

**LE CONTRÔLE PAR LES JURIDICTIONS SUPRÊMES
DE LEUR PROPRE JURISPRUDENCE
L'EXCEPTION JURISPRUDENTIELLE EN QPC**

Mathieu DISANT¹

La question du contrôle, par les Cours suprêmes, de leur propre jurisprudence, lors du filtre des QPC est un sujet peu étudié en tant que tel, très difficile à dépouiller dans la mesure où il rassemble, en les combinant, les différents problèmes, tant théoriques que pratiques, relatifs à l'office du juge de renvoi, que ce soit en matière d'interprétation ou plus largement d'implication dans le contrôle de constitutionnalité.

Dans la présente contribution², il s'agit de dresser un état des lieux « analytique » en présentant le cadre restreint et les modalités singulières de ce contrôle, sur la base d'une analyse des décisions de non-renvoi – cette matière brute dont il est parfois difficile de percer tous les mystères, plus encore dans le sujet qui nous occupe dans ces lignes³. Comment situer ce contrôle dans le mécanisme particulier de la QPC ? Quelles sont les principales questions qu'il soulève ? Peut-on établir certaines pratiques ou orientations ?

À vrai dire, la manière de formuler le sujet est elle-même problématique. Que faut-il entendre par « jurisprudence » ? S'agit-il d'un véritable « contrôle » de constitutionnalité qui serait (ou devrait être) exercé sur elle ? En définitive, comment nommer l'ambiguïté de cet office autocentré ?

Cela fait beaucoup de questions à traiter. Il faut se contenter de pointer quelques situations critiques pour mieux comprendre ce que signifie « contrôler » sa propre « jurisprudence » et ce que cela implique dans et pour l'équilibre contentieux de la QPC.

1 Professeur à l'Université Lyon Saint-Étienne, Jean Monnet, Directeur du CERCRIID (UMR CNRS 5137).

2 On se reportera à la contribution de Caterina Severino pour une perspective dynamique voire programmatique, sur les avantages et les risques d'un tel contrôle.

3 L'étude jurisprudentielle s'arrête à juin 2016.

I. Sur la notion de « jurisprudence », objet du contrôle

Le Conseil d'État et la Cour de cassation reprennent les conditions posées par le Conseil constitutionnel en la matière⁴. Le critère pertinent est « la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante » confère à la disposition législative, sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la cour suprême compétente.

Le Conseil d'État retient « qu'en posant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ». La Cour de cassation précise que « la contestation doit concerner la portée que donne à une disposition législative précise l'interprétation qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre »⁵.

Trois conditions doivent donc être réunies : l'interprétation doit porter sur une disposition législative précise ; l'interprétation doit émaner de la cour suprême compétente ; l'interprétation jurisprudentielle doit être constante.

1. Chacune de ces conditions appelle des observations. À plusieurs reprises, Conseil d'État et Cour de cassation ont livré des précisions sur ce que l'on doit entendre par ces différents critères. Leurs frontières sont perméables. Leur maniement n'est pas toujours clair. On peut retenir que le champ du contrôle est strictement délimité.

Que l'interprétation doive émaner de la cour suprême compétente, cela exclut notamment l'interprétation « prêtée » par le demandeur au jugement de tribunaux⁶. Pas plus qu'il n'« existe » d'interprétation jurisprudentielle constante issue, par exemple, de la Caisse nationale assurance vieillesse⁷ ou des instructions fiscales⁸.

Que l'interprétation jurisprudentielle doive être constante, cela conduit la Cour à vérifier que l'auteur de la QPC n'a pas fait une interprétation erronée de la jurisprudence qu'il critique⁹. La cour de cassation est régulièrement amenée à juger que, contrairement aux affirmations des requérants, il n'y a pas de jurisprudence constante posant la règle contestée. C'est souvent le contenu même de l'interprétation qui est jugé erroné, sans que la Cour ne profite toujours de cette occasion pour clarifier cette interprétation.

La situation est quelque peu différente lorsque la question posée ne conteste qu'une interprétation supposée ou projetée que ferait la Cour lors de l'examen d'un pourvoi¹⁰. Dans une telle hypothèse,

4 Cons. const., n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011.

5 Soc., 28 novembre 2012, n° 11-17.941 et 3 juillet 2014, n° 14-40.026 ; Com., 24 avril 2013, n° 12-23.486 et 27 novembre 2014, n° 14-16.644 ; 1^{re} civ., 8 décembre 2011, n° 11-40.070 et 13 février 2013, n° 12-19.354 et 27 février 2013, n° 12-40.100 ; 2^e civ., 12 juin 2014, n° 14-40.022.

6 Soc. 31 mai 2011, n° 11-13.256.

7 Par ex. 2^e civ., 12 juin 2014, n° 14-40.022.

8 3^e civ., 25 septembre 2013, n° 13-40.046.

9 Soc. 16 novembre 2011, n° 11-40.071 ; 1^{re} civ., 6 juin 2012, n° 12-40.028.

10 Par ex. 1^{re} civ., 13 février 2013, n° 12-19.354.

la QPC se borne en réalité à poser tout bonnement la question de l'interprétation de la loi¹¹. La Cour juge alors la QPC sans objet.

