

Anne SEVAUX
Paul MATHONNET
Société Civile Professionnelle
AVOCAT AU CONSEIL D'ETAT
ET A LA COUR DE CASSATION
12, rue de Bourgogne, 75007 PARIS
tél : 01.43.17.39.00
cabinet@as-pm-fr

CONSEIL D'ETAT

Section du contentieux

REFERE LIBERTE
(article L. 521-2 CJA)

REQUETE ET MEMOIRE

POUR : **Le Syndicat des avocats de France**, dont le siège se trouve 34, rue Saint-Lazare 75 009 Paris, représentée par sa présidente en exercice, domiciliée audit siège ;

Le Syndicat de la magistrature, dont le siège situé 91, rue de Charenton, 75012 Paris, représenté par sa présidente en exercice, domiciliée audit siège ;

L'association pour la défense des droits des détenus (A3D), dont le siège est situé à l'Ordre des avocats au Barreau de Grenoble 45, rue Pierre Sémard, 38 026 Grenoble Cedex, représentée par son représentant légal domicilié audit siège

demandeurs,
S.C.P. Anne SEVAUX et Paul MATHONNET

CONTRE : **L'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation de règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaires statuant en matière pénale**

FAITS ET PROCEDURE

1. Le contexte sanitaire et réglementaire général, dans lequel s'inscrit le présent recours, est celui déjà décrit par le juge des référés du Conseil d'Etat dans d'autres affaires :

- l'émergence d'un nouveau coronavirus, responsable de la maladie à coronavirus 2019 ou covid-19 et particulièrement contagieux, a été qualifiée d'urgence de santé publique de portée internationale par l'Organisation mondiale de la santé le 30 janvier 2020, puis de pandémie le 11 mars 2020 ;
- la propagation du virus sur le territoire français a conduit le ministre chargé de la santé puis le Premier ministre à prendre, à compter du 4 mars 2020, des mesures de plus en plus strictes destinées à réduire les risques de contagion, pour faire face à l'aggravation de l'épidémie, la loi du 23 mars 2020 a créé un régime d'état d'urgence sanitaire, défini aux articles L. 3131-12 à L. 3131-20 du code de la santé publique, et a déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020 ; la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ces dispositions, a prorogé cet état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 ;
- l'évolution de la situation sanitaire a conduit à un assouplissement des mesures prises et la loi du 9 juillet 2020 a organisé un régime de sortie de cet état d'urgence ;
- une nouvelle progression de l'épidémie au cours des mois de septembre et d'octobre, dont le rythme n'a cessé de s'accélérer au cours de cette période, a conduit le Président de la République à prendre le 14 octobre dernier, sur le fondement des articles L. 3131-12 et L. 3131-13 du code de la santé publique, un décret déclarant l'état d'urgence à compter du 17 octobre sur l'ensemble du territoire national ; le 29 octobre 2020, le Premier ministre a pris, sur le fondement de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, un décret prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ;
- le gouvernement, en prenant les mesures détaillées par ce décret du 29 octobre 2020, a fait le choix d'une politique qui cherche à casser la dynamique actuelle de progression du virus par la stricte limitation des déplacements de personnes hors de leur domicile ; à cette fin, il a, à l'article 4 du décret, interdit tout déplacement des personnes hors de leur lieu de résidence et fixé une liste limitative des exceptions à cette interdiction ;
- parmi les exceptions à l'interdiction de déplacement figurent notamment les déplacements pour répondre à une convocation judiciaire ou administrative ou pour se rendre dans un service public ou chez un professionnel du droit pour une démarche qui ne peut être réalisée à distance.

2. S'agissant du fonctionnement du service public de la justice judiciaire depuis le début de l'épidémie, il convient de distinguer les deux périodes d'état d'urgence sanitaire.

S'agissant de la première de ces deux périodes, le 14 mars 2020, la Garde des sceaux, ministre de la justice, adoptait une circulaire « *relative à l'adaptation de l'activité pénale et civile des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie covid-19* » (n° NOR JDS2997740C) autorisant l'ensemble des juridictions et services à mettre en œuvre les plans de continuation d'activité (PCA) déjà préparés si le taux d'absentéisme ou la situation locale le justifie.

Mais, compte tenu de l'aggravation soudaine de la situation, le même jour, la Garde des sceaux, ministre de la justice, annonçait plus radicalement la fermeture de tous les tribunaux « *sauf pour les contentieux essentiels* ». Ces contentieux se sont limités principalement, de fait, aux contentieux de la détention provisoire et des comparutions immédiates, le traitement de la très grande majorité des affaires étant suspendu et les audiences prévues étant renvoyées à une date ultérieure faute de personnel disponible.

Afin de permettre au service public de la justice d'assurer sa continuité pour le contentieux restreint qui continuait à être traité, la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, a habilité le Gouvernement à adopter par voie d'ordonnance des mesures pouvant relever du domaine de la loi, notamment en ce qui concerne la procédure pénale.

Le 2° du I de l'article 11 de cette loi du 23 mars 2020 a habilité, à ce titre, le Gouvernement à prendre des mesures d'adaptation avec, notamment, le recours élargi à la visioconférence dans les procédures devant les juridictions de jugement de l'ordre judiciaire :

« Afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, toute mesure :

[...] ;

c) Adaptant, 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 ».

Sur cette habilitation, le Gouvernement a adopté l'ordonnance 2020-303 du 25 mars 2020 dont l'article 5 prévoyait, s'agissant du recours à la visioconférence, 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.

