



Commentaire

Décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021

M. Krzysztof B.

(Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 16 octobre 2020 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 2351 du 13 octobre 2020) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Krzysztof B. relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

Dans sa décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le premier alinéa de cet article 5.

I. – Les dispositions contestées

A. – Objet des dispositions contestées

Pour cerner la portée des dispositions contrôlées par le Conseil constitutionnel, il convient d'exposer les règles de droit commun régissant la visioconférence en matière pénale.

1. – Le recours à la visioconférence dans les conditions de droit commun

* En droit commun, aux termes du premier alinéa de l'article 706-71 du code de procédure pénale (CPP) : « *Aux fins d'une bonne administration de la justice, il peut être recouru au cours de la procédure pénale, si le magistrat en charge de la procédure ou le président de la juridiction saisie l'estime justifié, dans les cas et selon les modalités prévus au présent article, à un moyen de télécommunication audiovisuelle* »¹.

Cette faculté de recourir à la visioconférence est largement prévue et peut intervenir à tous les stades de la procédure pénale – pendant l'enquête,

¹ Cet alinéa est interprété par la Cour de cassation comme n'imposant pas au juge de motiver le recours à la visioconférence (voir par exemple Crim., 7 décembre 2010, n° 10-86.884).

l'instruction et le jugement. Comme le relève Jérôme Bossan, le cas de l'interdiction de recourir à la visioconférence est rare : « *l'hypothèse la plus marquante est l'interdiction d'y recourir s'agissant de la présentation de l'accusé devant la cour d'assises. [Tel est également le cas] pour les prévenus non détenus dans une autre cause et comparaisant devant le tribunal correctionnel* »². La visioconférence ne peut pas non plus être utilisée pour le placement en détention provisoire sauf lorsque la personne est déjà détenue pour une autre cause.

Lorsqu'il est recouru à la visioconférence, le sixième alinéa de l'article 706-71 prévoit : « *si la personne est assistée par un avocat ou par un interprète, ceux-ci peuvent se trouver auprès du magistrat, de la juridiction ou de la commission compétents ou auprès de l'intéressé. Dans le premier cas, l'avocat doit pouvoir s'entretenir avec ce dernier, de façon confidentielle, en utilisant le moyen de télécommunication audiovisuelle. Dans le second cas, une copie de l'intégralité du dossier doit être mise à sa disposition dans les locaux de détention sauf si une copie de ce dossier lui a déjà été remise. Si ces dispositions s'appliquent au cours d'une audience, celle-ci doit se tenir dans des conditions qui garantissent le droit de la personne à présenter elle-même ses observations* ».

* Dans la plupart des cas prévus à l'article 706-71 du CPP, le recours à la visioconférence n'est pas subordonné à l'accord des parties.

Avant l'audience de jugement, il peut ainsi être imposé par la juridiction d'instruction pour l'audition des témoins, des parties civiles et des experts au cours de l'instruction³, pour l'interrogatoire d'une personne détenue, y compris l'interrogatoire de première comparution, et pour l'assistance de l'interprète au cours d'une audition, d'un interrogatoire ou d'une confrontation. Il en va de même pour la présentation aux fins de prolongation de la garde à vue ou de la retenue judiciaire.

Dans le cadre de la procédure préparatoire aux sessions d'assises, la visioconférence peut également être imposée par le président de la cour d'assises pour l'interrogatoire préalable de l'accusé prévu à l'article 272 du CPP⁴.

La visioconférence est également possible pour la présentation au juge des libertés et de la détention, au premier président de la cour d'appel ou au magistrat désigné par lui pour l'incarcération d'une personne recherchée en application d'un mandat

² Jérôme Bossan, « La visioconférence en procédure pénale après la loi du 23 mars 2019 », *Revue de science criminelle*, 2019, n° 3, p. 567.

³ Ce qui résulte des mots « *l'audition ou l'interrogatoire d'une personne* » figurant au début du deuxième alinéa.

⁴ Interrogatoire formel de l'accusé pour s'assurer que celui-ci a bien reçu notification de la décision de mise en accusation et l'inviter à choisir son avocat pour sa défense à l'audience.

d'arrêt européen⁵ ou au placement sous écrou extraditionnel⁶ si la personne est détenue pour une autre cause⁷.

Au cours de l'audience de jugement, le recours à la visioconférence peut notamment être imposé si le président de la juridiction l'estime justifié pour l'audition des témoins (y compris devant la cour d'assises des mineurs)⁸, des parties civiles et des experts, pour l'interrogatoire du prévenu devant le tribunal de police si celui-ci est détenu pour une autre cause, pour la comparution d'une personne à l'audience au cours de laquelle est rendu un jugement ou un arrêt qui avait été mis en délibéré ou au cours de laquelle il est statué sur les seuls intérêts civils.

Le recours à la visioconférence peut, enfin, être imposé dans le cadre de l'application des peines. Le premier alinéa de l'article 712-6 du CPP prévoit qu'il peut être fait application de l'article 706-71 pour les débats relatifs aux jugements du juge de l'application des peines s'agissant des mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de détention à domicile sous surveillance électronique et de libération conditionnelle⁹. Il en est de même devant le tribunal de l'application des peines en application du troisième alinéa de l'article 712-7 du CPP.

