

AJDA 2010 p. 1023

La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne

Philippe Manin, Professeur émérite de l'université Panthéon-Sorbonne - Paris I

La question de la compatibilité du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, telle qu'elle résulte de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et de la loi organique du 10 décembre 2009, a été posée pendant l'élaboration de cette dernière, ainsi que le reflètent notamment les travaux préparatoires (v., not., P. Bon, La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, RFDA 2009. 1107  ; *La question prioritaire de constitutionnalité*, dir. D. Rousseau, Lextenso éd., Gaz. Pal. 2010).

En effet, alors que dans le premier état de la loi, la question de constitutionnalité n'était pas qualifiée de « prioritaire », dans le projet arrêté en conseil des ministres, l'article 23 était rédigé de la manière suivante : « La juridiction doit en tout état de cause, lorsqu'elle a été saisie de moyens contestant, de façon analogue, la conformité de la disposition à la Constitution et aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur la question de constitutionnalité, sous réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution ».

La réserve finale témoignait donc de la conscience que l'on avait, au niveau du gouvernement et de ses conseillers juridiques, que l'obligation de priorité pouvait poser un problème au regard des obligations découlant pour la France de sa participation à l'Union européenne.

Les amendements parlementaires ont fait disparaître la réserve.

Le problème a été posé aussi par les commentateurs (not. par D. Simon, revue Europe, mai 2009 ; L. Burgogue-Larsen, Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, RFDA 2009. 787  ; après l'adoption de la loi, B. Genevois, Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*, à propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 déc. 2009, RFDA 2010. 1  ; P. Cassia, dans l'ouvrage préc. [dir. D. Rousseau], p. 79 et s.).

L'adoption de la loi organique n'a pas fait disparaître cette interrogation et l'on pensait bien qu'un jour ou l'autre le débat rebondirait.

L'on ne s'attendait cependant pas à ce que, à la première occasion, la Cour de cassation soulevât le problème et le soumît, par le moyen classique et éprouvé de la question préjudicielle d'interprétation, à la Cour de justice de l'Union européenne  (1).

C'est pourtant bien l'objet de l'arrêt du 16 avril 2010, qui a suscité une certaine émotion et a même été jusqu'à attirer l'attention des grands moyens de communication (v. Le Monde, 23 avr. 2010, deux articles, très courts et très critiques, signés respectivement de P. Rr et des professeurs G. Carcassonne et N. Molfessis).

- M. Melki, en situation irrégulière en France, a fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière et d'une décision de maintien en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire.

Devant le juge des libertés et de la détention, qui était saisi par le préfet d'une demande de prolongation de la rétention, M. Melki a déposé un mémoire posant une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et soutenant que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale portait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Le juge des libertés et de la détention a décidé de transmettre la question de constitutionnalité à la Cour de cassation. Conformément aux dispositions de l'article 23-3 de la loi organique, il a sursis à statuer et ordonné la prolongation de la rétention de M. Melki pour quinze jours.

Statuant avec une grande célérité sur une ordonnance reçue le 29 mars, la Cour de cassation, le 16 avril, dans la formation prévue par l'article 23-6, sous la présidence du Premier président, a décidé, « avant dire droit », de saisir la Cour de justice de deux questions préjudicielles, en précisant que les éléments de la cause « justifieraient que la Cour de justice de l'Union européenne statuât en urgence ».

Par la première question, la Cour de cassation interroge la Cour de justice sur le point de savoir si l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'oppose aux articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance organique « en ce qu'ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union ».

La seconde question porte sur la compatibilité de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale avec l'article 67 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui traite, entre autres, de la libre circulation des personnes.

Le présent commentaire se limitera à ce qui relève de la première question.

- L'arrêt avant dire droit saisissant la Cour de justice de l'Union à titre préjudiciel constitue un « incident » dans le déroulement de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité.

La Cour de cassation a fait en sorte de le justifier de deux manières.

En premier lieu, elle a montré, notamment en rappelant, dans le dernier attendu, qu'elle ne disposait que d'un délai de trois mois pour décider du renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, que, par cet arrêt du 16, elle n'avait pas « statué » sur ce renvoi et qu'elle aurait à le faire en tout étant de cause avant l'expiration du délai.

