

L'inconstitutionnalité du recours forcé à la visio-conférence dans le contentieux de la détention provisoire dans la procédure pénale française.

de **Louis Guesdon**

Sommaire. 1. Préambule. – 2. Rappel sommaire de l'architecture de la procédure pénale française. – 3. Recours à la visio-conférence dans la procédure pénale française. – 4. Recours à la visio-conférence en matière de contentieux de la détention provisoire. – 5. Inconstitutionnalité de la visioconférence forcée en matière de détention provisoire. – 6. Inclinaison du législateur et de la Cour de cassation en faveur de la visio-conférence. – 7. Observations sur les implications du recours à la visio-conférence dans la procédure pénale.

1. Préambule.

Par trois décisions rendues au cours des dix-huit derniers mois¹, le Conseil constitutionnel a investi la problématique du recours à la visio-conférence en matière de contentieux de la détention provisoire.

Ces décisions ont une résonance particulière alors que la moitié de la population mondiale s'est trouvée confinée en raison de l'épidémie de COVID-19 et a massivement expérimenté la visio-conférence et, plus généralement, les interactions sociales et professionnelles à distance.

Dans le cadre de la procédure pénale, le recours à la visio-conférence a des implications particulières eu égard au principe de l'oralité des débats et de la comparution personnelle devant les instances judiciaires, tout particulièrement lorsque l'enjeu est la privation de liberté.

2. Rappel sommaire de l'architecture de la procédure pénale française.

A titre liminaire, un rappel sommaire de l'architecture de la procédure pénale française sera utile à l'appréhension de développements qui suivent.

La procédure pénale française est essentiellement organisée autour de deux types de procédures préalables à la phase de jugement : l'enquête et l'information judiciaire.

L'enquête est diligentée sous le contrôle du Procureur de la République. La procédure est secrète et non contradictoire. Le mis en cause ne découvre le

¹ CC 2019-778 DC du 21 mars 2019 ; CC 2019- 802 QPC du 20 septembre 2020 ; CC 2020-836 QPC du 30 avril 2020.



dossier de l'accusation que s'il est cité à comparaître pour être jugé. Dans ce cadre, le mis en cause ne peut pas être placé en détention provisoire.

L'information judiciaire, ou instruction, est conduite par un juge d'instruction, magistrat du siège. Les mis en cause sont mis en examen par le juge d'instruction. Ils seront ou non renvoyés devant le tribunal à l'issue de l'instruction en fonction de l'existence de charges suffisantes ou pas. Dès lors qu'une personne est mise en examen, la procédure est contradictoire. La personne mise en examen peut soit demeurer libre, soit être placée sous contrôle judiciaire, soit encore être placée en détention.

Le placement en détention provisoire est décidé par le juge des libertés et de la détention à la suite d'un débat oral contradictoire. Cette décision est susceptible d'appel. L'appel est alors examiné par une chambre de la cour d'appel spécialement dédiée à la supervision des instructions : la chambre de l'instruction.

3. Recours à la visio-conférence dans la procédure pénale française.

Dans le code de procédure pénale français, le recours à la visio-conférence a été introduit par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, qui a créé l'article 706-71, lequel restera au cours des deux décennies suivantes le siège des dispositions relatives au recours à la visio-conférence en matière pénale.

La possibilité d'y recourir était initialement limitée, lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifiaient, à l'audition, l'interrogatoire ou la confrontation, à l'assistance d'un interprète, et à l'exécution de demandes d'entraide judiciaire émanant d'autorités étrangères.

Elle sera étendue progressivement à de nombreux actes, jusqu'à exister aujourd'hui, en substance, à tous les stades de la procédure, de la garde à vue² aux actes relatifs à l'exécution des peines, en passant par l'audience de jugement.

Le contentieux de la détention provisoire est un domaine dans lequel les juridictions ont exploité cette possibilité de façon significative.

