

# SÉLECTION DE JURISPRUDENCE

## QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

### *La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ?*

Transmission à la CJUE - Conformité de la loi organique du 10 décembre 2009 au droit de l'Union

La question de la conformité au droit de l'Union de la loi organique du 10 décembre 2009, en ce qu'elle impose aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question prioritaire de constitutionnalité, doit être posée, à titre préjudiciel, à la Cour de justice de l'Union européenne.

Cass., 16 avr. 2010, n° 10-40002 : QPC transmise par TGI Lille, 25 mars 2010 - Transmission à la CJUE - M. Lamanda, prem. prés. ; M<sup>mes</sup> Favre, Collomp, MM. Louvel, Charruault, Loriferno, prés. ; M. Cachelot, cons. doyen f.f. prés., M. Falcone, cons. rapp. ; M. Bargue, cons. ; M. Domingo, av. gén. - SCP Waquet, Farge et Hazn, av. 11440



Par Dominique  
**ROUSSEAU**  
Professeur à l'université  
de Montpellier 1

Et David LÉVY  
Chargé d'enseignement à  
la faculté de droit Jean  
Monnet  
université Paris-Sud 11

« Pour se venger du Roi qui leur avait ravi leur autorité, les Parlements de l'Ancien Régime lui imposèrent de convoquer les États-Généraux ; transformés aussitôt en Assemblée nationale, les États-Généraux envoyèrent à la mort et les juges et le Roi ». Ainsi parle Chateaubriand dans les Mémoires d'outre-tombe. En appelant à l'aide la Cour de Luxembourg contre le constituant et le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation ne prend-elle pas un risque inconsidéré ? Par son arrêt du 16 avril, en effet, la Cour pose ouvertement la question de la validité du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité au regard du traité de Lisbonne en déci-

dant de saisir la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle sur laquelle il lui est demandé de statuer en urgence. Au terme d'un raisonnement critique, la Cour discute ainsi le principe même de la réforme entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010 et, au-delà, la primauté de la Constitution de 1958 dans notre ordre juridique.

Les faits : un ressortissant algérien en situation irrégulière sur le territoire français ayant fait l'objet d'un contrôle de police en application des dispositions de l'article 78-2, alinéa 4, du Code de procédure pénale (C. pr. pén.) se voit notifier un arrêté de reconduite à la frontière et est placé en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. Le 23 mars 2010, à l'occasion d'une instance au cours de laquelle le préfet demande la prolongation de cette rétention, il soulève devant le juge des libertés et de la détention (JLD) du TGI de Lille une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) contestant la validité des dispositions précitées du Code de procédure pénale en tant qu'elles portent atteinte aux droits et libertés que lui garantit la Constitution. Cette QPC est transmise à la Cour de cassation par ordonnance du JLD le 29 mars 2010. Le 16 avril, la Cour juge que l'obligation qui lui est faite d'examiner en premier une question de constitutionnalité est contraire aux « dispositions impératives » de l'article 267 du traité de Lisbonne qui pose la priorité d'application du droit communautaire ; et, en conséquence, avant dire droit, elle

pose à la CJUE la question préjudicielle de l'euro-compatibilité de l'examen prioritaire de constitutionnalité et lui demande de statuer en urgence. Ce renvoi est juridiquement infondé (I) et juridictionnellement risqué (II).

#### I. UN RENVOI JURIDIQUEMENT INFONDÉ

En voulant à tout prix justifier la question préjudicielle, la Cour de cassation ignore les conditions du filtre commandant la validité d'une QPC qu'elle pouvait écarter (A) et s'engage sur le terrain contestable de l'affirmation de la supériorité du traité de Lisbonne sur la Constitution (B).

##### A. L'absence de changement des circonstances de droit depuis la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 1993

Dans son examen de la recevabilité d'une QPC, la Cour de cassation doit vérifier, notamment <sup>(1)</sup>, que la disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel (Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, art. 23-4). Or, en l'espèce, le Conseil a expressément jugé, dans sa décision du 5 août 1993 <sup>(2)</sup>, que l'article 78-4 C. pr. pén., en ce qu'il permet des contrôles d'identité à l'intérieur d'une portion de territoire national comprise entre la frontière terrestre et une ligne tracée à 20 km en deçà, était conforme à la Constitution.

Sans doute, la loi organique permet à la Cour de déclarer la QPC recevable si, depuis la décision du Conseil, un changement des circonstances de fait et de droit est intervenu. Sous ce rapport, la Cour a cru pouvoir considérer que le traité de Lisbonne avait changé les conditions de droit dans la mesure où son article 67 prévoit « l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et ne reprend pas la dérogation au principe de libre circulation résultant de la réserve de l'ordre public ou de la sécurité nationale contenue dans la Convention de Schengen du 19 juin 1990 ». Il est vrai que cet article 67 ne reprend pas en son sein la dérogation prévue par Schengen ; mais, le protocole 19 au traité de Lisbonne énonce très clairement que « les hautes parties contractantes souhaitent préserver l'acquis de Schengen tel que développé depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam ». Or, dans cet « acquis », figure évidemment la dérogation pour cause d'ordre public et la Cour n'était pas juridiquement

(1) V. D. Rousseau (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso éditions, Guide pratique, 2010, spéc. p. 85 suiv.

