

N° 440715
Association ELENA France et autres

N° 440806
GISTI et FASTI

N° 440866
Conseil national des barreaux

N° 441399
Syndicat de la juridiction administrative

N° 447060
Syndicat des avocats de France
Association Avocats pour la défense des étrangers
Association ELENA France

N° 447065
Conseil national des barreaux
Conférence des bâtonniers

N° 447758
Syndicat de la juridiction administrative

N° 447873
Syndicat de la juridiction administrative

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 7 mars 2022
Lecture du 6 avril 2022

CONCLUSIONS

M. Raphaël CHAMBON, Rapporteur public

La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 contient, à son article 11, une habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnances dans un délai de trois mois des mesures relevant du domaine de la loi dans un très grand nombre de matières.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Le 2° du I concerne les mesures visant à faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation et son c autorise le Gouvernement à prendre des mesures adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie parmi les personnes participant à la conduite et au déroulement des instances, notamment les règles relatives à la publicité des audiences et à leur tenue, au recours à la visioconférence devant les juridictions administratives et judiciaires et aux modalités d'organisation du contradictoire devant ces juridictions.

L'exposé des motifs du projet de loi précise que ces adaptations ont « en particulier pour objet de limiter les contacts entre les justiciables et les personnels judiciaires, tout en assurant la continuité du service public de la justice ».

Sur ce fondement, le Gouvernement a pris l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif, qu'il a complétée et précisée par deux ordonnances des 8 avril et 13 mai 2020.

Ces ordonnances ont cessé d'être applicables après le 11 juillet 2020, à la fin du premier état d'urgence sanitaire.

Toutefois, un deuxième état d'urgence sanitaire a été déclaré par le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020, et prorogé par la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire puis de nouveau par la loi n° 2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire, jusqu'au 1^{er} juin 2021.

L'article 10 de la loi du 14 novembre 2020 a réactivé l'habilitation figurant à l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 et le Gouvernement a pris sur ce fondement l'ordonnance n° 2020-1402 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre administratif réitérant, dans leur version résultant de l'ordonnance du 13 mai 2020 et moyennant quelques modifications formelles mineures, les dispositions des anciens articles 7 et 9 de l'ordonnance du 25 mars 2020, désormais respectivement les articles 2 et 3 de l'ordonnance du 18 novembre 2020. Un décret du même jour a réitéré pour le second état d'urgence sanitaire le contenu de certaines des dispositions figurant dans l'ordonnance du 25 mars 2020 mais ne relevant pas du domaine de la loi.

Par quatre requêtes distinctes, l'association Elena France et neuf autres associations, le GISTI et la FASTI, le Conseil national des barreaux (CNB) et enfin le Syndicat de la juridiction administrative (SJA) vous demandent d'annuler certaines dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 13 mai 2020, ou de cette dernière ordonnance. A l'appui de sa requête, le SJA a déposé par mémoires distincts

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité que vous avez refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel par une décision du 21 décembre 2020 (n° 441399).

Par trois autres requêtes, le Syndicat des avocats de France (SAF), l'association Avocats pour la défense des étrangers (ADDE) et l'association Elena France, le Conseil national des barreaux (CNB) et la Conférence des bâtonniers, et enfin le SJA vous demandent d'annuler certaines dispositions de l'ordonnance du 18 novembre 2020. A l'appui de leurs requêtes, le SAF et autres comme le CNB et la Conférence des bâtonniers vous ont saisi de questions prioritaires de constitutionnalité que vous avez également refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel par une décision du 2 avril 2021. Le SJA vous demande en outre d'annuler le décret du 18 novembre 2020, en particulier ses articles 3, 5 et 7.

Aucune des deux ordonnances en litige n'ayant été ratifiées à ce jour, il y a encore lieu de statuer sur les requêtes qui recherchent leur annulation pour excès de pouvoir.

Les huit requêtes dont vous êtes saisis posant de nombreuses questions communes, nous les examinerons d'un même élan.

Disons pour commencer quelques mots des moyens mettant en cause la légalité externe des textes attaqués, qui ne vous retiendront guère.

