

*N° 440037, Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
N° 440165, M. B...*

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

*Séance du 3 septembre 2021
Décision du 23 septembre 2021*

CONCLUSIONS

M. Olivier Fuchs, Rapporteur public

Pour faire face à l'épidémie du Covid-19, les règles applicables à la procédure pénale ont été adaptées par l'ordonnance du 25 mars 2020. Cette ordonnance, ainsi que sa circulaire de présentation, ont été attaquées devant vous par la voie de l'excès de pouvoir et par une décision avant dire droit du 5 mars 2021, vous avez jugé qu'étaient illégales plusieurs des dispositions critiquées :

- celles de l'article 4 adaptant les délais de recours, uniquement en tant que cet article ne prévoyait pas de suspension de certains délais entre le 17 et le 26 mars 2020 ;
- celles de l'article 5 relatif au recours à des moyens de communication audiovisuelle ou électronique ;
- celles enfin des articles 15 à 17, relatifs à la prolongation de plein droit des délais maximums de détention provisoire et à l'allongement des délais d'audiencement en ce qui concerne les procédures de comparution immédiate et à délai différé pour les personnes placées en détention provisoire.

Vous avez alors sursis à statuer afin de recueillir les observations des parties quant à une éventuelle modulation dans le temps de ces annulations ; c'est ce point qu'il convient que vous régliez aujourd'hui.

Ces affaires, qui permettront de poser les bornes de vos annulations et de déterminer notamment si elles rétroagiront sur les contentieux concernés, mettent également en perspective les jeux d'ombre et de lumière auxquels conduit la dissociation entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionalité, surtout lorsqu'ils sont le fait de juges différents. En l'espèce en effet, certaines des dispositions que vous avez annulées avaient déjà été déclarées inconstitutionnelles par le Conseil constitutionnel dans des contentieux QPC : il s'agit du premier alinéa de l'article 5 et de l'article 16 de cette ordonnance¹.

1. Il faut, avant d'entrer dans le vif du sujet, apporter deux précisions liminaires.

¹ Voir respectivement les décisions Cons. Constit., 15 janvier 2021, n° 2020-872 QPC et Cons. Constit., 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Les requérants, d'abord, font valoir que la mise en œuvre de la jurisprudence *Association AC !* ne doit intervenir qu'à titre exceptionnel. Comme vous le savez toutefois, si la formulation originelle de votre considérant de principe était en ce sens, cette précision a été abandonnée avec votre décision d'Assemblée du 23 décembre 2013, *Société M6 et Société TF1* (n° 363702, au Recueil), sauf lorsqu'est en jeu le droit de l'Union européenne. Et il est indéniable, ainsi que le soulignent les auteurs des *GAJA*, que cette jurisprudence a reçu « une application plus fréquente et plus large que prévu » originellement.

Les requérants, ensuite, font également part de leur circonspection quant à la possibilité de moduler dans le temps les effets d'une illégalité tirée d'une méconnaissance de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen. Vous savez toutefois que la Cour, dans sa décision du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*², s'est fondée sur le principe de sécurité juridique pour reconnaître aux Etats la possibilité de déroger au caractère rétroactif d'une annulation. Certes, la jurisprudence de la Cour est plutôt discrète sur cette possibilité, mais elle ne l'a à ce stade pas remise en cause. Et nous ne croyons pas qu'il vous appartienne ici, comme vous avez pu le faire dans une décision *Cimade* du 3 juillet 2019³, de définir un régime transitoire spécifique.

1. Ces précisions apportées, vous pourrez commencer par examiner les dispositions pour lesquelles le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé.

Il est évident que le pouvoir d'annulation dont vous disposez ne se confond pas avec le pouvoir abrogatif du Conseil constitutionnel. La logique qui sous-tend ces deux pouvoirs est d'ailleurs inverse nous semble-t-il. Le principe, devant le Conseil constitutionnel, est celui de l'abrogation des dispositions, donc pour l'avenir, et de la non application de la disposition aux instances en cours, même si le juge constitutionnel peut décider d'y déroger⁴. Il n'est pas la peine d'insister sur le fait que le pouvoir d'annulation dont vous disposez repose sur une logique inverse, puisque l'annulation est rétroactive sauf à ce que vous décidiez d'en moduler les effets.

² Affaire n° 6833/74.

³ CE, 31 juillet 2019, *La Cimade*, n° 428530, au Recueil.