Elle s'est ainsi prémunie contre le reproche que l'on pourrait lui faire de n'avoir pas, d'ores et déjà, respecté l'obligation de statuer « en priorité » sur le renvoi au Conseil constitutionnel qui lui est imposé par la loi organique.

En second lieu, elle a montré que l'argumentation de M. Melki, devant le juge des libertés et de la détention, posait à la fois un problème de constitutionnalité et un problème de conformité de la loi au droit communautaire, couramment appelé aujourd'hui problème de « conventionnalité ».

Ainsi, selon ce qu'indique le 3e attendu, « pour soutenir que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution, le demandeur invoque l'article 88-1 de celle-ci qui dispose que ?la République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007? ».

De même, selon le 4e attendu, le demandeur a déduit du fait que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale était contraire à l'article 67 du TFUE, qu'il était par là même contraire à la Constitution car « les engagements résultant du traité de Lisbonne, dont celui concernant la libre circulation des personnes, ont une valeur constitutionnelle au regard de l'article 88-1 de la Constitution ».

La Cour en a conclu, au deuxième paragraphe du 4e attendu, « qu'ainsi est posée la question de la conformité de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale à la fois au droit de

l'Union et à la Constitution de la République française ».

Elle a donc considéré que l'on se trouvait en présence du cas de figure visé par l'article 23-2 (et par l'article 23-5 lorsqu'il s'agit du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation) de la loi organique qui prévoit qu'« en tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation ».

La réponse que donnera la Cour de justice à la Cour de cassation, même si elle intervient avant l'expiration du délai, ne devrait vraisemblablement pas avoir d'incidence sur le déroulement de la présente procédure.

En effet, la Cour de cassation, qui, en l'état actuel des choses, n'a pas à statuer sur la conventionnalité de l'article 78-2 du code de procédure pénale et qui ne peut pas non plus censurer la décision de transmission du juge des libertés et de la détention car celle-ci, aux termes de l'article 23-2, « n'est susceptible d'aucun recours », n'aura de toute façon pas d'autre choix que de se prononcer sur le renvoi de la question au Conseil constitutionnel.

En revanche, cette réponse est susceptible de fournir pour l'avenir aux juridictions françaises des indications sur ce qu'elles peuvent ou doivent faire, sur le fondement du droit communautaire, lorsque sont soulevés devant elles à la fois un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi et un moyen tiré de son incompatibilité avec le droit de l'Union européenne.

- Il n'est pas interdit de penser que, devant la Cour de justice, comme c'est très souvent le cas, la question de la recevabilité des questions sera soulevée.

La jurisprudence de la Cour de justice sur la recevabilité des questions préjudicielles est très abondante et bien établie. La recevabilité est le principe.

En effet, « il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour [?]. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer » (CJCE 16 déc. 2008, *Michaniki AE*, aff. C-213/07, pts 32 et 33).

Il y a cependant des exceptions.

En effet, la Cour peut refuser de statuer sur une question préjudicielle « lorsqu'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire sollicitée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées » (*ibid.*, pt 34).

En l'espèce, l'on peut être tenté de prétendre qu'il y ait un certain caractère artificiel à la manière dont le litige initial a été utilisé pour permettre à la Cour de cassation de saisir la Cour de justice des questions préjudicielles en cause et, surtout, de la première.

L'on ne peut cependant raisonnablement soutenir que le litige initial ait été « monté » pour les besoins de la cause, comme la Cour de justice l'avait relevé dans une affaire qui sert toujours de référence (CJCE 11 mars 1980, *Foglia c/ Novello*, aff. C-104/79, Rec. CJCE I-745).

Il n'est pas non plus discutable que l'interprétation du droit communautaire ait « un rapport » avec la réalité ou l'objet du litige au principal.

Il est vrai cependant que la première question préjudicielle ne découle pas directement du litige initial et ne constitue qu'une sorte de « prolongement » créé à l'initiative de la Cour de cassation elle-même.

Mais la référence au passé montre que, dès la célèbre affaire *Van Gend en Loos*, la Cour de justice n'a jamais refusé - et l'on pourrait presque dire au contraire - de statuer sur une question générale de rapport entre le droit communautaire et le droit national que le juge national estimait induite par la discussion de fond générée par le litige (CJCE 5 févr. 1963, aff. C-26/62, Rec. CJCE I-1).

