

## **GROUPE DE TRAVAIL**

### **COMMUN AU CONSEIL D'ÉTAT ET A LA COUR DE CASSATION**

#### **SUR LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE**

A l'occasion de la rencontre entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation qui s'est tenue lors de la journée du 26 janvier 2015, il a été décidé d'instituer un groupe de travail commun dont l'objet serait de tirer un bilan quantitatif et qualitatif de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), cinq ans après l'entrée en vigueur du mécanisme créé par l'article 61-1 de la Constitution, et d'examiner les modalités de filtrage des questions par les deux juridictions suprêmes ainsi que les conséquences des décisions du Conseil constitutionnel sur le règlement des litiges.

Ce groupe de travail a été constitué au mois de mars 2015. Il a réuni, sous la présidence conjointe de M. Jacques-Henri Stahl, président de la 2<sup>ème</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'Etat, et de M. Nicolas Maziau, chargé de mission du Premier président de la Cour de cassation, des membres du Conseil d'Etat, des membres de la Cour de cassation, ainsi que des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. La composition du groupe figure en annexe à ce document de synthèse.

Le groupe de travail s'est réuni à six reprises entre le 16 avril et le 8 octobre 2015. Il a pu échanger sur les méthodes d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation et sur la jurisprudence déployée par les deux juridictions, dans leur rôle de juge du filtre de ces questions comme dans leur rôle de cours régulatrices appelées à tirer des conséquences des décisions rendues par le Conseil constitutionnel.

Au cours des différentes séances, ont été évoqués l'organisation et le mode de traitement des QPC par la section du contentieux du Conseil d'Etat et par les chambres de la Cour de cassation, la recevabilité des QPC et le mode de contestation des refus de transmission opposés par les juges du fond, la motivation des décisions statuant sur le renvoi des QPC, la mise en œuvre des critères de renvoi au Conseil constitutionnel (applicabilité au litige ; chose jugée par le Conseil constitutionnel ; caractère nouveau ou caractère sérieux de la question) ainsi que la réception des décisions du Conseil constitutionnel dans le règlement ultérieur des litiges (réserves d'interprétation ; application dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel).

A la suite d'une nouvelle rencontre institutionnelle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, le 2 octobre 2017, il a été décidé de mettre à jour le rapport du groupe de travail commun sur la question prioritaire de constitutionnalité. Le groupe de travail a estimé utile de se retrouver le 16 février 2018, pour faire un point sur l'évolution de la jurisprudence en matière de QPC au cours des deux années ayant suivi la fin de ses travaux.

Au cours des huit premières années de mise en œuvre de la QPC (1<sup>er</sup> mars 2010-31 décembre 2017), le Conseil d'Etat a rendu 1602 décisions en matière de QPC<sup>1</sup> et la Cour de cassation 3099 décisions. Le nombre de décisions rendues par le Conseil d'Etat a été de l'ordre de 225 en 2010. Après avoir progressivement baissé jusqu'à 162 en 2013, avant de remonter à 213 en 2014, le nombre de décisions a progressé de manière continue de 178 en 2015 à 238 en 2017. Devant la Cour de cassation, la tendance observée a été continûment à la baisse, partant de l'ordre de 539 questions enregistrées en 2010 pour descendre à 490 en 2011, 385 en 2012, 367 en 2013, 310 en 2014, 239 en 2015, avec un rebond toutefois à 506 QPC enregistrées en 2016, à raison de QPC sérielles. L'année 2017 semble également contredire la tendance à la baisse observée les années précédentes, la Cour de cassation ayant enregistré 263 QPC, dont pour la première fois depuis 2010, une majorité d'entre elles en matière civile. Le taux de transmission au Conseil constitutionnel est plutôt constant, de l'ordre de 25% des questions posées pour le Conseil d'Etat. Pour la Cour de cassation, on relève une évolution croisée des renvois au Conseil constitutionnel décidés par les chambres civiles et par la chambre criminelle. Le taux de renvoi des QPC par les chambres civiles a baissé tendanciellement de 25 % en 2011 à 12% en 2017 alors que le taux de renvois des QPC en matière pénale de l'ordre de 10 % en 2011 après un creux à 4% en 2012 et 2013, remonte depuis, pour se situer à 10 % en 2017, après avoir connu un taux plus important en 2016 de 18 %.

Ces volumes d'affaires ont permis au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation de fixer leur jurisprudence sur la mise en œuvre du mécanisme de renvoi des QPC au Conseil constitutionnel et de résoudre les principales questions se rapportant à leur rôle de juge du filtre. Les échanges ayant eu lieu au sein du groupe de travail ont montré qu'au-delà de certaines différences d'approches procédurales, qui tiennent pour beaucoup aux spécificités des règles de procédure applicables devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, les solutions retenues par les deux juridictions pour la mise en œuvre du dispositif prévu par la Constitution sont convergentes. Il en va ainsi, tout particulièrement, pour ce qui concerne l'office du juge du filtre et la pratique du renvoi au Conseil constitutionnel (1). Des différences s'observent dans le domaine procédural et s'expliquent, pour l'essentiel, par la nature différente des règles de procédure administrative, civile et pénale (2). Enfin, les pratiques sont, pour l'essentiel, concordantes pour ce qui concerne la réception des décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le règlement des litiges (3).

---

<sup>1</sup>Données nettes corrigées des séries.

\* \* \*

## **1. La convergence des jurisprudences sur la transmission des QPC au Conseil constitutionnel et sur l'office du juge du filtre.**

Il revient au juge du filtre de vérifier que la question qui est directement soulevée devant lui, ou qui lui est transmise par les juridictions de fond, met en cause une disposition législative applicable au litige, qui n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances, et que cette question présente le caractère d'une question nouvelle ou sérieuse. En vertu des dispositions organiques de l'ordonnance du 7 novembre 1958 issues de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, la question doit être examinée par priorité avant d'éventuels moyens tirés de l'inconventionnalité de la disposition législative. La jurisprudence a toutefois rapidement précisé que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le juge fasse cesser tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union européenne et renvoie, le cas échéant, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne à tout moment de la procédure (V. sur cette question Cass FS 16 avril 2010, n°10-40.002 ; CE, 14 mai 2010, n°312305 ; CC, décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 ; CJUE, 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10). En pratique, depuis ces mises au point initiales apportées dès le second trimestre 2010, ce type de difficultés n'a plus été rencontré.

Sur la mise en œuvre des critères de transmission, par le juge du filtre, des QPC au Conseil constitutionnel, les jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation se sont, en dépit de certaines nuances initiales, progressivement rejointes.

### a) l'applicabilité au litige :

S'agissant de ce premier critère, le Conseil d'Etat en a fait une notion autonome, qui se manifeste par l'usage fréquent de la formule « applicable au sens et pour l'application des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ». L'approche retenue se montre plutôt libérale et extensive, ainsi que l'illustrent quelques renvois motivés par le fait que la disposition législative n'était pas « dénuée de rapport avec les termes du litige ». Ce libéralisme n'est toutefois pas sans connaître de limites : ainsi les lois de programmation non normatives et les lois autorisant la ratification d'un traité international ne sont jamais reconnues applicables au litige<sup>2</sup>. La conception libérale retenue pour ce premier critère a visé à alimenter le dispositif, en renvoyant au Conseil constitutionnel des questions qui méritaient d'être tranchées par lui ; elle a pu se recommander de la genèse de la loi organique, qui n'a finalement pas retenu une acception

---

<sup>2</sup> CE, 18 juillet 2011, Fédération nationale des chasseurs et Fédération départementale des chasseurs de la Meuse, n° 340152, Rec. p. 368 ; CE, 14 mai 2010, n°312305, Rec. p. 165

trop stricte de cette première condition : le législateur organique a, en effet, *in fine* retenu la notion d'applicabilité au litige, de préférence à celle un temps envisagée de la disposition qui « commande l'issue du litige », qui était nettement plus restrictive. On doit aussi relever que le juge administratif connaît certains contentieux particuliers qui peuvent être spécifiquement construits pour critiquer la loi, comme les recours contre les refus d'abroger des dispositions réglementaires d'application de la loi ou les recours contre des circulaires qui explicitent la portée de la loi : dans ces contentieux, par construction, la condition de l'applicabilité au litige est remplie, sauf dans l'hypothèse où les dispositions critiquées sont insusceptibles d'être appliquées par les autorités administratives à qui s'adresse la circulaire dont l'annulation est demandée (CE, 28 décembre 2017 M. C...A...B.. et Ligue des droits de l'Homme n°s 415434 et 415697, s'agissant de dispositions pénales mentionnées dans une circulaire adressée aux préfets par le ministre de l'intérieur).

