Rapport final de recherche

LA QPC EN ACTIONS.

USAGES ET STRATEGIES DES AVOCATS

Recherche réalisée à l'occasion des dix ans de la QPC, avec le soutien du Conseil constitutionnel (convention REF : 9_ConventionQPC2020)

Janvier 2020

Sous la direction de :
Mathieu DISANT, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directeur honoraire du CERCRID (UMR CNRS 5137), porteur principal
Pascale DEUMIER, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Lyon 3, Directrice de l'Equipe de Recherche Louis Josserand (EA 3707)

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du Conseil constitutionnel (convention REF : 9_ConventionQPC2020). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord du Conseil constitutionnel.

LA QPC EN ACTIONS.

USAGES ET STRATEGIES DES AVOCATS

Recherche réalisée à l'occasion des dix ans de la QPC, avec le soutien du Conseil constitutionnel (convention REF : 9_ConventionQPC2020)

Janvier 2020

<u>Responsables de la recherche</u> :

Mathieu DISANT, Professeur de droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directeur honoraire du CERCRID (UMR CNRS 5137), porteur principal
Pascale DEUMIER, Professeur de droit privé, Université Lyon 3, Directrice ELJ (EA 3707)

<u>Equipe de recherche</u> :

Les grandes orientations méthodologiques et scientifiques ont souvent été discutées dans le cadre d'un groupe restreint composé de Mathieu DISANT, Pascale DEUMIER, Nathalie DE JONG (Ingénieur d'études, Université Jean Monnet, CERCRID, UMR 5137), Antoine PÉLICAND (PRAG en sociologie du droit, Université Jean Monnet, CERCRID, UMR 5137), Éliette RUBI-CAVAGNA (Professeur de droit privé, Université Jean Monnet, CERCRID, UMR 5137).

Les membres de l'équipe les plus actifs dans l'élaboration des questionnaires et la réalisation des entretiens sont ceux qui ont rédigé l'une des contributions du rapport : Nicolas BARBAROUX, MCF en économie, Université Jean Monnet, GATE (UMR 5824) ; Gatien CASU, MCF en droit privé, Université Lyon 3, ELJ (EA 3707) ; Corinne DELMAS, Professeur de sociologie, Université de Nantes, CENS (UMR 6025) ; Fanny JACQUELOT, MCF en droit public, Université Jean Monnet, CERCRID (UMR 5137) ; Thomas PIAZZON, MCF en droit privé, Université Paris II, Laboratoire de droit civil (EA 3384), Blandine THELLIER de PONCHEVILLE, MCF en droit privé, Université Lyon 3, ELJ (EA 3707).

Ont également participé, à l'élaboration du questionnaire : Alain DEVERS, MCF en droit privé, Université Lyon 3, ELJ (EA 3707), Charlotte LE CHAPELAIN, MCF en économie, Université Lyon 3, GATE (UMR 5824) ; et à la réalisation ponctuelle d'entretiens : Cécile GRANIER, MCF en droit privé, Université Lyon 3, ELJ (EA 3707), Nicolas RAFIN, MCF en sociologie, Université de Nantes, Centre Nantais de sociologie (UMR 6025).

AVERTISSEMENT

Afin de préserver l'anonymat des données, les noms des avocats mentionnés dans ce rapport sont des **pseudonymes**. Ils sont constitués de prénoms (attribués indépendamment du genre réel), dont la première lettre indique le profil de l'avocat :

A = avocat aux conseils

B = avocat à la Cour n'ayant pas posé une QPC ou ayant posé une QPC non renvoyée - Paris

P = avocat à la Cour ayant posé une QPC - Paris

R = avocat à la Cour ayant posé une QPC - province

S = avocat à la Cour n'ayant pas posé une QPC ou ayant posé une QPC non renvoyée – province

La liste exhaustive des pseudonymes utilisés est transmise en Annexe n°1.

Dans le respect de l'anonymat des lieux, les noms des 4 Cours qui constituent le panel de province dans le cadre de l'enquête par entretien ont également été « pseudonymisées » (c.f. Note méthodologique).

Sommaire

Rapport de synthèse **7**

I. Objet de la recherche 7

II. Dispositif méthodologique 9

III. Terrains et données ayant servi au support de la recherche 10

IV. Principales conclusions de la recherche 11

V. Pistes de réflexion ouvertes et reformulations opérées 27

Note méthodologique **29**

Introduction 29

I. Enquête nationale par questionnaire 30

II. Enquête locale et enquête ciblée par entretiens 37

1) Modes d'apprentissage et de mobilisation de la QPC **41**

***La QPC, les avocats et leurs clients : L'apprentissage d'un outil constitutionnel* 42**

Introduction 42

I. L'acculturation à une « révolution culturelle » 42

II. Novices et virtuoses de la QPC 58

III. Défis et modalités d'une formation par la pratique 78

Conclusion 97

***Des avocats dans l'usage de la QPC : Quel rôle après dix ans de pratique ?* 99**

Introduction 99

I. Un nouvel exercice professionnel ? 100

II. Défendeur des intérêts du justiciable ou protéger des libertés publiques ? Les mutations du rôle endossé par l'avocat 107

III. Les avocats, pièce maîtresse de l'élargissement du contrôle de constitutionnalité par la QPC 116

Conclusion 124

2) Le marché de la QPC et le client **126**

***La QPC à l'aune des rapports de l'avocat et de son client* 127**

Introduction 127

I. La QPC dans l'intérêt du client 129

II. La QPC dans les rapports avec le client 142

***Les enjeux du coût de la QPC : une barrière à l'entrée?* 156**

Introduction 156
I. La QPC et l'analyse économique : une situation inédite 157
II. Etude de la structure de coût d'une QPC 161
Conclusion 165
3) Stratégies d'utilisation de la QPC *167*
Quelle place pour la QPC dans la stratégie des avocats ? *168*
Introduction 168
I. La perception de la QPC comme outil tactique dans le cadre de stratégies diverses 168
II. Le choix de la QPC au terme d'un bilan d'opportunité 180
Les effets de la QPC *196*
Introduction 196
I. Rechercher 196
II. Dénoncer 203
III. Prévenir 211
L'articulation entre constitutionnalité et conventionnalité *215*
Observations générales 215
I. Les stratégies reposant sur la proximité des contrôles 216
II. Les stratégies reposant sur les spécificités des procédures 221
III. Les stratégies reposant sur les habitudes professionnelles 226
4) Perceptions et usages de la procédure *232*
Le filtrage de la QPC *233*
Introduction 233
I. La mutation des critères de renvoi 236
II. L'amorce d'une nouvelle dualité architecturale du filtrage 244
Usages et perceptions de la procédure devant le Conseil constitutionnel *251*
Introduction 251
I. Le déroulement du procès constitutionnel 253
II. L'élaboration de la décision 264
Table des matières *272*
Annexe n°1 : Liste des pseudonymes utilisés *277*
Annexe n°2 : Éléments de traitement du questionnaire *279*

Rapport de synthèse[1]

I. Objet de la recherche

La présente recherche s'inscrit dans le 1er champ principal identifié dans l'appel à projets QPC 2020, visant à mieux connaître « les aspects sociologiques de la QPC », les acteurs de la procédure QPC et l'évolution de leurs pratiques. Le choix a été fait de se concentrer, parmi ces acteurs, sur les parties et leurs représentants, afin de mener une recherche sur les dimensions les moins visibles et les moins étudiées du contentieux. Dans ce cadre, la présente recherche a pour objectif de contribuer à la connaissance des pratiques des professionnels impliqués dans la procédure QPC.

Au premier rang de ces acteurs, la recherche s'est concentrée sur les avocats, en tant qu'ils représentent les parties au procès constitutionnel, afin de mieux comprendre les raisons qui incitent ceux-ci à faire usage de la QPC ou à préférer s'en tenir à distance. La QPC ne serait rien sans ceux qui s'en saisissent et la font « vivre ». C'est sur ces auxiliaires de justice constitutionnelle que se concentre la présente recherche. Elle cherche à identifier au plus près leurs stratégies, par une approche empirique de leurs pratiques. Il s'agit de la première étude d'ampleur sur le sujet.

La représentation n'est certes pas obligatoire en QPC. Mais, de fait, les avocats sont présents dans la majorité, voire la quasi-totalité des procédures (plus de 95 % des affaires QPC devant le Conseil constitutionnel sont concernées). C'est le signe d'une professionnalisation de la QPC. C'est par les avocats que se font principalement valoir, pour déclencher ou intervenir en QPC, les positions de droit, en faveur ou en défaveur de l'argument d'inconstitutionnalité. De surcroît, si la fonction de défense de la loi est exercée par le Gouvernement, représenté par son Secrétariat général, celui-ci est régulièrement rejoint par la partie qui revendique le bénéfice de la loi contestée. Sans la mobilisation des avocats, la diffusion du réflexe constitutionnel serait réduite ou hypothétique. Il convenait d'en prendre acte et de concentrer le regard sur cette population.

[1] Rédaction : Mathieu Disant

Les avocats constituent ainsi les sujets d'étude de la recherche, afin de mieux connaître et comprendre les différentes utilisations qu'ils font de la QPC et les éléments qui favorisent le recours à cette procédure ou au contraire en détournent les praticiens. Qui sont-ils ? Quelle est leur perception de la QPC ? Comment se sont-ils emparés (ou pas) de la QPC ? Quels sont les obstacles rencontrés ? Quelles sont les stratégies à l'œuvre ? Existe-t-il des spécificités disciplinaires ? Sur quel dialogue avec le client le recours à la QPC est-il décidé ? En somme, quelles relations les avocats entretiennent-ils avec la QPC ? Dresser une cartographie des usages et pratiques de la QPC auprès des avocats est nécessaire pour évaluer la manière dont les acteurs se sont appropriés la procédure, comprendre les modalités de sa réception. La présente recherche tente ainsi de mettre à jour les perceptions, usages et stratégies d'utilisation de la QPC déployées par les avocats, dix ans après son entrée en vigueur.

Cette manière d'envisager les acteurs du débat en justice n'est guère fréquente dans le champ du contentieux constitutionnel. Elle y est même littéralement inexistante, en France du moins, tant elle est négligée aussi bien par les études générales des institutions juridictionnelles – même les plus minutieuses, et par les analyses systématiques du contentieux constitutionnel – même les plus attentives.

Notre recherche s'est saisie de ces considérations à deux égards.

D'une part, en identifiant les profils en fonction des caractéristiques organisationnelles (taille des structures, statut, spécialisation, développement de pôles d'expertise au sein des cabinets…) et sociologiques (provenance géographique, champs disciplinaires, coût d'entrée…), le cas échéant en tenant compte des caractéristiques juridiques des parties représentées (personnes physiques, entreprises, syndicats, ONG…). En miroir, c'est une manière de mettre en lumière la perception et la représentation que ces professionnels du droit ont de la QPC et, plus généralement, de la Constitution.

D'autre part, en approchant les stratégies (techniques, contentieuses, médiatiques, communicationnelles…) en usage auprès de ces acteurs, au regard des objectifs assignés à la QPC. Par hypothèse, ces stratégies arbitrent le choix d'engager (ou pas) une QPC, voire de s'engager dans une QPC existante (s'agissant des parties intervenantes), selon plusieurs paramètres : le moment de le faire, le « choix » du litige principal, le coût, l'évaluation du bénéfice (effet utile) et des risques (prévisibilité).

Compte tenu de la nature spécifique de la QPC (recours abstrait à portée abrogative ou effet général), et dans la mesure où elle présente une résonnance médiatico-sociétale puissante, l'étude des stratégies à l'œuvre constitue une contribution importante à la connaissance des usages du droit en général, à ceux du droit constitutionnel en particulier, ainsi qu'à l'utilisation des recours contentieux.

II. Dispositif méthodologique

La connaissance des identités et stratégies des acteurs impose une approche empirique des pratiques, au-delà des sources traditionnelles sur lesquelles les juristes fondent le plus souvent leurs travaux. La présente recherche permet de pallier cette lacune en conduisant une recherche systématique sur les pratiques des acteurs.

Compte tenu de l'approche retenue, empirique et ouverte à la sociologie judiciaire et à l'économie du droit, la recherche a mobilisé autant de juristes de droit public que de droit privé, avec le soutien de sociologues et économistes, et l'appui d'outils et techniques d'enquête.

D'une part, la mobilisation des sciences sociales se traduit par une triple expertise en sociologie du droit et du contentieux, sociologie de l'expertise et des groupes professionnels, sociologie de l'action publique et de l'accès au droit. Elle permet notamment d'être attentif à l'utilisation politique des tribunaux par les avocats ou la société civile, à laquelle peut se prêter la QPC.

D'autre part, l'approche économique est indispensable pour prendre au sérieux, non seulement le « coût » d'une QPC (approche micro-économique) comme éventuel obstacle à son usage, mais aussi l'insertion de l'offre que constitue la procédure QPC dans le « marché du droit » et les modalités d'adaptation de ce dernier dans un cadre quasi-oligopolistique et un fonctionnement pseudo-monopolistique (approche macro-économique). Ces dimensions, jusqu'alors largement ignorées, contribuent de façon inédite à la connaissance de la QPC en tenant compte de l'ouverture d'un nouveau champ d'activité économique.

Le dispositif méthodologique de la recherche s'est appuyé sur les ressources du CERCRID, *Centre de recherches critiques sur le droit* (Unité Mixte de Recherche du CNRS, UMR 5137). Celui-ci a porté plusieurs recherches mobilisant ce type d'analyse. Il compte parmi son

personnel d'accompagnement à la recherche une ingénieure en production, traitement et analyse de données (Nathalie De Jong).

III. Terrains et données ayant servi au support de la recherche

Les données ont été récoltées par le biais de deux techniques complémentaires de collecte d'informations. D'une part, un questionnaire électronique. Il a été construit, édité et mis en ligne via l'outil Limesurvey, après pré-test auprès d'un échantillon réduit d'enquêtés. 141 réponses ont été exploitées. Leur nombre est très faible au regard du nombre de répondants potentiels mais la recherche s'est heurtée à des difficultés considérables pour faire diffuser le questionnaire auprès des intéressants. Le soutien des barreaux de Lyon et de Saint-Etienne aura permis de récolter le plus grand nombre des réponses. D'autre part, une quarantaine d'entretiens semi-directifs ont été menés auprès des avocats. La recherche a ainsi croisé des techniques relevant respectivement de l'analyse quantitative et de l'analyse qualitative.

Après examen de la population visée par l'étude et identification de panels, il est apparu nécessaire de procéder à trois niveaux d'enquête.

- 1er niveau : enquête nationale par questionnaire auprès de l'ensemble des avocats en France. Un questionnaire sur profils a été élaboré, permettant de mettre en évidence des sous-populations pertinentes en fonction, par exemple, du profil statutaire, disciplinaire ou de la fréquence d'utilisation de la QPC. Ce type de questionnaire au niveau national donnant souvent des résultats limités, il est apparu indispensable de le compléter par d'autres enquêtes plus ciblées.

- 2ème niveau : enquête locale sur les avocats inscrits auprès de quatre barreaux de province. Cette démarche a permis de conduire, dans des conditions réalistes de faisabilité, une enquête approfondie dans les zones géographiques identifiées. Elle offre par ailleurs une représentation de barreaux aux compositions différentes.