La seule circonstance que le texte de l'ordonnance du 13 mai 2020 publiée au Journal officiel ne correspondrait pas à la version de ce texte soumise pour avis au Conseil d'Etat n'est pas susceptible, à elle seule, d'en affecter la légalité, contrairement à ce que soutient le CNB, dès lors qu'il peut correspondre à la version adoptée par le Conseil d'Etat. Si toutefois vous nous suivez pour considérer que tant les conclusions principales que les conclusions subsidiaires de la requête du CNB ont perdu leur objet et qu'il n'y a pas lieu d'y statuer, ce que nous vous exposerons un peu plus tard, vous n'aurez pas à vous prononcer sur ce moyen que le CNB est seul à soulever.

Si le SJA soutient que les dispositions qu'il attaque de l'ordonnance du 25 mars 2020 auraient dû être soumises au Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel en application de l'article L. 232-3 du code de justice administrative, le moyen ne peut qu'être écarté dès lors que le II de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 dispose que les projets d'ordonnance pris sur son fondement sont dispensés de toute consultation obligatoire prévue par une disposition législative ou réglementaire – pour mémoire vous avez refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel la critique de constitutionnalité adressée à cette disposition législative par le SJA.

Alors même que les agents de greffe des juridictions administratives sont gérés par le ministère de l'intérieur, l'exécution du décret du 18 novembre 2020 ne comporte l'intervention d'aucune mesure réglementaire ou individuelle que le ministre de l'intérieur aurait été

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

compétent pour signer ou contresigner. Dès lors, le décret attaqué n'avait pas, contrairement à ce qui est soutenu par le SJA, à être revêtu du contreseing de ce ministre.

Le SJA soutient également que ce décret aurait dû être soumis pour avis au comité technique spécial des greffes des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel institué auprès du secrétaire général du Conseil d'Etat.

Vous jugez que les dispositions de l'article 34 du décret n° 2011-184 du 15 février 2011 relatif aux comités techniques dans les administrations et les établissements publics de l'État, aux termes duquel ces comités sont consultés sur les questions et projets de textes relatifs à l'organisation et au fonctionnement des administrations, établissements ou services, imposent qu'un projet de texte soit soumis à l'avis préalable du comité technique compétent lorsque ce texte emporte des conséquences directes et significatives sur l'organisation ou le fonctionnement de l'administration, de l'établissement ou du service au titre duquel le comité technique a été créé (2/7 CHR, 6 novembre 2019, *Syndicat national CGT OFPRA, La Cimade et autres*, n°422207, 422604, 424196, aux Tables sur un autre point).

L'argumentation du SJA n'est en rien de nature à nous convaincre que le décret qu'il attaque emporte des conséquences directes et significatives sur le fonctionnement des greffes des TACAA : si son article 2 prévoit que « *la communication des pièces, actes et avis aux parties peut être effectuée par tout moyen* », visant selon le garde des sceaux à faciliter la communication des pièces dans les procédures non dématérialisées, il porte sur la transmission de documents et n'a aucunement l'effet que lui prête le SJA sur l'usage du téléphone ou de la visioconférence par les agents de greffe. Contrairement à ce que fait également valoir le SJA, l'extension du nombre de magistrats susceptibles de prendre des ordonnances prévue par l'article 3 du décret n'est en rien susceptible d'accroître le nombre d'ordonnances, le critère « matériel » relatif au type d'affaires pouvant faire l'objet d'une ordonnance n'étant pas modifié. Quant à la possibilité ouverte par l'article 5 du décret que la minute de la décision soit, durant la période limitée de l'état d'urgence sanitaire déclaré le 17 octobre 2020, signée par le seul président de la formation de jugement, à l'exclusion, notamment, du greffier, aussi pointée par le SJA, elle ne nous paraît pas pouvoir être regardée comme emportant des conséquences significatives sur le fonctionnement des greffes. Vous écarterez donc le moyen.

Nous pouvons en venir aux nombreux moyens mettant en cause le bien-fondé des dispositions querellées.

L'appréciation à porter sur le caractère opérant de plusieurs d'entre eux nécessite de vérifier si chaque disposition critiquée des ordonnances relève ou non du domaine de la loi. Rappelons à cet égard que si l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer notamment les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et la création de nouveaux ordres de juridiction, les dispositions de la procédure applicable devant les juridictions administratives relèvent de la

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

compétence réglementaire dès lors qu'elles ne mettent en cause aucune des matières réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution ou d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle (CC, décision n° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010, § 3 ; CC, décision n° 2012-231/234 QPC du 13 avril 2012, § 12 ; CE, 4/6 SSR, 17 décembre 2003, *M...*, n° 258253¹).

