

ARTICLE

DÉFENDRE À DISTANCE ? L'AVOCAT PÉNALISTE À DISTANCE DANS LE CONTEXTE DE L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19

| 06/04/20 |

SCIENCES DE LA VIE & SANTÉ

L'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 contient plusieurs dispositions pénales qui interrogent nos libertés publiques et nécessitent une adaptation de l'exercice de la défense pénale en temps de crise sanitaire. Comment l'exercice de notre métier s'adapte-t-il aux exigences sanitaires du confinement pendant le cours de la garde à vue, de l'enquête et des audiences ? Selon quelles modalités pouvons-nous rendre compatible l'exercice à distance du métier d'avocat pénaliste avec le respect concret et effectif des droits fondamentaux de la personne mise en cause ? Comment assurer la confidentialité des échanges lors de l'entretien de la garde à vue, comment compenser l'absence de présence physique de l'avocat au cours de l'audition au bout d'une ligne téléphonique, peut-on se passer de la perception sensible de l'audience, comment assurer la publicité des débats à distance ? Si l'entreprise diligente une enquête interne, comment entendre les salariés à distance, leur faire relire et signer leurs déclarations ? Toutes ces questions concrètes sont au cœur de notre exercice quotidien et suscitent les pistes de réponses suivantes pour les gardes à vue (1), les audiences (2) et les enquêtes internes (3).

1- Gardes à vue et épidémie de covid-19 : une défense à distance ?

La loi d'urgence sanitaire du 23 mars 2020 a habilité le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure adaptant les règles relatives au déroulement des gardes à vue pour permettre l'intervention à distance de l'avocat. Deux jours plus tard, l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 a adapté une disposition dérogatoire au droit commun de la garde à vue. Il s'agit de l'article 13. Cet article dispose que « *par dérogation aux dispositions des articles 63-4 et 63-4-2 du code de procédure pénale, l'entretien avec un avocat de la personne gardée à vue ou placée en rétention douanière, ainsi que l'assistance de la personne par un avocat au cours de ses audiences, peut se dérouler par l'intermédiaire d'un moyen de communication électronique, y compris téléphonique, dans des conditions garantissant la confidentialité des échanges* ». Cette mesure est applicable, comme toutes les autres mesures de l'ordonnance, pour une durée limitée qui expire, sauf prorogation ou fin anticipée, un mois après la cessation de l'état d'urgence sanitaire, c'est-à-dire le 24 juin prochain.

Depuis le 26 mars, les deux droits fondamentaux de la personne gardée à vue que sont le droit de s'entretenir avec un avocat pendant trente minutes et le droit d'être assisté par un avocat pendant ses audiences sont concrètement atteints en plein cœur. On se souvient qu'en 2010, la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Brusco* du 14 octobre, avait condamné la France qui refusait la présence de l'avocat dès le début de la garde à vue au motif que ce refus méconnaissait le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence, tous deux protégés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. S'il est un moment où les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction sont les plus vulnérables, c'est bien lors de leur première présentation aux enquêteurs lorsqu'ils sont placés sous le régime coercitif de la garde à vue. Dans le contexte d'urgence sanitaire, le droit à l'avocat n'est certes pas supprimé mais il ne s'agit plus d'un droit « présentiel », seulement d'une assistance « à distance ». L'entretien avec l'avocat et l'assistance du client pendant les audiences devront désormais s'effectuer par un moyen de télécommunication pour cause d'urgence sanitaire.

Bien entendu, la nécessité de mettre l'avocat à distance se comprend pour concilier la lutte contre la propagation de l'épidémie avec la nécessaire continuité de l'activité de la juridiction pénale essentielle au maintien de l'ordre public. L'Ordre des Avocats de Paris a ainsi voté à l'unanimité le 24 mars 2020 l'arrêt des désignations d'office pour les gardes à vue en raison des conditions sanitaires insatisfaisantes dans les commissariats de police. Quant à la Chancellerie, par une circulaire du 14 mars 2020, elle avait invité le parquet à donner la priorité aux enquêtes « *présentant un fort enjeu en termes d'ordre public et nécessitant une réponse judiciaire rapide* ». Et depuis le 13 mars, des gardes à vue ont lieu quotidiennement.