On ajoutera que la Cour vérifie s'il existe bien « en l'état » une interprétation jurisprudentielle constante de la disposition législative critiquée¹². Dans le cas contraire, la question est soit non sérieuse¹³, soit sans objet¹⁴, soit irrecevable¹⁵. Ainsi, par exemple, un seul arrêt de rejet n'a pas constitué une jurisprudence constante¹⁶. La multiplicité des situations de fait laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond et l'absence d'un arrêt cassant une cour d'appel du fait d'une application erronée de la disposition contestée conduit la Cour à considérer qu'il n'existe pas de jurisprudence constante¹⁷.

2. Plus important encore, l'interprétation doit porter sur une disposition législative précise.

Une série de balises ont été posées sur ce point. Par exemple, la Cour de cassation ne renvoie pas les QPC qui ne critiquent pas la disposition législative en elle-même, singulièrement lorsque la QPC « ajoute » au texte « une restriction qu'il ne comporte pas »¹⁸. Est tout autant jugé irrecevable une QPC qui porte, sous couvert de la critique des dispositions législatives, à contester l'interprétation des dispositions réglementaires¹⁹.

Trois paramètres parmi les plus délicats méritent attention.

En premier lieu, est exclue – comme irrecevable – la critique de la seule jurisprudence, c'est-à-dire la contestation d'« une règle jurisprudentielle sans préciser le texte législatif dont la portée serait, en application de cette règle, de nature à porter atteinte » au principe constitutionnel invoqué²⁰. Le refus de contrôler la règle jurisprudentielle « nue » ou « pure », c'est-à-dire non rattachable à une disposition législative, a fait l'objet d'un récent arrêt de la chambre sociale, du 17 février 2016, publié au bulletin, qui refuse de renvoyer une QPC fondée sur l'interdiction d'édicter des arrêts de règlement²¹. Ne sont donc pas examinées les QPC portant sur une règle de source uniquement jurisprudentielle, autrement dit la « jurisprudence prétorienne » dénuée de fondement législatif. Par exemple, la 1^{re} chambre civile a écarté une QPC qui « porte exclusivement sur la soumission jurisprudentielle au droit civil commun procédural des actions auxquelles (l'article 9 du code civil) donne lieu, en l'absence de textes spécifiques, sans dénoncer de dispositions précises régissant le

11 Par exemple, dans l'affaire 1^{re} civ., 13 février 2013, n° 12-19.354, il s'agit, sous couvert d'une critique de constitutionnalité, de poser la question de ce qu'il faut entendre par « le tribunal statue sur les contestations subsistant entre les parties » ... et c'est précisément la question posée par le pourvoi.

12 Com. 21 février 2012, n° 11-23.097 ; 29 janvier 2013, n° 12-40.089 ; 24 avril 2013, n° 12-23.486 et 12-23.487 ; 27 novembre 2014, n° 14-16.644.

13 Com. 21 février 2012, n° 11-23.097 ; 24 avril 2013, n° 12-23.486 et 12-23.487

14 Com. 29 janvier 2013, n° 12-40.089 ; 1^{re} civ. 13 février 2013, n° 12-19.354.

15 Com. 27 novembre 2014, n° 14-16.644.

16 Com. 23 mars 2013, n° 12-23.486 et 12-23.487.

17 Par ex., 3^e civ., 20 mars 2014, n° 13-24.439.

18 2^e civ., 22 mai 2014, n° 14-40.019.

19 Soc. 11 juillet 2013, n° 13-40.022 ; 2^e civ. 12 octobre 2011, n° 11-14.490

20 1^{re} civ., 27 septembre 2011, n° 11-13.488 ; 1^{re} civ., 27 février 2013, n° 12-40.100 ; Soc. 3 juillet 2014, n° 14-40.026

21 Soc., 17 février 2016, n° 15-40042, Bull.

délai de leur prescription »²². La chose est entendue : la possibilité de contester le texte tel qu'interprété ne transforme pas la QPC en procédure de contrôle des décisions jurisprudentielles²³. Prendre à la lettre cette position, c'est considérer que l'examen de constitutionnalité qui prend pour objet la règle jurisprudentielle – sous-entendu « détachable » – soit bénéficie paradoxalement d'une sorte d'immunité (alors que son fondement est par hypothèse le moins assuré²⁴), soit pourrait s'exercer hors QPC par le biais d'une exception d'inconstitutionnalité²⁵. Le sujet rejoint alors la problématique plus générale de la place de la Constitution dans le contrôle opéré par le Conseil d'État et la Cour de cassation. Dans ces conditions, faudrait-il composer avec un double statut contentieux de la jurisprudence selon son identité normative et son degré de mixité textuelle ? Et dans l'application de cette distinction, comment dissocier l'entre-deux jurisprudentiel et établir une échelle objectivée d'ancrage textuel alors que, nous le savons, « la construction de la règle repose souvent sur l'action conjuguée de différentes sources »²⁶ ?