- 3ème niveau : enquête sur les avocats devant le Conseil constitutionnel. A ce niveau, la recherche s'est appuyée sur les données informatives recensées par les services du Conseil constitutionnel afin de quantifier les catégories de sous-populations et recueillir les coordonnées utiles de l'ensemble des unités les constituant.

Le croisement des données récoltées sur ces trois niveaux a permis d'effectuer un travail de standardisation et de mettre en avant les différences de stratégie.

La recherche a été conduite sur une durée totale de 18 mois. Une note méthodologique en détaille les modalités et caractéristiques.

Afin de favoriser la compliance des enquêtés (c'est-à-dire leur capacité à adhérer à l'enquête), et ainsi maximiser le volume de récolte des données, il a été établi, avec plus ou moins de succès, des relais de diffusion auprès du Conseil national du barreau, des ordres des avocats, et des bâtonniers. Particulièrement, les barreaux de Lyon et Saint-Etienne ont été des relais précieux pour la collecte de réponses aux questionnaires. Dans le même sens, l'équipe de recherche compte délibérément des chercheurs qui exercent la profession d'avocat ou qui ont une connaissance pratique du procès QPC afin de faciliter le recueil et l'analyse des usages de la profession.

IV. Principales conclusions de la recherche

Après dix années d'application de la QPC, les avocats disposaient certainement du recul nécessaire pour livrer leurs sentiments et opinions, éclairés par leur pratique, sur cette procédure atypique du droit français, au succès de laquelle ils ont, au premier chef, participé. Les interrogés ont participé aux entretiens de manière consciencieuse, avec plaisir et sur un ton très libre.

Pour l'immense majorité des avocats interrogés (qu'ils soient avocats aux Conseils ou avocats à la Cour), la QPC reste, au regard du volume des affaires, un recours marginal au sein de leur cabinet. Seul un cabinet d'avocats aux Conseils fait état d'une pratique sensiblement plus intense.

Ceci étant, dix ans après son adoption, la QPC est majoritairement appréhendée au sein de la profession d'avocat comme une véritable « révolution culturelle » entrée dans les mœurs et particulièrement appréciée. Les recherches menées permettent de vérifier l'émergence d'une forme de « réflexe » que les avocats ont le sentiment de désormais avoir.

Sur le plan de la **perception générale**, il domine chez les avocats interrogés, qu'ils aient ou non posé une QPC, une opinion favorable de la QPC. Les manifestations d'hostilité sont très exceptionnelles. Les avocats expriment parfois un attrait d'ordre intellectuel pour la QPC, laquelle est perçue comme un recours à dimension intellectuelle. C'est une spécificité particulièrement mise en avant, souvent associée à la « passion » du droit, à l'appétence pour la « transversalité » des questions et à la « réflexion universitaire ». L'utilisation de la QPC dépend, de fait, des conditions de réceptivité à ce genre de stimulation, du coût d'entrée pour l'exercer une première fois et de la capacité à l'installer comme une pratique régulière dans un quotidien qui peut en être éloigné.

La **perception des différents enjeux de la QPC** varie sensiblement selon les professionnels et le type de clientèle concernée. Il est finalement peu fréquent que la QPC soit parfaitement appréhendée comme un moyen stratégique au service d'un client ou d'un groupe d'intérêts, voire s'inscrive dans de nouvelles approches managériales recherchant une optimisation de la « performance juridique ». A rebours, de multiples freins persistent, s'agissant d'une procédure qui reste largement perçue comme exceptionnelle (au sens d'éloignée des pratiques routinières), marginale voire risquée. Le caractère aléatoire des résultats en matière de QPC et de ses usages tactiques, ajouté à ce qui est largement ressenti et exprimé comme une faible prévisibilité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, constituent un frein souvent avancé pour expliquer la rareté (relative) du recours à la QPC. Selon de nombreux professionnels, cela incite à la prudence, voire à ne recourir que très exceptionnellement à cet outil.

Plusieurs lots de conclusions peuvent être tirés à l'issue de l'enquête. Ils tiennent aux modes d'apprentissage de la QPC par les avocats (1), aux modalités de mobilisation de la question constitutionnelle (2), aux objectifs assignés à la QPC (3), aux stratégies d'utilisation qui en découlent (4), et à son coût dans le cadre d'un « marché » nouveau (5). Ils permettent également de souligner que le défaut d'efficacité des QPC est le sujet majeur de préoccupation (6), et que la procédure devant le Conseil constitutionnel bénéficie d'une perception globalement positive (7).

1- Modes d'apprentissage de la QPC

Sous l'angle des **modes d'apprentissage de l'outil** au sein de la profession, plusieurs traits se font jour.

1.1. En premier lieu, la QPC fait l'objet de discours et de mises en œuvre contrastées. Sur un continuum de positions, on peut distinguer **deux figures-types**, l'une de « virtuose », l'autre de « novice », en lien avec plusieurs dynamiques de spécialisation, une asymétrie de ressources et surtout une différence d'appréhension au regard de la mission des avocats aux Conseil et celle des avocats à la Cour :

- Les **avocats aux Conseils** relatent exercer systématiquement le contrôle de constitutionnalité dès lors que leur moyen se heurte à un obstacle légal. Ils affichent quasi-systématiquement leur expertise sur la façon de fabriquer une QPC. Ils la considèrent comme inhérente à leur activité traditionnelle de contrôle de légalité et à l'attention portée à « développer le droit » en leur qualité d'officiers ministériels délégataires de l'Etat. Ils 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.
- A l'inverse, la revendication d'une compétence experte de la QPC est très exceptionnelle auprès des **avocats à la Cour**. Seuls quelques interrogés font état d'un contrôle systématique de la constitutionnalité dès l'approche au fond du dossier. Une évolution en faveur d'une vigilance accrue est notable mais loin d'être généralisée. Plus de la moitié des avocats interrogés par questionnaire considèrent qu'ils ne sont pas du tout ou peu informés, tant sur la procédure de QPC (respectivement 7,8% et 51,1%) que sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel (respectivement 9,9% et 54,6%). Les professionnels qui se positionnent en tant que profanes enregistrent souvent, sans véritablement la contester, ce sentiment de défaut d'expertise, ce qui conduit à alourdir et renchérir les coûts de mobilisation. Il en résulte l'émergence d'une petite élite, sinon dans le recours à la QPC, au moins dans la division du travail lorsque la QPC est construite et/ou plaidée.

1.2. En deuxième lieu, l'enquête établit trois principaux enseignements quant à **la formation des avocats** à la QPC :

- C’est moins la procédure elle-même que les possibilités et opportunités de dépôt qui apparaissent, aux yeux des professionnels interrogés, comme n’allant pas toujours de soi et pouvant justifier le suivi de formations. Toutefois, plusieurs facteurs hypothèquent les possibilités de suivi de ces formations : les conditions de travail, dont l’urgence, les ressources inégales des professionnels, les enjeux et le coût contrastés de la QPC en fonction notamment des types d’affaires et de clientèles, ainsi que le caractère somme toute résiduel voire exceptionnel de la QPC dans les dossiers et le chiffre d’affaires des cabinets. En l’état, la formation juridique initiale est souvent appréhendée comme ne laissant qu’une place limitée voire insuffisante à ce type de dispositif.
- L’ensemble des avocats des deux ordres écarte 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 ainés, ni même véritablement mieux formés qu’eux.
- L’apprentissage de la QPC se fait largement « par les dossiers ». Il s’agit d’une autoformation qui est essentiellement d’ordre expérientiel et informel. Les sessions de formation organisées par les diverses institutions, souvent jugées superflues par les avocats aux conseils, n’ont permis de lever que de façon limitée certains freins auprès des avocats à la cour. Le groupe des avocats aux conseils s’est quant à lui appuyé sur une forte solidarité et une mutualisation d’outils, favorables à une mise en commun des expériences. La formation par la pratique est ainsi de nature à renforcer les inégalités entre les professionnels, eu égard au coût d’accès à cette procédure, certaines formes d’autocensure, mais aussi des phénomènes de spécialisation au sein de la profession. Les positions plus ou moins « expertes » ou au contraire « profanes » se sont creusées, même si les domaines susceptibles de faire l’objet d’une QPC se sont élargis et si l’accessibilité théorique de ce moyen à tous les avocats en constitue l’un des attraits, aux côtés de la portée politique d’une QPC permettant aux justiciables et à leurs avocats d’endosser une fonction d’« entrepreneur constitutionnel », voire, avec d’autres mécanismes (CEDH, action de groupe) de « sentinelle démocratique ».

1.3. En troisième lieu, l’enquête établit **une prise en main rapide** et sans histoire de la QPC par les avocats. Ces derniers font état d’une adaptation facile à la nouvelle procédure qu’a représenté la QPC. Elle n’a pas conduit à des transformations importantes de leur travail au quotidien, ni dans le fonctionnement des cabinets, ni dans les modes de facturation au

demeurant très variables. Sur le plan des techniques de travail, l'utilisation de la QPC n'a impliqué que des ajustements minimes liés aux particularités de la procédure, eux-mêmes bien intégrés et spontanément évoqués, notamment quant à la temporalité procédurale et au *modus operandi* du greffe du Conseil constitutionnel.

Seule la plaidoirie au Conseil constitutionnel interroge les professionnels, lesquels la considèrent comme un exercice hors-normes. On observe une tendance à ce que l'exercice soit confié à « l'élite experte » précédemment évoquée. Concomitamment est exprimée régulièrement à la fois la dimension rituelle de la présentation orale et l'impression de mal cerner le fonctionnement du Conseil constitutionnel et la pluralité de ses acteurs. Des hésitations notables sont très souvent exprimées sur l'utilité des observations orales devant le Conseil constitutionnel et, en conséquence, sur la stratégie à adopter pour que celles-ci soient efficaces.

2- <u>Modalités de mobilisation de la QPC</u>

Si l'impact de la QPC sur le travail des avocats n'apparaît pas significatif, il convient de souligner **le rôle acquis par les avocats dans la production du droit constitutionnel via les QPC**. Trois lots de conclusions permettent de l'évaluer.

2.1. En premier lieu, on observe **un changement de rôle induit par le dépôt d'une QPC**. La QPC donne une nouvelle dimension à l'action des avocats. Parmi eux, certains constatent qu'ils doivent changer leurs objectifs professionnels compte tenu du positionnement d'une QPC : la défense de leur client s'efface devant la protection d'un principe fondamental ou d'une liberté publique. A partir du problème juridique qu'ils doivent appréhender dans sa généralité en raisonnant à partir des droits fondamentaux constitutionnels, ces avocats témoignent de se retrouver, sans forcément le vouloir, à porter une cause face au pouvoir politique, ou plus exactement à traiter dans un cadre judiciaire de la « chose publique ». La QPC leur ouvre plus nettement cette perspective, ou l'a élargie à un nouvel espace perçu comme le « cœur du pouvoir », incarnée par les spécificités du Conseil constitutionnel au regard des temples de justice qu'ils sont habitués à arpenter.

Même si cela demeure minoritaire, cette perception peut générer, auprès des professionnels eux-mêmes et particulièrement les avocats à la cour, une mutation du rôle endossé par l'avocat,

enclin *via* la QPC à porter les doléances du terrain voire à déboucher sur la conscience d'un véritable engagement social, souvent pour le plus grand étonnement des avocats eux-mêmes. La QPC n'est jamais vécue comme une procédure juridique banale. Elle provoque, de façon très large, des interrogations nouvelles auprès des avocats quant à leur identité professionnelle, bien au-delà du cercle de ceux déjà investis dans le contrôle de conventionnalité et habitués à saisir les cours européennes sur le terrain des grands principes fondamentaux. La conscience des potentialités de la QPC amène ainsi les avocats à mesurer leur responsabilité dans le dispositif.

2.2. En deuxième lieu, on relève **une captation de la QPC au-delà des justiciables**. Au fil des années, les avocats se sont retrouvés au cœur du système de la QPC. Les relations avec leurs clients sont très variables sur le sujet, tantôt initiateurs, tantôt suiveurs, tantôt accompagnateurs, au gré du « filtrage » de l'opportunité des demandes faites par les clients ou au contraire prises à leur initiative ou incitations pour la défense de la cause judiciaire. Il ne s'agit pas d'une simple reproduction des rapports aux clients propres au champ professionnel.

L'enquête fait ressortir le rôle surplombant de l'avocat en matière de QPC, un désir de contrôle du dispositif, voire un accaparement de l'outil lorsqu'une QPC est parfois déposée sans en faire état au client. Les ressorts de ce phénomène sont au moins de trois ordres :

- Cela procède d'une confusion non définitivement levée sur la nature exacte de la QPC, changement temporaire de cause, laquelle présente la particularité de permettre la victoire de l'avocat sans que son client puisse en bénéficier réellement en cas d'effet différé de l'abrogation. Il semble que cela explique incidemment que, après dix années de pratique, la question de la facturation ne soit toujours pas clarifiée parmi les professionnels du droit.
- Cela procède aussi de l'enjeu réputationnel au sein de la communauté professionnelle et de l'attention versée à préserver la somptuosité du nouveau rituel.
- Plus fondamentalement, il en va de la responsabilité institutionnelle ou politique que les avocats tendent à faire valoir dans la régulation et le bon fonctionnement de la QPC, voire sur l'ensemble de la collectivité compte tenu des effets potentiels d'une éventuelle abrogation de la loi.

A certains égards, il arrive que des avocats, parmi ceux qui assimilent le mieux la QPC, se considèrent aujourd'hui comme les gardiens du système institutionnel et se donnent à voir comme des intermédiaires en transaction collusive avec le Conseil constitutionnel pour que celui-ci soit saisi de certains sujets. Les entretiens permettent de révéler cette tendance à la construction d'un nouvel imaginaire, fondé sur le sentiment d'une collaboration implicite avec le Conseil constitutionnel : ce dernier compterait sur les avocats pour effectuer la surveillance sur le terrain et l'alerter en cas de suspicion, lui permettant d'asseoir l'autorité de la Constitution et incidemment la sienne.

2.3. En troisième lieu, contrairement aux situations les plus fréquemment examinées par la sociologie s'intéressant au *cause lawyering*, singulièrement la sociologie du droit nord-américaine, **on ne constate pas de véritables vocations militantes parmi les avocats interrogés**. La QPC ne semble pas perçue comme une arme politique mise à la disposition des professionnels du droit. Elle est davantage une procédure qui peut ponctuellement être mobilisée dans le cadre de débats portés par la société civile, exception à la majorité des QPC revêtant davantage des caractères technique et dépassionné.

Au demeurant, en matière de QPC, les divisions fonctionnelles classiques de la profession sont maintenues, sans qu'on observe une position particulière des avocats à la Cour qui seraient en contact avec les différents terrains de lutte sociale ou militante. Les organisations militantes semblent se tourner, pour une QPC, vers des avocats aux Conseils pour les représenter devant le Conseil constitutionnel, sans qu'elles soient gênées par le fait que les avocats sollicités ou leur cabinet puissent par ailleurs consacrer la majeure partie de leur activité professionnelle à d'autres procédures sans liens avec le combat politique.

Les avocats interrogés maintiennent la plupart du temps un rapport distant aux « causes » de leurs clients, comme ils restent généralement en retrait dans les combats poussant à placer les débats de société dans le prétoire constitutionnel. S'ils prennent le soin de les expliquer lors des entretiens, c'est sur un plan avant tout technique ; le plus souvent, ils ne ressentent pas le besoin de se revendiquer comme les avocats d'affaires emblématiques. En somme, la QPC n'a pas altéré la distinction entre les luttes de la société civile et l'action professionnelle des avocats. Dans des cas marginaux, la QPC peut inciter l'avocat à donner la priorité à l'intérêt public, au nom de la « cause du droit » (déconnecté de l'intérêt du client), dont il se retrouve être le garant, sous les atours d'un « *cause lawyer* malgré lui ».

