



HAL
open science

Quelle place pour la QPC dans la stratégie des avocats ?

Eliette Rubi-Cavagna

► **To cite this version:**

Eliette Rubi-Cavagna. Quelle place pour la QPC dans la stratégie des avocats?. 2020. halshs-03129321

HAL Id: halshs-03129321

<https://shs.hal.science/halshs-03129321v1>

Preprint submitted on 2 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Quelle place pour la QPC dans la stratégie des avocats ?

Eliette RUBI-CAVAGNA

1- La QPC constitue un recours encore récent dans l'histoire constitutionnelle française que les avocats se sont appropriés à différents degrés. Elle constitue un outil tactique que les avocats choisissent de mobiliser ou de ne pas mobiliser dans le cadre de différentes stratégies. L'objet de la présente étude est de réaliser une analyse de la mobilisation de la QPC dans la stratégie des avocats qu'il s'agisse d'avocats à la Cour ou d'avocats aux Conseils, en croisant les éléments recueillis par le questionnaire et par les entretiens réalisés par les membres de l'équipe de recherche afin d'informer sur la diversité des approches de ce recours par les avocats, de mettre en lumière les différentes utilisations du recours et de repérer les éléments qui favorisent ou au contraire détournent du recours à la QPC. Nous nous attacherons, dans la première partie, à préciser quelle est la perception de la QPC par les avocats et les conséquences que cela entraîne dans leur pratique et leur stratégie avant de développer, dans la seconde partie, le bilan auquel les avocats procèdent pour décider d'utiliser ce recours en fonction de paramètres perçus comme des conditions favorables ou des freins au développement de celui-ci.

I. La perception de la QPC comme outil tactique dans le cadre de stratégies diverses

2- Après avoir relevé que les avocats conçoivent la QPC comme plus propre à s'épanouir dans certains domaines du droit, nous observerons comment les avocats opèrent la détection de potentielles QPC dans leur spécialité respective et l'approche très différente de l'outil en fonction du type de clientèle (plaideur individuel ou plaideur institutionnel).

A. Les domaines perçus comme porteurs

3- De nombreux avocats interrogés affirment que la QPC peut concerner tous les domaines du droit. Néanmoins deux domaines sont plus spécifiquement cités comme constituant des champs privilégiés pour la QPC : le droit fiscal et le droit pénal, ce dernier domaine étant parfois étendu au droit répressif. Les autres domaines ou branches du droit sont cités de façon plus marginale.

4- Le droit pénal, « *terre d'élection de la QPC* » selon Me Rachel, avocat pénaliste, constituerait un champ important de la QPC en raison des enjeux qu'il présente pour les libertés fondamentales. Me Anne souligne également : « *La procédure pénale certainement s'y prête beaucoup parce qu'il (...) y a toujours des enjeux de libertés constitutionnelles* ». Mais ce ne serait pas la seule explication. En effet, deux autres arguments sont avancés par les avocats pour expliquer le caractère porteur du droit pénal en matière de QPC. Le premier tient au nombre de principes constitutionnels posés par la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et applicables, ou même spécifiques, au champ pénal tel le principe de la légalité des délits et des peines, la présomption d'innocence, ne bis in idem... Le second argument, présenté plusieurs fois dans les entretiens, évoque le fait que, dans le cadre de poursuites pénales, « *il faut tout tenter* » tandis que, dans les autres matières, le choix de la QPC devrait être pesé. Me Arsène développe : « *En pénal, on a tout à tenter et on ne sera jamais, comment dire euh... sanctionné, enfin mal vu de tout tenter pour son client. On n'a pas en civil, dans les autres matières, on n'a pas ce réflexe de dire : je vais tirer à la mitraille et arroser tous les...non* ».

5- Le droit pénal est sans doute également largement évoqué par les avocats en raison de plusieurs décisions QPC retentissantes qui ont marqué les esprits dont la décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 sur la garde à vue qui est évoquée par plusieurs avocats pour illustrer le fait que la QPC constitue un moyen d'accroître la protection des libertés en France. Mais il convient également de relever ici que l'approche en terme de libertés fondamentales développée par les avocats aux Conseils ne se retrouve pas complètement dans le discours des avocats à la Cour qui exercent en droit pénal. Ceux-ci, qu'ils aient posé quelques QPC ou non, soulignent que souvent les dossiers ne s'y prêtent pas, que la question juridique est éloignée de la préoccupation du client et que, outre plusieurs freins que nous présenterons plus tard, l'introduction d'une QPC retarderait le jugement ce qui se traduirait, dans nombre de cas, par un placement en détention provisoire ou un allongement de celle-ci. D'ailleurs, à la question de savoir s'il peut envisager une QPC pour la beauté du droit, Me Sarah, pénaliste, répond : « *L'avocat ne le fera pas. L'avocat le fera pas parce que ça va retarder son dossier, que notre client a envie d'être jugé des fois rapidement, que notre client est même peut-être détenu, donc là nécessairement une envie de célérité pour notre client sur le dossier, donc là, la beauté du droit, on oublie, et de manière générale malheureusement dans notre pratique,*

voilà on a un grand principe de pragmatisme et de réalité qui chaque jour, et bien, nous relie un peu plus et nous tient un peu plus, donc clairement non »¹.

6- Le second domaine perçu comme porteur pour la QPC est le droit fiscal, notamment sur le fondement du principe d'égalité devant la loi ou devant les charges publiques. Plusieurs avocats ont d'ailleurs relevé le nombre important de QPC en matière fiscale. Le phénomène est parfois attribué au changement rapide et fréquent de textes. Me Anne analyse : *« Maintenant y a des matières dans lesquelles elle (la QPC) est plus fréquemment posée. Je pense que c'est le cas évidemment du fiscal, comme nous le savons tous, mais ça c'est parce qu'il y a des lois tout le temps en matière fiscale et puis qui changent beaucoup donc ça fait une mine en quelque sorte »*. D'autres avocats ajoutent à ce premier facteur, les enjeux financiers de la matière. Me Antoine explique que de nombreuses QPC sont posées en matière fiscale *« parce que les textes sont très compliqués et qu'ils n'arrêtent pas de changer donc même quand vous avez une QPC qui a été soulevée, si le texte a été modifié on peut refaire, retenter une QPC, c'est aussi lié à la sociologie des clients. Les clients, c'est des clients qui ont potentiellement des gros enjeux financiers et qui ont des moyens, donc ils veulent rien négliger et qui sont prêts à tenter des QPC, donc je pense que c'est ces deux aspects qui expliquent qu'il y a quand même beaucoup de QPC en matière fiscale »*.

7- Au delà de ces deux domaines, tous les champs du droit sont perçus comme susceptibles de susciter des QPC : le droit civil en particulier le droit des personnes et les questions bioéthiques, le droit de la concurrence, le droit des affaires, le droit des étrangers et le droit social, parmi les branches citées.

8- D'un point de vue général, on peut remarquer, tant à partir du questionnaire que des entretiens que si les avocats ont globalement une opinion favorable de la QPC et estiment qu'elle permet d'améliorer les droits fondamentaux², cette convergence entre avocats ayant posé une QPC et avocats n'ayant pas posé de QPC éclate dès lors que la question porte sur l'efficacité de la QPC comme moyen de droit dans le cadre contentieux quotidien. 80% des répondants au questionnaire ne qualifie pas le recours QPC de recours efficace et le croisement des données montre que ce sont les avocats qui ont déjà posé une QPC qui

¹ Les réponses au questionnaire ne font pas apparaître le droit pénal comme étant le champ le plus investi par les avocats à la Cour. Néanmoins, le faible taux de réponse au questionnaire ne permet pas d'en tirer des conclusions certaines.

