

CONCLUSIONS

M. Vincent DAUMAS, rapporteur public

Les lois de finances pour 2004¹ et 2005² ont refondu les textes relatifs à la redevance audiovisuelle. Les conditions de recouvrement de cette imposition, rebaptisée depuis contribution à l'audiovisuel public (CAP)³, ont été adossées, à cette occasion, à celles applicables à la taxe d'habitation (TH) pour les personnes physiques qui y sont assujetties et à celles applicables à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) pour les redevables de cette taxe.

La loi distingue désormais deux catégories de redevables de la CAP.

D'une part, en sont redevables les personnes physiques imposables à la TH au titre d'un local meublé affecté à l'habitation, à la condition de détenir au 1^{er} janvier de l'année un appareil permettant la réception de la télévision « pour l'usage privatif du foyer » – catégorie de redevables mentionnée au 1^o du II de l'article 1605 du code général des impôts (CGI). Pour cette première catégorie de redevables – disons, les particuliers –, une seule contribution est due, quel que soit le nombre d'appareils dont sont équipés les locaux meublés pour lesquels le redevable est assujetti à la TH.

D'autre part, sont redevables de la CAP toutes les autres personnes physiques, ainsi que les personnes morales, à la seule condition de détenir au 1^{er} janvier de l'année un appareil récepteur de télévision dans un local situé en France – catégorie de redevables mentionnée au 2^o du II de l'article 1605 du CGI. Pour cette seconde catégorie de redevables – disons, les professionnels et assimilés –, la CAP est due pour chaque appareil détenu mais la loi prévoit, notamment, un système d'abattement progressif en fonction du nombre d'appareils détenus, leur décompte étant opéré par établissement.

Dans l'un comme l'autre cas, et sur ce point l'économie de la CAP n'a pas changé par rapport à celle de la redevance audiovisuelle, le fait générateur de l'impôt est la détention de l'appareil récepteur de télévision, et non sa propriété (voyez par exemple, illustrant cette distinction sous le régime de la redevance CE 8 novembre 2010, Ministre du budget, n° 327370, aux tables du Recueil, RJF 2/2011 n° 253).

La société Soderev Tour exerce une activité de location de résidences de tourisme selon des modalités un peu particulières. Elle conclut avec les propriétaires de logements

¹ Loi n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004, article 37.

² Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005, article 41.

³ Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, articles 29 et 31.

meublés situés dans des résidences de tourisme des baux commerciaux de longue durée – neuf ans –, et sous-loue ces locaux à des vacanciers pour des séjours de courte durée, en recourant aux services d’agences de voyage avec qui elle est liée par des mandats de commercialisation. A l’issue d’un contrôle portant sur les années 2009 à 2011, l’administration fiscale a estimé, notamment, que cette société aurait dû acquitter la CAP pour l’ensemble des téléviseurs qui meublaient les logements mis à sa disposition par les propriétaires auxquels elle les prenait à bail. Plus de 440 000 euros ont ainsi été mis en recouvrement par l’administration au titre de la CAP due par la société pour les années 2009, 2010 et 2011. Le litige a été porté devant le tribunal administratif de Paris qui, sur ce point, a rejeté la demande en décharge de la société par un jugement du 7 février 2017, rendu en premier et dernier ressort⁴. La société a entendu faire appel, à tort donc, de ce jugement, devant la cour administrative d’appel de Paris, qui vous a renvoyé sa requête – laquelle doit être regardée comme un pourvoi en cassation.

A l’appui de son pourvoi, la société Soderev a présenté une première question prioritaire de constitutionnalité, puis une seconde, directement en lien avec la première.

1. Commençons, très brièvement, par dire pourquoi, indépendamment du sort de ces QPC, le pourvoi de la société doit selon nous être rejeté – même s’il n’est pas dénué d’intérêt.

