel de cette ordonnance.

Par décision du 4 février 2020, la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a confirmé l'ordonnance de première instance.

C'est la décision attaquée.

DISCUSSION

MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué

D'AVOIR rejeté la requête,

1°) ALORS QUE le juge des libertés et de la détention s'assure que l'étranger a pu exercer effectivement ses droits durant la mesure de rétention administrative dont il fait l'objet ; que notamment, le droit au libre accès à un téléphone en rétention administrative conditionne l'exercice effectif des droits du retenu à communiquer avec le consulat, une personne de son choix, à un interprète et de ses droits de la défense ; que si ces droits n'ont pas pu être effectivement exercés, l'étranger est remis en liberté ; qu'il en résulte que le procès-verbal d'huissier constatant des difficultés relatives à l'exercice effectif des droits des étrangers en rétention à un moment donné peut, le cas échéant, être produit devant le juge des libertés et de la détention, à l'occasion d'une éventuelle prolongation d'une mesure de placement en rétention administrative d'un étranger et est ainsi susceptible d'être utile dans le cadre de ce litige futur ; qu'en considérant que par principe, un constat d'huissier établissant les conditions d'utilisation des publiphones dans un centre de rétention administrative à un moment donné ne pouvait pas être utilisé efficacement *ad futurum* à l'occasion de procédures particulières concernant les retenus devant le juge des libertés et de la détention, quand de l'exercice effectif des droits des retenus, à la date du constat d'huissier requis, dépendait le sort des litiges futurs ayant trait à la prolongation de leur rétention administrative, la cour d'appel a violé les articles 145 du code de procédure civile, L.551-2, L.552-1, L.552-2, R.553-2 du ceseda ;

2°) ALORS QUE, en tout état de cause, le juge des libertés et de la détention s'assure que l'étranger a pu exercer effectivement ses droits durant la mesure de rétention administrative dont il fait l'objet ; que notamment, le droit au libre accès à un téléphone en rétention administrative conditionne l'exercice effectif des droits du retenu à communiquer avec le consulat, une personne de son choix, à un interprète et de ses droits de la défense ; que si ces droits n'ont pas pu être effectivement exercés, l'étranger est remis en liberté ; qu'il en résulte que le procès-verbal d'huissier constatant des difficultés relatives à l'exercice

effectif des droits des étrangers en rétention à un moment donné peut, le cas échéant, être produit devant le juge des libertés et de la détention, à l'occasion d'une éventuelle prolongation d'une mesure de placement en rétention administrative d'un étranger et est ainsi susceptible d'être utile dans le cadre de ce litige futur ; qu'en considérant qu'un constat d'huissier établissant les conditions d'utilisation des publiphones à un moment donné dans un centre de rétention administrative avait un sens pour dénoncer devant l'autorité judiciaire la situation personnelle vécue par un retenu mais ne pourrait pas être utilisé efficacement *ad futurum* à l'occasion de procédures particulières concernant les retenus devant le juge des libertés et de la détention, sans mieux s'expliquer sur la raison pour laquelle un constat d'huissier, susceptible de justifier de l'absence de l'exercice effectif des droits d'un retenu durant sa rétention administrative, de nature à conduire à sa mise en liberté, ne pourrait pas être utilisé de façon efficace par un étranger lors d'un litige futur, dans le cadre d'une procédure particulière, afin de défendre ses droits propres, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 145 du code de procédure civile, L.551-2, L.552-1, L. 552-2, R.553-2 du ceseda ;

3°) ALORS QU'en toute hypothèse, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ; que saisi d'une telle requête, le juge doit examiner si la mesure a pour objet d'établir la preuve d'un fait dont pourrait dépendre la solution d'un litige, à l'exclusion de l'appréciation de la potentielle force probante de la mesure d'instruction dans le cadre de ce futur litige ; qu'en énonçant, pour rejeter la requête, qu'un constat d'huissier établissant les conditions d'utilisation des publiphones dans un centre de rétention administrative à un moment donné ne pouvait pas être utilisé efficacement *ad futurum* à l'occasion de procédures particulières concernant les retenus devant le juge des libertés et de la détention, la cour d'appel, qui s'est déterminée au regard de la force probante de la mesure d'instruction requise dans le cadre de litiges futurs, condition qui n'est pas prévue par les textes, a violé l'article 145 du code de procédure civile.

