

Anne SEVAUX et Paul MATHONNET
Société Civile Professionnelle
AVOCAT AU CONSEIL D'ETAT
ET A LA COUR DE CASSATION
12, rue de Bourgogne, 75007 PARIS
tél : 01.43.17.39.00
fax : 01.43.17.39.09
cabinet@as-pm.fr

21792 02

CONSEIL D'ETAT

Section du Contentieux

RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

MEMOIRE COMPLEMENTAIRE

POUR :

**L'association Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s (ci-après « GISTI »),
Le Syndicat des avocats de France (ci-après « SAF »)
L'Association pour le droit des étrangers (ci-après « ADDE »)
La Fédération des Associations de Solidarité avec Tou·te·s les Immigré·e·s (ci-après « FASTI »)
L'Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les personnes Étrangères (ci-après « Anafé »)
La Ligue des droits de l'Homme (ci-après « LDH »)
L'Association Droits Ici Et Là-bas (ci-après « DIEL »)
La Coalition Internationale des Sans Papiers et Migrants (ci-après « CISPM »)
La Cimade**

demandeurs,
S.C.P. Anne SEVAUX et Paul MATHONNET,

CONTRE :

Le Ministre de l'Intérieur et de l'Outre-mer

A l'appui de la requête n° 497.930

*Contre le décret n° 2024-799 du 2 juillet 2024
relatif à la simplification des règles du contentieux*

I- FAITS ET PROCEDURE

1. Dans son rapport intitulé « *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous* » publié en mars 2020, le Conseil d'Etat soulignait que « *la complexité du contentieux des étrangers tient d'abord à la multiplicité des procédures juridictionnelles et des délais applicables* ».

Face au constat de l'accumulation des procédures contentieuses, sous l'effet de l'empilement des législations, le législateur a entendu procéder à une simplification.

Le projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration déposé le 15 mars 2023 a, en ses articles 21 à 23, prévu une simplification du contentieux des étrangers en réduisant d'une douzaine à cinq le nombre de procédures applicables.

Les amendements sur le texte initial adoptés en commission ont modifié le texte du projet de loi pour réduire à quatre le nombre de procédures applicables devant le juge administratif et faciliter le recours à la vidéo-audience.

Pour ce qui concerne spécifiquement le contentieux judiciaire, le projet de loi a prévu, l'allongement du délai de jugement de la requête aux fins de maintien en zone d'attente en cas de placement simultané d'un grand nombre d'étrangers dans une même zone, la réduction des nullités susceptibles d'être retenues par le juge des libertés et de la détention aux seuls cas d'atteintes substantielles au droit de l'étranger, et l'instauration d'un appel suspensif contre l'ordonnance mettant fin à la rétention lorsque le motif de la mesure est lié à des faits de terrorisme.

2. Le projet de loi a été adopté le 19 décembre 2023 par les deux assemblées, après engagement de la procédure accélérée.

Pour ce qui concerne le contentieux administratif, les articles 21 à 23 du projet de loi ont finalement déplacés aux articles 72 à 75.

L'article 72 réécrit les règles applicables en la matière dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) et réduit le nombre de procédures contentieuses à quatre pour ce qui concerne le contentieux administratif. Il ajoute un nouvel article L. 922-3 qui ouvre la possibilité de tenir l'audience dans la salle d'audience attribuée au ministère de la justice spécialement aménagée à proximité immédiate, selon le cas, du lieu de rétention ou de la zone d'attente.

L'article 73 procède aux coordinations nécessaires dans le code de justice administrative pour prendre en compte les modifications des règles de procédures introduites. L'article 74 modifie, de la même manière, les dispositions de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique pour les coordonner au regard de la réforme du contentieux opérée.

L'article 75 ajoute dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile un nouvel article L. 425-9-1 qui prévoit que lorsque le juge administratif est saisi d'un moyen relatif à l'état de santé du demandeur dont la demande de titre de séjour a été rejetée, il appelle l'OFII à présenter des observations qui peuvent comporter toute information couverte par le secret médical.

Pour ce qui concerne le contentieux judiciaire, les articles 24 à 25ter du projet de loi ont finalement été codifiés aux articles 76 à 75.

L'article 76 autorise la tenue des audiences dans une salle d'audience séparée spécialement aménagée reliée au tribunal en direct par un moyen de communication audiovisuelle garantissant la confidentialité et la qualité de la transmission.

L'article 77 fixe le délai dans lequel doit statuer le juge des libertés et de la détention et prévoit que le délai de 24 heures dans lequel il doit statuer peut être porté à 48 heures.

L'article 78 modifie l'article L. 743-12 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour prévoir que les nullités sont celles qui portent une atteinte substantielle aux droits et dont la régularisation n'a pas pu être rétablie avant la clôture des débats, là où le même article prévoyait dans sa version initiale que la nullité était celle qui lésait le droit de l'étranger et que l'ensemble des pièces utiles devait être apporté au plus tard lors de la saisine du juge.

L'article 79 modifie l'article L. 743-22 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour fixer, par dérogation, le caractère suspensif de l'appel interjeté contre une décision mettant fin à la rétention est suspensif lorsque l'intéressé a été condamné à une peine d'interdiction du territoire pour des actes terroristes ou s'il fait l'objet d'une mesure d'éloignement édictée pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste.