La question se complique si l'on tient compte d'un second paramètre. Les cours refusent de renvoyer des QPC qui critiquent, d'une façon ou d'une autre, l'office du juge consistant à appliquer la loi. C'est-à-dire lorsque la QPC est considérée comme critiquant « des arrêts qui (ne font) que tirer les conséquences s'inférant (de l'application de la loi) »²⁷. La Cour de cassation vérifie à cet égard que la critique porte bien sur l'interprétation de la loi et non sur sa simple application (par la cour d'appel)²⁸. Par exemple, a été jugée non sérieuse une QPC qui critiquait « une méthode d'évaluation des biens expropriés que les juges du fond peuvent souverainement retenir »²⁹. Dans le même esprit, la question n'est pas jugée sérieuse si « sous couvert d'une prétendue atteinte à la Constitution qui serait portée par un texte de loi ou par son application jurisprudentielle ancienne et constante [...], la question ne tend qu'à contester l'application de cette jurisprudence à des circonstances particulières de fait »³⁰. Tout comme est jugée irrecevable par la chambre criminelle une QPC qui « ne revient [...] qu'à contester la conformité de l'interprétation avec le libellé du texte législatif en cause »³¹. Ou encore le refus, par les chambres civiles, de transmettre des QPC qui critiquent l'interprétation faite de la disposition législative dans l'instance en cours³², notamment à l'occasion d'un deuxième pourvoi³³. Toutes ces solutions rappellent, qu'on l'approuve ou pas, que le contrôle de constitutionnalité à la française est un contrôle abstrait des normes générales, pas des normes particulières que sont les décisions, sans pour autant être un contrôle de la règle jurisprudentielle.

22 1^{re} civ., 8 décembre 2011, n° 11-40.070.

23 P. DEUMIER, « L'interprétation entre « disposition législative » et « règle jurisprudentielle », *RTDCiv.*, 2015, p. 84.

24 N. RÉGIS, *Gaz. Pal.* 19 oct. 2013, n° 292, p. 10, obs. sur Soc. 20 févr. 2013.

25 E. SAGALOVITSCH, « Des effets de la QPC sur les arrêts de règlement », *AJDA*, 2011, p. 705.

26 P. DEUMIER, *op. cit.*

27 2^e civ., 27 février 2014, n° 13-23.107.

28 Par ex., 3^e civ., 18 novembre 2014, n° 14-16.280.

29 3^e civ., 14 mars 2013, n° 12-24.995.

30 2^e civ., 6 février 2014, n° 13-22.073.

31 Crim, 15 septembre 2015, n° 15-83204. La cour considère qu'une telle question ne concerne pas la « compatibilité » (sic) de la portée d'une disposition législative résultant d'une interprétation jurisprudentielle constante avec les droits et libertés que la Constitution garantit. La solution est reprise en présence d'une question pourtant mieux formulée : rapp. 9 décembre 2015, n° 15-83204, Bull.

32 Par ex. 2^e civ., 22 mai 2014, n° 14-40.019 ; 1^{re} civ. 14 mai 2013, n° 13-10.109 ; 18 juin 2014, n° 14-40.023

33 Com. 13 avril 2012, n° 12-40.009.

Ajoutons à cela, en troisième lieu, que sont jugées irrecevables – par la Cour de cassation au moins – les QPC qui critiquent une interprétation de plusieurs dispositions législatives ou principes combinés. Ce qui concerne aussi l'articulation qui peut être faite entre plusieurs dispositions par la jurisprudence critiquée. Il en a été jugé ainsi par la chambre sociale à propos de la règle jurisprudentielle selon laquelle les dispositions d'une clause de non-concurrence qui minorent la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié sont réputées non écrites³⁴. Dans cette affaire, des dispositions législatives étaient bien visées (article 1134 du code civil et L. 1121-1 du code du travail), et la jurisprudence était bien énoncée au visa de ces textes. Mais la Cour, suivant son rapporteur, a considéré que la jurisprudence contestée n'avait pas été énoncée au seul visa des dispositions critiquées – elle reposait aussi sur plusieurs autres combinaisons normatives impliquant le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle. La contestation d'une règle jurisprudentielle énoncée « notamment » au visa des textes contestés est donc jugée irrecevable. Seule une relation d'exclusivité donne prise à la QPC ! On peut, là encore, s'interroger sur cette restriction, alors que la jurisprudence est de plus en plus appelée à assurer une mise en cohérence des textes par la détermination de leur applicabilité respective.

Bilan : pas de critique de la seule jurisprudence, mais pas non plus de critique des décisions de justice en tant que norme juridictionnelle, et pas de critique de l'interprétation combinée des dispositions législatives. On admettra que la fenêtre de tir, sans être inexistante, est assez étroite. Et que les requérants doivent y fonder des espoirs très mesurés.

II. Le non-lieu à renvoi de la jurisprudence

La critique de la jurisprudence par le biais des QPC n'est pas toujours examinée par la Cour de cassation ou le Conseil d'État lorsque celle-ci constate que la QPC n'est pas recevable, par exemple pour défaut de motivation³⁵, ou que la disposition n'est pas applicable au litige³⁶. Il arrive d'ailleurs qu'une évolution de la jurisprudence de la Cour conduise à ce que la QPC ne soit plus applicable au litige en raison d'un nouvel aménagement des champs d'application d'un dispositif³⁷.

Ceci étant, l'analyse des non-lieux à renvoi de la « jurisprudence » permet de livrer quelques observations sur l'hypothèse d'une rétention de ce contrôle par les cours suprêmes.

Il est frappant d'observer des modalités différentes d'examen, notamment au sein de la Cour de cassation.

