

M^e Vincent LASSALLE-BYHET
Avocat au barreau de Paris (toque C2311)
36, avenue Georges Mandel – 75116 Paris
Tél. : 01 45 53 10 07 / Fax : 01 47 27 36 04
vlassallebyhet.avocat@gmail.com

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

MÉMOIRE EN RÉPLIQUE

- Pour :
- 1°) **Le Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (GISTI)**,
association représentée par sa présidente en exercice
 - 2°) **Le Syndicat des avocats de France (SAF)**, représenté par sa présidente en
exercice
 - 3°) **Le Conseil national des barreaux (CNB)**, représenté par son président en
exercice

M^e Vincent Lassalle-Byhet

Contre : Le garde des sceaux, ministre de la justice

Observations à l'appui de la QPC soulevée dans la requête n° 454144

(Connexité avec les requêtes n^{os} 448296 et 448305)

DISCUSSION

I. Les exposants entendent présenter de brèves observations, à la suite du mémoire en défense déposé le 1^{er} octobre 2021 par le garde des sceaux, ministre de la justice, dans cette affaire.

II. Pour contester le caractère nouveau de la question prioritaire de constitutionnalité posée, le garde des sceaux soutient d'abord que « *la légalisation n'a pas pour objet de certifier les informations contenues dans l'acte, mais uniquement d'en assurer la régularité formelle* » et qu'« *elle n'atteste pas de sa valeur probante et n'est pas de nature à influencer sur celle-ci* » (mémoire en défense, p. 2, pénultième al.).

Il en déduit que « *la légalisation n'a[urait] pas pour objet d'asseoir les prétentions d'une partie au procès* » et qu'« *elle n'a[urait] ainsi pas d'incidence sur le droit à la preuve* » (*ibid.*, *in fine* – soulignement ajouté).

Cette déduction est erronée.

Car le défaut de légalisation d'un acte public étranger prive la personne concernée de la possibilité de s'en prévaloir devant l'administration ou les juridictions françaises.

C'est l'objet même de l'obligation de légalisation énoncée par la première phrase du II de l'article 16 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 – « *sauf engagement international contraire, tout acte public établi par une autorité étrangère et destiné à être produit en France doit être légalisé pour y produire effet* » (soulignement ajouté).

Si cette obligation était dépourvue de sanction, alors les dispositions précitées n'auraient aucune portée normative.

Au surplus, il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que tout acte public étranger non légalisé ne peut produire le moindre effet en France (v. en ce sens : Cass., 1^{re} civ., 4 juin 2009, pourvois n° 08-13.541, *Bull.* 2009, I, n° 116).

La Haute juridiction judiciaire a, ainsi, approuvé une cour d'appel d'avoir jugé « *à bon droit que l'extrait d'acte de naissance produit par [la requérante], établi le 27 juillet 2002 par*

une autorité étrangère et non légalisé, ne répondait pas aux exigences légales et ne pouvait recevoir effet en France » (même arrêt – soulignements ajoutés).

Autrement dit, l'absence de légalisation de l'acte public étranger en cause fait définitivement obstacle à sa prise en compte par l'administration ou la juridiction française devant laquelle cet acte était produit.

La personne concernée ne pourra donc se prévaloir de l'acte public étranger non légalisé.

Et ainsi, contrairement à ce que prétend le ministre de la justice, la légalisation a une incidence directe sur le droit à la preuve.

Car, non légalisé, l'acte public étranger ne pourra être invoqué à titre de preuve par la personne qui entendait s'en prévaloir.

III. C'est également à tort que le ministre de la justice soutient que « *ce [ne serait] que de manière très indirecte qu'il pourrait être considéré l'existence d'un lien avec le droit à la preuve, dans l'hypothèse où cette formalité s'avérerait impossible* », mais que « *le décret d'application du 10 novembre 2020 prévoi[rait] différentes modalités de légalisation, adaptées aux circonstances* » (mémoire en défense, p. 3, *in limine*).