Pour en donner un exemple récent, dans l'affaire *Filipiak*, la Cour, saisie à la fois d'une question portant sur la compatibilité d'une réglementation fiscale nationale avec le droit communautaire et d'une question portant sur la portée du principe de primauté du droit communautaire, a estimé que la seconde question s'inscrivait « dans le prolongement de la première » et qu'il n'apparaissait « pas de manière manifeste que l'interprétation demandée (n'avait) aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal » (CJCE 19 nov. 2009, aff. C-314/08, pts 43-45).

Dans la présente espèce, il serait difficile de prétendre que l'interprétation demandée, tant par la première question que par la seconde, n'a « manifestement » aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige.

Dès lors, les risques d'irrecevabilité paraissent faibles.

- La première question préjudicielle porte, comme l'indique le dispositif, sur la compatibilité des dispositions de la loi organique avec l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui prévoit que toute juridiction nationale « peut » - et, lorsqu'il s'agit d'une juridiction statuant en dernier ressort, « doit » - lorsqu'est soulevée devant elle une question relative à l'interprétation du traité ou à la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union, saisir la Cour de justice de l'Union d'une question préjudicielle.

L'on peut comprendre que la Cour de cassation, ayant elle-même utilisé cette procédure dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, ait éprouvé le besoin d'être rassurée sur le bien-fondé de sa décision.

Mais la question posée va bien au-delà du cas d'espèce.

Pour justifier son interrogation, la Cour de cassation a indiqué, dans le troisième paragraphe du quatrième attendu : « Que l'article 62 de la Constitution disposant que les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours et qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, les juridictions du fond se voient privées, par l'effet de la loi organique du 10 décembre 2009, de la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne avant de transmettre la question de constitutionnalité ; que, si le Conseil constitutionnel juge la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne, elles ne pourront plus, postérieurement à cette décision, saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle »,

« Que, de même, aux termes de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre sur le Conseil constitutionnel, telle que modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, la Cour de cassation ne pourrait non plus, en pareille hypothèse, procéder à une telle saisine malgré les dispositions impératives de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

Aux termes des articles 23-2 et 23-5 de la loi organique, les juridictions françaises ont l'obligation de se prononcer par priorité sur la « transmission » de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation et, lorsqu'il s'agit de ces deux dernières juridictions, sur le « renvoi » de cette question au Conseil constitutionnel.

Dans sa décision du 3 décembre 2009, constatant la conformité de la loi organique à la Constitution, le Conseil constitutionnel a indiqué que « cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie » (la commission des lois du Sénat a indiqué de son côté que « la question de constitutionnalité est distincte de celle de conformité avec le droit communautaire, pour laquelle il existe une voie de droit spécifique, à savoir la question préjudicielle », Rapport n° 637, 29 sept. 2009, p. 27 ; selon Marc Guillaume : « Le caractère ?prioritaire? de la QPC est ainsi une question d'ordre d'examen procédural. Il n'empêche en rien qu'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) soit posée en même temps ou dans un second temps, c'est même un devoir pour les juridictions statuant en dernier ressort lorsqu'elles rencontrent des difficultés d'interprétation dans le droit communautaire » : « La question prioritaire de constitutionnalité », texte d'une intervention publiée sur le site du Conseil constitutionnel, p. 16).

Comme le montre précisément l'arrêt de la Cour de cassation, en prenant une décision « avant dire droit », cette juridiction ne s'est prononcée sur aucun des « moyens » soulevés, tant sur celui tiré de l'inconstitutionnalité que sur celui tiré de la non-conformité aux engagements internationaux de la France.

Par ailleurs, s'agissant des juridictions régies par l'article 23-3, la loi dispose que, nonobstant le « sursis à statuer », « le cours de l'instruction n'est pas suspendu ».

La saisine de la Cour de justice d'une question préjudicielle - qui, par hypothèse, ne peut porter que sur le droit de l'Union - fait partie de « l'instruction » du litige.

L'on ne peut donc déduire de la loi organique que la question prioritaire de constitutionnalité supprime ou restreigne le droit des juridictions de saisir la Cour de justice avant que le Conseil constitutionnel ne se prononce.

Même si l'on peut penser qu'il est préférable que les questions préjudicielles, le cas échéant, soient posées avant celle-ci, l'intervention de la décision du Conseil constitutionnel n'interdit pas, non plus, aux juridictions de saisir la Cour de justice.