La Cour de cassation a pu se montrer plus stricte dans la mise en œuvre du critère de l'applicabilité au litige, spécialement au début de la mise en œuvre du mécanisme et en matière pénale, où il connaît une déclinaison particulière en ce que la disposition doit constituer « le fondement des poursuites ». Mais la pratique observée par la suite par les chambres fait apparaître que la Cour de cassation retient, en réalité, une conception assez souple de cette condition, fondée sur l'existence d'un lien réel et direct, mais largement entendu, de la disposition législative avec le litige (voir par ex. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 octobre 2014, n° 14-40.042 pour des dispositions régissant l'organisation des URSSAF dans un litige de recouvrement de cotisations sociales ; Cass. com., 7 décembre 2010, n° 10-40.044 pour une disposition prévoyant le principe de l'assujettissement à un impôt à l'occasion d'une demande d'annulation d'un avis de mise en recouvrement). Il peut s'agir, dans certains cas, de dispositions simplement invoquées dans le cadre du litige (pour une disposition invoquée au soutien de la demande initiale du requérant (Cass. com., 1<sup>er</sup> février 2011, n° 10-40.057 ; pour l'invocation d'une disposition dont le champ d'application est critiqué comme trop étroit au regard du principe d'égalité, Cass. soc., 9 avril 2014, n° 10-40.001).

En cas de modification de texte, le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation s'assurent précisément de la version du texte applicable au litige, pour ne renvoyer en principe au Conseil constitutionnel que l'état du texte véritablement susceptible de recevoir application en l'espèce (Cass. 3<sup>e</sup> Civ., 12 avril 2012, n° 12-40.012 ; Cass. soc., 3 avril 2014, n° 14-40.010 ; CE, 21 février 2014, n° 359716). Mais il peut advenir que les renvois se montrent plus globaux et couvrent une disposition législative inapplicable au litige *stricto sensu* mais qui est indissociablement liée à la disposition applicable renvoyée au Conseil constitutionnel (CE, 28 mai 2010, n° 337840 ; CE, 18 mai 2010, Commune de Dunkerque, n° 306643)<sup>3</sup>. On peut aussi trouver des renvois au Conseil constitutionnel qui englobent un

---

<sup>3</sup> Le lien très étroit entre deux dispositions est parfois tel qu'il conduit à renvoyer une disposition non réglementaire inséparable des autres dispositions législatives sur lesquelles porte la QPC : Cons. const., 5 juillet 2013, décision n° 2013-331 QPC ; CE, 16 janvier 2018, Union des ostéopathes animaliers, n° 415043.

ensemble de dispositions unies au litige par une unité formelle ou logique ou dont la constitutionnalité s'apprécie l'une par rapport à l'autre.

Exceptionnellement, la chambre criminelle a pu juger que si la disposition législative contestée constituait bien « le fondement des poursuites » la question posée n'était « plus applicable au litige » dès lors qu'en vertu d'un revirement de jurisprudence intervenu peu avant et expressément mentionné dans la décision, la Cour de cassation avait modifié le fondement légal de l'incrimination en cause (Cass. crim. 10 mai 2016, n° 15-86.600)

La conception souple de la condition d'applicabilité au litige s'explique aussi, tant pour le Conseil d'Etat que pour la Cour de cassation, par le fait qu'il n'est pas toujours aisé, au stade préalable où est examinée la QPC dans le bref délai de trois mois, d'adopter une position définitive sur l'applicabilité au litige des dispositions législatives mises en cause.

b) l'absence de déclaration de conformité à la Constitution par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances :

L'examen de ce deuxième critère de renvoi suppose une vérification minutieuse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour s'assurer que la disposition n'a pas déjà été jugée conforme à la Constitution par les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil, ainsi que, le cas échéant, une appréciation fine des modifications susceptibles d'avoir été apportées au texte de la loi depuis l'intervention d'une précédente décision. Ce critère n'a pas soulevé de difficultés particulières en termes jurisprudentiels, pour le Conseil d'Etat comme pour la Cour de cassation.

Il est arrivé que le Conseil d'Etat oppose l'existence d'une déclaration antérieure de conformité alors même que les dispositions déjà examinées par le Conseil constitutionnel n'étaient pas strictement celles critiquées dans le cadre de la QPC examinée par le Conseil d'Etat. Dans le cas où le Conseil constitutionnel a déjà déclaré conforme à la Constitution une disposition législative postérieure mais identique à celle contestée, le Conseil d'Etat juge, en l'absence de changement de circonstances, la condition d'absence de déclaration antérieure de conformité non remplie (CE, 28 septembre 2016, n° 397231). Il applique le même raisonnement lorsque la version postérieure d'une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution est similaire dans sa substance à la disposition initiale critiquée en QPC (CE, 7 juillet 2017, n° 410620 ; CE, 28 décembre 2017, n° 415038). En revanche, lorsque sont critiquées des dispositions analogues mais distinctes de celles déjà déclarées conformes à la Constitution, le Conseil d'Etat regarde la condition d'absence de déclaration antérieure de conformité remplie (CE, 9 mai 2017, n° 407999).

S'agissant des changements de circonstances, le Conseil d'Etat s'est déjà fondé sur des changements de circonstances de pur fait pour transmettre à nouveau une disposition législative au Conseil constitutionnel (CE, 20 avril 2011, Département de la Seine-Saint-Denis et Département de l'Hérault, n° 346204 ; CE, 2 février 2012, n° 355137), alors que la Cour de cassation n'en a pas eu l'occasion. Les hypothèses les plus fréquemment rencontrées sont celles d'une modification des circonstances de droit, que soit en cause une modification des normes régissant le litige, une novation constitutionnelle (par ex. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 juillet 2014, n° 14-60.543) ou un changement du cadre législatif applicable (CE, 9 juillet 2010, n° 339081 ; CE, 17 mai 2017, La quadrature du net et autres, n° 405792). Le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation ont estimé qu'une évolution de jurisprudence du Conseil constitutionnel constituait un changement de circonstances (Cass. soc., 13 juillet 2016, n° 16-40.209, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1 mars 2017, n° 16-40.278 ) qui pouvait justifier de renvoyer à nouveau une disposition législative au Conseil constitutionnel. De même, une évolution de leur propre jurisprudence peut aussi constituer un tel changement (Cass. soc., 12 mars 2014, n° 13-23.174, Bull 2014, V, n° 74 ; a contrario, Cass. crim., 1<sup>er</sup> octobre 2014, n° 14-85.722).

La chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans la même ligne, pris argument de l'intervention de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme pour justifier de soumettre à nouveau une disposition législative à l'examen du Conseil constitutionnel (Cass. crim., 20 août 2014, n° 14-80-394 ; Cass. crim., 17 décembre 2014, n° 14-90.043, Cass. crim. 26 juillet 2017, n° 16-87.749), sans que le Conseil constitutionnel se soit jusqu'à présent expressément prononcé sur ce point.

#### c) le caractère nouveau ou sérieux de la question :

Le cœur de l'office du juge du filtre consiste à apprécier si la QPC soulevée présente un caractère sérieux ou nouveau justifiant qu'elle soit transmise au Conseil constitutionnel.

Il est difficile de résumer ou de systématiser l'ensemble des solutions retenues par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation dans le maniement de ce troisième critère, particulièrement pour ce qui concerne le caractère sérieux des QPC soulevées. Peu de décisions font d'ailleurs l'objet d'un fichage ou d'un sommaire sur ce point. Cela s'explique essentiellement par le fait que la solution, dans chaque affaire, dépend étroitement de la portée et de la rédaction de la disposition législative mise en cause et, aussi, de la teneur de l'argumentation qui la critique. L'ordonnance organique du 7 novembre 1958 interdit au juge de relever d'office une question de constitutionnalité ; il en résulte que l'examen des questions soulevées est directement tributaire de l'argumentation soumise au juge : il a pu, à cet égard, advenir qu'une disposition législative ne soit pas renvoyée au Conseil constitutionnel dans un premier temps, au vu d'une contestation peu sérieuse, alors

qu'une argumentation plus incisive a conduit, dans un second temps, à transmettre une autre QPC la mettant en cause au Conseil constitutionnel.

