



## Commentaire

### Décision n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021

*M. Wattara B. et autres*

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

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 22 mars 2021 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 389 du 2 mars 2021) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Wattara B. portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale.

Il a également été saisi le 12 avril 2021 par le Conseil d'État (décision n° 447916 du même jour) d'une QPC posée par le syndicat des avocats de France et autres<sup>1</sup> portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des mêmes dispositions.

Dans sa décision n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les mots « *devant l'ensemble des juridictions pénales et* » figurant au premier alinéa de cet article 2.

#### **I. – Les dispositions contestées**

##### **A. – Objet des dispositions contestées**

##### **1. – Les règles dérogatoires de recours à la visioconférence en procédure pénale pendant le premier état d'urgence sanitaire**

\* Afin de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à la conduite et au déroulement des instances juridictionnelles, l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 avait habilité le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les mesures adaptant les règles de la procédure pénale, parmi lesquelles figuraient notamment celles relatives au recours à la visioconférence

---

<sup>1</sup> Les autres auteurs de cette seconde QPC étaient le syndicat de la magistrature et l'association pour la défense des droits des détenus.

devant les juridictions de l'ordre judiciaire<sup>2</sup>. Ainsi que le relevait l'exposé des motifs du projet de loi, il s'agissait alors de limiter autant que possible les contacts entre les justiciables et les personnels judiciaires (magistrats et greffiers), « *tout en assurant la continuité du service public de la justice* ».

C'est sur le fondement de ces dispositions qu'avait été adoptée l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020<sup>3</sup>, dont l'article 5 visait à étendre les possibilités de recours à la visioconférence devant l'ensemble des juridictions pénales, à l'exception toutefois des juridictions criminelles (cours d'assises et cours criminelles).

Le rapport au Président de la République accompagnant cette ordonnance précisait que cet « article 5 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 ».

Par dérogation au droit commun, l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 avait pour effet, d'une part, de permettre aux juridictions pénales d'imposer le recours à la visioconférence, sans l'accord des parties, dans tous les cas où celui-ci est en principe exigé en application de l'article 706-71 du code de procédure pénale (CPP)<sup>4</sup>. À ce titre, il permettait en particulier de procéder à la comparution par ce biais du prévenu détenu devant le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels de la cour d'appel sans son accord. De la même manière, il autorisait 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 que la personne détenue ne puisse s'y opposer et alors même qu'il n'existerait aucun risque grave de troubles à l'ordre public ou d'évasion.

---

<sup>2</sup> Voir le c du 2° du paragraphe I de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Si 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, ce même article prévoit certains cas dans lesquels ce moyen de télécommunication ne peut être envisagé qu'avec l'accord de l'ensemble des parties (comparution du prévenu détenu devant le tribunal correctionnel et devant la cour d'appel) ou sous réserve de l'absence d'opposition de la personne détenue (débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne détenue pour une autre cause ou à la prolongation de la détention provisoire). Ce dernier cas trouve cependant une limite dans la nécessité d'éviter le transport de l'intéressé en raison des risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion.

Cet article 5 permettait, d'autre part, d'imposer la visioconférence devant les juridictions pénales autres que criminelles dans toutes les hypothèses non expressément prévues à l'article 706-71 du CPP. Sur le fondement de ces dispositions, la Cour de cassation avait ainsi accepté que la visioconférence ait été imposée pour le débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne qui n'était pas déjà détenue pour une autre cause<sup>5</sup>. La circulaire de présentation de l'ordonnance précisait, dans le même sens, que la visioconférence pouvait être utilisée pour les audiences devant le tribunal pour enfants<sup>6</sup>.

Pour l'ensemble de ces hypothèses, l'article 5 précisait que le juge qui décidait de mettre en œuvre ces dispositions devait s'assurer *f* » et veiller au respect des droits de la défense et du caractère contradictoire des débats dans l'organisation et la conduite de la procédure<sup>7</sup>.