Sont d'abord contestées, par les associations ELENA et autres, le GISTI et la FASTI, le Conseil national des barreaux ainsi que le SJA, les dispositions de l'article 4-1 de l'ordonnance du 25 mars 2020, introduites par l'ordonnance du 13 mai 2020, lequel généralise la possibilité du recours au juge unique pour l'ensemble des recours portés devant la Cour nationale du droit d'asile n'ayant pas fait l'objet d'une audience à compter du 15 mai 2020.

Ces conclusions sont toutefois privées d'objet.

D'une part, votre juge des référés a suspendu l'exécution de ces dispositions, par une ordonnance du 8 juin 2020 (JRCE, *Association Elena France et autres*, n° 440717, 440812, 440867), soit avant qu'elles aient reçu un commencement d'exécution, dès lors qu'il ressort des pièces des dossiers que la CNDA avait prévu d'organiser les premières audiences à juge unique, se tenant sur le fondement de ces dispositions, à compter du 15 juin 2020.

D'autre part, ces dispositions sont devenues caduques et par suite insusceptibles de recevoir exécution dans l'avenir, pour un double motif : en premier lieu car elles ont cessé d'être applicable à compter du 11 juillet 2020, après la fin de l'état d'urgence sanitaire, en second lieu car le projet de loi de ratification de l'ordonnance du 13 mai 2020 déposé sur le bureau du Parlement ne prévoit pas la ratification de ces dispositions.

Les conclusions dirigées contre ces dispositions ont donc perdu leur objet (10/9 SSR, 2 avril 2003, *Conseil régional de Guadeloupe*, n° 246748, au Recueil) et vous constaterez qu'il n'y a pas lieu d'y statuer.

Il nous faut, à ce stade, dire un mot spécifique de la requête du CNB. Ses conclusions principales sont dirigées contre les dispositions que nous venons d'évoquer de l'ordonnance du 13 mai 2020. Il n'y a donc pas lieu d'y statuer. Le CNB a toutefois présenté des conclusions subsidiaires contre le 5° de l'article 1^{er} de la même ordonnance, qui prévoit que les délais de saisine de la CNDA recommencent à courir le 24 mai 2020 et non à la fin de l'état d'urgence sanitaire comme les autres délais de procédure devant les juridictions administratives. En principe, la privation d'objet de conclusions principales ne rend pas sans objet les conclusions subsidiaires (voir par exemple : JRCE, 9 juillet 2015, *Société des gaz de pétrole Primagaz*, n° 390454, 390772). Mais le CNB n'a présenté ces conclusions

¹ Pour une réitération récente, voir : 4/1 CHR, 3 juillet 2020, *Conseil national des barreaux et autres*, n° 424293, 427249, aux Tables sur un autre point.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

subsidiaries que « s'il devait être considéré que le recours au juge unique comme formation de droit commun du contentieux de l'asile est justifié ». Dès lors que ce n'est pas ce que vous ferez, à lire strictement les écritures du CNB, il n'y a davantage pas lieu de se prononcer sur ses conclusions subsidiaires que sur ses conclusions principales.

Sont ensuite contestées, par le SJA, les dispositions de l'article 6 de l'ordonnance du 25 mars 2020 permettant au président de la formation de jugement de décider que « l'audience aura lieu hors la présence du public ou que le nombre de personnes admises à l'audience sera limité ».

Pour refuser de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC soulevée par le SJA à l'encontre de ces dispositions, vous en avez donné une interprétation quelque peu restrictive, palliant en quelque sorte prétoriquement l'absence d'encadrement du recours devant les juridictions administratives à une publicité restreinte, voire nulle, qui souffrait la comparaison avec l'article 6 de l'ordonnance du même jour prévoyant des dispositions similaires pour les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale, lesquelles comportent des garde-fous (l'absence de public étant réservée aux cas « *d'impossibilité de garantir les conditions nécessaires à la protection de la santé des personnes présentes à l'audience* »).

Vous avez ainsi relevé, d'une part, que les dispositions litigieuses avaient pour objet de permettre au président d'une formation de jugement d'une juridiction relevant de l'ordre administratif de limiter, en tout ou partie, l'accès du public à une audience se tenant entre le 12 mars 2020 et le 10 juillet 2020, lorsqu'il paraît nécessaire, au vu de la situation sanitaire, de limiter les contacts entre les personnes et que la nature et les enjeux de l'affaire en cause n'y font pas obstacle, et, d'autre part, que ces dispositions temporaires, qui permettent notamment d'éviter le report de certaines audiences, visaient, dans le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19, à concilier l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, le principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice et le respect du droit des justiciables à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable. Et vous avez jugé qu'il ne résultait pas de ces dispositions d'atteinte disproportionnée au principe de publicité des audiences au regard des objectifs poursuivis.