Contrairement à la formule employée par l'arrêt, dont on peut trouver l'explication par la raison qui sera donnée plus loin, le Conseil constitutionnel n'a pas à se prononcer sur la conformité de la disposition législative attaquée « au droit de l'Union européenne », mais seulement à la Constitution.

Le fait qu'il déclare, le cas échéant, la disposition en cause conforme à la Constitution n'épuise pas nécessairement le débat sur sa conformité au droit de l'Union. Dès lors, le besoin de poser une question préjudicielle à la Cour de justice peut persister après la décision du Conseil.

La nécessité d'une saisine préjudicielle de la Cour de justice pourrait persister alors même que le Conseil constitutionnel aurait prononcé l'abrogation de la disposition législative contestée.

Il résulte en effet de l'article 62, 2e alinéa de la Constitution que la disposition inconstitutionnelle est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil.

Or, la loi peut avoir produit des effets avant son abrogation.

Le juge saisi du litige peut donc estimer utile de savoir si, nonobstant son abrogation, la loi était ou non contraire au droit de l'Union.

La réponse de la Cour de justice peut donc être encore utile à la solution du litige.

En tout état de cause, la Cour de cassation peut trouver dans le droit de l'Union lui-même toutes les raisons de penser que les dispositions de la loi organique ne peuvent aboutir à une restriction du droit des juridictions françaises de saisir la Cour de justice de l'Union à titre

préjudiciel.

La Cour de justice a en effet affirmé de façon itérative que « selon une jurisprudence constante, il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour » (arrêts 15 déc. 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. CJCE I-4921, pt 59 ; 15 juin 2006, *Acereda Herrera*, aff. C-466/04, Rec. CJCE I-5341, pt 47 ; 31 janv. 2008, *Centro Europa 7*, aff. C-380/05, Rec. CJCE I-349, pt 52 ; 16 déc. 2008, *Michaniki AE*, préc., pt 32).

Il découle donc clairement du droit de l'Union que tout juge doit pouvoir saisir, au moment qui lui paraît le plus opportun, la Cour de justice de l'Union d'une ou de plusieurs questions préjudicielles.

Toute disposition du droit national qui tendrait à limiter ce droit serait elle-même contraire au droit de l'Union et devrait être écartée par le juge concerné, comme l'avait jugé la Cour dès le célèbre arrêt *Costa c/ ENEL* (CJCE 15 juill. 1964, aff. C-6/64, Rec. CJCE I-1141).

La Cour a aussi indiqué que : « L'existence en droit interne d'une règle liant les juridictions à l'appréciation portée en droit par une juridiction de degré supérieur ne saurait, de ce seul fait, les priver de la faculté prévue à l'article 177 (267) de saisir la Cour de justice » (CJCE 16 janv. 1974, *Rheinmühlen*, aff. C-166/73, Rec. CJCE I-33, pts 2 et 3).

La réponse de la Cour de justice devrait, selon toute vraisemblance, rappeler ces principes, voire les préciser pour les adapter à la situation particulière de l'instance.

- Si le libellé de la première question met l'accent sur la question préjudicielle, plusieurs motifs de l'arrêt montrent que la Cour de cassation se pose - et pose à la Cour de justice - un problème plus large et, en définitive, beaucoup plus délicat.

En effet, dans le deuxième paragraphe du cinquième attendu, elle a déduit de l'article 23-2, sans faire référence à la question préjudicielle, qu'il « résulte de ce texte que les juges du fond ne peuvent pas statuer sur la conventionnalité d'une disposition légale avant de transmettre la question de constitutionnalité ».

Dans le quatrième paragraphe de ce même attendu, elle a fait état de ce que, si le Conseil constitutionnel juge la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne, la Cour de cassation ne pourrait plus, non seulement saisir la Cour d'une question préjudicielle, mais également plus « se prononcer sur la conformité du texte au droit de l'Union ».

Dans le paragraphe suivant, elle a posé globalement à la Cour de justice la question de la conformité au droit de l'Union de la loi organique en ce qu'elle impose aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité.

C'est donc en fait la question de la compatibilité des dispositions de la loi organique avec le principe de primauté du droit communautaire qui est posée.

L'on peut souhaiter que la Cour de justice, soucieuse de donner aux juridictions nationales toutes les indications nécessaires pour assumer pleinement leur fonction de juges d'application du droit de l'Union, se saisisse de cet aspect du problème.