3. Une fois adoptée, la loi a été soumise à l'examen du Conseil Constitutionnel qui, par une décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, a partiellement déclaré la loi conforme à la Constitution.

Examinant les dispositions des articles 72 et 76 qui permettent que les audiences puissent se tenir au moyen d'une communication audiovisuelle, le Conseil Constitutionnel a estimé que le législateur a entendu contribuer à la bonne administration de la justice, que l'avocat de l'étranger peut assister à l'audience dans l'une ou l'autre salle et qu'il a ainsi le choix et qu'il peut en toute hypothèse s'entretenir avec son client de manière confidentielle. Il a en outre relevé que les deux salles d'audience étaient ouvertes au public et qu'un procès-verbal attestant de la conformité des opérations effectuées est établi dans chacune des salles d'audience.

Enfin, il a également relevé pour déclarer ces dispositions conformes à la Constitution que le président du tribunal administratif ou le juge des libertés et de la détention peut, de sa propre initiative ou à la demande des parties, suspendre l'audience lorsqu'il constate que la qualité de la retransmission ne permet pas à l'étranger ou à son conseil de présenter ses explications dans des conditions garantissant une bonne administration de la justice.

La loi ° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, est entrée en vigueur le lendemain de sa publication.

4. Les modalités d'application de ces dispositions ont été précisées par le décret n° 2024-799 du 2 juillet 2024 relatif à la simplification des règles du contentieux.

Les articles 1 à 5 de ce décret concernent le contentieux administratif et modifient le code de justice administrative ainsi que le code de

l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et fixent les conditions de la vidéo-audience. En particulier, ces dispositions prévoient que, dans la salle spécialement aménagée à cet effet, un agent du centre de rétention ou de la zone d'attente assure les fonctions de greffe et rappellent que l'avocat a le choix de plaider dans la salle d'audience du tribunal ou dans la salle spécialement aménagée.

Enfin, ces dispositions suppriment le double degré de juridiction pour les décisions rendues contre les décisions de transfert prises en application du règlement « Dublin III ».

Les articles 6 et 7 de ce décret concernent le contentieux judiciaire. Leurs dispositions fixent les conditions dans lesquelles il peut être décidé de porter à 48 heures le délai dans lequel il est statué sur les requêtes aux fins de maintien en zone d'attente ou en rétention. Ces dispositions ajoutent que les débats pourront avoir lieu ou se poursuivre en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice.

Les dispositions des articles 8 et 9 sont relatives à l'outre-mer et aux dispositions finales.

Le décret n° 2024-799 du 2 juillet 2024 est le décret attaqué.

II- DISCUSSION

En premier lieu, sauf à ce qu'il soit établi que le projet de décret soumis au Conseil d'Etat était identique au texte du décret adopté, il doit être retenu que la procédure préalable à l'adoption de ce dernier est irrégulière (A).

En tant qu'il fixe les conditions de tenue des audiences dans une salle spécialement aménagée à cet effet par un moyen audiovisuel, le décret méconnaît l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et en particulier le principe constitutionnel d'indépendance de la justice (B).

En tant qu'il ouvre la possibilité pour le magistrat de ne pas notifier le dispositif du jugement sur le siège à l'issue du délibéré directement après l'audience, le décret méconnaît le droit à un recours juridictionnel effectif tel que prévu par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (C).

Le décret attaqué est enfin entaché d'erreur manifeste d'appréciation en tant qu'il supprime le double degré de juridiction pour les décisions rendues contre les décisions de transfert prises en application du règlement « Dublin III » (D).

A] Sur l'irrégularité de la procédure suivie

1. Les décrets pris en Conseil d'Etat doivent être conforme au projet de décret soumis par le Gouvernement à la consultation de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat, et, *a fortiori*, à la minute de la section du Conseil d'Etat qui l'a examiné et, si tel n'est pas le cas, il est acquis que le décret a été pris au terme d'une procédure irrégulière (pour un exemple récent d'annulation : CE, 5 février 2020, *UNICEF France*, n° 428478 ; voir également : CE, 24 octobre 2019, *Fédération des transports et de la logistique FO-UNCP*, n° 422583 ; CE, 20 décembre 2013, n° 357198, publié au Lebon ; CE, 10 janvier 2007, *Fédération nationale interprofessionnelle des mutuelles*, n° 283175, mentionné aux tables).

2. En l'état, à défaut de toute justification utile et contradictoire permettant de s'assurer que le décret attaqué est conforme au projet de décret soumis par le gouvernement au Conseil d'Etat, ou à la minute de la section du Conseil d'Etat qui l'a examiné, l'irrégularité devra être constatée.

En l'absence de consultation régulière du Conseil d'Etat, le décret attaqué est entaché d'incompétence. L'annulation est encourue.

B] En tant qu'il fixe les conditions de tenue des audiences dans une salle spécialement aménagée à cet effet par un moyen audiovisuel, le décret méconnaît le principe d'indépendance de la justice, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

1. Le droit à un recours effectif et le principe du respect des droits de la défense découlent de la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Cons. constit. 30 mars 2006, n° 2006-535, cons. 24) et impliquent notamment le droit à l'assistance effective de l'avocat (Cons. constit. 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC), le respect du principe du contradictoire (Cons. constit. 16 septembre 2016, n° 2016-566 QPC) ainsi que l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties (Conseil constit., 23 juillet 2010, décision n° 2010-15/23 QPC ; Cons. constit. 18 novembre 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, n° 159).

