

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

N^{os}448972, 448975

SYNDICAT DES AVOCATS DE
FRANCE et autres

CONSEIL NATIONAL DES
BARREAUX

Ordonnance du 12 février 2021

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu les procédures suivantes :

I. Sous le n° 448972, par une requête, enregistrée le 21 janvier 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le Syndicat des avocats de France, le Syndicat de la magistrature et l'Association des avocats pour la défense des droits des détenus demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) d'ordonner la suspension de l'exécution des dispositions 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 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- leur requête est recevable ;
- la condition d'urgence est satisfaite eu égard à la gravité et à l'immédiateté de l'atteinte portée aux libertés fondamentales invoquées ;
- il est porté une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense et à un procès équitable qui comprennent le droit de comparaître physiquement devant un juge et de ne pas se voir imposer une comparution par un procédé de communication audiovisuelle ;
- les dispositions litigieuses sont injustifiées et disproportionnées dès lors que le contexte sanitaire n'est pas de nature à justifier l'atteinte portée aux libertés fondamentales invoquées, que la faculté de recourir à la visioconférence est étendue à toutes les audiences pénales, indépendamment de la gravité des faits et des sanctions encourues, qu'elle n'est soumise à aucune condition légale ni encadrée par aucun critère et qu'enfin, contrairement à la situation qui était celle du premier état d'urgence sanitaire, des dispositifs et des équipements de protection adaptés sont désormais disponibles et il ne peut plus être argué de la nécessité d'assurer la continuité du service.

II. Sous le n° 448975, par une requête, enregistrée le 21 janvier 2021, le Conseil national des barreaux demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) d'ordonner la suspension de l'exécution des dispositions 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 ;

2°) d'enjoindre au gouvernement d'abroger ces dispositions ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la requête est recevable ;
- la condition d'urgence est satisfaite eu égard à la gravité et à l'immédiateté de l'atteinte portée aux libertés fondamentales invoquées ;
- il est porté une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense et à un procès équitable qui comprennent le droit de comparaître physiquement devant un juge et de ne pas se voir imposer une comparution par un procédé de communication audiovisuelle dès lors que la visioconférence constitue un moyen d'expression dégradé qui vient altérer la communication et prive le justiciable d'un procédé d'expression déterminant en matière pénale et qu'aucun consentement du justiciable à l'utilisation de la visioconférence n'est requis indépendamment de la gravité de l'infraction en cause ;
- à titre subsidiaire, qu'à supposer qu'il soit justifié par le contexte sanitaire actuel, le recours à la visioconférence sans le consentement du justiciable n'est pas limité aux seules hypothèses dans lesquelles ne sont pas encourues des peines privatives de liberté.

Sous ces deux numéros, par un mémoire en défense, enregistré le 29 janvier 2021, le garde des sceaux, ministre de la justice, indique qu'il n'entend pas s'opposer à la suspension des dispositions contestées.

Les requêtes ont été communiquées au Premier ministre et au ministre des solidarités et de la santé qui n'ont pas produit de mémoires.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- le code de procédure pénale ;
- le code de la santé publique ;
- la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 ;
- la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 ;
- la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 ;
- l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 ;
- le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, le Syndicat des avocats de France, le Syndicat des avocats pour la défense des droits des détenus, l'Association des avocats pour la défense des droits des détenus et le Conseil national des barreaux, et d'autre part, le garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre des solidarités et de la santé et le Premier ministre ;

Ont été entendus lors de l'audience publique du 2 février 2021, à 14 heures 30 :

- Me Mathonnet, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat du Syndicat des avocats de France et autres ;

- Me Boré, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat du Conseil national des barreaux ;

- le représentant du Conseil national des barreaux ;

- les représentants du garde des sceaux, ministre de la justice ;

à l'issue de laquelle le juge des référés a clos l'instruction.

Considérant ce qui suit :

1. Les requêtes visées ci-dessus, présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, sont dirigées contre les mêmes dispositions de la même ordonnance. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule ordonnance.

2. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

Sur les circonstances et le cadre juridique du litige :

3. Aux termes de l'article L. 3131-12 du code de la santé publique, issu de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 : « *L'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ainsi que du territoire des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* ». L'article L. 3131-13 du même code précise que « *l'état d'urgence sanitaire est déclaré par décret en conseil des ministres pris sur le rapport du ministre chargé de la santé. (...) / La prorogation de l'état d'urgence sanitaire au-delà d'un mois ne peut être autorisée que par la loi, après avis du comité de scientifiques prévu à l'article L. 3131-19* ». En vertu de l'article L. 3131-15 du même code, « *dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, aux*

seules fins de garantir la santé publique » prendre un certain nombre de mesures de restriction ou d'interdiction des déplacements, rassemblements sur la voie publique et réunions « *strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu* ».

4. 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 des solidarités et 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 mentionnée au point 3 ci-dessus a créé un régime d'état d'urgence sanitaire aux articles L. 3131-12 à L. 3131-20 du code de la santé publique et 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 inclus. 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.

5. Une nouvelle progression de l'épidémie a conduit le Président de la République à prendre, sur le fondement des articles L. 3131-12 et L. 3131-13 du code de la santé publique, le décret du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence à compter du 17 octobre 2020 sur l'ensemble du territoire national. Le législateur, par l'article 1^{er} de la loi du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, a prorogé cet état d'urgence sanitaire jusqu'au 16 février 2021 inclus.

6. Dans ce cadre, l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020, prise sur le fondement de l'habilitation prévue par les dispositions de l'article 10 de la loi du 14 novembre 2020, a prévu diverses adaptations des règles de procédure pénale « *afin de permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales essentielle au maintien de l'ordre public* », selon les termes de son article 1^{er}.