Pour les infractions à caractère terroriste, le quatrième alinéa de l'article 706-22-1 du CPP autorise également le recours à la visioconférence pour « *le juge de l'application des peines du tribunal judiciaire de Paris, le tribunal de l'application des peines de Paris et la chambre de l'application des peines de la cour d'appel de Paris pour prendre les décisions concernant les personnes condamnées par le tribunal correctionnel, la cour d'assises, le juge des enfants, le tribunal pour enfants ou la cour d'assises des mineurs de Paris* ».

* Toutefois, dans certains cas prévus par l'article 706-71 du CPP, si la visioconférence est possible, elle ne peut être imposée au justiciable¹⁰.

⁵ Article 695-28 du CPP.

⁶ Article 696-11 du CPP.

⁷ Article 706-71, alinéa 4, du CPP.

⁸ Crim., 13 décembre 2017, n° 16-80.459.

⁹ La même possibilité est prévue au neuvième alinéa de l'article 712-17 du CPP pour l'exécution des mandats d'amener et d'arrêt délivrés par le juge de l'application des peines.

¹⁰ Pour les hypothèses qui suivent, les modalités de recueil de l'accord de la personne sont précisées à l'article 706-71-1 du CPP : « *Lorsque le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle n'est possible qu'avec l'accord de la personne, cette dernière fait connaître son accord dans les cinq jours suivant le moment où elle est informée de la date de l'audience et du fait que le recours à ce moyen est envisagé. / Lorsque le recours à un tel moyen n'est pas possible parce que la personne le refuse, cette dernière doit faire connaître son refus au moment où elle est informée de la date de l'audience et du fait que le recours à ce moyen est envisagé. / La personne qui a accepté le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle conformément aux dispositions du premier alinéa ou qui ne s'y est pas opposée dans les cas prévus au deuxième alinéa ne peut pas ensuite le refuser* ».

Ainsi, d'une part, l'accord du procureur de la République et de toutes les parties est nécessaire lorsque le recours à la visioconférence est envisagé pour la comparution du prévenu détenu devant le tribunal correctionnel (troisième alinéa de l'article 706-71). La Cour de cassation a jugé que cette disposition était également applicable pour la comparution du prévenu détenu devant la cour d'appel¹¹.

D'autre part, l'accord de la personne est parfois requis en matière de détention provisoire. Ainsi, la première phrase du quatrième alinéa de l'article 706-71 rend la visioconférence applicable au débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne détenue pour une autre cause, au débat contradictoire prévu pour la prolongation de la détention provisoire¹² et aux audiences relatives au contentieux de la détention provisoire devant la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement.

La seconde phrase du même alinéa reconnaît néanmoins un droit d'opposition dans le cadre des audiences au cours desquelles il doit être statué sur le placement en détention provisoire d'une personne détenue pour une autre cause ou sur la prolongation de la détention provisoire : la personne détenue peut, lorsqu'elle est informée de la date de l'audience et du fait que le recours à ce moyen est envisagé, refuser l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle, sauf si son transport paraît devoir être évité en raison de risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion. Ces dispositions sont notamment applicables au débat, devant le juge des libertés et de la détention, sur la prolongation de la détention provisoire d'un mineur¹³.

En revanche, il n'existe pas de faculté d'opposition de la personne détenue dans les autres cas, tels que les demandes de mise en liberté. La Cour de cassation considère ainsi que « *l'utilisation de la visioconférence, lorsqu'il doit être statué sur une demande de mise en liberté, et non sur un placement en détention provisoire ou une prolongation de cette mesure, n'est pas subordonnée à l'accord du détenu* »¹⁴.

Toutefois, depuis la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, une faculté d'opposition a été ouverte « *lorsqu'il doit être statué sur l'appel portant*

¹¹ Crim., 25 mai 2016, n° 16-81.217. Puisque l'article 512 du CPP prévoit que les règles édictées pour le tribunal correctionnel sont applicables devant la cour d'appel et qu'aucune disposition légale n'institue de dérogation à ce principe en matière de visioconférence, la Cour juge qu'il peut y être recouru, dans les conditions fixées à l'article 706-71, pour la comparution du prévenu détenu devant la juridiction du second degré.

¹² Y compris l'audience prévue à l'avant-dernier alinéa de l'article 179 du CPP, par laquelle le juge d'instruction peut, en matière délictuelle, prolonger de deux mois la détention provisoire si le tribunal correctionnel n'a pas commencé à statuer au fond dans le délai légal.

¹³ Crim., 16 octobre 2019, n° 19-84.773.

¹⁴ Crim., 20 sept. 2016, n° 16-84.386.

sur une décision de refus de mise en liberté ou sur la saisine directe de la chambre de l'instruction en application du dernier alinéa de l'article 148 ou de l'article 148-4 par une personne détenue en matière criminelle depuis plus de six mois dont la détention n'a pas déjà fait l'objet d'une décision de prolongation et n'ayant pas personnellement comparu, sans recourir à un moyen de communication audiovisuelle, devant la chambre de l'instruction depuis au moins six mois »¹⁵.