Le syndicat soutient en premier lieu que cette disposition de l'ordonnance excède l'habilitation donnée par le législateur. Le moyen est opérant dès lors que la disposition, qui fixe des règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, relève bien du domaine de la loi (voyez votre décision QPC du 21 décembre 2020). Mais il est à l'évidence infondé dès lors que l'habilitation prévoyait expressément la possibilité d'adapter les règles relatives à la publicité des audiences et que l'objectif poursuivi est bien, en permettant de restreindre le nombre de personnes admises à l'audience, de limiter la propagation de l'épidémie parmi les personnes participant au déroulement des instances.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La requête du SJA comporte la critique de constitutionnalité qu'il avait par ailleurs développée dans son mémoire QPC. Formulé ainsi dans le corps de la requête, il est irrecevable, faute d'avoir été présenté par la voie d'une QPC posée par un mémoire distinct et motivé.

Est en revanche opérante l'invocation de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lequel stipule notamment que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) publiquement* », en précisant que « *le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique* ».

Certes, la CEDH juge que le respect de ces stipulations implique notamment le droit à une audience publique « qui protège contre une justice secrète échappant au contrôle du public » (CEDH, 12 juillet 2001, *X... c. République tchèque*, n° 33071/96, § 55), lequel implique la publicité des débats (CEDH, 2 octobre 2018, *Z... et P... c. Suisse*, n° 40575/10, § 175). Il est vrai également que les dérogations à cette exigence admises par la Cour valent plutôt pour les affaires ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits qui auraient requis une audience (voir, par exemple, *Döry c. Suède*, n° 28394/95, § 37) ou des procédures consacrées exclusivement à des points de droit ou hautement techniques (27 juillet 2006, *Jurisc et Collegium Mehrerau c. Autriche*, n° 62539/00, § 65 ; 28 février 2012, *Mehmet Emin Şimşek c. Turquie*, n° 5488/05, §§ 30-31). La Cour a toutefois indiqué qu'elle ne saurait conclure, même dans l'hypothèse d'une juridiction investie de la plénitude de juridiction, que l'article 6 implique toujours le droit à une audience publique, d'autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d'un traitement rapide des affaires inscrites au rôle, entrant en ligne de compte pour déterminer si des débats publics sont nécessaires. Même si la Cour n'a pas eu l'occasion de juger que des motifs sanitaires sont de nature à justifier des restrictions à la publicité des audiences, cela ne nous paraît guère douteux.

L'argumentation du SJA est en substance la même que celle qu'il avait développée dans sa QPC : il soutient que le huis clos n'est pas justifié compte tenu des mesures prophylactiques possibles et souligne que la dispense est d'application générale, sans être réservée aux affaires présentant certaines particularités et devant être jugées rapidement. Ainsi un dossier de fonction publique ou de marché public enregistré depuis plus de deux ans au sein d'un tribunal et dont l'urgence apparaît dès lors toute relative peut-t-il être jugé à huis clos ou avec un public restreint au même titre qu'un référé urgent.

Vous pourrez écarter la critique sur le terrain de la conventionnalité de la même manière que vous l'avez fait dans votre décision QPC, étant précisé que s'agissant des mesures prophylactiques possibles, le garde des sceaux rappelle non sans pertinence qu'en mars 2020, beaucoup n'étaient pas encore en place (masques, protection de plexiglas pour le prononcé des conclusions du rapporteur public, etc.) et donc que la restriction du nombre de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

participants voire le huis clos pouvaient, dans certains cas, être la seule solution à même de protéger les participants à l'audience.

Le feu le plus nourri des critiques vise l'article 7 de l'ordonnance du 25 mars 2020, dans sa rédaction issue de celle du 13 mai 2020, et l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020, prévoyant la possibilité de tenir des audiences par voie dématérialisée.