² 80,9% des répondants au questionnaire (avocats à la Cour).

attribuent une efficacité au recours. Cela est confirmé par les entretiens conduits auprès des avocats ayant posé des QPC et qui considèrent qu'il s'agit d'un moyen entré dans « *l'arsenal classique de l'avocat* » selon Me Rachel (pénaliste), que « *ça fait partie pour nous des outils, de la boîte à outil du juriste et de l'avocat, en l'occurrence, pour défendre ses clients* » précise Me Agathe, avocat aux Conseils, et qu'il est envisagé « *dans la stratégie de défense du client* » pour Me Rose (publiciste). Toutefois pour nombre d'entre eux, ce n'est pas un moyen comme un autre en ce sens qu'il peut développer de puissants effets et notamment l'abrogation d'une ou plusieurs dispositions législatives. Les expressions imagées utilisées par plusieurs avocats en témoignent : Me Arsène parle de « *tir à la mitrailleuse* », Me Rebecca la qualifie d'« *arme de destruction massive* » et Me Agnès compare la QPC à « *de la nitroglycérine* » puis développe une image : « *c'est un boulet de canon, ça fait disparaître la loi* ».

9- Cet effet puissant de la QPC explique que certains avocats cherchent à détecter les possibles contestations de la constitutionnalité d'une disposition législative.

B. La détection d'une potentielle QPC

10- Précisons d'emblée que, pour l'immense majorité des avocats interrogés (qu'ils soient avocats aux Conseils ou avocats à la Cour), la QPC reste un recours marginal au sein de leur cabinet hormis un cabinet d'avocats aux Conseils dont la pratique est plus intense. Me Agathe qui exerce au sein d'un important cabinet d'avocats aux Conseils, affirme que « *dans la masse des dossiers qu'on peut suivre, les dossiers avec QPC sont très minoritaires. Très, très, très, minoritaires...* ». Les avocats aux Conseils, en particulier, se disent attachés à l'image que doit renvoyer leur cabinet et déclarent opérer un important contrôle du sérieux de la QPC lorsque la question d'un recours se pose.

11- L'ensemble des avocats des deux ordres écarte, par ailleurs, l'idée d'un effet générationnel. Il résulte tant du questionnaire que des entretiens que la QPC ne semble pas reposer sur la nouvelle génération d'avocats. Les avocats formés depuis 2008 ne sont perçus ni comme plus compétents que leurs aînés, ni même véritablement mieux formés qu'eux.

12- De façon très convergente encore, les entretiens permettent de conclure que ce sont les avocats qui sont à l'origine de l'immense majorité des QPC. Les clients qui s'adressent à un avocat avec l'idée d'un tel recours sont rares et sont soit de très grandes entreprises qui

disposent d'un service juridique performant, soit des clients dits « institutionnels » tels des syndicats, des assureurs ou des associations.

13- Mais au delà de ce premier constat, le groupe des avocats ne se présente plus de façon cohérente. Concernant le caractère systématique du contrôle, une différence se dessine entre avocats aux Conseils et avocats à la Cour, semble t-il liée à une différence entre la mission des uns et des autres.

1. L'absence d'examen systématique des questions constitutionnelles par l'ensemble des avocats

14- Les entretiens permettent de constater que la QPC est, ainsi que l'exprime Me Antoine, entrée « *dans le quotidien* » des avocats aux Conseils, qu'elle est entrée « *dans les mœurs* » de la profession selon Me Amélie et Me Arsène. Ces avocats sont nombreux à affirmer qu'en conséquence, lorsqu'un dossier leur est confié, l'examen de la question constitutionnelle est systématique dans le sens où elle est l'objet d'un contrôle au même titre que le respect des dispositions législatives et quelques cabinets ont même mis en place « *des actions pour sensibiliser* » leurs collaborateurs tel un abonnement à la lettre de diffusion du Conseil Constitutionnel, un échange sur la QPC lors de l'entretien annuel conduit avec les collaborateurs...

15- Pour certains avocats aux Conseils, comme Me Arsène, il s'agit de développer un nouveau regard sur la loi : « *on a un œil très différent de notre œil de cassationniste, on change vraiment de casquette et on rentre bien plus que dans un litige individuel dans les travaux préparatoires, dans un travail de doctrine, "de pourquoi la loi ?" »*. Mais pour d'autres, le contrôle de la constitutionnalité s'apparente plutôt à un prolongement du contrôle de la légalité de la décision. Me Agathe présente la situation ainsi : « *Dans notre cabinet d'avocats qui fait beaucoup de droit public, c'est notre travail de tous les jours de faire du contrôle de légalité...Donc quand on nous a dit un beau jour : ben ce qu'on interdisait jusqu'à maintenant, c'est à dire remettre en cause la loi par rapport à la Constitution, aujourd'hui, c'est possible. Et bien, c'est quelque chose qu'on savait faire, parce que c'est notre travail quotidien, simplement on a changé les normes de référence.* ». Me Anne dit en substance la même chose « *comme vous le savez, on s'est beaucoup approprié la QPC, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, je crois que c'est parce que c'est dans notre pratique quotidienne de vérifier la légalité des textes et de vérifier la Constitution... et nous avons quand même intégré depuis un certain nombre d'années de vérifier aussi la*

conventionalité, donc ça fait partie, je dirais, de notre grille d'analyse systématique quand on travaille sur un dossier. Et donc, c'est vrai que la QPC, je parle que pour mon cabinet, je ne sais pas comment c'est dans les autres cabinets, mais pour nous c'est un peu comme un moyen de cassation en plus ». Un autre avocat aux Conseils, Me Adrien, confirme : « *très vite le réflexe européen s'est transformé en réflexe constitutionnel* ». Cette proximité méthodologique dans l'approche du dossier est, pour Me Albert, l'explication de l'implication des avocats aux Conseils dans le recours QPC : « *les avocats aux Conseils sont des spécialistes, certes de la cassation mais plus généralement du contrôle de légalité (légalité sans apostrophe) et alors, contrôle de légalité d'un décret au regard de la loi, mais contrôle de constitutionnalité d'une loi au regard du bloc de constitutionnalité, en réalité la démarche intellectuelle n'est pas très différente. C'est très ... c'est un peu inhérent (...) à leur technique de travail* ».

16- S'agissant des avocats à la Cour, les pratiques diffèrent. Pour certains, le contrôle de constitutionnalité est bien systématique dès l'approche au fond du dossier. Me Roxanne confie « *Et la première des choses que je regarde c'est : est ce que c'est bien conforme à la Constitution ? D'emblée...* ». Me Priscille décrit une évolution : « *Avant, moi je ne raisonnais que lois, jurisprudences, décrets, maintenant y a les accords collectifs et plus ça va, plus dans mes dossiers effectivement, je retrouve presque toujours (...) des textes constitutionnels ou conventionnels, mais tout le temps, ça devient beaucoup plus qu'avant un réflexe et on se dit : faut aller chercher ailleurs...* ». D'autres avocats à la Cour disent ne pas procéder à un contrôle systématique mais être vigilant. Me Sylvain déclare : « *pas systématiquement mais dès que je vois, principalement en urbanisme, j'ai ce petit réflexe là, en disant "Ah, il faudrait faire attention, on ne sait jamais si on a un droit fondamental qui est affecté"* ». En revanche, pour d'autres avocats à la Cour, la question constitutionnelle n'est pas première et son examen pas systématique car les demandes du client et les procédures au fond absorbent leur temps et leur attention. Me Serge témoigne : « *Non, ce n'est pas dans ma pratique et encore une fois, à vrai dire, j'y pense pas* ».

17- Résultat d'un examen systématique ou de l'exercice d'une forme de vigilance, l'idée d'introduire une QPC émerge progressivement.

2. L'émergence de l'idée d'une QPC

18- De l'analyse des entretiens, il résulte que la question constitutionnelle se présente souvent sous la forme d'une intuition dans le cadre de l'étude d'un dossier particulier, sauf le cas particulier de l'introduction d'un recours pour excès de pouvoir comme support d'une QPC. Me Agathe explique : *« la stratégie, elle est plutôt de réfléchir si on crée une procédure spécifique pour faire une QPC quand on n'a pas de véhicule pour ça, c'est à dire pas d'affaire pour ça. Mais quand une affaire se présente à nous et qu'on pense qu'une QPC est une bonne idée, on la suggère au client, ça c'est notre stratégie systématique ».*

a. L'intuition d'une question constitutionnelle dans un dossier

19- De façon assez récurrente, on observe que l'idée d'une QPC émerge en premier lieu sous la forme d'une intuition avant de prendre forme juridiquement.

