

N° 447916 Syndicat des avocats de France et autres (SAF),

N° 448388 M. B...,

N° 448962 Association des avocats pénalistes (ADAP) et autres.

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 12 juillet 2021

Lecture du 4 août 2021

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK, rapporteur public

Vous pourrez joindre les 3 requêtes qui viennent d'être appelées, qui sont dirigées contre la même ordonnance du 18 novembre 2020 portant adaptation de règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale.

Les différentes associations requérantes ont intérêt à contester cette ordonnance eu égard à leurs statuts, et s'agissant de M. B..., il fait valoir qu'il est détenu et qu'une audience le concernant a eu lieu par visioconférence sans son accord.

La question principale concerne l'article 2 de l'ordonnance, qui est contesté par chacune des 3 requêtes. Cet article comprend 4 alinéas, il prévoit tout d'abord qu'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* », il encadre ensuite les caractéristiques des moyens de visioconférence utilisables et l'organisation du contradictoire par le magistrat et, enfin, prévoit que ses dispositions 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.

La requête du SAF a soulevé une QPC contre cet article, que vous avez transmise au Conseil constitutionnel, de façon quasi simultanée avec la Cour de cassation saisi de la même question. Votre décision de transmission jugeait sérieuse la question en ce que les dispositions litigieuses 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.

Dans sa réponse, le Conseil constitutionnel, qui a statué par une décision unique sur les questions transmises par les deux ordres de juridiction, a estimé au vu des écritures des parties qu'il n'était saisi que des mots « *devant l'ensemble des juridictions pénales et* » qui figurent

au 1^{er} aliéna de l'article 2. Il n'a donc pas examiné la conformité à la Constitution des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 autorisant le recours à la visioconférence sans avoir à recueillir l'accord des parties pour les présentations devant le procureur de la République ou le procureur général.

S'agissant de la question de la visio conférence devant l'ensemble des juridictions pénales, il l'a estimée contraire à la Constitution, comme il l'avait déjà fait dans sa décision du 15 janvier 2021 n° 2020-872 QPC pour une mesure similaire, et a jugée que la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives.

Il convient donc aujourd'hui de tirer les conséquences de cette décision du Conseil constitutionnel, qui n'épuise pas l'ensemble des questions posées par les requêtes dont vous avez à connaître.

1. Il est d'abord soutenu que l'article 2, en tant qu'il prévoit le recours à la visioconférence pour les présentations devant le procureur de la République (PR) ou le procureur général (PG), méconnaît l'article 10 de la loi d'habilitation du 14 novembre 2020. Comme indiqué, cette partie de l'article 2 n'a pas été examinée par le Conseil constitutionnel.

Il faut ici faire un bref rappel de l'enchaînement des textes : dans le cadre de la 1^{ere} vague de l'épidémie de covid 19, le 2° du I de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 habilitait le Gouvernement à prendre des ordonnances pour en limiter la propagation, le c) concernant en particulier 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, le d) concernant l'adaptation des règles en matière de garde à vue, de détention provisoire, des délais au cours de l'instruction, etc.

L'article 10 de la loi n°2020-1379 du 14 novembre 2020 de prorogation de l'état d'urgence, qui habilite l'ordonnance attaquée, autorise le Gouvernement à prendre des ordonnances sur le fondement du I de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, à l'exception notamment du d) du 2° de cet article.

Autrement dit, l'ordonnance attaquée trouve son habilitation, à l'article 10 de la loi du 14 novembre 2020, indirectement mais nécessairement seulement sur la base du c) 2° du I de l'article 11 de la loi du 20 mars 2020, qui concerne la dimension juridictionnelle des procédures. Et non du d), qui concerne les règles de garde à vue ou de détention provisoire en particulier.

Il est soutenu par le SAF que tant le PR que le PG sont des représentants du ministère public, autorité de poursuite, et ne sont pas des juridictions, de sorte que l'ordonnance dépasse le

champ de l'habilitation sur ce point, s'agissant de dispositions qui relèvent du domaine de la loi.