Les membres du groupe de travail ont pu relever que, passé les tout premiers temps, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont retenu des approches concordantes quant à la mise en œuvre du critère de la question nouvelle et sérieuse.

Le juge du filtre n'est pas stricto sensu juge de la constitutionnalité de la loi, même si son office peut le conduire à s'en approcher dès lors qu'il a pu arriver que le juge du filtre soit amené à ne pas transmettre une QPC en adoptant une démarche et des motifs proches de ceux du Conseil constitutionnel (Cass. crim. 22 janvier 2013, n° 12-90.065). Il reste que seul le Conseil constitutionnel peut déclarer une disposition législative contraire à la Constitution, ce qui conduit le Conseil d'Etat et la Cour de cassation à lui renvoyer les questions pour lesquelles ils estiment douteuse la constitutionnalité des dispositions critiquées.

Les deux juridictions s'accordent désormais pour admettre, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel inspirée de la doctrine du droit vivant, que leur propre interprétation jurisprudentielle de la loi s'incorpore dans la disposition législative et est susceptible, par ce biais, d'être mise en cause par une QPC (Cass. soc., 28 septembre 2010, n° 10-40.027 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 septembre 2013, n° 13-40.044, Bull 2013 I n° 185). La limite toutefois à ce principe demeure que la jurisprudence seule, fût-elle celle d'une cour suprême, n'est pas susceptible de faire l'objet d'une QPC lorsque sa critique n'est pas directement rattachée à une disposition législative (Cass. soc. 17 février 2016, n° 15-40.042) ou lorsque la contestation porte sur la règle jurisprudentielle plutôt que sur la disposition législative invoquée (Cass. soc. 28 novembre 2012, n° 11-17.941). Pas davantage n'est-il possible de critiquer, sous couvert de la portée effective qu'une jurisprudence constante confère à une disposition législative, une construction jurisprudentielle distincte appliquée au domaine couvert par la disposition législative invoquée (Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 30 mars 2017, n° 16-22.058).

Mais elles considèrent aussi qu'elles peuvent être conduites à fixer ou à préciser leur jurisprudence à l'occasion de l'examen d'une QPC, avec alors, le plus souvent, pour conséquence de ne pas renvoyer une question au Conseil constitutionnel dès lors que l'interprétation de la loi retenue par la jurisprudence s'accorde avec les exigences constitutionnelles (V. ainsi pour un cas où la jurisprudence a été précisée à l'occasion d'une décision de non-renvoi ou a dissipé une ambiguïté sur son application Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 février 2014, n° 13-22.383 ; CE, 15 décembre 2014, SA Technicolor, n°380942 ; CE, 26 juin 2017, SAS PalmElit, n° 410437 ; CE, 25 septembre 2017, n° 412024). Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation mettent en œuvre la technique de l'interprétation conforme pour interpréter et appliquer la loi dans un sens conforme aux exigences constitutionnelles. Cette technique

de l'interprétation conforme est bien connue des deux juridictions qui l'utilisent souvent dans le cadre de leur contrôle de légalité ou de conventionnalité. Ainsi, certaines décisions de non-renvoi énoncent une interprétation jurisprudentielle qui prend les devants par rapport à ce que pourrait être une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel. Le juge du filtre est alors conduit à un arbitrage entre renvoyer la question au Conseil constitutionnel pour qu'il formule lui-même la réserve ou retenir directement une interprétation conforme.

Dans le même esprit, la Cour de cassation a admis de procéder à un revirement de jurisprudence à l'occasion de l'examen d'une QPC (V. par exemple Cass. crim., 12 avril 2012, n° 1290004 ; Cass. crim., 5 octobre 2011, n° 11-90.087, *Bull.crim.* 2011, n° 196 ; Cass. crim., 26 juin 2012, n° 12-80.319, *Bull.crim.* 2012, n° 159 ; Cass. crim., 20 février 2013, n° 12-85.116 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ, 10 juillet 2014, n° 1325985 ; Cass. com., 5 septembre 2013, n° 13-40.034, *Bull.* 2013, IV, n° 127, Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 27 avril 2017, n° 17-40.027). De tels revirements demeurent toutefois assez rares ; ils permettent de donner plus vite satisfaction au justiciable qui conteste la jurisprudence ancienne, lorsque son maintien n'apparaît plus conforme aux évolutions de l'état du droit ou des jurisprudences constitutionnelles et européennes. Le non-renvoi de la QPC justifié par la recherche de mise en conformité de l'interprétation de la norme avec la jurisprudence constitutionnelle s'inscrit dans la logique de la doctrine du droit vivant telle qu'elle doit être appliquée par les cours suprêmes, juges du filtre.

L'examen du caractère sérieux d'une question donne lieu à une recherche approfondie dans l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle pertinente. Cette dernière s'est fortement enrichie depuis 2010, par l'effet même de la QPC qui a permis, en huit ans, de purger bon nombre de contestations mettant en cause la constitutionnalité des lois. L'enrichissement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel augmente le nombre des cas dans lesquels la solution paraît s'imposer. Le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation peuvent donner une portée extensive à une décision du Conseil constitutionnel jugeant une disposition législative conforme à la Constitution, en l'étendant à des dispositions législatives similaires (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 juin 2013, n° 13-40.027 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 décembre 2013, n° 13-40.056 ; CE, 7 juillet 2017 n° 410620 ; CE, 28 décembre 2017, n° 415038). Le Conseil d'Etat a même pu, dans une configuration particulière, tirer directement, sur une autre disposition législative, des conséquences d'une décision du Conseil constitutionnel déclarant une disposition contraire à la Constitution, en se fondant sur l'autorité qui s'attache en vertu de l'article 62 de la Constitution aux décisions du Conseil constitutionnel (CE, 16 janvier 2015, Sté Métropole télévision, n° 386031).

Les jurisprudences des cours suprêmes peuvent aussi s'enrichir et se conforter mutuellement pour justifier le non renvoi d'une question au Conseil constitutionnel ; ainsi en est-il dans un arrêt de la chambre sociale qui s'appuie sur la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation faisant application des principes généraux du contentieux



administratif, pour considérer qu'il n'y a pas au cas d'espèce d'atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, au droit de propriété de l'employeur, et aux principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques (Cass. soc. 20 décembre 2017, n° 17-13.449) ou dans un arrêt de la chambre commerciale qui retient l'absence d'une interprétation jurisprudentielle constante de l'article L. 38 du code des postes et des télécommunications électroniques dont il résulterait, combinée à la jurisprudence du Conseil d'Etat, que les opérateurs alternatifs seraient privés de toute possibilité raisonnable de faire constater les manquements délictuels passés auxquels l'opérateur historique a mis fin et d'obtenir l'indemnisation de leur préjudice devant un juge ( Cass. com. 15 février 2018, n° 17-22.192).

Les membres du groupe de travail ont aussi relevé que l'appréciation du caractère sérieux de la question soulevée intègre des considérations de politique jurisprudentielle, touchant aux rôles respectifs du juge du filtre et du juge de la constitutionnalité des lois. D'une part, des considérations tenant au maintien d'un flux suffisant de renvois au Conseil constitutionnel ont pu peser, au cours des années 2013 et 2014, dans le sens d'un assouplissement du filtre alors que le nombre de QPC soulevées diminuait. D'autre part, il apparaît clairement que le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation considèrent que doivent être tranchées par le Conseil constitutionnel certaines questions de constitutionnalité, parce que portant sur des sujets politiquement sensibles et débattus (Cass. crim., 29 novembre 2016, n° 16-90.024 sur la consultation habituelle de site à caractère terroriste ; CE, 27 septembre 2017, Union syndicale des magistrats, n° 410403, sur l'indépendance du parquet ; s'agissant de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, toutes les QPC dont a été saisi le Conseil d'Etat ont été transmises au Conseil constitutionnel, y compris lorsque l'issue de la question ne faisait guère de doute : voir par exemple, pour une transmission sur le terrain de la question nouvelle, CE, 15 janvier 2016, Ligue des droits de l'Homme, n° 395091 ; sur le terrain de la question sérieuse, CE, Section, 11 décembre 2015, n° 395009 ; CE, 28 décembre 2017, M. C...A...B.. et Ligue des droits de l'Homme, n°s 415434, 415697) ou posant la question de savoir si telle atteinte à une liberté constitutionnellement protégée est proportionnée à l'objectif poursuivi (Cass. crim., 25 janvier 2017, n° 16-90.030 sur la qualification d'entreprise terroriste individuelle). Dans de tels cas, même si à la vérité le juge du filtre n'éprouve pas beaucoup d'hésitation quant au sens de la réponse qui sera apportée, la pratique convergente du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation consiste à renvoyer la question au Conseil constitutionnel, pour qu'elle soit tranchée par le juge de la constitutionnalité des lois.