\* Les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 étaient applicables jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, puis prorogé par l'article premier de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020. Le terme fixé à leur application était donc le 10 août 2020.

Postérieurement à cette date, le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021<sup>8</sup>, que le premier alinéa de cet article 5 était contraire à la Constitution (*cf. infra* II./A.).

Saisi d'un recours en annulation pour excès de pouvoir contre ces mêmes dispositions, le Conseil d'État a de son côté jugé, dans des termes très proches de cette décision d'inconstitutionnalité, que les dispositions de l'article 5 portaient une atteinte excessive au droit à un procès équitable protégé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les a donc jugées illégales<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Cass. crim., 22 juillet 2020, n° 20-82.213.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Ajoutons qu'en cas d'impossibilité technique ou matérielle de recourir à la visioconférence, le deuxième alinéa de l'article 5 autorisait le juge à utiliser tout autre moyen de télécommunication, y compris téléphonique. Pour ce même motif, l'article 19 de l'ordonnance autorisait également le juge des libertés et de la détention à statuer spécifiquement sur la prolongation de la détention provisoire au vu des seules réquisitions écrites du procureur de la République et des observations écrites de la personne et de son avocat, donc sans audience.

<sup>8</sup> 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)*.

<sup>9</sup> CE, 5 mars 2021, n° 440037, points 9 à 11.

## **2. – Le rétablissement des règles dérogatoires relatives à la visioconférence par l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020**

\* Face à l'accélération de la circulation du virus constatée à l'automne 2020, l'état d'urgence sanitaire a de nouveau été déclaré sur l'ensemble du territoire national, à compter du 17 octobre 2020, afin de permettre l'adoption de nouvelles mesures de restriction nécessaires pour freiner la progression de l'épidémie de covid-19<sup>10</sup>.

Le législateur a alors fait le choix d'habiliter le Gouvernement à « réactiver »<sup>11</sup> certaines des dispositions prises par ordonnances lors du premier état d'urgence sanitaire, en les rétablissant après avoir procédé à d'éventuelles modifications ou adaptations. Le 1<sup>o</sup> du paragraphe I de l'article 10 de la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020<sup>12</sup> a autorisé en particulier le Gouvernement à rétablir les dispositions dérogatoires de l'ordonnance du 25 mars 2020 applicables à la visioconférence devant les juridictions pénales<sup>13</sup>. Le délai d'habilitation prévu à cet effet s'achevait le 16 février 2021.

L'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020, à l'origine des dispositions contestées, a été prise sur le fondement de cette habilitation législative. À l'instar de la précédente ordonnance, les adaptations des règles de procédure pénale auxquelles il est procédé ont pour objet « *de permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales essentielle au maintien de l'ordre public* » (article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance).

Ainsi que l'indique le rapport au Président de la République accompagnant la publication de cette ordonnance, son article 2 « *reprend l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 en ce qu'il permet l'usage de ce moyen de télécommunication audiovisuelle, sans avoir à recueillir l'accord des parties, devant l'ensemble des juridictions pénales, comme les juridictions d'instruction ou de jugement* ».

\* Le premier alinéa de l'article 2 précise que le recours à la visioconférence s'applique « *nonobstant toute disposition contraire* », c'est-à-dire, comme le relève le rapport au Président de la République, « *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* ».

---

<sup>10</sup> Décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire.

<sup>11</sup> Étude d'impact accompagnant le projet de loi.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> En vertu du renvoi implicite au c du 2<sup>o</sup> du paragraphe I de l'article 11 de la loi précitée du 23 mars 2020.

Le champ d'application retenu dans le cadre de ces dispositions ne se borne toutefois pas à reprendre celui de l'ancien article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 puisque la possibilité de recourir à la visioconférence est étendue aux présentations devant le procureur de la République ainsi que devant les juridictions criminelles (les cours d'assises et les cours criminelles).