2. – L'assouplissement par voie d'ordonnance des conditions de mise en œuvre de la visioconférence au cours de la procédure pénale pendant l'état d'urgence sanitaire

* Afin de faire face aux conséquences de la propagation du virus à l'origine de la covid-19, le législateur a autorisé, par la loi du 23 mars 2020 précitée, le Gouvernement à prendre par ordonnance de l'article 38 de la Constitution une série de mesures d'urgence et d'adaptation à la lutte contre l'épidémie dans des domaines relevant du domaine de la loi.

En application de l'article 11 de cette loi, le Gouvernement a, en particulier, reçu une habilitation à adapter « *aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à la conduite et au déroulement des instances, les règles relatives à la compétence territoriale et aux formations de jugement des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ainsi que les règles relatives aux délais de procédure et de jugement, à la publicité des audiences et à leur tenue, au recours à la visioconférence devant ces juridictions et aux modalités de saisine de la juridiction et d'organisation du contradictoire devant les juridictions » (c du 2° du paragraphe I).*

L'exposé des motifs du projet de loi précise que les adaptations de la procédure pénale 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* ».

Conformément au premier alinéa du paragraphe I de l'article 11, le Gouvernement était autorisé à adopter des ordonnances, dans le cadre de l'habilitation ainsi accordée, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la loi du 23 mars 2020.

C'est sur ce fondement qu'a été adoptée l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020. Ses dispositions étaient applicables jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans

¹⁵ Ces dispositions ont été adoptées pour remédier à l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020 (voir *infra*).

les conditions de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020. L'état d'urgence sanitaire ayant cessé, après prorogation, le 10 juillet 2020¹⁶, les dispositions de l'ordonnance se sont donc appliquées jusqu'au 10 août 2020.

Aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance : « *Les règles de procédure pénale sont adaptées conformément aux dispositions de la présente ordonnance, afin de permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales essentielle au maintien de l'ordre public* ».

* Parmi les mesures d'adaptation de la procédure pénale figure le recours étendu à la visioconférence, prévu à l'article 5 de l'ordonnance. Le rapport au Président de la République accompagnant cette ordonnance précise que cet article « généralise la possibilité de recourir à la visioconférence, prévue à l'article 706-71 du code de procédure pénale, le cas échéant par tout autre moyen de communication électronique, y compris téléphonique, devant l'ensemble des juridictions pénales, autres que les juridictions criminelles, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties, et donc y compris en cas de désaccord de l'une d'entre elles ».

– En prévoyant que « *Par dérogation à l'article 706-71 du code de procédure pénale, il peut être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales, autres que les juridictions criminelles, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties* », le premier alinéa de l'article 5 a d'abord pour effet de permettre d'imposer le recours à la visioconférence, sans l'accord de l'ensemble des parties, dans tous les cas où celui-ci est exigé en application de l'article 706-71. Ainsi, il permet la comparution du prévenu détenu devant le tribunal correctionnel ou devant la cour d'appel sans son accord. Il permet également le recours à la visioconférence dans le cadre d'une audience portant sur le placement en détention provisoire d'une personne détenue pour une autre cause ou sur la prolongation de la détention provisoire, sans faculté d'opposition de la personne détenue et quand bien même il n'existerait pas de risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion.

Le champ de la dérogation ouverte par le premier alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 est cependant plus large.

¹⁶ L'article 4 de la loi du 23 mars 2020 a procédé à la déclaration de l'état d'urgence sanitaire, sur l'ensemble du territoire national, pour une durée de deux mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi, soit jusqu'au 23 mai 2020 en raison de son entrée en vigueur immédiate prévue par l'article 22. L'article 1^{er} de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions a ensuite prévu que « *l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 est prorogé jusqu'au 10 juillet 2020 inclus* ». L'état d'urgence sanitaire a de nouveau été mis en œuvre par le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire, puis prorogé jusqu'au 16 février 2021 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.

Au-delà de la dérogation à l'exigence de l'accord des parties ou à la faculté d'opposition prévues par l'article 706-71 du CPP, le premier alinéa de l'article 5, tel qu'il est rédigé et ainsi que cela ressort du rapport précité accompagnant l'ordonnance, permet également d'imposer la visioconférence devant les juridictions pénales (autres que criminelles) dans des hypothèses autres que celles prévues à l'article 706-71.

En témoigne un arrêt du 22 juillet 2020 de la Cour de cassation, qui a jugé que les dispositions de l'article 5 « *dérogent explicitement, pour un temps limité, à celles de l'article 706-71 du code de procédure pénale, qui prohibent le recours à la visioconférence pour le placement en détention provisoire hors le cas où la personne est détenue pour autre cause* »¹⁷. La Cour a ainsi accepté, dans cet arrêt, le fait que, pour le placement en détention provisoire, la visioconférence a été imposée à une personne détenue pour la même cause que celle justifiant ce placement – la personne étant incarcérée en vertu d'un mandat de dépôt provisoire consécutif à une demande de débat différé¹⁸.

Il résulte de cet arrêt, comme le relève Benjamin Fiorini, que l'article 5 constitue bien « *une dérogation totale, et non partielle, aux dispositions de l'article 706-71 du code de procédure pénale. La solution paraît logique au regard de la lettre du texte* »¹⁹.

– S'il existe une impossibilité technique ou matérielle d'utiliser la visioconférence, le deuxième alinéa de l'article 5 prévoit qu'il est possible d'utiliser tout autre moyen de communication électronique, y compris téléphonique.