Au soutien de cette thèse, le ministre de la justice souligne que, par dérogation au principe de la compétence des agents diplomatiques ou consulaires français en poste dans l'État d'émission de l'acte public étranger en cause, prévue par l'article 3 du décret litigieux, « *est prévu à titre subsidiaire que lorsque l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire français, compte tenu des conditions dans lesquelles les actes publics sont émis dans l'État étranger, se trouve dans l'impossibilité manifeste d'assurer ses fonctions de légalisation, l'acte pourra être légalisé par l'autorité diplomatique ou consulaire de cet État en France (art. 4, 1^o)* » (*ibid.*, al. 3).

Mais cette présentation du dispositif prévu par le décret n° 2020-1370 du 10 novembre 2020 est trompeuse.

Certes, le 1^o de l'article 4 dudit décret prévoit la possibilité d'obtenir la légalisation des actes publics étrangers par l'ambassadeur ou le chef de poste consulaire de l'État d'émission en résidence en France, lorsque les conditions « *ne permettent manifestement pas à l'ambassadeur ou au chef de poste consulaire français d'en assurer la légalisation* ».

Toutefois, le même texte précise aussitôt : « *le ministre des affaires étrangères rend publique la liste des États concernés* ».

Or, il suffit de prendre connaissance de ladite liste, publiée sur le site internet du ministère des affaires étrangères (cf. annexe 8 du tableau récapitulatif de l'état actuel du droit conventionnel en matière de légalisation, mise à jour du 17 sept. 2021 – https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/leg_-_tableau_recap_du_droit_conventionnel_-_17-09-21_cle81db4e.pdf), pour constater que seuls trois États y figurent :

- la République de Guinée ;
- la République d'Angola ;
- l'Union des Comores.

Autrement dit, la dérogation prévue par les dispositions précitées du 1^o de l'article 4 du décret du 10 novembre 2020 ne s'appliquent qu'à la légalisation des actes publics établis dans les trois pays précités.

Au demeurant, le décret ne définit nullement les « *conditions qui ne permettent manifestement pas à l'ambassadeur ou au chef de poste consulaire français d'en assurer la légalisation* ».

Et ainsi, la détermination des États concernés par la dérogation prévue par le 1^o de l'article 4 du décret relève d'une décision discrétionnaire du ministre des affaires étrangères.

Cette dérogation ne saurait, dès lors, avoir la portée que lui prête le ministre de la justice.

Au contraire, le décret du 10 novembre 2020 ne prévoit qu'une autorité compétente en matière de légalisation des actes publics étrangers – les agents diplomatiques ou consulaires français en poste dans l'État où l'acte public en cause a été établi – et prévoit une dérogation très résiduelle, dont la détermination relève de la seule décision du ministère des affaires étrangères, sans qu'aucune condition ne soit fixée sur ce point.

Et partant, si les autorités compétentes françaises s'abstiennent de procéder à la légalisation de l'acte public étranger en cause, la personne concernée ne pourra nullement s'en prévaloir devant les administrations ou juridictions françaises.

L'atteinte ainsi portée au droit à la preuve est manifeste.

IV. Au surplus, comme les exposants l'ont déjà souligné dans leur mémoire et contrairement à ce que soutient le ministre de la justice, le droit à la preuve doit être reconnu comme étant au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit.

Car ce droit constitue, déjà, un droit fondamental protégé par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ainsi que l'a souligné un auteur, il est au service de l'égalité des armes (cf. P. Henriot, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », *Revue de droit du travail* 2018, p. 120).

Mais pas seulement.

Car la Cour de Strasbourg a consacré le droit à la preuve, de manière autonome, dans son arrêt *L.L. c/ France* (CEDH, 10 octobre 2006, n° 7508/02, § 40 ; v. sur ce point : mémoire du 7 septembre 2021 des exposants, p. 8).

Le droit à la preuve est, ainsi, opposable à la partie adverse et permet de conférer une légitimité à une demande d'accès à des documents couverts par le secret (cf. P. Henriot, *op. cit.*).

Les juges nationaux sont, dès lors, tenus d'exercer un contrôle de proportionnalité entre, d'une part, le droit à la preuve invoqué et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée ou le secret protégé, qui est opposé à la demande.