L'article 7 de l'ordonnance du 25 mars 2020 modifiée prévoit à ses deux premiers alinéas la possibilité, sur décision du président de la formation de jugement insusceptible de recours, que les audiences des juridictions de l'ordre administratif se tiennent en utilisant un moyen de télécommunication audiovisuelle ou, en cas d'impossibilité technique ou matérielle de recourir à un tel moyen, par tout moyen de communication électronique, y compris téléphonique. Son troisième alinéa permet que l'avocat ou l'interprète d'une partie ne soit pas physiquement présent auprès d'elle. Ses quatrième et cinquième alinéas permettent au président de la formation de jugement, qui est obligatoirement présent dans la salle d'audience, d'autoriser les membres de celle-ci à participer à l'audience depuis un lieu distinct de la salle d'audience en utilisant un moyen de télécommunication audiovisuelle, tandis que son sixième alinéa permet au président de la juridiction d'autoriser un magistrat statuant seul à tenir l'audience dans les mêmes conditions. Enfin, ses deux derniers alinéas prévoient que le greffe dresse le procès-verbal des opérations et que le rôle des audiences peut être publié sur le site internet de la juridiction. Si ces deux derniers alinéas sont de nature réglementaire, vous avez jugé dans votre décision QPC que ceux qui les précèdent relevaient du domaine de la loi.

Dans votre décision du 21 décembre 2020, vous avez là encore donné une interprétation restrictive des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020, formulant en quelque sorte des réserves d'interprétation à l'intention des magistrats administratifs.

Vous avez ainsi jugé :

- qu'il appartient au président de la formation de jugement de ne recourir à ces moyens dérogatoires de communication que pour autant que certaines parties ou leurs conseils ou encore certains membres de la formation de jugement ou le rapporteur public sont dans l'incapacité, pour des motifs liés à la crise sanitaire, d'être physiquement présents dans la salle d'audience et que la nature et les enjeux de l'affaire n'y font pas obstacle.
- Que lorsqu'il décide d'y recourir, il lui incombe de s'assurer que l'audience se déroule dans des conditions propres à satisfaire les exigences du caractère contradictoire de la procédure et le respect des droits de la défense.
- Que si les dispositions en cause permettent également au président d'une juridiction d'autoriser un magistrat statuant seul à tenir une audience par un moyen de télécommunication audiovisuelle depuis un lieu distinct de la salle d'audience, cette autorisation ne peut être délivrée qu'à titre exceptionnel lorsque le magistrat est, pour des motifs liés à la crise sanitaire, dans l'incapacité de tenir autrement cette audience et que la nature et les enjeux des affaires inscrites au rôle de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

l'audience imposent que l'audience se tienne sans délai et ne font pas obstacle à ce que l'audience se déroule ainsi.

Après avoir relevé que les dispositions litigieuses, applicables pour un temps limité, visaient, dans le contexte général de la crise sanitaire, à concilier l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, le principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice et le respect du droit des justiciables à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable, dès lors qu'elles permettent, notamment, d'éviter le report du jugement de certaines affaires, vous avez jugé qu'alors même qu'elles ne prévoyaient pas que le recours à ces modes dérogatoires de tenue d'une audience soit subordonné à l'accord des parties et qu'elles n'imposaient pas la présence physique de l'avocat aux côtés de son client, il n'en résultait pas d'atteinte disproportionnée au droit à un procès équitable garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au regard des objectifs ainsi poursuivis.

L'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 ayant repris moyennant quelques adaptations mineures les dispositions que nous avons décrites, vous avez refusé par des motifs similaires de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC du SAF et du CNB les critiquant.

Le SJA et les associations Elena et autres soutiennent que les dispositions litigieuses des deux ordonnances excèdent le champ de l'habilitation. Celle-ci permettait d'adapter, aux fins déjà maintes fois rappelées, les règles relatives au recours à la visioconférence devant les juridictions administratives. Si l'essentiel des dispositions critiquées relevant du domaine de la loi est à l'abri de la critique, l'habilitation ne limitant en particulier pas la possibilité de participer à l'audience à distance de la salle d'audience aux seules parties et permettant qu'elle concerne aussi des magistrats contrairement à ce qui est soutenu, le SJA pointe à raison les dispositions figurant au deuxième alinéa de l'article 7 de l'ordonnance du 25 mars 2020 et à la première phrase du second alinéa du I de l'article 2 de l'ordonnance, permettant de façon similaire au juge, en cas d'impossibilité technique ou matérielle de recourir à un moyen de télécommunication audiovisuelle, de décider d'entendre les parties et leurs avocats par tout moyen de communication électronique, y compris téléphonique, permettant de s'assurer de leur identité et de garantir la qualité de la transmission et la confidentialité des échanges, la seconde des deux ordonnances ayant seulement précisé que cela ne pouvait intervenir qu'à la demande des parties.