– Enfin, le dernier alinéa de l'article 5 précise que, s'il est recouru à la visioconférence ou, à défaut, à un autre moyen de communication électronique, le juge organise et conduit la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats²⁰.

* Les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 ne sont plus applicables depuis le 10 août 2020.

¹⁷ Crim., 22 juillet 2020, n° 20-82.213. La Cour y juge également que les dispositions de l'article 5 « *ne sont pas contraires aux articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que même prises dans un contexte sanitaire d'urgence, elles posent in fine l'exigence que le juge organise et conduise la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats* ».

¹⁸ Sur le fondement des septième et huitième alinéas de l'article 145 du CPP, qui empêchent le juge des libertés et de la détention d'ordonner immédiatement le placement en détention lorsque la personne mise en examen sollicite un délai pour préparer sa défense et permettent alors à ce juge de prescrire l'incarcération de la personne pour une durée déterminée qui ne peut excéder quatre jours ouvrables.

¹⁹ « Visioconférence et détention provisoire : quand l'urgence justifie la distance », *AJ Pénal*, 2020, p. 482.

²⁰ Saisi d'un référé-liberté et d'un référé-suspension dirigés contre l'article 5, le Conseil d'État a rejeté ces deux requêtes par des décisions du 3 avril 2020 (n° 439894) et du 22 avril 2020 (n° 440039).

Toutefois, en application de l'habilitation prévue par le 1° du paragraphe I et le 3° du paragraphe II de l'article 10 de 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, l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale a prévu de nouvelles adaptations des règles de la procédure pénale « *afin de permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales essentielle au maintien de l'ordre public* »²¹.

Le premier alinéa de l'article 2 de cette ordonnance prévoit : « *Nonobstant toute disposition contraire, il peut être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales et pour les présentations devant le procureur de la République ou devant le procureur général, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties* ».

Le rapport au Président de la République relatif à cette ordonnance indique que cet article « *reprend l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020* ». Son texte ne fait plus référence, pour définir les cas de recours à la visioconférence, à l'article 706-71 du CPP, ce recours étant prévu « *nonobstant toute disposition contraire* », c'est-à-dire, comme le relève le même rapport, « *y compris dans les cas où l'article 706-71 du code de procédure pénale exige que les parties acceptent ou ne refusent pas ce recours, et y compris devant des juridictions pénales qui ne sont pas mentionnées par cet article* »²².

B. – Origine de la QPC et question posée

Mis en examen, M. Krzysztof B. avait été placé en détention provisoire le 23 mai 2019. Le 23 avril 2020, le juge des libertés et de la détention avait constaté la prolongation de cette détention et dit n'y avoir lieu à statuer. Cette décision avait été confirmée par la chambre de l'instruction le 9 juin 2020.

Le 20 mai 2020, à l'issue d'un débat contradictoire tenu en visioconférence, le juge des libertés et de la détention avait prolongé la détention provisoire pour une durée de six mois sur le fondement de l'article 16-1 de l'ordonnance du 25 mars 2020 (introduit par la loi n° 2020-646 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions). Cette décision avait été confirmée par la chambre de l'instruction le 30 juin 2020, à l'issue d'un débat contradictoire

²¹ Article 1^{er} de l'ordonnance.

²² Saisi d'un référé-liberté relatif à cet article, le Conseil d'État s'est prononcé par une décision du 27 novembre 2020 (nos 446712, 446724, 446728, 446736 et 446816), dans laquelle il juge notamment que les dispositions contestées ne portent une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense et au droit à un procès équitable qu'en tant qu'elles autorisent le recours à la visio-conférence après la fin de l'instruction à l'audience devant les juridictions criminelles.

également tenu en visioconférence en application de l'article 5 de la même ordonnance.

À l'occasion du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt, le requérant avait soulevé, le 1^{er} septembre 2020, quatre QPC. La première était relative à l'article 18 de l'ordonnance du 25 mars 2020, prévoyant un allongement du délai imparti à la chambre de l'instruction pour statuer sur une demande de mise en liberté sur l'appel d'une ordonnance de refus de mise en liberté ou sur tout autre recours en matière de détention provisoire. Les deuxième et troisième QPC étaient relatives à l'article 16-1 de la même ordonnance, tandis que la quatrième QPC portait sur son article 5.

Dans son arrêt du 13 octobre 2020 précité, la Cour de cassation avait jugé que les trois premières QPC ne présentaient pas de caractère sérieux. En revanche, elle avait considéré que la quatrième QPC présentait un caractère sérieux *« en ce que la disposition contestée avait pour conséquence de permettre au juge d'imposer à l'intéressé, lorsqu'il devait être entendu en vue de la prolongation de sa détention, le recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle, y compris lorsque ce recours n'était pas justifié par des risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion »*.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Le requérant reprochait aux dispositions renvoyées au Conseil constitutionnel de permettre à la chambre de l'instruction de statuer par visioconférence sur la prolongation d'une détention provisoire, sans faculté d'opposition de la personne détenue, ce qui selon lui avait pour effet de priver une telle personne, pendant plus d'une année, de la possibilité de comparaître physiquement devant son juge. Par cette mention de la durée d'un an, le requérant entendait se prévaloir de la jurisprudence résultant des décisions n^{os} 2019-802 QPC et 2020-836 QPC (voir *infra*). Il ajoutait que l'atteinte aux droits de la défense qui en résultait ne pouvait être justifiée par les objectifs de bonne administration de la justice et de protection de la santé publique.