En cas d'impossibilité technique ou matérielle de recourir à un tel moyen, le juge peut décider d'utiliser tout autre moyen de communication électronique, y compris téléphonique, permettant de s'assurer de la qualité de la transmission, de l'identité des personnes et de garantir la confidentialité des échanges entre les parties et leurs avocats. Le juge s'assure à tout instant du bon déroulement des débats et le greffe dresse le procès-verbal des opérations effectuées.

Dans les cas prévus au présent article, le juge organise et conduit la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats ».

Par une ordonnance en date du 3 avril 2020, le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté une requête en référé-liberté dirigée contre cette ordonnance, et notamment cet article 5 (CE, Réf., 3 avril 2020, n° 438894).

Le juge des référés considérait alors, s'agissant du recours à la visioconférence, que :

« 11. En mettant en oeuvre l'habilitation résultant du c) du 2° du I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 et en permettant, sous les conditions prévues, le recours dérogatoire à des moyens de communication à distance pendant la période prévue à l'article 2 de l'ordonnance, dans le but de permettre une continuité d'activité des juridictions pénales, l'article 5 de l'ordonnance contestée n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées par le syndicat requérant, alors que les exigences de la lutte contre l'épidémie de covid-19 imposent de faire échec à la propagation du virus et de limiter, autant que faire se peut, les contacts entre les personnes. »

Les plans de continuation d'activité des juridictions judiciaires ont pris fin avec le premier état d'urgence sanitaire, et depuis ces juridictions ont repris, tant bien que mal, leur activité.

Sont désormais jugées l'ensemble des affaires pénales, ceci comprenant naturellement l'examen au fond de procédures correctionnelles et criminelles.

Cette activité a continué en dépit de la déclaration du second état d'urgence sanitaire par le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020.

Ce n'est qu'un mois après cette nouvelle déclaration d'état d'urgence sanitaire, à l'occasion de sa prolongation, que la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 *autorisant la prolongation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire* a de nouveau habilité le Gouvernement à prendre des mesures relevant du domaine de la loi pour adapter les règles de procédures.

L'article 10 de cette loi prévoit à cet effet que :

« I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution et pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, jusqu'au 16 février 2021, toute mesure relevant du domaine de la loi en vue de prolonger ou de rétablir l'application des dispositions prises, le cas échéant modifiées, par voie d'ordonnance et à procéder aux modifications nécessaires à leur prolongation, à leur rétablissement ou à leur adaptation, le cas échéant territorialisée, à l'état de la situation sanitaire, sur le fondement :

1° Du I de l'article 11, à l'exception du h du 1° et des a, b, d, e et h du 2°, et de l'article 16 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ».

[...] »

Par une ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 *portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale*, le Premier ministre a fait usage de cette habilitation en ce qui concerne les règles de procédure pénale.

L'article 1^{er} de cette ordonnance prévoit que :

« 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 »

L'article 2 de cette ordonnance dispose, s'agissant du recours à la visioconférence :

« 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 moyen de télécommunication utilisé doit permettre de certifier l'identité des personnes et garantir la qualité de la transmission ainsi que la confidentialité des échanges. Le magistrat s'assure à tout instant du bon déroulement des débats et il est dressé procès-verbal des opérations effectuées.

Le magistrat organise et conduit la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats. Les dispositions du sixième alinéa de l'article 706-71 du code de procédure pénale sont applicables.

Les dispositions du présent article ne sont applicables devant les juridictions criminelles qu'une fois terminée l'instruction à l'audience mentionnée à l'article 346 du code de procédure pénale. »

C'est l'ordonnance dont la suspension de l'exécution est demandée.

* * *

*

DISCUSSION

I] Sur la recevabilité de la requête

A. Sur l'intérêt à agir des requérants

1. Le Syndicat des avocats de France a notamment pour objet, selon l'article 2 de ses statuts :

- « 1. La défense intransigeante de l'indépendance des Barreaux et de leurs membres contre tous les empiétements, quelles que soient leurs formes,*
- 2. La lutte pour l'extension des droits et prérogatives de la défense et des possibilités d'intervention des avocats,*
- 3. L'action pour la défense des intérêts matériels et moraux des Avocats en vue d'assurer les conditions économiques d'existence et de plein exercice des Avocats postulants ou non, de garder largement ouvertes aux jeunes les possibilités d'accès au barreau, de garantir les droits sociaux et les retraites,*
- 4. La recherche, avec les organisations représentatives des autres professions judiciaires, des bases d'une action communes pour une meilleure justice,*
- 5. L'action en vue d'associer les Avocats aux initiatives tendant à assurer le fonctionnement d'une justice plus démocratique et plus proche des citoyens et de mieux garantir les droits et libertés publiques et individuelles,*
- 6. Toute action relative au fonctionnement de la justice, aux conditions de détention, ainsi qu'aux droits des justiciables et de toute personne privée de liberté.*
- 7.-L'action pour la défense des droits de la Défense et des libertés dans le monde ».*

Les intérêts qu'il défend comme les conditions d'exercice de la profession qu'il représente sont directement affectés par le recours à la visioconférence pour les audiences pénales et par la publicité restreinte de ces audiences.

Le syndicat des avocats de France a d'ailleurs été regardé comme disposant d'un intérêt spécial, par le Conseil constitutionnel, pour intervenir

devant ce dernier au soutien de questions prioritaires de constitutionnalité portant sur les dispositions de l'article 706-71 du code de procédure pénale (n° 2019-802 QPC et n° 2020-836 QPC).

2. Le Syndicat de la magistrature, deuxième exposant, est un syndicat professionnel, dont l'objet statutaire est de défendre les intérêts collectifs de la profession de magistrat judiciaire. Il entre à ce titre dans ses missions de contester, si besoin, les législations comme les actes affectant les conditions d'emploi et de travail des magistrats judiciaires. Ses statuts lui donnent également pour objet social de « *de veiller à la défense des libertés et des principes démocratiques* », et à cette fin notamment « *d'engager toutes actions, y compris contentieuses, tendant à assurer le respect des droits et libertés à valeur constitutionnelle ou garantis par les conventions internationales, ou de s'y associer* ».

