

N° 460953

M. K...

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 20 février 2023

Lecture du 15 mars 2023

CONCLUSIONS

M. Clément MALVERTI, Rapporteur public

M K... est un ressortissant iranien, né en 1996 en Ispahan.

Craignant d'être persécuté dans son pays en raison de sa conversion au protestantisme, il a rejoint la France en mai 2019 pour y demander l'asile.

Par une décision du 31 janvier 2020, le directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) a rejeté sa demande au motif que ni « *son cheminement vers le protestantisme en Iran (...) [ni] le fait qu'il aurait été identifié comme apostat par les autorités avant son départ d'Iran* » n'étaient avérés, et en précisant que l'attestation d'un pasteur faisant état de la participation de M. K... aux activités de l'Eglise Evangélique Libre de Lyon ne suffisait pas à remettre en cause une telle appréciation.

Par un recours enregistré le 8 juin 2020, M. K... a saisi la Cour nationale du droit d'asile (CNDA).

Le 14 mai 2021, il a reçu un avis d'audience, lui indiquant que celle-ci aurait lieu le 16 juin suivant et que l'instruction serait close le 11 juin.

Le 10 juin, soit la veille de la clôture, la Cour lui a communiqué un mémoire en défense par lequel l'OFPRA, pour la première fois, reconnaissait la réalité des activités religieuses de M. K... depuis son arrivée en France. L'office mettait néanmoins en doute la sincérité de sa démarche et de ses convictions religieuses, en faisant valoir que l'attestation du pasteur indiquait uniquement que M. K... assistait au culte dominical et participait à des rencontres organisées pour la communauté iranienne depuis le mois d'août 2019. L'office joignait en outre à son mémoire une note d'une dizaine de pages de sa division de l'information, de la documentation et des recherches (DIDR) relatives aux conversions d'Iraniens au christianisme.

Le 11 juin, quelques heures après la clôture de l’instruction, l’avocat de M. K... a produit un mémoire par lequel il sollicitait un report d’audience aux motifs, d’une part, qu’il lui fallait prendre le temps de répondre aux nouvelles objections formulées par l’OFPPRA relatives à la sincérité des activités religieuses de son client depuis son arrivée en France, d’autre part, qu’il avait été en congé maladie pendant plus d’un mois en raison d’une forme sévère de covid-19 et que ses dossiers s’étaient donc accumulés. Etaient en outre joints à ce mémoire un certificat de baptême de M. K... en date du 18 octobre 2020 ainsi que des justificatifs médicaux de l’indisponibilité de l’avocat.

Le 14 juin, la présidente de la formation de jugement a rejeté cette demande de report de l’audience, laquelle s’est donc tenue, comme prévu, et en présence de M. K... et de son avocat, le 16 juin dans l’après-midi.

Par une décision du 7 juillet suivant, la CNDA a rejeté la demande d’asile de M. K... au motif, repris de la défense de l’OFPPRA, que les éléments apportés par l’intéressé ne caractérisaient pas une conversion avérée et sincère depuis son arrivée en France. En outre, la décision vise, sans l’analyser, le mémoire produit par l’avocat de M. K... le 11 juin, indique qu’il a été produit postérieurement à la date de clôture de l’instruction, et ne tient donc pas compte du certificat de baptême qui y était joint.

M. K... se pourvoit devant vous contre cette décision.

Il soutient notamment qu’en refusant de reporter l’audience, alors que son avocat revenait d’un long congé maladie et qu’un mémoire en défense de l’OFPPRA lui avait été communiqué la veille de la clôture de l’instruction, la CNDA a méconnu le principe du contradictoire.

1. Nous n’avons guère d’hésitation à vous proposer de censurer la démarche suivie en l’espèce par la Cour, consistant à communiquer la veille de la clôture de l’instruction un premier mémoire en défense comportant des éléments nouveaux et sur lesquels se fonde sa décision, tout en refusant de tenir compte de la réplique du requérant, pourtant formulée dès le lendemain de cette communication et dont le contenu, notamment le certificat de baptême, était susceptible d’avoir une influence sur la solution du litige.

Reste à déterminer, et c’est ce qui justifie que cette affaire ait été portée devant votre formation de jugement, le terrain d’une telle annulation ainsi que les options procédurales qui s’offraient en l’espèce à la cour afin de garantir la régularité de sa décision.