Ce pourvoi pose la question de savoir qui est le redevable de la CAP dans la configuration quelque peu originale de l’espèce, c’est-à-dire lorsque des locaux d’habitation meublés, équipés d’un téléviseur ou appareil assimilé, sont pris à bail par une personne qui les sous-loue pour de courtes durées. Sans avoir trouvé de précédent tranchant cette question dans votre jurisprudence, nous n’avons pas de doute sur la réponse à y apporter : la personne qui doit être regardée comme détenant le téléviseur au 1^{er} janvier de l’année d’imposition est celle qui prend à bail les locaux⁵. Le bailleur ne peut pas être regardé comme détenteur de l’appareil puisque, par l’effet même du bail, il l’a mis à la disposition du preneur. Et quant aux sous-locataires, ils n’en ont que l’usage, durant la brève période de location durant laquelle ils occupent les locaux.

Les moyens centraux du pourvoi, tirés d’une erreur de droit et d’une erreur de qualification juridique des faits sur l’identité du redevable de la CAP, ne sont pas fondés, aucune des particularités de l’espèce ne justifiant de s’écarter de l’analyse qui précède. Les deux autres moyens du pourvoi ne vous retiendront pas davantage : le tribunal n’a pas dénaturé les faits ni les pièces du dossier, notamment pas la portée des stipulations contractuelles qui liaient la société, d’une part, aux propriétaires dont elle prenait à bail les logements pour les sous-louer aux vacanciers, d’autre part, aux agences de voyage avec lesquelles elle était en relation pour commercialiser les séjours proposés ; et la lecture faite par le tribunal de l’instruction fiscale invoquée par la société⁶ n’est entachée d’aucune erreur de droit, la société devant, contrairement à ses dénégations, être regardée comme assimilée au loueur des locaux mentionné par cette instruction.

⁴ En application du 4^o de l’article R. 811-1 du code de justice administrative.

⁵ L’analogie a sans aucun doute ses limites puisque les textes ont changé mais l’on peut observer que, dans le régime applicable au titre de l’année 2004, et s’agissant d’appareils installés dans des établissements où ils étaient mis à la disposition d’usagers multiples ou successifs, le détenteur désigné de ces appareils était le responsable de l’établissement (voir loi n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004, article 37, II, 2^o, a). Même solution dans le régime antérieur (voir décret n° 92-304 du 30 mars 1992 relatif à l’assiette et au recouvrement de la redevance pour droit d’usage des appareils récepteurs de télévision, article 1^{er}, alinéa 3).

⁶ Instruction parue au bulletin officiel des impôts n° 115 du 5 juillet 2005 sous la référence 3 P-3-05, paragraphes n° 16 et 17.

2. Outre les moyens que nous venons d'évoquer, la société Soderev Tours a présenté, à l'appui de son pourvoi, une première question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Cette première QPC porte sur les dispositions du b du 1° de l'article 1605 ter du CGI, prises pour l'application du 2° du II de l'article 1605, c'est-à-dire pour l'application des dispositions relatives à la CAP due par les redevables professionnels et assimilés. Les dispositions critiquées prévoient que « les hôtels de tourisme dont la période d'activité annuelle n'excède pas neuf mois bénéficient d'une minoration de 25 % sur la contribution à l'audiovisuel public déterminée conformément au a » – « conformément au a », c'est-à-dire après application de l'abattement progressif en fonction du nombre d'appareils détenus auquel nous faisons allusion au début de ces conclusions.

La QPC soulevée critique ces dispositions législatives en tant qu'elles ne mentionnent que les hôtels de tourisme et ne s'appliquent donc pas aux résidences de tourisme. On comprend que cela chagrine la société Soderev qui exploite des résidences de tourisme et non des hôtels. Et l'on comprend tout aussi bien le grief tiré de la méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité soulevé à l'appui de la QPC, tiré de ce que le législateur ne pouvait traiter de manière aussi radicalement différente des établissements somme toute très comparables. Toutefois, aux termes de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, le caractère sérieux d'une QPC n'est pas la seule condition posée pour que celle-ci puisse être renvoyée au Conseil constitutionnel. Encore faut-il que la disposition législative critiquée soit applicable au litige. En l'occurrence, au regard de votre jurisprudence, cette condition n'est pas remplie.