Le recours à la visioconférence affecte le fonctionnement de l'institution judiciaire (déroulement et qualité des audiences, temps nécessaire au greffe et aux magistrats pour l'organisation du recours à ce dispositif, etc.) et impacte directement les conditions de travail des magistrats judiciaires.

Le recours à la visioconférence porte également et surtout atteinte à des droits et libertés que sont les droits de la défense, l'égalité devant la loi et l'indépendance de l'autorité judiciaire.

A ce titre, la Syndicat de la magistrature a été regardé comme disposant d'un intérêt spécial à intervenir devant le Conseil constitutionnel dans les procédures n° 2019-802 QPC et n° 2020-836 QPC qui portaient sur les dispositions de l'article 706-71 du code de procédure pénale.

3. L'association pour la défense des droits des détenus (A3D) a, selon ses statuts, « *pour objet de promouvoir et de soutenir par tous moyens, notamment juridiques, l'action et la défense des personnes placées sous écrou en vue de la reconnaissance et du respect effectif de leurs droits, ainsi que de réfléchir et de proposer toute action tendant à l'amélioration des conditions de détention* ».

Le recours à la visioconférence affecte principalement les personnes détenues et l'exercice par eux des droits de la défense.

A ce titre, l'association A3D a été regardée comme disposant d'un intérêt à intervenir devant le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel afin d'initier ou d'intervenir volontairement au soutien des recours déposés en vue de contester les atteintes aux droits des détenus – notamment durant la crise sanitaire (en ce sens CE, réf., 8 avril 2020, n° 439.827, voir également CE, 25 juillet 2016, n° 400.777 ; CE, 26 juillet 2017, n° 410.677 ; CC, 2 octobre 2020, décision 2020-858/859 QPC).

Les trois requérants sont donc recevables à agir.

B. Sur la nature réglementaire de l'ordonnance

L'ordonnance attaquée n'ayant fait l'objet d'aucune ratification par le Parlement et le délai dans lequel cette ratification doit intervenir n'étant pas expiré, elle constitue un acte susceptible de recours devant le juge administratif et, notamment, d'un recours en référé-liberté.

La requête est donc recevable.

B] Sur les conditions posées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative

1. Les conditions posées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative sont réunies qu'il s'agisse de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale (**B1**) ou de l'urgence (**B2**).

B1] Sur l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale

1. Le principe du respect des droits de la défense découle de la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Cons. constit. 30 mars 2006, n° 2006-535, cons. 24) et implique notamment le droit à l'assistance effective de l'avocat au cours de la procédure pénale (Cons. constit. 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC), le respect du principe du contradictoire (Cons. constit. 16 septembre 2016, n° 2016-566 QPC) ainsi que l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties (Cons. constit. 18 novembre 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, n° 159).

Ont ainsi été reconnus comme des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la possibilité d'assurer de manière effective sa défense devant le juge (CE, ord., 3 avril 2002, *Kurtarici*, n° 244.686 ; CE, ord., 18 septembre 2008, *Benzineb*, n° 320.384) ainsi que le droit de tout détenu de voir sa situation traitée dans le respect des règles de compétence et de procédure fixées par le code de procédure pénale (CE, ord. 30 juillet 2015, n° 392.100).

Plus précisément, constitue une garantie de l'exercice des droits de la défense et du droit au procès équitable le droit de comparaître physiquement devant un juge (Conseil constit., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, cons. 234).

Le Conseil constitutionnel a en effet souligné, s'agissant du recours à la visioconférence pour le contentieux de la détention provisoire,

« 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 » (Conseil constit., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, cons. 234).

Le Conseil constitutionnel a considéré à ce titre que le recours sans consentement à la visioconférence porte une atteinte disproportionnée à l'exercice des droits de la défense lorsqu'il est prévu pour les audiences devant la chambre de l'instruction consacrées à la prolongation de la détention provisoire, et il n'a considéré que ce recours pouvait être justifié, au regard des intérêts de bonne gestion de deniers public et de bonne administration de la justice, pour les audiences consacrées à l'examen des demande de mise en liberté, uniquement dans la mesure où le détenu peut comparaître physiquement devant un juge au moins tous les six mois (Conseil constit., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, cons. 234 ; 20 septembre 2019, n° 2019-802 QPC ; 30 avril 2020, n° 2020-836 QPC).

Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme juge que le droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme comprend le « *droit d'être effectivement associé à son procès* » (Cour EDH, *Murtazaliyeva c. Russie*, 18 déc. 2018, req. n° 36658/05, § 91).

La Cour européenne des droits de l'homme juge en conséquence que l'utilisation d'un dispositif de communication audiovisuelle n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme que si elle poursuit un but légitime « *dans chaque cas d'espèce* » et « *que ses modalités de déroulement sont compatibles avec les exigences du respect des droits de la défense, tels qu'établis par l'article 6 de la Convention* » (CEDH, 5 janvier 2007, *Marcello Viola c. Italie*, n° 45106/040 § 67).

Le droit de comparaître physiquement devant un juge et de ne pas se voir imposé une comparution par un procédé de communication audiovisuelle participe ainsi directement du droit au procès équitable et de l'exercice des droits de la défense.

2. A ce titre, même avec les garanties prévues par l'article 706-71 du code de procédure pénale, le législateur a toujours considéré que le recours à la visioconférence en matière pénale devait être exclu pour certaines audiences et en tout état de cause que sa mise œuvre suppose le consentement de la personne concernée., sauf l'unique exception qui est celle du contentieux des demandes de mise en liberté.