Cependant, les modalités d'assistance de l'avocat à distance doivent être soigneusement pensées, adaptées et organisées sous peine de porter atteinte au caractère effectif et concret du droit conventionnel à l'avocat en garde à vue. Parmi les modalités d'adaptation de ce droit fondamental, le consentement de l'intéressé ou de son avocat paraît devoir être discuté. Précisément, le rapport du garde des sceaux au Président de la République publié au Journal officiel du 26 mars prévoyait explicitement que l'article 13 rendait possible l'assistance par un moyen de télécommunication, comme le téléphone, « *si l'avocat de la personne gardée à vue l'accepte ou le demande* ». Dans l'article 13 de l'ordonnance, il n'est plus fait mention de l'accord de l'avocat à la mesure même si la circulaire du 26 mars de présentation du texte vient opportunément rappeler cette exigence. L'article 13 mentionne uniquement la possibilité (« peut ») que l'entretien et l'assistance de l'avocat se déroule « *par l'intermédiaire d'un moyen de communication électronique, y compris téléphonique* ».

Là encore, le rapport du garde des sceaux réservait le recours à cette solution dérogatoire « *lorsque cela apparaît matériellement possible à l'officier de police judiciaire* ». Cette restriction liée aux contraintes matérielles d'installation d'une communication à distance dans les services de la police judiciaire avait, elle aussi, disparu du texte de l'article 13. Mais elle est revenue *via* la circulaire du 26 mars qui a précisé que « seul » l'officier de police judiciaire pouvait apprécier





s'il est matériellement possible de permettre l'intervention par téléphone ou par visio-conférence ; et que si l'assistance par téléphone était possible pendant les auditions, c'était en mode « haut-parleur », à l'exclusion de la visioconférence. En revanche, est maintenue l'une des conditions garantissant l'exercice des droits de la défense de l'avocat : il faut que l'entretien et l'assistance puissent se dérouler « *dans des conditions garantissant la confidentialité des échanges* ».

Mais l'article 13 donne-t-il à l'avocat la possibilité de mener son entretien de manière confidentielle et d'assister son client de manière effective ? On peut en douter pour plusieurs raisons. Premièrement, il est possible que la plupart des bureaux de la police judiciaire ne soient pas tous équipés d'un système sécurisé de visio-conférence. Dans un tel cas, l'avocat ne pourrait assister son client qu'à l'autre bout d'une ligne téléphonique. Là où l'entretien physique a habituellement lieu dans un local hors de la présence des officiers de police judiciaire, l'entretien téléphonique ne permet pas, en lui-même, de garantir la confidentialité des échanges. D'ailleurs, la circulaire indique que l'enquêteur devra vérifier que le gardé à vue n'utilise pas le téléphone pour appeler un tiers. Deuxièmement, l'avocat au téléphone ne peut pas vérifier la régularité de la notification des droits ni présenter des observations écrites simultanément. Troisièmement, le téléphone ne permet pas de s'assurer que le procès-verbal d'audition retranscrit fidèlement les réponses de la personne et les questions de l'avocat. Naturellement, l'avocat saura, au cas par cas, faire entendre sa voix et demander à relire le procès-verbal. Mais la circulaire du 26 mars n'apporte pas de réponse uniforme à ces questions, rappelant seulement que l'assistance de l'avocat « *n'est pas confidentielle* ».

Le droit à l'avocat dès le début de la garde à vue est un droit à une présence physique. Cette présence permet à l'avocat d'apporter à son client une aide sensible lorsqu'il perçoit son incompréhension, ses hésitations ou son malaise devant les questions posées. Sa présence est aussi un rempart dans l'exiguïté du bureau confiné de l'audition. Bien entendu, nous dit la circulaire, l'avocat peut venir assister sur place son client même en période de confinement, sa présence physique auprès du gardé à vue ne peut pas lui être refusée. Mais aux risques et périls. Faisons-en sorte d'aménager les conditions possibles d'une présence à distance pour tenter de compenser la disparition de cette proximité physique.