Après une revue sommaire des actes possibles en visio-conférence, son utilisation en matière de détention provisoire sera donc approfondie, ce d'autant qu'elle a conduit le Conseil constitutionnel dans les dix-huit derniers mois à rendre plusieurs décisions en la matière.

Pour ce qui est des possibilités les plus significatives, le recours à la visio-conférence est aujourd'hui possible pour les actes suivants³ :

² La garde-à-vue est le cadre dans lequel les services de police judiciaire peuvent procéder, sous contrainte, à l'interrogatoire d'une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit (article 62-2 du code de procédure pénale).

³ L'énumération n'est pas exhaustive et a vocation à rendre compte des possibilités les plus emblématiques.

- *Au cours de la phase préalable au jugement :*
 - les auditions, interrogatoires et confrontations au cours de l'enquête ou de l'instruction,
 - la présentation à un magistrat (procureur de la république en enquête, juge d'instruction dans le cadre d'une instruction) en vue de la prolongation de la garde à vue,
 - certains actes relatifs au contentieux de la détention provisoire⁴,
- *Au cours de la phase de jugement :*
 - les auditions de témoins, parties civiles et experts devant les juridictions de jugement (tribunal correctionnel et cour d'assises),
 - comparution du prévenu devant le tribunal correctionnel et la cour d'appel, s'il est détenu.
- *Au cours de la phase postérieure au jugement :* dans de nombreux actes relatifs à l'exécution des peines.

4. Recours à la visio-conférence en matière de contentieux de la détention provisoire.

En ce qui concerne le contentieux de la détention provisoire, le cadre a évolué au cours des quinze dernières années, et dernièrement sous l'effet de la jurisprudence récente¹ du Conseil constitutionnel.

L'intérêt de cette évolution dépasse celui du contentieux de la détention.

En effet, loin d'être un ajustement purement technique, cette évolution a vu à l'œuvre la tension – structurelle à l'administration de la justice – entre la sauvegarde des droits de la défense et les logiques de gestion judiciaire, et, très récemment, la confrontation entre le législateur, manifestement attaché à ces logiques, et le Conseil constitutionnel, sourcilleux sur les conséquences de la visio-conférence pour les droits de la défense.

A l'ère numérique, cette jurisprudence offre en outre un cadre intéressant pour penser la tentation prévisible de développer encore le recours à la visio-conférence dans le procès pénal.

Un bref rappel du cadre juridique dans lequel se décide le placement et le maintien en détention provisoire en droit français s'impose.

Une fois la mise en examen décidée par le juge d'instruction⁵, si ce dernier estime nécessaire le placement en détention provisoire, il saisit un autre juge spécialement dédié : le juge des libertés et de la détention. Un débat contradictoire oral a lieu alors devant ce dernier, qui entend la personne, le ministère public et l'avocat de la personne et statue sans désespérer à l'issue

⁴ Ce point est approfondi ci-dessous.

⁵ Article 80-1 du code de procédure pénale : « *A peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi* ».

du débat. Son ordonnance est susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction.

En matière correctionnelle⁶ la détention provisoire a une durée de principe de quatre mois et peut faire l'objet de prolongations⁷. En matière criminelle, la durée initiale est d'un an, susceptible de prolongations pour des périodes de six mois⁸. La prolongation est décidée dans les mêmes conditions que le placement initial, à l'issue d'un débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention.

Par ailleurs, à tout moment, la personne détenue peut déposer une demande de mise en liberté⁹. Il est statué sur celle-ci sans débat oral et sans comparution. Le juge d'instruction peut y faire droit lui-même ou, s'il n'entend pas y faire droit, saisir le juge des libertés et de la détention afin qu'il statue. Comme le placement et la prolongation, le rejet de la demande de mise en liberté peut faire l'objet d'un appel devant la chambre de l'instruction.