Le problème ne vient pas de ce que la société critique la loi, précisément, en tant qu'elle ne lui est pas applicable : vous admettez depuis l'origine qu'une critique d'inconstitutionnalité de la loi puisse être ainsi formulée, sans opposer à son auteur que la condition relative à l'applicabilité au litige ne serait pas remplie⁷. Le problème vient de ce qu'à aucun moment, ni devant l'administration fiscale, ni devant le tribunal administratif⁸, la société n'a fait la moindre allusion aux dispositions du b du 1° de l'article 1605 ter du CGI. Tout le litige a porté, jusqu'à hauteur de cassation, sur sa qualité de redevable de la CAP due à raison de la détention des téléviseurs meublant les locaux des résidences de tourisme qu'elle exploite. Jamais n'a été en cause le calcul de la CAP due à ce titre, et ne s'est donc jamais posée la question de l'éventuelle application de la minoration prévue par le b du 1° de l'article 1605 ter du CGI. Ces dispositions ont été attraites pour la première fois dans le litige par l'effet de la QPC formulée à l'appui du pourvoi en cassation de la société.

Cette configuration contentieuse est tout à fait similaire à celle que vous avez rencontrée en vous penchant sur une précédente QPC, elle aussi soulevée à l'appui d'un pourvoi en cassation présenté dans un litige fiscal, et sur laquelle vous avez statué par une décision du 15 juillet 2010 n° 327512 (aux tables du Recueil, RJF 11/2010 n° 1081). Vous avez écarté l'applicabilité au litige des dispositions législatives critiquées, qui prévoyaient un dispositif de report de l'imposition d'une plus-value, après avoir jugé que ces dispositions n'avaient pas été appliquées par l'administration pour établir l'imposition contestée par le contribuable, qu'elles n'avaient pas fait l'objet, à quelque stade que ce soit, d'une demande de la part de ce dernier tendant à en bénéficier, et qu'elles n'avaient pas été invoquées par les parties à l'appui des moyens soulevés devant les juges du fond ou des moyens de cassation dirigés contre l'arrêt attaqué.

⁷ CE 14 avril 2010, Mme L... et M. L..., n° 336753, au Recueil.

⁸ Ni d'ailleurs dans la requête que la société a cru à tort pouvoir former devant la cour administrative d'appel.

Ce précédent a été approfondi et précisé à l'occasion d'une toute récente affaire qui a donné lieu à une décision du 7 février 2018 n° 416291 (à mentionner aux tables du Recueil), dans laquelle vous examiniez une QPC présentée à l'appui d'un pourvoi contre un jugement rendu en premier et dernier ressort dans un litige ayant trait à un indu de revenu de solidarité active. Dans cette affaire, et à la différence du précédent n° 327512, les dispositions législatives critiquées avaient été appliquées par l'administration – il s'agissait de dispositions procédurales relatives à ses pouvoirs de contrôle. Vous avez toutefois relevé que la QPC était dirigée contre des dispositions qui n'avaient pas été invoquées par les parties à l'appui des moyens soulevés devant le tribunal administratif, qui n'avaient pas été appliquées par lui et qui n'étaient pas susceptibles de l'être au titre des moyens qu'il lui appartenait de relever d'office. Vous en avez déduit que la question de la conformité à la Constitution des dispositions critiquées était sans incidence sur la régularité ou le bien-fondé du jugement attaqué devant le juge de cassation. Vous avez jugé que, dans ces conditions, ces dispositions n'étaient pas applicables au litige dont le Conseil d'Etat, juge de cassation, se trouvait saisi au stade de l'admission du pourvoi.