Le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation ont pu, dans certains cas, utiliser la notion de « question nouvelle » pour renvoyer de telles questions au Conseil constitutionnel. L'emploi de cette notion demeure toutefois rare, dans son acception étroite conduisant à l'obligation de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions qui invoquent des dispositions constitutionnelles nouvelles encore vierges de toute

interprétation donnée par le Conseil constitutionnel (CE, 8 octobre 2010, n° 338505), ou dans son acception plus plastique permettant de justifier le renvoi de questions se présentant sous un jour un peu nouveau (CE, 18 septembre 2013, n° 369834, Cass. soc. 20 février 2014, n° 13-20.702 ).

De même, la Cour de cassation a-t-elle eu une démarche semblable en utilisant le critère de nouveauté pour renvoyer une question récurrente qu'elle avait au préalable considéré ne pas présenter de caractère sérieux : ainsi par exemple, de la question de la non-motivation des arrêts de cours d'assises finalement soumise au Conseil constitutionnel sous cet angle (Cass. crim. 19 janvier 2011, n° 10-85.159).

\* \* \*

## **2. Des différences d'ordre procédural qui s'expliquent par les différences de mode d'organisation et de règles de procédure applicables.**

Exerçant le même office de juge du filtre pour l'application des règles fixées de façon commune par la Constitution et l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation appliquent les mêmes règles substantielles pour examiner les questions prioritaires de constitutionnalité qui leur sont soumises. Mais, ainsi que le montrent les dispositions réglementaires d'application de l'ordonnance organique adoptées par le décret n°2010-148 du 16 février 2010, les modalités procédurales d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité par les juridictions administratives et par les juridictions judiciaires diffèrent nécessairement, dans la mesure où ces questions se greffent sur des litiges qui obéissent à des règles procédurales différentes, selon que sont applicables les règles de la procédure administrative contentieuse, celles de la procédure civile ou celles de la procédure pénale.

Il n'est dès lors pas étonnant que les modalités procédurales d'examen des QPC par le Conseil d'Etat et par la Cour de cassation puissent différer, dans la mesure où les règles d'examen des recours portés devant le Conseil d'Etat et les règles d'examen des pourvois par la Cour de cassation ne sont pas identiques.

### a) le mode de traitement des QPC au sein des deux juridictions :

Depuis l'intervention de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 qui a supprimé la formation spéciale initialement mise en place pour l'examen des QPC par la Cour de cassation, le traitement de ces questions relève, pour la Cour de cassation comme pour le Conseil d'Etat, des formations de jugement de droit commun. Le Conseil d'Etat applique à la QPC les mêmes principes procéduraux que ceux qui régissent le contentieux ordinaire en interdisant au juge saisi d'une QPC de se fonder sur des éléments invoqués par

une partie qui n'auraient pas été soumis au débat contradictoire (CE, 12 février 2016, n° 393700). Au Conseil d'Etat, les QPC sont majoritairement examinées en formation de chambres réunies, subsidiairement en formation de chambre statuant seule lorsque la question apparaît simple ou que des considérations de calendrier l'imposent pour respecter la contrainte du délai de trois mois. Depuis mars 2010, le Conseil d'Etat, dans son office de juge du filtre, n'a statué qu'exceptionnellement en formation plus solennelle de section ou d'assemblée du contentieux (CE, Sect., 11 décembre 2015, n° 395009 ; CE, Ass., 31 mai 2016, n° 393881 ; CE, Sect., 13 juillet 2016, Département de la Seine-Saint-Denis, n° 388317). A l'exception de l'affaire Jacob, où la question portée en assemblée avait trait à l'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, les renvois en formation solennelle n'ont pas été motivés par les QPC mais par l'intérêt des questions soulevées par le litige sur lesquelles elles se greffaient. A la Cour de cassation, depuis la suppression de la formation spéciale, l'examen des QPC se fait dans le cadre de chaque chambre, qui statue en formation restreinte, en formation de section ou plus rarement en formation plénière de chambre. Les questions dont les enjeux sont importants par la qualité des personnes en cause ou par leur impact institutionnel ou juridique potentiel peuvent toutefois être jugées en assemblée plénière (Cass. ass. plén., 20 mai 2011, n° 11-90.025, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 7).

A la Cour de cassation, l'instruction distincte de la QPC, dans le délai de trois mois, a conduit à une assez forte autonomie de l'examen de la question de constitutionnalité par rapport aux autres questions soulevées par le pourvoi en cassation. La décision statuant sur le renvoi ou non de la QPC au Conseil constitutionnel est en principe autonome et distincte de celle statuant ultérieurement sur le pourvoi. En termes d'organisation pratique, il n'est pas rare, en chambres civiles, que le rapporteur ou l'avocat général ne soient pas les mêmes que ceux qui examineront ensuite le pourvoi.

En matière pénale et de manière inédite jusqu'alors, la chambre criminelle a eu à juger d'une QPC déposée à l'occasion d'un pourvoi contre un arrêt de chambre de l'instruction en matière de détention provisoire. Dans ce type de dossier, la chambre criminelle dispose de trois mois pour statuer sur la QPC et de trois mois pour juger des pourvois en matière de détention provisoire, le requérant disposant d'un mois à compter de la réception de son dossier à la Cour de cassation pour déposer son mémoire. Compte tenu de cette possibilité, la chambre criminelle a considéré que la combinaison des dispositions spéciales de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel et de l'article 567-2 du code de procédure pénale « impose que la chambre criminelle statue au plus tard dans le délai de trois mois qui court alors nécessairement du dépôt du mémoire spécial présentant la question prioritaire de constitutionnalité » ( Cass. crim. 23 mai 2017, n° 17-81.169).

Le Conseil d'Etat, qui est saisi de moins de questions, a semble-t-il davantage lié l'instruction des questions qui lui sont directement posées et celle des recours de premier ressort, d'appel ou de cassation sur lesquels les QPC se greffent. Le rapporteur et le rapporteur public sont le plus souvent les mêmes ; il peut aussi arriver que la question et le recours soient examinés dans la même décision s'il est possible de juger l'ensemble des questions soulevées par la QPC et par le recours avant l'expiration du délai de trois mois<sup>4</sup>.

En termes de procédure d'instruction, la Cour de cassation fait respecter strictement les délais que prévoient les textes de la procédure civile et pénale, notamment le délai d'un mois de présentation pour les observations en défense. Le Conseil d'Etat, pour sa part, ne tire pas de conséquences automatiques du non-respect du délai indiqué pour produire des observations en défense sur la QPC, seule s'imposant l'exigence d'un jugement dans le délai impératif de trois mois. La nature des contentieux et les dispositions procédurales applicables respectivement devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation conduisent à des différences dans l'instruction des questions vis-à-vis des autorités gouvernementales : alors que les QPC sont systématiquement transmises au secrétariat général du Gouvernement pour le Premier ministre et au ministre intéressé par le Conseil d'Etat, elles ne font normalement pas l'objet d'une telle communication par la Cour de cassation, dès lors que l'Etat n'est pas partie au litige et qu'aucune disposition réglementaire ne prévoit une telle communication. Cela a pour conséquence, qui avait été vue lors de la préparation des textes réglementaires d'application de la loi organique, que le Gouvernement n'est pas averti au même stade de la procédure selon que la QPC est posée devant le Conseil d'Etat ou devant la Cour de cassation. Enfin, il est possible de soulever devant le Conseil d'Etat une QPC à tout instant de la procédure d'instruction, y compris même dans le cadre d'une note en délibéré produite après la séance (CE, 28 janvier 2011, n° 338199), alors que le délai de production d'une telle question devant la Cour de cassation est strictement limité au délai d'instruction du pourvoi (Cass FS 19 mars 2010, n°09-81.027 ; Cass. com. 5 avril 2011, n°10-30.281 ; Cass. crim. 6 mars 2012, n°11-87.611, Cass. crim ; 11 juillet 2017, n° 16-85.217).