Il résulte du quatrième alinéa de l'article 2 que l'usage de la visioconférence devant les juridictions criminelles n'est possible « *qu'une fois terminée l'instruction à l'audience mentionnée à l'article 346 du code de procédure pénale* ». Ainsi, la visioconférence peut être utilisée lors des plaidoiries de la partie civile ou de son avocat et des réquisitions du ministère public et lorsque l'accusé et son avocat présentent leur défense<sup>14</sup>.

\* Les deuxième et troisième alinéas de l'article 2 sont relatifs aux règles de procédure et de bon fonctionnement qui doivent être suivies en cas de recours à la visioconférence en matière pénale et, en particulier, aux obligations qui s'imposent au magistrat<sup>15</sup>.

Il a été spécialement prévu que 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. Comme le prévoyait l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020, ces dispositions précisent que le magistrat est le garant du bon déroulement de la procédure et qu'il doit veiller au respect des droits de la défense et du caractère contradictoire des débats. Il est dressé procès-verbal des opérations.

En revanche, par rapport à l'ancien article 5, l'article 2 ne permet plus au magistrat de recourir, au besoin, à des moyens de communication électronique alternatifs à la visioconférence en cas d'impossibilité technique ou matérielle, et prend en compte les dispositions du sixième alinéa de l'article 706-71 du CPP qui laissent à l'avocat (et l'interprète) le choix de sa « localisation » en cas de recours à la visioconférence. Ce dernier peut ainsi demander à être placé soit auprès du magistrat ou de la juridiction, soit auprès de son client.

\* En application de l'article 11 de l'ordonnance du 18 novembre 2020, les dispositions de l'article 2 sont applicables sur l'ensemble du territoire de la République et « *jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois après la cessation de l'état*

---

<sup>14</sup> La réplique est permise à la partie civile et au ministère public, mais l'accusé ou son avocat ont toujours la parole en dernier (dernier alinéa de l'article 346 du CPP).

<sup>15</sup> Ce terme permet d'inclure les magistrats du siège et les magistrats du ministère public.

*d'urgence sanitaire déclaré par le décret du 14 octobre 2020 susvisé, et prorogé dans les conditions prévues à l'article L. 3131-13 du code de la santé publique ».*

L'état d'urgence mis en œuvre par ce décret a été prorogé une première fois jusqu'au 16 février 2021 par la loi du 14 novembre 2020, puis l'article 2 de la loi n° 2021-160 du 15 février 2021<sup>16</sup> l'a prorogé jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 2021. Le recours à la visioconférence était donc légalement prévu jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2021 inclus.

\* Toutefois, par plusieurs décisions, le Conseil d'État a suspendu l'application de ces dispositions, avant que le législateur ne décide finalement de les abroger peu de temps avant que la décision commentée ne soit rendue.

– Quelques jours après la publication de l'ordonnance du 18 novembre 2020, le Conseil d'État avait été saisi de plusieurs référés-liberté dirigés notamment contre son article 2. Il était reproché à ces dispositions de porter une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense et au droit à un procès équitable en raison de l'extension des cas dans lesquels un magistrat peut recourir à la visioconférence sans l'accord de la personne, en particulier lorsqu'elle est détenue, au-delà des hypothèses déjà prévues par l'article 706-71 du CPP.

Dans sa décision du 27 novembre 2020, le juge des référés du Conseil d'État a tout d'abord rejeté cette argumentation aux motifs que *« ce recours accru à la visioconférence est rendu nécessaire par les grandes difficultés pratiques que rencontre l'administration pénitentiaire pour effectuer les extractions des détenus compte tenu des contraintes particulièrement lourdes qu'impose la situation sanitaire actuelle et par la lutte contre la propagation de l'épidémie au sein des établissements pénitentiaires et des juridictions judiciaires »* et qu'il peut permettre d'éviter le report des audiences contribuant ainsi au droit à être jugé dans un délai raisonnable. Il a également rappelé que ces dispositions se bornent à offrir une faculté au magistrat, à qui il appartient à la fois de s'assurer à chaque fois que des difficultés pratiques justifient l'usage de la visioconférence et que les règles de bon fonctionnement sont respectées<sup>17</sup>.