La solution dégagée dans votre décision n° 416291 est parfaitement éclairée par les conclusions contraires de votre rapporteur public, Charles Touboul. Il mettait bien en lumière la tension susceptible de naître entre, d'une part, les dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 selon lesquelles une QPC peut être présentée « y compris pour la première fois en cassation » et, d'autre part, la règle inhérente à votre office de juge de cassation selon laquelle peuvent seuls conduire à l'annulation de la décision juridictionnelle attaquée les moyens correspondant à des questions soumises par les parties aux juges du fond ou examinées d'office par eux. Le rapporteur public vous proposait, après avoir hésité, de donner sa portée la plus grande aux dispositions précitées, au détriment de la règle qui vient d'être rappelée, en retenant une acception large du litige pour vérifier la condition d'applicabilité dans l'hypothèse d'une QPC posée en cassation : le litige soumis aux juges du fond et non le litige de cassation, nécessairement plus circonscrit. Mais il n'a pas été suivi et vous avez retenu, au contraire, cette seconde branche de l'alternative.

Ainsi, en vertu de votre décision n° 416291, lorsqu'une QPC est formulée devant le juge de cassation, les dispositions législatives qu'elle critique doivent être applicables au litige de cassation. En adoptant cette solution, vous avez lu les dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance de 1958 selon lesquelles une QPC peut être présentée « y compris pour la première fois en cassation » comme signifiant seulement que le juge de cassation ne peut opposer à une QPC formulée devant lui la circonstance qu'elle n'ait pas été précédée, devant les juges du fond, d'une première forme de critique d'inconstitutionnalité – alors que vous écarterez comme inopérant en cassation un moyen d'inconventionnalité qui n'a pas été soulevé plus tôt⁹. Ou, pour le dire autrement, elles ne signifient pas qu'il est possible, par le biais d'une QPC posée à hauteur de cassation, d'attirer à ce stade dans le débat contentieux des dispositions législatives qui, certes, ont peut-être un lien avec le litige porté devant les juges du fond, mais dont il n'a jamais été question devant eux. Une QPC critiquant de telles dispositions ne peut être utilement soumise au Conseil d'Etat juge de cassation que dans l'éventualité où, après cassation, il réglerait l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative (CJA)¹⁰.

⁹ Voyez notamment CE 28 juillet 1993, M. B... et autres, n° 118717, au Recueil ; CE 16 janvier 1995, SARL « Constructions industrielles pour l'agriculture » (CIPA), n° 112746, au Recueil ; CE 13 décembre 2002, Mme B..., n° 237275, aux tables du Recueil – décisions toutes rendues dans la lignée de CE section, 11 janvier 1991, Société Morgane, n° 90995, au Recueil.

¹⁰ C'est l'évidence même puisque, dans ce cas, le Conseil d'Etat perd sa qualité de juge de cassation pour se faire juge du fond du litige. Et nous comprenons la référence, dans les motifs de la décision n° 416291, au stade de l'admission du pourvoi comme réservant ce cas de figure.

Au vu des précédents n° 327512 et 416291, le sort de la première QPC posée par la société Soderev apparaissait scellé. Le ministre de l'action et des comptes publics l'avait vu et il avait soutenu, dans ses observations en défense présentées sur la QPC, par lesquelles il concluait à ce que vous refusiez son renvoi au Conseil constitutionnel, que celle-ci critiquait des dispositions inapplicables au litige – et de citer, à l'appui de son argumentation, ces deux précédents. Tel était également le sens des conclusions que nous avons porté à la connaissance des parties mercredi dernier, alors que le pourvoi de la société et sa première QPC étaient inscrits au rôle de l'audience de vos 3^e et 8^e chambres réunies du vendredi 25 mai. Pour tenter de faire échec à cette solution, la société a présenté, jeudi dernier 24 mai, une seconde QPC, critiquant la conformité à la Constitution des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, telles qu'interprétées par la jurisprudence du Conseil d'Etat. A la réception de cette nouvelle QPC, l'affaire a été rayée et c'est pourquoi vous la retrouvez inscrite au rôle de ce jour.

3. Que penser de cette seconde question prioritaire de constitutionnalité posée par la société Soderev ? Nous sommes d'avis que son renvoi au Conseil constitutionnel, sans s'imposer, est opportun.

Cette QPC met en cause la conformité à la Constitution des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, introduites dans cette ordonnance par la loi organique du 10 décembre 2009 relative à la procédure applicable en matière de QPC¹¹. L'exercice est un peu déroutant à première vue mais c'est bien de ces mêmes dispositions qu'il vous faut faire application pour déterminer si la QPC qui les conteste doit être renvoyée au Conseil constitutionnel.