3- L'affinement des objectifs assignés à la QPC

L'enquête permet d'établir plusieurs enseignements concernant **les principaux objectifs qui sont assignés à la QPC**.

3.1. En premier lieu, les avocats ont une conscience aigüe de ce que la QPC n'est pas un moyen comme un autre, en ce sens qu'il peut développer de puissants effets, en particulier **l'abrogation** d'une disposition législative. Les expressions imagées utilisées par plusieurs avocats en témoignent : « *tir à la mitraillette* », « *arme de destruction massive* », la QPC est aussi comparée à « *de la nitroglycérine* », « *c'est un boulet de canon, ça fait disparaître la loi* ». Deux observations sont à souligner :

- Il ressort des entretiens que l'initiative d'une QPC, particulièrement pour les demandeurs non institutionnels, ne tient pas, en tant que tel, à l'effet particulier de cette abrogation. Les avocats recherchent avant tout l'effet que peut avoir la QPC pour leur client, dont l'issue peut rejoindre par ailleurs la satisfaction d'un intérêt objectif général. L'effet abrogatif est plus notablement recherché par les requérants institutionnels, il est d'autant plus efficace qu'il permet parfois d'obtenir l'abrogation d'un texte alors qu'il n'a pas encore été appliqué.
- La puissance de l'effet abrogatif conduit une partie significative des avocats à développer une éthique de la QPC, attentive non seulement à l'incidence de la disparition du texte au regard du contentieux à l'occasion duquel la QPC est soulevée, mais plus largement aux effets non souhaitables pour la collectivité et sur l'ensemble du droit.

3.2. En second lieu, l'enquête démontre que les effets recherchés par les avocats *via* une QPC ont sensiblement gagné en subtilité. Outre l'abrogation, deux autres objectifs majeurs sont clairement assignés à la QPC. D'une part, l'**obtention de réserves d'interprétation** par le Conseil constitutionnel, stratégie particulièrement investie par les clients institutionnels. 41 % des avocats ayant posé une QPC déclarent avoir poursuivi l'objectif d'obtenir une réserve d'interprétation de la loi. D'autre part, presser **la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat** à produire, fixer ou préciser une interprétation de la loi, voire à modifier leur **jurisprudence concernant une disposition législative dans un sens donné**.

Cette dernière stratégie incite les avocats à poser des QPC alors que les chances de succès sont minces, voire inexistantes, dans la mesure où la constitutionnalité n'est pas vraiment douteuse, dans le seul but de contraindre les deux juridictions suprêmes à prendre rapidement position sur un problème de droit controversé et à s'en servir pour la satisfaction du fond du dossier. La QPC apparaît alors comme un moyen rapide de déterminer l'état de la jurisprudence, de clarifier une position jurisprudentielle, le cas échéant de faire constater que l'interprétation retenue par les juges du fond doit être corrigée, voire d'accélérer l'élaboration d'une jurisprudence ou d'inciter à son revirement. En raison du double filtrage, cette pratique, dont la fréquence est manifestement accrue mais difficilement évaluable, est l'apanage, de fait, des avocats aux Conseils. Alors qu'elle a pour effet d'altérer la spécificité de l'office du juge du filtrage, cette pratique n'est jamais évoquée, par les avocats qui en font état, comme un détournement de la procédure QPC.

4- <u>Stratégies d'utilisation de la QPC</u>

Plusieurs observations permettent de mettre en lumière les principaux ressorts de la mobilisation de la QPC au sein de la stratégie des avocats.

4.1. En premier lieu, l'enquête permet de conclure que **les avocats (et non leurs clients) sont à l'origine de l'immense majorité des QPC**. Les réponses au questionnaire mettent en évidence que c'est le cas dans 92,5% des hypothèses. Paradoxalement, 59% des avocats n'ayant jamais soulevé de QPC ont répondu comme motif qu' « *aucun client ne m'a jamais saisi pour le faire* ». Les clients qui s'adressent à un avocat avec l'idée d'un tel recours sont rares et sont souvent 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. A l'inverse, il est peu fréquent que les clients refusent l'idée de déposer une QPC (10% des cas).

Il résulte de l'analyse des entretiens que la question constitutionnelle émerge souvent sous la forme d'une **intuition** dans le cadre de l'étude d'un dossier, sauf le cas particulier de la création d'un contentieux (l'introduction d'un recours pour excès de pouvoir) comme support d'une QPC. Cette dernière hypothèse est principalement utilisée par les plaideurs institutionnels (assureurs, associations, partenaires sociaux) mais également par des plaideurs particuliers, sous l'impulsion de leur avocat, en matière fiscale.

La mise en forme juridique de la QPC procède quant à elle d'un arbitrage plus élaboré. Les avocats choisissent de la mobiliser, ou de s'abstenir de le faire, au service de stratégies diverses. La QPC apparaît alors comme un outil tactique à multiples facettes, qu'elle soit abordée comme un moyen spécifique ou comme participant d'une stratégie de défense plus globale.

Deux schémas inverses de construction apparaissent, selon la nature des clients et leurs objectifs.

- S'agissant de plaideurs individuels, la QPC est envisagée comme un moyen pour défendre leurs intérêts et non une fin. La QPC ne sera pas initiée si son utilité au procès ou sa plus-value au regard du pourvoi, d'une façon ou d'une autre, n'est pas avérée.
- S'agissant de plaideurs institutionnels, la réflexion se place sur le terrain d'une interprétation générale du droit, d'un intérêt collectif, d'un combat institutionnel ou militant. Les variables sont présentées comme plus fines et plus complexes, notamment sur le choix du moment du dépôt et du bon véhicule, ou sur l'opportunité d'intervenir à une procédure en cours. Les avocats « experts » s'efforcent ainsi généralement de maîtriser le contentieux QPC, possibilité que contestent certains d'entre eux compte tenu de la nature de la procédure. En outre, selon plusieurs avocats, la QPC peut constituer un outil de lobbying et s'inscrire dans une stratégie plus globale visant à accompagner les institutionnels dans leur stratégie politique.

4.2. En deuxième lieu, l'enquête permet de souligner que **les avocats procèdent à un bilan coût-avantages en fonction de paramètres perçus, tantôt comme des conditions favorables, tantôt comme des freins au dépôt d'une QPC**. La méthode n'apparaît pas profondément distincte du bilan d'opportunité relevant des usages habituels et déontologiquement admis au sein de la profession, de l'environnement du dossier et de l'appréciation de résultats espérés ou raisonnablement envisageables.

En revanche, les différents paramètres pris en compte par les avocats sont de nature diverse. Ils sont soit procéduraux (procédure de filtrage, temps pour réaliser le mémoire distinct, influence de la QPC sur la durée de la procédure), soit matériels (coût de la QPC, temps de travail nécessité par la procédure), soit liés au résultat du recours (estimation des chances de succès, possibilité d'obtenir le résultat souhaité). Dans leurs rapports avec les clients, les avocats prennent aussi en compte la proportionnalité de la QPC par rapport aux enjeux de l'affaire. Il ressort que ces différents paramètres sont diversement évaluables et que le bilan d'opportunité

associé est lui-même diversement appréhendé. Ils constituent, selon les cas, des freins, des éléments neutres ou des éléments favorables à la QPC.

Dans son continuum, l'enquête permet de mettre en avant des différences d'appréciation en fonction des domaines d'intervention. Ainsi, par exemple, dans les contentieux relevant de la compétence des juridictions administratives, la procédure QPC est perçue comme un accélérateur de procédure et, en conséquence, comme un avantage pour le client. La perception est globalement inverse pour les avocats traitant du contentieux relevant de l'ordre judiciaire.

On relèvera que l'utilisation dilatoire de la QPC, de même que son utilisation pour faire pression sur l'autre partie, sont des objectifs marginaux.

A titre ponctuel, la QPC apparaît non adaptée à certains paramètres propres au client ou au contentieux. La procédure QPC présente alors des éléments « indésirables ». Dans le cadre de poursuites pénales, le sursis à statuer peut conduire à une prolongation de la détention provisoire ou à un placement en DP. Par ailleurs, la publicité liée à la procédure devant le Conseil constitutionnel (recherchée par les uns) peut ne pas être voulue par certains clients. En outre, certaines personnes publiques ne souhaitent pas attaquer la loi ou contester la décision d'une autre personne publique avec laquelle elles auront nécessairement de futures relations.

4.3. En troisième lieu, l'enquête établit que **les avocats opèrent de plus en plus un usage stratégique du filtrage des QPC, avec lequel ils sont au demeurant aujourd'hui très largement familiarisés**.

Ils en font un usage pragmatique, au point pour certains, parmi les plus aguerris, de s'en emparer pour satisfaire une stratégie d'interprétation de la loi au stade du filtrage. Ce phénomène de translation du filtre en mécanisme d'interpellation du juge (« fissurer un argumentaire ») et/ou d'interprétation de la loi, voire d'enclenchement d'un revirement de jurisprudence, est une stratégie désormais notable. Le filtrage perd alors sa finalité sélective. Dans cette stratégie, le refus de transmission est vecteur de l'interprétation recherchée.

Ils en font aussi un usage évolutif. La pratique du filtrage par les avocats témoigne d'usages parfois ambivalents. D'un côté, on observe une sorte de mise en transparence du 1er niveau de filtre devant les juridictions du fond. Le premier filtrage est vécu majoritairement comme une source d'aléas, voire de difficultés de coordination entre les différentes juridictions comme

entre les avocats qui se transmettent le dossier. Certains avocats expriment un sentiment de dessaisissement. Au demeurant, nombre d'avocats indiquent « choisir » sciemment de déposer devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat pour « accélérer » la procédure, ils analysent ce filtrage direct unique comme un avantage significatif. Cette perception accroît le rôle des avocats aux Conseils déjà observé. D'un autre côté, la contestation du refus de transmettre la QPC (à l'occasion de l'appel au fond ou du pourvoi en cassation), largement considérée comme efficace auprès des interrogés, est régulièrement appréhendée comme une stratégie d'enrichissement de l'argumentaire, une « maturation » de la QPC.

Les critiques que les avocats interrogés formulent à l'égard du filtrage se concentrent sur deux points :

- Certains avocats expriment une difficulté relative au défaut de cohérence procédurale dans l'exercice de la contestation d'un refus de transmettre, dans la mesure où les exigences quant à ses modalités diffèrent d'un ordre de juridiction à un autre. Le juge judiciaire se contente de demander le dépôt d'une nouvelle QPC ; tandis que le juge administratif exige que la contestation contienne, en plus des développements relatifs à la question de constitutionnalité en tant que telle, des moyens à l'encontre de la décision de refus de transmettre visée. Cette différenciation est considérée, par les quelques avocats qui en font état, comme un élément de complexification et institue une différence de traitement entre les affaires relevant de l'ordre administratif et celles relevant de l'ordre judiciaire.
- Beaucoup d'avocats expriment leur sentiment que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation vont au-delà de leurs prérogatives de filtrage en exerçant, de façon excessive, un contrôle de constitutionnalité pur et simple, au point que « le filtre n'est plus un filtre ». La projection selon laquelle le Conseil constitutionnel aurait retenu une appréciation différente que celle ayant conduit à plusieurs refus de renvoi est sensiblement répandue. Dans la perspective d'une contestation de ce refus, impossible en l'état du droit, les quelques avocats qui s'expriment sur ce point se rejoignent en faveur de la création, au sein du Conseil constitutionnel, d'une formation restreinte en qualité de « comité de filtrage ».

5- L'incidence relative du coût de la QPC

L'enquête permet également de souligner que le **coût de la QPC** est un élément plus ou moins déterminant. Le résultat du questionnaire a mis en évidence que dans 21% des cas, les avocats n'ont pas soulevé de QPC en raison du coût qu'elle aurait représenté pour le client. 38,5% des avocats ayant répondu au questionnaire considèrent que le caractère trop onéreux de la QPC constitue un frein. Pour autant, près de la moitié des avocats (48,7%) ayant déjà participé à une procédure QPC ont répondu qu'il leur était déjà arrivé de ne pas faire supporter le coût de la QPC à leur client. Les entretiens ont permis de mettre en évidence que certains avocats convaincus par l'importance de la QPC décident de consentir un effort sur les honoraires, voire de renoncer à tout honoraire (*pro bono)*. Cela témoigne de ce que le « marché de la QPC » est résistant à l'analyse économique, comme le confirme l'hypothèse, assez courante (26,5% des avocats interrogés), de QPC financées sur aide juridictionnelle totale.

Sur le plan micro-économique, les pratiques tarifaires des avocat(e)s en matière de QPC font souvent écho à la construction en étapes de la procédure elle-même. Elles s'appuient à la fois à une situation de concurrence imparfaite (l'acceptation d'une QPC s'opère sur la base d'un prix de réserve) et une situation de concurrence pure et parfaite (lorsque la recevabilité d'une QPC implique des frais supplémentaires, sur la base d'un coût marginal). Dès lors, la fixation du « prix de la QPC » peut adopter deux situations distinctes : tarif unique (global) ou tarification différenciée (coût marginal). Selon notre enquête, la pratique de la facturation de la QPC au coût marginal est la plus représentative des usages de la profession. La majorité des avocats interrogés (54,3 %) ne facture pas distinctement la QPC, laquelle est incluse dans les honoraires dus pour les écritures principales.

Par ailleurs, les honoraires sont déterminés au regard de différents critères et notamment de la situation de fortune des clients. La manière d'estimer ce coût peut être analysée comme une *interaction stratégique*. A cet égard, l'analyse de la QPC du point de vue économique met la théorie économique face à une situation inédite, en tant qu'elle est de nature non concurrentielle (situation de monopole bilatéral). Il n'existe donc pas, à proprement parler, de marché oligolistique de la QPC, mais un monopole discriminant. Le pouvoir de l'avocat est quasi exclusif, dans la mesure où il est seul à estimer les coûts de la QPC et à apprécier, en amont, la capacité de financement du client.

6- Le défaut d'efficacité des QPC est le sujet majeur de préoccupation

L'efficacité des QPC est un sujet majeur de préoccupation. 80% des répondants au questionnaire ne qualifient pas la QPC de recours efficace. Le croisement des données montre que ce sont les avocats qui ont déjà posé une QPC qui attribuent une efficacité au recours. Cela est confirmé par les entretiens conduits auprès des avocats ayant posé des QPC et qui considèrent largement qu'il s'agit d'un moyen entré dans l'arsenal classique de l'avocat.