20- L'idée émerge parce que, dans le dossier, *« quelque chose heurte le bon sens »* pour Me Rose, que le texte apparaît *« bizarre, y a quelque chose qui cloche, sous cet angle là, il y a quelque chose qui ne va pas »* pour Me André ou même *« que la loi applicable au litige apparaît injuste »* selon les propos de Me Renée, cette idée d'injustice revenant à plusieurs reprises tant dans les entretiens réalisés auprès des avocats aux Conseils qu'auprès des avocats à la Cour. Cette critique fondée sur l'injustice vient parfois du client, sans évidemment que la critique ne soit structurée juridiquement. Me Patrick relate : *« les clients nous appellent et nous disent : ben voilà on m'applique ce machin, mais c'est pas normal, c'est injuste, etc... »*

21- D'autres fois, l'idée résulte d'une démarche intellectuelle de défense. L'avocat relève que le résultat du contentieux se trouve compromis pour le client en raison d'un texte législatif. Me Albert explique : *« vous avez un raisonnement que vous considérez comme étant celui qui va permettre à votre client de triompher en demande ou en défense, et puis vous tombez sur un texte législatif, bien ma foi, qui est un obstacle à ce raisonnement et ma foi, vous pouvez vous poser la question cette fois ci de la conformité de ce texte législatif aux droits et libertés fondamentales ».*

22- Les avocats expliquent qu'ensuite de l'intuition ou de la démarche intellectuelle de défense, ils procèdent à des recherches afin de percevoir si un fondement constitutionnel peut être trouvé pour engager une QPC.

23- La création d'un contentieux comme support d'une QPC résulte d'une démarche initiale plus construite.

b. La création d'un contentieux comme support de la QPC

24- La technique repose sur l'introduction d'un recours pour excès de pouvoir uniquement aux fins de contester la constitutionnalité d'une disposition législative. Me Agnès explique la procédure : *« on prend le prétexte d'un acte administratif, c'est-à-dire qu'on fait un recours, on suscite une décision de l'administration, notamment on demande par exemple l'abrogation d'une réglementation parce que aujourd'hui, depuis longtemps, depuis l'arrêt Alitalia vous le savez, qu'on peut demander à l'administration d'abroger une réglementation illégale, ou qui l'est devenue par changement de circonstances de fait ou de droit et donc on va artificiellement susciter un refus d'abrogation d'une réglementation qui en elle-même n'a rien d'illégal puisqu'elle ne fait que mettre en œuvre la loi, mais pour greffer une QPC, pour avoir...puisque'il faut toujours un recours de base... vous ne pouvez pas faire une QPC sans un litige de base et un litige dans lequel la disposition législative, objet de la QPC est applicable, donc je vais susciter une décision de l'administration de refus d'abroger l'article tant de tel règlement, l'administration me dit non, je fais un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat et là je fais une QPC contre la loi »*. L'introduction d'un recours pour excès de pouvoir constitue ainsi le dossier support de la QPC, le véhicule procédural qui permet de poser une QPC.

25- La technique est utilisée par les plaideurs institutionnels (assureurs, associations, partenaires sociaux) mais également par des plaideurs particuliers, sous l'impulsion de leur avocat, en matière fiscale.

26- Pour les plaideurs institutionnels, l'avantage que présente cette technique est de pouvoir contester la constitutionnalité de la loi dès son entrée en vigueur. Me Adrien expose son utilisation pour ces plaideurs : *« On est dans le cadre d'un contentieux de première instance où en réalité on intervient quasiment avant même que la loi soit mise en application. Ce qui pour nous d'ailleurs, pour nous, au sens association, a un intérêt significatif c'est que ça permet de neutraliser une éventuelle loi qui serait inconstitutionnelle le plus rapidement possible. Plutôt que de devoir attendre qu'elle soit mise en œuvre, que les contentieux naissent de cette mise en œuvre et que le temps de chaque contentieux, les QPC soient déposées et remontent jusqu'au Conseil constitutionnel »*.

27- Dans le domaine fiscal, les avocats utilisent la même technique pour des plaideurs particuliers. Me Patrick *« ce qu'on va chercher à faire, c'est utiliser une marque déposée*

maintenant depuis 2010 qui consiste à associer recours pour excès de pouvoir et QPC. Alors ça, on le fait beaucoup en matière fiscale parce que l'administration commente systématiquement par instruction les lois nouvelles (...) on va introduire un recours pour excès de pouvoir contre l'instruction en question directement devant le Conseil d'Etat qui est compétent en premier et dernier ressort et à l'occasion de ce recours pour excès de pouvoir, on va soulever une QPC ». Me Rebecca, fiscaliste, souligne la rapidité du procédé par comparaison au contentieux fiscal classique : « *on s'aperçoit que (...) en moins de 6 mois, vous pouvez avoir la réponse à votre problème de droit. Vous vous dites : ben tiens j'ai un problème, je pose ma QPC au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, qui a trois mois pour décider, derrière si ça marche, y a trois mois pour avoir la décision, ça veut dire qu'en six mois vous savez si votre texte, il est conforme ou non et vous pouvez emporter la victoire dans votre dossier fiscal, (...) là où il vous faut, en théorie si on suit les strates normales des juridictions administratives peut-être entre, allez, 5 et 8 ans pour avoir la réponse définitive du Conseil d'Etat, là en six mois vous réglez le problème* ». Pour mettre en œuvre l'action, l'avocat doit simplement trouver, parmi les clients concernés, un client qui accepte de porter la procédure, parfois en organisant l'intervention des autres clients que la mesure affecte.

28- Cette technique de création d'un contentieux est donc utilisée par les plaideurs particuliers et les plaideurs intentionnels alors même que ces deux types de plaideurs ne s'inscrivent pas dans le même cadre stratégique.

C. La QPC, un outil tactique au service de quelle(s) stratégie(s) ?

29- Il résulte clairement des entretiens qu'il existe une différence de stratégie selon que le client est un particulier (personne physique ou morale) ou un plaideur institutionnel.

30- Cette distinction entre plaideurs individuels et plaideurs institutionnels revient à plusieurs reprises dans les entretiens. Les plaideurs institutionnels, explique Me Aude, sont « *ceux qui ont une politique juridique, les partenaires sociaux, les assureurs, ce qui ne font pas simplement de la défense individuelle mais qui veulent faire juger des questions* » et on peut y ajouter les associations, par exemple celles qui militent pour tel ou tel intérêt collectif.

31- L'analyse des propos des avocats conduit à distinguer deux schémas de construction en terme de stratégie lesquels sont exposés ainsi par Me André : (pour les plaideurs individuels) « *la QPC n'est qu'un moyen au service d'une fin et cette fin, c'est obtenir la cassation de l'arrêt qu'on m'a demandé de faire casser. La QPC n'est pas ou très rarement au centre de ma stratégie, la QPC est simplement un moyen qui me permet de gagner le dossier, j'allais*

dire au fond, non le dossier en cassation. (...). Ma stratégie de QPC c'est ça, c'est vraiment un moyen au service d'une fin. Il est rare que, alors ça m'est arrivé de temps en temps quand j'ai été saisi par des groupements qui menaient une vraie stratégie institutionnelle contre un texte et qui là, inversent l'ordre des facteurs et veulent avoir la peau du texte et attendent le moment propice. Ils se disent : de toute façon, on va avoir un contentieux à un moment ou un autre sur tel sujet et au moment du contentieux, on fera notre QPC et à ce moment là, c'est parce que là, c'est effectivement la QPC qui est l'axe central de la stratégie et le contentieux est un moyen adventice permettant de soulever la QPC ».

1 - La QPC dans la stratégie des plaideurs individuels

32- Ces plaideurs sont des personnes impliquées comme demandeur ou défendeur dans un contentieux. Les concernant, la QPC est proposée par l'avocat à la Cour ou l'avocat aux Conseils et la question qui se pose est celle de savoir si la QPC constitue la meilleure option pour la défense de leurs intérêts. Pour Me Adrien, se pose « *la question d'une éventuelle QPC à partir du moment où elle est susceptible évidemment de servir les intérêts du client* ». Me Sarah justifie ainsi le fait de ne pas poser de QPC : « *il faut que cela ait une efficacité à savoir que si il y a un acte qui est contestable et peut être même inconstitutionnel, faut-il encore que ça soit utile à notre procès. Si ça ne l'est pas, parce qu'on a un principe de réalité, et bien on ne va pas déposer de QPC* ».