1.1. Des deux terrains d’annulation proposés par le pourvoi, celui tiré de l’obligation pour la cour de reporter l’audience du fait du congé maladie de l’avocat est à nos yeux le moins convaincant.

Vous jugez depuis votre décision *B...¹*, qui étend au contentieux de l’asile la solution issue de votre décision de section *C... applicable au contentieux général²*, que la CNDA, à laquelle il incombe de veiller à la bonne administration de la justice, n’a aucune obligation,

¹ CE, 18 juin 2014, *Mme B... et M. M...*, n° 367725, B

² CE, Section, 16 juillet 2010, *C...*, n° 294239, A

hormis le cas où des motifs exceptionnels tirés des exigences du débat contradictoire l'imposeraient, de faire droit à une demande de report de l'audience formulée par une partie.

La porte ouverte par cette décision est donc particulièrement étroite, soucieux que vous êtes de laisser la direction de l'instruction aux seuls mains du juge et d'éviter que les parties instrumentalisent le calendrier de l'instruction, au risque d'obérer le bon fonctionnement de la justice. Ainsi, en contentieux général, la réserve consacrée par votre décision C... n'a à ce jour trouvé à jouer qu'à une seule reprise, dans un cas où le requérant avait été « lâché » par son avocat quelques jours avant l'audience et n'avait pu, en dépit de démarches en ce sens, en retrouver avant que la juridiction statue³. En matière d'asile, la seule application « positive » de l'exception C... a été faite à l'occasion de l'affaire B..., dans laquelle la CNDA avait méconnu le « gentleman agreement » qu'elle avait négocié avec les avocats en imposant à l'un d'eux de plaider pendant son « jour libre », et alors que ce dernier avait vainement et à plusieurs reprises sollicité un report d'audience auprès de la Cour.

En l'espèce, nous peinons à considérer que le congé maladie de l'avocat du requérant, qui a pris fin quinze jours avant l'audience, constituait une circonstance à ce point exceptionnelle qu'elle faisait obligation à la CNDA d'accéder à sa demande de report d'audience. D'autant que, on l'a dit, M. K... et son avocat étaient bien présents lors de l'audience, et ont pu y présenter des observations.

1.2. Bien plus convaincante quant au caractère irrégulier de la procédure suivie en l'espèce est la circonstance qu'un mémoire en défense a été communiqué la veille de la clôture de l'instruction sans que la Cour ait permis au requérant d'y répondre utilement.

Deux lignes jurisprudentielles sont susceptibles d'être mobilisées pour censurer une telle démarche.

1.2.1. La première, qui vient le plus naturellement à l'esprit, est celle issue de votre décision de Section L... de 2014 relative à la prise en compte par le juge des productions postérieures à la clôture de l'instruction.

Selon cette jurisprudence, le juge n'a l'obligation de tenir compte d'une telle production, et dès lors de rouvrir l'instruction, que lorsqu'elle « *contient l'exposé d'une circonstance de fait ou d'un élément de droit dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction et qui est susceptible d'exercer une influence sur le jugement de l'affaire* »⁴.

En l'espèce, il fait peu de doute que le certificat de baptême produit par M. K... postérieurement à la clôture était susceptible d'exercer une influence sur le jugement de l'affaire. En effet, sans nécessairement commander l'issue du litige, ce document modifiait incontestablement ses données dès lors qu'il constituait un élément de nature à peser sur l'appréciation de la CNDA relative à la sincérité de la conversion du requérant, terrain sur lequel, on l'a dit, la cour s'est placée pour rejeter la demande d'asile.

³ CE, 18 octobre 2010, D..., n° 326020, A

⁴ CE, Section, 5 décembre 2014, M. L..., n° 340943, A

Plus discutable est le point de savoir si est en l'espèce satisfaite la première condition posée par la jurisprudence *L...*, c'est-à-dire si le requérant n'était pas en mesure de produire son certificat de baptême antérieurement à la clôture.

A ce jour, vous n'avez, à notre connaissance, été conduits à faire jouer de manière positive l'obligation posée par votre jurisprudence *L...* que dans des hypothèses où la pièce produite postérieurement à la clôture de l'instruction n'existait pas antérieurement, autrement dit dans des cas d'impossibilité chronologique de produire une telle pièce avant la clôture. De sorte qu'a s'en tenir à une telle approche, et dès lors que le certificat de baptême date du 18 octobre 2020, soit plusieurs mois avant la clôture de l'instruction, M. K... devrait nécessairement être regardé comme ayant été en mesure d'en faire état avant cette clôture.