Participe des garanties du droit à un procès juste et équitable protégées par l'article 16 le droit de comparaître à une audience (Cons. const., décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 ; Cons. const., décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 ; Cons. Const., décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018 ; Conseil const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC ; v. également en matière pénale : Conseil const., 20 septembre 2019, n° 2019-802 QPC ; Conseil const., 30 avril 2020, n° 2020-836 QPC).

Quand bien même ne serait-il pas absolu, le droit de comparaître physiquement devant un juge et de ne pas se voir imposer une comparution par un procédé de communication audiovisuelle participe ainsi directement du droit au procès équitable et de l'exercice des droits de la défense.

Certes, le juge constitutionnel n'exige pas d'une manière générale que le recours à la visioconférence s'accompagne de l'accord de la personne intéressée. Toutefois, eu égard à l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé, il procède à une appréciation circonstanciée de l'utilisation de la visioconférence en appréciant les conditions particulières dans lesquelles elle est utilisée.

2. S'agissant des garanties dans l'organisation de la visioconférence, le Conseil constitutionnel n'a validé la possibilité de tenir une audience par visioconférence sans consentement du justiciable qu'au regard des garanties concrètes entourant le recours à ce dispositif.

L'audience audiovisuelle doit reproduire à distance les conditions les plus proches possibles de l'audience ordinaire et par conséquent assurer la transmission entre les différents intervenants du son et de l'image tout en préservant la nécessaire confidentialité de la transmission (v. en ce sens : G. PELLISSIER : conclusions sur CE, 24 octobre 2018, *société Hélène et fils*, n° 419417, mentionné aux tables).

Le Conseil constitutionnel a retenu, pour admettre la conformité du dispositif à la Constitution, que le législateur avait prévu plusieurs garanties, notamment le fait que la salle d'audience aménagée à cet effet est ouverte au public et située dans des locaux relevant du ministère de la justice que l'audience doit se dérouler en direct en assurant la confidentialité de la transmission, que l'intéressé a le droit d'obtenir la communication de l'intégralité de son dossier, que, s'il est assisté d'un conseil, ce dernier est physiquement présent auprès de lui et qu'un procès-verbal ou un enregistrement audiovisuel ou sonore des opérations est réalisé (Cons. Const., 9 juin 2011, n° 2011-631 DC ; Cons. Const., décision, 6 septembre 2018, n° 2018-770 DC ; Cons. Const., 25 janvier 2024, n° 2023-863 DC).

Statuant sur la loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, le Conseil Constitutionnel a ajouté, parmi les garanties, le fait que « *le président du tribunal administratif ou le juge des libertés et de la détention peut, de sa propre initiative ou à la demande des parties, suspendre l'audience lorsqu'il constate que la qualité de la retransmission ne permet pas à l'étranger ou à son conseil de présenter ses explications dans des conditions garantissant une bonne administration de la justice* » (Cons. Const. 25 janvier 2024, n° 2023-863 DC).

Le recours à la visioconférence a ainsi été regardé par le Conseil constitutionnel comme compatible avec le droit à un recours effectif dans des situations où étaient assurées les garanties suivantes :

- l'audience doit se tenir dans une salle d'audience spécialement aménagée à cet effet, ouverte au public, et située dans des locaux relevant du ministère de la justice,
- la confidentialité de la transmission entre le tribunal et cette salle doit être assurée,

- un procès-verbal des opérations effectuées doit être établi dans chacune des salles d'audience,
- la mise en œuvre de ces moyens ne doit pas faire obstacle à l'assistance des intéressés par leurs conseils,
- le Président dispose de la faculté effective de suspendre l'audience lorsqu'il constate que la qualité de la retransmission ne permet pas à l'étranger ou à son conseil de présenter ses explications dans des conditions garantissant une bonne administration de la justice.

Lorsque ces garanties ne sont pas réunies, le Conseil Constitutionnel considère que, eu égard à l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction, les dispositions autorisant l'usage de ce dispositif doivent être déclarées non conformes à la Constitution (Cons. Const., décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021).

La méconnaissance de ces dispositions et l'usage d'un dispositif ne permettant pas de respecter ces garanties entraîne inévitablement l'annulation de la procédure suivie (CE, 19 juillet 2017, n° 400387, mentionné aux tables ; CE, 24 octobre 2018, *société Hélène et fils*, n° 419417, mentionné aux tables).

Par ailleurs, le contentieux des étrangers est régi par la directive dite « retour » du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et le règlement n° 604/2013 du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres, lesquels prévoient tous le droit à un recours effectif.

Sous cet angle, trouvent à s'appliquer à ce contentieux les garanties posées par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui prévoit notamment que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter* ».

Sont ainsi opérants les moyens pris de la méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

3. Le décret attaqué précise les conditions de recours à la vidéo audience dans le contentieux administratif et judiciaire relatif à l'éloignement des étrangers.