Le **report de l'effet de l'abrogation**, qui est de nature à ôter tout intérêt au client, constitue la critique majeure et un frein notable pour le plaideur individuel. En effet, le gain de la procédure QPC n'élimine pas le risque de perdre dans le champ contentieux. La situation dans laquelle une décision d'abrogation est privée d'effet utile pour le demandeur est quasi-unanimement contestée par les avocats, quels qu'ils soient. L'appréciation est valable quelle que soit la situation à l'origine de ce défaut d'utilité : abrogation sur le terrain de l'atteinte au principe d'égalité « en tant que ne pas » qui revient à priver tout le monde de l'avantage initialement octroyé à quelques-uns ; abrogation d'une règle de procédure qui n'a pas pour conséquence nécessaire de remettre en cause les actes qui ont été pris antérieurement conformément à la loi inconstitutionnelle ; effet différé dans le temps de l'abrogation…

Trois observations méritent d'être soulignées :

- Dans les rapports avec leurs clients, les avocats n'informent pas toujours sur ce risque, perçu comme difficile à expliquer et tout aussi difficile à anticiper. Il est perçu comme un aléa et souvent appréhendé comme une crainte. S'il est un frein, un tel risque ne constitue pas pour autant un obstacle de principe, il est aujourd'hui anticipé lors de la préparation des observations. En particulier, l'enquête permet d'observer que cet aléa incite les avocats à doubler le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de celui tiré de l'inconventionnalité de la loi, jugé plus sécurisant et complémentaire sur ce point. Il est exceptionnel, auprès des interrogés, que cela conduise à renoncer à la QPC.
- Les avocats déplorent souvent ne pas disposer de suffisamment d'indications quant aux effets des décisions du Conseil constitutionnel et aux modalités de leur exécution. Si la technique dite de la « réserve transitoire », utilisée par le Conseil constitutionnel depuis sa décision n° 2014-400 QPC du 6 juin 2014, est évoquée par quelques avocats, parmi les plus aguerris, elle n'est pas familière de la majorité des interrogés. Cette faculté n'apparaît pas largement intégrée dans les pratiques, et *a fortiori* peu exploitée lors des

recours, ce qui contraste avec la demande régulière de précision sur le régime transitoire consécutif à une abrogation.

- Les pratiques des avocats sont assez hétérogènes s'agissant d'aborder, dans leurs conclusions, la question de l'effet dans le temps de la décision. La majorité des avocats aux Conseils l'aborde systématiquement, soit dans les écritures, soit lors de la plaidoirie. C'est beaucoup plus aléatoire pour les avocats à la Cour qui considèrent parfois que cela relève du seul pouvoir discrétionnaire du Conseil constitutionnel.

Sous cet angle, et s'agissant de **l'articulation entre constitutionnalité et conventionnalité**, l'enquête aboutit à plusieurs conclusions.

D'une façon générale, les avocats ont tendance le plus souvent à doubler systématiquement une QPC d'un moyen de conventionnalité. Le questionnaire fait apparaître que c'est le reflexe majoritaire (56,4%). Cette stratégie se justifie par le fait qu'ils utilisent les deux moyens à leur disposition pour parvenir à une même fin : écarter le texte législatif pour la défense de leur dossier. Elle est en outre facilitée par la proximité substantielle des protections, du fait notamment d'une volonté du Conseil constitutionnel de ne pas trop s'éloigner de la jurisprudence strasbourgeoise.

Cette proximité n'est toutefois pas perçue comme une identité des deux contrôles. Outre quelques variations dans le standard de protection, les avocats identifient et comparent les avantages et inconvénients respectifs de chaque procédure.

Du point de vue de la procédure, la QPC est perçue comme bien plus efficace que le renvoi préjudiciel ou le recours devant la CEDH, mais plus lourde et coûteuse que l'application immédiate de la Convention européenne par les juges nationaux.

Du point de vue de l'effet temporel, l'épisode « Garde à vue » a marqué les esprits et la comparaison tourne à l'avantage de la conventionnalité, bien que certains avocats relativisent ce bilan.

Du point de vue de l'alternative abrogation / inapplication, les perceptions sont très variables, allant de ceux qui ne voient pas de différence significative tant que l'issue est favorable pour leur client, à ceux qui dissocient une QPC plus adaptée aux clients institutionnels ou militants et une conventionnalité pour les litiges du quotidien.

Enfin, à ces différents paramètres s'ajoutent les perceptions et pratiques des avocats. Les perceptions sont celles qu'ils se font des juges et de leur plus ou moins grande ouverture à ce type de moyens. Les juges ordinaires sont souvent considérés comme assez frileux en matière de conventionnalité mais la QPC semble avoir initié une évolution de leur part vers une plus grande ouverture aux droits et libertés. Les pratiques sont les réflexes, tournés vers la QPC ou vers la conventionnalité, que les avocats déclarent avoir du fait de leur spécialité ou de leur plus ou moins grande facilité à s'approprier les différents outils. A cet égard, la conventionnalité apparaît comme l'un des facteurs ayant particulièrement aidé au développement de la QPC, les méthodes de travail appelées par les deux contrôles étant proches.

7- Une perception globalement positive de la procédure devant le Conseil constitutionnel

La perception générale des avocats sur le déroulement de la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel en matière de QPC est nettement positive (en particulier, facilité des échanges avec le greffe, efficacité de la procédure d'intervention). Leur sentiment global est qu'une véritable culture de juridiction a été mise en place ou est à l'œuvre, et que la procédure QPC a été bien « calibrée » dès son origine. Il est aussi à noter que tous les avocats interrogés et 90% des interrogés par questionnaire utilisent le site Internet du Conseil constitutionnel, auquel ils sont parfaitement familiarisés, en dépit de ses évolutions récentes.

Les principales interrogations portent sur l'utilité des plaidoiries. La plupart des avocats interrogés estiment que leur efficacité pourrait être améliorée, d'une part en développant le travail d'instruction contradictoire en amont (spécialement lors de l'échange des mémoires, qui devrait laisser aux parties le temps de répondre aux arguments des adversaires) et, d'autre part, en informant les avocats des questions qui pourraient être posées par les membres du Conseil lors de l'audience.

En retenant le plus petit dénominateur commun, pour la majorité des avocats sans qu'ils soient unanimes sur le fond, les critiques portent sur trois points bien identifiés. D'une part, la composition du Conseil constitutionnel, plus exactement la pratique des nominations, n'aurait pas tiré les conséquences de sa juridictionnalisation. Si certains soulignent que cela accroît l'incertitude du procès, nombre d'avocats ne remettent pas en cause le mode de nomination lui-même, ni le profil des membres du Conseil constitutionnel qui peut les rendre moins hésitants

que des magistrats professionnels du droit au moment de censurer une loi. D'autre part, les modes de fonctionnement internes de l'institution (rôle et poids des rapporteurs, rôle du secrétariat général et du service juridique…) demeurent, pour la majorité des interrogés, largement impénétrable, alors même qu'ils expriment parfois la conviction de devoir plaider « au-dessus de la tête des membres » du Conseil. Enfin, de façon spontanée et souvent avec virulence, la motivation des décisions du Conseil constitutionnel est souvent jugée insuffisante et frustrante, en particulier sur la modulation dans le temps des effets des décisions de non-conformité.

De façon plus inattendue, l'enquête fait ressortir une proposition, plusieurs fois évoquée, celle d'instaurer un « parquet » devant le Conseil constitutionnel. Celui-ci pourrait améliorer l'instruction du dossier, aiguillonner le débat constitutionnel en favorisant l'interactivité, et approfondir le traitement des questions posées sur le fond (quitte à rallonger certaines procédures), notamment en sollicitant des *amicus curiae*.

V. Pistes de réflexion ouvertes et reformulations opérées

A l'issue de l'enquête, il a pu être établi que la décision de déposer une QPC répond aux **configurations tendancielles** suivantes :

- S'agissant des avocats aux Conseils défendant un particulier, les obstacles matériels et procéduraux sont réduits. Le choix est véritablement opéré en fonction des questions juridiques posées par le dossier et des chances d'obtenir le résultat souhaité, en tenant compte du soutien apporté au pourvoi.
- S'agissant des avocats aux Conseils défendant un client institutionnel, les obstacles matériels et procéduraux sont très réduits. Le recours QPC apparaît comme un moyen efficace pour peser sur la législation, obtenir une abrogation ou une réserve d'interprétation, voire une modification de la jurisprudence judiciaire ou administrative.
- S'agissant des avocats à la Cour, la décision dépend de configurations infiniment plus variées, notamment quant à la matière concernée. Les avocats défendant un particulier en matière fiscale (par création du contentieux) rencontrent moins d'effet indésirable, à l'exception du risque « social » d'une loi nouvelle moins favorable aux contribuables concernés. A l'inverse, pour les avocats défendant un particulier en matière pénale, les

obstacles matériels et procéduraux sont nombreux 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 dans le temps.

- Les avocats aux Conseils se trouvent dans une situation plus favorable que les avocats à la Cour pour poser des QPC. 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.

Des données quantitatives complémentaires seraient nécessaires afin de connaître avec plus de solidité la fréquence des différentes situations dans lesquelles les dépôts de QPC sont diversement initiés. La présente recherche permet d'établir des situations nombreuses et très différentes : les clients sont parfois les véritables demandeurs de la QPC, voire leurs artisans, l'avocat étant parfois lui-même impliqué dans le mouvement de société civile porté par une association requérante ; à l'inverse, le rôle du client est parfois très réduit, l'avocat emmenant son client vers une QPC, voire en laissant le client en dehors de la procédure. Pour aller au-delà, la présente recherche présente le biais de s'adresser directement aux avocats et expose au risque que soient inconsciemment mises en valeur, ou à l'inverse minorées, leurs propres actions. Le prolongement des recherches sur les usages de la QPC permettrait, le cas échéant, d'affiner la connaissance du phénomène de sanctuarisation du droit dans une situation qui, de prime abord, revendique de placer le justiciable au cœur du dispositif. Il permettrait aussi de vérifier l'hypothèse selon laquelle la QPC se positionne différemment au regard des rapports habituellement mis en œuvre avec les clients.

De façon plus immédiate, les enseignements issus de la présente enquête sont de nature à susciter ou nourrir une réflexion sur l'amélioration du fonctionnement de la QPC. Plusieurs propositions d'ordre procédural, de plus ou moins grande ampleur, ont été évoquées, notamment celle visant à l'harmonisation des règles de contestation des décisions de refus de transmettre, ou l'instauration d'un « ministère public » au Conseil constitutionnel.

Note méthodologique[2]

Introduction

Au-delà des sources traditionnelles sur lesquelles les juristes fondent le plus souvent leurs travaux, la connaissance des identités et stratégies des acteurs impose une approche empirique des pratiques. Notre recherche mobilise donc l'appui d'outils et techniques d'enquête.

Les pratiques des parties sont étudiées grâce au croisement de données récoltées par le biais de deux techniques complémentaires de collecte d'informations : le questionnaire (approche quantitative) et l'entretien (approche qualitative).

Partant de la population visée par l'étude, il nous apparaît intéressant de considérer trois niveaux d'enquête, en raison de l'identification de trois panels distincts :

	Type d'enquête	Panel concerné	Technique de collecte mobilisée
1	**Enquête nationale**	L'ensemble des avocats de France	Questionnaire
2	**Enquête locale**, approfondie, dans une zone géographique définie, offrant une représentation de barreaux aux compositions différentes	Les avocats à la Cour : - de Paris ; - de 4 Cours de province (*Wisteria*, *Iberis*, *Tamarix* et *Genista)*[3]	Entretien
3	**Enquête « ciblée »,** en s'appuyant sur les données recensées par les services du Conseil constitutionnel (coordonnées postales et téléphoniques, adresses mail[4], connues au moment de l'audience de Question Prioritaire de Constitutionnalité)	Les acteurs devant le Conseil constitutionnel (avocats[5], intervenants) **Ce panel n'est malheureusement traité que partiellement, compte tenu du calendrier serré dans lequel la recherche est conduite et de l'impossibilité d'obtenir de manière automatisée (à partir d'une extraction) des éléments relatifs aux intervenants, notamment les coordonnées.* *Ce niveau d'enquête concerne donc seulement les avocats plaidants.*	Entretien

[2] Rédaction : Nathalie De Jong
[3] Les noms des barreaux provinciaux ont été pseudonymisés.
[4] Le logiciel utilisé par les services du Conseil constitutionnel ne permet pas l'extraction des adresses mail des avocats à la Cour. Concernant les avocats aux Conseils, l'adresse mail est disponible dans 92% des cas.
[5] Il s'agit exclusivement des avocats plaidants (avec distinction entre les avocats aux Conseils et les avocats à la Cour). Le logiciel ne permet pas d'extraire les coordonnées des avocats qui auraient déposé des mémoires, mais n'auraient pas souhaité présenter d'observations orales lors de l'audience (lesquelles sont facultatives), ou se seraient fait remplacés par un confrère ou une consœur.

Les enquêtes nécessaires à cette recherche sont conduites en conformité avec la réglementation en vigueur en matière de traitement de données à caractère personnel, respectant ainsi les grands principes de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

L'inscription de ces traitements est effectuée sur le registre[6] du Délégué à la Protection des Données de l'Université Jean Monnet, compétent pour le CEntre de Recherches CRItiques sur le Droit (CERCRID - UMR5137).

L'ensemble des documents utiles à la recherche est déposé sur deux outils de stockage et de partage sécurisé, accessibles uniquement par les membres de la recherche : MyCore (outil de stockage et sauvegarde individuels, nomadisme et partage sécurisé du CNRS) et Moodle (plateforme pédagogique de l'Université Lyon 3).

Les protocoles mis en place, respectivement dans le cadre de l'enquête par questionnaire, puis dans le cadre des entretiens, sont présentés ci-après.

I. Enquête nationale par questionnaire

A titre préliminaire, il convient de préciser que cette enquête par questionnaire n'a pas d'autres prétentions que d'apporter un éclairage sur les connaissances et les pratiques des avocats en matière de QPC, dans la mesure où il s'avère impossible de constituer un « échantillonnage probabiliste » qui permettrait de généraliser les résultats obtenus. Cette impossibilité réside essentiellement dans le fait que nous n'avons pas à notre disposition la « base de sondage » (liste exhaustive des avocats de France). En conséquence, notre échantillon, réduit aux avocats ayant eu ***connaissance de l'enquête***[7] et ayant ***accepté d'y participer***[8], est un échantillon que l'on qualifiera de « convenance », nécessairement porteur de « biais ».

[6] Le traitement relatif à l'enquête par questionnaire est référencé sous l'identifiant Id 825. Le traitement relatif aux entretiens est référencé sous l'identifiant Id 905.
[7] Les étapes et modalités de la diffusion du questionnaire sont données ci-après.
[8] Afin de maximiser la compliance des enquêtés, nous avions établi des relais auprès du conseil national du barreau, de l'ordre des avocats au conseil d'Etat et à la Cour de cassation, et des bâtonniers. Dans le même sens, l'équipe de recherche comptait délibérément des chercheurs qui exercent la profession d'avocat ou qui ont une connaissance pratique du procès QPC, afin de faciliter la récolte et l'analyse des usages de la profession.

