

Société Civile Professionnelle
G. THOUVENIN, O. COUDRAY et M. GREVY
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
13, rue du Cherche-Midi - 75006 Paris
Tel : 01 53 63 20 00

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MEMOIRE COMPLEMENTAIRE

POUR :

Le syndicat des avocats de France

SCP THOUVENIN, COUDRAY et GREVY

CONTRE :

Le ministre de la justice, garde des sceaux

A l'appui du pourvoi n° 428419

* * *
*

- FAITS -

I. –

Par le décret n° 2018-1280 du 27 décembre 2018 portant dispositions relatives à l'aide juridictionnelle, le pouvoir réglementaire a prévu, au prétexte d'une remise à plat des modalités de prise en charge financière des interventions effectuées au titre de l'aide juridictionnelle, que tous les « *recours dirigés contre les mesures prises en matière de droit des étrangers, à l'exception des recours indemnitaires et des référés* » seraient affectés du même coefficient.

Ce texte est revenu sur une situation qui, si elle n'était pas parfaite (loin s'en faut...), avait au moins le mérite de tenir compte des spécificités des différentes procédures et des conditions concrètes d'intervention des avocats dans le cadre de celles-ci.

A grands traits, pour les contentieux dont les juridictions administratives ont à connaître, la situation précédente faisait un sort particulier aux actions en contestation de mesures d'éloignement et d'interdiction de retour sur le territoire, elles même affectées d'un coefficient différent selon que le ressortissant étranger faisait l'objet d'une mesure de contrainte (assignation à résidence ou rétention, le coefficient étant alors de 8 ; § XIV.6 du tableau de l'article 90 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991, dans sa rédaction issue de l'article 5 du décret n° 2017-822 du 5 mai 2017) ou n'en faisait pas l'objet (le coefficient étant alors de 16 ; *ibid.*, § XIV.7), alors que le reste du contentieux des mesures prises en matière de droit des étrangers (contestations de refus de séjour simple, contestation de refus de délivrance d'un récépissé, contestations de décisions de transfert, contestations de refus de visa, contestation de refus de document de circulation pour mineur étranger, contestations d'arrêté d'expulsion, etc...) était quant à lui traité comme toutes les autres « *affaires au fond* », elles-mêmes affectées d'un coefficient de 20 (*ibid.* § XIV.1).

Sans que l'on parvienne totalement à en comprendre la logique, le pouvoir réglementaire a, par le texte qui est ici en litige, fait le choix d'affecter à *l'ensemble* de ces matières le même coefficient (14), hormis dans l'hypothèse où elles sont en lien avec des procédures indemnitaires ou de référé.

Tel est le texte dont le syndicat des avocats de France, exposant, sollicite l'annulation.

* * *
*

- DISCUSSION -

II. –

EN LA FORME, tout d'abord, l'annulation du décret est encourue dans la mesure où il a été adopté **en méconnaissance des règles qui gouvernent l'examen par le Conseil d'Etat des projets de décret.**

1. -

Comme on le sait, lorsqu'un décret doit être pris en Conseil d'Etat, le texte finalement retenu par le gouvernement ne peut être différent à la fois du projet qu'il a soumis au Conseil d'Etat et du texte adopté par ce dernier (CE 8 février 1989, Comité national des internes et anciens internes en psychiatrie, n° 58712, au Recueil ; CE 2 mai 1990, Syndicat national des médecins, chirurgiens, spécialistes et biologistes des hôpitaux publics, n° 86662, au Recueil ; CE 10 janvier 2007, Fédération nationale interprofessionnelle des mutuelles, n° 283175).

Et lorsque le décret qui est soumis au contrôle du juge n'a pas été pris, conformément à cette règle, la règle est qu'il doit être annulé.

2. -

Or, il ne ressort d'aucune pièce du dossier que la version du texte finalement publiée au Journal Officiel correspondrait à celle qui avait été soumise pour avis au Conseil d'Etat.

III. -

AU FOND, l'annulation est de même encourue.