Au regard de ce grief, le Conseil constitutionnel a jugé, dans la décision commentée, que la QPC portait uniquement sur le premier alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 (paragr. 3).

A. – La jurisprudence constitutionnelle relative aux droits de la défense

* Le principe des droits de la défense est rattaché depuis 2006 à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel :

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »²³.

La jurisprudence relative au respect des droits de la défense en matière de visioconférence s'est d'abord formée à partir de dispositifs relatifs à des procédures administratives en matière de séjour des étrangers et de droit d'asile. Ce n'est que récemment que le Conseil a eu l'occasion de se prononcer sur le recours à de tels dispositifs en matière pénale.

* Le Conseil n'exige pas d'une manière générale que le recours à la visioconférence s'accompagne de l'accord de la personne intéressée. Il procède à une appréciation circonstanciée de l'utilisation de la visioconférence en s'intéressant aux conditions particulières dans lesquelles elle est utilisée.

Par exemple, dans la décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, le Conseil a considéré que le recours à la visioconférence, sans le consentement de l'étranger, se justifiait, pour ce qui concernait le contentieux devant la Cour nationale du droit d'asile, au regard, à la fois, de la finalité poursuivie (contribuer à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics) et des garanties procédurales prévues par le législateur (salle d'audience spécialement aménagée à cet effet et plus aisément accessible pour le demandeur, ouverte au public et située dans des locaux relevant du ministère de la justice, locaux plus aisément accessibles pour le demandeur, assistance par un avocat et un interprète, procès-verbal d'audience)²⁴. Pour les autres procédures²⁵, le Conseil, tout en relevant les mêmes finalités et garanties, a ajouté que « dans ces différentes hypothèses, soit les intéressés sont privés de liberté, soit leur liberté d'aller et de venir est restreinte »²⁶.

Le Conseil a conclu que, « compte tenu notamment des caractéristiques des procédures décrites ci-dessus »²⁷, le grief tiré de la méconnaissance des droits de la défense devait être écarté. Le commentaire de la décision a relevé : « En faisant ainsi référence aux caractéristiques des procédures en cause, le Conseil constitutionnel a entendu signifier que sa décision ne saurait être comprise comme permettant au législateur, dans tout contentieux et en toute hypothèse, de recourir à des dispositifs de vidéo-audience sans le consentement de l'intéressé ».

²³ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

²⁴ Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, paragr. 27. Voir également la décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 93 et suivants.

²⁵ Audiences concernant le refus d'entrée sur le territoire au titre de l'asile, le maintien en zone d'attente, l'obligation de quitter le territoire français et les décisions connexes notifiées à des personnes placées en rétention administrative, assignées à résidence ou détenues, ainsi que, le cas échéant, la décision d'assignation à résidence.

²⁶ *Ibidem*, paragr. 28.

²⁷ *Ibidem*, paragr. 29.

* La question de la méconnaissance des droits de la défense dans le cadre de la visioconférence en matière pénale a été posée au Conseil constitutionnel, à propos du contentieux de la détention provisoire, à l'occasion de l'examen de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Cette loi supprimait, à l'article 706-71 du CPP, la possibilité reconnue à la personne placée en détention provisoire de s'opposer au recours à la visioconférence pour les audiences relatives à la prolongation de sa détention. Dans sa décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, le Conseil a relevé que la suppression d'une telle faculté d'opposition visait à contribuer à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics, en évitant les difficultés et les coûts occasionnés par l'extraction de l'intéressé. Toutefois, il a relevé que le recours à la visioconférence pouvait lui être imposé même lorsque ce recours n'était pas justifié par des risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion (c'est-à-dire les deux motifs permettant, dans le droit antérieur, d'imposer la visioconférence pour le placement en détention provisoire ou sa prolongation). Or, le Conseil a souligné « *l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétent dans le cadre d'une procédure de détention provisoire* ». Se fondant sur l'importance de cette garantie pour les droits de la défense et constatant « *l'état des conditions dans lesquelles s'exerce* » le recours à la visioconférence, le Conseil a conclu que la suppression de cette faculté d'opposition, de manière générale, pour tout le contentieux de la prolongation de la détention provisoire, portait une atteinte excessive aux droits de la défense²⁸.

* Dans sa décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019, le Conseil a ensuite eu l'occasion de préciser sa jurisprudence lorsque lui ont été renvoyées les dispositions du troisième alinéa de l'article 706-71 du CPP, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2016-1636 du 1^{er} décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale²⁹. Il s'agissait des dispositions en vigueur avant les modifications apportées par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel était saisi, non de la question du placement en détention provisoire ou de sa prolongation, mais des demandes de mise en liberté que le détenu peut former à tout moment et qui peuvent être soumises à la chambre de l'instruction soit par voie d'appel soit directement si le juge des libertés et de la détention saisi de la demande n'a pas statué dans le délai qui lui était imparti ou si la personne détenue n'a pas été entendue depuis plus de

²⁸ Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, paragr. 231 à 234.