S'agissant plus particulièrement du contentieux de la détention provisoire en matière criminelle devant la chambre de l'instruction, le juge des référés du Conseil d'État a ensuite souligné l'obligation particulière qui pèse sur le président de la chambre de l'instruction, compte tenu des décisions récentes du Conseil constitutionnel<sup>18</sup>, *« de*

---

<sup>16</sup> Loi n° 2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

<sup>17</sup> CE, 27 novembre 2020, n°s 446712, 446724, 446728, 446736, 446816, point 12.

<sup>18</sup> Voir *infra* (II, B, 1).

*s'assurer que la personne détenue a la possibilité de comparaître physiquement devant la chambre avec une périodicité raisonnable »<sup>19</sup>.*

En revanche, le juge des référés a suspendu l'exécution des dispositions de l'article 2 « *en tant qu'elles autorisent le recours à la visio-conférence après la fin de l'instruction à l'audience devant les juridictions criminelles* ». Il a jugé à cet égard que ces dispositions portaient une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense et au droit à un procès équitable dès lors que « *La gravité des peines encourues et le rôle dévolu à l'intime conviction des magistrats et des jurés confèrent une place spécifique à l'oralité des débats. Durant le réquisitoire et les plaidoiries, la présence physique des parties civiles et de l'accusé est essentielle, et plus particulièrement encore lorsque l'accusé prend la parole en dernier, avant la clôture des débats. Dans la balance des intérêts en présence, en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, les éléments mentionnés [plus haut] sur les exigences du bon fonctionnement de la justice ne sont pas suffisants pour justifier l'atteinte que portent les dispositions contestées aux principes fondateurs du procès criminel et aux droits des personnes physiques parties au procès, qu'elles soient accusées ou victimes »<sup>20</sup>.*

– Par la suite, le Conseil d'État avait de nouveau été saisi de deux référés-liberté demandant la suspension de l'exécution de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020, formés après la décision n° 2020-872 QPC précitée ayant censuré le premier alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020.

Par deux décisions du 12 février 2021, après avoir constaté que la demande de suspension des dispositions de l'article 2, en tant qu'elles s'appliquaient aux juridictions criminelles, était devenue sans objet en raison de la caducité de ces dispositions<sup>21</sup> non reprises dans le projet de loi de ratification déposé sur le bureau du Sénat le 16 décembre 2020<sup>22</sup>, le juge des référés a considéré que le reste de l'article 2 portait une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense en reprenant le raisonnement suivi dans la décision du Conseil constitutionnel<sup>23</sup>. Il a donc décidé de suspendre ces dispositions en tant qu'elles autorisent le recours à la visioconférence devant les juridictions pénales autres que criminelles.

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, point 13.

<sup>20</sup> *Ibid.*, points 14 et 15.

<sup>21</sup> CE, 12 février 2021, n°s 448972 et 448975, points 11 et 12.

<sup>22</sup> Projet de loi n° 246 ratifiant diverses ordonnances prises pour faire face à l'épidémie de covid-19 en matière de procédures civile, pénale et administrative et portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises aux conséquences de cette épidémie, enregistré au Sénat le 16 décembre 2020.

<sup>23</sup> Décision du Conseil d'État du 12 février 2021 précitée, points 13 et 14.

– Relevons, pour finir, que l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 a été abrogé par la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire (article 8), avec prise d'effet au 2 juin 2021, donc avant même l'échéance du 1<sup>er</sup> juillet 2021 mentionnée plus haut<sup>24</sup>.

## **B. – Origine des QPC et questions posées**

\* La QPC enregistrée sous le n° 2021-911 avait été posée par M. Wattara B. Ce dernier avait été mis en examen en mai 2020 des chefs d'infractions à la législation sur les stupéfiants et placé le jour même en détention provisoire.