Il faut ici rappeler qu'il résulte des dispositions combinées des articles 25 et 27 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, que le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle a le droit à l'assistance d'un avocat et que ce dernier doit percevoir une rétribution dont le montant est déterminé sur la base d'un coefficient par type de procédure appliqué à une unité de valeur de référence dont le taux est aujourd'hui fixé à 32 €.

1. -

Pour l'application de ce texte, l'article 90 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 a prévu que « *la contribution de l'Etat à la rétribution des avocats qui prêtent leur concours au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle totale est déterminée en fonction du produit de l'unité de valeur prévue par la loi de finances et les différents coefficients* » qui sont répertoriés dans un tableau prévu sous ce même article.

Pour ce qui est des modalités qui doivent être suivies par le pouvoir réglementaire pour fixer ces coefficients, la haute juridiction administrative a pu rappeler que si l'administration conserve une large marge de manœuvre pour faire le choix de modifier - ou non - les coefficients affectés à chaque type de procédures, une *diminution* ne peut en revanche intervenir *qu'à la condition* qu'il existe une adéquation suffisante entre le montant du coefficient et la procédure en cause au regard de la difficulté que celle-ci présente (CE 14 juin 2018, Association Médiation-net et autres, n° 408265, point 7 ; v. notamment sur ce point, concl. L. Dutheillet de Lamothe sur cette décision, p. 3).

Surtout, le Conseil d'Etat retient, dans ce cadre, qu'il n'est pas possible, pour le pouvoir réglementaire, de se fonder sur d'autres éléments que celui qui vient d'être évoqué, le juge ayant par exemple exclu que les coefficients puissent être déterminés par la volonté de compenser une augmentation de l'unité de valeur par une modification de l'article 27 de la loi du 10 juillet 1991 précitée (CE 14 juin 2018, Association Médiation-net et autres, précité).

III. -

Dans l'ensemble - et il faut certainement commencer par évoquer cet aspect - on relève, à la lecture de l'article 90 précité, que, d'une manière générale, ce critère de détermination lié aux particularités et à la difficulté d'une procédure est bien celui qui a conduit le pouvoir réglementaire à fixer plusieurs coefficients.

Par exemple, on ne peut ainsi probablement rien trouver à redire au choix fait par le pouvoir réglementaire de n'affecter que des coefficients plus faibles aux missions impliquant une intervention devant certaines commissions administratives. Ce n'est pas tellement que l'exercice de ce type de missions n'appelle pas la plus grande rigueur, de la part de l'avocat qui en a la charge. Mais, l'on voit bien, autant sur le plan de la durée de l'intervention de l'avocat que sur celui des actes de procédure à réaliser, que cette mission n'implique pas, pour l'avocat, le même temps de travail, les mêmes conditions de suivi et les mêmes réalisations qu'une procédure (contentieuse) au fond.

En revanche, à l'application du cadre qui vient d'être évoqué, le pouvoir réglementaire a, sans le moindre doute, commis soit une **erreur de droit**, soit une **erreur manifeste d'appréciation** en choisissant, par l'adoption d'une modification de l'article 90 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991, de mettre sur le même plan « *l'ensemble des recours dirigés contre les mesures prises en matière de droit des étrangers, à l'exception des recours indemnitaires et des référés* ».

1. -

Il est tout d'abord peu compréhensible qu'il n'ait pas été fait, comme cela était le cas auparavant, un sort particulier à celles des procédures en droit des étrangers dont la durée d'instruction est plus longue et plus exigeante et qui, auparavant, permettaient le bénéfice d'un coefficient fixé à 20.

- Sur ce thème, et s'agissant d'un premier point, on ne voit pas bien en quoi, par exemple, les procédures de contestation de refus de séjour simple, de contestation de refus de visa, de contestation de refus de regroupement familial ou encore de contestation d'arrêtés d'expulsion ou d'arrêtés de transfert pris en application du règlement du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 ne devraient pas continuer à être de celles qui peuvent être assimilées à des « *affaires au fond* ».