En ce qu'il prévoit que les fonctions de greffe dans la salle aménagée à cet effet pourront être déléguées et exercées par un agent du centre de rétention ou de la zone d'attente placé sous la direction du préfet, le décret porte atteinte au principe constitutionnel d'indépendance de la justice et à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (**B-1**).

En tant qu'il ne prévoit pas les moyens de communication des pièces nouvelles pendant l'audience d'une part, et en tant qu'il ne prévoit pas les conditions d'exercice des interprètes, d'autre part, le décret ne garantit pas une assistance effective des intéressés par leurs conseils, et méconnaît l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (**B-2**).

B-1] En tant qu'il prévoit que les fonctions de greffier seront assurées, dans la salle spécialement aménagée, par un agent du centre de rétention, le décret méconnaît le principe constitutionnel d'indépendance de la justice, l'article L. 743-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

1. L'indépendance de la justice vise à garantir la possibilité de prendre des décisions à l'abri de toute instruction ou pression. Ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative ne peuvent empiéter sur les fonctions des juges (Cons. Const., décision n° 2007-551 DC du 1^{er} mars 2007).

Ce principe garantit l'indépendance de la justice judiciaire (Cons. Const., décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010), comme de la justice administrative (Cons. Const., décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 ; Cons. Const., décision 2014-423 QPC du 24 octobre 2014).

Parce qu'ils participent directement à la mission de rendre la justice, les greffiers sont également astreints à une obligation d'indépendance.

2. Les greffiers participent directement à la mission des magistrats.

Dans les juridictions administratives, les greffiers « *veillent au bon déroulement de la procédure juridictionnelle* » et assistent le chef de juridiction dans la gestion des locaux et des matériels de la juridiction conformément à l'article R. 226-1 du code de justice administrative. Cet article prévoit que « *le greffier est chargé du bon déroulement de la procédure juridictionnelle pour les dossiers qui lui sont confiés* ».

L'indépendance des greffiers à l'égard des autorités administratives est garantie par leurs modalités de nomination. L'article R. 226-1 prévoit à cet égard qu'ils sont nommés par le ministre de l'intérieur sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat, après avis, selon le cas, du président du tribunal administratif ou du président de la cour administrative d'appel. Le décret n° 2015-1275 du 13 octobre fixent les modalités de recrutement et prévoient que les greffiers exercent exclusivement leurs fonctions dans les services judiciaires, à l'Ecole nationale des greffes, à l'Ecole nationale de la magistrature et à l'administration centrale du ministère de la justice.

Cette exigence d'indépendance s'impose à plus forte raison lorsque les greffiers sont chargés de s'assurer du respect des garanties essentielles de la procédure juridictionnelle.

Cette exigence est d'ailleurs similaire pour les greffiers des services judiciaires qui sont ainsi astreints à des obligations particulières. Les greffiers des services judiciaires reçoivent une formation professionnelle continue, sont soumis à des incompatibilités, et prêtent serment de remplir leur fonction loyalement et de respecter le secret professionnel.

Le décret n° 2015-1275 du 13 octobre 2015 portant statut particulier des greffiers des services judiciaires prévoit ainsi que les greffiers « *assistent les magistrats dans les actes de leur juridiction et authentifient les actes juridictionnels dans les cas et suivant les conditions prévues par le code de l'organisation judiciaire, le code du travail et les textes particuliers. Les greffiers exercent également des fonctions d'assistance des magistrats dans le cadre de la mise en état et du traitement des dossiers ainsi que dans le cadre*

des recherches juridiques. Selon les directives des magistrats, ils rédigent des projets de décisions et de réquisitoires ».

Qu'il s'agisse des juridictions judiciaires ou administratives, les greffiers participent ainsi directement à la mise en œuvre des fonctions juridictionnelles.

3. Le premier article du décret attaqué prévoit que lorsque l'audience se tient en vidéo audience « *les missions du greffe qui ne peuvent être assurées par l'agent de greffe présent dans la salle d'audience du tribunal administratif peuvent l'être, sous sa supervision, par un agent du lieu de rétention administrative ou de la zone d'attente, placé pour les besoins de l'audience sous l'autorité du président du tribunal administratif ou du magistrat désigné par lui. Cet agent établit, pour cette salle d'audience, le procès-verbal mentionné au troisième alinéa du même article ».*

Cette disposition s'applique pour les audiences tenues devant le tribunal administratif en application des articles L. 922-3 et R. 922-22 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

4. Ces dispositions autorisent la délégation temporaire des missions exercées par les greffiers à un tiers pour assurer la mission de rédiger le procès-verbal établi dans chacune des salles d'audience attestant de la conformité de la tenue de la vidéo audience.

Concrètement, en l'absence de greffier dans cette salle d'audience spécialement aménagée, ce tiers est chargé de réaliser toutes les diligences qui appartiennent en principe au greffier : c'est-à-dire s'assurer de la régularité de la procédure, mettre à disposition du retenu l'intégralité du dossier conformément à l'article L. 922-3, transmettre les éventuelles pièces, rédiger le procès-verbal attestant de la régularité de l'audience, assurer matériellement la police de l'audience.