34 Soc., 28 novembre 2012, n° 11-17.941.

35 Civ. 3, 4 février 2016, n° 15-21381, Bull.

36 Par ex., Crim. 4 mai 2011, n° 11-80.618 ; 21 juin 2011, n° 11-90.036 ; 6 décembre 2011, n° 11-86.795 ; 20 juin 2012, n° 12-81.474 ; 19 septembre 2012, n° 12-84.800 ; 21 novembre 2012, n° 12-90.057 ; 26 novembre 2012, n° 12-86.539 et 12-86540 ; 12 décembre 2012, n° 12-86.585 ; 21 décembre 2012, n° 12-86.645 ; 26 juin 2013, n° 13-83.498 ; 7 août 2013, n° 13-90.016 à 13-90.019 ; 25 septembre 2013, n° 13-85.023 ; 1^{er} octobre 2014, n° 14-85.722 ; 22 octobre 2014, n° 14-82.082 ; civ. 3, 11 février 2016, n° 15-21949, Bull.

37 Crim., 10 mai 2016, n° 15-86600 (à propos des expressions diffamatoires ou injurieuses et de l'incrimination d'outrage à magistrat).

1. Parfois, la Cour examine expressément la conformité de la jurisprudence critiquée à la Constitution. La chambre sociale est à cet égard exemplaire, et dans une moindre mesure, en raison d'une pratique plus aléatoire, la 3^e chambre civile.

Dans cette hypothèse, les arrêts de non-renvoi indiquent expressément que la question de la conformité de la jurisprudence n'est pas sérieuse. Il est alors jugé que l'interprétation jurisprudentielle « ne heurte aucun principe constitutionnel dès lors que... »³⁸, qu'elle « ne prive pas »³⁹, « n'impose pas »⁴⁰, « n'opère pas »⁴¹, « n'empêche pas »⁴², qu'elle « se borne à préciser »⁴³, « ne fait que tirer les conséquences »⁴⁴, ou encore qu'elle doit « être mise en corrélation avec... »⁴⁵, ou qu'elle « ne fait que traduire la conciliation voulue par le législateur »⁴⁶.

Le grief peut être rejeté au motif, utilisé par la chambre criminelle, que « la Cour de cassation applique strictement les termes clairs et précis » de la loi⁴⁷, autrement dit par une sorte de négation du pouvoir jurisprudentiel lui-même ou plus exactement par la dissociation poussièreuse interprétation/application. On notera que dans de nombreuses autres affaires, singulièrement devant la chambre criminelle, le refus de renvoyer trouve une justification argumentative fondée sur ce que l'interprétation du texte – « suffisamment clair et précis » – entre dans l'office du juge⁴⁸, lequel se trouve chargé d'apprécier la nécessité de l'atteinte portée aux droits constitutionnels⁴⁹.

Parfois, la « jurisprudence constante de la Cour de cassation » est avancée comme *majeure* du contrôle, par exemple en matière de cumul des sanctions pénales et fiscales où on observe une duplication implicite de la jurisprudence constitutionnelle⁵⁰.

2. Mais le plus souvent, et sans qu'il soit possible – pour l'observateur extérieur – d'établir objectivement les circonstances qui le justifieraient, la Cour estime que la question n'est pas sérieuse sans se prononcer expressément sur sa jurisprudence, c'est-à-dire sans faire état de ce que sa jurisprudence était contestée. À quelques exceptions près, c'est la règle pour la chambre criminelle⁵¹ et les chambres civiles⁵². On peut dénombrer plus d'une cinquantaine d'arrêts pour la chambre

38 Soc., 5 octobre 2011, n° 11-40.052 ; soc. 11 octobre 2012, n° 12-40.059 ; 27 juin 2013, n° 12-29.347 ; 12 septembre 2013, n° 13-12.200 ; 9 octobre 2013, n° 13-40.052 ; 4 février 2016, n° 15-21536, Bull.

39 Soc., 16 novembre 2011, n° 11-40.071 ; 3^e civ., 10 janvier 2013, n° 12-40.084.

40 Soc., 16 novembre 2011, n° 11-40.071

41 Soc. 23 septembre 2014, n° 14-40.031.

42 Soc., 13 janvier 2016, n° 15-20822, Bull.

43 Soc., Soc. 10 juillet 2014, n° 14-40.024.

44 2^e civ., 27 février 2014, n° 13-23.107.

45 Soc., 20 février 2014, n° 13-40.074.

46 Soc. 10 juillet 2014, n° 14-40.024 et n° 14-40.030.

47 Par ex., crim. 29 janvier 2013, n° 12-83.249.

48 Par ex récents : crim. 1 décembre 2015 n° 15-90017 ; crim., 24 novembre 2015, n° 15-90016 ; crim., 15 mars 2016, n° 15-90023 ; crim., 15 mars 2016, n° 15-90022, Bull. ; crim., 16 février 2016, n° 15-83046 ; 12 avril 2016, n° 16-81054 ; 3 mai 2016, n° 16-90004 ; 25 mai 2016, n° 16-82377 ; 24 mai 2016, n° 15-81287.

49 Une récente affaire est symptomatique : une QPC n'est pas sérieuse « dès lors que le juge appelé à statuer sur la peine est en possession de tous les éléments de fait afférents au délit dont l'auteur a été définitivement déclaré coupable et qui sont dans le débat contradictoire, et apprécie ainsi, en toute connaissance de cause, au regard de la gravité et des circonstances de l'infraction et de la personnalité de celui qui l'a commise, la sanction qui lui apparaît adéquate » (crim., 9 mars 2016, n° 15-83927, Bull.).