Les appels en la matière sont examinés lors d'une audience – publique en principe bien que souvent tenue en chambre du conseil au regard de la confidentialité que peuvent requérir notamment les investigations en cours. La personne comparaît, est entendue, ainsi que son avocat en sa plaidoirie, et le ministère public en ses réquisitions¹⁰.

Ainsi, pour résumer, en matière de détention provisoire, la personne comparaît devant le juge des libertés et de la détention lors du placement en détention et lors de la prolongation de la détention et, le cas échéant, devant la chambre de l'instruction en cas d'appel d'une décision de placement en détention, de prolongation, ou de rejet de demande de mise en liberté.

Le recours à la visio-conférence dans le contentieux de la détention provisoire a été introduit par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Depuis lors, son recours a toujours été limité à certaines phases ou circonstances particulières : (i.) débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne détenue pour une autre cause, (ii.) débat contradictoire prévu pour la prolongation de la détention provisoire et (iii.) examen des demandes de mise en liberté par la chambre de l'instruction. En outre, depuis la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, la personne en cause est en droit de refuser le recours à la visio-conférence lorsqu'il est

⁶ Le droit pénal français est structuré autour d'une classification tripartite des infractions (articles 131-1 et suivants du code pénal), par ordre de gravité croissante : les contraventions, les délits (punis d'une peine d'emprisonnement de dix ans au plus), les crimes (punis d'une peine d'emprisonnement de plus de dix ans).

⁷ Article 145-1 du code de procédure pénale.

⁸ Article 145-2 du code de procédure pénale.

⁹ Article 148 du code de procédure pénale.

¹⁰ Article 199 du code de procédure pénale.

question de son placement en détention provisoire ou de la prolongation de celle-ci, sauf si son transport apparaît présenter des risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion.

Par conséquent, le droit français a admis que la comparution personnelle puisse se faire sous la forme d'une visio-conférence, y compris dans la matière particulièrement sensible qu'est le contentieux de la détention provisoire.

Si l'acte le plus décisif – le débat contradictoire en vue du placement initial en détention provisoire – en est demeuré exclu¹¹, le recours à la visio-conférence est possible pour les débats contradictoires en vue de la prolongation de la détention, étapes également très importantes. La visio-conférence est également possible, devant la chambre de l'instruction, en cas d'appel en matière de détention provisoire.

Depuis 2011 néanmoins, le recours à celle-ci dans les phases décisives que sont le placement en détention et la prolongation de la détention suppose l'accord de la personne, sauf risques graves de troubles à l'ordre public ou d'évasion.

5. Inconstitutionnalité de la visioconférence forcée en matière de détention provisoire.

Au cours des deux dernières années, la pression du législateur pour étendre l'utilisation de la visio-conférence a été perceptible.

Elle a déclenché la vigilance du Conseil constitutionnel, ce qui a révélé l'importance pouvant être donnée à la comparution physique, au regard des principes constitutionnels des droits de la défense et du droit au procès équitable.

Premièrement, le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice¹² qui prévoyait de supprimer la possibilité de s'opposer au recours à la visio-conférence dans le cadre d'une audience relative à la prolongation de la détention provisoire, garantie introduite en 2011.

Par sa décision du 21 mars 2019¹³, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition de la loi, en considérant qu'elle portait une atteinte excessive aux droits de la défense « *eu égard à 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 et en l'état*

¹¹ Sauf lorsque la personne est déjà détenue pour une autre cause (article 706-71 du code de procédure pénale).

¹² Cette loi, une fois promulguée sera la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹³ CC 2019-778 DC du 21 mars 2019.

des conditions dans lesquelles s'exerce un tel recours à ces moyens de télécommunication »¹⁴.

Deuxièmement, à la suite de l'attention particulière du Conseil constitutionnel révélée par cette décision, ce dernier a été saisi par la chambre criminelle de la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par un justiciable, portant sur l'article 706-71 du code de procédure pénale, lequel ne prévoit pas de possibilité de s'opposer à la visio-conférence lorsque la chambre de l'instruction statue sur l'appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance de rejet d'une demande de mise en liberté.