²⁹ Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019, *M. Abdelnour B. (Utilisation de la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire)*.

quatre mois par le juge d'instruction. Il a donc restreint le champ de la QPC aux mots « *la chambre de l'instruction* » figurant à la première phrase du troisième alinéa de l'article 706-71 du CPP (devenu le quatrième alinéa depuis la loi du 23 mars 2019 précitée).

Il a d'abord rappelé le cadre procédural particulier des demandes de mise en liberté et les contraintes que le législateur a entendu limiter en ouvrant le recours à la visioconférence : si le recours à ce moyen ne pouvait être imposé au détenu, les juridictions pourraient être confrontées à un nombre important d'audiences à organiser pour statuer sur des demandes de mise en liberté. Il s'agissait donc pour le législateur d'éviter les difficultés et les coûts occasionnés par les extractions judiciaires. Au vu de ces contraintes, le Conseil a relevé que le recours à la visioconférence, contre l'avis de l'intéressé, en matière de demande de mise en liberté formée devant la chambre de l'instruction pendant la détention provisoire, répondait aux objectifs de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de bon usage des deniers publics³⁰.

Le Conseil a ensuite rappelé les garanties prévues par la loi : l'absence d'obligation pour le juge de recourir à la visioconférence, les droits reconnus à l'avocat et à son client en cas d'utilisation de ce procédé et le droit pour la personne prévenue de s'opposer au recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle lorsqu'il est statué sur son placement en détention provisoire ou sur la prolongation de cette détention qui lui garantit la possibilité d'être présenté physiquement devant la chambre de l'instruction appelée à statuer sur sa détention provisoire, dès le début de sa détention, puis à intervalles réguliers, tous les six mois en matière criminelle, à chaque prolongation de celle-ci (en dehors des cas où le transport de la personne détenue paraît devoir être évité en raison de risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion)³¹.

Toutefois, en matière criminelle, la première prolongation de la détention provisoire pouvait n'intervenir qu'à l'issue d'une durée d'une année. Il était donc possible qu'une personne détenue ait été privée pendant une année entière de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire. Reprenant la formulation énoncée dans sa décision du 21 mars 2019, le Conseil a alors considéré qu'« *eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction compétente pour connaître de la détention provisoire et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, les dispositions contestées portent une atteinte excessive aux*

³⁰ *Ibidem*, paragr. 9.

³¹ Conformément à la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 706-71 du code de procédure pénale.

droits de la défense »³². Il a donc déclaré contraires à la Constitution les mots « *la chambre de l'instruction* ».

Le commentaire de cette décision indique : « *La motivation retenue par le Conseil constitutionnel montre que si la garantie d'une comparution physique régulière, dans des délais rapprochés, de la personne détenue est susceptible de compenser le fait qu'on puisse lui imposer, dans l'intervalle, le recours à la visioconférence pour ses demandes de mise en liberté, l'équilibre établi par le législateur entre les différentes exigences constitutionnelles est rompu lorsque ces délais sont trop longs, comme, en l'espèce, lorsque leur durée est d'un an* ».

S'agissant des effets de cette déclaration d'inconstitutionnalité, après avoir constaté que les dispositions examinées n'étaient plus en vigueur, dans cette rédaction, puisqu'elles avaient été modifiées par la loi de programmation 2018-2022 précitée, le Conseil a jugé que « *la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* »³³.

Dans sa décision n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020³⁴, saisi d'une même argumentation à l'appui d'une QPC relative à la nouvelle rédaction de l'article 706-71 du CPP, dans sa version résultant de la loi du 23 mars 2019 précitée, le Conseil constitutionnel a renvoyé aux motifs énoncés aux paragraphes correspondants de sa décision n° 2019-802 QPC pour conclure à l'inconstitutionnalité des dispositions contestées. Après avoir relevé que l'abrogation immédiate des mots « *la chambre de l'instruction* » aurait pour effet de rendre impossible tout recours à la visioconférence pour les audiences relatives au contentieux de la détention provisoire devant la chambre de l'instruction, le Conseil a jugé ces conséquences manifestement excessives et a donc décidé de reporter au 31 octobre 2020 la date de cette abrogation.

* Par ailleurs, en dehors de la matière pénale, le Conseil constitutionnel a récemment contrôlé des dispositions dérogatoires adaptant le déroulement des audiences juridictionnelles en raison du contexte de crise sanitaire.

Dans sa décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020³⁵, le Conseil était saisi

³² Même décision, paragr. 13.

³³ *Ibidem*, paragr. 17.

³⁴ Décision n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020, *M. Maxime O. (Utilisation de la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire II)*.

³⁵ Décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020, *Société Getzner France (Procédure civile sans audience dans un contexte d'urgence sanitaire)*.

de dispositions de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux contrats de syndic de copropriété, qui permettaient au juge d'imposer aux parties une procédure sans audience en matière civile dans des procédures d'urgence.

Il a jugé que « *l'organisation d'une audience devant ces juridictions est une garantie légale des exigences constitutionnelles des droits de la défense et du droit à un procès équitable* »³⁶.