50 Crim., 30 mars 2016, n° 16-90005, 16-90001, bull.

51 Une exception par ex. Crim., 15 mars 2011, n° 10-90.126.

52 Une exception : 2^e civ., 27 février 2014, n° 13-23.107.

criminelle⁵³ ; une vingtaine pour la chambre sociale⁵⁴ ; à peu près autant pour les trois chambres civiles (une dizaine pour la 1^{re} chambre civile⁵⁵ et la 2^e chambre civile⁵⁶). Et plusieurs autres cas significatifs du côté de la chambre commerciale⁵⁷.

Le constat est clair. Le non-renvoi d'une jurisprudence de la Cour est rarement – trop rarement – explicite (c'est d'ailleurs vrai aussi en cas de renvoi au Conseil constitutionnel de la jurisprudence, mais cela n'est pas préjudiciable au droit d'accès au juge constitutionnel). La motivation ne permet pas toujours de vérifier que la jurisprudence a été confrontée aux griefs invoqués. C'est au mieux la lecture croisée des rapports, avis et différents commentaires qui permettent de constater que la jurisprudence était en cause dans une QPC.

Deux questions immédiates se posent :

D'une part, peut-on en déduire implicitement que la jurisprudence a été jugée conforme à la Constitution ? Parfois, et singulièrement dans les cas plus récents, la lecture du rapport et de l'avis permet de constater que l'ensemble du dispositif légal et jurisprudentiel encadrant la disposition critiquée a été examiné⁵⁸.

D'autre part, dans quelle mesure envisager une clarification et comment sortir pleinement de la clandestinité ce contrôle – plus exactement, cet anti-contrôle – de la jurisprudence, devant lequel l'observateur et, plus gravement, le justiciable – qui pourtant le sollicite de plus en plus dans la formulation des QPC – se trouvent souvent démunis ?

On doit, à cet égard, souligner les différences d'approches entre les différentes chambres de la Cour de cassation qui renvoient plus ou moins volontiers les questions portant sur leur jurisprudence. Il semble que les chambres ne souhaitent pas harmoniser leurs pratiques sur ce point, déjà mis à l'ordre du jour de précédentes réunions du groupe de travail sur les divergences de jurisprudence. Est-il satisfaisant de considérer, comme c'est le cas aujourd'hui, qu'une telle question relève de la politique jurisprudentielle de chaque chambre ?

53 Par ex. crim., 6 avril 2011, n° 10-85.470 ; 10 mai 2011, n° 11-90.019 ; 7 juin 2011, n° 11-90.043 ; 16 juin 2011, n° 11-81-628 ; 21 juin 2011, n° 11-90.046 ; 1^{er} septembre 2011, n° 11-84.268 ; 6 septembre 2011, n° 11-90.074 ; 13 septembre 2011, n° 11-90.077 ; 30 mars 2016, n° 15-84320 ; 6 avril 2016, n° 15-86043, Bull.

54 Quelques exemples : Soc., 25 janvier 2012, n° 11-40.088 ; 11 juin 2012, n° 12-40.024 ; 20 février 2013, n° 12-40.095 ; 10 juillet 2013, n° 13-10.759 et 13-10.760 ; 12 mars 2014, n° 13-23.174 ; 13 juin 2014, n° 13-26.353 à 13-26.357 ; 29 octobre 2015, n° 15-12525, Bull.

55 Par ex. 1^{re} civ., 6 juin 2012, n° 12-40.027 ; 11 septembre 2012, n° 12-14.135 ; 5 février 2014, n° 13-21.929 ; 3 septembre 2014, n° 14-12.200 ; 12 février 2014, n° 13-22.602 ; 18 septembre 2014, n° 14-18.944 ; 25 novembre 2015, n° 14-25109, Bull. ; civ. 1, 25 novembre 2015, n° 15-40035, Bull.

56 Par ex. 2^e civ., 16 décembre 2010, n° 10-17.096 ; 31 mars 2011, n° 10-25.281 ; 7 juillet 2011, n° 11-40.028 ; 19 octobre 2011, n° 11-40.063 ; 12 juillet, 2012, n° 12-14.220 ; 5 septembre 2013, n° 13-40.037 ; 5 septembre 2013, n° 13-40.038.

57 Com. 18 septembre 2012, n° 12-14.584, 12-14.401, 12-14.632, 12-14.595, 12-14.597, n° 12-14.598, 12-14.624, 12-14.625, 12-14.648 ; 12 janvier 2016, n° 15-40036

58 Crim., 7 mai 2014, n° 14-90.011 ; 18 juin 2014, n° 14-90.015 et 14-90.016.

3. Sur le fond, on observe que les Cours se livrent parfois à un véritable contrôle de constitutionnalité de leur propre jurisprudence, révélé par l'intensité et le caractère approfondi du contrôle, lequel peut, au surplus, prendre en compte une définition législative⁵⁹.

Du côté du Conseil d'État, un exemple récent concerne le contrôle de la jurisprudence relative à l'obligation pour les titulaires d'officine de pharmacie de se faire assister par un nombre de pharmaciens en fonction de leur chiffre d'affaires. Dans le chiffre d'affaires à prendre en compte pour l'application des dispositions de l'article L. 5125-20 du code de la santé publique, la jurisprudence retient qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les activités liées à la préparation et à la vente de médicaments et les activités commerciales annexes. Cette jurisprudence a été directement analysée et « validée » sur le terrain de la liberté d'entreprendre et celui du principe d'égalité⁶⁰.