⁴ Le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution dispose que la disposition déclarée inconstitutionnelle en QPC est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par la décision. Il précise également qu'il appartient au Conseil constitutionnel de déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. Dans sa décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, le Conseil constitutionnel, soucieux de préserver l'effet utile de la QPC pour le requérant, a indiqué que les effets normaux d'une déclaration d'inconstitutionnalité conduisaient à en faire bénéficier l'auteur de la QPC et à ne pas appliquer la disposition aux instances en cours. Mais il est bien entendu possible au Conseil constitutionnel de déroger à cette règle que la doctrine a qualifié de « rétroactivité procédurale » et de préserver les effets des dispositions déclarées inconstitutionnelles pour le passé. Voir sur ces points les conclusions d'E. Geffray sur CE, 30 mai 2018, *Mme S...*, n°400912, au Recueil. Voir également P. Deumier, « Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n° 47, p. 67 ; O. Mamoudy, « Insécurité juridique et modulation dans le temps des effets des décisions de justice », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2020.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Parfois, une même affaire interroge la mise en œuvre successive de ces deux pouvoirs. La nature spécifique du contrôle des ordonnances y incite particulièrement.

En tant que juge de l'excès de pouvoir, sauf exception, nous ne voyons pas d'obstacle juridique à ce que vous fassiez jouer votre pouvoir d'annulation au-delà de ce qu'a décidé le Conseil constitutionnel. L'exception tient à ce que le motif et le dispositif de la décision QPC peuvent préciser ce qu'il appartient aux juges *a quo* de faire. Il en va ainsi notamment lorsque le Conseil constitutionnel décide du report de l'abrogation et impose aux juges du fond de surseoir à statuer dans l'attente de l'intervention du législateur⁵. Il en va ainsi, également, lorsque la décision précise que les dispositions continuent de s'appliquer dans certains litiges, auquel cas le juge *a quo* est tenu de s'y conformer – voyez votre décision d'Assemblée du 13 mai 2011, *M'R...*⁶.

Au-delà de ces cas, demeure donc ouverte la possibilité d'une dissociation des effets de l'abrogation et de l'annulation, à l'instar de ce qu'a pu faire l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur la garde à vue⁷.

Une telle possibilité interroge pourtant lorsque, comme en l'espèce, c'est matériellement peu ou prou la même règle qui fonde la décision d'abrogation et celle d'annulation, mais émanant de sources différentes, la première constitutionnelle et, la seconde, conventionnelle⁸. Une telle configuration ne saurait surprendre puisqu'elle est la conséquence logique d'une forme d'étanchéité des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité⁹. Ajoutons que dans le cas d'une incompatibilité avec le droit de l'Union européenne, la question se complique encore : la possibilité de moduler dans le temps les effets d'une annulation est vous le savez fortement encadrée, cette faculté ne pouvant être utilisée qu'à titre exceptionnel et en présence d'une nécessité impérieuse (voyez votre décision d'Assemblée du 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n° 370321, au Recueil). Cela rend d'autant plus probable une annulation plus large que l'abrogation.

Si vous êtes donc peu contraints, en dehors du cas particulier du droit de l'Union, il nous semble toutefois de bonne pratique de limiter les cas dans lesquels une annulation sur un fondement conventionnel prendrait effet en amont de l'abrogation décidée par le Conseil constitutionnel. Trois éléments principaux y poussent. D'abord, la circonstance que la Constitution demeure la pierre angulaire de la hiérarchie des normes (en ce sens CE, Ass., 30 octobre 1998, *X... et L...*, n° 200286, au Recueil et CE, Ass., 21 avril 2021, *French Data Network et autres*, n° 393099, au Recueil) et qu'il demeure toujours un soupçon de gêne, dans ce cadre, à aller plus loin sur le terrain conventionnel alors que la norme matérielle est très

⁵ CE 6 déc. 2012, *Ministre de la défense et des anciens combattants c/ Mme A... veuve C...*, n° 342215, au Recueil.

⁶ C'est bien le sens de CE, Ass., 13 mai 2011, *M'R...*, n° 316734, au Recueil et de la décision *Mme S...* précitée.

⁷ Cass., Ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10- 17.049, 10-30.313, 10-30.316 et 10-30.242, au Bulletin.

⁸ Voir également C. Malverti, C. Beaufils, « L'ordonnance et ses juges », *AJDA*, 2021, p. 258.