En application de l'article 706-71 précité, le recours à la visioconférence n'est possible que pour certaines formalités telles que des auditions de témoins ou de partie civile, ou des interrogatoires ne touchant pas le fond et dans le contentieux présentiel de la détention provisoire.

La comparution du mis en cause par visioconférence n'est pas prévue pour les audiences au fond, sous réserve d'une seule exception, qui résulte du troisième alinéa de l'article 706-71 du code de procédure pénale. Ce dernier vise le cas particulier de la comparution devant un tribunal correctionnel d'un prévenu détenu, pour lequel il est prévu que la visioconférence ne peut être mise en œuvre qu'avec l'accord du procureur de la République et « *de l'ensemble des parties* ».

Et il n'a jamais été question de permettre une comparution par visioconférence de l'accusé pour une audience devant une cour d'assises ou une cour criminelle.

Ainsi, à l'exception de l'hypothèse du prévenu détenu, pour lequel le recours à la visioconférence suppose l'accord de toutes les parties, la loi réserve ce mode de comparution au contentieux présentiel relatif à la détention provisoire, et précisément aux audiences devant la chambre de l'instruction.

Et même en ce domaine, le recours à la visioconférence suppose l'accord de la personne concernée. La seule exception à cette exigence de consentement porte sur les audiences relatives à l'examen des demandes de mise en liberté, et ceci avec la garantie que la personne détenue puisse quoi qu'il en soit comparaître physiquement devant un juge au moins tous les six mois (Conseil constit., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, cons. 234 ; 20 septembre 2019, n° 2019-802 QPC ; 30 avril 2020, n° 2020-836 QPC).

3. Cette limitation par la loi du recours à la visioconférence en matière pénale résulte de ce que ce procès pénal ne s'y prête pas au regard de son objet et de son déroulement.

Le procès pénal a pour objet la manifestation de la vérité et suppose l'appréciation du comportement de la personne mise en cause et de sa personnalité, autant d'éléments qui commandent que l'intéressée soit directement associée aux débats. D'ailleurs, sauf cas particulier, l'avocat ne

représente pas son client, mais l'assiste uniquement ; et même assisté d'un avocat, c'est par lui-même que le mis en examen, prévenu ou accusé se défend.

Le procès pénal se déroule de telle manière que c'est oralement que sont discutées les preuves, lesquelles peuvent rapportées par tous moyens et notamment par les réponses ou les déclarations que la personne mise en cause peut présenter à l'audience, notamment au cours de son interrogatoire, ce qui suppose un canal de parfaite communication.

Et la compréhension de l'audience participe de la bonne compréhension de la peine lorsque cette dernière est prononcée, et on sait que cette compréhension de la peine est l'un des paramètres du procès équitable (CEDH, Gde ch., 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique*, req. n° 926/05, §91 ; 10 janvier 2013, *Agnelet c. France*, n° 61198/08).

Or, des travaux de recherche ont décrit à tel point le recours à un moyen de télécommunication participe à une « désolennisation » du rituel judiciaire, contribue à une déshumanisation de la justice et entraîne une altération des échanges et de la qualité des débats qui affecte de manière substantielle l'exercice des droits de la défense ¹.

Ces mêmes travaux de recherche attestent de l'affaiblissement concret des droits de la défense, avec un avocat qui, lorsqu'il fait le choix de rester auprès du juge, ne peut plus communiquer avec son client au fil de l'audience², avec un mis en cause qui peut difficilement suivre l'audience et

¹ Dumoulin L. , Licoppe C., *Les audiences à distance, Genèse et institutionnalisation d'une innovation dans la justice*, LGDJ 2017 ; ;Dumoulin L. et Licoppe C., *La visioconférence comme mode de comparution des personnes détenues, une innovation « managériale » dans l'arène judiciaire*, Droit et société 2015/2 (N° 90), p. 287 à 302, <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2015-2-page-287.htm> ; Dumoulin L. , Licoppe C., *Innovation, routinisation et gestion de l'imprévu dans les audiences par visioconférence, Comment un écran et une caméra sur un meuble à roulettes travaillent l'organisation judiciaire en France*, Déviance et Société 2013/3 (Vol. 37), <https://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2013-3-page-323.htm> ; Dumoulin L. , Licoppe C., *La visioconférence dans la justice pénale : retour sur la fabrique d'une politique publique à la fin des années 1990-2010*, Les Cahiers de la Justice 2011/2 (N° 2), <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2011-2-page-29.htm> ; Dumoulin L. , Licoppe C., *Proximité ou distance ? Autour du développement de la visioconférence dans la justice française*, Histoire de la justice 2011/1 (N° 21), <https://www.cairn.info/revue-histoire-de-la-justice-2011-1-page-213.htm> ; Dumoulin L., *La visioconférence dans le procès pénal : une solution pragmatique devenue le vecteur d'une politique managériale de la Justice*, Droit pénal, juin 2018, http://www.tendancedroit.fr/wp-content/uploads/2018/06/dpn1806_EntretienVideo.pdf voir également Milburn Ph., *Juger par écran interposé, une révolution anthropologique*, AJ Pénal 2019, p. 255.