A. Organisation de l'enquête

En amont, la population cible de l'enquête par questionnaire est identifiée, il s'agit de l'ensemble des avocats de France. Parmi ces avocats, deux sous-populations se distinguent :

- Les avocats ayant déjà posé (et/ou répondu à) une QPC ;
- Les avocats n'ayant jamais posé (ou répondu à) une QPC

Un questionnaire unique est élaboré, contenant de nombreuses questions « filtres[9] », notamment pour la différenciation de ces 2 sous-populations. Ce questionnaire se compose de 68 questions, structurées en 7 thèmes :

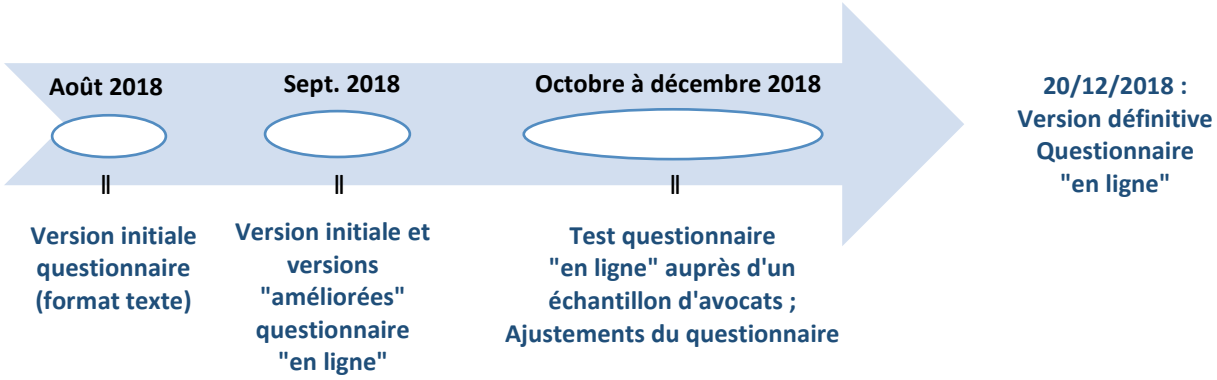
- Général (rattachement à l'une des 2 sous-populations identifiées, …)
- Connaissance de la QPC (procédure, jurisprudence, formation)
- Utilisation de la QPC (outils, coût, …)
- QPC devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État
- QPC devant le Conseil constitutionnel
- Perception générale de la procédure QPC
- Données générales et sociodémographiques sur l'interrogé(e)

Les réponses sont collectées par voie de questionnaire électronique (construit, édité et mis en ligne via l'outil Limesurvey hébergé sur le serveur de l'Université Jean Monnet).

Le questionnaire est validé à l'issue d'une phase de test auprès d'un échantillon d'avocats. Ces tests sont réalisés dans des conditions similaires à celles dans lesquelles le questionnaire final est adressé (mode d'administration identique). Le temps consacré à cette phase permet d'optimiser et d'enrichir le questionnaire, de sorte que lors de sa diffusion, aucune difficulté n'est relevée.

[9] Il s'agit de questions qui, en fonction de la réponse que l'on donne, renvoient à un bloc ou à un autre (ces questions conditionnent l'accès aux questions suivantes). De façon pragmatique, elles permettent à l'enquêté de ne pas lire toutes les questions (et donc de diminuer le temps de passation du questionnaire).

Étapes de l'élaboration du questionnaire :

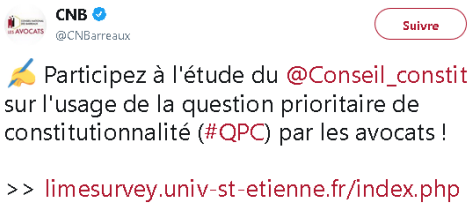


Concernant la **diffusion du questionnaire**, les modalités et les différentes étapes sont les suivantes :

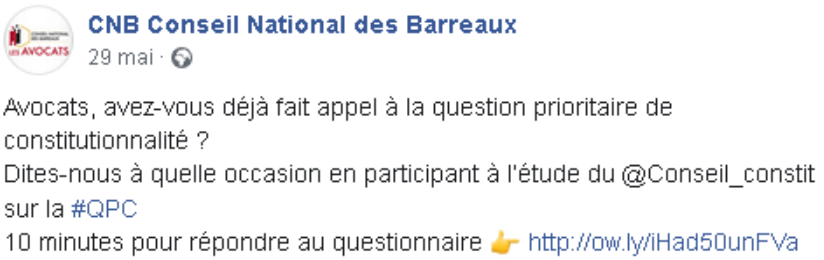
- <u>Diffusion par le relais du CNB</u> :

  - Lancement : 29 mai 2019 via les réseaux sociaux Facebook, Twitter et Linkedin (il n'est malheureusement pas possible de procéder à la diffusion du questionnaire via une liste de diffusion, ce qui permettrait d'obtenir un meilleur taux de réponse).

Twitter : https://twitter.com/CNBarreaux/status/1129441729264930816



Facebook : https://www.facebook.com/pg/Conseil.National.Barreaux/posts/



Linkedin : https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6535207439707574272

- Relances : juin 2019

En raison d'un faible nombre de réponses suite à la diffusion du questionnaire par le relais du CNB, d'autres voies de diffusion sont explorées (réseaux et barreaux locaux).

- Diffusion par le relais des barreaux "locaux" :

  - Courrier adressé aux barreaux de Lyon et Saint-Étienne

  - Diffusion par "Télébaton" (Lyon) : 20 juin 2019

  - Diffusion par « mailing-list » (Saint-Étienne) : 1er juillet 2019

  - Diffusion (Bordeaux) : début octobre 2019

- Clôture du questionnaire : Initialement le 18 juin 2019, puis reportée au 14 octobre 2019.

B. Caractéristiques des participants à l'enquête

Rappelons qu'il s'avère impossible de constituer un « échantillonnage probabiliste », représentant différentes strates de la population à étudier (strates établies à partir des caractéristiques de la population globale). Cette contrainte constitue la principale limite de nos résultats. Les éléments de traitement du questionnaire sont communiqués en Annexe n°2.

Les caractéristiques de notre échantillon « de convenance » (avocats ayant eu connaissance de l'enquête et ayant accepté d'y participer) sont présentées ci-après. En complément, lorsque les données existent, nous procédons à une analyse comparative des caractéristiques de cet échantillon et de la population globale (ensemble des avocats de France).

1. Nombre et genre

Les *Statistiques 2019 sur la profession d'avocat* [10] font état, au 1er janvier 2019, de 68 464 avocats présents sur l'ensemble du territoire national. Parmi eux, la proportion de femmes atteint 56,4%.

Notre échantillon, composé de 141 avocats (soit 0,2% des avocats de France), comptabilise 64,7% de femmes.

2. Barreau

En 2019, on dénombre 164 barreaux[11] en France, avec une forte disparité de taille, puisque celle-ci varie de 29 018 avocats pour le barreau de Paris à 17 avocats pour ceux de Briey et Saint-Gaudens. Même si trois barreaux concentrent la moitié des avocats (Paris, Lyon, Hauts-de-Seine), la majorité des barreaux sont considérés comme étant « de petite taille ». En effet, dans plus de la moitié des barreaux (85), le nombre d'avocats est inférieur à cent, alors que dans seulement dix-neuf barreaux, il est supérieur à cinq cents.

Notre échantillon couvre **17** barreaux français, avec une surreprésentation des barreaux les plus importants (**11** des 15 plus gros barreaux de France sont présents dans notre échantillon) alors que les avocats relevant de barreau de « petite taille » sont quasiment absents de notre étude (parmi les **6** autres barreaux, 5 ont un nombre d'avocats supérieur à la médiane[12] nationale).

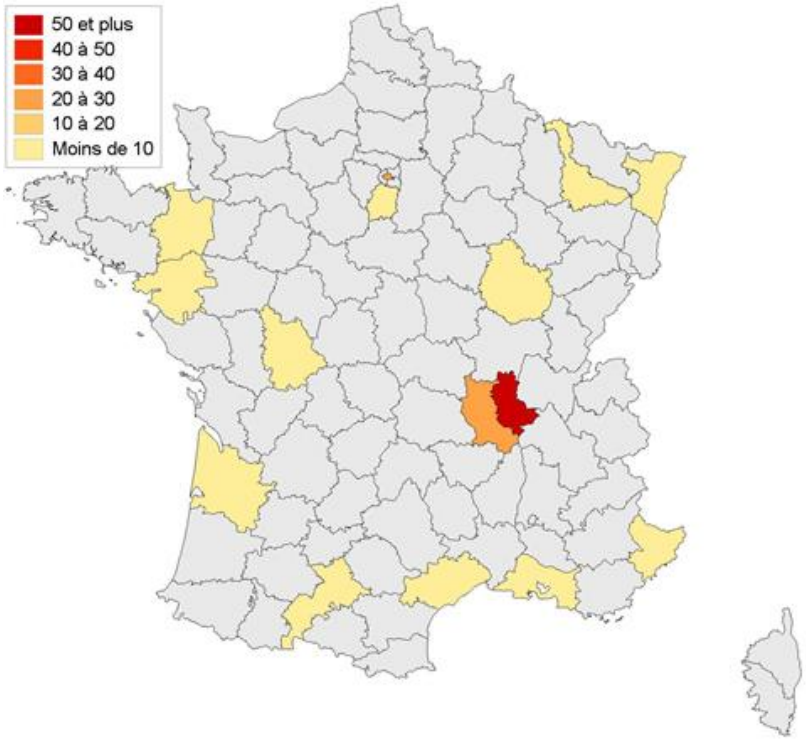
La diffusion du questionnaire par le relais des barreaux « locaux » s'avère très efficace, puisque nous constatons une surreprésentation du barreau de Lyon (2ème plus gros barreau de France), mais surtout du barreau de Saint-Étienne (32ème dans le classement des barreaux par taille). En effet, 9,2% des avocats inscrits au barreau de Saint-Étienne ont répondu au questionnaire, contre 1,7% des avocats inscrits au barreau de Lyon, alors même qu'au niveau national notre échantillon représente seulement 0,2% des avocats.

[10] http://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/direction-des-affaires-civiles-et-du-sceau-10023/statistiques-2019-sur-la-profession-davocat-32697.html
[11] http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_tabannexeavocats_2019.pdf
TABLEAU A1 - Nombre d'avocats par barreau et ressort de cour d'appel au 1er janvier 2019
[12] La médiane est de 92 avocats.

Données sur la structure : Barreau

Taux de réponse : **98,6%**

	Nb	% cit.
Lyon	**58**	**41,7%**
Paris	**31**	**22,3%**
Saint-Étienne	**28**	**20,1%**
Bordeaux	**5**	**3,6%**
Marseille	**3**	**2,2%**
Aix-en-Provence	**1**	**0,7%**
Dijon	**1**	**0,7%**
Grasse	**1**	**0,7%**
Nancy	**1**	**0,7%**
Nantes	**1**	**0,7%**
Paris et Bruxelles	**1**	**0,7%**
Poitiers	**1**	**0,7%**
Rennes	**1**	**0,7%**
Saint-Denis de la Réunion	**1**	**0,7%**
Saint-Pierre de la Réunion	**1**	**0,7%**
SELARL. SAS	**1**	**0,7%**
Strasbourg	**1**	**0,7%**
Toulouse	**1**	**0,7%**
Versailles	**1**	**0,7%**
Total	**139**	**100,0%**



3. Âge et ancienneté dans la profession

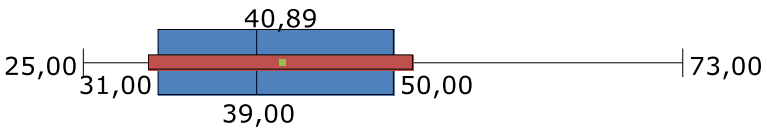
En moyenne, les avocats en exercice en France ont 43,9 ans (47,1 ans pour les hommes et 41,5 ans pour les femmes).

Notre échantillon présente la particularité d'être plus « jeune » que la population globale :

Données socio-démographiques sur le/la répondant-e : Âge

Taux de réponse : **97,2%**
Moyenne = **40,89** Ecart-type = **10,61**
Médiane = **39,00**
Min = **25** Max = **73**
Percentiles = **31,00** (25,0%) - **50,00** (75,0%)

	Nb	% cit.
Moins de 30	**12**	**8,8%**
De 30 à 39	**58**	**42,3%**
De 40 à 49	**32**	**23,4%**
De 50 à 59	**27**	**19,7%**
60 et plus	**8**	**5,8%**
Total	**137**	**100,0%**



La moyenne s'élève à 42,4 ans pour les hommes et 39,6 ans pour les femmes.

En lien avec l'âge, plus de la moitié des avocats de notre échantillon ont une ancienneté de moins de 10 ans dans la profession.

Données socio-démographiques sur le/la répondant-e : Année de la 1ère inscription au tableau de l'ordre

Taux de réponse : **96,5%**
Moyenne = **2 006,93** Ecart-type = **10,19**
Médiane = **2 011,00**
Min = **1 977** Max = **2 018**
Somme = **272 943**
Percentiles = **2 000,00** (25,0%) - **2 015,00** (75,0%)

	Nb	% cit.
Moins de 1 980	**1**	**0,7%**
De 1 980 à 1 984	**3**	**2,2%**
De 1 985 à 1 989	**9**	**6,6%**
De 1 990 à 1 994	**8**	**5,9%**
De 1 995 à 1 999	**10**	**7,4%**
De 2 000 à 2 004	**11**	**8,1%**
De 2 005 à 2 009	**19**	**14,0%**
De 2 010 à 2 014	**36**	**26,5%**
2 015 et plus	**39**	**28,7%**
Total	**136**	**100,0%**

4. Mode d'exercice

Au 1er janvier 2019 :

- 36% des avocats exercent à titre individuel (indépendant)
- 30 % des avocats exercent en qualité d'associé
- 30 % des avocats exercent en qualité de collaborateur
- 4 % des avocats exercent en qualité de salarié

Notre échantillon présente sensiblement la même répartition des avocats par statut :

Données socio-démographiques sur le/la répondant-e : Statut

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Indépendant	**53**	**37,6%**
Associé	**38**	**27,0%**
Collaborateur	**38**	**27,0%**
Salarié	**12**	**8,5%**
Total	**141**	**100,0%**

5. Engagements professionnels

24,8% des avocats de notre échantillon sont membres d'une association juridique, 21,3% sont adhérents à un syndicat, 10,6% sont membres du Conseil de l'ordre et 1,4% sont bâtonnier (ou ancien bâtonnier).

6. Rapport à la QPC

Parmi les avocats de notre échantillon :

- **65,2%** n'ont jamais posé ni répondu à une QPC ;
- 27% ont déjà posé une QPC devant une juridiction du fond, devant la Cour de cassation ou devant le Conseil d'État, principalement pour obtenir l'abrogation de la disposition législative ou obtenir une réserve d'interprétation de la loi. Parmi eux, près d'un avocat sur 3 a déjà posé plusieurs fois la même QPC, pour la plupart dans une autre juridiction ;
- 2,8% ont déjà répondu, en tant que partie adverse, à une QPC ;
- 5% ont à la fois posé et répondu à une QPC.

II. Enquête locale et enquête ciblée par entretiens

L'enquête locale et l'enquête « ciblée » utilisant la même technique de collecte (réalisation d'entretiens semi-directifs - ou semi-structurés), elles sont conduites conjointement.

A. Organisation des entretiens

Deux vagues d'entretien sont organisées, de manière individuelle[13] et principalement[14] en mode « face à face » :

- Dans un premier temps, des entretiens auprès des avocats à la Cour et avocats aux Conseils ayant déjà plaidé une QPC devant le Conseil constitutionnel ;

[13] A l'exclusion d'un entretien programmé qui a finalement eu lieu en présence des autres avocats associés au cabinet, et de 2 entretiens programmés qui ont été regroupés (il s'agit du bâtonnier et d'un avocat de la même Cour).
[14] Pour des raisons logistiques, 3 entretiens ont eu lieu par téléphone.

- Puis, des entretiens auprès des avocats n'ayant jamais plaidé de QPC ou n'étant jamais allés devant le Conseil constitutionnel (notamment à partir des réponses obtenues au questionnaire).