Astrid Mignon Colombet et Manon Krouti

2- Audiences par visio-conférence : vigilance dans l'exercice des droits de la défense !

Jusque-là réservée par l'article 706-71 du Code de procédure pénale à une série de cas limités et dans des conditions précises, l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 élargit considérablement le champ de l'audience par télécommunication audiovisuelle (dite « visio-conférence ») pour cause d'urgence sanitaire. Elle en assouplit également grandement les conditions. En substance, l'ordonnance permet au(x) juge(s) de tenir des audiences par tout 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 même si une partie s'y oppose.

Comme le rappelle l'ordonnance, les juges doivent impérativement s'assurer du respect concret des droits de la défense et du principe du contradictoire.

Les droits de la défense : si certains ne semblent pas poser de difficultés spécifiques de mise en œuvre (droit de garder le silence, indépendance du tribunal, présomption d'innocence), deux droits nous semblent cependant devoir faire l'objet d'une vigilance particulière : le droit à un procès public et celui de pouvoir disposer du temps de préparation de la défense.

Le droit à un procès public qui est la garantie contre toute justice secrète et donc le corollaire d'une justice équitable : lorsque le débat se tient plus sur un réseau de télécommunication que dans une salle d'audience (qui plus est désertée par les mesures de confinement), le principe de publicité des débats est en question (plus encore si la possibilité du simple échange téléphonique est retenue).

Cette difficulté doit cependant être relativisée à deux titres : d'abord, le principe de l'audience publique n'est pas absolu et connaît plusieurs exceptions (dans des circonstances particulières et celles que nous vivons actuellement peuvent être considérées comme telles). Ensuite, l'ordonnance semble avoir voulu limiter la critique en consacrant explicitement la possibilité pour le journaliste d'assister aux audiences même celles dont le juge a ordonné le huis clos (dans des conditions de sécurité sanitaire que le juge devra cependant déterminer). Les journalistes sont ainsi la garantie de la publicité de l'audience : réserver un banc à la presse c'est permettre la surveillance du public.

Le droit de disposer du temps nécessaire à la préparation de sa défense : en effet, le désengorgement des tribunaux correctionnels dû au confinement, accompagné des possibilités techniques offertes par l'article 5 de l'ordonnance pourraient inciter les juges à agir vite. Or le temps de préparation de la défense doit être d'autant plus respecté que les audiences maintenues sont pour l'essentiel des audiences de gestion des urgences ou pour lesquelles le temps de préparation est y compris en temps habituel réduit au temps minimum.

Ce temps de préparation est d'autant plus indispensable que le respect du principe du contradictoire est malgré tout effectivement contraint dans le cadre d'une plaidoirie par visioconférence *a fortiori* par téléphone.

Naturellement, le contradictoire est en principe respecté puisque la parole est donnée aux parties et à leurs avocats. Mais cette parole, et plus encore la qualité de l'écoute du juge, est en pratique mise à mal par la distance que crée l'écran entre le juge et le justiciable. Percevoir les points d'intérêts du tribunal, les signes d'agacement ou d'inconfort de



la partie adverse, savoir quand parler, quand se taire, quand interrompre ; toutes ces intuitions indispensables au plein exercice d'une défense, disparaissent lors d'une plaidoirie par « visio-conférence ». Ajoutons les incidents techniques qui perturbent la communication tels que l'interruption d'image ou de son, la pixellisation de l'image de sorte qu'il devient difficile pour le justiciable et le plaideur de considérer et de ressentir que la cause a été débattue de façon contradictoire. Cette frustration est d'autant plus forte que le Ministère Public est, lui, présent dans la salle d'audience et bénéficie donc d'une écoute et d'une information dont la qualité est sans commune mesure avec celles offertes au justiciable.