Or, les dispositions précitées prévoient que ce tiers est un agent du lieu de rétention administrative ou de la zone d'attente, locaux placés sous la responsabilité du préfet, lequel est par ailleurs partie à l'instance qui se déroule devant le juge administratif.

En d'autres termes, la personne chargée d'assurer la régularité de l'audience dans la salle spécialement aménagée à cet effet est placée sous l'autorité hiérarchique d'une des parties au procès.

Pourtant, d'autres options auraient pu être envisagées, telle que la mobilisation de deux greffiers pour la tenue de l'audience et la mise à disposition d'un greffier dans la salle spécialement aménagée à cet effet, ou encore la mutualisation des greffiers des services judiciaires au bénéfice de la juridiction administrative.

En ce que le décret attaqué confie ainsi la responsabilité de la régularité de la procédure à une personne placée sous la direction du préfet – défendeur dans le procès qui se déroule dans la salle d'audience – il méconnaît le principe constitutionnel d'indépendance de la justice (première branche).

5. Pour ce qui concerne le contentieux judiciaire, le décret attaqué ne prévoit pas les conditions dans lesquelles s'opèrent la tenue de la vidéo-audience et la rédaction du procès-verbal attestant de la conformité des opérations dans chacune des salles d'audience, alors que l'établissement d'un tel procès-verbal est exigé par l'article L. 743-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Le décret ne fixe pas les conditions dans lesquelles la régularité de l'audience dans la salle spécialement aménagée est appréciée, alors que les dispositions législatives de l'article L. 743-7 précité qui prévoient le recours à la vidéo-audience sont entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2024, conformément au I de l'article 5 du décret n° 2024-570 du 20 juin 2024.

Si le pouvoir réglementaire n'est pas tenu d'épuiser sa compétence en un seul acte, une telle omission n'est pas sans incidence sur la légalité du décret dès lors que le dispositif de la vidéo-audience est entré en vigueur et mis en œuvre et qu'en raison de cette omission, les garanties substantielles qui doivent entourer le dispositif ne sont pas prévues.

Par conséquent, faute de fixer les modalités suivant lesquelles s'effectuent les missions de greffe dans la salle spécialement aménagée et est rédigé le procès-verbal mentionné à l'article L. 743-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le décret est entaché d'incompétence négative et méconnaît l'article L. 734-7 du code de l'entrée et du séjour des

étrangers et du droit d'asile ainsi que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (deuxième branche).

B-2] En tant qu'il ne prévoit pas les moyens de communication de pièces lors de l'audience, le décret ne garantit pas à l'assistance des intéressés par leurs conseils, et méconnaît l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

1. La procédure à juge unique devant le tribunal administratif conduite conformément aux dispositions des articles L. 900-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est une procédure orale.

L'article L. 922-19 prévoit que les parties peuvent présenter en personne ou par un avocat des observations orales, et qu'elles peuvent également produire des documents à l'appui de leurs conclusions. Les mêmes dispositions ajoutent que lorsque ces documents apportent des éléments nouveaux, le magistrat demande à l'autre partie de les examiner et de lui faire part à l'audience de ses observations. L'article L. 922-16 du même code prévoit à ce titre que l'instruction est close après que les parties ont formulé leurs observations orales.

De la même manière, la procédure menée, en application des articles L.743-1 à L. 743-25 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, devant le magistrat du siège du tribunal judiciaire (anciennement le juge des libertés et de la détention) est une procédure orale.

Jusqu'à l'adoption du décret attaqué, la règle dégagée par la Cour de cassation sur le fondement de l'ancien article R. 553-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile était que la requête du préfet sollicitant le maintien en rétention administrative de l'intéressé devait être accompagnée de l'ensemble des pièces justificatives et que le représentant du préfet, ne pouvait plus apporter de nouvelles pièces à l'audience, sauf à démontrer l'impossibilité de les produire antérieurement.

Cet état du droit a évolué depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024 puisque la nouvelle rédaction de l'article L. 743-12 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile autorise le préfet à apporter la preuve de ce que le grief de nullité invoqué n'a été régularisé, cela avant la clôture des débats. La possibilité pour les parties de produire de nouvelles pièces

lors de l'audience est en conséquence renforcée par l'évolution des dispositions législatives applicables.

Il en résulte que, devant le magistrat du siège du tribunal judiciaire, comme devant le juge unique du tribunal administratif, les parties produisent et se communiquent régulièrement pendant l'audience de nouvelles pièces, lesquelles peuvent être produites et communiquées jusqu'à la clôture des débats.

2. Cette pratique concerne à plus forte raison les avocats commis d'office, qui rencontrent leur client, pour la première fois quelques minutes avant l'audience. Lors de cet échange, le retenu communique fréquemment à l'avocat des pièces qu'il a en sa possession et qui n'ont pas été versées à la procédure.

Ces pièces sont parfois transmises par la famille du retenu qui se présente au tribunal compétent précisément pour fournir à l'avocat commis d'office les pièces qui lui permettront d'assurer la défense du retenu.

Ces pièces sont susceptibles de concerner l'état de la santé de l'intéressé, ou de démontrer l'existence de garanties de représentation. Pour ce qui concerne le droit au séjour de l'intéressé, il peut s'agir de preuve de l'exercice d'une activité professionnelle, ou de l'entretien effectivement apporté aux enfants mineurs. Ces pièces sont parfois constituées des jugements qui ont pu être obtenus par le retenu qui retiennent le droit au séjour ou qui annulent le pays de destination, ces jugements ne figurant pas toujours dans le dossier.