(2) Cons. const., 5 août 1993, n° 93-323 DC, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, Rec. p. 213.

fondée à considérer que les circonstances de droit avaient changé depuis la décision du Conseil de 1993.

Ces arguments justifiaient que la Cour de cassation s'entienne à la vérification de la recevabilité de la QPC afin de la repousser. Elle a cependant choisi une autre voie la conduisant à méconnaître la hiérarchie des normes en droit interne.

## B. L'incompétence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de conventionnalité

Dans son arrêt, la Cour fonde son renvoi à la Cour de Luxembourg sur le motif « *que si le Conseil constitutionnel juge la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne, les juges du fond ne pourront plus, postérieurement à cette décision, saisir la CJUE d'une question préjudicielle* ». Mais, il est de jurisprudence constante que, depuis la décision IVG du 15 janvier 1975, le Conseil se déclare incompétent pour apprécier la conformité d'une loi à un traité international et qu'il a renvoyé cette compétence aux... juridictions judiciaire et administrative qui s'en sont saisis par les arrêts *Jacques Vabre*<sup>(3)</sup> et *Nicolo*<sup>(4)</sup>. Et la QPC n'a rien changé à cette répartition des compétences : au Conseil constitutionnel le contrôle de constitutionnalité, à la Cour de cassation et au Conseil d'État le contrôle de conventionnalité. Dès lors, rien n'interdit aux cours suprêmes d'examiner au regard du droit conventionnel et, le cas échéant, d'écarter une disposition législative déclarée conforme à la Constitution ; leur seule obligation est de respecter l'ordre chronologique des deux examens défini par le législateur organique.

Au demeurant, cet ordre est conforme aux jurisprudences convergentes du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation<sup>(5)</sup> et du Conseil d'État<sup>(6)</sup> qui, dans l'ordre interne, posent la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes. À ce titre, il est surprenant que, dans ses visas, la Cour cite en premier le traité de Lisbonne et en second la Constitution. Surprenante également l'interprétation qu'elle donne de l'article 88-1 de la Constitution. Dans sa décision du 19 novembre 2004<sup>(7)</sup>, le Conseil en a déduit comme seule exigence constitutionnelle celle de la transposition des directives et de leur respect par la loi de transposition<sup>(8)</sup>. Si la Cour estimait que l'article 78-2 C. pr. pén. était contraire au principe communautaire de libre circulation, elle devait en tirer la conclusion logique que ce n'était pas une question de constitutionnalité mais de droit communautaire qu'elle pouvait elle-même traiter.

## II. UN RENVOI JURIDICTIONNELLEMENT RISQUÉ

La saisine de la CJUE est risquée au regard du principe de l'autonomie procédurale (A). Quelle que soit la décision, la Cour de cassation risque d'en sortir affaiblie (B).

### A. L'oubli risqué du principe de l'autonomie procédurale

En renvoyant l'affaire en urgence devant la Cour de Luxembourg, la Cour de cassation préjuge qu'elle lui donnera raison au regard de l'arrêt *Simmenthal*<sup>(9)</sup> qui fait obligation au juge national de laisser au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition de la législation nationale contraire au droit de l'Union sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci. Mais, ce faisant, la Cour de cassation oublie une autre jurisprudence de Luxembourg qui reconnaît que le principe de primauté du droit européen n'oblige pas le juge national à appliquer d'office une disposition communautaire lorsqu'il existe dans le droit procédural national une voie de droit équivalente et aussi efficace pour le justiciable<sup>(10)</sup>.

Sur la base de ce principe de l'autonomie procédurale, la loi belge du 6 janvier 1979 sur la Cour constitutionnelle dispose que « *lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi ou un décret viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par la constitution et par une disposition de droit européen, le juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle* ». Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, il n'est pas discutable que la libre circulation est un droit fondamental garanti aussi bien par la Constitution française<sup>(11)</sup> que par le droit européen et qu'en conséquence le principe communautaire de l'autonomie procédurale s'applique.

### B. L'oubli risqué des conséquences de l'arrêt de la Cour de Luxembourg

En admettant que la CJUE statue en urgence, elle peut soit donner tort à la Cour de cassation, soit lui donner raison et condamner le principe de l'examen prioritaire de la question de constitutionnalité. Dans la première hypothèse, la Cour perd son combat et doit se soumettre au mécanisme de la QPC validé par Luxembourg ; elle sort évidemment affaiblie de cette épreuve d'autant que ses premières décisions de rejet avaient déjà été critiquées comme une manifestation de « mauvaise humeur » à l'égard de la nouvelle procédure<sup>(12)</sup>. Et elle offre au Conseil d'État le rôle avantageux d'une Cour suprême loyale et coopérative puisqu'il a déjà transmis au Conseil constitutionnel trois des quatre QPC examinées<sup>(13)</sup>.