3.1. La condition d'applicabilité au litige ou à la procédure nous paraît remplie, sans conteste possible.

Les dispositions critiquées de la loi organique ne régissent pas le fond du litige mais elles sont bien applicables au développement procédural de ce litige que constitue la première QPC posée par la société Soderev. Vous avez déjà renvoyé au Conseil constitutionnel des dispositions du code de justice administrative qui constituaient le cadre procédural d'un litige (voyez ses décisions n° 2014-455 QPC du 6 mars 2015¹² et n° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010¹³). Vous n'avez jamais certes, non plus que la Cour de cassation à notre connaissance, renvoyé au Conseil constitutionnel des dispositions de la loi organique du 7 novembre 1958 relatives à la procédure de QPC. Mais nous ne voyons pas comment refuser d'admettre qu'elles sont applicables à la présente procédure. Relevons que juger le contraire fermerait la voie à toute critique, par le biais d'une QPC, de la conformité à la Constitution de ces dispositions.

3.2. Il est un tout petit peu moins évident d'affirmer que la seconde condition du renvoi est remplie.

Car, bien évidemment, les dispositions législatives critiquées, qui sont issues d'une loi organique, ont déjà fait l'objet d'un contrôle *a priori* par le Conseil constitutionnel en vertu du 1^{er} alinéa de l'article 61 de la Constitution. Elles ont été déclarées conformes à la

¹¹ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹² Rendue à propos de l'article L. 911-8 du CJA (possibilité pour le juge de l'exécution de prévoir le versement d'une part de l'astreinte qu'il prononce au budget de l'Etat).

¹³ Rendue à propos de l'article L. 222-1 du CJA (possibilité de faire trancher certaines affaires portées devant les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel par un juge unique).

Constitution, en l'occurrence, dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009. La société Soderev ne l'ignore nullement mais soutient qu'il y a lieu de faire jouer la réserve du changement des circonstances. Nous pensons qu'elle a raison : comme en témoigne leur mention aux tables du Recueil Lebon, vos décisions n° 327512 de 2010 et n° 416291 de février dernier ont contribué à préciser par voie jurisprudentielle la portée de la condition d'applicabilité au litige que l'article 23-5 de l'ordonnance énonce par renvoi à son article 23-2, dans l'hypothèse particulière où une QPC est présentée à l'occasion d'une instance portée devant le juge de cassation. Ces décisions peuvent être regardées comme constituant un changement des circonstances de droit intervenu depuis que le Conseil constitutionnel a examiné les dispositions de la loi organique.

3.3. Les deux premières conditions du renvoi étant remplies, tout dépend de la troisième, à savoir le caractère nouveau ou sérieux de la QPC.

Nouvelle, la QPC ne l'est pas, au sens le plus classique du terme, puisque la société soulève à son appui un premier grief tiré de la méconnaissance du droit au recours et un second tiré de la méconnaissance du principe d'égalité.

Sérieuse, la QPC ne nous le semble pas non plus.

Il n'est pas besoin, à notre sens, de s'attarder sur le grief tiré de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif, que le Conseil constitutionnel déduit de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le juge constitutionnel admet en effet que ce principe soit concilié avec l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice qui découle des articles 12, 15 et 16 de cette même Déclaration (voir, par exemple, sa décision n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011, cons. 5). En l'occurrence, l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, tel qu'interprété par votre jurisprudence, n'aboutit pas à priver les requérants de la possibilité de présenter utilement une QPC. Il se borne à encadrer les conditions dans lesquelles une QPC peut être présentée devant le juge de cassation, en excluant la possibilité de mettre pour la première fois en cause, par ce biais, des dispositions législatives qui n'ont pas été invoquées ou discutées à l'appui des moyens soulevés devant les juges du fond, ni appliquées explicitement ou implicitement par eux. Et même si – avouons-le – nous n'aurions peut-être pas voté la solution retenue dans votre décision n° 416291, celle-ci n'a rien d'inique pour les requérants. Il leur appartient seulement de prendre la précaution d'attirer dans le litige au bon moment – c'est-à-dire devant les juges du fond – les dispositions législatives susceptibles de s'appliquer à leur situation et dont ils ont des raisons de douter de la conformité à la Constitution.