Le 10 décembre 2020, il avait été convoqué par le juge des libertés et de la détention en vue de la prolongation de sa détention provisoire, qui avait déjà été prolongée une première fois deux mois plus tôt. Cette convocation l'informait que le débat contradictoire devant le juge serait réalisé par visioconférence le 31 décembre 2020. La veille de la tenue de ce débat, le requérant avait soulevé une QPC contre l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020, qui avait été adressée sans délai à la chambre de l'instruction<sup>25</sup>.

Par un arrêt du 5 janvier 2021, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rennes avait décidé de transmettre la QPC à la Cour de cassation.

Par son arrêt précité du 2 mars 2021, la Cour de cassation s'était d'abord prononcée sur la nature des dispositions critiquées en l'espèce. Elle avait relevé à cet égard que l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020, qui n'a pas fait l'objet « *à ce jour* » d'une ratification législative, constitue une disposition législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution dans la mesure où « *le délai d'habilitation fixé par [l'article 10 de la loi du 14 novembre 2020], soit le 16 février 2021, est expiré à la date de la présente décision* » et que « *la disposition critiquée, qui a pour objet de permettre de recourir, sans l'accord des parties, à un moyen de télécommunication audiovisuelle*

---

<sup>24</sup> Cette disposition fait suite à un amendement déposé devant la commission des lois du Sénat par M. Philippe Bas, rapporteur du texte. L'objet de cet amendement précisait : « *Compte tenu de l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction pénale, rappelée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021, il paraît préférable d'abroger sans délai l'article 2 de l'ordonnance, ce qui aura pour effet de rendre de nouveau applicables les dispositions de droit commun figurant à l'article 706-71 du code de procédure pénale. Cet article autorise le recours à la visioconférence dans certaines hypothèses, en la soumettant, lorsque c'est nécessaire, à l'accord des parties, ce qui préserve les droits du justiciable* » (amendement COM-45 de M. Philippe Bas, 17 mai 2021). La commission des lois du Sénat « *a tiré les conséquences de cette décision* » de censure en adoptant l'amendement proposé par son rapporteur (Rapport n° 596 [Sénat – 2020-2021] de M. Philippe Bas, fait au nom de la commission des lois, 17 mai 2021, p. 45).

<sup>25</sup> Conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article R. 49-22 du CPP.

*devant l'ensemble des juridictions pénales autres que criminelles, relève du domaine législatif* »<sup>26</sup>.

La Cour de cassation avait ensuite jugé la QPC sérieuse et l'avait renvoyée au Conseil constitutionnel après avoir relevé que, « *par une décision du 15 janvier 2021 (n° 2020-872 QPC), le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des 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. / La disposition critiquée, rédigée en des termes très semblables à ceux de l'article 5 précité de l'ordonnance du 25 mars 2020, paraît présenter les mêmes griefs d'inconstitutionnalité que celui-ci* »<sup>27</sup>.

\* La QPC n° 2021-919 avait été posée par le syndicat des avocats de France, le syndicat de la magistrature et l'association pour la défense des droits des détenus à l'occasion d'une requête qu'ils avaient déposée ensemble, le 15 janvier 2021, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020.

Dans sa décision du 12 avril 2021, après avoir considéré que les dispositions de cette ordonnance non ratifiée doivent être regardées comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil d'État avait renvoyé cette QPC au Conseil constitutionnel au motif que « *Le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment aux droits de la défense, en ce qu'elles permettent le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales, y compris criminelles lorsque l'instruction à l'audience est terminée, 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, soulève une question présentant un caractère sérieux* ».

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

\* Le Conseil constitutionnel a décidé de joindre les deux QPC renvoyées pour y répondre par une seule décision (paragr. 1).

\* Dans leurs observations, les requérants et les parties intervenantes s'inspiraient directement du raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel dans sa décision

---

<sup>26</sup> Points 2 à 8 de l'arrêt de renvoi du 2 mars 2021.