La jurisprudence de la Cour de justice fournit d'ores et déjà des éléments de réponse très substantiels. Elle peut néanmoins encore être affinée.

Dans la célèbre affaire *Simmenthal*, déjà maintes fois citée par les commentateurs, la Cour de justice a répondu au juge italien du premier degré qui l'avait saisie de la question de savoir s'il était tenu, comme lui prescrivait la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, de surseoir à

statuer sur la question de l'incompatibilité entre le droit italien et le droit communautaire et de renvoyer la question à cette Cour qu'« en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des dispositions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des Etats membres...de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante [?]. Tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire » (CJCE 9 mars 1978, aff. C-106/77, pt 21).

La décision *Simmenthal* a été renforcée par des décisions ultérieures.

La Cour en a fait, en effet, un des éléments du principe fondamental selon lequel « il incombe [...] aux juridictions des Etats membres, par application du principe de coopération énoncé à l'article 10 CE, d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire » (CJCE 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, pt 38).

Elle a également été précisée pour l'adapter à d'autres situations.

Ainsi, dans une affaire beaucoup plus récente, la Cour, ayant noté qu'il ressortait de la décision de renvoi qu'en vertu du droit national (Allemagne), la juridiction de renvoi ne pouvait laisser inappliquée une disposition en vigueur de la législation nationale sans que cette disposition ait été au préalable déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle fédérale, a estimé que « la nécessité de garantir le plein effet du principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78/CE, implique que le juge national doit, en présence d'une disposition nationale entrant dans le champ d'application du droit de l'Union qu'il estime incompatible avec ledit principe et dont une interprétation conforme à celui-ci s'avère impossible, laisser cette disposition inappliquée, sans être ni contraint ni empêché de saisir au préalable la Cour d'une demande de décision préjudicielle » (CJUE 19 janv. 2010, *Seda Küçükdeveci*, aff. C-555/07, pt. 53).

Dans l'affaire *Filipiak*, la Cour de justice avait à apprécier la compatibilité au droit de l'Union d'une décision de la Cour constitutionnelle polonaise de reporter la date à laquelle des dispositions fiscales contraires au droit de l'Union perdraient leur force obligatoire.

Se référant expressément à la jurisprudence *Simmenthal*, elle a indiqué que « dans une situation telle que celle du requérant au principal, le report par le *Trybunał Konstytucyjny* de la date à laquelle les dispositions litigieuses perdront leur force obligatoire ne fait pas obstacle à ce que la juridiction de renvoi, conformément au principe de la primauté du droit communautaire, n'applique pas ces dispositions dans le cadre du litige dont elle est saisie si elle les juge contraires au droit communautaire »(v. pts 83 à 85).

Dans une affaire non encore jugée dans laquelle le problème posé, en Allemagne, est celui, en raison d'une décision du tribunal constitutionnel, du maintien à titre transitoire et exceptionnel, « afin de ne pas créer une lacune légale inacceptable », d'une disposition relative aux paris sportifs dont l'incompatibilité avec le droit de l'Union est avérée, l'avocat général Yves Bot a proposé à la Cour de dire que, nonobstant la décision du Tribunal constitutionnel, le juge saisi du litige devait décider de laisser inappliquée la disposition litigieuse (concl. du 26 janv. 2010 dans l'affaire *Winner Wetten GmbH c/ Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, aff. C-409/06).

A cette occasion, il a parfaitement résumé ce qu'il faut, pour l'essentiel, tirer de la jurisprudence *Simmenthal* et des arrêts qui ont suivi.

Tout d'abord, « serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de

faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires » (pt 99).

En second lieu, « le contrôle de constitutionnalité et celui de la conformité au droit communautaire doivent pouvoir produire leurs effets sans entrer en opposition l'un avec l'autre » (pt 72).

Dans son arrêt, la Cour de cassation a souligné le fait que le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité empêche les juges de statuer sur la conventionnalité aussi longtemps que la question de constitutionnalité n'a pas été tranchée.

Ceci découle en effet du sursis à statuer qui, bien qu'assorti d'exceptions (la règle du sursis à statuer ne s'applique pas lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance, ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté ; la juridiction concernée a également la faculté de ne pas surseoir à statuer lorsque la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence) et d'un tempérament (la juridiction « peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires »), s'impose au juge à titre de principe.