Dans sa décision du 20 septembre 2019¹⁵, le Conseil constitutionnel a relevé que, en cet état du droit, en matière criminelle où le placement initial est d'une durée d'un an, la personne détenue était susceptible de ne pas comparaître physiquement devant un juge pendant cette durée, y compris lorsqu'elle forme une demande de mise en liberté¹⁶. Ce constat a conduit le Conseil constitutionnel à censurer les dispositions en question en considérant qu'elle portait une atteinte excessive aux droits de la défense, réitérant les motifs tirés de « *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* » et de « *l'état des conditions dans lesquelles s'exerce un tel recours à ces moyens de télécommunication* »¹⁷.

Troisièmement, par sa décision du 30 avril 2020¹⁸, le Conseil constitutionnel a renvoyé directement à sa décision du 20 septembre 2019, pour répéter la non-conformité aux droits de la défense de l'article 706-71 du code de procédure pénale, soumis à nouveau à son appréciation mais dans sa toute dernière version. Ce troisième arrêt n'apporte ainsi rien sur le fond sauf la réitération de la solution dégagée par la décision du 20 septembre 2019.

Dans le commentaire publié par le Conseil constitutionnel de la décision du 21 mars 2019¹⁹, il est observé que le fondement de la décision se trouve dans les droits de la défense : « *c'est donc la capacité de la partie ou de son avocat à plaider sa cause et faire valoir ses arguments en défense qui est atteinte par le recours forcé à la visio-conférence en matière de détention provisoire* ».

¹⁴ CC 2019-778 DC du 21 mars 2019, §231 à 234.

¹⁵ CC 2019-802 QPC du 20 septembre 2020.

¹⁶ Pour mémoire, le rejet d'une demande de mise en liberté est décidé par le juge des libertés et de la détention sans audience et l'appel de ce rejet peut être organisé par visio-conférence sans que le détenu puisse s'y opposer.

¹⁷ CC 2019-802 QPC du 20 septembre 2020, §5 à §13.

¹⁸ CC 2020-836 QPC du 30 avril 2020.

¹⁹ Le commentaire est accessible [ici](#).

Par ailleurs, le même commentaire observe que la décision a également été prise au regard du fait que l'objet de l'audience est la détention provisoire et donc de la détention d'une personne présumée innocente.

Enfin, le même commentaire observe que la décision fait référence à l'état des conditions dans lesquelles il est recouru à la visio-conférence, visant ainsi les conditions techniques et pratiques qui ne permettent pas aujourd'hui d'obtenir, en matière de détention provisoire, des effets équivalents, pour l'exercice des droits de la défense, à ceux de la présentation physique. « *Ce faisant, le Conseil constitutionnel a maintenu possible une évolution de sa jurisprudence dans l'hypothèse d'une évolution de ces conditions.* », conclut le commentaire.

Selon les sénateurs du groupe « Les Républicains »²⁰ auteurs de l'une des saisines du Conseil constitutionnel²¹ ayant donné lieu à cette décision, la visioconférence « *altère l'intelligibilité des échanges et en ce qu'elle impose à l'avocat de choisir entre une présence aux côtés de son client et un échange de qualité avec le juge* »²².

Selon les sénateurs du groupe « Socialiste et Républicain »²³ auteurs d'une autre des saisines du Conseil constitutionnel sur le même texte :

« Par nature, en supprimant la confrontation humaine entre le juge et le prévenu, la vidéo-audience porte atteinte au droit au procès équitable, aux droits de la défense et au droit à exercer un recours juridictionnel effectif, dont la garantie constitutionnelle est issue de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information), surtout lorsqu'elle est imposée sans le consentement de l'intéressé.