On peut aussi constater des différences dans l'appréhension des questions de recevabilité des QPC, qui s'apparentent toutefois davantage à des différences de vocabulaire qu'à des divergences substantielles. Ainsi, la Cour de cassation procède à un contrôle poussé de la recevabilité des questions qui lui sont posées : qualité pour agir (Cass. crim, 1<sup>er</sup> avril 2014, n° 13-85.519), vérification de la nature de juridiction devant laquelle la question est formulée, le bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation n'étant, par exemple, pas considéré comme tel (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juillet 2011, n° 11-40.050), respect des procédures, une QPC ne pouvant être posée à l'occasion d'un appel contre une décision

---

<sup>4</sup> Ce qui peut s'observer notamment lorsque la QPC est soulevée en cours d'instruction, à une date assez tardive, alors que l'instruction du recours est bien avancée et que le Conseil d'Etat s'apprête à le porter en séance de jugement, ce qui est procéduralement possible devant le Conseil d'Etat mais ne l'est pas devant la Cour de cassation.

insusceptible de faire l'objet d'un recours (Cass. soc. 18 octobre 2017, n° 17-40.054), respect des formes et délais prévus par les règles de procédure civile ou pénale (Cass. crim., 15 octobre 2014, n° 14-85.309 ; Cass. com., 14 décembre 2010, n° 10-40.047 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 21 juin 2012, n° 12-40.036, Bull. 2012, II, n° 109 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 février 2015, n° 14-22.208), nature législative de la disposition critiquée (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 mars 2012, n° 11-24.638 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 12 janvier 2017, n° 16-40.245, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 novembre 2017, n° 17-40.056, la QPC étant déclarée irrecevable car, sous couvert d'une disposition législative, elle portait exclusivement sur l'interprétation jurisprudentielle d'une règle du droit international coutumier), précision de la question (Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 juin 2011, n° 11-40.011 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 mars 2017, n° 16-22.058), invocation ou non de droits et libertés garantis par la Constitution (Cass. com., 4 juin 2013, n° 13-40.012, Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 8 septembre 2016, n° 16-40.222). Pour sa part, le Conseil d'Etat, dont la jurisprudence applique traditionnellement les conditions de recevabilité aux conclusions et non aux moyens, oppose rarement une irrecevabilité aux QPC qui lui sont soumises ; il le fait toutefois lorsque la constitutionnalité de la loi n'est pas contestée par un mémoire distinct dans le cadre de la procédure de QPC ou que, alors qu'une QPC a été régulièrement formée par mémoire distinct, le requérant profite d'un nouveau mémoire complétant son argumentation pour mettre en cause de nouvelles dispositions (CE, 27 juin 2016, Société Layher, n° 399506). Il le fait également lorsque la question est soulevée par une personne qui n'a pas la qualité de partie au litige mais la seule qualité d'intervenant (CE, 22 février 2013, n° 356245 ; CE, 30 mars 2015, n° 387322)<sup>5</sup>. Pour autant, même si le Conseil d'Etat ne met pas forcément en avant la notion d'irrecevabilité, les solutions qu'il retient sur différentes questions préalables rejoignent celles de la Cour de cassation : ainsi pour ne pas transmettre des questions portant sur des dispositions qui ne présentent pas le caractère d'une disposition législative, ou pour s'en tenir aux griefs de constitutionnalité soulevés initialement (Cass. com., 13 avril 2012, n° 12-40.009 ; Cass. soc., 20 mars 2013, n° 12-40.104, Bull. 2013, V, n° 77 ; Cass. soc., 20 mars 2013, n° 12-40.105, Bull. 2013, V, n° 78 ; CE, 16 juillet 2010, Société de brasseries et casinos « Les Flots Bleus », n° 339292 ; CE, 21 février 2014, n° 359716), ou pour vérifier que la juridiction du fond n'a pas modifié la teneur ou la portée de la question ou de la partie de la question qu'elle a transmise au juge du filtre (Cass. soc., 14 décembre 2010, n° 10-40.050 ; Cass. ass. plén. 20 mai 2011 n° 11-90.033 ; CE, 24 septembre 2010, n° 341685 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 septembre 2017, n° 17-40.050).

Lorsqu'une QPC est transmise au Conseil d'Etat par une juridiction du fond, il ne revient pas au Conseil d'Etat, en tant que juge du filtre, de se prononcer sur la régularité de la décision juridictionnelle qui lui a transmis la QPC (CE, 8 février 2017, n° 404993).

---

<sup>5</sup>En revanche, un intervenant peut soulever, de sa propre initiative, une QPC contre les dispositions législatives qui l'empêchent de se voir reconnaître la qualité de partie à l'instance (CE, 7 décembre 2016, Département d'Ille-et-Vilaine, n° 403514).

Lorsqu'une QPC est soulevée à l'occasion d'un litige présenté devant le juge administratif des référés, celui-ci a toujours la faculté de rejeter la demande, sans être tenu d'examiner la QPC en cas d'incompétence de la juridiction administrative, d'irrecevabilité ou de défaut d'urgence : la QPC n'est en effet qu'un moyen au soutien d'une requête. Dans le cas où, en référé suspension, le juge des référés examine la condition de doute sérieux, il lui appartient de se prononcer sur le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel. Même s'il renvoie la QPC, le juge des référés peut faire usage des pouvoirs que l'article L. 521-1 du CJA lui confère pour ordonner à titre provisoire la suspension de l'exécution de l'acte attaqué : l'effet utile de la procédure de référé est, ce faisant, préservée (CE, juge des référés 22 juillet 2016, n° 400913). La solution qu'il retient à cet égard peut d'ailleurs être déterminée par le calendrier d'examen de la QPC qu'il transmet au Conseil constitutionnel (CE, 29 mai 2017, Association « En Marche », n° 410833). Enfin, la circonstance que le juge des référés aurait décidé de ne pas renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel ne fait pas obstacle à ce que le juge statuant sur le fond de l'affaire décide de renvoyer la même QPC au Conseil constitutionnel (CE, 3 octobre 2016, n° 397744).

En termes de motivation des décisions statuant sur les QPC, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont décliné, dans cette matière particulière, leurs canons habituels de rédaction de leurs décisions. La Cour de cassation utilise un style de rédaction intermédiaire entre celui qu'elle retient habituellement pour ses arrêts et celui qu'elle utilise pour ses avis. Au-delà de ces différences générales, on peut constater des parentés dans le mode de rédaction des décisions QPC entre les deux juridictions : une structure commune qui suit les critères de l'ordonnance organique, un mode de rédaction uniformisé pour les différentes formations de jugement de chaque juridiction, la référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et une asymétrie de motivation selon que la QPC est renvoyée ou non au Conseil constitutionnel.

La motivation est ainsi plus développée dans le cas d'un refus de transmission au Conseil constitutionnel, en particulier sur la question du caractère sérieux de la question. En cas de non-renvoi au Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation ne se prononcent pas toujours explicitement sur les trois critères, cumulatifs, de la transmission s'ils jugent que l'un d'entre eux n'est pas rempli ; en revanche, si le Conseil d'Etat ne motive pas ou très peu la justification du caractère sérieux ou nouveau de l'arrêt de renvoi, la Cour de cassation motive ses arrêts de renvoi, parfois très longuement, pour expliquer la démarche qui est la sienne et les raisons qui lui paraissent justifier le problème de constitutionnalité soulevé au regard de la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel (pour un exemple de motivation très détaillée sur le problème « Ne bis in idem » : Cass. crim. 30 mars 2016, n°16-90.001, Bull. crim. 2016, n° 113).

b) Un mode de traitement différent pour les contestations formées contre les refus de transmission par les juges du fond :

L'article 23-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 indique que si la décision des juges du fond de transmettre une question au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation n'est susceptible d'aucun recours, le refus de transmettre une question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.

A partir de ces brèves dispositions organiques et en l'absence de dispositions réglementaires d'application communes, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont adopté des partis différents pour ce qui concerne l'examen des contestations des refus de transmission de QPC opposés par les juges du fond.