Mais circonscrire la solution *L...* à une telle configuration peut se discuter.

Rappelons que cette solution s'efforce de concilier deux exigences en partie contradictoires : d'un côté, celle pour le juge de statuer « *en aussi bonne connaissance de cause que possible* »⁵, c'est-à-dire de rendre une décision qui ne soit pas en décalage avec ce que l'on sait de la réalité du dossier au moment de la lecture ; de l'autre, l'exigence d'un délai raisonnable de jugement, ce qui justifie de fixer, à un moment donné, un terme définitif au débat contentieux afin de prévenir les comportements dilatoires. Et comme le relevait Edouard Crépey dans ses conclusions, le point d'équilibre retenu par la solution *L...* repose sur l'idée que « *lorsqu'elle est secondée par une forme de loyauté à l'égard du justiciable de bonne foi (...), la nécessité de bien juger [doit prévaloir] sur la nécessité d'arrêter les débats* ».

Ainsi appréhendée, la réserve *L...* pourrait avoir vocation à jouer au-delà de l'hypothèse dans laquelle la pièce est apparue postérieurement à la clôture, mettant la partie qui l'invoque dans l'impossibilité absolue de la produire avant. Le caractère impérieux de l'exigence de bien juger plaide à nos yeux pour une approche plus souple, consistant à tenir compte du contexte dans lequel la pièce a été produite, afin d'apprécier si l'intéressé invoque des raisons valables de nature à justifier la tardiveté de sa production.

Or, dans les circonstances de l'espèce, nous pensons que tel était bien le cas.

Rappelons que lorsque le requérant a saisi la CNDA, en juin 2020, l'enjeu pour lui était principalement de la convaincre de la réalité de son cheminement vers le christianisme avant son départ d'Iran, car c'est sur ce terrain que l'OFPRA avait rejeté sa demande d'asile. On comprend donc que, dans son premier mémoire devant la Cour, les allégations du requérant relatives à ses activités religieuses en France étaient peu étayées, d'autant qu'en raison du confinement, il n'y avait alors pas grand-chose à en dire. C'est dans ce contexte qu'est intervenu le mémoire en défense de l'OFPRA, dont la moitié est consacrée à la réalité et à la sincérité des activités religieuses du requérant depuis son arrivée en France, et qui dès lors a significativement changé la donne. Car en renouvelant les termes du débat, ce mémoire a du même coup renouvelé l'intérêt pour le requérant de produire son certificat de baptême.

⁵ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p. 831, n° 950

Autrement dit, la production de ce document ayant été directement suscité par le mémoire en défense de l'OFPRA communiqué la veille de la clôture, M. K... pourrait être regardé comme n'ayant pas été en mesure de le produire plus tôt. Et nous serions d'autant plus enclins à faire entrer notre configuration dans le champ de la réserve L... qu'en l'espèce, comme nous vous le précisons tout à l'heure, la CNDA n'était pas obligée, pour tenir compte du certificat de baptême, de faire droit à la demande de report d'audience, de sorte qu'elle pouvait satisfaire à l'exigence de bien juger sans nullement sacrifier celle de juger à temps.

Trois séries d'objections nous retiennent cependant de vous proposer de vous engager dans cette voie.

D'abord, nous pensons que le problème soulevé par cette affaire est d'abord et avant tout un problème de contradictoire, la CNDA, en mettant le requérant dans l'impossibilité de répliquer utilement à la nouvelle argumentation de l'OFPRA, ayant rompu l'égalité des parties devant le juge. Or, la jurisprudence L... « *n'est en fait pas inspirée d'abord par le principe du contradictoire* » mais « *trouve son fondement premier dans la nécessité de bien juger et de tenir compte, pour ce faire, d'un certain nombre de circonstances de fait ou de droit nouvellement invoquées, la réouverture de l'instruction permettant l'expression du contradictoire n'étant que la résultante d'un choix qui est fait en vertu d'autres considérations* »⁶.