La présence du traducteur auprès de l'avocat et du retenu est indispensable, non seulement pour traduire les échanges oraux, mais également pour lire les pièces qui ne sont pas en langue française et que le retenu souhaiterait soumettre à l'appréciation de l'avocat pour les besoins de sa défense.

En amont de l'audience, le principe de confraternité conduit, en principe, l'avocat diligent à prendre l'attache du représentant du préfet afin de lui communiquer les pièces qu'il compte produire à l'audience, les conclusions de nullité qu'il entend présenter ou les moyens nouveaux qu'il va soulever.

En pratique, cette conversation préalable permet au représentant du préfet de connaître en amont le moyen de nullité qui sera soulevé dans un dossier et d'identifier les pièces du dossier qui permettront d'écarter le moyen

de nullité soulevé. Dans la mesure, où il est fréquent que l'avocat du préfet plaide, pour une seule journée, une quinzaine de dossiers, cet échange préalable est indispensable pour l'exercice par l'avocat du préfet de ses fonctions.

Cette discussion officieuse implique donc que les avocats puissent échanger entre eux, avant le début de l'audience.

Pendant l'audience, les pièces sont produites et discutées contradictoirement. En pratique les pièces sont présentées au juge et les représentants des parties se rapprochent du juge afin que la discussion sur la teneur et la portée des pièces puisse avoir lieu simultanément et contradictoirement.

La présence du traducteur auprès des parties et du juge peut s'avérer nécessaire lorsque les pièces produites ne sont pas rédigées en langue française.

3. En l'absence d'un dispositif spécifique permettant un échange direct des pièces aux avocats et au juge, l'organisation de la vidéo-audience ne permet pas aux parties d'échanger leurs pièces pendant l'audience lorsque l'avocat du retenu plaide depuis la salle spécialement aménagée à cet effet auprès de son client.

L'avocat ne peut en effet pas transmettre à distance, pendant l'audience, les documents mis en sa possession par son client. Il ne peut pas non plus, en pratique, transmettre ces documents par RPVA ou Télérecours et cela pour une série de motifs : les documents ne sont pas dématérialisés, la salle aménagée à cet effet ne contient ni scanner ni connexion internet. C'est sans compter que l'avocat commis d'office ne dispose pas, en tout état de cause, du temps nécessaire pour procéder à la dématérialisation et à l'envoi des documents avant le début de l'audience dans la mesure où il doit s'entretenir avec l'ensemble de ces clients en moins d'une heure (en général quatre à cinq clients) entre le moment où il est convoqué et le début de l'audience.

En conséquence, de deux choses l'une :

- soit l'avocat fait le choix d'être dans la salle d'audience, mais il lui est alors impossible d'obtenir la transmission des documents que le retenu a en sa possession et qui doivent être versés à la procédure,

- soit l'avocat fait le choix d'être près de son client dans la salle spécialement aménagée à cet effet, mais il lui est alors impossible, d'une part, d'obtenir la transmission des documents que la famille du retenu aurait en sa possession et qui devraient être versés à la procédure et, d'autre part, de communiquer lors de l'audience les pièces nouvelles au représentant du préfet et au juge.

Dans cette dernière hypothèse, il est également impossible pour l'avocat de satisfaire aux exigences de la confraternité qui lui imposent, en principe, d'évoquer les moyens nouveaux qu'il soulèvera à l'audience, en amont de celle-ci, avec l'avocat de la partie adverse.

6. C'est sans compter la circonstance que le décret attaqué ne précise pas le lieu dans lequel le traducteur intervient, s'il est près du retenu ou bien s'il est près du juge dans les locaux du tribunal.

Là encore, de deux choses l'une, soit le traducteur est dans les locaux du tribunal et il ne peut matériellement pas traduire à l'avocat les pièces en la possession du retenu, lors de l'entretien confidentiel, soit le traducteur est dans la salle spécialement aménagée à cet effet, auquel cas il ne peut pas accéder aux pièces lorsqu'elles sont versées aux débats et soumises à l'examen du juge pendant l'audience.

7. Il s'évince de ces éléments qu'en l'état des dispositions du décret attaqué, et faute pour celui-ci de fixer d'une part les modalités de transmission, pendant l'audience des pièces et, d'autre part, les règles de présence des interprètes, la mise en œuvre de ces dispositions fait obstacle à l'assistance des intéressés par leurs conseils et méconnaît en conséquence le droit à un procès équitable.

En tout état de cause, dès lors que l'avocat du retenu est dans l'impossibilité de produire les pièces et éléments du dossier à l'audience s'il est auprès de son client dans la salle d'audience aménagée, l'avocat est tenu de plaider dans la salle d'audience du tribunal pour produire et discuter contradictoirement les pièces versées par les parties.

Sous cet angle, les dispositions du décret ne permettent pas de mettre en œuvre la garantie dégagée par le Conseil Constitutionnel suivant

laquelle l'avocat de l'étranger doit disposer du choix d'assister à l'audience dans l'une ou l'autre salle.