33- Pour les avocats aux Conseils, toutes les options restent sur la table dès lors que la QPC est « *un moyen nouveau* »³ que l'on peut présenter pour la première fois devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. Certains avocats aux Conseils expliquent qu'ils peuvent choisir de rester sur un pourvoi. Me Antoine précise « *le fait de faire une QPC, faut voir ce que ça va ajouter par rapport... Mais ça va aussi dépendre de la valeur des moyens qu'on a indépendamment de la QPC, si vous avez un bon moyen de cassation, vous pouvez vous dire après tout, moi je reste sur mes moyens de cassation* » ou préférer rester sur des arguments reposant sur la non compatibilité avec une convention internationale ou européenne⁴ en fonction des chances de succès.

³ Expression de Me Antoine

⁴ Lire l'étude consacrée à l'articulation de l'argument de constitutionnalité et de l'argument lié à la violation d'une convention réalisée par Pascale Deumier dans le cadre de cette recherche.

34- Pour ces plaideurs individuels, l'intervention n'est pertinente que lorsque le client est impliqué dans un contentieux identique et a la même demande que celle déjà présentée au Conseil constitutionnel. Elle est motivée par le souhait de l'avocat de faire valoir ses propres arguments et de ne pas laisser le sort judiciaire de son client entre les mains d'un autre avocat dans la mesure où tout autre QPC sur le même objet sera ensuite irrecevable. Me Rebecca explique les circonstances qui l'ont conduit à intervenir pour la première fois : « *Puis un jour on voit écrit (...) qu'il y a un avocat qui a posé une QPC et qui se retrouve devant le Conseil constitutionnel, bon. On se dit : il va faire le boulot à notre place, on commence à dire : "ben on va rien faire", puis on en discute avec le professeur de droit constitutionnel et il dit : "moi si j'étais vous j'irais, j'interviendrais, parce que vous avez le droit, parce que ça peut être intéressant". Puis on a réfléchi et on s'est dit : on est en train de remettre le destin de notre client entre les mains d'un confrère, qu'on ne connaît pas, on ne sait pas s'il est bon, on ne sait pas quel argument il peut soulever et la solution de facilité peut se retourner contre nous, on peut se retrouver en fait à perdre parce qu'il aura été mauvais, donc on a dit : "si on veut n'avoir rien à se reprocher, ben il faut qu'on y aille" ».*

35- Le suivi systématique des QPC renvoyées au Conseil constitutionnel fait plutôt figure d'exception au sein des avocats à la Cour, conseils de ces plaideurs particuliers. La situation est différente pour les plaideurs institutionnels.

2 - La QPC dans la stratégie des plaideurs institutionnels

36- Selon Me Aude, ces acteurs institutionnels « *ont une réflexion différente sur la QPC qu'un plaideur individuel* ». Me Priscille observe également « *une énorme différence entre un dossier individuel et un dossier collectif* ». L'usage est ici militant au service d'une thèse, d'une idée, d'un combat institutionnel, d'un intérêt collectif. Me Aude explique « *on n'y va pas pour le client, on y va pour la construction du droit* ». Plusieurs avocats de ces plaideurs institutionnels se déclarent, de plus, ouvertement militants⁵. Me Adrien affirme : « *moi, j'ai une démarche par rapport aux libertés fondamentales, j'ai une démarche militante en fait (...), on est très investis sur tout ce qui va concerner le droit des étrangers, donc c'est pas, on est là à la fois comme avocats mais on porte la parole d'associations parce que c'est un combat qui est un combat auquel (...) nous croyons intimement* ».

⁵ Lire l'étude consacrée à l'engagement (cause lawyering) réalisée par Corinne Delmas, Antoine Pélicand et Nicolas Rafin au sein de cette recherche.

37- Selon plusieurs avocats, la QPC peut constituer un outil de lobbying. Me Aude : « *pour un certain nombre d'acteurs, la QPC peut effectivement être un instrument qui s'inscrit dans une stratégie plus globale de lobbying* » et le rôle de l'avocat est alors « *d'accompagner ces institutionnels dans leur stratégie politique* ».

38- Toujours selon Me Aude, la réflexion quant à l'usage de la QPC est initiée dès avant la saisine *a priori* du Conseil constitutionnel : « *maintenant avec les institutionnels ou avec les parlementaires d'opposition, qui sont maîtres de faire ou de ne pas faire des recours, se pose régulièrement la question de savoir : est-ce qu'il faut faire un recours a priori ou est-ce qu'il faut se conserver la possibilité de laisser la jurisprudence évoluer et ensuite pouvoir poser des QPC quand les choses seront mûres ? Le débat qu'il y a sur les barèmes. Est-ce que c'était bien de le soulever en amont ? Est-ce que c'était pas bien de le soulever en amont ? Y a eu vraiment, entre les partenaires sociaux opposés à la Loi Macron et les parlementaires, un débat pour savoir si on soulève, on soulève pas, quel est l'intérêt...un débat de stratégies* ».

39- La stratégie QPC s'avère également plus fine puisqu'il est loisible à l'acteur de choisir le dossier qui véhiculera la QPC aux fins d'accroître les chances de succès de l'action et de choisir également le niveau auquel sera posée la QPC : juridiction du fond ou Cour de cassation ou Conseil d'Etat ? Me Agathe témoigne de cette réflexion : « *un opérateur m'a demandé de réfléchir à la possibilité de monter une QPC sur la loi Hulot, interdiction des hydrocarbures et voilà, on a considéré pour différentes raisons que c'était pas le moment, qu'on n'avait pas le bon véhicule pour faire ça, que du coup ce serait aléatoire si on le faisait quand même, et qu'il valait mieux attendre un autre moment pour le faire* ». Les propos de Me Aude confirme cette approche : « *ceux qui ont une politique juridique, (...) ils réfléchissent avant de poser une QPC. Ils choisissent le meilleur endroit, ils choisissent le meilleur dossier* ». Me Adrien ne partage pas totalement cette analyse : « *Il n'y a pas tellement de bon dossier pour poser une QPC* » en soulignant « *comme on est dans le cadre d'un contentieux, qui est un contentieux objectif et où la mise en cause de la loi elle-même est recherchée, au fond dans n'importe quelle hypothèse où la loi s'applique, elle est susceptible de faire l'objet d'une QPC et le Conseil Constitutionnel l'envisagera en tant que telle* ». De plus, selon lui, le cadre contentieux relativise cette maîtrise du recours : « *la QPC, vous en êtes maître jusqu'à ce que quelqu'un d'autre la pose. Donc vous pouvez avoir votre réflexion ultra stratégique en vous disant " oui mais je vais pas la poser maintenant je vais plutôt attendre de la poser plus tard " et puis le lendemain il y a quelqu'un qui s'est posé un peu moins de questions qui lui a déposé la QPC et la QPC, elle monte au Conseil constitutionnel*

et puis derrière, elle se plaide sans vous et, au final, elle s'applique exactement de la même manière à votre dossier. Voilà. Sauf que là vous avez pas pu la défendre. Bon, alors après vous allez me dire, il y a toujours la possibilité de faire une intervention, tout ça est vrai. Mais je veux dire, c'est que vous n'êtes pas maître de votre contentieux avec la QPC. N'importe qui peut la déposer. Et si ça se pose chez vous, ça peut se poser chez quelqu'un d'autre ».