On comprend que s'agissant des présentations des personnes devant le PR ou le PG en vue de leur comparution devant une juridiction pénale, l'impossibilité de recourir à la visioconférence présentait une difficulté particulière, alors que la formation de jugement peut quant à elle imposer la visioconférence. La comparution d'une personne devant le PR est dans certains cas une condition préalable à sa comparution devant le tribunal correctionnel pour être jugée (cf article 393 CPP).

Il nous semble que la loi d'habilitation, si elle a nécessairement exclu de la visioconférence sans accord de l'intéressé des présentations devant le magistrat du parquet des gardés à vue, n'a pas entendu exclure cette possibilité lorsque la présentation devant le magistrat du parquet est faite **aux fins de sa comparution devant une juridiction**. C'est cette lecture de cohérence que nous vous proposons de retenir pour écarter le moyen.

2. Le 2eme moyen concerne la partie de l'article 2 qui a été déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire la possibilité de recourir à la visioconférence sans l'accord des parties devant l'ensemble des juridictions pénales.

La requête du SAF, du syndicat de la magistrature et de l'association pour la défense des droits des détenus est celle qui a soulevé la QPC. La requête de M. B... soulève la même inconstitutionnalité, mais ne l'a pas précédée d'une QPC. Pour ce dernier cas, votre décision d'assemblée CFDT Finances n°440258 du 16 décembre 2020 conduit à estimer que le moyen, qui n'a pas été soulevé sous forme de QPC n'est pas recevable s'agissant d'une disposition d'une ordonnance dont le délai d'habilitation est expiré et qui relève du domaine de la loi.

Pour le 1^{er} cas, le Conseil constitutionnel a certes déclaré la disposition inconstitutionnelle dans le cadre de la QPC, mais a cependant estimé que les mesures prises sur son fondement ne devaient pas être remises en cause.

Dans le cadre désormais traditionnel de la QPC, l'objet du contentieux dont vous êtes saisi par voie d'action n'est pas la norme qui fait l'objet d'une QPC. Le CE a jugé, dans sa décision du 14 novembre 2012 Association France Nature Environnement Réseau juridique n° 340539 aux T., que l'absence, dans la décision du Conseil constitutionnel, de prescriptions relatives à la remise en cause des effets produits par la disposition législative avant son abrogation doit, dans le cas où, d'une part, la QPC a été soulevée à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte réglementaire et, d'autre part, le Conseil constitutionnel a décidé de reporter dans le temps les effets abrogatifs de sa décision, être regardée comme indiquant que ce dernier n'a pas entendu remettre en cause les effets que la disposition déclarée contraire à la Constitution avait produits avant la date de son abrogation, y compris à l'égard de l'auteur de la QPC.

Mais on voit bien dans un contentieux dont l'objet même est l'ordonnance, que ce que le Conseil constitutionnel a jugé quant à l'absence de remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution n'est pas, dans son principe, la même chose qu'une déclaration d'inconstitutionnalité différée dans le temps. Vous auriez pu avoir à trancher ce point dans l'affaire du 5 mars 2021 Ordre des avocats au conseil d'Etat et à la cour de cassation n° 440037 aux T., où le Conseil constitutionnel s'était prononcé dans le même sens s'agissant de l'ordonnance du 25 mars 2020 à la suite d'une QPC, mais devant vous les requérants avaient abandonné leurs moyens de constitutionnalité une fois que le Conseil constitutionnel s'était prononcé.

Toujours est-il qu'en pratique nous peinons à voir comment vous pourriez prononcer une annulation de l'ordonnance sur le fondement de la méconnaissance de la Constitution sans immédiatement en neutraliser les effets pour être en cohérence avec ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel. La solution inverse serait pour le moins curieuse.