4°) ALORS Qu'en tout état de cause, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ; que saisi d'une telle requête, le juge doit examiner si la mesure permettra d'établir la preuve d'un fait dont pourrait dépendre la solution d'un litige ; qu'en énonçant, pour

rejeter la requête, qu'un constat d'huissier établissant les conditions d'utilisation des publiphones dans un centre de rétention administrative à un moment donné ne pouvait pas être utilisé efficacement *ad futurum* à l'occasion de procédures particulières concernant les retenus devant le juge des libertés et de la détention, la cour d'appel, qui s'est déterminée par des motifs impropres à exclure l'existence d'un motif légitime d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, a violé l'article 145 du code de procédure civile.

II – On sait que la Cour de cassation reconnaît l'existence d'un « droit à la preuve », qu'elle considère comme un droit fondamental fondé sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et comme un droit autonome des autres manifestations du droit au procès équitable.

En cela, la Cour de cassation suit le chemin tracé par la Cour européenne des droits de l'homme, pour qui le droit de chaque partie à l'instance « *de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves* » fait partie du droit au procès équitable (CEDH 10 oct. 2006, req. no 7508/02. - CEDH 13 mai 2008 req. n° 65097/01).

Les mesures d'instruction *in futurum* font partie des techniques tendues vers cet objectif : aux termes de l'article 145 du code de procédure civile, « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête et en référé* ».

Ce dispositif autonome déroge au régime des mesures d'instruction ordinaires et aux règles applicables au référé et à la requête ordinaire.

Le prononcé de mesures d'instruction, prévu par l'article 145 du code de procédure civile, est soumis à quatre conditions.

Tout d'abord, doit être caractérisé un motif légitime, celui-ci impliquant deux éléments : d'une part, la mesure d'instruction sollicitée ne doit pas être vouée à l'échec en raison d'un obstacle de fait ou de droit manifeste à son admission, d'autre part, le demandeur doit produire des éléments rendant crédibles ses suppositions, sans qu'il n'ait à démontrer les faits qu'il invoque (J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 2015, 6^{ème} éd., n° 422), et ce motif

est alors suffisant pour fonder la demande (par ex., Cass. 2^{ème} civ., 3 septembre 2015, pourvoi n° 14-20.453).

Ensuite, la demande doit être formée avant tout procès.

En troisième lieu, la mesure d’instruction doit être légalement admissible.

Enfin, la mesure d’instruction doit permettre la conservation ou l’établissement de faits dont peut dépendre la solution d’un éventuel litige.

Comme le souligne un auteur : « *il s’agit de vérifier que la mesure d’instruction sollicitée est utile et pertinente dans la perspective d’un procès éventuel. C’est donc le résultat de la mesure qui conditionne la mise en œuvre d’une procédure au fond ultérieurement. L’intérêt de cette action préventive consiste ainsi à permettre un procès qui ne peut avoir lieu, faute de preuve* » (JC procédure civile, A. Boltze, Mesures d’instruction, n°21).

Depuis que ce dispositif existe, la Cour de cassation a toujours veillé à préserver son autonomie et son champ d’application (L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. Manuel, 10^{ème} éd., 2017, n° 573), censurant les décisions qui soumettaient l’application de l’article 145 du code de procédure civile à des exigences qui n’y figurent pas.

Ainsi, par exemple, dans le silence de l’article 145 du code de procédure civile, la question de savoir si ce dispositif permet d’ordonner une mesure *in futurum* ailleurs que chez la partie qui a vocation à défendre dans le cadre de l’instance ultérieure au fond ne suscite plus aucune hésitation, depuis que la Cour de cassation l’a tranchée, par l’affirmative, par un arrêt de principe du 27 février 2014 (Cass. 2^{ème} civ., 27 févr. 2014 : *Bull. civ. II*, n° 56. – D. 2485, obs. Bretzner, *Rev. sociétés* 2014, p. 429, note Cerati-Gauthier, *RLDA* 2014, p. 429, note Mestre et Mestre-Chmai).