Il a ensuite relevé que ces procédures civiles sans audience visaient à « *favoriser le maintien de l'activité des juridictions civiles, sociales et commerciales malgré les mesures d'urgence sanitaire prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19. Ces dispositions poursuivent ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et contribuent à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice* »³⁷. Au regard des garanties prévues (la nature temporaire de la dérogation, sa limitation aux procédures d'urgence en cause, la présence d'un avocat, une procédure écrite contradictoire et le caractère de simple faculté conférée au juge, « *à qui il appartient, en fonction des circonstances propres à chaque espèce, de s'assurer qu'une audience n'est pas nécessaire pour garantir le caractère équitable de la procédure et les droits de la défense* »), il a jugé que ces dispositions, « *compte tenu du contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 durant la période d'application des dispositions contestées, [...] ne privent pas de garanties légales les exigences constitutionnelles des droits de la défense et du droit à un procès équitable* »³⁸.

Le commentaire de cette décision souligne qu'il s'agit d'« *une conclusion circonstanciée rappelant le caractère déterminant des éléments de contexte pris en considération* », c'est-à-dire la lutte contre l'épidémie de covid-19.

B. – L'application à l'espèce

* Les dispositions contestées étaient issues d'une ordonnance non ratifiée par le Parlement. Mais son contenu était matériellement législatif (puisque relatif à la procédure pénale, mentionnée à l'article 34 de la Constitution) et le délai d'habilitation permettant au Gouvernement de légiférer par ordonnance, fixé par la loi du 23 mars 2020, était expiré. Le Conseil constitutionnel était donc bien

³⁶ Décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020, *Société Getzner France (Procédure civile sans audience dans un contexte d'urgence sanitaire)*.

³⁷ *Ibidem*, paragr. 15.

³⁸ *Ibidem*, paragr. 19.

compétent pour connaître des dispositions contestées³⁹. Dès lors que ceci n'était pas remis en cause par les parties, le Conseil est resté implicite sur ce point dans la décision commentée, se contentant de mentionner dans ses visas l'expiration du délai d'habilitation⁴⁰.

* Le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé le fondement constitutionnel du principe des droits de la défense (paragr. 4) et l'objet des dispositions contestées qui, par dérogation à l'article 706-71 du CPP, permettaient de recourir, sans l'accord des parties, à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales autres que criminelles pendant l'état d'urgence sanitaire déclaré par la loi du 23 mars 2020 et pendant un mois après la fin de celui-ci (paragr. 6).

Le Conseil a ensuite pris acte du contexte de crise sanitaire résultant de l'épidémie de covid-19 à l'époque considérée. Dans la continuité de la décision n° 2020-866 QPC précitée, il a relevé que « *ces dispositions visent à favoriser la continuité de l'activité des juridictions pénales malgré les mesures d'urgence sanitaire prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19. Elles poursuivent ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et contribuent à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice* » (paragr. 7).

Toutefois, le juge constitutionnel a pointé deux importantes lacunes, qui allaient au-delà de la seule critique formulée par le requérant.

La première lacune concerne le champ d'application des dispositions contestées, qui « *permettent [...] d'imposer au justiciable le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle dans un grand nombre de cas* » (paragr. 8). Le Conseil a souligné, à cet égard, que le recours à la visioconférence sans accord des parties « *s'étend à toutes les juridictions pénales, à la seule exception des juridictions criminelles* » (même paragr.).

En effet, même si le Premier ministre défendait une interprétation contraire⁴¹, les dispositions contestées ne permettaient pas seulement de déroger à l'exigence de consentement lorsque celle-ci, en temps normal, est prévue par l'article 706-71 du CPP. Plus largement, elles permettaient d'imposer le recours à la visioconférence dans des hypothèses qui ne sont pas prévues par cet

³⁹ Décisions n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5 (Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité)* et n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autre (Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire)*.

⁴⁰ À l'instar de la décision n° 2020-869 QPC du 4 décembre 2020, *M. Pierre-Chanel T. et autres (Applicabilité en Nouvelle-Calédonie du dispositif national relatif à l'état d'urgence sanitaire)*.

⁴¹ Dans une note en délibéré présentée le 11 janvier 2021, à la suite d'une question posée lors de l'audience devant le Conseil constitutionnel.

article 706-71. Comme indiqué plus haut (*cf.* I.A.2.), l'arrêt précité du 22 juillet 2020 de la Cour de cassation allait en ce sens et cette interprétation est confirmée tant par le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 25 mars 2020, qui évoque une application à toutes les juridictions pénales autres que criminelles, que par celui accompagnant l'ordonnance du 10 novembre 2020 (qui prévoit une application de la visioconférence à toutes les juridictions pénales autres que criminelles pour lesquelles seule une application spécifique était prévue), qui indique, s'agissant de la visioconférence, que cette ordonnance reprend celle de mars.

Compte tenu de ce large champ d'application des dispositions contestées, le Conseil constitutionnel a spécialement relevé plusieurs exemples de situations dans lesquelles la visioconférence pouvait être imposée aux justiciables (même paragr.).

Tel est notamment le cas « *de la comparution, devant le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels, d'un prévenu* » (détenu ou non, quoique les dispositions en cause aient été élaborées dans le but d'éviter des extractions judiciaires). Il convient de rappeler qu'en matière correctionnelle, le prévenu peut encourir jusqu'à vingt ans d'emprisonnement s'il est poursuivi pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement en situation de récidive légale.