C'est qu'en effet, la durée d'instruction pour ces affaires - qui ne font donc pas partie de celles qui doivent faire l'objet d'un jugement en 72 heures ou en trois mois, comme c'est le cas des obligations de quitter le territoire français - n'est souvent, en pratique, guère moins longue que celle existant pour les procédures de fond dans les autres matières.

- Ce contentieux (et tout particulièrement les matières qui viennent d'être citées) n'est du reste, pas « *plus facile* » ou moins exigeant que les autres procédures entrant sous la rubrique « *affaires de fond* ».

On ne voit pas en quoi une contestation d'une décision de retrait de points sur un permis de conduire ou un dossier de fermeture administrative d'un débit de boissons poseraient des questions plus délicates qu'un contentieux de décisions de transfert Dublin.

Dans son avis du 15 février 2018 sur la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, l'assemblée générale déplorait, du reste, la « *complexité toujours croissante* » du contentieux des étrangers, liée notamment à l'ajout successif de catégories de décisions et au caractère souvent peu clair des règles à mettre en œuvre.

Le nombre constamment important de fichage au Recueil Lebon de décisions en droit des étrangers fournit, de la même manière, le témoignage de ce que cette matière continue à poser des questions de droit d'une difficulté particulière.

Ce fichage montre d'ailleurs que les matières qui viennent d'être évoquées sont celles qui, en droit des étrangers, présentent à juger les cas les points de droit les plus difficiles (v. par ex. : en matière de visa, CE 16 octobre 2017, n° 408374, au Recueil ; CE 1^{er} février 2019, n° 21694, au Recueil ; en matière de décision de transfert : CE 24 septembre 2018, n° 420708, au Recueil ; en matière de regroupement familial : CE 11 mai 2016, Min. de l'intérieur, n° 392191, aux Tables,...).

Or, en appliquant un coefficient de 14 à ces procédures là où il était de 20 auparavant, le pouvoir réglementaire n'a incontestablement pris en considération ni la difficulté liée à ces procédures, ni la circonstance que les dossiers liés à cette matière justifient un travail particulièrement lourd.

2. -

N'a, de la même manière, qu'assez peu de sens le choix qui a été fait de ramener le coefficient 16 qui était appliqué aux recours dirigés contre les décisions lorsque l'étranger n'est pas placé en rétention ou assigné à résidence, au même coefficient (14) que celui prévu pour les recours lorsque l'étranger est placé en rétention ou est assigné à résidence.

a. -

D'abord, ce choix de l'abaissement ne peut qu'être défavorable aux avocats qui exercent au sein de barreaux dans le ressort desquels il n'existe pas de centre de rétention, ces professionnels ayant, naturellement, moins vocation à intervenir auprès de ceux qui font l'objet de telles mesures de surveillance.

Un tel choix ne peut, pour cette raison, être pertinent.

Un autre aspect tient encore au fait que, même lorsqu'un centre de rétention existe dans le ressort du barreau, un grand nombre d'avocats spécialistes en droit des étrangers ne pratiquent pas de contentieux de la rétention.

b. -

Il faut de même relever que le choix de ce niveau de rétribution ne prend pas en considération l'importance du travail réalisé par l'avocat, dans le cadre d'une procédure de contestation d'une mesure d'éloignement d'un étranger, qui n'est pas assortie d'un placement en rétention.

- En pratique, lorsque l'avocat intervient, dans le cadre d'une permanence, auprès d'un étranger qui est placé en centre de rétention, le recours présenté aura souvent été, en amont, rédigé et envoyé par l'association d'aide aux étrangers présente dans les centres de rétention administrative.

L'intervention de l'avocat est, dès lors, souvent essentiellement orale, compte tenu du travail écrit déjà réalisé avant son intervention mais aussi au regard du temps très court qui lui est imparti pour préparer le dossier.

Les contraintes de délais d'instruction (le recours doit être jugé dans les 72 heures) font également que l'avocat consacrerait nécessairement moins de temps, à ce type de dossier.