Ainsi que le fait valoir le SJA, l'habilitation ne parle que de la « visioconférence », traduite dans l'ordonnance par « moyen de télécommunication audiovisuelle ». Le SJA rappelle les termes de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques selon lequel « *on entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* ». Les moyens de communication électronique ne permettant pas la transmission simultanée de l'image et du son, que ce soit le téléphone ou, pire, un mode de transmission purement écrit comme un courriel, entrent difficilement dans le champ de la visioconférence... S'agissant de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

la mise en œuvre du dispositif de vidéo-audience prévu dans les tribunaux administratifs d'outre-mer par les articles L. 781-1, R. 781-1, R. 781-2 du code de justice administrative (CJA), vous jugez ainsi que le téléphone n'est pas un moyen de télécommunication audiovisuel, lequel exige une « transmission à la fois sonore et visuelle » (7/2 CHR, 24 octobre 2018, *Société Hélène et fils*, n° 419417, aux Tables).

Les travaux parlementaires ne permettent pas de donner à l'habilitation une lecture plus large que celle naturellement issue de sa lettre. On ne trouve en effet nulle trace d'une référence à d'autres moyens de communication que la visio-conférence dans les travaux préparatoires de la disposition d'habilitation sur le fondement de laquelle les dispositions critiquées ont été prises. Le recours à d'autres modes de communication « dégradés » a certes été débattu à l'occasion d'examen de la loi du 25 mars 2020 mais c'était à propos d'une autre disposition d'habilitation qui utilise des termes plus larges que la seule « visioconférence »². A ainsi été évoqué d'une part le recours au téléphone par les avocats assistant des personnes gardées à vue, et d'autre part une procédure téléphonique voire seulement écrite dans le cadre du placement en détention provisoire. Ces débats constituent ainsi davantage un *a contrario* qu'une bouée de sauvetage pour les dispositions aujourd'hui contestées. Le garde des sceaux est muet sur le sujet et on le comprend : **rien ne permet à nos yeux de sauver ces dispositions, que vous annulerez pour méconnaissance de l'habilitation donnée par le législateur.**

Le reste des dispositions contestées de nature législative est critiqué sur le double terrain constitutionnel et conventionnel. La critique constitutionnelle est irrecevable faute de mémoire QPC distinct. Les motifs que vous avez retenus pour refuser de renvoyer la QPC vous permettront d'écarter également la méconnaissance alléguée de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, étant précisé que la CEDH a déjà validé le recours à la visioconférence en matière pénale (dans des procès menés contre la mafia italienne : 5 octobre 2006, *Marcello Viola c. Italie*, n° 45106/04).

Le moyen soulevé par les associations Elena et autres, tiré de ce que ces dispositions méconnaîtraient également l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, et, en ce qu'elles sont susceptibles de s'appliquer à la Cour nationale du droit d'asile, l'article 46 de la directive 2013/32 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale en vertu duquel les Etats membres font en sorte que les demandeurs disposent

² d) Adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures, les règles relatives au déroulement des gardes à vue, pour permettre l'intervention à distance de l'avocat et la prolongation de ces mesures pour au plus la durée légalement prévue sans présentation de la personne devant le magistrat compétent, et les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique, pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle, et la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

d'un recours effectif devant une juridiction contre la décision concernant leur demande de protection internationale ne peut davantage prospérer.

Si le SJA invoque également un supposé principe de la tenue des audiences dans un lieu de justice et en présence physique des magistrats et des parties ou de leurs représentants, vous n'avez jamais consacré une telle règle générale de procédure, à laquelle le législateur pourrait en tout état de cause déroger.

Le SJA critique également l'article 8 de l'ordonnance du 25 mars 2020, lequel étend à l'ensemble des contentieux sans distinction la faculté offerte au président de la formation de jugement de dispenser le rapporteur public, sur sa proposition, d'exposer à l'audience des conclusions sur une requête, actuellement prévue de manière limitative par les dispositions de l'article R. 732-1-1 du code de justice administrative.