40- Ceci explique, bien sûr, que la voie de l'intervention est également prisée par les institutionnels et les avocats de ces clients institutionnels assurent un suivi régulier des QPC posées et peuvent même solliciter un client afin de lui demander s'il souhaite intervenir. Me Priscille relate : *« donc j'ai appelé un contact que j'avais à la CGT, à la confédération en disant : " mais là, faut y aller et tout ça. Est ce que vous voulez qu'on intervienne volontairement dans le cadre de la QPC ? " »*. Me Agathe témoigne de la même pratique : *« on a des clients qui ont telle ou telle préoccupation et on leur dit : " attention, là il y a une QPC qui vous concerne, est ce que vous voulez intervenir ? " »*. Les clients institutionnels viennent pour émettre leur point de vue sur la question de droit mais aussi évoquer les enjeux sociaux et économiques de la question *« ou sur une problématique qui peut ne pas être complètement perçue ou perçue de façon biaisée par les parties »* selon Me Armand.

41- Quel que soit le type de plaideur, le choix de poser une QPC sera réalisé au terme d'un bilan d'opportunité mais celui-ci sera sensible au type de plaideur.

II. Le choix de la QPC au terme d'un bilan d'opportunité

42- Il ressort des entretiens que les avocats réalisent un bilan qui s'inspire du bilan coûts/avantages dont l'objet est, dans le domaine financier, d'apprécier l'éventuel gain au regard de l'investissement mais également de la balance bénéfices/risques qui vise plutôt à mesurer l'intérêt d'une opération d'un point de vue qualitatif. Me Agathe expose : *« on regarde si, évidemment, cette QPC a une chance raisonnable de prospérer. On fait un bilan avantages/inconvénients à poser la QPC »*. Me Arsène évoque qu'en droit civil, il *« faut mesurer le pour et le contre »*.

43- Avant de schématiser le bilan au terme duquel est prise la décision de poser ou non une QPC, nous relèverons les paramètres du choix tels qu'ils résultent des entretiens et du questionnaire.

A. Les paramètres du choix

44- Les différents paramètres pris en compte par les avocats sont de nature diverse : ils sont soit procéduraux, soit matériels, soit liés au résultat du recours. Nous observerons que ces différents paramètres constituent, selon les cas, des freins, des éléments neutres ou des éléments favorables à la QPC⁶.

1- Les paramètres procéduraux

45- Trois paramètres procéduraux sont envisagés par les avocats : la procédure de filtrage, le temps pour réaliser le mémoire distinct et l'influence de la QPC sur la durée de la procédure.

46- Concernant la procédure de filtrage⁷, les avocats aux Conseils ne se trouvent pas dans la même situation que les avocats à la Cour puisqu'ils peuvent poser une QPC, pour la première fois dans la procédure, au stade du pourvoi ce qui ne conduit qu'à un seul filtrage par la Cour de cassation ou par le Conseil d'Etat. Les avocats à la Cour posent en revanche la QPC devant une juridiction du fond et la question fait donc l'objet d'un double filtrage. On peut remarquer, à cet égard que si, au terme du questionnaire, le double filtrage n'apparaît pas comme une cause expliquant l'absence de toute pratique de la QPC pour les avocats n'ayant jamais posé, en revanche le double filtrage est cité comme étant la première cause de frein à la QPC par les avocats ayant déjà utilisé ce recours⁸.

47- S'agissant du temps pour réaliser le mémoire distinct nécessaire pour soulever une QPC, les avocats aux Conseils soulignent que préparer une QPC bouleverse leur emploi du temps eu égard au temps court qui est imparti pour déposer le mémoire.

48- Les avocats à la Cour, pour leur part, soulignent la très forte contrainte procédurale dans le cadre de procédures rapides telles que la comparution immédiate. Me Rafaël développe : *« le pénal, c'est souvent le droit de l'urgence donc c'est souvent l'urgence qui commande la réaction, je ne suis pas sûr qu'en CI quand vous êtes saisi la veille ou le matin, vous ayez*

⁶ Lorsque l'élément cité fait l'objet d'une étude détaillée dans le cadre de cette recherche, nous renverrons à cette étude.

⁷ La procédure de filtrage fait l'objet d'une étude approfondie par Fanny Jacquolot.

⁸ 7% des avocats n'ayant jamais posé de QPC cite le double filtrage comme constituant un frein tandis que 61,5% des avocats à la Cour ayant déjà posé une QPC cite cet élément comme un frein.

l'idée même sur une question de renvoi, d'aller bâtir une QPC (...) on s'en empare à partir du moment où la convocation par COPJ va être un peu éloignée, on va réfléchir au dossier ou on est à l'instruction (...) il faut du temps pour murir l'idée d'établir une QPC, donc parfois le pénal, c'est l'urgence et parfois, ce temps nous fait défaut ». Pour les avocats à la Cour, le temps procédural n'apparaît pas toujours compatible avec le travail de recherche exigé par la QPC.

49- L'influence de la QPC sur la durée de la procédure est également perçue de façon distincte par les avocats aux Conseils et les avocats à la Cour. Pour les avocats aux Conseils, la QPC, encadrée par des délais courts de 3 mois tant au niveau de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat que du Conseil constitutionnel, n'allonge pas la durée de la procédure de façon significative toutefois Me Adrien expose qu'un client peut refuser pour ce motif : *« Le client peut se dire "Ah j'ai pas envie de déposer une QPC parce que ça va créer un incident contentieux qui du coup va me faire perdre trois mois alors que j'aimerais bien que le dossier aille plus rapidement (...) et puis même si on obtient une transmission ça va durer encore trois mois de plus qui va retarder..." »*.

50- Les avocats à la Cour sont plus partagés et l'effet de la QPC sur la durée de la procédure semble lié au contentieux. Les avocats pénalistes soulignent que cela retarde l'examen du dossier. Me Rachel : *« je ne les pose pas pour des raisons stratégiques parce que ça me semble complètement inutile dans le sens que ça retarde l'examen du dossier »* et il ajoute *« il peut arriver qu'un client n'y soit pas favorable parce qu'il n'a pas envie d'une perte de temps »*. Nous avons à l'inverse observé que, pour les avocats fiscalistes, la procédure QPC greffée sur un recours pour excès de pouvoir créé pour constituer le véhicule support de la QPC, se révélait être un instrument d'une bien plus grande rapidité que la procédure contentieuse classique. Me Sylvain⁹ fait la même observation en matière d'urbanisme : *« ça permettrait de gagner entre 4 et 6 mois sur la procédure »* au fond.

2 - Les paramètres matériels

51- Deux paramètres matériels peuvent être isolés à partir de l'analyse des entretiens : le coût de la QPC ainsi que le temps de travail nécessité par la procédure. Plus ponctuellement, des

⁹ Me Sylvain a posé une QPC devant une juridiction du fond qui n'a pas été transmise.

éléments propres au client ou à un contentieux peuvent constituer des freins à l'utilisation d'une QPC.

52- La QPC occasionne un surcroît de travail. Il s'agit d'un recours distinct nécessitant un mémoire distinct imposant de développer des arguments de nature constitutionnelle. Me André : « *ça prend du temps effectivement. Est ce que ça double le temps par rapport à un dossier dans lequel on ne fait pas de QPC ? Peut être pas quand même. Je dirais que ça augmente de 50% en moyenne le temps de traitement du dossier* ». Toutefois nombreux sont les avocats aux Conseils qui ne qualifient pas ce recours de chronophage.

53- Même approche contrastée pour les avocats à la Cour ayant déjà posé une QPC car, d'après le questionnaire, seuls 30,8% d'entre eux considèrent l'investissement en temps comme un frein. Pourtant, dans le cadre des entretiens, plusieurs avocats insistent sur le temps nécessaire pour construire un tel recours de façon sérieuse et pertinente. Me Rémi explique qu'il faut « *aller chercher, (d') aller regarder de manière plus importante* » en droit constitutionnel et Me Robin affirme même que « *c'est un boulot monstrueux* ». et qu'elle suppose un temps de travail supplémentaire important.

54- Concernant le coût¹⁰, si tous les avocats sont d'accord pour souligner que la procédure QPC entraîne un surcoût évidemment lié au travail supplémentaire à fournir, l'exploitation des entretiens permet de relever une différence de discours entre avocats aux Conseils et avocats à la Cour. Pour les avocats aux Conseils, le coût ne constitue pas un obstacle dans la mesure où, soit la procédure QPC est comprise dans le forfait fixé pour la défense devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat, soit ils adaptent le surcoût à l'état de fortune du client de façon à ce que celui-ci n'ait pas à renoncer à cette voie de recours pour des raisons financières.