Ensuite, si nous pensons que l'approche subjective, ou contextualisée, de la solution L... que nous avons défendu est conforme à son esprit, force est d'admettre qu'elle se coule plus difficilement dans sa lettre. De sorte que vous pourriez très légitimement hésiter, pour cette seule raison, à la consacrer, du moins dans cette formation de jugement.

Enfin, et alors même que la décision L... a entendu, s'agissant de la prise en compte des productions post-clôture, maintenir l'équilibre qui s'était installé dans la pratique juridictionnelle depuis vos décisions X... de 2002⁷ et A... de 2004⁸, la solution que nous esquissons risquerait de brouiller le message à l'attention des tribunaux et des cours.

D'autant que, dans une configuration comme la nôtre, un tel ajustement des contours de la solution L... n'est pas rigoureusement nécessaire, une autre veine jurisprudentielle étant susceptible d'être mobilisée pour censurer la démarche suivie en l'espèce par la CNDA.

1.2.2. Cette seconde ligne de jurisprudence est celle issue de votre décision *SCI 40 Sevran* du 24 juillet 2009⁹, applicable en contentieux de droit commun, selon laquelle la communication d'un mémoire en défense la veille de la clôture de l'instruction, dès lors qu'elle ne saurait avoir pour effet de reporter la date de cette clôture, ne met pas le requérant en mesure d'y répondre utilement, ce qui conduit mécaniquement à une méconnaissance du caractère contradictoire de l'instruction.

⁶ Concl. E. Crépey sur L..., op. cit.

⁷ CE, 12 juillet 2002, *M. et Mme X...*, n° 236125, A

⁸ CE, Sect., 27 février 2004, *Préfet des Pyrénées-Orientales c/ A...*, n° 252988, A

⁹ CE, 24 juillet 2009, *SCI S...*, n° 316694, B

Indiquons d'emblée qu'il est difficile de transposer telle quelle cette solution au contentieux de l'asile.

En effet, la rigueur de la solution *S...*, qui s'applique indépendamment du contenu du mémoire en défense et du point de savoir si le requérant a répliqué à ce mémoire, se justifie à nos yeux par le caractère « essentiellement écrit »¹⁰ de l'instruction devant le juge administratif de droit commun. Cette caractéristique explique que le respect des exigences du contradictoire s'apprécie en principe au regard des seuls échanges écrits des parties, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la possibilité pour les parties de s'exprimer oralement à l'audience. Ainsi, dans l'affaire *S...*, si le caractère contradictoire de l'instruction a été méconnu, c'est parce que le requérant, faute de réouverture de l'instruction, ne disposait pas d'un délai suffisant afin de répliquer dans le cours de l'instruction et par écrit au mémoire en défense, c'est-à-dire par la seule voie réellement effective.

Or, devant la CNDA, vous le savez, l'audience publique et l'oralité qui l'accompagne jouent un rôle autrement plus important que devant les juridictions de droit commun. En pratique, les mémoires des requérants sont souvent succinctement motivés, et il n'est pas rare que des aspects décisifs du parcours d'un demandeur d'asile qui n'y figuraient pas fassent l'objet d'un échange oral approfondi avec la formation de jugement.

C'est ce qui explique que les dispositions du CESEDA relatives à la clôture de l'instruction devant la CNDA ne portent que sur « l'instruction écrite ». A l'instar du régime applicable aux juridictions de droit commun, le CESEDA prévoit que cette instruction est close par ordonnance (art. R. 532-21) ou, à défaut, cinq jours francs avant la date de l'audience (art. R. 532-23 du CESEDA), ce que l'avis d'audience doit mentionner (art. R. 532-32). Mais cette clôture rend uniquement irrecevables les écritures produites postérieurement à la clôture, l'article R. 532-24 du CESEDA permettant néanmoins « *la production [jusqu'à la fin de l'audience] des originaux des documents communiqués préalablement en copie* ». En revanche, la clôture ne fait pas obstacle à ce que, comme l'indique l'article R. 532-43 du CESEDA, la partie ayant reçu communication d'un mémoire quelques jours avant la clôture « *présente à l'audience toute observation orale qu'elle estime utile* » pour y répondre.