Et la Cour de cassation a également précisé par exemple que l’article 145 du code de procédure civile n’impose notamment pas au juge de caractériser le motif légitime d’ordonner une mesure d’instruction au regard du ou des différents fondements juridiques de l’action que la partie demanderesse se propose d’engager (2^e civ, 8 Juin 2000, pourvoi n° 97-13.962).

De même, l’article 145 du code de procédure civile ne soumet pas le prononcé de mesures d’instruction à leur force probante dans le cadre du futur litige, qu’il appartiendra au seul juge du fond de déterminer.

Ainsi, si le motif légitime est apprécié souverainement par les juges du fond, la Cour de cassation s'assure que les juges du fond ont appliqué l'article 145 du code de procédure civile, sans commettre d'erreur sur le cadre qu'il pose, ainsi que sur les règles de droit dont dépendent l'utilité de la mesure, ainsi que sur le caractère suffisamment motivé de la décision.

La première Chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion d'appliquer l'article 812 du code de procédure civile, en matière de constat d'huissier qu'il était demandé d'ordonner afin d'établir des difficultés générales concernant l'exercice effectif des droits de personnes placées dans des lieux de privation ou de restriction de libertés.

Elle a ainsi rendu un arrêt important rendu le 1^{er} octobre 2014 à propos d'une demande formée par une association d'une mesure d'instruction afin de constater les difficultés rencontrées par les avocats en zone d'attente, mesure dont l'utilité était de permettre ensuite à des étrangers d'en faire état, lors de procédures devant le juge des libertés et de la détention, à l'occasion d'une éventuelle prolongation du maintien en zone d'attente, arrêt publié au bulletin et au bulletin d'information de la Cour de cassation.

Dans cet arrêt, la première Chambre civile de la Cour de cassation a tout d'abord rappelé : *« selon l'arrêt attaqué, rendu en référé, qu'ayant décidé de mettre en place, à titre expérimental, du 26 septembre au 2 octobre 2011, une permanence d'avocats au sein de la zone d'attente de l'aéroport de Roissy-Charles-de-Gaulle, l'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers a obtenu du président du tribunal de grande instance de Bobigny, statuant sur requête, la désignation d'un huissier de justice aux fins de constater les difficultés matérielles rencontrées par les avocats ayant participé à la permanence les 26 et 27 septembre 2011, que l'Etat a sollicité la rétractation de son ordonnance ».*

Elle a ensuite énoncé que *« pour accueillir sa demande, l'arrêt énonce que, la généralité de la mission, qui n'est sollicitée par aucun étranger déterminé afin de préserver ses droits, à un instant donné et dans un lieu précis, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure devant le juge des libertés et de la détention, le constat requis est manifestement insusceptible d'être utile lors d'un litige relevant de la compétence de l'autorité judiciaire ».*

Puis, elle a énoncé *« qu'en statuant ainsi, alors que le constat en cause pouvait, le cas échéant, être produit devant le juge des libertés et de la détention, à l'occasion*

d'une éventuelle prolongation du maintien en zone d'attente d'un étranger décidée sur le fondement des articles L.222-1 et L.222-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et n'était ainsi pas manifestement insusceptible d'être utile lors d'un litige relevant de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (1^{ère} civ., 1^{er} octobre 2014, pourvoi n°13-22853, publié au bulletin).

On observera que si la Cour de cassation était saisie d'un moyen posant la question de savoir si un tel constat d'huissier pouvait être ordonné, au regard de la compétence du juge judiciaire pour se déterminer ensuite, dans un litige futur, sur l'exercice effectif des droits d'une personne placée en zone d'attente, cet arrêt se prononce par ailleurs sur la potentielle utilité d'un tel constat d'huissier faisant état de difficultés générales dans un lieu de privation de liberté devant le juge des libertés et de la détention, dans le cadre de litiges particuliers.

Elle a en effet censuré la décision, qui pour rétracter une ordonnance ayant ordonné que soit ordonné un constat d'huissier faisant état de difficultés générales en zone d'attente, s'était fondée sur la généralité de la mission, qui n'est sollicitée par aucun étranger déterminé afin de préserver ses droits, à un instant donné et dans un lieu précis, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure devant le juge des libertés et de la détention, pour en déduire que le constat requis était manifestement insusceptible d'être utile lors d'un litige relevant de la compétence de l'autorité judiciaire.