² Comme l'indique un auteur, on peut « s'interroger sur la neutralité d'un tel procédé qui rend impossible une communication discrète au fil des débats durant l'audience entre l'avocat et son client. En outre, compte tenu des contraintes pratiques qu'implique l'entretien confidentiel, l'interruption demandée par l'avocat pour s'entretenir avec son client apparaît très théorique. La Cour strasbourgeoise, consciente de ce point, a eu l'occasion d'encourager la pratique du double avocat, l'un étant présent dans la salle d'audience et l'autre dans la pièce où se situe leur client. Pourtant, cette solution ne résout pas la question de la communication à distance. Outre le fait que le recours à un deuxième avocat risque d'être onéreux, il permet seulement à la personne détenue de bénéficier d'un conseiller sur place, sans que la communication entre la salle d'audience et la pièce où la personne est entendue soit facilitée » (Jérôme Bossan, *La visioconférence dans le procès pénal*, RSC 2011, p.801).

convaincre un juge par écrans interposés³, et ceci dans des conditions où l'égalité des armes n'est plus respectée puisque le ministère public, lui, reste présent auprès du juge⁴.

A ces considérations générales, s'ajoutent les insuffisances des dispositifs techniques disponibles au sein des juridictions pénales : communications défaillantes ; écrans de mauvaise qualité ; salles d'audiences au sein des juridictions non adaptées avec des caméras qui ne permettent pas de couvrir l'intégralité des participants, ou avec des écrans à contrejour rendant impossible de distinguer réellement le visage du justiciable ; président d'audience qui doit en même temps diriger les débats, assurer l'instruction à l'audience et diriger la caméra. Lorsque la visioconférence a lieu avec un détenu, ce dernier est placé dans une banale salle de travail et non dans un lieu de justice où ne se trouve aucun greffier ni d'autres témoins que les agents de l'administration pénitentiaire.

La réalité des faiblesses des dispositifs existant n'est pas contestable, puisqu'elle a été relevée par le Conseil constitutionnel lui-même. C'est en effet tant au regard de l'importance du droit de comparaître physiquement à son procès qu'eu égard à « *l'état des conditions dans lesquelles s'exerce un tel recours à ces moyens de télécommunication* », que le Conseil constitutionnel a jugé contraire à la Constitution le recours à ces moyens pour les audiences de prolongation de la détention provisoire (Conseil constit., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, cons. 234 ; voir le commentaire de la décision publié aux Cahiers du Conseil constitutionnel).

Ce constat également celui dressé par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁵ et par la Commission nationale consultative des

³ Cf préc. note 1. Par ailleurs, le juge européen relève lui-même que le détenu qui s'exprime par le biais de la visioconférence peut avoir « *des raisons légitimes de se sentir mal à l'aise lorsqu'il* » s'entretient avec son avocat (CEDH, 2 nov. 2010, n° 21272/03, *Sakhnovski c. Russie*, § 104).

⁴ « *fera-t-on croire que l'égalité des armes n'est pas radicalement balayée quand le parquet siège près de la juridiction de jugement, tandis que l'avocat se trouve ailleurs, à côté de son client, ou au palais, autrement dit suffisamment loin pour n'avoir aucun contact avec lui ? L'égalité des armes ou, si l'on préfère, l'équilibre procédural, implique une identité de nature du lien et de la parole créés entre les parties et la juridiction, ce qu'une visioconférence, quand bien même serait-elle en trois dimensions, sera impuissante à établir* » (Fabrice Defferrard, *Contre la « visiojustice »*, Recueil Dalloz 2011 p.2878).

⁵ « (...) *en ce qu'elle met fin à la présence physique du comparant qui est aussi un moyen d'expression (d'autant plus que bon nombre de prévenus ont de grandes difficultés à s'exprimer oralement). Elle suppose une facilité d'expression devant une caméra ou devant un pupitre et une égalité à cet égard selon les personnes qui sont loin d'être acquises, notamment pour celles souffrant d'affections mentales. Dans les cas où la personne bénéficie d'un avocat, ce dernier est contraint d'avoir à choisir entre se trouver auprès du juge (ce qui se fait dans la majorité des cas) ou demeurer auprès de son client : les liens avec l'un ou l'autre s'en trouvent moins aisés et la tâche du conseil rendue plus difficile. Des aléas techniques peuvent accentuer les difficultés (montrer un document, contester la présentation d'un objet... » [...] Si l'usage de la visioconférence est un palliatif parfois inévitable, on ne saurait y voir une commodité inconditionnelle. Il est, par conséquent, nécessaire pour la préservation du droit fondamental dont dispose chacun de se défendre que le recours à cette technique, s'agissant des personnes privées de liberté, soit assorti de conditions parfaitement claires et communes aux situations auxquelles peuvent être confrontées les personnes privées de liberté (...) » (avis du 14 octobre 2011 relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard des personnes privées de liberté JO 9 novembre 2011, NORCPLX11372V).*

droits de l'homme ⁶, la première recommandant que la visioconférence ne soit jamais imposée ⁷, ce alors qu'était en cause, à la date de ces constats et de cette recommandation, uniquement les audiences relatives au contentieux de la détention provisoire.

4. C'est donc en allant très au-delà de ce que permet en principe la loi que l'ordonnance attaquée du 18 novembre 2020 autorise, sous couvert de lutte contre l'épidémie de covid-19, le recours à la visioconférence :

- « devant l'ensemble des juridictions pénales et pour les présentations devant le procureur de la République ou devant le procureur général »,
- et ceci « sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties ».

L'atteinte aux libertés fondamentales que sont le droit au procès équitable et le respect droits de la défense qui en résulte est grave (B.1.1) et manifestement illégale (B.1.2).

B.1.1 Sur la gravité de l'atteinte aux libertés fondamentales

1. Les dispositions en cause permettent d'imposer à un justiciable de comparaître par visioconférence pour toutes les audiences pénales :

- celles où il est discuté de la liberté d'une personne mise en examen et présumée innocente, pour son éventuel placement en détention provisoire ou la prolongation de cette détention ;

⁶ « (...) Il ne faut pas perdre de vue que le recours aux nouvelles technologies peut potentiellement mettre à mal des garanties du procès équitable. Il en est ainsi du principe dit de présence ou d'immédiateté qui fait du contact physique entre les parties et le juge une garantie de bonne justice. Au delà, de nombreuses questions pratiques se posent, notamment celle de la place de l'avocat lors de l'audition (avec le juge ou avec son client, faut-il deux avocats ?) que le texte ne suffit pas à résoudre et que l'arrêt Marcelo c/ Viola met également en exergue.