<sup>27</sup> *Ibidem*, points 10 à 12.

n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021. Ils relevaient que, à l’instar des dispositions de l’article 5 de l’ordonnance du 25 mars 2020 qui ont été censurées dans cette décision, les dispositions renvoyées permettaient un recours particulièrement large à la visioconférence devant les juridictions pénales, mais qu’elles n’apportaient aucune précision quant aux conditions dans lesquelles le juge pouvait décider d’y recourir. Ils en déduisaient que ces dispositions méconnaissaient les droits de la défense.

Pour les mêmes motifs, certaines parties requérantes et intervenantes soutenaient également que ces dispositions étaient contraires au droit à un recours juridictionnel effectif et au droit à un procès équitable.

Au regard de ces griefs qui étaient dirigés exclusivement contre le recours à la visioconférence devant les juridictions pénales, le Conseil constitutionnel a jugé, dans la décision commentée, que la QPC portait uniquement sur les mots « *devant l’ensemble des juridictions pénales et* » figurant au premier alinéa de l’article 2 de l’ordonnance du 18 novembre 2020 (paragr. 4).

#### **A. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au recours à la visioconférence devant les juridictions pénales**

Le principe du respect des droits de la défense est rattaché, depuis la décision du 30 mars 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* »<sup>28</sup>.

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<sup>29</sup>. Par la suite, le Conseil a eu l’occasion de se prononcer sur le recours à ce moyen de télécommunication en matière pénale, que ce soit en application des règles de droit commun ou de celles prévues dans le cadre exceptionnel de l’état d’urgence sanitaire.

\* C’est à l’occasion de l’examen de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice<sup>30</sup> que le Conseil constitutionnel a été saisi pour la première fois de dispositions relatives à l’usage de la visioconférence devant les juridictions pénales. Il s’agissait en l’occurrence de dispositions qui avaient pour objet d’étendre les

---

<sup>28</sup> Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l’égalité des chances*, cons. 24.

<sup>29</sup> Par exemple, 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.

<sup>30</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

possibilités de recours à la visioconférence dans le contentieux de la détention provisoire en supprimant, à l'article 706-71 du CPP, la possibilité jusque-là reconnue à la personne placée en détention provisoire de s'y opposer 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 de cette 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, en droit commun, 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 défense<sup>31</sup>.

À la suite de cette décision, le Conseil constitutionnel a été saisi de plusieurs QPC dirigées contre l'article 706-71 du CPP, dans différentes versions. Ces affaires lui ont donné l'occasion de préciser la portée des exigences constitutionnelles en la matière.

Dans sa décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019, le Conseil était saisi du troisième alinéa de cet article 706-71 du CPP dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

Il a d'abord rappelé le cadre procédural particulier des demandes de mise en liberté et les contraintes que le législateur a entendu atténuer en ouvrant le recours à la visioconférence : il s'agissait en effet 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

---

<sup>31</sup> Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, paragr. 231 à 234.

provisoire, répondait aux objectifs de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de bon usage des deniers publics<sup>32</sup>.

Le Conseil a ensuite rappelé les garanties légales entourant le recours à la visioconférence : l'absence d'obligation pour le juge d'y recourir, les droits reconnus à l'avocat et à son client lorsqu'il est décidé de recourir à 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)<sup>33</sup>.

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 précitée 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 droits de la défense* »<sup>34</sup>. Il a donc déclaré contraires à la Constitution les mots « *la chambre de l'instruction* »<sup>35</sup>.

Dans sa décision n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020, le Conseil constitutionnel était saisi du quatrième alinéa de l'article 706-71 dans sa rédaction résultant de la loi du 23 mars 2019 précitée. Dès lors que ces dispositions étaient formulées en des termes identiques à ceux de la version précédente de cet article, les dispositions critiquées étaient donc entachées du même vice d'inconstitutionnalité sanctionné dans la décision n° 2019-802 QPC. Le Conseil a renvoyé aux motifs énoncés aux

---

<sup>32</sup> 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)*, paragr. 9.