En conséquence, faute pour les dispositions attaquées de permettre la pleine assistance des intéressés par leurs conseils, le décret attaqué méconnaît l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

C] En tant que le décret ouvre au juge la faculté de prononcer le délibéré autrement que sur le siège, il méconnaît le droit à un recours effectif tel que prévu par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

1. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen garantit le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et à ce titre le droit des étrangers présents sur le territoire national de bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de leurs droits et libertés (Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC).

La communication des mentions des voies et délais de recours dans une langue que le ressortissant étranger comprend constitue une garantie substantielle du droit à un recours juridictionnel effectif (Cons. Const., 15 mars 2018, n° 2018-762 DC).

La question de l'information du justiciable s'agissant des informations adéquates et suffisantes concernant leurs situations pour pouvoir faire usage des recours appropriés et étayer leurs griefs participe par ailleurs des exigences du droit à un recours effectif tel qu'il est garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH, 22 septembre 2009, *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, n° 30471/08 ; CEDH, GC, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09 § 304; CEDH, GC, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09 § 204).

Il s'ensuit que le droit à un recours effectif suppose une information pleine et entière quant aux recours ouverts et aux modalités suivant lesquelles ils peuvent être mis en œuvre, ce qui implique, pour les personnes qui

ne maîtrise pas la langue française, la traduction de la mention des voies et des délais de recours dans une langue qu'elles comprennent.

2. Jusqu'à l'entrée en vigueur du décret attaqué, les dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoyaient que l'ordonnance rendue était notifiée oralement aux parties présentes.

Le dispositif du jugement était ainsi notifié sur le siège, c'est-à-dire directement par le magistrat, oralement, à l'issue de l'audience et directement après le délibéré.

Pour ce qui concerne le contentieux judiciaire, l'article R. 743-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoyait que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention était « *notifiée sur place aux parties présentes à l'audience qui en accusent réception. Le magistrat fait connaître verbalement aux parties présentes le délai d'appel et les modalités selon lesquelles cette voie de recours peut être exercée et les informe simultanément que seul l'appel formé par le ministère public peut être déclaré suspensif par le premier président de la cour d'appel ou son délégué* ».

Pour ce qui concerne le contentieux administratif, l'article R. 776-27 du code de justice administrative prévoyait que le dispositif du jugement assorti de la formule exécutoire prévue à l'article R. 751-1 était « *communiqué sur place aux parties présentes à l'audience, qui en accusent aussitôt réception* ».

En pratique, et à l'issue de la suspension de l'audience, les parties, leurs avocats et les traducteurs étaient tous présents lors du délibéré, notifié oralement avec la mention des voies de recours. Le traducteur traduisait ainsi à l'intéressé le délibéré ainsi que les voies et les délais de recours.

L'intéressé était en conséquence informé du sens de la décision, des voies et délais de recours à sa disposition et avait effectivement la possibilité d'interjeter appel une fois de retour dans les locaux du centre de rétention, soit par l'intermédiaire de son avocat choisi, soit par l'intermédiaire des associations présentes dans le centre de rétention. Précision faite que la mission de l'avocat commis d'office s'achève à l'issue de l'audience, de sorte qu'il n'appartient pas à l'avocat commis d'office d'expliquer les voies et délais de recours ni d'interjeter appel pour le compte de l'intéressé.

3. Le décret attaqué modifie cet état du droit en mettant fin à l'obligation du juge administratif comme du juge judiciaire de notifier le délibéré sur le siège.

Pour ce qui concerne le contentieux judiciaire, l'article R. 743-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit désormais que *« Lorsque les parties ne sont pas comparantes ou ne sont pas présentes au moment du prononcé de la décision, l'ordonnance leur est notifiée dans les délais les plus brefs et par tous moyens leur permettant d'en accuser réception. Cette notification mentionne le délai d'appel et les modalités selon lesquelles cette voie de recours peut être exercée et indique que seul l'appel interjeté par le ministère public peut être déclaré suspensif par le premier président de la cour d'appel ou son délégué »*.

Pour ce qui concerne le contentieux administratif, l'article R. 922-25 dispose que *« lorsque l'étranger est placé ou maintenu en rétention administrative ou en zone d'attente, le dispositif du jugement assorti de la formule exécutoire prévue à l'article R. 751-1 du code de justice administrative est communiqué aux parties par tous moyens et dans les délais les plus brefs suivant la levée de l'audience. Les parties en accusent aussitôt réception. Le jugement est prononcé à la date de cette communication »*.

Il en résulte que la notification de l'ordonnance et des mentions et des voies de recours n'intervient plus nécessairement sur le siège mais dans un second temps, après l'audience, lorsque le traducteur n'est plus présent auprès de l'intéressé pour lui traduire dans la langue qu'il comprend la mention des voies et des délais de recours.

L'intéressé se voit ainsi notifier une ordonnance et les mentions des voies et délais de recours rédigés en langue française qu'il ne maîtrise pas nécessairement, de sorte qu'il n'est pas mis en mesure d'accéder aux voies et délais de recours.

Ni le décret attaqué, ni aucune autre disposition législative ou réglementaire ne prévoit que la notification du dispositif du jugement et de la mention des voies de recours doit être faite par le truchement d'un interprète ou dans une langue que l'intéressé comprend.