La réponse que donnera la Cour de justice pourra fournir des indications sur le point de savoir si, le cas échéant, la priorité de la question constitutionnelle est de nature à contrarier la mise en oeuvre du principe de primauté du droit de l'Union.

Il a déjà été relevé que la formule utilisée par la Cour de cassation, dans le troisième paragraphe du 4<sup>e</sup> attendu, mentionnant l'hypothèse que « le Conseil constitutionnel juge la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne [?] » était surprenante.

En effet, l'article 61-1 de la Constitution confie au Conseil constitutionnel compétence pour vérifier qu'une disposition législative ne porte pas atteinte aux « droits et libertés que la Constitution garantit ».

Dans sa décision du 3 décembre 2009, le Conseil a lui-même indiqué que la priorité conférée à la question de constitutionnalité « ne restreint pas la compétence de cette dernière (la juridiction saisie du litige), après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne » (pt 14).

Dès lors, *a priori*, la référence à la décision *Simmenthal*, dans laquelle avait été jugé non conforme au droit communautaire le fait que seule la Cour constitutionnelle puisse juger de la conformité de la loi au droit communautaire, paraît hors de propos.

Par ailleurs, la décision que prend le Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité n'est pas, *a priori*, de nature à conditionner la décision que prendra le juge ordinaire sur la conventionnalité.

En effet, si, à l'issue de l'examen d'une question prioritaire, il n'est pas constaté d'inconstitutionnalité, le juge ordinaire se retrouve en position de juger que la disposition en cause est ou non compatible avec le droit de l'Union.

Même si la disposition en cause est jugée inconstitutionnelle et abrogée à compter de la publication de la décision, le juge saisi du litige est encore en position de s'interroger sur sa conventionnalité en raison des effets produits et maintenus, le cas échéant, avant l'abrogation.

Il ne semble donc pas non plus que la décision *Kücükdeveci* puisse être utilement invoquée.

Cependant, la phrase précitée doit être reliée à la formulation de la fin de la première question

préjudicielle qui vise le cas où le requérant « se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union ».

La Cour de cassation envisage donc l'hypothèse où le moyen de constitutionnalité et le moyen de conventionnalité seraient tellement liés l'un à l'autre qu'en statuant sur le premier, le Conseil constitutionnel prédéterminerait nécessairement la décision du juge saisi du litige sur le second.

La crainte de la Cour de cassation semble pouvoir être reliée à la manière dont, dans le cas d'espèce, M. Melki a formulé son argumentation.

En effet, selon ce que rapporte l'arrêt, l'intéressé, prétendant que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à l'article 67 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, « en déduit que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution » (3<sup>e</sup> attendu, 2<sup>e</sup> §).

Dans le cas précis, l'argumentation du requérant procède d'une erreur de méthode et d'une mauvaise compréhension du principe de primauté du droit communautaire.

En effet, conformément audit principe, le moyen tiré de l'incompatibilité d'une disposition législative avec le droit de l'Union suffit, s'il est fondé, à obtenir du juge qu'il la laisse inappliquée.

Il n'est donc pas utile de le rattacher à l'inconstitutionnalité de la loi.

Mais il est vrai que, dans le cas d'espèce, l'invocation de l'article 67 du TFUE, qui contient un certain nombre de règles en matière de libre circulation des personnes, permet de différencier suffisamment le moyen tiré de la contrariété avec le droit communautaire, du moyen, beaucoup plus large et imprécis, tiré de ce qu'il serait porté atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Il n'est cependant pas certain qu'il puisse toujours en être ainsi.

L'on peut en particulier se demander si, au moins dans certains cas, le moyen tiré de ce qu'une loi porterait atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et le moyen tiré de ce que cette loi serait contraire à un principe général du droit communautaire, n'arriveraient pas à se confondre.

Dès lors, dans une telle situation, le Conseil constitutionnel pourrait-il maintenir le principe rappelé par Yves Bot sur la séparation nécessaire du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité ?

Ne pourrait-on pas prétendre que, dans certains cas au moins, la décision du Conseil constitutionnel serait susceptible de « prédéterminer » celle du juge chargé de statuer sur la conventionnalité, en contradiction avec le principe posé par la décision *Kücükdeveci* ?

Après tout, dans sa décision du 3 décembre 2009, en affirmant, après avoir interprété la loi organique, que celle-ci « ne méconnaît ni l'article 55 de la Constitution, ni son article 88-1 aux termes duquel : « La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 », le Conseil constitutionnel, sous couvert de ne se prononcer que sur la constitutionnalité, s'est aussi prononcé sur la conformité de la loi aux engagements internationaux de la France.