Le Conseil a également mentionné « *la comparution devant les juridictions spécialisées compétentes pour juger les mineurs en matière correctionnelle* ». À cet égard, la circulaire du ministère de la justice présentant l'ordonnance du 25 mars 2020 indiquait : « *Pour les audiences du tribunal pour enfants qui devront se tenir durant l'état d'urgence sanitaire, le recours à l'utilisation d'un moyen de communication audiovisuelle est à privilégier, notamment avec le lieu de détention au sein duquel le mineur est incarcéré, afin d'éviter au maximum les extractions et les regroupements de personnes. L'accord des parties n'a pas à être recueilli pour recourir à la visio-conférence* »⁴².

Le Conseil a, en outre, cité le cas « *du débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne* » (là encore, que cette personne soit libre ou détenue, y compris pour la même cause que celle qui justifie la décision de placement).

Il a, enfin, mentionné « *la prolongation d'une détention provisoire, quelle que soit alors la durée pendant laquelle la personne a, le cas échéant, été privée de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la*

⁴² Circulaire du 26 mars 2020 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

détention provisoire ». Cette référence à l'absence de toute garantie pour la personne détenue de pouvoir comparaître devant le juge sans visioconférence, quelle que soit la durée écoulée depuis sa dernière comparution physique, fait écho aux décisions n^{os} 2019-802 QPC et 2020-836 QPC précitées. Sans doute le contexte sanitaire permettait-il de prévoir un délai plus long que celui constitutionnellement admissible hors état d'urgence sanitaire, mais en l'espèce, l'ordonnance ne prévoyait en tout état de cause aucun délai maximal depuis la dernière comparution physique.

La seconde lacune relevée par le Conseil constitutionnel porte sur les conditions dans lesquelles le recours à la visioconférence est possible. Il a jugé que *« si le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle n'est qu'une faculté pour le juge, les dispositions contestées ne soumettent son exercice à aucune condition légale et, qu'il s'agisse des situations mentionnées au paragraphe précédent ou de toutes les autres, ne l'encadrent par aucun critère »* (paragr. 9).

Cette absence de conditions légales pour imposer le recours à la visioconférence ou de critères encadrant ce recours s'ajoute au grand nombre de cas dans lesquels la visioconférence peut être imposée aux justiciables. À titre de comparaison, lorsque le Conseil constitutionnel a jugé conformes à la Constitution, dans sa décision n^o 2020-866 QPC précitée, les procédures sans audience devant les juridictions civiles dans le contexte de crise sanitaire, les dispositions en cause ne s'appliquaient qu'à des contentieux urgents (procédures en référé, procédures accélérées au fond et procédures dans lesquelles le juge doit statuer dans un délai déterminé), ce qu'avait expressément relevé le Conseil (*« Ces dispositions permettent donc aux juridictions de statuer dans des délais compatibles avec la célérité qu'exigent les procédures d'urgence en cause »*)⁴³.

Tirant les conséquences de ces deux lacunes, le Conseil a déduit en l'espèce qu'*« eu égard à l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction pénale, notamment dans les cas énoncés au paragraphe 8, et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, ces dispositions portent une atteinte aux droits de la défense que ne pouvait justifier le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 durant leur période d'application »* (paragr. 10). Il les a donc déclarées contraires à la Constitution.

La référence aux conditions dans lesquelles s'exerce le recours à la visioconférence reprend la motivation retenue dans les décisions n^{os} 2019-718 DC et 2019-802 QPC précitées.

⁴³ Décision n^o 2020-866 QPC du 19 novembre 2020 précitée, paragr. 17.

Quant à la mention du « *contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 durant leur période d'application* » (dans les mêmes termes que dans la décision n° 2020-866 QPC)⁴⁴, elle montre que les difficultés de fonctionnement de la justice causées par la crise sanitaire entre le 27 mars et le 10 août 2020, pour réelles qu'elles aient été, ne permettent pas d'admettre une mesure de portée si générale, au regard de l'atteinte qui en résulte pour l'exercice des droits de la défense dans des instances pénales. Cette mention rappelle aussi que, s'agissant de dispositions dont l'application est corrélée à une situation spécifique transitoire affectant la vie de la Nation, leur constitutionnalité doit être appréciée au regard de la matérialité de cette situation. Une situation différente pourrait donc éventuellement justifier une appréciation différente.

La décision commentée est, par ailleurs, la première par laquelle le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelles des dispositions issues d'une ordonnance non ratifiée.

* S'agissant des effets dans le temps de cette censure, le Conseil a constaté que les dispositions déclarées contraires à la Constitution, n'étaient plus applicables, en application de l'article 2 de l'ordonnance du 25 mars 2020. Il a donc jugé qu'aucun motif ne justifiait de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité (paragr. 12). Considérant toutefois, comme dans les décisions n°s 2019-802 QPC et 2020-836 QPC précitées, que la remise en cause des mesures adoptées sur le fondement de ces dispositions méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait des conséquences manifestement excessives, il a exclu que ces mesures puissent être contestées sur ce fondement (paragr. 13).

⁴⁴ *Ibidem*, paragr. 19.