En conséquence, en tant que le décret ouvre au juge la faculté de prononcer le délibéré autrement que sur le siège, sans fixer l'obligation de procéder à cette notification par le truchement d'un interprète, ou dans une langue que l'intéressé comprend, il méconnaît le droit à un recours juridictionnel effectif tel que prévu par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

D] En tant qu'il supprime le double degré de juridiction pour les décisions rendues contre les décisions de transfert prises en application du règlement « Dublin III », le décret attaqué est entaché d'erreur manifeste d'appréciation

1. En droit interne, on sait que la règle du double degré de juridiction ne met en cause aucune des matières réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution ou d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle, et qu'elle relève de la compétence réglementaire (CE, 28 avril 2023, *Association Ecologie pour Le Havre*, n°469305 ; CE, 14 juin 2023, *FNUJA et autres*, n° 466933).

En droit européen, l'article 47 de la Charte lue à la lumière de la directive dite « Retour » ou du règlement dit « Dublin III » impose le droit à un recours effectif, sans toutefois que ces dispositions n'accordent un droit d'interjeter appel (CJUE, 26 septembre 2018, C-180/17 ; CJUE, 28 juillet 2011, C-69/10 ; CJUE, 19 juin 2018, C-181/16).

Le droit à un recours effectif tel qu'il est garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'impose pas non plus un double degré de juridiction (CEDH, 16 décembre 1974, *Muller c. Autriche*, n° 5849/72) encore faut-il toutefois, que soit assuré le respect par la législation nationale des principes d'équivalence et d'effectivité (V. en ce sens : C. WARIN, *Nouvelles précisions sur les directives Qualifications et Procédures*, HAL Open Sciences).

2. La loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration prévoit désormais trois catégories de recours : la procédure ordinaire (un mois de délai de recours, 6 mois de délai de jugement, et une procédure collégiale), la procédure accélérée (7 jours de délai

de recours, 15 jours de délai de jugement, procédure à juge unique) et la procédure urgente (48h de délai de recours, 96h de délai de jugement, procédure à juge unique).

Suivant ces dispositions, les décisions de transfert dans le cadre du règlement « Dublin III » relèvent de deux de ces procédures. Lorsque la décision de transfert n'est pas assortie d'une mesure privative de liberté, le recours formé contre cette décision de transfert relève de la procédure accélérée et lorsqu'elle est assortie d'une mesure privative de liberté, le recours relève de la procédure urgente.

En d'autres termes, les recours contre les décisions de transfert prises dans le cadre du règlement « Dublin III » sont exclus des recours de la procédure ordinaire et relèvent exclusivement du juge unique qui doit juger soit dans un délai de 15 jours soit dans un délai de 96 heures.

Le décret attaqué ajoute à cela la suppression du double degré de juridiction pour ce qui concerne les recours contre les décisions de transfert prises dans le cadre du règlement « Dublin III ». Le nouvel article R. 922-26 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit ainsi que : *« le tribunal administratif statue en premier et dernier ressort sur les recours contre les décisions de transfert mentionnées à l'article L. 572-1 »*.

3. Le décret attaqué supprime le double degré de juridiction pour un contentieux jugé en premier et dernier ressort par un juge unique dans un délai très limité et dans le cadre d'un contentieux de masse.

On ne peut pas légitimement ignorer que l'examen, dans ces conditions, de ces recours nuit à la qualité de la justice, les conditions d'examen de ces contentieux n'étant pas sans incidence sur les décisions rendues.

C'est la raison pour laquelle si le flux des dossiers justifie un traitement plus rapide et allégé de ce contentieux de masse pour lequel le recours est suspensif, il est absolument nécessaire que l'appel – même non suspensif – soit ouvert pour permettre un réexamen collégial de la décision rendue à juge unique, avec des délais permettant une instruction approfondie et un délibéré serein.

Le contentieux des décisions de transfert prises dans le cadre du règlement « Dublin III » fait figure d'exception, dans la mesure où les autres contentieux relevant des procédures accélérées et urgentes ont tous un double degré de juridiction.

La suppression de l'appel dans ce contentieux est d'autant moins justifiée que, ainsi que l'a relevé le Syndicat des juridictions administratives dans son *livre blanc sur le contentieux des étrangers du 21 novembre 2019*, le règlement « Dublin III » contient des normes qui sont extrêmement sophistiquées et qui en font l'un des contentieux les plus techniques du contentieux des étrangers.

La technicité de ce contentieux et les conditions d'examen du recours en première instance participent des éléments qui justifient nombreuses des annulations des décisions prises en première instance.

En tant que le décret supprime le double degré de juridiction pour les recours formés contre les décisions de transfert, il est en conséquence entaché d'erreur manifeste d'appréciation, et méconnaît le droit à un recours effectif tel qu'il est prévu par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en ce que ce contentieux déroge au droit commun et n'est pas équivalent à un recours effectif.

L'annulation s'impose à tous les égards.

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

- **ANNULER** le décret attaqué ;
- **METTRE A LA CHARGE** de l'Etat le versement de la somme de 3.000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Pour la S.C.P. Anne SEVAUX et Paul MATHONNET,

l'un d'eux