Au total, 40 entretiens sont réalisés, s'échelonnant sur une période de 9 mois (février 2019-octobre 2019) :

	Paris, dont :		**Province (*Wisteria, Iberis, Genista, Tamarix*)**	**TOTAL**
	Avocats aux Conseils	Avocats à la Cour		
Avocats ayant déjà posé (ou répondu à) une QPC	**14**	**4**	**15**	**33**
Avocats n'ayant jamais posé (ou répondu à) une QPC	**-**	**1**	**6**	**7**
TOTAL	**14**	**5**	**21**	**40**

Le guide d'entretien élaboré reprend les principales questions à aborder, déclinées en six thématiques principales :

- La première tentative de QPC
- L'élaboration d'une QPC
- La QPC et le client
- Stratégies judiciaires et QPC
- Procédure devant le Conseil constitutionnel (pour les avocats ayant porté une QPC devant le Conseil)
- Questions de cadrage sociodémographique

Aucune durée n'est fixée ou annoncée en amont, de sorte que les avocats peuvent s'exprimer librement sur le sujet, tout en veillant à ce que l'ensemble des questions soient abordées à l'issue de l'entretien. Selon l'expérience et la pratique de la QPC des avocats, la durée de ces entretiens est très variable (de quelques minutes à 2h30).

Avec le consentement explicite des avocats, ces entretiens sont enregistrés et font également l'objet d'une transcription « *pseudonymisée*[15] » a posteriori. Les noms des avocats sont des

[15] « *Pseudonymisation* » réversible, à partir de la table de correspondances entre l'identifiant original et l'identifiant public (cette table est accessible uniquement par les membres de la recherche).

pseudonymes (Annexe n°1) constitués de prénoms (attribués indépendamment du genre réel), dont la première lettre indique le profil de l'avocat :

A = avocat aux conseils

B = avocat à la Cour n'ayant pas posé une QPC ou ayant posé une QPC non renvoyée - Paris

P = avocat à la Cour ayant posé une QPC - Paris

R = avocat à la Cour ayant posé une QPC - province

S = avocat à la Cour n'ayant pas posé une QPC ou ayant posé une QPC non renvoyée - province

B. Caractéristiques des avocats rencontrés dans le cadre d'un entretien

1. Avocats ayant déjà plaidé une QPC devant le Conseil constitutionnel

L'extraction, obtenue à partir du logiciel utilisé par les services du Conseil constitutionnel et contenant les coordonnées des avocats ayant plaidé dans au moins une procédure QPC, est réalisée en novembre 2018. A cette date, le Conseil constitutionnel a rendu 659 décisions en matière de QPC.

A partir des éléments mis à notre disposition, un premier constat peut être posé, sur la période observée (mai 2010-novembre 2018) :

- Parmi les 85 avocats aux Conseils plaidants : 24,7% n'ont plaidé qu'une seule QPC et 16,5% semblent être familiers de la procédure, puisqu'au moins 10 QPC leurs sont associées (le maximum relevé étant de 61 QPC). Seulement 13% des avocats aux Conseils plaidants sont des femmes.

- Parmi les 487 avocats à la Cour plaidants : la plupart (78,9%) n'ont plaidé qu'une seule QPC, tandis que quelques avocats (2%) en ont plaidé au moins cinq (le maximum relevé étant de 19 QPC). Ces avocats relèvent de 72 barreaux différents, habituellement de « gros » barreaux et exceptionnellement de barreaux de « petite taille » (ex : Mayotte, Roanne, Tarbes, Coutances). Seulement 15% des avocats à la Cour plaidants sont des femmes.

Concernant notre échantillon, celui-ci est composé de 33 avocats (dont 7 sont des femmes) : 14 avocats aux Conseils, 4 avocats à la Cour de Paris et 15 avocats relevant d'autres Cours (*Wisteria*, *Genista* et *Tamarix*). Deux d'entre eux ont plaidé une QPC postérieurement à la date de l'extraction (leurs coordonnées ont été obtenues grâce au questionnaire).

2. Avocats n'ayant jamais plaidé une QPC ou n'étant jamais allés devant le Conseil constitutionnel

7 entretiens ont été réalisés : 4 auprès d'avocats à la Cour de *Wisteria*, 2 auprès d'avocats à la Cour d'*Iberis* et 1 auprès d'un avocat à la Cour de Paris. 5 enquêtés sont des hommes et 2 sont des femmes.

1) Modes d’apprentissage et de mobilisation de la QPC

La QPC, les avocats et leurs clients : L'apprentissage d'un outil constitutionnel[16]

Introduction

1- Procédure dont l'intérêt ne se dément pas, la QPC a conduit à de profondes évolutions de l'office du juge administratif, du juge judiciaire et du juge constitutionnel et a conduit à d'importantes évolutions du droit positif mais aussi de la jurisprudence. Ces mutations ont fait l'objet de plusieurs études. En revanche, les effets de cette procédure sur les « parties », à savoir les requérants, défendeurs, intervenants, qui la déclenchent ou y participent en faisant valoir une position juridique, en faveur ou en défaveur de l'argument d'inconstitutionnalité, ont été moins traités. Au premier rang de ces « parties », il faut citer les avocats, présents dans la quasi-totalité des procédures (plus de 95% des affaires QPC devant le Conseil constitutionnel). Interroger cette professionnalisation de la QPC, implique cibler l'apprentissage de cette procédure voire la spécialisation de ces professionnels. Comment et pourquoi s'en emparent-ils ? Quelles représentations en ont-ils ? L'appréhendent-ils comme impliquant une forme de spécialisation ? Quelles sont les éventuelles segmentations en la matière au sein du groupe professionnel des avocats[17] ?

2- Majoritairement présentée comme une « révolution culturelle » (I), la QPC fait l'objet de discours et de mises en œuvre contrastés. Sur un continuum de positions, on peut ainsi distinguer, parmi les avocats, les figures de « virtuose » et de « novice » (II), ayant tous peu ou prou fait l'apprentissage de cette procédure par les dossiers, par-delà l'importance reconnue à une formation plus théorique (III).

I. L'acculturation à une « révolution culturelle »

3- La QPC est largement assimilée à la levée d'un « verrou » et, à ce titre, assimilée à une révolution culturelle ayant eu de multiples effets (A). Bien qu'« hybride » et « atypique », elle

[16] Rédaction : Corinne Delmas

[17] Afin de saisir ainsi la « QPC en action » à partir de ces questions de son apprentissage et des dynamiques de spécialisation professionnelle des avocats, nous nous appuierons sur les résultats de l'enquête par entretiens réalisée auprès de 39 avocats aux conseils et à la Cour (de Paris, *Genista*, *Wisteria*, *Iberis* et *Tamarix*).

s'est normalisée et routinisée (B). Objet de plusieurs actions de formation voire de prosélytisme, elle est quasi-systématiquement assimilée à un « réflexe » qu'il conviendrait d'acquérir, sans pour autant aller de soi pour tous (C).

A. La levée d'un « verrou »

4 - Largement perçue comme s'inscrivant dans la continuité logique de l'inconventionnalité, la QPC n'en est pas moins appréhendée comme une véritable « révolution culturelle » dont l'impact sur les espaces politique et judiciaire est souligné.

1. Du contrôle de conventionalité à la QPC

5 - Les avocats, en particulier les avocats aux conseils, indiquent avoir eu connaissance de la réforme « *bien avant qu'elle soit entrée en vigueur* » (Me Antoine). Tôt informés, voire mobilisés en la matière, ils soulignent *« un parallèle […] avec ce qu'on faisait déjà en invoquant la Convention européenne des droits de l'homme […] c'est le même mécanisme intellectuel* » (Me Antoine). Le succès des actions devant la CEDH aurait d'ailleurs contribué à motiver la réforme de 2009 : *« Bien souvent lorsqu'on était déçu de la décision qui avait été rendue […] on engageait des actions devant la Cour européenne. […] on a obtenu un certain nombre de condamnations de la France dans les années 2000 et au moment donc où la réforme de la QPC est envisagée […] il y avait aussi la volonté d'assécher précisément le recours individuel à Strasbourg en considérant qu'en réalité il valait mieux que les questions de droits fondamentaux soient traitées par des juges français du Conseil Constitutionnel plutôt que par des juges étrangers de la Cour européenne des droits de l'homme donc en tout cas il y avait un lien évident entre les recours qu'on pouvait exercer devant la Cour européenne des droits de l'homme et le fait de mettre en place des QPC devant les juridictions suprêmes. »* (Me Adrien).

6 - Les deux démarches, malgré leur proximité, resteraient complémentaires : « *Donc il ne faut pas non plus exagérer sur la différence de portée entre une déclaration d'inconstitutionnalité et d'abrogation, et une simple déclaration d'inconventionnalité. En réalité d'ailleurs pour être très franc, on évoque les deux. C'est-à-dire que dans un dossier, on invoque d'abord la QPC et puis ça ne nous empêche pas d'invoquer ensuite, parallèlement, dans le mémoire ampliatif que vous déposez, l'exception d'inconventionnalité. Alors si la QPC passe, ben c'est terminé. Voilà. C'est formidable, si la décision est abrogée il n'y a pas lieu d'aller au-delà. Si elle n'est pas abrogée ça peut être utile d'avoir un second fer au feu.* » (Me Albert) Car les deux

procédures ne se recoupent pas totalement : « *les corpus se recoupent quand même beaucoup, c'est rare qu'on ne puisse pas faire un moyen CEDH quand on a fait une QPC honnêtement. On le fait pour quoi ? D'abord la grille n'est pas exactement la même, la grille contrôle, et le résultat n'est pas exactement le même. […] Parce que le contrôle QPC c'est un contrôle quand même très abstrait […] on prend une loi et on voit si elle est contraire assez abstraitement au corpus de contrôle de la QPC, des droits et libertés garantis par la Constitution […] le contrôle de conventionalité, c'est quand même un contrôle qui est beaucoup plus mélangé de faits et de droit et que notamment en termes de proportionnalité, ça va quand même plus loin. Bon, donc c'est un outil, c'est un instrument qui n'a pas du tout été démonétisé par la QPC*. » (Me Agnès).

7 - Si le contrôle de conventionalité est largement présenté comme ayant ouvert la voie à la QPC, cette dernière reste présentée comme une « révolution culturelle ».

2. Une grande « révolution culturelle »

8 - Plusieurs caractéristiques du contrôle de constitutionnalité sont mises en avant à l'appui de sa perception comme une grande « révolution culturelle » largement applaudie par la profession en 2010 : « *On était tous, ahh, très content, non très content, parce que si vous voulez, c'est vrai que ce verrou de ne pas pouvoir contester la loi peut se comprendre sur un plan constitutionnel mais ça devient absurde quand on peut faire des exceptions d'inconventionnalité et quand on ne peut pas faire d'exceptions d'inconstitutionnalité.* » (Me Aude)

9 - La QPC est ainsi appréhendée comme ayant conforté le rôle de l'avocat comme le souligne l'un d'entre eux : « *ça a été voulu que tout avocat puisse venir devant le Conseil constitutionnel, vraiment, ça a été une disposition phare […] c'est une bonne chose.* » (Me Rose). Ce professionnel a, désormais, la possibilité de contester la loi, ce qui est perçu comme « révolutionnaire » : « *c'est un outil qui a quand même révolutionné la profession d'avocat, mettant à portée de tous les avocats, ce qui n'est pas rien, la possibilité de contester la loi, ce qui était quand même un sacré changement de paradigme pour les avocats. Donc de manière générale et je dois le dire, j'en ai une très bonne perception et je pense que c'est effectivement un outil dont l'avocat doit se rappeler qu'il est à sa portée et j'allais dire presque aisé, contrairement par exemple à un pourvoi en cassation qui peut paraît… qui peut sembler en tous cas plus difficile et en plus, et bien, délaisser l'avocat de son dossier parce qu'il va devoir le transmettre à un confrère près à la Cour de cassation* » (Me Sarah).

10 - Le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité est également appréhendé comme la conquête de nouveaux territoires du droit, certains professionnels endossant en la matière un rôle de pionnier : « *c'était passionnant parce que le territoire était vierge, pas de modèle, on avait des articles de présentation de cette procédure mais bon on a fait, j'allais dire de notre propre chef, on a posé cette Question prioritaire de constitutionnalité, on a préparé des trames de conclusions* » (Me Richard).

11 - Le renouvellement de l'approche de la loi est largement salué, par-delà des positionnements contrastés entre les avocats, certains ayant pu se montrer à l'origine réfractaires sur le principe tout en ayant eu finalement recours à la QPC dans le cadre de leur pratique professionnelle, d'autres ayant au contraire soutenu à l'origine cette réforme ; « *la loi n'est plus souveraine, mais elle ne l'était plus de toutes façons, elle était soumise au contrôle de conventionalité, […] et c'est tout à fait normal qu'elle respecte la Constitution, donc voilà, à tout moment il peut y avoir une question de constitutionnalité qui se pose, donc c'est vrai que c'est un levier très fort* » (Me Agnès). Près de dix ans plus tard, le sentiment de nouveauté reste d'autant plus vivace que cette réforme est perçue comme ayant remise en cause l'approche du droit et de la loi acquise au cours de sa formation et de sa socialisation professionnelle : « *Donc c'est une réforme qui à juste titre est majeure, je n'en vois pas d'autre dans les dix dernières années, c'est absolument majeur. D'abord, ça a remis en question un principe absolument fondamental pour nous qui était qu'on a tous pendant nos études de droit appris qu'il n'y avait pas à part le recours à priori, […] une fois qu'une loi était promulguée, il n'y avait pas de contrôle de constitutionnalité et on avait la théorie de la loi-écran* » (Me Agnès).

12 - Domine également le sentiment d'une mise en capacité, voire d'un pouvoir nouveau, celui de « faire changer la loi » : « *pour nous ça a été une voie de recours extraordinaire ces QPC hein, c'est une nouvelle façon d'aborder les juridictions, essayer de faire changer la loi, c'est très franchement, tous les avocats ont applaudi à cette réforme, à cette QPC, d'ailleurs le résultat est là, on voit le nombre de lois qui ont été modifiées, abrogées parce qu'elles étaient on va dire injustes, grâce au recours exercé par les avocats donc pour moi c'est un progrès considérable dans la démocratie législative* » (Me Rafael).

13 - L'efficacité de ce moyen est mise en valeur : « *la QPC, donc voilà c'est un outil précieux, qui peut être redoutablement efficace, notamment quand on veut faire évoluer une législation dans un secteur, quand il y a des intérêts économiques, des intérêts catégoriels et ainsi de suite,*

je veux dire, vous avez une législation qui vous embête, vous la faites tomber c'est quand même, à la racine… ça oblige le législateur à reprendre la plume » (Me Agnès).