Mais il nous semble que vous n'aurez pas à trancher ce point explicitement, puisque dans les deux autres requêtes est également soulevée une inconventionnalité de l'ordonnance sur ce point au regard de l'article 6 de la CEDH. Dans l'affaire précitée concernant des dispositions similaires de l'ordonnance de mars 2020, notre collègue O. Fuchs vous avez présenté les éléments de la jurisprudence de la CEDH qui pouvaient conduire à estimer qu'une telle mesure ne méconnaissait pas ces stipulations. De son côté, la Cour de cassation a à plusieurs reprises estimé qu'il n'y avait pas méconnaissance des stipulations conventionnelles (Cass crim 22 juillet 2020 n° 20 82 213 au Bull ; Cass crim 9 mars 2021 n° 20 86 954).

Mais votre décision du 5 mars 2021 a retenu qu' « *Eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique du justiciable devant la juridiction pénale, ces dispositions portent une atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que ne peut justifier le contexte de lutte contre l'épidémie de covid-19.* ». Rien ne nous paraît justifier que vous adoptiez aujourd'hui un raisonnement différent s'agissant de l'article 2 de l'ordonnance attaquée.

La requête 448962 attaque également l'article 4 de l'ordonnance, qui prévoit en particulier que par dérogation aux règles de publicité définies par les articles 306 et 400 du code de procédure pénale, le président de la formation de jugement peut décider, avant l'ouverture de l'audience, que les débats se dérouleront en publicité restreinte, des dérogations similaires étant prévue devant la chambre de l'instruction et lorsque le juge des libertés et de la détention doit statuer en audience publique en matière de détention provisoire,

Faute de prendre la forme d'une QPC par mémoire distinct, la critique de constitutionnalité de cette disposition est irrecevable. Sous l'angle de l'article 6 CEDH, c'est l'absence de critère encadrant la décision du président de la juridiction de tenir l'audience avec une publicité restreinte qui est en cause.

La jurisprudence de la CEDH attache une importance certaine à la publicité des débats, mais l'absence de procès public peut se justifier dans des circonstances exceptionnelles (CEDH Grande Stevens et autres c. Italie § 121 et 122).

Votre décision du 5 mars 2021 avait écarté le moyen tiré de la méconnaissance de ces stipulations s'agissant de l'ordonnance de mars 2020, en indiquant que « *Ces dispositions ont pour objet, dans le contexte exceptionnel de lutte contre l'épidémie de covid-19, d'assurer la continuité des audiences pénales tout en limitant les contacts physiques entre les personnes, en particulier dans les lieux confinés que sont les salles d'audience. Le huis-clos est en outre soumis à la condition qu'il soit impossible, même avec une publicité restreinte, de garantir la protection des personnes présentes à l'audience. Dans ces conditions, ces dispositions peuvent être légalement mises en œuvre par le président sans qu'il soit tenu de motiver de façon spécifique sa décision* ».

L'ordonnance attaquée aujourd'hui est sur ce point moins stricte que celle de mars 2020, puisque l'hypothèse du huis-clos n'est pas prévue, sauf pour le JLD devant lequel l'audience se tient en chambre du conseil. Ceci vous conduira à nouveau à écarter le moyen selon un raisonnement similaire à celui retenu il y a quelques mois.

Vous annulerez donc l'article 2 de l'ordonnance, sur le fondement des stipulations de l'art 6 CEDH. Votre 6ème chambre a recueilli les observations des parties sur les conséquences d'une annulation rétroactive de l'ordonnance. Comme l'a jugé le Conseil constitutionnel pour ce qui concernait l'annulation au regard de l'article 16 de la Déclaration des droits, une annulation rétroactive de ces dispositions méconnaîtrait, par la remise en cause des décisions et des mesures ayant été prises sur leur fondement, les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives. Ces mêmes considérations conduisent à ne pas donner d'effet rétroactif à l'inconventionnalité. Vous limiterez dans le temps les effets de l'annulation et, compte tenu de ce que ces dispositions ont été abrogées par le 1° du IV de l'article 8 de la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, vous jugerez que les effets de ces dispositions doivent être regardés comme définitifs.

Vous pourrez en outre mettre à la charge de l'Etat le versement à chacun des 3 requérants ou groupes de requérant une somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article L 761-1 du CJA.

Tel est le sens de nos conclusions.