Les droits de la défense sont encore altérés lorsque le recours à un interprète est nécessaire. Certes, une circulaire du 12 mars 2008 prévoit que l'interprète peut se déplacer ou officier en usant des nouvelles technologies. Mais l'absence de contact entre l'interprète et la personne entendue pose problème. La qualité de son travail est nécessairement affectée par le recours aux NTIC, comme la CNCDH le disait récemment dans son avis du 18 décembre 2009 sur la traite et l'exploitation des êtres humains en France.(...) » (Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure du 15 avril 2010).

⁷ Préc. note 6 : « ne peut être recouru à la visioconférence dans une procédure sans que le consentement éclairé de toute personne demanderesse ou défenderesse dans cette procédure ait été recueilli (...). Si la personne est hors d'état de donner son consentement, l'accord d'un tiers responsable, pris, pour les personnes privées de liberté, hors de l'administration qui en a la charge, doit être recueilli. Pour les étrangers qui ne maîtrisent pas la langue française, un interprète doit être mis à disposition préalablement au recueil de leur consentement (...) ».

- celles au cours desquelles a lieu l'examen au fond de l'affaire, et parmi elles, les audiences des cours d'assises et des cours criminelles pour ce qui se déroule une fois l'instruction à l'audience terminée (lecture des questions ; plaidoiries et réquisitions ; dernières déclarations de l'accusé ; mise de l'affaire en délibéré ; prononcé de la décision).

Ainsi, concrètement :

- un détenu peut voir sa détention provisoire prolongée sans pouvoir comparaître physiquement devant le juge des libertés et de la détention provisoire et devant la chambre de l'instruction, alors même qu'il n'a pu ne pas exercer ce droit depuis plus quatre mois (mandat de dépôt correctionnel), un an ou six mois (mandat de dépôt criminel), situation d'autant plus probable que la précédente prolongation sa détention a pu avoir lieu sous le régime du premier état d'urgence sanitaire, et par suite déjà par visioconférence ;
- un prévenu peut être déclaré coupable et condamné à une peine privative de liberté de dix ans, voir vingt ans en certains domaines, sans avoir été aux côtés de son avocat qui a fait le choix de rester présent à l'audience, sans avoir pu communiquer avec ce dernier au fil des débats, sans avoir pu exercer de manière effective le droit de se défendre lui-même au cours de son interrogatoire puisque ce dernier a lieu par écrans interposés, sans avoir vu le représentant du ministère public requérir faute de cadrage adapté, sans avoir vu son avocat plaider pour la même raison, le tout souvent sans avoir pu suivre réellement l'audience tant les conditions techniques et matérielles de la visioconférence sont à ce jour insatisfaisantes ;
- un accusé peut être écarté de son procès devant la cour d'assises ou la cour criminelle au moment crucial où se récapitulent les positions des parties civiles, du ministère public et de la défense, au moment déterminant où il prend la parole pour faire ses dernières déclarations et tenter de marquer l'esprit des magistrats et des jurés de sa sincérité, et au moment où a lieu le rituel le plus fort de la justice pénale : le prononcé de la décision et, en cas de condamnation, celui de la peine.

Lorsqu'il s'agit d'une audience où il est discuté de l'innocence ou de la culpabilité d'un individu, le recours à un procédé de visioconférence n'emporte pas une simple restriction à l'exercice des droits de la défense mais prive ce droit de sa substance.

Il est donc incontestable que c'est une grave atteinte qui est portée aux libertés fondamentales que sont le droit au procès équitable et le droit à l'exercice des droits de la défense, dont le droit de comparaître physiquement à l'audience constitue l'une des garanties les plus essentielles.

B.1.2 Sur le caractère manifestement illégal de l'atteinte aux libertés fondamentales

1. L'atteinte aux libertés fondamentales est manifestement illégale en ce qu'elle n'est pas nécessaire adaptée et proportionnée au regard des exigences de la lutte contre l'épidémie de covid-19.

2. On sait que, même en cas de circonstances exceptionnelles, il appartient au juge administratif de vérifier qu'une disposition de nature législative adoptée sur habilitation ne porte atteinte au principe du respect des droits de la défense, que dans la mesure où « *il était indispensable de le faire* » pour répondre à ces circonstances (CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. p. 552).

Ce contrôle entier a été exercé lorsqu'étaient contestées les mesures individuelles prises en application de l'état d'urgence sécuritaire (CE, 11 décembre 2015, n° 395009, publié au recueil).

C'est le même contrôle que le juge des référés du Conseil d'Etat exerce s'agissant des mesures prises pour les impératifs de la gestion de l'épidémie de covid-19 (cf not. : CE, réf., 13 juin 2020, n° 440846 ; 6 juillet 2020, n° 441257).

3. S'agissant d'abord des conséquences des mesures litigieuses, la disproportion est avérée au regard de leur champ d'application temporel (3.1) et matériel (3.2).

3.1 S'agissant du champ d'application temporel, d'abord, l'article 11 de l'ordonnance prévoit que les mesures pourront être mises en œuvre « *jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois après la cessation de l'état d'urgence sanitaire* ».