III- L'utilité d'un constat d'huissier faisant état de difficultés relatives à l'exercice des droits des étrangers dans un lieu de restriction ou de privation de liberté, telle qu'une zone d'attente ou un centre de rétention administrative, tient à ce qu'elle portera sur un fait essentiel dans le cadre du contentieux dont sera susceptible d'être saisi le juge des libertés et de la détention, et qui sera susceptible de s'opposer à la prolongation de la mesure.

L'article L.551-2 du ceseda dispose : « la décision de placement est prise par l'autorité administrative, après l'interpellation de l'étranger ou, le cas échéant, lors de sa retenue aux fins de vérification de son droit de circulation ou de séjour, à l'expiration de sa garde à vue, ou à l'issue de sa période d'incarcération en cas de détention. Elle est écrite et motivée. Elle prend effet à compter de sa notification à l'intéressé. Le procureur de la République en est informé immédiatement.

L'étranger est informé dans une langue qu'il comprend et dans les meilleurs délais du fait qu'il bénéficie, dans le lieu de rétention, du droit de demander l'assistance d'un interprète, d'un conseil et d'un médecin ainsi que de communiquer avec son consulat et avec toute personne de son choix. Un décret en Conseil d'Etat précise, en tant que de besoin, les modalités selon lesquelles s'exerce l'assistance de ces intervenants.

Les meilleurs délais, au sens du deuxième alinéa, s'entendent compte tenu du temps requis pour informer chaque étranger de ses droits lorsqu'un nombre important d'étrangers doivent être simultanément placés en rétention.

Lorsque l'étranger ne parle pas le français, il est fait application des dispositions de l'article L. 111-7 ».

La Cour de cassation a rappelé l'importance de la notification des droits et de l'accès effectif de ses droits par le retenu (1ère civ., 31 janvier 2006, pourvoi n°04-50112 et 04-50121, 04-50129, 04-50158, 04-50157, 04-50093).

L'exercice effectif des droits de communiquer avec son consulat, avec toute personne de son choix, le droit à un interprète ainsi que l'exercice effectif des droits de la défense, qui implique de pouvoir téléphoner à son avocat, notamment pour préparer sa défense dans le cadre du contentieux de la rétention administrative et de sa prolongation, dépendra de l'exercice effectif du droit à un libre accès à un téléphone en centre de rétention administrative.

A cet égard, l'article R.553-3 du ceseda dispose : « les centres de rétention administrative, dont la capacité d'accueil ne pourra pas dépasser cent quarante places (...) répondent aux normes suivantes :

4^o un téléphone en libre accès pour cinquante retenus ».

Il a été souligné l'importance de « la nécessité d'un accès effectif et concret à l'exercice de ses droits par l'étranger, et notamment l'accès effectif aux visites et à un téléphone. En effet, c'est souvent le seul moyen pour lui, en seulement quelques heures, d'organiser sa défense, de rassembler des pièces et de préparer le recours et l'audience» (Etude du dictionnaire permanent, «rétention administrative », n°216).

A titre d'éclairage, on soulignera que des juges du fond ont eu l'occasion de rappeler qu'il appartient à l'étranger, qui se plaint de ce qu'aucun appareil téléphonique ne lui aurait été mis à disposition, de rapporter la preuve qu'il en a fait la demande (par ex., CA Metz, ord., 2 nov. 2015, n° 15/00521).

IV- En l'espèce, comme les associations et syndicat le faisaient valoir dans leurs écritures d'appel, de graves difficultés sont survenues dans le centre de

rétenion administrative de Pamandzi à Mayotte, qui n'offrait pas la possibilité aux retenus d'exercer leur droit à un libre accès à un téléphone.

De ce libre accès à un téléphone dépendait l'exercice effectif des droits à communiquer avec son consulat, une personne de son choix, et de ses droits à la défense, qui impliquent de pouvoir téléphoner à son avocat, notamment pour préparer sa défense devant le juge des libertés et de la détention.

Et comme les associations et syndicat le faisaient valoir dans leurs écritures d'appel, les retenus qui le faisaient valoir en justice se voyaient opposer qu'il n'existait aucune preuve de cette absence de libre accès à un téléphone dans ce centre de rétention administrative.