Dans ce contexte, nous craignons qu'une transposition pure et simple de la solution *S...* ait pour effet de rigidifier inutilement le déroulement de l'instruction devant la CNDA, en obligeant cette dernière, dès lors qu'un premier mémoire en défense est produit juste avant la clôture de l'instruction, à rouvrir cette dernière. Car nous pensons qu'une telle production *in extremis* ne soulèvera pas nécessairement de difficulté, dans la mesure où il sera loisible à la partie d'y répondre oralement le jour de l'audience, sans que la CNDA soit systématiquement tenue de modifier son calendrier d'instruction. Ainsi, en l'espèce, le problème ne vient pas de la seule circonstance que le mémoire en défense ait été communiqué la veille de la clôture, car le requérant et son avocat disposaient d'un délai suffisant pour préparer leur réplique orale à

¹⁰ CE, 1^{er} décembre 1993, *Commune de Saint-Cyprien*, n° 129048, A

l'audience, mais de ce que la Cour n'a pas permis à M. K... de faire valoir un document directement suscité par ce mémoire et non dépourvu d'incidence sur l'issue du litige.

Pour nous résumer, si nous pensons opportun de transposer la solution *S...* au contentieux de l'asile, c'est sous réserve de lui donner une coloration subjective, consistant à rechercher si la communication *in extremis* du mémoire en défense a, au regard des circonstances de l'espèce, réellement lésé la partie qui s'en prévaut. Autrement dit, la seule circonstance qu'un mémoire en défense soit communiqué la veille de la clôture de l'instruction écrite ne saurait, par elle-même, obliger la CNDA à modifier son calendrier d'instruction. Si une telle modification s'imposait en l'espèce, c'est parce que, d'une part, le mémoire en défense contenait une argumentation nouvelle qui ne figurait pas dans la décision initiale du directeur général de l'OFPPRA, d'autre part, que le requérant y a répliqué dès le lendemain en produisant un certificat de baptême susceptible d'avoir une influence sur l'issue du litige, enfin, que la cour s'est fondée, pour rejeter la demande d'asile de M. K..., sur l'argumentation contenue dans le mémoire de l'OFPPRA. De sorte qu'en refusant de tenir compte du certificat de baptême, la CNDA a méconnu les exigences du caractère contradictoire de la procédure et, par suite, a statué au terme d'une procédure irrégulière.

2. Quelle que soit le terrain de cassation que vous privilégieriez, il nous semble utile que votre décision précise qu'en l'espèce, la CNDA n'était pas tenue, pour tenir compte du certificat de baptême, de faire droit à la demande de report d'audience, de sorte qu'elle pouvait satisfaire aux exigences de la contradiction sans sacrifier celle du délai raisonnable de jugement.

Deux autres voies procédurales étaient en effet susceptibles d'être empruntées afin de permettre aux parties, sans rayer l'affaire du rôle, de discuter utilement et contradictoirement du poids qu'il convenait de conférer au certificat de baptême produit par M. K....

2.1. La première, qui nous semble la plus adaptée à notre configuration, aurait consisté pour le président de la formation de jugement, sans report d'audience donc, à communiquer à l'OFPPRA le mémoire de M. K..., une telle communication post-clôture ayant nécessairement pour effet de rouvrir l'instruction¹¹.

Mais dès lors que l'instruction écrite aurait été rouverte, il eût nécessairement fallu qu'elle soit refermée.

Vous jugez en effet, depuis votre décision Société *DDA...* du 23 juin 2014, que lorsque le délai qui reste à courir jusqu'à la date de l'audience ne permet plus l'intervention de la « clôture automatique », il appartient au président de la formation de jugement de clore l'instruction par ordonnance¹².

Dans notre affaire, si le mémoire de M. K... avait dès sa réception été communiqué à l'OFPPRA, le délai restant à courir jusqu'à la date de l'audience n'aurait pas permis l'intervention de la clôture automatique cinq jours francs avant l'audience. Si bien qu'à s'en

¹¹ CE, 7 décembre 2011, *Département de la Haute-Garonne*, n° 330751, B

¹² v. CE, 23 juin 2014, *DDA...*, n° 352504, A.

tenir à la solution *DDA...*, la clôture de l'instruction n'aurait en l'espèce pu être effectuée que par une ordonnance prise en application de l'article R. 523-21 du CESEDA.

Or, l'intervention à ce stade d'une telle ordonnance de clôture soulève deux séries de difficultés.

2.1.1. La première vient de ce que l'article R. 523-21 prévoit que l'ordonnance de clôture doit être « *notifiée aux parties quinze jours au moins* » avant la date de clôture. Or, en l'espèce, un tel délai ne pouvait être respecté sans report d'audience, dès lors que le certificat de baptême a été produit le 11 juin et que l'audience était fixée le 16.