Le retour des avocats à la Cour est bien différent et ceux-ci soulignent clairement que le coût de la QPC peut constituer un obstacle. Si le coût ne se présente pas comme un obstacle dans les contentieux fiscaux soit parce que le client peut financer le recours, soit parce que l'avocat peut proposer que sa rémunération résulte largement d'un honoraire de résultat, s'agissant en revanche de contentieux dans lesquels l'enjeu financier est faible, si le client ne peut financer le recours et cela concerne en particulier, mais pas exclusivement, les clients poursuivis devant les juridictions pénales, la question du coût de l'action devient importante. Me Sarah

¹⁰ La question du coût fait l'objet d'une étude approfondie par Charlotte Le Chapelain et Nicolas Barbaroux dans le cadre de la recherche.

résume « *deux questions importantes pour l'avocat aujourd'hui, (...) et je crois qu'il n'y a pas d'avocat qui ne peut pas se poser ces questions, le coût et la charge de la procédure* ». Même témoignage de Me Raymond « *parce qu'il faut des enjeux quand même importants puisque c'est une procédure avec des coûts, du temps, donc on réfléchit avant, sur ces aspects notamment, c'est un des arguments qui nous pousse à ne pas toujours se dire : " est ce qu'on peut y aller... ? "* ». Les avocats qui travaillent avec une rémunération à l'aide juridictionnelle soulignent qu'ils ne peuvent pas, dans la prise en charge d'un dossier, ajouter une QPC. Me Sabine, après avoir expliqué qu'il est rémunéré par 11 UV pour un dossier, ce qui correspond à environ une heure et demie en théorie sur un dossier, conclut : « *on a l'aide juridictionnelle donc on passe bien plus de temps en fait sur le dossier, il n'y a pas de difficultés mais de là à faire une question prioritaire de constitutionnalité !* ». De plus souligne Me Régine, pour que la procédure puisse faire l'objet d'un supplément de rémunération à l'aide juridictionnelle, il faut que la QPC soit renvoyée au Conseil constitutionnel : « *c'est gratuitement sauf quand elle est renvoyée devant le Conseil constitutionnel, vous avez seize UV* ». Plusieurs avocats confient d'ailleurs avoir travaillé *pro bono*, souvent par intérêt intellectuel. Me Robin l'exprime : « *c'est même essentiellement intellectuel, quand on fait ça, c'est des choses qu'on fait pour nous, pour faire progresser le droit. On est un petit peu, on est sur un domaine où on le fait par plaisir, par passion* ».

55- Les paramètres propres au client ou au contentieux renvoient à des éléments « indésirables » de la procédure qui rendent la QPC non adaptée¹¹. On peut évoquer, dans le cadre de poursuites pénales, le sursis à statuer qui peut conduire à une prolongation de la détention provisoire ou à un placement en DP. Autre élément, la publicité liée à la procédure devant le Conseil constitutionnel (recherchée par les uns) peut ne pas être voulu par certains clients. Me Antoine évoque : « *ils (les clients) s'interrogent aussi sur la publicité de la décision* ». S'agissant enfin de personnes publiques, certaines ne souhaitent pas attaquer la loi ou contester la décision d'une autre personne publique avec laquelle elles auront nécessairement de futures relations. Me Arthur explique « *on a proposé une QPC, qu'ils (les clients) ont pas voulu poser, parce que justement, ça pouvait poser un problème diplomatique, c'est-à-dire que nous, on était pour un client qui est un établissement public, très gêné par une disposition légale française mais en même temps, c'est un établissement*

¹¹ La relation avec le client fait l'objet d'une étude approfondie par Blandine Thellier de Poncheville au sein de cette recherche.

public, donc un établissement public peut pas aussi facilement que ça contester une disposition légale ».

3 - Les paramètres de résultat

56- La question de savoir si le recours proposé au client est susceptible de prospérer est évidemment essentielle (au delà des conditions de recevabilité) dans la décision de poser une QPC. La question doit être examinée d'un double point de vue quantitatif et qualitatif. D'un point de vue quantitatif, il s'agit d'examiner les chances de succès du recours et d'un point de vue qualitatif, l'examen se centre sur la possibilité pour le client d'obtenir le résultat souhaité.

a. L'estimation des chances de succès

57- Cette estimation se fait, pour un dossier, à l'aune de l'état de la jurisprudence de la juridiction concernée. Or à cet égard, plusieurs avocats tant aux Conseils qu'à la Cour, soulignent l'insuffisance de prévisibilité des décisions du Conseil constitutionnel. Me Aude : *« le problème de la constitutionnalité, c'est que finalement, je veux dire, il y a peu de droit. C'est quand même du droit très mou ».* Me Amélie : *« c'est du droit, c'est du droit pur, même si l'appréciation du bloc de constitutionnalité, la détermination du bloc de constitutionnalité et le degré de contrôle qui doit être exercé, c'est un peu empirique. C'est forcément...comme toutes ces données qui sont quand même très humaines, c'est pas mathématiques, donc on ne peut jamais être sûr. ».* Pour d'autres avocats, l'aléa est particulièrement important concernant certains principes tels le principe d'égalité, la proportionnalité ou la liberté d'entreprendre. Par exemple, Me Armand évoque : *« le principe d'égalité, c'est pas d'un maniement commode et puis le Conseil constitutionnel ne donne pas beaucoup de clés non plus ».*

58- Cet aléa s'apparente, pour certains avocats, à un véritable frein. Ainsi Me Sarah confie : *« Je pense pour parler très ouvertement que l'un des freins des avocats, c'est la difficulté de lire la jurisprudence constitutionnelle du Conseil constitutionnel avec, voilà, des difficultés à se dire : est-ce qu'on a une prévisibilité dans la décision ? Et je crois que la réponse est non. C'est à dire que l'avocat, s'il peut avoir des arguments, s'il peut avoir des convictions juridiques sur certains points n'aura absolument aucune conviction sur ce que pourra être une décision d'une juridiction, enfin en l'occurrence du Conseil constitutionnel, alors que si on soulève une nullité j'allais dire plus classique au vu d'arguments plus legalistes, hein, pour dire les choses, devant le Tribunal correctionnel, là on verra où on va, on verra si on a*

une chance ou pas, alors que l'avocat n'a absolument aucune idée de la chance qu'il a, si je peux me permettre de m'exprimer ainsi, sur le fait qu'une procédure QPC puisse aboutir ».

59- Quelques avocats soulignent également la dimension politique de certaines décisions. Me Sarah : *« Je pense aussi que la QPC a toujours aujourd'hui une image politique à savoir de se dire : est-ce qu'on sera ou pas dans un mouvement politique au sens très large qui permettra d'aboutir ou pas, parce que est-ce que la société est prête, est-ce qu'il y a un mouvement sociétal sur cette question ou pas ».*

60- Au demeurant, estimer les chances de succès ne suffit pas. Me Agnès le souligne : *« il y a une analyse et un conseil stratégique à donner sur l'opportunité d'une QPC, pas seulement à l'aune des mérites intrinsèques qu'aurait une QPC, c'est à dire des chances de succès d'une QPC dans un dossier mais au regard du résultat que ça pourrait provoquer ».*

b. La possibilité d'obtenir le résultat souhaité¹²

61- Si l'abrogation de la loi ou d'une disposition législative constitue majoritairement l'effet visé selon les résultats du questionnaire sans que cela ne soit contredit par les entretiens, l'objectif visé par l'outil QPC ne se limite clairement plus à cet unique objectif. Il ressort en effet que deux objectifs majeurs, outre l'abrogation, sont poursuivis (l'obtention de réserves d'interprétation par le Conseil constitutionnel et la modification par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat de sa jurisprudence concernant une disposition législative) tandis que d'autres objectifs sont très marginaux.

62- Deux objectifs apparaissent comme marginaux : l'utilisation dilatoire de la QPC de même que son utilisation pour faire pression sur l'autre partie.