<sup>33</sup> Conformément à la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 706-71 du code de procédure pénale.

<sup>34</sup> Décision n° 2019-802 QPC précitée, paragr. 13.

<sup>35</sup> Le commentaire de cette décision précise que « *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* ».

paragraphe correspondants de cette décision pour conclure à l'inconstitutionnalité des mots « *la chambre de l'instruction* » figurant au quatrième alinéa de l'article 706-71 du CPP.

\* Enfin, dans sa décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021, le Conseil constitutionnel était saisi de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 qui permettait, durant le premier état d'urgence sanitaire, de recourir à la visioconférence devant les juridictions pénales autres que criminelles, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties. Le Conseil constitutionnel a ainsi été amené à appliquer la grille d'analyse établie par sa jurisprudence dans le contexte particulier de crise sanitaire résultant de l'épidémie de covid-19.

Il a d'abord considéré que ces dispositions poursuivaient l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et contribuaient à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice en ce qu'elles « *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* »<sup>36</sup>.

Le Conseil s'est ensuite attaché à analyser la portée des règles dérogatoires instituées par le premier alinéa de l'article 5 et les garanties les accompagnant. À cet égard, il a identifié deux lacunes qui concernaient le champ d'application du dispositif et les conditions dans lesquelles le recours à la visioconférence était possible.

Sur le premier point, il a relevé que « *le champ d'application des dispositions contestées s'étend à toutes les juridictions pénales, à la seule exception des juridictions criminelles. Elles permettent donc d'imposer au justiciable le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle dans un grand nombre de cas* ». Pour illustrer le caractère particulièrement large de ce champ d'application, le Conseil a spécialement mentionné plusieurs cas dans lesquels la visioconférence pouvait être imposée par le juge pénal : « *Il en va notamment ainsi de la comparution, devant le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels, d'un prévenu ou de la comparution devant les juridictions spécialisées compétentes pour juger les mineurs en matière correctionnelle. Le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle peut également être imposé lors du débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne ou à la prolongation d'une détention provisoire, quelle que soit alors la durée pendant laquelle la personne a,*

---

<sup>36</sup> Décision n° 2020-872 QPC précitée, paragr. 7. Voir également, à propos de la prise en compte de ce contexte particulier dans le cadre du contrôle de constitutionnalité en QPC, la décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020, *Société Getzner France (Procédure civile sans audience dans un contexte d'urgence sanitaire)*.

*le cas échéant, été privée de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire »<sup>37</sup>.*

Sur le second point, relatif aux conditions dans lesquelles le juge pénal pouvait imposer cet usage de la visioconférence, le Conseil a constaté 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 »<sup>38</sup>.*

Tirant les conséquences de ces deux lacunes, le Conseil constitutionnel en 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 »*, et les a donc déclarées contraires à la Constitution<sup>39</sup>.

## **B. – L'application à l'espèce**

\* Si les dispositions contestées en l'espèce étaient issues d'une ordonnance non ratifiée par le Parlement, le Conseil constitutionnel s'est reconnu compétent pour en connaître dès lors, d'une part, que leur contenu était matériellement législatif (puisque relatif à la procédure pénale<sup>40</sup>) et, d'autre part, que le délai d'habilitation permettant au Gouvernement de légiférer par ordonnance, fixé par la loi du 14 novembre 2020 précitée, était expiré. Cette question de compétence avait d'ailleurs été vérifiée par la Cour de cassation et le Conseil d'État dans leurs décisions de renvoi respectives, à l'occasion de l'analyse de la recevabilité des QPC posées.

Ce point n'étant discuté ni par les parties ni par le Premier ministre, le Conseil constitutionnel est resté silencieux sur ce point dans le corps de la décision commentée et s'est borné à relever dans ses visas l'expiration du délai

---

<sup>37</sup> Décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021 précitée, paragr. 8.

<sup>38</sup> *Ibidem*, paragr. 9.

<sup>39</sup> *Ibidem*, paragr. 10.