Il n'existe aucune justification pour l'application des mesures au-delà de l'état d'urgence, ceci d'autant moins qu'il est à ce jour impossible de prévoir qu'elle sera la situation sanitaire à la sortie de l'état d'urgence et donc de prédire si les mesures conserveraient leur caractère nécessaire et proportionné, à supposer ce caractère établi.

3.2 S'agissant du champ d'application matériel, le recours à la visioconférence entraîne des conséquences disproportionnées compte tenu des atteintes avérées à l'exercice des droits de la défense.

Ainsi qu'il a été vu, ces atteintes sont connues et documentées, et elles ont été actées par la jurisprudence constitutionnelle, qui a fixé le curseur relativement bas : inconstitutionnalité des mesures permettant d'imposer la visioconférence pour les audiences de la chambre de l'instruction relatives à la prolongation de la détention provisoire et, à moins que le détenu ait pu comparaître physiquement devant un juge au cours des six derniers mois, pour les audiences consacrées aux demandes de mise en liberté.

Or, il est ici question d'un recours à la visioconférence pour toutes les audiences pénales :

(i) Audiences sur la détention provisoire, y compris les audiences consacrées au placement en détention provisoire ou à la prolongation de cette mesure,

et ceci sans considération du délai déjà écoulé pendant lequel le détenu n'a pu comparaître physiquement devant un juge, alors que, pour des détenus dont la détention arrive à son terme à compter de ce jour, la précédente prolongation a pu avoir lieu sous le régime de la précédente ordonnance du 22 mars 2020 et de ce fait déjà sous visioconférence.

(ii) Audiences sur l'examen de l'action publique, en matière correctionnelle et contraventionnelle alors qu'il y est discuté de l'innocence et de la culpabilité d'un individu qui a besoin de se défendre en étant présent physiquement, et alors même que, s'agissant de la matière correctionnelle, une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à dix ans, voire vingt ans, peut être prononcée.

Ainsi qu'il a déjà été dit, un prévenu peut donc être déclaré coupable et condamné à une peine privative de liberté de dix ans, voire de vingt ans en certains domaines, sans avoir été aux côtés de son avocat qui a fait le choix de rester présent à l'audience, sans avoir pu communiquer avec ce dernier au fil des débats, sans avoir pu exercer de manière effective le

droit de se défendre lui-même au cours de son interrogatoire puisque ce dernier a lieu par écrans interposés, sans avoir peut être bien vu le représentant du ministère public requérir faute de cadrage adapté, sans avoir vu son avocat plaider pour la même raison, le tout souvent sans avoir pu suivre réellement l'audience tant les conditions techniques et matérielles de la visioconférence sont à ce jour insatisfaisantes.

(iii) Audiences sur l'examen de l'action publique en matière criminelle, pour leur déroulement postérieur à l'instruction à l'audience, alors qu'il s'agit du dénouement du procès pour lequel il est impératif que l'accusé soit présent

- pour comprendre les plaidoiries et les réquisitions, apprécier l'écho qu'ils ont eus sur les magistrats et les jurés, en pouvant regarder ces derniers ce que ne permet pas la visioconférence, et ceci dans le but d'exercer l'ultime défense : la présentation des dernières observations après la plaidoirie de la défense ;

- pour que soit effectif le droit de présenter ses dernières déclarations, avec la charge émotionnelle qu'elles comportent et le besoin de convaincre de sa sincérité, ce qui ne peut de toute évidence avoir lieu par écrans interposés ;

- pour que le rituel judiciaire soit respecté lors du prononcé des sanctions les plus graves qui puissent être prononcées, et que l'accusé ne soit pas laissé dans l'isolement lorsqu'il apprend sa condamnation, dans une banale salle de travail d'un établissement pénitentiaire, sans son avocat pour lui expliquer au moins rapidement la situation.

La gravité des conséquences des mesures litigieuses sur l'exercice des droits de la défense doit enfin être rapprochée des finalités poursuivies.

4. S'agissant enfin des finalités poursuivies, il convient d'avoir à l'esprit que, contrairement à la situation qui était celle du premier état d'urgence sanitaire, les juridictions pénales sont actuellement en situation de pleine activité.

Là où, pendant le premier état d'urgence sanitaire, les palais de justice avaient été fermés au public et la plupart du personnel judiciaire confiné, au point que n'étaient assurés que les contentieux essentiels au maintien de l'ordre public – pour le contentieux répressif : le contentieux de la détention provisoire et les comparutions immédiates et certaines audiences mettant en cause des personnes détenues – l'activité des juridictions a repris courant juin

2020 et n'a pas été modifiée par la deuxième déclaration d'état d'urgence le 14 octobre 2020.

Les juridictions fonctionnent et ceci sans avoir eu recours à des mesures d'adaptation, y compris pendant les 34 jours qui ont séparé la deuxième déclaration d'état d'urgence sanitaire et la promulgation de l'ordonnance contestée.

Il en résulte trois conséquences.

(i) D'une part, les mesures litigieuses n'ont pas pour finalité de permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales comme il en était question lors du premier confinement et lorsqu'il s'agissait de réduire le plus possible les actes de procédure conduisant à la mise en présence de plusieurs personnes, à raison de l'absence totale de moyens de protection des personnels et justiciables (masques, gel...). Cette situation avait alors conduit non seulement à étendre les possibilités de recours à la visioconférence mais aussi à réduire l'activité aux contentieux essentiels, choix qui n'a pas été fait lors du second confinement.

Ce qui exclut, au passage, que soit reconduite l'appréciation qu'avait retenu le juge des référés du Conseil d'Etat dans sa décision du 3 avril 2020 (CE, Réf., 3 avril 2020, n° 438894), puisque la motivation de cette décision repose tant sur « *les exigences de la lutte de l'épidémie de covid-19 imposant de faire échec à la propagation de virus et de limiter, autant que se faire que peu, les contacts entre les personnes* » que sur la constatation que le recours à la visioconférence était permis « *dans le but de permettre une continuité de l'activité des juridictions pénales* ».