Par ailleurs, la cour suprême paraît réticente à recevoir des griefs « en tant que ne pas » à l'égard de sa propre jurisprudence. Un exemple récent peut en témoigner. Le Conseil d'État a jugé que « la circonstance que le juge administratif n'imposerait pas à l'employeur d'un salarié protégé déclaré inapte à son emploi d'autres obligations de reclassement que celle fixée par les dispositions de l'article L. 1226-2 du code du travail ne caractérise, en tout état de cause, aucune atteinte portée par ces dispositions à la liberté syndicale ou au principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail »⁶¹.

Sans pouvoir ici approfondir, on soulignera que l'examen d'une QPC est aussi l'occasion de préciser les modalités, le champ d'application⁶² ou même les objectifs de la jurisprudence contestée⁶³.

III. Les évolutions du contrôle

Parmi les évolutions les plus marquantes concernant le contrôle par les deux cours suprêmes de leur jurisprudence, deux retiennent l'attention : d'une part, le recours à l'interprétation conforme à la Constitution et, d'autre part, la mise en œuvre d'un revirement de jurisprudence ou du moins une technique proche de mise en conformité avec la jurisprudence constitutionnelle.

1. En premier lieu, plutôt que de renvoyer une QPC portant sur l'interprétation de la loi, le Conseil d'État – même si c'est rare⁶⁴ – et certaines chambres de la Cour de cassation ont parfois décidé que

59 Crim., 30 septembre 2015, n° 15-90.014 : il est jugé que l'article 11 du Code de procédure pénale qui, tel qu'interprété de façon constante par la Cour de cassation, permet au ministère public de produire, dans une instance civile, des pièces tirées d'une information judiciaire en cours, sans que puisse lui être opposé le secret de l'instruction, ne porte pas atteinte, notamment, aux principes des droits de la défense, car cette faculté relève des missions spécifiques d'intérêt général que la loi lui attribue notamment en matière civile, et que le secret de l'instruction ne s'impose, en application de l'article 11, qu'aux personnes concourant à cette procédure, que sous la réserve des nécessités des droits de la défense, et que les informations transmises par le ministère public sont communiquées et soumises au respect du contradictoire.

60 CE, 6 avril 2016, n° 396247 : « la prise en compte, dans le chiffre d'affaires retenu pour déterminer le nombre minimal de pharmaciens assistants, du produit des activités commerciales annexes que le titulaire de l'officine fait, le cas échéant, le choix d'adjoindre à son activité sous monopole légal, ainsi qu'il y est autorisé par la loi, et qui sont nécessairement exercées au sein de la même entreprise et dans un même lieu, n'a pas davantage pour effet d'entraîner des sujétions constituant une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre des pharmaciens d'officine au regard de l'objectif de protection de la santé publique poursuivi »

61 CE, ch. réunies, 30 mai 2016, n° 387338, Leb.

62 civ. 3, 14 janvier 2016, n° 15-20286, Bull. s'agissant du régime de la propriété des chemins d'exploitation

63 soc., 4 février 2016, n° 15-21536, Bull.

64 Par ex. récemment, CE, 6 avril 2016, n° 394240, Leb. tables ; CE, ch. réunies, 18 mai 2016, n° 386810, Tables.

l'examen de la QPC pouvait être l'occasion d'une interprétation de la loi dans un sens conforme à la Constitution. Le recours à l'interprétation conforme comme obstacle au renvoi d'une QPC demeure problématique à différents égards⁶⁵. Il n'est pas propre à la jurisprudence bien entendu.

La méthode est parfois clairement perceptible, en particulier lorsque la Cour mentionne que les dispositions contestées « doivent être interprétées en ce sens que... » ou « qu'ainsi interprétées (elles) ne sont pas contraires (à la Constitution) »⁶⁶. On observe cette inclinaison lorsque la question, au-delà de la disposition législative ciblée, touche en réalité de nombreux autres textes, ce qui incite la Cour à répondre de manière générale par une sorte de réserve d'interprétation auto-directive⁶⁷. Du côté des parties, on voit se développer, parfois expressément dans la formulation des QPC⁶⁸, des demandes d'interprétation conforme auprès du juge de renvoi.

Cette méthode prend une forme particulière lorsque la Cour s'appuie sur la jurisprudence existante relative à la disposition contestée pour y déceler des directives d'interprétation que le juge doit mettre en œuvre. Ainsi, par exemple, s'agissant d'une disposition qui prévoit que le juge de l'expropriation doit tenir compte des accords amiables conclus entre l'expropriant et les divers titulaires de droits à l'intérieur du périmètre des opérations faisant l'objet d'une déclaration d'utilité publique, la Cour précise que le juge n'est pas lié par le prix résultant de ces accords et qu'il apprécie, dans l'exercice de son pouvoir souverain, l'ensemble des éléments de référence et les caractéristiques matérielles et juridiques du bien à évaluer et de ces accords⁶⁹.