Cette atteinte paraît disproportionnée au regard des seuls objectifs de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice ou de bon usage des deniers publics, sauf à considérer que les droits fondamentaux des personnes détenues puissent être remis en cause pour de simples considérations vénales et alors qu'aucune raison relative à la préservation de l'ordre et de la sécurité publics n'est invoquée.

La présence physique du requérant, ses réponses directes aux questions posées, ou les interventions directes de son conseil sont essentielles dans le cadre d'une procédure orale. Elles traduisent souvent des attitudes dont ne rendrait pas

²⁰ Groupe parlementaire rattachable traditionnellement à la catégorie politique de la droite modérée.

²¹ Avant la promulgation d'une loi, le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs soixante députés ou soixante sénateurs peuvent saisir le Conseil constitutionnel afin qu'il statue sur la conformité de celle-ci à la Constitution (article 61 de la Constitution).

²² Le texte de la saisine est accessible [ici](#).

²³ Groupe parlementaire rattachable traditionnellement à la catégorie politique de la gauche modérée.

compte une interface audiovisuelle et qui peuvent avoir des conséquences importantes sur la conviction du juge, que ce soit dans un sens ou dans un autre »²⁴.

6. Inclinaison du législateur et de la Cour de cassation en faveur de la visio-conférence.

Ceci étant, face à l'attitude réservée qu'a exprimé le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence récente, le penchant du législateur demeure évident et n'a pas été totalement neutralisé. La loi du 23 mars 2019 a tout de même encadré plus rigoureusement le droit de refuser la visio-conférence en imposant que ce refus soit exprimé dans les cinq jours de l'avis d'audience et en prévoyant que l'accord (ou l'absence de refus) est irrévocable, entérinant ainsi une jurisprudence récente de la Cour de cassation²⁵.

Il peut d'ailleurs être relevé que la Cour de cassation s'est montrée, quant à elle, plutôt favorable à l'usage de la visio-conférence.

Globalement, au-delà même du contentieux de la détention provisoire, sa jurisprudence a plutôt facilité son utilisation, en comblant, là où cela était possible sans empiéter sur le domaine de la loi, les interstices laissés par le code de procédure pénale²⁶.

La Cour de cassation a par exemple interprété la loi comme permettant de procéder par visio-conférence, non seulement lors des « *interrogatoires* » comme l'indique le texte²⁷, mais également lors des « *interrogatoires de première comparution* », acte cardinal à l'issue duquel le juge d'instruction décide ou non de mettre en examen une personne²⁸ – acte non spécifiquement visé par le code de procédure pénale comme pouvant être effectué par visio-conférence mais inclut dans le terme « *interrogatoire* » s'il est interprété largement.

Sur le plan conceptuel, on relèvera que la Cour de cassation a également énoncé que la visio-conférence « *n'est qu'une modalité de la comparution personnelle* »²⁹ reprenant à son compte un positionnement de la problématique tel qu'énoncé par la chancellerie³⁰, qui n'est pourtant ni

²⁴ Le texte de la saisine est accessible [ici](#).

²⁵ Cass. crim. 29 novembre 2017 n°17-85.300, Publié au bulletin.

²⁶ Le rôle de la Cour de cassation dans le développement de la visioconférence en procédure pénale, V. Ferreira, AJ Pénal 2019 n°5.

²⁷ Article 706-71 du code de procédure pénale.

²⁸ Cass. crim. 16 octobre 2018, n°18-81.881, AJ Pénal 2018.586, obs. D. Miranda; RSC 2018.930, obs. F. Cordier.

²⁹ Cass. crim. 1^{er} octobre 2013, n° 13-85.013, qui fait suite à un premier arrêt en ce sens (Cass. crim. 19 février 2012, n°12-84.635).

³⁰ Circulaire de la DACG n° 2007-09 du 25 mai 2007 relative à la présentation des dispositions concernant la chambre de l'instruction résultant de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à

évident, ni anodin, et minimise sans doute l'enjeu du recours à la visio-conférence.