Le grief tiré d'une méconnaissance du principe d'égalité mérite davantage de développements.

La société soutient, à l'appui de sa QPC, que l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, tel qu'interprété par votre jurisprudence, aboutit à ce que, devant le Conseil d'Etat, un justiciable ne peut pas soulever une QPC pour la première fois en cassation contre des dispositions qui n'ont pas été invoquées par les parties devant les juges du fond ni appliquées par ces derniers, alors que, devant la Cour de cassation, il le peut. La société fait valoir que ces règles de procédure différentes en ce qui concerne le droit de former une QPC devant le juge de cassation, selon que celle-ci est posée devant le Conseil d'Etat ou devant la Cour de cassation, ne trouvent pas de justification dans une différence de situation qui soit en rapport avec l'objet de la procédure de QPC. Elle en déduit une méconnaissance du principe d'égalité devant la justice.

Cette argumentation ne nous convainc pas car la différence de traitement dont se plaint la requérante n'apparaît nullement établie.

La société Soderev déduit entièrement cette différence de traitement d'un passage des conclusions de notre collègue Charles Touboul sur l'affaire n° 416291. Celui-ci faisait valoir, à l'appui de la solution consistant à retenir une acception large de l'applicabilité au litige, que la disposition de la loi organique autorisant à poser une QPC pour la première fois en cassation pouvait être lue comme ayant entendu imposer un traitement à peu près similaire des QPC devant les deux cours suprêmes, en dépit des différences dans leurs techniques de cassation, et notamment de la possibilité de soulever devant la Cour de cassation, pour la première fois, des moyens « de pur droit »¹⁴. Il ajoutait, mais en des termes très prudents, que la QPC pourrait être assimilée à un moyen de pur droit, ce qui conduirait le juge de cassation judiciaire à apprécier l'applicabilité au litige par rapport au litige initial et non par rapport au périmètre plus réduit du litige de cassation.

Toutefois, les recherches effectuées dans la jurisprudence de la Cour de cassation ne permettent pas de confirmer cette orientation. La chambre commerciale a par exemple jugé, pour écarter l'applicabilité au litige d'une disposition législative critiquée par une QPC soulevée devant elle, que cette disposition « n'a été ni appliquée à l'encontre du requérant par la juridiction compétente, ni invoquée par celui-ci devant la cour d'appel [...] et que la déclaration de son inconstitutionnalité, à la supposer encourue, serait sans incidence sur la légalité de la décision objet du pourvoi » (Cass. com. 12 juillet 2011, pourvoi n° 10-28.375, arrêt n° 00845, diffusé). La 2^e chambre civile a statué tout à fait dans le même sens (voir Cass. 2^e civ. 7 juin 2012, pourvoi n° 12-60.235, arrêt n° 01211, diffusé). Et l'on trouve des arrêts plus récents, certains très récents, de la chambre commerciale, qui montrent qu'elle n'a pas varié dans son approche de l'applicabilité au litige (voir Cass. com. 14 octobre 2015, n° 15-10.899, diffusé ; Cass. com. 21 octobre 2016, n° 16-12.425, diffusé ; Cass. com. 8 mars 2018, n° 17-23.223, diffusé). Quant à la chambre criminelle, elle se tient, depuis le début, à la position consistant à refuser de reconnaître l'applicabilité au litige d'une disposition qui n'a pas été invoquée devant les juges du fond et n'était dès lors pas applicable à la procédure (Cass. crim. 12 octobre 2010, n° 10-82.601, Bull. crim. 2010 QPC n° 5 ; Cass. crim. 4 octobre 2011, pourvoi n° 11-85.450, arrêt n° 05542, diffusé ; Cass. crim. 6 février 2018, République d'Azerbaïdjan, n° 17-83.857, à publier au Bulletin). Il ressort de ces arrêts que la pratique du juge judiciaire n'apparaît pas différente de la vôtre : la Cour de cassation elle aussi, pour apprécier la condition d'applicabilité au litige d'une disposition législative critiquée par une QPC présentée en cassation, examine le litige tel qu'il a été soumis aux juges du fond, et non tel qu'il aurait pu se présenter ou tel qu'il aurait pu se développer devant ces juges¹⁵.