- En revanche, lorsque l'étranger a été destinataire d'une mesure d'éloignement mais n'a pas fait l'objet d'une mesure de surveillance, l'avocat consacre nécessairement un temps plus long pour l'instruction du dossier (dans cette hypothèse, le tribunal peut statuer dans un délai de trois mois ou six semaines).

L'avocat peut (et même *doit*, au regard de ses obligations professionnelles) consacrer ainsi plus de temps à la préparation de la requête et des différents mémoires qui seront déposés, et peut ainsi être amené à soumettre les projets d'écritures à son client et à discuter de la teneur de celles-ci avec ce dernier.

Ce temps plus long doit conduire l'avocat à réaliser davantage de recherches jurisprudentielles ou doctrinales, pour la présentation des moyens.

De même, au titre des diligences devant être effectuées, dans le cadre de certains dossiers dans lesquels une difficulté de compréhension est identifiée, il peut aussi être nécessaire de solliciter, auprès de la préfecture, de pouvoir consulter le dossier administratif de l'étranger.

Et l'on sait que cette démarche est particulièrement nécessaire, lorsque, par exemple, l'administration préfectorale a, par erreur, refusé de délivrer un titre de séjour à un étranger, en s'appuyant sur un fondement différent de celui dont se prévalait l'étranger dans sa demande.

L'avocat peut, en outre, être amené à organiser des rendez-vous avec son client, pour préparer le contentieux, constituer le dossier et réfléchir à la stratégie à adopter.

A côté de cela, la charge de la gestion administrative de ce type de dossier est plus lourde que ne l'est la prise en charge d'un dossier d'un étranger retenu, puisque l'avocat devra ici, sur plusieurs mois, régulièrement procéder à des échanges de correspondances ou à des entretiens téléphoniques avec son client, portant sur l'évolution de la procédure ou encore l'analyse à faire de mémoires en défense qui auront pu être produits par l'administration.

Dans ce cadre, le secrétariat du cabinet d'avocats sera évidemment sollicité pour fournir des renseignements au client mais aussi pour préparer les pièces à joindre aux mémoires. Et l'on sait que l'une comme l'autre de ces interventions peuvent être extrêmement lourdes, notamment lorsque le justiciable cherche, au contentieux, à prouver l'ancienneté de son séjour sur le territoire national et la réalité de son intégration dans la société française, ce qui implique parfois le classement de centaines de pièces.

Ce sont en outre, depuis l'adoption de l'obligation de recourir à télérecours, des pièces qui devront être dématérialisées, classées, indexées, et qui devront l'être correctement à défaut de quoi, comme le prévoit l'article R. 414-1 du code de justice administrative, la requête pourrait être jugée irrecevable.

Bref, c'est donc un travail plus important, plus lourd, mais aussi plus difficile qu'implique le suivi d'un dossier en droit des étrangers dans l'hypothèse où le requérant n'est pas en rétention.

On peut, à cet égard, ajouter que ni la récente réforme introduite par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie - ni, au reste, les réformes précédentes - n'ont apporté de modification qui conduirait à retenir que les conditions d'intervention des avocats dans ce contentieux seraient amenées à évoluer à la baisse.

Dans ces conditions, on ne comprend définitivement pas en quoi il était nécessaire de priver les avocats qui suivent ce contentieux de l'éloignement d'une rétribution définie à partir d'un coefficient fixé à 16.

Et le choix de diminuer le coefficient appliqué à cette matière ne peut donc être justifié et n'est, en toute hypothèse, fondé sur aucun critère en rapport avec les articles 25 et 27 de la loi du 10 juillet 1991 précitée et de l'article 90 du décret du 10 juillet 1991 précité.

L'annulation est donc certaine.

* * *
*

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, le syndicat exposant persiste dans ses précédentes écritures.

Société Civile Professionnelle
Gilles THOUVENIN, Olivier COUDRAY et Manuela GREVY
Avocat au Conseil d'État