Et la Cour de cassation se prononce régulièrement sur ce contrôle de proportionnalité exercé par les juges du fond, notamment dans le contentieux des discriminations au travail (v. récemment en ce sens : Cass., soc., 29 septembre 2021, pourvoi n° 19-19.074 ; 16 mars 2021, pourvoi n° 19-21.063, publié au *Bulletin*) ou en matière de mesures d'instruction *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile (v. récemment par ex. : Cass., 2^e civ., 25 mars 2021, pourvoi n° 20-14.309, publié au *Bulletin* ; Cass., soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 19-26.149 ; Cass., 2^e civ., 10 juin 2021, pourvoi n° 20-11.987, publié au *Bulletin* ; 25 mars 2021, pourvoi n° 20-14.309, publié au *Bulletin* ; Cass., soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-17.637, publié au *Bulletin*).

La Haute juridiction judiciaire a, ainsi, récemment rappelé qu'il résulte « *des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* » (Cass., soc., 29 septembre 2021, pourvoi n° 19-19.074).

Toutefois, en parallèle de cette protection conventionnelle, la consécration du droit à la preuve comme droit constitutionnel s'impose.

Car rien ne justifie que le droit à la preuve ne relève pas également des droits et libertés que la Constitution garantit.

Et pour cette raison déjà, la présente question prioritaire de constitutionnalité doit lui être renvoyée.

V. Par ailleurs, pour contester le caractère sérieux de la question posée, au regard de l'atteinte portée au droit au recours juridictionnel effectif, le ministre de la justice soutient que « *l'inquiétude liée au délai de réception de l'acte légalisé [serait] infondée, dès lors que [...] une fois le dossier de légalisation complet et transmis à l'administration en bonne et due forme,*

la formalité de légalisation [serait] en elle-même très rapide » (mémoire en défense, p. 4, 5^e al. avant la fin).

Cette allégation d'un traitement efficace et rapide des demandes de légalisation ne repose, toutefois, sur aucune disposition législative ou réglementaire.

L'efficacité et la rapidité du traitement des demandes de légalisation dépend donc du seul bon vouloir des autorités consulaires françaises.

Et c'est la preuve même de l'insuffisance des garanties apportées par le législateur, dénoncée par les exposants.

Car, en l'état des textes applicables, rien ne garantit à la personne concernée qu'elle pourra obtenir une réponse des autorités françaises compétentes dans un délai qui lui permette de se prévaloir utilement de l'acte public étranger en cause devant les administrations ou les juridictions françaises.

La personne concernée ne dispose d'aucun moyen de contraindre les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, installées dans l'État d'émission de l'acte public en cause, à examiner sa demande de légalisation.

Mais alors, elle ne pourra faire valoir ses droits devant l'administration ou la juridiction française saisie, faute de pouvoir produire un acte public légalisé.

L'atteinte ainsi portée au droit à la preuve et au droit à un recours juridictionnel effectif est manifeste.

VI. Enfin, dans le cadre de l'examen de la présente question prioritaire de constitutionnalité, le garde des sceaux ne saurait utilement invoquer le fait que « *depuis le 1^{er} janvier 2021, un premier retour d'expérience permet[trait] de constater qu'aucune difficulté n'a été signalée ni par les usagers, ni par les ambassades et consulats étrangers présents sur le territoire français, ni par les ambassades et consulats français à l'étranger* » (mémoire en défense, p. 5, al. 3).

Une telle affirmation est dépourvue de toute incidence, s'agissant d'un contrôle *in abstracto* de constitutionnalité.

Au demeurant, il sera établi, dans le cadre de l'instruction du recours en annulation dirigé contre le décret du 10 novembre 2020, que son application suscite, au contraire, de nombreuses difficultés pour les personnes concernées devant les ambassades et consulats français à l'étranger.

Pour toutes ces raisons, la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par les exposants présente un caractère nouveau, ou à tout le moins sérieux.

Et partant, son renvoi au Conseil constitutionnel s'impose.

PAR CES MOTIFS, les exposants persistent avec confiance dans les fins et moyens de leurs précédentes écritures.

Vincent LASSALLE-BYHET

Avocat au barreau de Paris