63- Les avocats interrogés affirment, dans leur grande majorité, que la QPC n'est pas utilisée comme une technique dilatoire en particulier au niveau de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat puisque ces juridictions ne disposent que de 3 mois pour statuer et que le Conseil constitutionnel est lui aussi lié par un délai de 3 mois. Me Agathe affirme *« La QPC dilatoire ? Non. Non parce qu'au stade où nous posons ces QPC, on est avec des délais qui sont très courts. »*. Quelques avocats n'excluent pas, en revanche, que cet effet existe parfois

¹² Les effets de la QPC font l'objet d'une étude particulière par Gatien Casu dans le cadre de cette recherche.

s'agissant de QPC posées devant les juridictions du fond. Me Agathe : « *En revanche, j'ai déjà constaté que des QPC posées devant les tribunaux pouvaient de temps en temps avoir cet effet parce qu'effectivement, la juridiction souvent instruit la QPC d'abord et ça peut prendre plusieurs mois et il n'y a pas de délai de 3 mois, là. Voilà. J'ai déjà vu ça, j'en ai déjà vu* ». Cette possible utilisation dilatoire devant les juridictions du fond est confirmée par les réponses au questionnaire puisque des répondants ont déclaré avoir déposé une QPC pour obtenir un sursis à statuer ou pour allonger la durée de la procédure¹³ et Me Renée confirme l'utilisation de ce moyen à des fins dilatoires par certains avocats : « *la QPC, c'est le moyen imparable dilatoire, ça franchement devant un juge professionnel (...), je pose une QPC pourrie mais je vais avoir 4 mois de renvoi. Je suis emmerdé dans un dossier machin, je veux un renvoi, on me le refuse, (...), je dépose une QPC et j'écris n'importe quoi* ».

64- La QPC ne semble pas non plus être utilisée, en tant que telle, comme moyen de pression à l'égard de l'autre partie selon les entretiens, ou de façon très marginale (8% des répondants) si l'on exploite le questionnaire. Ce qui conduit Me Aude à souligner que la QPC n'est pas plus un moyen de pression que toute autre voie de droit.

65- Les trois objectifs majeurs de la QPC sont, au terme des entretiens, l'abrogation d'une disposition législative, l'obtention de réserves d'interprétation par le Conseil constitutionnel ou encore l'obtention d'une jurisprudence déterminée de la part du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation.

66- L'abrogation constitue un objectif fréquent pour les plaideurs en demande, tant individuels qu'institutionnels. Mais les avocats mesurent la puissance de ce recours, en témoignent les métaphores guerrières dont nous avons déjà souligné l'utilisation, pour décrire les effets de la QPC : tir à la mitraille, boulet de canon, nitroglycérine... Me Renée souligne : « *Ca change la loi pour tout le monde, ça fout la trouille quand même* ». Face à cet effet extrêmement puissant de la QPC, deux attitudes parmi les avocats : ceux qui considèrent qu'il est de leur devoir de tout faire pour leur client et qui n'hésitent pas à utiliser la QPC pour un dossier individuel et d'autres qui ont développé une éthique de la QPC et restent attentifs au fait qu'une QPC peut conduire à des effets non souhaitables dont il faut se garder. Les propos de Me Rebecca et de Me Priscille illustrent ces deux positions. Me Rebecca affirme :

¹³ Avec toute la prudence nécessaire quant à l'exploitation du questionnaire eu égard au faible nombre de répondants, on peut relever que 21% des répondants ont déclaré avoir déposé une QPC pour obtenir un sursis à statuer et 15% pour allonger la durée de la procédure.

« je suis avocat, donc si je peux taper au fond, c'est mon boulot classique mais si, en allant directement voir les juges de la rue de Montpensier, je peux arriver au même résultat, j'engage ma responsabilité de ne pas y aller ». A l'inverse, Me Priscille explique : « je me refuse à raisonner uniquement par rapport à l'intérêt de mon client dans tel dossier (...), je pense qu'il y a des gens qui se lancent dans des contentieux avec un raisonnement qui intéresse leur client dans tel dossier, mais qu'ils devraient réfléchir deux secondes à l'impact sur tous les autres ».

67- L'abrogation peut néanmoins impliquer deux effets non souhaités par les demandeurs : le report de l'effet de l'abrogation et la création d'un « vide législatif », voire l'adoption d'une loi nouvelle identique ou moins favorable encore à celle abrogée.

68- Le report de l'entrée en vigueur de l'abrogation qui prive le demandeur du bénéfice de l'abrogation dans le cadre contentieux n'est guère gênant pour les plaideurs institutionnels (surtout si le contentieux a été créé pour introduire une QPC). En revanche, cette « victoire à la Pyrrhus », selon l'expression employée par plusieurs avocats, constitue un frein notable pour le plaideur individuel qui a gagné dans la procédure QPC mais risque de perdre dans le champ contentieux.

69- Le second effet que peut redouter le demandeur en cas d'abrogation est la création d'un « vide législatif » ou encore l'adoption d'une nouvelle loi similaire ou même moins favorable encore, une sorte de « retour de bâton législatif ». Me Agnès prend en considération l'éventuelle création du vide législatif. Me Agnès : « La QPC, c'est un boulet de canon, ça fait disparaître la loi. Donc attention aussi aux victoires “ à la Pyrrhus ” où, pour gagner votre litige, un litige donné pour un client, par exemple un client institutionnel, vous faites disparaître un texte, alors que c'est inapproprié voire contre productif de manière générale pour le client ou pour les secteurs d'activité ». Concernant l'adoption d'une loi moins favorable encore aux clients, le phénomène, observé par les fiscalistes, conduit les avocats à s'interroger . Me Rebecca : « on se dit : ok je vais (faire) annuler ce texte là mais à la place qu'est ce qu'il a ? qu'est ce que l'administration va nous mettre en place ? » « on a fait une QPC sur la CIF, y a plus de CIF. Résultat des courses c'est 100% des dossiers qui part au pénal, c'est une aberration (...) depuis la loi d'octobre 2018, on y est puisque maintenant tous les dossiers en dessus de 100 000 euros, ils partent automatiquement au pénal. » « on aurait peut être dû s'abstenir par le passé, on aurait dû laisser en l'état les textes de loi ».

70- La demande de réserve d'interprétation constitue le second objectif majeur de la QPC. Il s'agit d'une demande permettant « d'éviter la casse » selon les termes de Me Armand, c'est à

dire permettant d'éviter l'abrogation et le report. Les clients institutionnels ont investi cette stratégie. Me Aude en témoigne : *« on a aussi eu souvent des stratégies, alors je parle comme avocat des syndicats, souvent des stratégies qui consistaient à obtenir des réserves d'interprétation. Et très souvent, de venir devant le Conseil constitutionnel exposer les dangers ou les avantages des réserves et ça si vous voulez, c'est... encore une fois... on y va pas pour le client en question mais on y va pour la construction du droit ».*

71- Troisième objectif, la QPC est enfin utilisée, selon les propres déclarations des avocats, pour obtenir un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. Me Agnès développe : *« c'est un levier pour le coup vraiment très utile parce que ça peut nous permettre, en tant qu'avocats et pour nos clients, de remettre, de percuter des jurisprudences constantes, de les interroger, de les contester. Alors évidemment, on peut demander un revirement de jurisprudence au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et ils en font mais ça peut être difficile de les en convaincre, mais là on peut carrément, quand le litige s'y prête, interroger la constitutionnalité même de leur jurisprudence ».* Me Antoine témoigne du résultat : *« La Cour de cassation a reviré de jurisprudence pour ne pas transmettre la QPC qui portait sur la lecture qu'elle avait antérieurement du texte ».*

72- Dans le même esprit, la QPC est également utilisée pour contraindre la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat à définir une jurisprudence et presser la juridiction d'interpréter dans un sens donné. Me Adrien explique ainsi la situation en l'absence de jurisprudence : *« C'est à dire que vous avez une décision d'appel que vous critiquez, vous dites (...) grosso modo, si c'est votre jurisprudence, elle est pas conforme aux libertés fondamentales et donc il faut transmettre la QPC. Si c'est pas votre jurisprudence, dans ce cas là, vous ne pouvez que casser la décision de la Cour d'appel ».* Me Antoine a expérimenté : *« je contestais une interprétation du texte sous l'angle de la QPC et le Conseil d'Etat a consacré l'autre qui était contraire à celle qu'avait retenue la Cour administrative d'appel... Donc ça a permis de gagner sur le moyen de fond tout en perdant sur la QPC. Ce qui était l'objet, en fait ».*

73- L'objectif recherché et les chances de succès pèsent évidemment de façon importante dans le bilan au terme duquel les avocats conseillent à leur client de poser une QPC ou non.