14 - Cet outil suscite parfois des formes de fierté : « *parfois on peut se sentir fier de se dire : mon dossier mérite une QPC, par exemple* (rires) » (Me Arthur). Il est source de visibilité voire de notoriété professionnelle - parfois soulignée, soit pour s'en démarquer, soit pour s'en targuer - : « *c'était un outil, honnêtement il n'y a pas eu de réforme procédurale avec un impact aussi fort, à la fois en droit sur les effets que ça obtient, que ça permet d'obtenir et évidemment avec une visibilité médiatique, politique, sociologique, vous faites tomber une loi...* » (Me Agnès). Le sentiment de prestige voire d'appartenance à un « club fermé » est parfois évoqué : « *c'était super on est allé plaider à Paris dans les ors du Conseil constitutionnel, c'est un très bon, un très beau souvenir, mais oui, pour un dossier lambda, c'est sûr que y a aucune rentabilité pour l'avocat à faire ça si ce n'est la notoriété, le fait de faire partie du […] cercle fermé (rires) des avocats ayant réussi à pousser…* » (Me Robin). La notoriété de l'affaire, mais aussi les dispositifs techniques, dont le fait d'être filmés lors de l'audience, confortent l'usage communicationnel de la QPC : « *ça rejoint aussi l'idée de la vitrine parce que aujourd'hui vous faites une QPC, vous êtes filmé, vous pouvez mettre ça sur Twitter, Linkedin etc…Vous pouvez faire des lettres d'information, vous pouvez le mettre sur votre site internet, vous pouvez communiquer, parce qu'aujourd'hui c'est ça la guerre entre avocats* » (Me Rebecca).

15 - Le contrôle de constitutionnalité est également appréhendé comme « révolutionnaire » par ses incidences sur les champs politique et judiciaire, en termes de recomposition et modification des rapports de force entre les institutions et les acteurs au sein de ces espaces, liée notamment à la désacralisation de la loi et du juge ; *« c'est quand même une remise en cause de l'ordre établi, de la loi elle-même.* » (Me Adrien). Plusieurs avocats insistent sur cette remise en cause de la souveraineté de la loi, de la jurisprudence et des plus hautes juridictions ; « … *c'est une grande révolution culturelle qui s'est passée pendant les années où j'exerçais cette profession. […] nous avons dû apprendre, dans notre propre logiciel à nous dire que les juridictions devant lesquelles nous étions n'étaient plus des juridictions souveraines complètement, qu'elles ne pouvaient plus faire ce qu'elles voulaient, etc…que leur jurisprudence pouvait être remise en cause, que la loi pouvait… ça c'était quand même une révolution par rapport à ce qu'on avait appris en commençant dans les années 70*. » (Me Aude) Les modes de décision juridictionnelle évoluent également dans le sens de « *rapprochement entre les juridictions françaises […] avant, on n'aurait jamais pensé qu'il y aurait une réunion de travail commune entre la Cour*

de cassation et le Conseil d'Etat pour traiter d'une question. Mais maintenant il y en a. » (Me Aude).

16 - Le sentiment d'exercer une forme de « pouvoir », concurrent de celui du législateur, s'exprime même parfois : « *vous êtes un peu à égalité avec le législateur, parce que lui, il pond un texte peut-être mal et vous, vous êtes en train de lui taper dessus […] vous êtes en train de dire à la représentation nationale : ça serait peut-être bien que de temps en temps vous travailliez correctement voilà.* » (Me Rebecca). Toutefois, ce « pouvoir » ne s'exerce pas sans difficulté ni aléas, quoi que la position des juridictions ait fortement évolué.

3. L'évolution de la position des juridictions

17 - Les résistances judiciaires initiales - dont celles du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation - sont parfois évoquées par des avocats indiquant avoir « *dû apprendre à utiliser ces instruments et à les utiliser sans braquer les juridictions devant lesquelles on était. […] il y a eu toute une époque où utiliser ces instruments était quand même assez mal vu, parce que… […] qu'est-ce que vous allez chercher, quoi ? […] maintenant… personne ne s'offusque de ce que vous fassiez une QPC, mais…* » (Me Aude). Demeurerait la limite d'une socialisation judiciaire amenant à « *une interrogation de la part du juge de sa propre compétence, le juge se dit à chaque fois qu'il touche la loi « qui suis-je », il a été, le juge français c'est pas le juge anglais, il a été éduqué comme ne devant pas aller à l'encontre de la loi donc il y a un problème de légitimité. Le juge, il n'est pas élu, il dit « mais en fait moi de mon propre choix je vais bloquer une loi qui a été votée par la représentation nationale ». C'est très, voilà. Ce n'est pas facile quoi d'amener les gens jusqu'à ce que la loi française soit définitivement neutralisée pour une personne en particulier.* » (Me Adrien).

18 - Toutefois, « *la QPC [aurait] modifié la perception par les juges suprêmes à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat des libertés fondamentales et aussi la valeur du coup des moyens tirés de la CEDH […] qu'ils avaient tendance à écarter très rapidement* » (Me Antoine). Cependant, les effets seraient très variables selon les juges, appelant les avocats à une vigilance redoublée : « *chaque juridiction a quand même un peu son appréciation, donc on regarde toujours quand on fait des QPC à la fois la jurisprudence des juges suprêmes sur les QPC puis celles, ou… […] celles du Conseil constitutionnel* » (Me Antoine).

19 - Cette évolution est appréhendée comme corrélative d'un double mouvement, de remise en cause de la souveraineté des juridictions et de reconnaissance de la jurisprudence comme source

du droit : « *c'est très important de pouvoir, […] à travers la QPC, contester, non pas simplement le texte de la loi, mais la loi telle qu'elle est interprétée par une jurisprudence constante des juridictions supérieures c'est-à-dire le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, […] puisque très concrètement ça permet de contester à travers le mécanisme de la QPC des jurisprudences établies […] ça entérine le fait qu'on reconnait aujourd'hui que la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation est une source de droit. A partir du moment où c'est une source de droit qui s'incorpore d'une certaine manière à la loi interprétée et appliquée, il faut qu'on puisse soumettre cette source de droit au contrôle de constitutionnalité. […] très concrètement pour nous, 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 Agnès).

20 - Si les approches juridictionnelles varient à l'égard de la QPC, selon les professionnels rencontrés, cette procédure n'en serait pas moins entrée dans les mœurs judiciaires.

B. Une procédure passée dans les mœurs… mais atypique

21 - Entrée dans les mœurs, la QPC reste toutefois appréhendée comme atypique mais ayant connu une certaine normalisation juridictionnelle.

1. Une pratique entrée dans les mœurs…

22 - Le succès immédiat d'une réforme « *déjà dans les tuyaux* » (Me Antoine) est parfois souligné par des avocats ayant connu la création de cette procédure au cours de leur vie professionnelle. Elle est présentée par les avocats aux conseils rencontrés comme « attendue » dans leur profession et rapidement mise en œuvre : « *Et donc dès l'instauration de la QPC, d'abord ça a été un succès immédiat, c'est à dire que l'ensemble des avocats s'en est très rapidement servi comme un outil contentieux et ça on le doit d'ailleurs beaucoup aux efforts qui avaient été déployés à l'époque aussi bien par le président Debré que par Guillaume qui ont beaucoup fait pour pousser en fait les avocats à se saisir de la QPC, les justiciables à prendre la mesure de ce que pouvait être la QPC* » (Me Adrien). Un avocat aux conseils souligne : « *moi j'étais partisan depuis très très longtemps d'un contrôle de constitutionnalité*

et j'étais d'ailleurs même intervenu à un colloque […], où j'avais fait une intervention pour dire qu'on avait besoin de cette institution […] c'était quelque chose qui était attendu et je considérais que c'était un outil qui était indispensable pour toutes sortes de raisons d'ailleurs, des raisons d'ordre général, liées à la configuration de nos institutions ou des raisons liées au droit des parties. » (Me Armand).

23 - Les enjeux en termes de libertés publiques sont souvent mis en avant « *sur le droit pénal, pas seulement au pénal d'ailleurs, en particulier au pénal, avec un enjeu de liberté physique immédiate […] j'avoue que déjà avant l'adoption même de la loi organique, je m'étais dit, bon, maintenant que la réforme constitutionnelle a été adoptée, pourquoi ne pas en poser ?* » (Me Régine).

2. … quoiqu'atypique

24 - Le caractère « mou » de la constitutionnalité est largement mis en avant comme source d'aléa : « *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.* […] *il y a peu de droit. […] c'est quand même très aléatoire […] le caractère quand même un peu soft-law du droit constitutionnel* » (Me Aude). D'où l'incertitude plus grande de la décision largement évoquée : « *le droit qu'il [le Conseil constitutionnel] applique est ce que moi j'appelle un droit mou, c'est-à-dire que rien n'est plus imprécis que de dire : tout le monde doit être égal devant la loi. […] c'est vrai qu'il a une très grande latitude comme tous les juges à mon avis qui sont juges du respect des libertés fondamentales […] vous avez quand même une latitude de décision qui est extrêmement large*. » (Me Antoine).

25 - Le caractère inhabituel de la démarche est parfois fortement perçu, y compris chez des avocats aux conseils soulignant : « *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 habituel, dans les travaux préparatoires, dans un travail de doctrine, de, pourquoi la loi ?* » (Me Arsène).

26 - La procédure judiciaire est également perçue comme atypique eu égard l'absence de contradictoire, du moins tel qu'il existe dans d'autres juridictions avec le rôle joué par le parquet et la place laissée à la discussion, cette absence étant perçue parfois par les avocats comme problématique et non usuelle : « *Y a pas de parquet. Le rapporteur public ou l'avocat général, il peut rencontrer les administrations, il peut rencontrer et leur demander quelle sera la portée de la décision si on fait ci, si on fait ça. Au Conseil constitutionnel je suis convaincue qu'ils le*

*font mais c'est absolument non contradictoire. […] Et on ne discute pas. Et ça c'est un problème. […] Il n'y a pas ça qui est : « J'ai réuni des éléments, j'ai rencontré untel, j'ai rencontré untel il m'a dit que, qu'en pensez-vous ? ». Non. C'est absolument non contradictoire. Ils sont très bien, ils sont très savants, tout ce qu'on veut, mais je pense que les parties, elles ont aussi des éléments qui peuvent être utiles. Or ce n'est pas dans le jeu. Voilà. […] ça c'est un problème. C'est-à-dire que c'est justement les membres du Conseil constitutionnel et les services, lesquels sont en relation, beaucoup plus avec les administrations qu'avec le reste du monde. Les administrations et éventuellement les organes internationaux […] quelquefois il faut qu'il y ait des informations qui viennent comme on dit maintenant joliment de la société civile. […] le développement de l'*amicus curiae *et la publicité des affaires, ensemble, peuvent permettre de construire ce débat.* » (Me Aude).

27 - La position paradoxale du Conseil constitutionnel est également souvent relevée : « *Ils ne délibèrent pas tout de suite et puis on sent bien que le Conseil constitutionnel, on le sait nous en tant que juristes, ils sont tiraillés entre la nécessité de défendre la clarté de la loi, de ne pas risquer d'être contredit par une Cour internationale et puis la nécessité parfois de valider une politique. […] quand il y a un changement de gouvernement, ils sont assez timides. […] Le Conseil constitutionnel s'il censure une loi importante, ben il peut dans l'opinion être assimilé à un organe politique […] donc ils sont tiraillés entre le fait que parfois ils auraient bien envie de censurer un dispositif législatif et qu'en même temps en censurant un dispositif législatif, c'est un mode de censure du gouvernement qui vient de s'installer. Et ça arrive malgré tout. A chaque fois qu'un gouvernement se fait censurer sur une loi importante, et en général ça arrive pendant la première année du quinquennat, ça fait beaucoup écrire dans la presse* » (Me Robin).

28 - Le dépouillement du lieu, comparativement aux autres juridictions, dont la Cour de cassation, est également souligné comme source de dépaysement. Un avocat exerçant dans un cabinet important souligne ainsi : « *La salle d'audience, tout ça, ce n'est quand même pas plus grand qu'un tribunal administratif […] on est là avec nos petits papiers comme des sardines […] on ne peut pas bouger […] quand je vois des images de la cour de Karlsruhe de temps en temps* » (Me Rose). La comparaison avec les cours de l'ordre judiciaire est fréquente lors des entretiens où la proximité physique est également souvent relevée, à l'instar de cet extrait d'un entretien avec un avocat à la Cour de *Wisteria* : « *nous arrivons à l'audience, ça n'est pas la majesté de la première Chambre de la Cour d'appel de Rouen ou le plafond à caissons aussi de la première de Toulouse, ou la Cour d'Assise de la Côte-d'Or […] Non, c'est une salle comme*

on en trouverait à Lons-le-Saunier […] Et là vous arrivez et vous avez naturellement l'entrée des conseillers constitutionnels, le Président en tête, et puis les gens qui se répartissent. Et vous êtes très proches, je veux dire vous avez quasiment un contact physique, c'est-à-dire que vous ne pouvez pas vous louper, vous ne pouvez pas trop gaffer, vous êtes contraint d'avoir une parole suffisante mais pas excessive. Mais vous pouvez tout vous permettre, vous pouvez vous permettre toutes les plaisanteries que vous voulez, à la condition qu'elles soient aimables, supportables et drôles si possible. » (Me Roxanne). Le caractère inhabituel de l'habit de ville des conseillers est également parfois relevé. Un avocat à la Cour de *Wisteria* indique ainsi son étonnement : « *le fait que les magistrats ne soient pas enrobés, c'est un peu bizarre, je trouve. Ils sont en civil, alors que nous sommes en robe. Et que le Premier ministre ou son représentant, puisque je n'ai jamais vu le Premier ministre en personne n'est pas en robe.* » (Me Régine).

29 - Ce sentiment d'étrangeté est mis en avant par la plupart des interlocuteurs évoquant avoir été, lors de leur première expérience de plaidoirie devant le Conseil constitutionnel, « *relativement impressionné, même si on était accompagné puisqu'on était nombreux dans la procédure où nous sommes allés plaider. On était accompagné par des avocats à la Cour de cassation donc qui ont l'habitude de pratiquer cette juridiction mais je vous avoue qu'on est quand même impressionné de voir en face de nous le Président du Conseil constitutionnel. Ce sont des hommes politiques hein pour la plupart que d'habitude on voit à la télé puisque nous sommes provinciaux (rires) donc on les voit devant nous et ils nous écoutent avec attention, ils nous donnent un temps de parole* » (Me Rafael). Ce sentiment est lié, ainsi, à la composition de l'instance et au décorum républicain : « *on s'est retrouvé […] à discuter de cette affaire devant le Conseil constitutionnel, donc c'était très impressionnant, parce qu'à l'époque même les gendarmes qui étaient là, c'étaient des gardes républicains en tenue officielle […] et puis on arrive devant le Conseil constitutionnel, la plus haute juridiction française, on voit des hommes politiques qui ont eu un passé politique, j'allais dire quand même assez important, donc c'est impressionnant la première fois* » (Me Rebecca). Le sentiment de singularité résulte également des modalités d'une audience filmée : « *oui c'est quand même assez impressionnant, en plus on sait que c'est filmé* » (Me Priscille).

30 - Le caractère en partie politique de la composition du Conseil constitutionnel suscite des réactions contrastées de curiosité, d'étonnement, voire d'amusement, mais aussi parfois des réserves et des attentes en termes de professionnalisation, via un renforcement du poids de juristes magistrats professionnels voire universitaires et de normalisation juridictionnelle : « *Nous on a une vision d'avocat et de juriste et de légaliste, donc on est à priori choqué par*

une composition politique des membres du Conseil constitutionnel ; moi je préfèrerais avoir des magistrats de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat à la tête d'une Cour suprême que d'avoir des gens désignés par… quelles que soient leurs qualités propres, hein, puisque précisément nous on raisonne en droit en légalité et on n'a pas envie d'être face à un juge qui potentiellement raisonne en opportunité et en conséquence politique des décisions de justice. » (Me Antoine). La transformation du Conseil constitutionnel en juridiction n'en reste pas moins pointée.