Reste ouverte la question des interprétations divergentes que donneraient, de manière constante, les jurisprudences administrative et judiciaire. Une telle divergence peut légitimement être analysée comme un grief sérieux d'atteinte à l'égalité devant la loi. Le Conseil d'État a été récemment saisi d'une telle situation, en jugeant toutefois, au cas d'espèce, que la divergence ne portait pas sur l'objet précis du litige qui lui était soumis⁷⁰. Quant à la Cour de cassation, elle semble très attachée à ce que la critique porte exclusivement sur une interprétation de la loi et non sur une « contrariété de jurisprudence »⁷¹.

2. En second lieu, il semble désormais admis qu'une QPC puisse permettre à la Cour de cassation de faire évoluer sa propre jurisprudence, à droit constitutionnel constant. Elle peut ainsi, à l'occasion de l'examen d'une QPC, adapter l'interprétation qu'elle avait de la loi afin que cette nouvelle interprétation soit conforme aux exigences constitutionnelles et à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

65 Sur la question, voir not. nos observations in *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2014. Egal. A. VIALA, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, n° 4, p. 979, critiquant les réserves d'interprétation « à usage inversé » qui, pour les juges, ne sont « rien d'autre qu'une interprétation adressée à [eux-mêmes] ».

66 Par ex. Soc., 14 septembre 2012, n° 11-28.269.

67 Par ex. Soc., 9 mai 2014, n° 14-40.014, s'agissant des dispositions qui permettent au juge d'ordonner des mesures d'investigation ou d'instruction. Il est jugé que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle remet en cause [...] le droit pour le juge judiciaire de procéder à des mesures d'instruction lesquelles sont nécessairement soumises à un contrôle, par le juge qui les prononce, de leur utilité et de leur proportionnalité ».

68 2° civ., 27 février 2014, n° 13-23.107.

69 3° civ., 18 décembre 2014, n° 14-40.044 et 14-40.045.

70 CE, ch. réunies, 30 mai 2016, n° 387338, Leb.

71 Crim, 25 juin 2014, n° 13-87.224

Cette lecture « dynamique » de la doctrine du droit vivant repose sur la doctrine développée notamment par le Conseiller Nicolas Maziau⁷². Plusieurs exemples témoignent de l'efficacité de la technique. Elle avait été initiée par la chambre criminelle en 2011, elle est aujourd'hui généralisée à toutes les chambres, sauf la première chambre civile qui semble préférer renvoyer au Conseil constitutionnel.

Une évolution de jurisprudence en matière commerciale est à relever concernant un problème de prescription⁷³ où la chambre commerciale admet, dans un arrêt de non-renvoi, un principe général qui empêche de faire courir un délai, fût-il préfix, contre une personne dans l'impossibilité d'agir. Or, jusque-là, sans s'être expressément prononcée sur ce point, la Cour semblait hostile à cette exception⁷⁴.

Une autre évolution jurisprudentielle a été actionnée par la 2^e chambre civile concernant sa jurisprudence relative au point de départ du délai de prescription de l'action en restitution de cotisations. Il a été précisé que ce délai « ne peut commencer à courir avant la naissance de l'obligation de remboursement »⁷⁵.

Plus récemment, on peut mentionner un arrêt de la 1^{re} chambre civile qui prend acte d'une nouvelle computation du délai de prescription en matière de crédit immobilier, issue de sa propre jurisprudence, ce qui vide la question de constitutionnalité posée⁷⁶. On peut aussi mentionner le mouvement convergent – du Conseil d'État et de la Cour de cassation – qui élimine, dans l'interprétation qui en avait pu être retenue, tout automatisme en matière de sanction et présomption irréfutable de culpabilité⁷⁷.

Une QPC a été l'occasion pour la 3^e chambre civile d'apporter une précision, sinon de compléter l'interprétation faite d'un de ses précédents arrêts qui, concernant la recevabilité à agir d'une association syndicale, n'avait pas tranché la question de savoir si la publication des statuts pouvait intervenir postérieurement à l'expiration du délai de régularisation de deux ans prévu par la loi (ce qui, à l'époque, n'était pas nécessaire à la résolution de l'arrêt). Précisant en ce sens sa jurisprudence antérieure, la Cour « valide » son interprétation de la disposition litigieuse au regard du droit à un recours juridictionnel effectif⁷⁸.

Autre formule à relever, la cour peut transposer une réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel pour un article analogue. Elle a ainsi modifié sa jurisprudence et sa propre interprétation du texte à l'occasion de l'examen d'une QPC dont la nouvelle interprétation

72 N. MAZIAU, Le revirement de jurisprudence dans la procédure de QPC. Comment la Cour de cassation, dans son interprétation de la loi, s'inspire du Conseil constitutionnel dans son rôle d'interprète de la Constitution", *D.*, p. 1833.

73 Com., 5 septembre 2013, n° 13-40.034.

74 A. LIENHARD, « Relevé de forclusion : impossibilité d'agir dans le délai d'un an », *Daloz Actualité*, 11 septembre 2013.

75 2^e civ., 10 juillet 2014, n° 13-25.985.

76 Civ.1, 17 février 2016, n° 15-19803

77 CE, 22 avril 2016, n° 398087 ; Cass., crim., 5 avril 2016, n° 16-90002

78 3^e civ., 13 février 2014, n° 13-22.383.

rendant vaine la transmission⁷⁹. Ce phénomène s'appuie sur l'autorité substantielle des décisions du Conseil constitutionnel, ou l'autorité de chose interprétée qui irrigue de façon générale l'appréciation du sérieux du renvoi.