B. Le bilan d'opportunité de la QPC

74- Ainsi que dans tout dossier et pour toute action, c'est au terme d'un bilan qui mêle un comparatif coût /avantages et bénéfices/risques que les avocats décident d'utiliser l'outil QPC ou de ne pas l'utiliser. S'agissant de ce recours, le rapport est établi entre d'une part, les contraintes de la QPC que peuvent constituer les paramètres matériels et procéduraux et, d'autre part les résultats espérés et raisonnablement envisageables. Par exemple, Me Sarah souligne qu'il faut prendre en compte « *le coût, et la charge de la procédure et puis aussi la réalité de l'aléa lié à la chance de succès* ».

75- Aux fins de systématiser l'approche, on peut, à partir des entretiens et du questionnaire, présenter le bilan de la façon théorique suivante en dessinant une appréciation du rapport entre les paramètres matériels et procéduraux d'une part et les résultats espérés de l'autre, chaque paramètre pouvant être affecté d'un signe positif (si le paramètre va dans le sens d'une QPC), d'un signe négatif (si le paramètre joue, à l'inverse, contre le recours à la QPC) ou d'un signe neutre (∅).

76- On peut alors schématiser le bilan de la façon suivante :

Paramètres matériels et procéduraux Ou contraintes QPC		Paramètres de résultat	
Coût client (ou coût avocat)	+/-	Chances de succès	+/-
Temps de travail avocat	+/-	Possibilité d'obtenir le résultat souhaité	+/-
Filtrage	+/-	Impossibilité d'obtenir autrement le résultat	+/-
Délai de procédure suffisant	+/-		
Influence sur le délai de procédure	+/-		
Situation spécifique du client	+ /-		

77- En déclinant ce schéma théorique, par hypothèse sur des dossiers sérieux, sur les situations dans lesquelles se trouvent quelques avocats, on peut observer que certaines situations présentent un environnement plus favorable que d'autres pour que soit posée une QPC.

78- Ainsi pour les Avocats aux Conseils selon que le client est un particulier ou un client institutionnel (assureur, association, syndicat...), le bilan se présente selon les schémas suivants :

Avocat aux Conseils défendant un particulier

Paramètres matériels et procéduraux Ou contraintes QPC		Paramètres de résultat	
Coût client modéré	+	Chances de succès Aléa estimé en fonction du principe Le recours QPC peut augmenter les chances de succès du pourvoi	+
Temps de travail avocat modéré	+	Possibilité d'obtenir le résultat souhaité (risque de report)	+ /-
Filtrage : un seul filtrage par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat	+	Impossibilité d'obtenir autrement le résultat. Eu égard au risque de report, le choix du seul pourvoi peut être opportun	-
Délai de procédure court mais suffisant	+		
Pas ou peu d'allongement du délai de procédure	+		
Situation spécifique du client	+ /- /Ø		

79- On peut ici observer que les obstacles matériels et procéduraux étant réduits, le choix peut véritablement être opéré en fonction des questions juridiques posées par le dossier et des chances d'obtenir le résultat souhaité. Compte tenu de l'existence d'un pourvoi en parallèle, le recours QPC peut apparaître comme un outil supplémentaire pour « obtenir la cassation de la décision ».

Avocat aux Conseils défendant un client institutionnel

Paramètres matériels et procéduraux Ou contraintes QPC		Paramètres de résultat	
Coût client modéré et pris en charge par le client	+	Chances de succès Aléa estimé en fonction du principe	+ /-
Temps de travail avocat modéré	+	Possibilité d'obtenir le résultat souhaité (abrogation, réserve ou modification de la jurisprudence)	+
Filtrage : un seul filtrage par la Cour de cassation ou par le Conseil d'Etat	+	Impossibilité d'obtenir autrement le résultat.	+
Délai de procédure court mais suffisant (ou création d'une procédure)	+		
Pas ou peu d'allongement du délai de procédure	+		
Situation spécifique du client Certains clients comme des établissements publics peuvent renoncer pour de raisons « politiques »	+ /- /Ø -		

80- Le schéma permet de mettre en lumière que, s'agissant des clients institutionnels, hors situation particulière du client, les obstacles matériels et procéduraux sont réduits et que le recours QPC apparaît comme un moyen efficace pour obtenir une abrogation ou une réserve d'interprétation, voire une modification de la jurisprudence ; un moyen parfois unique de peser sur la législation.

81- S'agissant des avocats à la Cour, nous établirons le schéma dans les deux domaines présentés comme privilégiés pour l'épanouissement de la QPC et pour lesquels, par ailleurs, nous disposons de témoignages convergents.

**Avocat à la Cour défendant un particulier en matière fiscale
(par la création d'un contentieux)**

Paramètres matériels et procéduraux Ou contraintes QPC		Paramètres de résultat	
Coût client très modéré : fixation d'un honoraire de résultat	+	Chances de succès : l'aléa du contentieux créé existe mais le rejet n'aggrave pas la situation du client	+
Temps de travail avocat modéré ou important mais peut être « rentabilisé » sur plusieurs clients	- ou +	Possibilité d'obtenir le résultat souhaité : abrogation ou conformité de la loi obtenue rapidement Risque d'une loi postérieure encore moins favorable	+ -
Filtrage : double filtrage	-	Impossibilité d'obtenir autrement le résultat dans un temps court	+
Délai de procédure suffisant : création d'un contentieux	+		
Rapidité de la procédure QPC par comparaison à la procédure classique	+		
Situation spécifique du client : le client est choisi	+		

82- Le tableau permet une mise « à plat » des nombreux éléments jouant en faveur de la création d'un contentieux en matière fiscale pour poser une QPC. L'élément négatif majeur qui apparaît est le risque d'une loi nouvelle encore moins favorable aux contribuables concernés. Cette approche du risque « social » n'est pas identique selon les avocats.

Avocat à la Cour défendant un particulier dans le cadre de poursuites pénales

Paramètres matériels et procéduraux Ou contraintes QPC		Paramètres de résultat	
Coût client élevé ou avocat intervenant <i>pro bono</i>	-	Chances de succès : aléa estimé en fonction du principe	+/-
Temps de travail avocat modéré ou important	+ ou -	Possibilité d'obtenir le résultat souhaité : possibilité d'abrogation mais risque lié au report	+/-
Filtrage : double filtrage	-	Impossibilité d'obtenir autrement le résultat : l'argument d'inconventionnalité présente un coût moindre, un travail moins important pour l'avocat et un risque moindre	-
Délai de procédure parfois insuffisant comme dans les comparutions immédiates ou inadapté comme dans les procédures CRPC ou les alternatives aux poursuites	-		
Allongement de la procédure	-		
Situation spécifique du client : Le client peut être placé en détention provisoire ou subir un allongement de celle-ci	-		

83- Le tableau permet de schématiser les raisons pour lesquelles les avocats à la Cour, pénalistes, n'utilisent pas la QPC de façon aussi fréquente que ce que l'on pourrait penser. Les obstacles matériels et procéduraux sont nombreux et importants et n'apparaissent pas contrebalancés par un gain en terme de résultat tant en raison de l'aléa que du risque de report de l'abrogation éventuelle du texte dans le temps.

84- La lecture transversale de ces tableaux permet de conclure en premier lieu que les avocats aux Conseils semblent être dans une situation plus favorable que les avocats à la Cour pour

poser des QPC et, en second lieu, que les questions constitutionnelles qui n'emportent pas d'enjeu financier important ou qui ne sont pas portées ou soutenues par des plaideurs institutionnels ont moins de chances de faire l'objet d'un recours QPC.