Nous pensons néanmoins qu'il convient de ne pas s'arrêter à la lettre de ces dispositions et de considérer que le délai de quinze jours qu'elles fixent ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, les parties ont déjà été régulièrement averties de la date de clôture de l'instruction et que cette date est simplement reportée à la suite d'une réouverture de l'instruction.

En effet, le délai de quinze jours prévu par l'article R. 532-21 vise nous semble-t-il à éviter que les parties soient prises par surprise, c'est-à-dire à leur garantir, dans l'hypothèse où la clôture de l'instruction a été anticipée par rapport à la date initialement fixée, un temps de réaction suffisant pour s'organiser afin de préparer utilement leur défense.

Or dans notre hypothèse, c'est-à-dire lorsque la date de clôture initialement fixée est reportée à la suite d'une réouverture de l'instruction, les parties se sont déjà préparées à l'échéance de la clôture, et son report leur est en réalité favorable, à condition naturellement qu'elles disposent d'un délai raisonnable pour réagir aux productions de leur adversaire.

Relevons d'ailleurs qu'en contentieux général, et alors même qu'un délai similaire de quinze jours minimum s'applique aux clôtures d'instruction décidées par les TA-CAA en application de l'article R. 613-1 du CJA, votre jurisprudence admet que le juge, afin de laisser un délai de réaction suffisant aux parties après une production intervenue peu de temps avant l'audience, reporte la clôture au plus tard à la date de l'audience (v. votre décision *Association Nartecs* du 6 avril 2018, n° 402714, B). Or, une telle souplesse serait privée de toute portée si vous deviez la conditionner au respect du délai de quinze jours car, dans les situations auxquelles elle entend répondre, un tel délai sera impossible à respecter.

2.1.2. La seconde difficulté, plus fondamentale, tien au caractère contraignant de l'exigence même pour le président de la formation de jugement de prendre une ordonnance de clôture de l'instruction.

Car si l'on peut penser, non sans un brin d'optimisme, que les magistrats des tribunaux et des cours sont parfaitement rompus aux exercices de réouverture et de clôture successives de l'instruction, le tout dans un délai très resserré, nous doutons que ceux de la CNDA soient aussi aguerris à de telles formalités. De sorte que nous craignons que si, dans une configuration comme la nôtre, la seule voie qui leur est offerte pour tenir compte d'un document produit postérieurement à la clôture sans pour autant rayer l'affaire du rôle suppose nécessairement l'édition d'une ordonnance de clôture, ils renoncent en pratique à

l'emprunter et soient donc conduits, pour ne pas commettre d'irrégularité, à reporter systématiquement l'audience.

Parce qu'un tel résultat aurait pour effet de repousser inutilement le temps du jugement, il doit à nos yeux vous conduire à vous interroger à nouveaux frais sur la pertinence de la solution *DDA...*, à tout le moins de son application au contentieux de l'asile.

Comme en témoignent les conclusions de R. Keller, cette solution repose sur le raisonnement suivant : dès lors qu'il n'existe que deux modalités de clôture de l'instruction, par ordonnance ou automatiquement trois jours francs avant l'audience, si la seconde n'est pas susceptible de jouer, alors c'est nécessairement la première qui doit être mise en œuvre.

Pourtant, l'alternative qui sert de prémisse à un tel raisonnement peut être discutée.

D'une part, le mécanisme de « clôture automatique » trois jours francs avant l'audience prévu à l'article R. 613-2 du CJA, dont s'inspire directement celui applicable à la CNDA, ne constitue pas un principe général et indépassable de l'instruction. Issu du décret (n° 97-563) du 29 mai 1997, ce dispositif, qui s'est substitué à la règle antérieure selon laquelle la clôture intervenait à l'audience, a uniquement entendu ménager un « *petit moment de silence avant l'audience* » afin d'éviter « *les productions de dernière minute (...) par négligence ou manœuvre dilatoire, lesquelles conduisent trop souvent à rayer in extremis du rôle des affaires dont une diligence normale des parties n'aurait pas dû conduire à retarder le jugement* »¹³. Mais le pouvoir réglementaire, qui a subordonné cette possibilité d'une clôture anticipée à l'information préalable des parties afin que celles-ci soient pleinement conscientes de l'impossibilité pour elles d'une ultime réaction à l'audience, n'a pas entendu en faire un mécanisme supplétif, applicable dans le silence du juge. Et compte tenu de l'objectif poursuivi par l'introduction de la clôture automatique, il est à nos yeux paradoxal qu'elle ait pour effet de rigidifier le travail du juge en lui faisant obligation, sous peine d'irrégularité de la procédure, de toujours clore expressément une instruction qui a été rouverte.