IV. La fusion du juge de renvoi avec le juge interprète ?

Tout ce qui vient d'être évoqué soulève l'inévitable interrogation de la fusion du juge de renvoi avec le juge interprète. Le juge du renvoi est-il un juge plein ? Autrement dit, Conseil d'État et Cour de cassation sont-ils « juge et partie » lorsqu'ils se prononcent sur la question de constitutionnalité de leur propre « jurisprudence » ? Etant précisé que la question se pose dans la mesure où les deux cours – « portiers » obligés et ultimes des QPC – disposent du monopole de renvoi, ce qui est une différence notable avec, par exemple, le système italien. Il leur revient en dernière analyse de transmettre ou pas l'interprétation qu'elles ont pu elles-mêmes donner.

La question est accrue avec le recours à l'interprétation conforme de la loi contestée *en l'absence* de toute interprétation précédente, alors que l'interprétation conduit à écarter la QPC en la neutralisant⁸⁰. Le juge peut-il créer de l'interprétation en sa qualité de juge de renvoi ? Le juge de renvoi, déjà maître de l'interprétation digne d'être contestée, est-il créateur de droit ? On peut au moins douter de ce que le filtrage des QPC ait vocation à développer de la jurisprudence, ce qui procède d'un environnement technique et chronologique différent, au risque aussi de dénaturer la procédure QPC et de prendre en traître le justiciable. Mais, d'un autre côté, jusqu'où peut-on reprocher aux juges de vouloir rendre leur jurisprudence conforme à la Constitution ?

Si l'on admet la thèse de la fusion, la question de l'objectivité se pose⁸¹. On sait que, dans la suite des positions des deux cours suprêmes⁸² qui repose sur l'invocation de leur qualité de juge constitutionnel, la Cour EDH a jugé conforme à la Convention le mécanisme du filtre des juridictions suprêmes propre à la procédure de la QPC. Dans l'arrêt « Renard c. France »⁸³, elle considère que le refus d'un renvoi motivé au regard des exigences organiques vise à réguler l'accès au Conseil constitutionnel et que sont donc non fondés les griefs tenant, notamment, au fait que l'examen par la Cour de cassation d'une QPC portant sur sa propre jurisprudence serait contraire à l'exigence d'impartialité. Pour autant, est-il satisfaisant que l'auteur de l'interprétation jurisprudentielle en soit le contrôleur habituel ?

79 Soc. 14 septembre 2012, n° 11-28.269 (visant l'article L. 2411-16° du code du travail) ; rappr. Cons. const., n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012 (concernant l'article L. 2411-13° du code du travail), s'agissant de la réserve selon laquelle la protection assurée au salarié titulaire de mandats de représentation ne saurait permettre au salarié protégé de se prévaloir d'une telle protection dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement. La transposition de la réserve concerne une autre catégorie de salariés protégés.

80 CE, 19 mai 2010, *Théron*, n° 33025. Le Conseil d'État interprète la disposition législative en cause au regard du droit de propriété, alors qu'elle était contestée sur le terrain de la présomption d'innocence. Voir égal. Cass, 14 septembre 2012, n° 11-28269 (interprétation conforme fondée sur une décision du Conseil constitutionnel) ; CE, 12 juin 2013, n° 367004.

81 Voir la contribution de Caterina Severino dans le présent ouvrage.

82 CE, 12 septembre 2011, *M^{me} Dion* : « contrairement à ce que soutiennent les requérants, la circonstance que le Conseil d'État a, dans ses formations contentieuses, fixé sur certains points l'interprétation à donner des dispositions législatives en litige, ne fait pas obstacle à ce qu'il statue, ainsi que le lui prescrit l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi au Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité qu'ils soulèvent et n'est, en tout état de cause, pas incompatible avec les stipulations des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

83 CEDH, n° 3569/12, n° 9145/12, n° 9161/12 et n° 37791/13, 25 août 2015, *Renard et a. c/ France*.

L'admettre revient à enrailler la mécanique de la QPC. Certes la procédure de QPC a été pensée pour et à travers la loi. Le contrôle de la jurisprudence n'a pas été un déterminant équivalent lors de sa conception, et cela explique en partie la polémique d'hier à l'égard de l'examen de l'interprétation jurisprudentielle et aujourd'hui les difficultés qui viennent d'être évoquées. Mais cela ne saurait signifier qu'elle ne peut, ni ne devrait, avoir la jurisprudence pour objet. Que le fonctionnement de cette procédure se soit établi pour se saisir d'une source politique (la loi) n'aide pas à lever définitivement le malaise qu'il y a, auprès de certains acteurs, à suspecter la jurisprudence d'être non conforme à la Constitution. En la matière, plus que des formules à inventer... inspirées des (contre-) expériences étrangères, il s'agit de prendre au sérieux la connaissance sur les sources du droit.

De même, le choix de renvoyer ou non les QPC portant sur la jurisprudence ne repose pas et ne saurait reposer seulement sur l'opposition entre volonté de respecter le rôle du Conseil constitutionnel et volonté de préserver l'indépendance jurisprudentielle du juge, mais également sur l'idée très pragmatique qu'il n'est pas opportun d'opérer un revirement par crainte d'une censure de sa jurisprudence alors que l'on n'est pas certain de la solution qu'adoptera le Conseil constitutionnel.