(ii) D'autre part, la réduction des contacts entre individus est limitée puisque, concrètement, tous les acteurs de la procédure sont présents – magistrats du siège et du ministère public, greffier, avocats – et que la publicité, même restreinte n'est pas exclue. Le nombre de contacts « économisés » correspond aux contacts d'une seule personne : le justiciable.

Il ne s'agit ni plus ni moins d'éviter qu'un justiciable se rende au palais de justice et à son audience, ou qu'il soit extrait de l'établissement pénitentiaire où il serait détenu, au même titre qu'il convient, par la fermeture des commerces non essentiels, d'éviter qu'un consommateur se rende au restaurant ou aille acheter une paire de chaussures, ce qui fait évidemment fi de la place cruciale qu'occupe la justice pénale en société.

La circulation actuelle du virus ne justifie pas d'interdire de se rendre au travail lorsqu'il ne peut être fait recours au télétravail, dans une école, un collège ou lycée ou dans un centre de formation professionnelle, dans des commerces jugés essentiels ou de se rendre aux portes des commerces qui ne le sont pas, ou de se rendre à une manifestation sur la voie publique.

Elle ne peut alors, évidemment, justifier que l'on interdise à un justiciable se rendre à son procès.

Et, s'agissant de l'extraction des personnes détenues, il convient de rappeler que

- l'administration pénitentiaire à la charge d'assurer le respect de l'anneau sanitaire et les mesures de limitation des contacts entre détenus (groupes préconstitués) de façon à éviter les contaminations à l'intérieur des établissements et par suite une contamination des établissements vers le tribunal ;
- la contamination du tribunal vers l'établissement doit être réduite par le respect des gestes barrière au sein de la salle d'audience ; il est à la charge de la chancellerie de fournir aux juridictions les moyens (escortes en nombre suffisant pour assurer la comparution séparée des détenus...) permettant d'assurer cette distanciation et aux juridictions de prendre les mesures nécessaires pour modifier l'organisation de l'audience et la manière dont les prévenus ou accusés comparaissent ;
- les mesures d'extraction doivent et peuvent se dérouler dans le respect des mesures barrières afin d'éviter une contamination entre détenus au cours du transport et du dépôt ;
- et si ces mesures ne sont pas jugées satisfaites, alors il reste la solution du report de l'audience.

Car, quoi qu'il en soit, un justiciable ne peut être privé de son droit d'exercer de manière effective sa défense, surtout lorsqu'est en cause son innocence, et plus encore lorsqu'est en jeu le prononcé d'une sanction privative de liberté, comme c'est nécessairement le cas pour une personne détenue qui, par principe, encourt une peine privative de liberté, pour la seule raison que les pouvoirs publics ne seraient pas en mesure de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour assurer le respect des gestes barrières au cours des extractions.

(iii) Enfin, s'agissant des dispositions qui permettent le recours à la visioconférence devant les juridictions criminelles, il est de notoriété publique qu'il ne s'agit pas d'une mesure générale prise en considération de la manière dont fonctionne le service public et des nécessités de gestion de l'épidémie, mais d'une mesure particulière prise pour un procès déterminé, celui qui a actuellement lieu à la cour d'assises spéciale de Paris dans l'affaire « Charlie Hebdo », et ceci uniquement dans le but de surmonter l'incapacité dans laquelle se trouve un des accusés, en raison de son état de santé – au demeurant à ce jour, semble-t-il, sans rapport avec la covid-19 –, d'assister aux derniers jours du procès. Plus exactement : gérer les difficultés d'agenda de cette audience puisque rien n'empêche que la suspension que ce procès a connue ne se poursuive dans l'attente du rétablissement de la personne concernée. C'est d'ailleurs la position défendue tant par les défenseurs des accusés que ceux des parties civiles.

Et on comprend difficilement que soient adoptées aujourd'hui des mesures qui n'avaient pas été regardées comme nécessaires dans le contexte du premier état d'urgence sanitaire.

Les mesures litigieuses excèdent ainsi, de manière manifeste, ce que la situation sanitaire et les exigences de lutte contre l'épidémie imposent, et emportent en tout état de cause des conséquences trop graves, pour le respect des droits de la défense, pour pouvoir être regardée comme légales.

La condition d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale est ainsi acquise.

B2] Sur l'urgence

1. La gravité des conséquences de la mise en œuvre des mesures contestées sur l'exercice des droits de la défense et la qualité de la justice pénale a d'ores et déjà été démontrée.

2. Cette atteinte grave aux intérêts publics en cause est immédiate puisque le recours à la visioconférence peut avoir lieu au jour même de l'entrée en vigueur de l'ordonnance contestée.

Ceci dans toutes les affaires en cours ou qui vont être audiencées, dans le délai de 48 heures qui est celui dans lequel l'intervention du juge du référé liberté s'impose.

Il en est particulièrement ici du procès qui a actuellement lieu devant la cour d'assises spéciale de Paris dans l'affaire dite « Charlie hebdo », à propos de laquelle la presse fait état de ce que le président de la cour entend faire application des dispositions contestées.

La condition d'urgence est donc caractérisée.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, ou suppléer au besoin d'office, les exposants concluent qu'il plaise au juge des référés du Conseil d'Etat :

- **SUSPENDRE** l'exécution des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 ;
- **METTRE** à la charge de l'Etat le versement à chacun des requérants d'une somme de 1 200 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

*Pour la S.C.P. Anne SEVAUX et Paul MATHONNET,
l'un d'eux.*

PRODUCTIONS :

1. Ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020.