Il s'en déduit, d'autre part, que les textes ne commandent pas nécessairement la solution *DDA...* consistant à sanctionner l'absence de clôture expresse de l'instruction par l'irrégularité de la procédure. Une autre conséquence est susceptible de s'attacher à une telle omission, celle de la clôture de l'instruction le jour de l'audience, date qui correspond toujours, du moins dans la procédure contentieuse ordinaire¹⁴, au moment ultime où l'instruction peut être close.

De telles considérations ont déjà reçu un certain écho dans votre jurisprudence.

Ainsi, par une décision *Société Guy Dauphin Environnement* du 2 mai 2016, aux Tables sur ce point, vous avez jugé, pour l'application de l'article R. 613-2 du CJA, que

¹³ M-A. Latournerie, « Brèves réflexions sur le décret n° 97-563 du 29 mai 1997 relatif au fonctionnement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et à la procédure devant ces juridictions », RFDA 1997.952

¹⁴ Des dérogations existent pour les procédures de référés (art. R. 522-8 CJA) ainsi que pour les contentieux sociaux (art. R. 772-9 du CJA), qui permettent au juge de différer la clôture de l'instruction à une date postérieure à l'audience.

« l'absence de mention dans l'avis d'audience de l'intervention de la clôture de l'instruction trois jours francs avant la date de l'audience fait obstacle à cette clôture » et qu'« en pareil cas, l'instruction doit être considérée comme close le jour de l'audience (...) »¹⁵.

Bien que les conclusions de L. Marion ne fassent pas mention de la solution *DDA...*, le fichage de la décision *GD...* y renvoie par un « comp. », en précisant que celle-ci continue de s'appliquer dans le cas d'une réouverture de l'instruction moins de trois jours avant l'audience. Mais nous peinons à appréhender les raisons qui s'opposent à ce que, dans une telle situation, puisse également jouer la clôture le jour de l'audience : après tout, dans les deux configurations, l'objectif est à nos yeux uniquement de ne pas permettre que l'instruction soit close à l'insu des parties, lesquelles peuvent légitimement espérer que, sauf à avoir été informées du contraire, c'est cette échéance qui constitue le terme normal d'une instruction. Or, dans l'hypothèse où le juge a, postérieurement à la clôture, procédé à sa réouverture, un tel objectif nous semble pleinement satisfait si l'instruction est, comme dans la configuration de l'affaire *Guy Dauphin*, considérée dans le silence du juge comme close le jour de l'audience.

Vous vous êtes d'ailleurs déjà engagés dans cette direction en jugeant, par une décision *SCV Le 118 Résidence* du 8 juillet 2020, malheureusement non fichée sur ce point, que lorsque le juge procède à une réouverture ciblée de l'instruction en application de l'article R. 613-1 du CJA, que la clôture automatique ne peut pas jouer faute d'avoir été mentionnée sur l'avis d'audience et qu'aucune ordonnance de clôture expresse n'est intervenue, l'instruction doit, « conformément à une règle générale de la procédure administrative contentieuse », être considérée comme close « après que les parties ou leurs mandataires ont formulé leurs observations orales à l'audience (...) où l'affaire a été appelée »¹⁶. La solution s'écarte ainsi nettement de celle issue de la décision *DDA...*, car elle admet que même après réouverture de l'instruction par le juge, si la clôture automatique ne peut intervenir, le juge n'est pas pour autant tenu de procéder à la clôture expresse de l'instruction, celle-ci devant être regardée comme close le jour de l'audience.

Vous l'aurez compris, c'est cette solution que nous vous proposons de retenir dans une configuration comme la nôtre, consistant à juger que si la CNDA avait communiqué le mémoire de l'OFPPA, rouvrant ainsi l'instruction, celle-ci aurait été, en l'absence d'ordonnance de clôture, considérée comme close à l'issue de l'audience.