Depuis un arrêt rendu en formation spéciale de constitutionnalité (Cass. FS, 23 juillet 2010, n°10-85.505), la Cour de cassation considère que la contestation du refus de transmission doit se faire sous la forme d'un mémoire distinct, présenté devant la juridiction saisie de tout ou partie du litige, posant à nouveau la QPC. Elle juge irrecevable le pourvoi dirigé contre la seule décision de refus de transmission ou le moyen contestant le refus de transmission, mais exige la réitération de la question à l'occasion du pourvoi dirigé contre le jugement ayant statué sur tout ou partie du litige. Cette position a été ensuite reprise par les chambres, devenues compétentes après l'intervention de la loi organique du 22 juillet 2010 (Cass. crim. 14 septembre 2010, n°10-84.499 ; Cass. crim. 7 juin 2011, n°11-81.826 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ 4 mai 2012, n°10-27.520 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ 1<sup>er</sup> juillet 2011, n°11-30.015 ; Cass. com. 15 octobre 2014, n°14-15.141 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 3 décembre 2015, n° 14-24.941).

La Cour de cassation demande ainsi aux avocats de reposer devant elle, à l'occasion du pourvoi, la question que les juges du fond ont refusé de transmettre. Les règles procédurales de la QPC trouvent donc à nouveau à s'appliquer à l'instruction de cette contestation, tant pour les délais d'instruction imposés aux parties que pour le délai de trois mois imparti au juge du filtre pour se prononcer. Cette approche tire toutes les conséquences de l'exigence d'instruction distincte telle qu'elle résulte des dispositions applicables à la Cour de cassation. Elle porte aussi la trace de l'absence de contestation autonome de l'avant-dire-droit dans la procédure civile.

Le Conseil d'Etat a retenu une toute autre approche, regardant la « contestation » contre le refus de transmission comme un recours contre le jugement avant dire-droit ayant refusé de lui transmettre la QPC, conformément à ce qui est admis en procédure administrative contentieuse qui connaît la contestation des jugements avant-dire-droit. Cette contestation doit être présentée à l'occasion du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt qui statue sur le litige, dans le délai de recours contentieux et par un

mémoire distinct et motivé, que le refus de transmission précédemment opposé l'ait été par une décision distincte de l'arrêt, dont il joint alors une copie, ou directement par cet arrêt. Cette contestation doit être dirigée contre le jugement qui a refusé la transmission et ne peut prendre la forme d'une réitération de la QPC soulevée devant les juges du fond (CE, 1<sup>er</sup> février 2011, SARL Prototype technique industrie Prototech, n° 342536 ; CE, 28 novembre 2016, n° 401464) ou, en appel, la réitération de la QPC soulevée devant le juge de première instance (CE, 16 novembre 2016, n° 398262). Dans l'hypothèse où un requérant se désisterait de sa demande, transmise par une juridiction du fond et tendant au renvoi au Conseil constitutionnel d'une QPC, il y a lieu pour le Conseil d'Etat de donner acte de ce désistement (CE, 26 octobre 2017, n° 412907). Le Conseil d'Etat exerce un contrôle de qualification juridique sur le refus de transmission (CE, 30 décembre 2011, n° 350412) et met en œuvre les critères de transmission de l'article 23-5 qui sont applicables à son office de juge du filtre<sup>6</sup> (CE, 30 décembre 2014, n° 382830). Appliquant la lettre de la loi organique<sup>7</sup>, le Conseil d'Etat considère que le délai de trois mois imparti en principe au juge du filtre n'est pas applicable à la contestation des refus de transmission (CE, 17 octobre 2012, Sté Parimall Ulis 2, n° 356983). Dans l'esprit du caractère prioritaire de la QPC, le Conseil d'Etat exige, par dérogation à l'économie de moyens, que dans l'hypothèse où un refus de transmission est contesté dans le cadre d'un pourvoi dont l'un des moyens, autres que ceux contestant le refus de transmission, est fondé, le juge de cassation écarte expressément les moyens contestant le refus de transmission de la QPC avant de faire droit au pourvoi (CE, 8 décembre 2017, Wasels c/ Ministre de l'action et des comptes publics, n° 409429).

Ainsi, devant la Cour de cassation, il importe de réitérer la QPC qui a été infructueusement soulevée devant les juges du fond, avec pour conséquence d'appliquer à cette QPC nouvelle toutes les règles procédurales qui valent pour les QPC présentées directement devant la Cour de cassation. Devant le Conseil d'Etat, il n'est pas possible de réitérer la QPC et il faut soumettre son argumentation sous la forme d'une contestation du refus de transmission opposé par les juges du fond.

Ces différences d'approche sont très marquées par les règles procédurales qui gouvernent la contestation des jugements avant-dire-droit devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation<sup>8</sup>. Elles n'ont pas de conséquences substantielles, dans la mesure où le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation réexaminent l'argumentation de la QPC en

---

<sup>6</sup> C'est-à-dire, pour le 3<sup>ème</sup> critère qui diffère entre les juges du fond et le juge du filtre, le caractère sérieux ou nouveau de la question, applicable devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, et non la question « dépourvue de caractère sérieux », applicable devant les juges du fond.

<sup>7</sup> L'article 23-4 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 ne fait courir de délai de trois mois qu'à compter de la réception de la « transmission » par les juges du fond de la QPC, sans évoquer l'hypothèse du refus de transmission.

<sup>8</sup> La contestation devant le Conseil d'Etat des refus de transmission par une juridiction du fond conduit le Conseil d'Etat à combiner son office de juge de filtre avec celui de juge de cassation. A ainsi été admise la possibilité de substituer au motif ayant conduit le juge du fond à refuser la transmission un autre motif, qui justifie le dispositif de la décision de la juridiction du fond (CE, 15 février 2016, n° 392083 ; CE, 12 juillet 2017, n° 402042).



appliquant les mêmes critères, ceux applicables devant le juge du filtre, en particulier celui de la question nouvelle ou sérieuse. Cette différence d'approche procédurale comme au demeurant les autres différences de procédure applicables devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, sont parfaitement maîtrisées par les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation qui ont un quasi-monopole de représentation à ce stade des litiges. Le représentant de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation au sein du groupe de travail a pu témoigner de ce qu'un système n'est pas préférable à l'autre du point de vue du justiciable : chacun repose sur un équilibre procédural différent et s'inscrit dans un contexte procédural propre, mais tous deux permettent au juge du filtre d'examiner, conformément à son office, si une question mérite d'être renvoyée au Conseil constitutionnel au regard des critères applicables au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

\* \* \*

### **3. Des solutions pour l'essentiel concordantes pour ce qui concerne la réception des décisions du Conseil constitutionnel.**

Dans le cas où une QPC a été renvoyée au Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sont confrontés au même type de questions pour tirer les conséquences, pour le règlement du litige ayant donné lieu à la QPC et pour celui des litiges analogues, de la décision rendue par le Conseil constitutionnel. Leurs jurisprudences n'ont, à ce jour, pas encore été appelées à se prononcer sur toutes les hypothèses envisageables. On peut toutefois mesurer que les questions les plus délicates portent sur les effets dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel. Sur ces différentes questions, les solutions retenues par le Conseil d'Etat et par la Cour de cassation se montrent, à quelques exceptions près, concordantes.

#### a) L'issue du litige après décision du Conseil constitutionnel

i/ L'ampleur des difficultés rencontrées dépend d'abord du sens de la décision rendue par le Conseil constitutionnel.

Les décisions du Conseil constitutionnel qui jugent la loi conforme à la Constitution ne soulèvent pas de difficultés particulières. Elles impliquent que la critique de constitutionnalité soulevée dans le cadre du litige sera écartée par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, dont les décisions se bornent alors à faire référence à la décision du Conseil constitutionnel, le plus souvent en la visant, parfois en la mentionnant aussi dans les motifs. Pour les autres litiges, la décision conduit à ce que d'éventuelles autres QPC ne soient pas renvoyées au Conseil constitutionnel.