Il faut cependant dire que la Cour de cassation a récemment donné effet, dans une certaine mesure, aux réserves du Conseil constitutionnel car deux dernières décisions de ce dernier ont été rendues sur saisine de la Cour de cassation lui soumettant une question prioritaire de constitutionnalité.

7. Observations sur les implications du recours à la visio-conférence dans la procédure pénale.

En effet, sans doute, en dépit de la démultiplication des possibilités offertes par les instruments numériques, un écart irréductible sépare l'interaction physique de l'interaction simplement audiovisuelle. Sans doute la tendance est-elle à l'utilisation de plus en plus massive de la visio-conférence, dont les attraits sont nombreux en termes de coûts, de logistique, d'impact environnemental et d'optimisation du temps.

En procédure pénale française, un tropisme du législateur pour un recours accru à la visio-conférence se dessine. Il a été discrètement soutenu par la Cour de cassation, mais le Conseil constitutionnel s'est saisi de la problématique pour y apporter certaines limites.

Le droit processuel, en matière pénale, appelle une réflexion spécifique.

Au-delà de l'interaction visuelle et verbale entre le prévenu (ou le mis en cause au sens large) et ses juges, se pose la question des droits de la défense, du droit au procès équitable, du principe de l'oralité des débats et de la publicité des audiences, droit et garanties fondamentales à des degrés divers. Qui plus est, le caractère fondamental de ces droits et garanties n'est naturellement pas de pure forme. Il s'enracine dans les conceptions que les sociétés qui y adhèrent se font de la justice pénale et, notamment, de sa légitimité à contraindre en employant la force et à priver de la liberté d'aller et venir.

Selon certains auteurs, dans une perspective sociologique, le recours à la visio-conférence dans l'enceinte judiciaire peut porter en germe une « *révolution anthropologique* »³¹. Cette réflexion se réfère au lien entre, d'une part, la « coprésence » des justiciables et des agents de la justice, et d'autre part, la décision judiciaire dans sa puissance institutionnelle, qui constituerait un fondement anthropologique de sa légitimité. En d'autres termes, la valeur de la décision de justice est liée également au rituel judiciaire au terme duquel elle est rendue, lequel se compose tout autant d'échanges verbaux et visuels, que des lieux dans lesquels ils se tiennent et de la confrontation

la prévention de la délinquance et du décret n° 2007-699 du 3 mai 2007 relatif au renforcement de l'équilibre de la procédure pénale et à la prévention de la délinquance.

³¹ Juger par écran interposé : une révolution « anthropologique », P. Milburn, Professeur de sociologie à l'université Rennes 2 - ESO-CNRS.

physique de ses acteurs dans une configuration donnée. Le décorum de la salle d'audience et la solennité des palais de justice en sont l'illustration la plus évidente. L'interposition de la caméra et de l'écran peut induire des attitudes et des perceptions très diverses. C'est une évidence, il suffit de penser qu'un univers artistique entier s'en nourrit.

Pour autant, nul doute que cette mutation est en marche. La justice pénale ne saurait s'affranchir de l'irrésistible développement des technologies numériques. Elle ne le doit pas car nombreuses sont les applications qui bénéficient tant à l'institution qu'aux justiciables. Pour autant, il serait prudent de ne pas ignorer tous les mécanismes que ces évolutions peuvent affecter. Il est possible d'émettre que l'hypothèse que, pour demeurer un pilier de l'organisation sociale, la justice ne doit pas se désincarner démesurément. De l'analyse algorithmique des décisions de justice, à visée prédictive, jusqu'au renoncement toujours plus aisé au face-à-face physique au cours de la procédure, la tendance globale pourrait être à une « robotisation » du processus judiciaire au nom d'une certaine efficacité. Il faut accompagner ces évolutions d'une réflexion juridique, sociologique et anthropologique approfondie afin de ne pas perdre en chemin le sens du processus judiciaire.