Votre juge des référés avait rejeté la demande de suspension de l'exécution de cette disposition en relevant notamment que l'allongement des délais de procédure et de jugement pendant l'état d'urgence sanitaire également prévu par l'ordonnance du 25 mars 2020 ne rendait sa mise en œuvre nécessaire que dans un nombre limité de cas, selon l'appréciation du président de la formation de jugement, en fonction des caractéristiques de l'affaire, sous les conditions et avec les garanties qu'elle énonce et pendant une période d'une durée limitée à quelques mois (JRCE, 10 avril 2020, *SAF et autres*, n° 439903).

Le SJA soutient que cet article excède l'habilitation conférée au Gouvernement par le législateur dès lors qu'elle ne serait d'aucun intérêt pour la lutte contre l'épidémie, dès lors que la dispense de conclusions s'applique par construction dans les seules instances donnant lieu à audience publique, si bien que les magistrats et les parties sont d'ores et déjà réunis dans une même salle.

Le moyen est opérant car la disposition critiquée nous semble bien de nature législative, malgré le caractère réglementaire de la procédure contentieuse administrative et bien qu'elle déroge à la liste des cas de dispense de conclusions fixée par l'article R. 732-1-1 du CJA. C'est en effet l'article L. 732-1 du CJA qui prévoit une dispense possible « *dans des matières énumérées par décret en Conseil d'Etat* ».

Il est toutefois infondé. Il n'est pas contestable que l'usage d'une telle dispense est de nature à contribuer à réduire la durée des audiences et ainsi les risques de contamination et dès lors que l'habilitation autorisait notamment l'adaptation des règles relatives à la tenue des audiences, vous pourrez écarter le moyen.

Sont également critiquées les dispositions de l'article 9 de l'ordonnance du 25 mars 2020, ainsi que celles en substance identiques de l'article 3 de l'ordonnance du 18 novembre 2020, prévoyant la possibilité de statuer sur les requêtes en référé sans audience, au-delà des seuls cas prévus à l'article L. 522-3 du code de justice administrative,

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

donc y compris après instruction contradictoire, le juge des référés devant dans ce cas informer les parties de l'absence d'audience et fixer la date à partir de laquelle l'instruction sera close.

Ces dispositions, de nature législative (voir votre décision QPC), ne méconnaissent pas l'habilitation autorisant, comme nous venons de le rappeler, l'adaptation des règles relatives à la tenue des audiences.

Dans vos décisions QPC du 21 décembre 2020 et du 2 avril 2021, vous aviez là encore donné à ces dispositions une interprétation restrictive en jugeant qu'elles permettaient au juge des référés de se prononcer, par une ordonnance motivée, sur une requête présentée en référé sans tenir d'audience publique, lorsque la nature et les enjeux de l'affaire n'y font pas obstacle.

Après avoir relevé que ces dispositions n'étaient susceptibles de s'appliquer qu'aux affaires de référé, pour lesquelles l'article L. 511-1 du code de justice administrative prévoit que ne sont prises que des mesures qui présentent un caractère provisoire, qu'elles ne dérogeaient pas au principe du caractère contradictoire de la procédure, et que dans le contexte particulier résultant de l'épidémie de covid-19, imposant de limiter les occasions de contacts entre les personnes, elles contribuaient au jugement à bref délai de ces affaires, qui exigent une célérité particulière, vous avez jugé que les dispositions contestées ne privaient pas de garanties légales les exigences constitutionnelles des droits de la défense et du droit à un procès équitable.

La critique d'inconstitutionnalité réitérée dans le corps des requêtes du SJA dirigées contre les deux ordonnances est irrecevable.

Le moyen tiré de ce que les dispositions en cause méconnaîtraient l'article 6§1 de la l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne pourra davantage prospérer. Vous pourrez l'écarter par des motifs similaires à ceux retenus pour juger que les QPC n'étaient pas sérieuses.

Le SJA conteste aussi les dispositions de l'article 12 de l'ordonnance du 25 mars 2020 et de l'article 5 du décret du 18 novembre 2020 selon lesquelles par dérogation aux articles R. 741-7 à R. 741-9 du code de justice administrative, prévoyant la signature de la minute de la décision par le président de la formation de jugement, le rapporteur et le greffier d'audience, la minute peut être signée par le seul président de la formation de jugement.

Ces dispositions visent, dans le contexte de crise sanitaire marqué par l'importance prise par le télétravail, à éviter des déplacements inutiles des magistrats et greffiers au siège des juridictions.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Le moyen tiré de ce que l'article 12 de l'ordonnance du 25 mars 2020 excéderait l'habilitation donnée au Gouvernement par la loi du 23 mars 2020 est inopérant dès lors que cet article est de nature réglementaire (voir votre décision du 21 décembre 2020).