Dans le cas où le Conseil constitutionnel admet la constitutionnalité de la loi mais assortit sa décision d'une réserve d'interprétation, il incombe au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, en vertu de l'article 62 de la Constitution, de prendre en compte la réserve dans le règlement du litige. Cet impératif peut susciter, dans certaines situations, des difficultés liées à l'effet nécessairement rétroactif, sauf modulation particulière, de la réserve d'interprétation dans le cadre de la QPC. Il n'en va pas de même dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* qui a permis à l'origine au Conseil constitutionnel d'éprouver cette technique : compte tenu de sa date d'intervention, le contrôle *a priori* permet, en effet, d'intégrer la réserve dès l'entrée en vigueur de la loi promulguée ; la situation n'est pas la même en contrôle *a posteriori* où la réserve est appelée à s'incorporer à une disposition déjà en vigueur, parfois appliquée depuis longtemps, qui a pu être complétée par des dispositions réglementaires et mise en œuvre par la jurisprudence. De cette rétroactivité de la réserve peuvent naître des difficultés qu'il faut alors surmonter. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont été conduits à mettre en œuvre des réserves formulées par le Conseil constitutionnel dans le règlement des litiges après QPC : ils s'y réfèrent alors explicitement ; ils peuvent même être conduits à interpréter, à préciser ou à compléter la réserve énoncée par le Conseil constitutionnel (par exemple Cass. crim., 8 janvier 2013, n° 12-80.465 ; CE, 6 décembre 2017, Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés, n° 403944). Ils peuvent aussi tirer des conséquences d'une réserve dans des situations analogues, soit pour interpréter et appliquer la loi, soit pour refuser de transmettre une nouvelle QPC : ainsi une réserve formulée pour une certaine catégorie de salariés protégés a pu faire l'objet d'une transposition à une autre catégorie de salariés protégés (Cass. soc., 14 septembre 2012, n° 11-21.307), avec pour conséquence le refus de transmission d'une autre QPC.

Enfin, les décisions du Conseil constitutionnel qui déclarent une disposition législative contraire à la Constitution conduisent le Conseil d'Etat et la Cour de cassation à prendre acte, et à tirer les conséquences dans le règlement du litige, de la disparition de la loi. Ces décisions peuvent soulever deux types de difficultés tenant, d'une part, aux effets dans le temps de ces décisions du Conseil constitutionnel (V. *infra*) et, d'autre part, aux effets de cette disparition dans le règlement d'autres litiges. Sur ce dernier point, le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation, mettant en œuvre l'effet *erga omnes* de la QPC, font bénéficier d'office tous les litiges analogues de la déclaration d'inconstitutionnalité (CE, Ass, 13 mai 2011, n° 316734 ; Cass. crim. 23 novembre 2011 n° 11-85.053, Cass. crim., 16 décembre 2015, n° 15-80.278).

Toutefois, des raisons d'ordre procédural peuvent limiter l'application dans d'autres litiges de la déclaration d'inconstitutionnalité. Ainsi, les mécanismes de purge de certaines nullités ou questions de procédure que connaissent les procédures civiles et pénales peuvent avoir un impact : en procédure pénale, notamment, une question portant

sur une disposition procédurale peut n'être pertinente que si elle est soulevée à l'occasion d'un recours contre la décision de la chambre de l'instruction connaissant de l'acte de procédure en cause ; l'effet sur une condamnation de la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de procédure n'est, dès lors, pas nécessairement automatique.

De même, lorsqu'une disposition définissant une incrimination ou une peine est jugée contraire à la Constitution, l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité sur l'issue du procès n'est pas nécessairement définitif, dans la mesure où il appartient au juge pénal, qui est saisi *in rem*, de s'interroger sur la possible qualification alternative des faits en cause ou sur le prononcé d'une autre peine (Cass. crim, 6 juin 2012, n° 11-82.063 ; Cass. crim. 26 juin 2013, n° 11-85.377).

ii/ Une difficulté particulière, pour ce qui concerne le règlement du litige, peut résider, pour le Conseil d'Etat comme pour la Cour de cassation, dans l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.

La priorité accordée par la loi organique à l'examen des questions de constitutionnalité par rapport aux moyens de conventionnalité conduit à ce que le juge n'examine ces derniers moyens que si le Conseil constitutionnel a déclaré la disposition conforme à la Constitution ou s'il a reporté dans le temps l'effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité<sup>9</sup>. Le contrôle de conventionnalité peut alors conduire à confronter la disposition législative à des règles similaires aux principes constitutionnels invoqués dans le cadre de la QPC. Les deux contrôles s'éclairent mutuellement et les juridictions s'efforcent de les articuler de façon cohérente et convergente.

Dans l'hypothèse où l'appréciation du caractère sérieux d'une QPC dépend de la réponse à des questions présentant une difficulté sérieuse d'interprétation du champ d'application d'une directive européenne, le Conseil d'Etat renvoie à la CJUE une question préjudicielle, juge la QPC non sérieuse en l'état mais admet qu'une QPC puisse à nouveau être présentée à la suite de la réponse de la CJUE (CE, Ass., 31 mai 2016, n° 393881 ; pour le cas où une question préjudicielle sur la même difficulté est pendante devant la CJUE, CE, 27 juin 2016, Société APSIS, n° 398585).

La jurisprudence montre que les deux contrôles peuvent se compléter sans se contredire : ainsi le contrôle de conventionnalité peut prendre le relais du contrôle de constitutionnalité, par exemple dans le cas où une disposition législative ancienne non

---

<sup>9</sup> Lorsqu'une disposition législative a été censurée par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une QPC transmise par le Conseil d'Etat à l'occasion d'un pourvoi contre un arrêt ayant donné satisfaction au requérant au motif que la loi était inconstitutionnelle, le Conseil d'Etat - tirant toutes les conséquences du caractère premier de la question de constitutionnalité - juge que le motif tiré de l'inconstitutionnalité de la loi applicable au litige, qui justifie le dispositif de l'arrêt, doit être substitué au motif d'inconstitutionnalité retenu par les juges d'appel, sans d'ailleurs qu'il soit besoin de se prononcer sur la validité de ce dernier motif (CE, 22 juillet 2016, Ministre de la défense, n° 387277).

déférée au Conseil constitutionnel peut demeurer applicable à une partie du litige alors que des dispositions plus récentes ont été abrogées du fait de la décision du Conseil constitutionnel : le Conseil d'Etat, pour les litiges relatifs à la décristallisation des pensions, s'est ainsi fondé sur le contrôle de conventionnalité pour écarter les dispositions législatives qui n'avaient pas été abrogées par l'effet de la QPC (CE, Ass., 13 mai 2011, n°316734). C'est également le cas lorsque la chambre criminelle casse, au visa de l'article 8 de la Convention EDH, un arrêt validant un défaut de motivation d'une ordonnance du président du Tribunal de grande instance justifiant de la nécessité d'une mesure de visite, perquisitions et saisie dans un lieu de travail, alors que cette mesure avait été autorisée après une décision du Conseil constitutionnel sanctionnant, sur un autre fondement, l'inconstitutionnalité du dispositif de l'article L 8271-13 du code du travail, mais avant la prise d'effet de cette décision compte tenu d'un report dans le temps dont elle faisait l'objet (Cass. crim. 14 novembre 2017, n°17-81.688 et décision du Conseil constitutionnel n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014).

L'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité peut cependant se montrer délicate. Ainsi, en se fondant, d'une part sur l'autorité que confère aux décisions du Conseil constitutionnel l'article 62 de la Constitution et d'autre part, sur « la durée limitée dans le temps » d'une atteinte portée au droit de propriété et au droit au recours effectif, nécessaire et proportionnée au but poursuivi par les articles 2 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protégeant la santé et la vie des salariés en raison des risques liés à leur domaine d'activité professionnelle ou de leurs conditions matérielles de travail, la Cour de cassation juge que les dispositions d'un texte législatif telles qu'elle les interprète de façon constante constituent le droit positif applicable jusqu'à ce que le législateur remédie à l'inconstitutionnalité constatée et au plus tard à la date fixée par le Conseil constitutionnel (Cass. soc. 31 mai 2017, n° 16-16.949).

Il est cependant des cas, rares, où le contrôle de conventionnalité peut, en pratique, venir remettre en cause le report dans le temps des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité. La décision de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011 (n°10-30.313, démentant la position antérieure de la chambre criminelle Cass. crim. 19 octobre 2010, n°10-82.902) sur la garde à vue en donne un exemple en jugeant que « les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ». De même, s'agissant d'une disposition fiscale taxant les seules boissons « énergisantes », le Conseil d'Etat a annulé une circulaire en faisant droit à un moyen tiré de la Convention européenne des droits de l'homme, alors que le Conseil constitutionnel, s'il avait jugé la disposition législative contraire au principe d'égalité, avait reporté à plus tard l'effet de

l'abrogation de la disposition législative (CE, 10 avril 2015, Sté Red Bull on Premise et autre, n° 377207)<sup>10</sup>.