Les remèdes sont connus, encore faut-il veiller à leur stricte mise en œuvre : des infrastructures techniques d'une qualité et d'un fonctionnement fiables ainsi qu'une attention des magistrats renforcée et sensibilisée plus encore à l'égalité des armes.

Benjamin van Gaver

3- Enquêter à distance

De plus en plus, les avocats sont mandatés par leurs clients entreprises pour conduire des enquêtes internes à la suite de signalements par le canal interne de comportements répréhensibles. Cette mission implique en particulier de procéder à l'audition de salariés afin de recueillir des informations pertinentes sur les faits allégués. Déjà fortement ancrée dans la culture de l'entreprise en droit social, la pratique de l'enquête interne est en plein essor en matière de lutte contre la fraude et la corruption depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 créant pour l'entreprise une obligation de traiter les alertes dont elle est destinataire. L'enquête interne est devenue un outil au service de l'éthique de l'entreprise qui peut permettre à l'entreprise de parvenir plus aisément à une résolution négociée avec l'autorité de poursuite au moyen d'une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) en cas de révélation de potentiels faits de corruption. Depuis les lignes directrices conjointement rédigées avec l'Agence française anticorruption (AFA), le Parquet attend en effet de la personne morale qui souhaite bénéficier d'une CJIP qu'elle ait elle-même participé à la manifestation de la vérité au moyen d'une enquête interne sur les faits.

Les mesures de confinement récemment prorogées par le Gouvernement semblent toutefois de nature à affecter le traitement des alertes récentes et la poursuite des enquêtes en cours. Confrontées à l'obligation de réorganiser leur activité en urgence, les entreprises pourraient toutefois envisager de conduire leur enquête à distance, la suspension des procédures pouvant en effet dans certaines circonstances paraître inadaptée au regard des objectifs d'efficacité et de réactivité poursuivis. Selon les capacités et les moyens de l'entreprise pour échanger à distance en toute sécurité, la conduite d'entretiens par visio-conférence pourrait ainsi constituer une adaptation nécessaire à condition naturellement de recueillir l'accord des salariés entendus et de garantir la confidentialité de l'entretien.

Cependant, le recours à la visioconférence soulève quelques contraintes pratiques pour les avocats telles que la possibilité pour la personne entendue de relire ses déclarations et de signer le compte-rendu d'entretien comme le prévoit le *vademecum* de l'avocat chargé d'une enquête interne. Une telle possibilité est en effet difficile à satisfaire à distance dès lors qu'elle supposerait de donner accès à la personne entendue aux notes prises pendant l'entretien, ce qui peut contrevenir à la nécessité de préserver la confidentialité de l'enquête. L'enregistrement de l'entretien par l'avocat ne paraît pas davantage une solution adéquate, cette solution étant susceptible de créer de surcroît un climat d'inquiétude pouvant fragiliser le lien de confiance entre l'avocat et la personne entendue. Une relecture orale dont le salarié pourrait attester par écrit paraît néanmoins une solution envisageable, particulièrement lorsque la personne entendue est le salarié dont le comportement et/ou les agissements ont été dénoncés.

Reste à savoir si une telle pratique d'enquêtes à distance aurait vocation à se généraliser à l'issue de cette crise sanitaire. La distance pourrait en effet, dans certains cas, produire un effet bénéfique de libération de la parole, la personne entendue pouvant effectuer l'entretien depuis le cadre plus sécurisant de son domicile. Dans d'autres cas, l'intervention physique de l'avocat peut sembler plus adaptée à l'instauration indispensable d'un lien de confiance avec la personne entendue. Une telle solution devrait en toute hypothèse faire l'objet d'une décision au cas par cas selon la nature des faits allégués, en concertation avec l'entreprise, et naturellement, toujours avec l'accord de la personne entendue.

Olivier Attias et Diane Floreacig