Nous ne parvenons donc pas à nous convaincre du caractère sérieux de la seconde QPC présentée par la société Soderev.

Ceci dit, vous savez que dans sa décision sur la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a indiqué que par le recours au critère du caractère nouveau de la question, le législateur organique avait aussi entendu vous permettre, en tant que juge du renvoi, d'apprécier l'intérêt de le saisir – en opportunité en quelque sorte (voir la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, cons. 21).

¹⁴ Sur cette notion voir Cass. 3^e civ. 9 juin 2004, n° 03-70.053, Bull. 2004 III n° 116.

¹⁵ Et elle paraît rechercher elle aussi, en guise de « test d'applicabilité » au litige, si une éventuelle inconstitutionnalité de la disposition législative critiquée serait de nature à retentir sur la régularité ou le bien-fondé de la décision juridictionnelle attaquée.

Nous pensons qu'il y a lieu ici de recourir à cette seconde dimension du critère de la nouveauté pour renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel. Parce que c'est votre propre jurisprudence qui est contestée au regard de la Constitution, parce que cette jurisprudence porte sur l'interprétation d'une disposition de la loi organique sur le Conseil constitutionnel, et parce que la QPC qui la critique touche à un sujet aussi délicat que la dualité de juridiction, nous croyons souhaitable que le Conseil constitutionnel en soit saisi. On ne nous objectera pas, à ce propos, la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle, lorsqu'il est saisi d'une QPC, il se refuse à remettre en cause l'appréciation portée par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sur la condition d'applicabilité au litige¹⁶ : c'est une chose de refuser de procéder à un tel contrôle au cas par cas, litige par litige, de la condition d'applicabilité ; c'en est une autre que de vérifier si les règles jurisprudentielles dégagées par les juges du filtre pour l'application de cette condition sont conformes à la Constitution. Si vous nous suivez pour renvoyer la QPC, en opportunité, en la regardant comme nouvelle, vous devrez surseoir à statuer, en conséquence, sur le pourvoi de la société Soderev.

En revanche, vous refuserez, en l'état, le renvoi de sa première QPC. La problématique nous semble très proche de celle que vous avez rencontrée dans une affaire portée il y a deux ans devant votre assemblée du contentieux, dans laquelle l'appréciation du caractère sérieux de la QPC dépendait de la réponse à une question d'interprétation du droit de l'Union européenne qui devait être soumise à la Cour de justice de Luxembourg (CE assemblée, 31 mai 2016, M. J..., n° 393881, au Recueil, RJF 8-9/2016 n° 761). Dans ce précédent, vous avez saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle et refusé de renvoyer la QPC en l'état, c'est-à-dire sans préjudice de la possibilité pour son auteur d'en présenter une nouvelle, une fois connue la réponse de la Cour de justice. Ici, ce qui fait défaut, en l'état, à la QPC critiquant les dispositions du b du 1° de l'article 1605 ter du CGI n'est pas son caractère sérieux mais la condition d'applicabilité au litige. La société pourra toujours poser de nouveau une QPC identique une fois connue la réponse du Conseil constitutionnel à celle portant sur l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, tel qu'interprété par votre jurisprudence.

Par ces motifs nous concluons dans le sens qui suit :

- renvoi au Conseil constitutionnel de la QPC dirigée contre les dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, tel qu'interprété par la jurisprudence du Conseil d'Etat ;

- refus de renvoi, en l'état, de la QPC dirigée contre les dispositions du b du 1° de l'article 1605 ter du CGI ;

- sursis à statuer sur le pourvoi.

¹⁶ Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, cons. 6.