La manière dont la Cour de cassation a rédigé la fin de sa question préjudicielle devrait amener la Cour de justice à apporter au juge national de précieuses indications sur ce qu'il peut et doit faire, sur la base du droit communautaire, face à une telle situation.

- La question prioritaire de constitutionnalité crée encore un risque d'incompatibilité avec le principe de primauté qui ne ressort pas de l'arrêt de la Cour de cassation.

En effet, l'article 62 de la Constitution donne pouvoir au Conseil, lorsqu'il constate que la loi est inconstitutionnelle, de déclarer la loi abrogée à une date ultérieure à sa propre décision.

En outre, il est entendu que, contrairement aux effets ordinaires d'une nullité, la loi n'est pas abrogée *ab initio* et que le Conseil constitutionnel doit déterminer, « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

Etant donné que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les juridictions administratives et judiciaires, celles-ci, dans l'une ou l'autre des deux hypothèses, pourraient s'estimer contraintes de continuer d'appliquer la loi aussi longtemps que la date fixée pour son abrogation n'est pas arrivée ou d'appliquer certains effets de la loi déterminés par le Conseil constitutionnel.

Elles pourraient donc s'estimer empêchées, dans le cas où la loi serait également incompatible avec le droit de l'Union, de la déclarer inapplicable au litige.

La contradiction avec la jurisprudence *Filipiak* serait alors patente.

La difficulté n'est certes que potentielle et a toute chance de n'apparaître que de manière tout à fait exceptionnelle.

Elle n'en est pas moins réelle et renforcée par le fait qu'elle repose non sur la loi organique mais sur la Constitution elle-même.

En effet, si les juges français s'estiment autorisés à écarter l'application d'une loi contraire au droit communautaire, ils ne s'estiment pas autorisés à écarter l'application d'une disposition constitutionnelle.

L'on retrouve donc le problème non résolu, mais masqué la plupart du temps, de l'opposition entre la Cour de justice de l'Union, pour qui un Etat ne peut même pas invoquer une disposition de nature constitutionnelle pour ne pas respecter une obligation découlant des traités et les juridictions des Etats qui se considèrent en tout état de cause comme liées par leur Constitution (S. Pinon, Les démêlés du juge constitutionnel et du juge administratif avec le principe de primauté du droit communautaire, AJDA 2008. 1077 ) .

- En définitive, et même si l'on peut penser que, sur certains points, l'arrêt reflète des craintes excessives, il est certain que la question de la compatibilité pleine et entière du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité avec le droit de l'Union se pose.

La Cour de cassation a eu le mérite - au risque de s'exposer à des reproches injustifiés - de poser d'emblée le problème et d'en saisir la Cour de justice.

Il convient maintenant d'attendre l'arrêt.

Bien entendu, celui-ci ne pourra consister en une « condamnation » ou en une « approbation » des dispositions françaises.

En réponse à une question préjudicielle, la Cour peut seulement dégager de l'interprétation du droit communautaire les éléments qui sont susceptibles d'être utiles au juge national.

L'on ne peut savoir à l'avance si la Cour optera pour une réponse minimaliste et s'en tiendra à la réaffirmation de principes déjà parfaitement établis ou si elle ira plus loin.

Quoi qu'il en soit, il faut être conscient du fait qu'avec la question prioritaire, le contrôle de constitutionnalité a pris, en France, une tout autre dimension que celle qu'il a eue jusqu'à

présent.

Le « Conseil » constitutionnel va peu à peu devenir une « cour » constitutionnelle.

Dans d'autres situations, les juges français - et pas uniquement la Cour de cassation et le Conseil d'Etat - seront amenés à interroger à nouveau la Cour de justice.

Il est bon que la Cour de cassation ait rappelé que la Constitution française ne constitue pas le seul système juridique de référence.

**Mots clés :**

PROCEDURE CONTENTIEUSE \* Cour de justice de l'Union européenne \* Demande préjudicielle \* Primauté du droit de l'Union \* Question prioritaire de constitutionnalité \* Procédure \* Caractère prioritaire \* Compatibilité avec le droit de l'Union européenne

(1) Le même jour, la Cour de cassation a rendu un autre arrêt identique à celui qui est reproduit.