Vous jugez certes que, lorsque cette pluralité de signatures est prévue par les textes, elle revêt le caractère d'une formalité substantielle³ mais cette garantie n'existe pas sans texte (8/3 SSR, 6 mars 2006, *Commune de Roquebrune-sur-Argens*, n° 283909, aux Tables, s'agissant de la signature des ordonnances de référé par le greffier) et seule la signature de la minute par le président de la formation de jugement relève des règles générales de procédure applicables, même sans texte, à toute juridiction administrative (1/6 SSR, 12 novembre 2014, *Mme A... et autres*, n° 362628, aux Tables), si bien que la méconnaissance du « principe général inhérent au fonctionnement des juridictions » et des garanties attachées au rôle de greffier d'audience invoqués par le SJA ne peut qu'être écartée. Les dispositions en cause ne méconnaissent pas par elle-même le principe de la collégialité des formations de jugement, énoncé notamment à l'article L. 3 du code de justice administrative, n'ont aucune incidence sur le respect de la publicité des audiences et ne portent pas atteinte au droit au procès équitable garanti tant constitutionnellement que conventionnellement. Enfin le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi.

Sont en outre contestées par le SJA les dispositions de l'article 3 du décret du 18 novembre 2020, permettant aux présidents de juridiction de désigner, pour statuer par ordonnance dans les conditions prévues à l'article R. 222-1 du code de justice administrative, des magistrats ayant le grade de conseiller et une ancienneté minimale de deux ans, alors que cet article réserve en principe cette possibilité aux magistrats ayant certes une telle ancienneté mais ayant atteint au moins le grade de premier conseiller.

Contrairement à ce qui est soutenu, une telle disposition ne méconnaît en rien l'article L. 221-1 du CJA, qui n'encadre nullement le choix des magistrats désignés pour statuer par ordonnance. Signalons que vous pourrez faire vôtre l'interprétation donnée par le garde des sceaux en défense à la disposition querellée, même si elle ne se déduit pas avec évidence de sa rédaction, en retenant qu'elle ne vise que les seuls cas prévus aux 1° à 7° de l'article R. 221-1 et non ceux prévus au dernier alinéa du même article.

Font enfin l'objet d'une critique du SJA les dispositions des articles 14 de l'ordonnance du 25 mars 2020 et 7 du décret du 18 novembre 2020 prévoyant que par dérogation à l'article R. 776-27 du code de justice administrative, les jugements relatifs aux mesures d'éloignement prise à l'encontre des étrangers placés en centre de rétention ne sont pas prononcés à l'audience.

³ 1/6 SSR, 27 juin 2005, *Département de la Charente-maritime*, n° 257051, aux Tables.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Le garde des sceaux soutient que cette mesure permet d'éviter le maintien sur place des justiciables pendant le délibéré, ainsi que d'empêcher un second contact entre les parties, les magistrats et les personnels des juridictions.

Le SJA soutient qu'elle méconnaît la liberté d'aller et venir constitutionnellement protégée. Le moyen est en principe opérant tant à l'encontre de la disposition du décret qu'à celle de l'ordonnance dès lors qu'elle est de nature réglementaire. Mais la liberté invoquée ne peut l'être utilement à l'encontre des dispositions critiquées, qui n'affectent en rien la liberté d'aller et venir des étrangers placés en centre de rétention, laquelle est affectée par les décisions de placement en rétention et le sens des jugements rendus par les juridictions, pas par les modalités de leur prononcé.

Si vous nous suivez,

- vous constaterez le non-lieu à statuer sur la requête 440866 du CNB ainsi que sur les conclusions des requêtes 441399, 440715 et 440806 dirigées contre les dispositions du 2° de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 mai 2020.
- vous annulerez seulement les dispositions du deuxième alinéa de l'article 7 de l'ordonnance du 25 mars 2020 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 13 mai 2020 et de la deuxième phrase du I de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020, rejetterez le surplus des conclusions
- vous rejetterez le surplus des conclusions des requêtes 441399, 440715, 440806 et 447578 ainsi que les requêtes 447060, 447065 et 447873
- vous pourrez faire droit aux conclusions présentées par les organisations requérantes au titre de l'article L. 761-1 du CJA dans les instances 440715, 440806 et 440866, en mettant à la charge de l'Etat le versement aux organisations requérantes de la somme de 2 000 euros par instance.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.