⁹ La doctrine ne manque pas de relever les faux-semblants de cette supposée étanchéité des contrôles, alors que les influences réciproques qu'ils exercent conduisent à leur hybridation (A. Roblot-Troizier, « Constitutionnalité et conventionalité : silences ou fausses notes dans l'harmonie jurisprudentielle du contrôle d'une ordonnance non ratifiée », *RFDA*, 2021, p. 570).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

similaire voire identique. Ensuite, le dialogue des juges nécessite bien entendu de prendre au sérieux la chose décidée par une autre Cour suprême. Enfin, les éléments matériels conduisant le Conseil constitutionnel à se prononcer sur la modulation dans le temps de l'abrogation sont assez similaires à ceux que vous prenez en compte pour mener le même exercice en ce qui concerne l'annulation. Nous en déduisons que seuls des motifs sérieux et avérés devraient vous conduire à vous écarter de la position retenue par le Conseil constitutionnel.

C'est pourquoi nous sommes dans le sens d'une modulation dans le temps des effets de votre annulation en ce qui concerne les deux groupes de dispositions dont vous avez relevé l'illégalité après que le Conseil constitutionnel les a déclarés inconstitutionnelles. Il s'agit d'abord du premier alinéa de l'article 5 de l'ordonnance attaquée relatif à l'utilisation de moyens de communication électronique, mais compte tenu du lien avec celui-ci, le deuxième alinéa, dont vous avez également relevé l'illégalité, devrait connaître le même sort. Il s'agit ensuite de l'article 16 de l'ordonnance, relatif à la prolongation de plein droit des délais maximums de détention provisoire. La même solution devrait être appliquée pour l'article 15, qui est un « article chapeau » sur l'applicabilité des dispositions relatives à la détention provisoire.

Si théoriquement vous pourriez vous écarter de la ligne du Conseil constitutionnel, et si le ministre ne vous apporte aucun élément concret que vous pourriez prendre en compte, il est indéniable que les motifs retenus par le Conseil constitutionnel sont consistants puisqu'ils tiennent aux objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions. Par ailleurs, par une décision du 4 août 2021, vous avez retenu une modulation dans le temps calquée sur l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel, en vous référant expressément aux motifs retenus par celui-ci, en ce qui concerne le recours à des moyens de communication électronique dans le cadre de l'ordonnance du 18 novembre 2020¹⁰. En suivant, donc, la ligne tracée rue de Montpensier, vous pourrez alors, comme vous l'avez fait dans votre décision du 4 août 2021, dire que, dans la mesure où les dispositions en cause ont été depuis lors abrogées, leurs effets doivent être regardés comme définitifs.

Reste alors la portée de l'annulation des articles 4 et 17 de l'ordonnance attaquée.

En ce qui concerne l'article 17, nous croyons que les mêmes motifs que ceux énoncés pour l'article 16, de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions justifient de ne pas donner à votre annulation une portée rétroactive, car celle-ci aurait sinon des conséquences manifestement excessives.

En ce qui concerne l'article 4 de l'ordonnance attaquée, vous avez fait œuvre pragmatique en l'annulant « en tant que ne pas », pour tenir compte du fait que la situation de confinement avait pu rendre très délicate, voire impossible, le déplacement d'une personne au greffe d'une juridiction pénale afin d'y former un recours.

¹⁰ CE, 4 août 2021, *Syndicat des avocats de France*, n° 447916, inédit.

Le ministre sur ce point n'apporte aucun élément et se borne à faire valoir qu'une annulation porterait atteinte aux situations acquises. Nous croyons pour notre part qu'il est préférable de maintenir l'effet rétroactif de l'annulation prononcée, précisément pour préserver le droit au recours sur une période pendant laquelle celui-ci n'a pas pu être exercé. C'est en l'espèce la possibilité même d'exercer le droit au recours qui est en jeu, ce qui nous semble un élément suffisamment fort pour que, en l'absence de tout élément sur les situations acquises qui seraient susceptibles d'être remises en cause et compte tenu de la très courte période considérée, entre le 17 et le 26 mars 2020, comme de l'intensité du droit en cause, nous vous proposons donc de ne pas moduler dans le temps les effets de cette annulation.

Et par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation des articles 4, 5, 15, 16 et 17 de l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 ;
- à ce que les effets antérieurs à l'annulation des articles 5, 15, 16 et 17 soient réputés définitifs ;
- à ce que l'Etat verse une somme de 3 000 euros à l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et autres, et la même somme à M. B..., au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- et au rejet du surplus des conclusions des requêtes.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.