Le problème de l'articulation des contrôles peut se poser également au regard du droit de l'Union européenne lorsque le juge est saisi d'une question de conformité au droit « communautaire » après la réponse du Conseil constitutionnel ; une divergence d'approche sur le fond n'est pas exclue. Ainsi, après que le Conseil constitutionnel, dans une décision QPC n° 2011-217 du 03 février 2012, a jugé une disposition du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (possibilité de prononcer une peine d'emprisonnement à l'égard de l'étranger pour entrée ou séjour irréguliers) conforme à la Constitution, la chambre criminelle, en se fondant sur la directive n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008 dite directive « retour » et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, a tiré des conséquences différentes sur le régime de la garde à vue applicable aux étrangers en séjour irrégulier, dans un avis n° 9002 du 5 juin 2012 ; la première chambre civile, en charge du contentieux des étrangers, en a tiré les conséquences dans un arrêt rendu sur pourvoi (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 juillet 2012, n° 11-30.371, Bull. 2012, I, n° 158).

#### b) La question de l'effet dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel :

La question de l'application dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel déclarant une disposition législative contraire à la Constitution, ou la déclarant conforme sous réserve d'interprétation dans un sens déterminé, est certainement l'une des plus délicates que pose la réception des décisions du Conseil constitutionnel dans le règlement des litiges.

Dans une hypothèse qui s'y apparente, où était en cause la constitutionnalité d'une disposition législative relative à l'application dans le temps d'une loi revenant rétroactivement sur une jurisprudence, cette question a donné lieu à une divergence d'interprétation entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, sur une même décision du Conseil constitutionnel (décision n°2010-2 QPC du 11 juin 2010 statuant sur le 2 du II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005, sur l'application dans le temps de la disposition dite « anti-Perruche » résultant de la loi du 4 mars 2002). Le Conseil d'Etat a retenu une interprétation de la décision du Conseil constitutionnel fondée sur son dispositif et sur les motifs en étant le support nécessaire, pour juger que l'abrogation décidée par le Conseil constitutionnel était limitée à l'application des règles nouvelles aux instances en cours à la date du 7 mars 2002 (CE, Ass., 13 mai 2011, n°317808 ; CE, Ass., 13 mai 2011, n°329290). La première chambre civile de la Cour de cassation, au contraire, a jugé que l'effet abrogatif de la décision du Conseil constitutionnel n'était pas limité, faute de

---

<sup>10</sup> L'abrogation immédiate par le Conseil constitutionnel aurait eu pour effet de soumettre immédiatement toutes les boissons à la taxe et donc d'élargir l'assiette de l'imposition ; le moyen de conventionnalité permet une censure plus ciblée pour les seules boissons « énergisantes ».

mention expresse « soit dans le dispositif, soit dans des motifs clairs et précis qui en seraient indissociables » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ 15 décembre 2011, n°10-27.473).

Une telle divergence d'interprétation ne peut qu'être tenue pour regrettable. Elle est toutefois isolée. Il faut noter qu'elle est intervenue à propos d'une disposition législative transitoire soulevant des questions difficiles, sur le fond où le Conseil d'Etat et la Cour de cassation n'avaient pas la même jurisprudence, comme sur son application dans le temps. Elle est, de plus, intervenue à propos d'une des premières décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel, alors qu'il n'avait pas encore affiné sa grille d'analyse sur les effets dans le temps de ses décisions.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est, depuis, devenue plus explicite et plus précise (avec notamment la décision n°2010-108 QPC du 25 mars 2011), ce qui contribue à prévenir ce type de difficultés. Le Conseil constitutionnel indique désormais explicitement, le plus souvent, si l'abrogation qu'il prononce a un effet différé, si sa décision s'applique aux instances ou procédures en cours, si sa décision bénéficie à l'auteur de la QPC. Ces précisions utiles limitent désormais les risques de mauvaise interprétation de la portée de ses décisions. Le Conseil d'Etat a été conduit à préciser que, lorsque le Conseil constitutionnel indique que l'inconstitutionnalité qu'il constate peut être invoquée dans toutes les instances non définitivement jugées, les instances visées sont celles qui n'ont pas donné lieu à des décisions devenues irrévocables. Il en déduit que l'inconstitutionnalité peut être invoquée pour la première fois devant le juge de cassation (CE, 28 novembre 2016, *Ministre des finances et des comptes publics c/ SAS Autoguadeloupe Développement*, n° 390638). Depuis l'épisode de la loi « anti-Perruche », le Conseil d'Etat et la Cour de cassation n'ont pas été conduits à tirer des conséquences différentes de la même décision du Conseil constitutionnel. Le règlement des cas dans lesquels ils ont dû, chacun pour ce qui les concerne, prendre parti sur l'application dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel, a été facilité par les explicitations données par le Conseil constitutionnel. Pour autant, cette question de l'application dans le temps demeure des plus sensibles, pour le Conseil constitutionnel d'abord, mais aussi pour les juridictions appelées à tirer les conséquences de ces décisions.

\* \* \*

Les échanges qui ont eu lieu au cours des réunions du groupe de travail ont permis de procéder, dans un climat très cordial d'écoute réciproque, à une revue complète des différents aspects du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité tel qu'il est mis en œuvre par le Conseil d'Etat et par la Cour de cassation depuis 2010. Au terme de ces premières années de mise en œuvre, et au-delà des particularités procédurales de chaque juridiction, s'en dégage, pour l'essentiel, le constat d'une grande convergence des

pratiques, permettant un bon fonctionnement de ce mécanisme original de coopération juridictionnelle, voulu par la Constitution, entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

Ces rencontres ont permis aux membres du groupe de travail d'acquérir une meilleure connaissance réciproque des solutions retenues par chacune des juridictions. Elles ont souligné l'intérêt et l'importance de tels échanges entre les membres du Conseil d'Etat et ceux de la Cour de cassation.

Dans cet esprit, il est apparu utile au groupe de travail de suggérer de développer les contacts et échanges sur le thème de la QPC entre les membres des deux juridictions et l'accès réciproque à la jurisprudence :

- par la mobilisation du réseau des référents Conseil d'Etat - Cour de cassation, qui permettrait de nouer rapidement des contacts utiles, dans le délai de trois mois, pour échanger sur des QPC susceptibles d'intéresser les deux ordres de juridictions ;
- par les contacts entretenus par le Centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'Etat et le Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation ;
- par l'utilisation des réunions régulières d'échanges pour évoquer les QPC ;
- par des actions de formation, notamment à la bonne interrogation des bases de données Ariane et Jurinet par les membres de l'autre juridiction, par des visites ou des stages centrés sur l'appréhension des QPC.

## ANNEXE

### COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL

#### **Conseil d'Etat :**

Jacques-Henri Stahl, conseiller d'Etat, président de la 2<sup>ème</sup> chambre, co-animateur du groupe de travail ;  
Christine Maugüé, conseillère d'Etat, présidente de la 7<sup>ème</sup> chambre ;  
Isabelle de Silva, conseillère d'Etat, présidente de la 6<sup>ème</sup> sous-section ;  
Régis Fraisse, conseiller d'Etat, assesseur, 10<sup>ème</sup> sous-section ;  
Maud Vialettes, conseillère d'Etat, assesseur, 4<sup>ème</sup> chambre ;  
Edouard Crépey, maître des requêtes, rapporteur public, 10<sup>ème</sup> chambre ;  
Louis Dutheillet de Lamothe, rapporteur public, 6<sup>ème</sup> chambre ;  
Sophie Roussel, maître des requêtes, co-responsable du centre de recherches et de diffusion juridiques ;

#### **Cour de cassation :**

Nicolas Maziau, professeur des Universités, chargé de mission du Premier président, co-animateur du groupe de travail ;  
Pascal Chauvin, président de la 3<sup>ème</sup> chambre civile ;  
François Cordier, premier avocat général, chambre criminelle ;  
Christian Pers, conseiller doyen de la chambre criminelle ;  
Laurence Pecaut-Rivolier, conseiller à la chambre sociale ;  
Anne-Cécile Meric, auditeur, chef du bureau du droit public, service de documentation, des études et du rapport ;

#### **Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation :**

Me Emmanuel Piwnica ;  
Me Patrice Spinosi.