Dans la seconde hypothèse, la Cour gagne... et le législateur organique est donc obligé de revoir le régime de la QPC, de supprimer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité et d'imaginer un autre mécanisme. Et, puisque la Cour de cassation aura démontré que l'examen de constitutionnalité et l'examen de conventionnalité ne peuvent pas être chronologiquement séparés, le législateur serait fondé à dire qu'ils seront exercés ensemble et par un même juge, le Conseil constitutionnel ! ●

(3) Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13556.

(4) CE, ass., 19 octobre 1989, n° 108-243, *Nicolo*.

(5) Cass., ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60274, *Mlle Fraisse* : D. 2000, p. 180.

(6) CE, ass., 30 oct. 1998, req. n° 200286 et 200287, *M. Sarrazin, M. Levacher et a.* : AJDA 1998, p. 962 et p. 1039 chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; RFDA 1998, p. 1081 concl. C. Maugüé ; RFDA 1998 p. 1094 note D. Allard ; RFDA 1999 p. 57 et s., notes L. Dubouis, B. Mathieu et M. Verpeaux, O. Gohin.

(7) Cons. const., 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* : Rec. p. 173.

(8) V. par ex. Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. p. 120.

(9) CJCE, 9 mars 1978, n° 106/77, *Simmenthal*.

(10) V. par ex. CJCE, 25 nov. 2008, n° C-455/06, *Heemskerk*, JOUE 21/03/2009, C 69 p. 4.

(11) V. par ex. Cons. const., 12 juill. 1977, n° 79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec. p. 31 ; Cons. const., 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* : Rec. p. 45.

(12) V. D. Rousseau, « la QPC, c'est bien parti ! » *Gaz. Pal.*, 13 avr. 2010, p. 9, 11253 ; P. Cassia, « Premières QPC devant la Cour de cassation », *JCP G*, 5 avr. 2010, n° 14, p. 694.

(13) V. les décisions du Conseil d'État du 14 avr. 2010 : CE, 14 avr. 2010, n° 323830, *Union des familles en Europe* ; CE, 14 avr. 2010, n° 329290, *M. L.* ; CE, 14 avr. 2010, n° 336753, *M. et M<sup>me</sup> L.*

## EXTRAITS DE L'ARRET

La Cour,

*Vu l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;*

*Vu l'article 61-1 de la Constitution ;*

*Vu les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 ;*

*[...]* ;

*Attendu que, le 25 mars 2010, le juge des libertés et de la détention a ordonné la transmission à la Cour de cassation de la question suivante : « l'article 78-2, alinéa 4, du Code de procédure pénale, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution de la République française ? » et ordonné la prolongation de la rétention de M. A. pour une durée de quinze jours ; que cette ordonnance a été reçue à la Cour de cassation le 29 mars 2010 ;*

*Attendu que 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'États 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 » ;*

*Qu'il fait valoir que 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, et que l'article 78-2, alinéa 4, du Code de procédure pénale qui autorise des contrôles aux frontières de la France avec les États membres est contraire au principe de libre circulation des personnes posé par l'article 67 du Traité de Lisbonne qui prévoit que l'Union assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures ; qu'il en déduit que l'article 78-2, alinéa 4, du Code de procédure pénale est contraire à la Constitution ;*

*Attendu que l'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 prévoit notamment que « l'Union... assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures », que cette disposition ne reprend pas la dérogation au principe de libre circulation résultant de la réserve de l'ordre public ou de la sécurité nationale contenue dans la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990 ;*

*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 ;*

*Attendu que l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, créé par la loi organique du 10 décembre 2009, prévoit, dans son article 3, que « 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'État ou à la Cour de cassation », auxquels il appartient de décider de saisir le Conseil constitutionnel ;*

*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 ;*

*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, elle 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 1958, sur le Conseil constitutionnel, telle que modifiée par 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, ni se prononcer sur la conformité du texte au droit de l'Union ;*

*Que la question de la conformité au droit de l'Union de la loi organique du 10 décembre 2009, en ce qu'elle impose aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité, doit être posée, à titre préjudiciel, à la Cour de justice de l'Union européenne ;*

*Que, pareillement, il existe une difficulté sur le point de savoir si les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale soient conformes à l'article 67 du Traité de Lisbonne ;*

*Et attendu, d'une part, que le litige met en cause la privation de liberté d'une personne maintenue en rétention, d'autre part, que la Cour de cassation ne dispose que d'un délai de trois mois pour décider du renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel ; que ces éléments justifieraient que la Cour de justice de l'Union européenne statuât en urgence ;*

*Par ces motifs :*

*Avant dire droit ;*

*Pose à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :*

*1 - L'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant des articles 23-2, alinéa 2, et 23-5, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, 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 ?*

*2 - L'article 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant de l'article 78-2, alinéa 4, du Code de procédure pénale.*

*[...]*