Cette solution, outre qu'elle présente l'avantage de dispenser le juge d'une formalité, nous semble pleinement conforme aux intérêts des parties, qui se voient offrir dans le silence du juge la possibilité de réagir jusqu'à la dernière minute, c'est-à-dire à l'audience. Elle ne préjuge pas de l'obligation pour le juge, lorsque la nature ou le contenu d'une intervention à l'audience le justifie, afin de garantir le principe de la contradiction, de reporter l'audience ou, si la possibilité lui en a été donnée par les textes, de poursuivre l'instruction après l'audience. Et elle n'a pas vocation à remettre en cause l'application rigoureuse que vous faites de la solution *DDA...* lorsque l'instruction a été rouverte postérieurement à l'audience¹⁷, car dans

¹⁵ CE, 2 mai 2016, *Ministre de l'intérieur c/ Société Guy Dauphin Environnement*, n°s 385545 385593, B

¹⁶ CE, 8 juillet 2020, *Société CV Le 118 Résidence*, n° 420570, B, sur un autre point

cette hypothèse, faute d'ordonnance de clôture, les parties n'ont aucun moyen de connaître la date ultime à laquelle elles pourront produire.

2.2. La seconde voie procédurale susceptible d'être empruntée par la Cour afin de tenir compte, sans report d'audience, du certificat de baptême produit par M. K..., aurait consisté à faire usage des pouvoirs d'instruction qu'elle tient de l'article R. 532-51 du CESEDA.

Ces dispositions, introduites par le décret (n° 2013-751) du 16 août 2013, permettent au président de la formation de jugement, lorsque des vérifications sur des éléments du débat oral apparaissent nécessaires, une prolongation du débat contradictoire sans renvoyer l'affaire à une audience ultérieure ni même rouvrir l'instruction.

En l'espèce, il était donc loisible au président de la formation de jugement, à l'issue de l'audience, d'ordonner un supplément d'instruction à la seule fin de permettre au requérant de produire de manière recevable son certificat de baptême, à l'OFPRA d'en discuter sa portée, et donc à la Cour de tenir compte de ce document pour la solution du litige.

Cette modalité procédurale n'est toutefois pas parfaitement adaptée lorsque, comme en l'espèce, l'élément sur lequel porte le supplément d'instruction a été identifié non pas à l'audience, mais quelques jours avant. Dans cette hypothèse en effet, il est à nos yeux peu opportun d'attendre l'issue de l'audience pour ordonner un supplément d'instruction à la seule fin de tenir compte d'un document produit près d'une semaine avant et dont la portée aurait pu parfaitement être discutée par les parties entre cette date et celle de l'audience.

Compte tenu de ces limites, nous avons un temps envisagé de vous proposer de juger que le mécanisme du supplément d'instruction prévu à l'article R. 532-51 puisse être activé non pas à l'issue de l'audience mais en amont de celle-ci, ce qui permettrait la poursuite post-clôture d'un débat contradictoire centré uniquement sur la production tardive, et sans que le président de la formation de jugement soit contraint de prolonger de manière artificielle un délibéré.

Mais force est d'admettre qu'une telle solution cadre mal tant avec l'esprit que la lettre de l'article R. 532-51. Car il est difficile de nier que le mécanisme qu'il prévoit a été pensé pour être activé à l'issue de l'audience, comme vous l'avez d'ailleurs indiqué récemment dans une décision *H...* du 5 février 2021, et comme en atteste son insertion dans une section 6 consacrée au « jugement ». Et ces dispositions précisent que lorsqu'un supplément d'instruction est ordonné, c'est « *la même formation de jugement* [qui] *délibère* » et que « *les parties ne sont convoquées à une nouvelle audience que si le président de la formation de jugement* » l'estime nécessaire, ce qui confirme bien que ce mécanisme n'a pas vocation à être activée antérieurement à l'audience.

Par ces motifs, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'autre moyen du pourvoi, nous concluons à l'annulation de la décision attaquée, au renvoi de l'affaire à la CNDA et à ce

¹⁷ v. en matière de contentieux sociaux, CE, 30 mai 2018, *Mme Z...*, n° 410172, B ; en matière de référés, CE, 26 mai 2021, *M. F... et a.*, n°s 436902 436904, B

que l'OFPPRA verse au requérant une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.