C'est la raison pour lesquelles ils ont saisi le juge sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, afin qu'un constat d'huissier mettant en exergue cette absence de libre accès à un téléphone soit dressé.

Cette action avait ainsi pour objectif de permettre aux retenus de démontrer, dans le cadre de futures instances devant le juge des libertés et de la détention, saisi d'une requête en prolongation de la mesure, qu'ils n'avaient pas été mis en mesure d'exercer effectivement leurs droits en rétention administrative.

Cette demande était très proche de celle qui a donné lieu à l'arrêt rendu le 1^{er} octobre 2014, publié au bulletin, précité, et qui avait trait aux difficultés rencontrées concernant l'exercice effectif des droits de la défense dans une zone d'attente.

Or, pour rejeter cette demande, la cour d'appel a retenu des motifs très proches de la décision qui a été censurée par l'arrêt précité du 1^{er} octobre 2014.

Elle a tout d'abord rappelé que la requête des associations et syndicat tendait à démontrer que le droit de communication officiellement fourni aux étrangers retenus n'est pas effectif, moyen de nullité des procédures de rétention systématiquement écarté par le juge des libertés et de la détention, faute de preuve, carence que pourrait pallier un procès-verbal de constat d'huissier établi inopinément.

Mais elle a énoncé, pour rejeter la requête, qu' «un procès-verbal de constat d'huissier établissant les conditions d'utilisation des publiphones à un instant donné, s'il a un sens pour dénoncer, devant l'autorité judiciaire, la situation personnelle vécue par un retenu à ce moment-là ou devant la justice administrative, la situation générale de non droit vécue par tous les retenus, ne pourrait être, de façon efficace, utilisé ad futurum à l'occasion de procédures particulières concernant des retenus devant le juge des libertés et de la détention dans le cadre de la défense de leurs droits propres » (décision p.5).

La cour d'appel n'a ainsi pas remis en cause la potentielle « situation de non droit », que faisait valoir les requérantes, dans le centre de rétention administrative de Pamandzi.

Elle a toutefois considéré qu'un tel constat d'huissier ne pourrait être utilisé que pour alerter le parquet de la situation du retenu, ou dans le cadre d'un litige devant le juge administratif.

Cette solution revient en réalité à méconnaître l'office du juge des libertés et de la détention, qui est précisément de contrôler, dans des litiges futurs, si les retenus qui seront privés de liberté à la date à laquelle le constat d'huissier sera dressé, auront été privés de l'exercice effectif de leurs droits.

Et on observera que par hypothèse, si une situation de non droit générale existe, concernant l'exercice effectif des droits des retenus dans ce centre de rétention administrative, elle englobe nécessairement celle des retenus à la date du constat d'huissier, qui seront, le cas échéant, amenés à le faire valoir devant le juge des libertés et de la détention dans le cadre de leurs litiges particuliers.

On soulignera que la solution retenue par la décision attaquée semble incompatible avec celle énoncée par l'arrêt de la Cour de cassation de 2014 précité, suivant lequel « le constat en cause (concernant les difficultés générales survenus dans le cadre d'une zone d'attente) pouvait, le cas échéant, être produit devant le juge des libertés et de la détention, à l'occasion d'une éventuelle prolongation du maintien en zone d'attente d'un étranger décidée sur le fondement des articles L.222-1 et L.222-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et n'était ainsi pas manifestement insusceptible d'être utile lors d'un litige relevant de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ».

Dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel a en réalité totalement occulté l'office du juge des libertés et de la détention, dont le rôle est de contrôler notamment l'exercice effectif des droits des retenus.

Dès lors, en énonçant, pour se prononcer sur la requête fondée sur l'article 145 du code de procédure civile, qu'«un procès-verbal de constat d'huissier établissant les conditions d'utilisation des publiphones à un instant donné, s'il a un sens pour dénoncer, devant l'autorité judiciaire, la situation personnelle vécue par un retenu à ce moment-là ou devant la justice administrative, la situation générale de non droit vécue par tous les retenus, ne pourrait être, de façon efficace, utilisé ad futurum à l'occasion de procédures particulières concernant des retenus devant le juge des libertés et de la détention dans le cadre de la défense de leurs droits propres», la cour d'appel a violé les articles 145 du code de procédure civile, L.551-2, L.552-1, L.552-2, R.553-2 du ceseda.