<sup>40</sup> Matière mentionnée à l'article 34 de la Constitution.

d'habilitation<sup>41</sup>.

\* Examinant la constitutionnalité des dispositions contestées, le Conseil a d'abord rappelé sa formulation de principe relative à la protection des droits de la défense (paragr. 5).

Il a ensuite décrit l'objet des dispositions comprises dans le champ de la QPC. Ces dispositions, applicables jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois après la cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré par le décret du 14 octobre 2020 et prorogé dans les conditions prévues par l'article L. 3131-13 du code de la santé publique, permettaient de recourir à la visioconférence devant les juridictions pénales sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties (paragr. 6).

Le Conseil a constaté, comme il l'avait jugé à propos de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020, que, ce faisant, les dispositions contestées poursuivaient l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et contribuaient à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice (paragr. 7).

À la suite des parties et du Premier ministre, lequel ne défendait pas la constitutionnalité de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020, le Conseil a relevé que les dispositions contestées étaient entachées de carences comparables à celles précédemment identifiées au sujet de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020.

Ces carences touchaient à la fois au champ d'application de ces dispositions et aux conditions dans lesquelles le recours à la visioconférence pouvait être imposé par le juge pénal.

En premier lieu, le Conseil a relevé que les juridictions pénales pouvaient, sur le fondement de ces dispositions, imposer le recours à la visioconférence « *dans un grand nombre de cas* » (paragr. 8). Comme dans la précédente décision, il en allait ainsi, par exemple, de la comparution devant le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels, ou de la comparution devant les juridictions spécialisées compétentes pour juger les mineurs en matière correctionnelle. De même, le recours à la visioconférence pouvait être imposé lors du débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire ou à la prolongation de cette mesure, quelle que

---

<sup>41</sup> Dans le même sens, voir les décisions 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)* et n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021 précitée.

soit la durée pendant laquelle la personne avait, le cas échéant, été privée de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire.

En second lieu, le Conseil a constaté que ces dispositions ne soumettaient le choix du juge pénal de recourir à la visioconférence à aucune condition légale et ne l'encadraient par aucun critère (paragr. 9). Sur ce point, il convient d'observer que si les deuxième et troisième alinéas de l'article 2 avaient apporté quelques modifications au dispositif en cause par rapport à l'ancien article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020, concernant respectivement la qualité de la transmission et la confidentialité des échanges ainsi que le choix pour l'avocat de sa localisation auprès du juge ou de son client, ces modifications n'intéressaient que le « *bon fonctionnement* » de la visioconférence. Elles n'avaient ni pour objet ni pour effet de soumettre à certaines conditions de fond le recours à ce moyen de télécommunication. Ces dispositions n'instituaient pas davantage des critères particuliers permettant d'encadrer cet usage. Ainsi, la décision du juge d'utiliser la visioconférence demeurait discrétionnaire, comme c'était déjà le cas sous l'empire de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020.

Compte tenu des carences ainsi identifiées, le Conseil a jugé, comme dans la décision n° 2020-872 QPC précitée, que les atteintes portées aux droits de la défense par les dispositions contestées ne pouvaient pas être justifiées par le contexte de crise sanitaire qui existait durant la période d'application de ces dispositions. Il en a dès lors conclu que, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres griefs, ces dispositions devaient à leur tour être déclarées contraires à la Constitution (paragr. 10).

\* S'agissant des effets dans le temps de sa décision de censure, le Conseil a constaté que les dispositions déclarées contraires à la Constitution venaient d'être abrogées par la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire. N'étant plus en vigueur à la date de sa décision, il en a déduit qu'aucun motif ne justifiait de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité (paragr. 12).

Par ailleurs, ainsi qu'il l'avait fait dans sa décision n° 2020-872 QPC précitée, le Conseil a jugé que les mesures prises sur le fondement des dispositions censurées ne pouvaient être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité, en raison des conséquences manifestement excessives qu'aurait eu leur remise en cause (paragr. 13).