7. Aux termes de l'article 2 de cette ordonnance : « 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 ».

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

audiovisuelle. / Les dispositions de l'alinéa précédent prévoyant l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle sont applicables devant la juridiction de jugement pour l'audition des témoins, des parties civiles et des experts. Elles sont également applicables, avec l'accord du procureur de la République et de l'ensemble des parties, pour la comparution du prévenu devant le tribunal correctionnel si celui-ci est détenu. / Ces dispositions sont également applicables à l'audition ou à l'interrogatoire par un juge d'instruction d'une personne détenue, au débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne détenue pour une autre cause, au débat contradictoire prévu pour la prolongation de la détention provisoire, (...), aux audiences relatives au contentieux de la détention provisoire devant (...) la juridiction de jugement, à l'interrogatoire de l'accusé par le président de la cour d'assises en application de l'article 272, à la comparution d'une personne à l'audience au cours de laquelle est rendu un jugement ou un arrêt qui avait été mis en délibéré ou au cours de laquelle il est statué sur les seuls intérêts civils, à l'interrogatoire par le procureur ou le procureur général d'une personne arrêtée en vertu d'un mandat d'amener, d'un mandat d'arrêt, d'un mandat d'arrêt européen, d'une demande d'arrestation provisoire, d'une demande d'extradition ou d'une demande d'arrestation aux fins de remise, à la présentation au juge des libertés et de la détention, au premier président de la cour d'appel ou au magistrat désigné par lui (...) si la personne est détenue pour une autre cause, ou à l'interrogatoire du prévenu devant le tribunal de police si celui-ci est détenu pour une autre cause. Lorsqu'il s'agit d'une audience au cours de laquelle il doit être statué sur le placement en détention provisoire ou la prolongation de la détention provisoire, la personne détenue peut, lorsqu'elle est informée de la date de l'audience et du fait que le recours à ce moyen est envisagé, refuser l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle, sauf si son transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion. / (...) ».

9. Par une ordonnance n°s 446712,446724,446728,446736,446816 du 27 novembre 2020, le juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, a suspendu l'exécution des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale en tant qu'elles autorisent le recours à la visioconférence après la fin de l'instruction à l'audience devant les juridictions criminelles.

Sur les demandes en référé :

10. Les requérants demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'ordonner la suspension de l'exécution des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale. Ils soutiennent que ces dispositions portent une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense et à un procès équitable, qui comprennent le droit de comparaître physiquement devant un juge et de ne pas se voir imposer une comparution par un procédé de communication audiovisuelle, garantis tant par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'elles étendent les cas dans lesquels un magistrat peut recourir à la visioconférence sans l'accord de la personne concernée, en particulier lorsqu'elle est détenue, au-delà des hypothèses déjà prévues par l'article 706-71 du code de procédure pénale cité au point 8 ci-dessus.

En ce qui concerne les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 en tant qu'elles s'appliquent devant les juridictions criminelles :

11. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution : « *Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation (...)* ».

12. Il résulte de l'instruction que l'article 2 du projet de loi ratifiant diverses ordonnances pour faire face à l'épidémie de covid-19 en matière de procédures civile, pénale et administrative, déposé sur le bureau du Sénat le 16 décembre 2020, dans le délai d'un mois fixé par l'article 10 de la loi du 14 novembre 2020, prévoit la ratification des dispositions des trois premiers alinéas de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 en tant seulement qu'elles s'appliquent devant des juridictions pénales autres que criminelles. Il résulte de l'article 38 de la Constitution cité au point 11 ci-dessus que les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 en tant qu'elles s'appliquent devant les juridictions criminelles et dont l'exécution avait été suspendue par le juge des référés du Conseil d'Etat ainsi qu'il a été dit au point 9 ci-dessus, sont devenues caduques. Par suite, les conclusions tendant à la suspension de l'exécution des dispositions de l'article 2 de cette ordonnance en tant qu'elles s'appliquent devant les juridictions criminelles sont devenues sans objet.

En ce qui concerne les autres dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 :

13. Les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance contestée, en ce qu'elles autorisent le recours à la visioconférence, sans l'accord des parties, devant les juridictions pénales autres que criminelles, sans subordonner cette faculté à des conditions légales ni l'encadrer par aucun critère, portent une atteinte grave et manifestement illégale aux droits de la défense.

14. D'ailleurs, par sa décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le premier alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, dont les dispositions, similaires aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance en litige, prévoyaient que, par dérogation à l'article 706-71 du code de procédure pénale, il pouvait être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant les juridictions pénales autres que criminelles, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties.

15. Par suite, le garde des sceaux, ministre de la justice, ne contestant pas que la condition d'urgence est, en l'espèce, remplie, les requérants sont fondés à demander la suspension de l'exécution des dispositions contestées. Eu égard à l'office du juge des référés statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, il n'y a pas lieu d'enjoindre au Gouvernement d'abroger ces dispositions.

16. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme globale de 1 000 euros à verser aux requérants, pour chacune des requêtes, au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

O R D O N N E :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions des requêtes en tant qu'elles portent sur les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale en tant qu'elles autorisent le recours à la visioconférence devant les juridictions criminelles.

Article 2 : L'exécution des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale en tant qu'elles autorisent le recours à la visioconférence devant les juridictions pénales autres que criminelles est suspendue.

Article 3 : L'Etat versera aux requérants la somme globale de 1 000 euros, pour chacune des requêtes, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée au Syndicat des avocats de France, au Syndicat de la magistrature, à l'Association des avocats pour la défense des droits des détenus, au Conseil national des barreaux et au garde des sceaux, ministre de la justice.

Copie en sera adressée au Premier ministre et au ministre des solidarités et de la santé.