La cassation est encourue.

V- En tout état de cause, elle l'est à un autre titre.

En effet, à tout le moins, les motifs de la décision ne permettent pas de comprendre pourquoi, par principe, un constat d'huissier mettant en relief l'absence de libre accès à un téléphone dans ce centre de rétention administrative ne pourrait pas ad futurum être utilisé de façon efficace par les retenus devant le juge des libertés et de la détention, dans le cadre de la défense de leurs droits propres.

Comme on l'a vu, si de manière globale, il n'existe pas de libre accès à un téléphone dans ce centre de rétention administrative de Pamandzi, par hypothèse, les retenus, qui seront privés de liberté dans ce centre, à la date du constat d'huissier, n'auront pas pu y avoir accès.

La motivation de la décision ne permet donc pas de comprendre le raisonnement suivi par la cour d'appel et la raison pour laquelle un tel constat d'huissier ne pourrait pas être utilisé efficacement ad futurum lors de ces contentieux.

Dès lors, en se bornant à affirmer péremptoirement que ce constat ne pourrait pas être utilisé efficacement ad futurum par des retenus devant le juge des libertés et de la détention, dans le cadre de la défense de leurs droits propres, sans mieux s'en expliquer, la cour d'appel a privé sa décision au regard des articles 145 du code de procédure civile, L.551-2, L.552-1, L.552-2, R.553-2 du cesda.

La cassation est encourue.

VI- En toute hypothèse, à supposer que la cour d'appel ait considéré que le constat d'huissier n'aurait pas de force probante suffisante dans le cadre du litige particulier de prolongation de la rétention administrative d'un retenu, la cassation serait encore encourue.

Comme on l'a vu, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête.

Ainsi, saisi d'une telle requête, le juge doit examiner si la mesure permettra d'établir la preuve d'un fait dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

Il n'a pas à examiner en revanche la potentielle force probante de la mesure d'instruction dans le cadre du litige futur.

VII- En l'espèce, la cour d'appel s'est déterminée sur cette circonstance, étrangère à la lettre et à l'esprit de l'article 145 du code de procédure civile.

La seule question que la cour d'appel devait se poser, concernant l'utilité de la mesure, était de savoir si elle était susceptible de permettre la conservation ou l'établissement de faits dont peut dépendre la solution d'un éventuel litige.

Elle n'avait pas à s'avancer sur la force probante, à son sens, de cette mesure d'instruction, dans le cadre d'un futur litige.

C'est pourtant ce qu'elle a fait.

Pour rejeter la requête qui lui était soumise, la cour d'appel a en effet énoncé en effet qu'un constat d'huissier établissant les conditions d'utilisation des publiphones dans un centre de rétention administrative à un moment donné ne pouvait pas être utilisé efficacement *ad futurum* à l'occasion de procédures particulières concernant les retenus devant le juge des libertés et de la détention.

Elle est ainsi allée au-delà de la question de l'utilité de la mesure, qui impliquait de s'interroger uniquement sur la question de savoir si elle était susceptible de permettre la conservation ou l'établissement de faits dont peut dépendre la solution d'un éventuel litige.

Elle s'est en effet avancée sur le terrain du juge du fond, en se déterminant au regard de la force probante potentielle de la mesure d'instruction demandée dans le cadre de litiges futurs.

Ce faisant, la cour d'appel qui a ajouté une condition au texte, a violé l'article 145 du code de procédure civile.

A tout le moins, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs impropres à exclure l'existence d'un motif légitime d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution des litiges de prolongation de la rétention administrative des personnes qui seront retenues dans le centre de rétention administrative en cause, à la date du constat d'huissier requis.

La cassation s'impose de plus fort.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin même d'office, les exposantes conclut qu'il plaise à la Cour de cassation :

-CASSER et ANNULER l'arrêt attaqué en toutes ses dispositions, avec toutes conséquences de droit.

SCP Zribi & Texier
Avocat aux Conseils

Productions :

- 1°) Ordonnance de première instance
- 2°) Conclusions de l'exposante
- 3°) Pièce n°18
- 5°) Pièce n°16
- 6°) Pièces n°22 et 23
- 7°) Pièce n°27
- 8°) Pièce n°28