3. Une normalisation juridictionnelle

31 - Le sentiment d'une évolution juridictionnelle progressive du Conseil constitutionnel domine. Selon un avocat aux conseils : « *le Conseil constitutionnel est en train de se transformer en juridiction. Y a une culture de la juridiction qui est en construction, c'est pas encore parfait mais bon c'est quand même une institution avec des membres qui sont nommés par des autorités politiques, […] est-ce qu'un jour on aura une Cour constitutionnelle un peu comme celle de Karlsruhe et ainsi de suite mais plus la QPC monte en puissance dans les missions du Conseil constitutionnel, plus, y a ce côté, ben c'est une procédure contentieuse qui se greffe sur un litige, il faut appliquer le procès équitable, donc le Conseil constitutionnel a été obligé d'élaborer les règles de l'intervention* » (Me Agnès). Une forme de normalisation juridictionnelle est ainsi soulignée ; « *une culture de la juridiction est en train de se mettre en place* » (Me Agnès). Un avocat aux conseils souligne même le rôle qui serait celui de sa profession en la matière : « *on joue un rôle là-dessus, on le fait avec tact et courtoisie mais on joue un rôle évidemment là-dessus, c'est tout à fait important, voilà les règles procédurales et aussi donc les conséquences des décisions, comment on affine, voilà. Tout c'est en train de s'affiner, c'est, moi je trouve quand même que, alors évidemment, ce n'est pas un volume, c'est pas de la masse, le Conseil a des moyens qui sont ce qu'ils sont, qui sont assez limités hein, c'est pas des centaines de personnes mais moi je trouve que la qualité est quand même assez exceptionnelle* » (Me Agnès).

32 - Cette supposée « normalisation » est largement saluée, nonobstant un particularisme persistant, notamment en ce qui concerne la plaidoirie - largement saluée quels qu'en soient les effets – et le temps limité accordé aux défenseurs imparti (10 ou 15 minutes) impliquant « *avoir bien préparé ce qu'on a à dire* ») : « *C'est devenu une vraie procédure. D'abord le Président Debré a fait beaucoup pour ça. Il a fait une vraie salle d'audience où on peut travailler dans des conditions à peu près convenables, même si c'est très très petit. Et surtout la procédure est*

bien faite. Moi, j'ai le souvenir que dans un dossier où la procédure n'était pas encore bien au point, notamment il n'était pas possible de faire une intervention. […] ils ont modifié les textes pour permettre l'intervention, la plaidoirie, le contradictoire est parfaitement respecté. Il n'y a vraiment rien à dire. C'est devenu une institution juridictionnelle comme une autre. » (Me Amélie).

33 - Certaines particularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel, dont l'échange numérique, sont même saluées comme appréciables et précurseurs en matière administrative et juridictionnelle : *« ça se faisait très bien. C'est beaucoup plus pratique et beaucoup plus simple. On communiquait par mail […] Ils ont été précurseurs puisqu'ils étaient avant le télé-recours. Maintenant voilà, on a l'habitude maintenant devant les juridictions administratives de tout numériser pareillement. […] de toute façon, c'est l'avenir, c'est beaucoup plus simple et beaucoup plus efficient de procéder de la sorte, quoi.* » (Me Rémi).

Bien qu'atypique, la QPC est rétrospectivement perçu comme en voie de normalisation, à la faveur, notamment, d'actions de prosélytisme et de formation dès son adoption.

C. Au cœur d'action de prosélytisme et de formation

34 - Dès son adoption, plusieurs initiatives d'institutions diverses, dont les ordres professionnels, visent à promouvoir la QPC, auprès non seulement des avocats, mais aussi des collaborateurs et des clients.

1. Acquérir « le réflexe »[18] QPC

35 - La nécessaire acquisition d'un « réflexe » QPC constitue une attente des avocats la pratiquant à l'égard des associés et des collaborateurs : « *C'est clairement un réflexe. C'est à dire que j'essaye de l'inculquer à mes collaborateurs, j'en fais la promotion auprès de mes associés […] quand […] un texte législatif me gêne dans un dossier […] souvent ça peut être utile de le tenter. Donc je l'ai fait plusieurs fois […] je l'ai tenté et ça n'a pas été transmis à la Cour de cassation mais je le retente devant la Cour d'appel donc c'est vraiment un réflexe. Dès*

[18] Ce terme est utilisé de manière récurrente par une grande partie des professionnels interrogés. Cf. aussi : Xavier Magnon, Xavier Bioy, Wanda Mastor, Stéphane Mouton, *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; Bertrand Mathieu, in : Xavier Philippe, Marthe Stéfanini, *Question prioritaire de constitutionnalité. Premiers bilans, Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Actes du colloque du 26 novembre 2010 organisé par l'Institut Louis Favoreu et la Communauté du Pays d'Aix, p. 103.

que je suis gêné par un texte dans un dossier je pense, je regarde s'il y a une QPC possible. » (Me Pierre).

36 - Ce « réflexe » serait loin d'être acquis chez des confrères qui, pour la plupart, sont perçus comme « *pas très imaginatifs […] confi[a]nt des trucs à rallonge alors que la QPC c'est… faut expliquer à la juridiction le contexte* » (Me Robin). Diverses raisons expliquent cette difficile acculturation dont le caractère marginal de la QPC dans la pratique, ainsi que l'urgence à laquelle sont confrontés les praticiens : « *peut-être que les personnes ont moins le réflexe puisqu'ils sont dans leur flot quotidien et la question se pose peut-être pas, ou pas aussi vite.* » (Me Raymond). S'ajouterait la plus faible socialisation des privatistes aux décisions du Conseil constitutionnel qui, souligne un avocat n'ayant pas encore eu recours à la QPC, « *sont peut-être un peu moins lisibles et surtout l'accès est moins simple que la Cour de cassation. Et puis dans notre formation on n'a pas eu beaucoup des décisions du Conseil constitutionnel au moins dans ce sens […] on a moins le réflexe en fait.* » (Me Sabine).

37 - Parmi les enjeux de l'acquisition d'un « réflexe » QPC, la conscience de son intérêt « au quotidien » et la nécessité d'avoir « l'esprit en alerte » ont pu être soulignés par un avocat distinguant « *des QPC qui sont très attendues, on n'a pas besoin de réfléchir pour se dire : tiens ce serait bien de penser à faire une QPC. Elles s'imposent ces QPC. Et puis il y a les QPC du quotidien, si je puis dire, où il n'y a rien d'évident, y a rien qui saute aux yeux et plus le temps passe, plus on va arriver sur des dispositions techniques, où rien ne saute aux yeux et où on peut peut-être se poser la constitutionnalité de telle ou telle disposition. Et pour ça, pour se poser la question, il faut quand même avoir l'esprit un peu en alerte […] parce que quand vous voyez passer un dispositif technique dans un dossier, si vous ne vous posez pas la question de : est-ce que j'ai vérifié que y avait pas de difficulté constitutionnelle, peut-être que ça va vous passer au-dessus de la tête, voilà.* » (Me Agathe).

38 - Certains professionnels déclarent pour leur part vouloir développer cette pratique au sein de leur cabinet pour diverses raisons, y compris économiques, cette activité permettant l'acquisition d'une certaine notoriété sur le « marché du droit » comme le montrent ces propos d'un avocat aux conseils : « *j'avais été recommandé par des associations de défense des droits des femmes parce que j'étais intervenu* pro bono*, gracieusement, pour des associations de défense des droits des femmes devant le Conseil d'état […] Ce milieu-là se parle et en disant : on a été voir Me Agnès, il est intervenu* pro bono*, il a fait du très bon travail* » (Me Agnès). Les enjeux de ce réflexe sont finalement multiples comme le précise un avocat promoteur de cette

procédure, qui indique qu'il s'agissait « *de faire prendre conscience aux avocats que c'était pour eux un enjeu non pas seulement en terme de défense des libertés qui correspondait à la mission première et historique de l'avocat, […] défenseur des libertés, pas seulement ça, mais en même temps, qu'il y avait… il ne faut pas craindre de le dire, la QPC est aussi un marché. On est sur un marché du droit. D'accord ? Ça n'existe pas de dire « oui, le droit, etc. » On est sur un marché du droit, on est sur un marché des services juridiques qui est ouvert et qui est concurrentiel. […] Et parmi les services qu'on offre, il y a aussi la QPC, qui est un moyen de droit, parfaitement légitime, parfaitement adapté, et qui répond à une de nos missions premières, qui est de défendre au mieux les intérêts de nos clients*. » (Me Pauline).

39 - L'ordre mais aussi certains professionnels ont joué à l'origine, en matière de formation et de prosélytisme, un rôle moteur.

2. Des actions de formation et de sensibilisation individuelles et institutionnelles …

40 - Un spécialiste, par exemple un professeur de droit constitutionnel, a pu parfois jouer un rôle déclencheur et d'initiation, comme le précise par exemple un avocat en région : *« pour être tout à fait honnête, au tout début, on s'y intéressait pas du tout, on s'était dit : c'est réservé on va dire à l'élite des avocats, aux parisiens, nous on est des avocats de province, comme je dis souvent : des avocaillons voilà, puis on s'est dit : y en a qui font ça très bien, et puis un jour j'ai eu un client qui s'est fait redresser […] on a commencé à défendre. On était en relation avec un professeur de droit constitutionnel, qui nous disait : ben tiens, y a peut-être matière à critiquer ça sur le terrain du droit constitutionnel puis nous, on en était encore aux réflexes basiques […] 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 […] on a dit : si on veut n'avoir rien à se reprocher, ben il faut qu'on y aille donc du coup on a commencé à chercher comment on allait devant le Conseil constitutionnel, comment on intervenait, qu'est-ce qu'il fallait raconter etc.* » (Me Rebecca). L'idée peut avoir été « *soufflée ou confirmée par un magistrat »* directement ou indirectement comme le précise une avocate à la Cour de *Wisteria* indiquant : *« c'est lui qui m'a vraiment donné le top départ. On va faire une QPC »* (Me Sylvain).

41 - Les avocats aux conseils, moins nombreux que les avocats à la Cour, mutualisent « *dans les premiers temps de la QPC […] pour faire se construire [leur] boite à outils des moyens*

d'inconstitutionnalité et […] aujourd'hui […] continue[nt] d'affiner cette boite à outils » (Me Agnès).

42 - Les instances ordinales, à savoir le Conseil national des barreaux, ainsi que l'ordre des avocats aux conseils, se mobilisent également, parfois à l'instigation de certains de leurs membres particulièrement engagés en la matière, à l'instar de cet avocat parisien : « *Alors, à partir du moment où, après le rapport Balladur, on a su qu'on allait avoir, ce qu'on appelait à l'époque « l'exception », mais qu'on a ensuite appelé la QPC, moi j'avais alerté le Conseil national des barreaux très vite en leur disant […] « il faut qu'on commence à former les avocats à la QPC, parce que… » et on avait Jean-Louis Debré qui tenait un discours clair et précis où il nous disait « j'ai besoin des avocats pour que la QPC réussisse et fonctionne. » Donc moi j'ai fait… j'ai tout de suite monté un module de formation à la QPC, que j'ai fait « avaliser » […] par la Commission de la formation professionnelle du Conseil national des barreaux, pour que ce soit répercuté et relayé auprès de toutes les écoles d'avocats. Et je suis allé former à la fois les confrères dans les barreaux, mais aussi les élèves avocats dans les écoles d'avocats, dont tant en formation initiale qu'en formation continue à partir de 2010*. » (Me Pauline). Cet avocat diffuse à l'époque la bonne parole sur l'ensemble du territoire par différentes formes d'actions : « *J'ai formé à peu près partout ailleurs… […] j'ai fait des conférences… je me suis baladé, voilà. Donc on a essayé évidemment institutionnellement* » (Me Pauline).

43 - Aux actions individuelles et ordinales s'ajoutent des formations proposées par les écoles d'avocats, avec, là encore, un rôle moteur joué par certains professionnels « *enseignant la matière tout en la pratiquant* », à l'instar de l'avocat précité dont la prestation de serment est d'ailleurs plus ou moins concomitante aux débuts de la réforme constitutionnelle et qui indique la participation à la rédaction d'un guide de la QPC et à la formation d'élèves avocats « *dans pas mal d'écoles d'avocats en France* » (Me Pauline).

44 - Des formations et journées d'études sont également organisées par le Syndicat des Avocats de France (SAF) sur les libertés individuelles mais aussi de questions plus techniques comme le souligne un avocat aux conseils particulièrement investi à la fois au sein du syndicat et en matière de QPC : « *vendredi dernier j'étais au Conseil syndical du SAF et ils avaient invité un, et malheureusement j'ai pas pu rester jusqu'au bout, ils parlaient des portes étroites et tout ça,* […] *quand même souvent ça porte sur les libertés fondamentales et le SAF […] la commission sociale, mais y a la commission de droit des étrangers, la commission de droit pénal, y en a plein et y a plein de sujets qui s'y prêtent, et par exemple, à l'avant dernier congés du SAF on*

avait invité X. […]qui nous avait fait une super présentation de tout ce qu'il faisait et de tous les contentieux qu'il prend » (Me Priscille). Une dimension recherche est mise en avant en la matière : « *avec le SAF j'ai ça aussi [une dimension « recherche »], sur le barème là on a rédigé l'argumentaire, on a fait des réunions entières sur la stratégie et sur les arguments juridiques, y compris avec des avocats à la Cour de cassation, des universitaires, on s'organise des réunions entre nous de brainstorming où on essaye d'aller aussi loin qu'on peut, on discute la jurisprudence, les effets potentiels de faire ceci ou de faire cela* » (Me Priscille).

45 - Si le suivi de formations spécifiques est parfois évoqué, leur tour théorique et leurs limites le sont aussi, les discussions et échanges professionnels, ainsi que l'engagement, restant largement appréhendés comme le meilleur moyen d'acquérir un « réflexe » QPC comme le souligne cet avocat : « *à l'école d'avocats […] on avait une petite formation sur ce que c'était la QPC, comment s'en servir, à quel moment soulever, ça restait assez théorique mais bon en même temps parce que la QPC peut être soulevée dans plein de branches différentes donc c'est difficile d'être très exhaustif […] je le connaissais après c'est vrai qu'il faut avoir le réflexe et ça vient peut-être plus dans les discussions avec d'autres quand on essaye de voir* » (Me Ronan).

46 - Les formations sont parfois organisées à l'échelle des cabinets et à destination, moins des avocats associés que des collaborateurs.

3. Des formations internes à destination des associés, des collaborateurs… voire des clients

47 - Les formations assurées pour les cabinets s'apparentent à certains égards à des actions de prosélytisme visant à souder le groupe mais aussi à initier les collaborateurs et à leur faire acquérir un « *réflexe QPC* ». Un avocat aux conseils exerçant au sein d'un grand cabinet souligne ainsi : « *c'est vrai que sur ces questions de QPC, les publicistes étaient plus réceptifs à la question, par définition, j'ai essayé d'expliquer au départ à l'ensemble des collaborateurs que c'était un très bel outil et qu'il fallait s'interroger autant que faire se peut et… sur cette question de la QPC. Ça marche plus ou moins bien, et vous avez des juristes collaborateurs qui sont plus ou moins sensibles à cette voie nouvelle*. » (Me Albert).

48 - L'appétence des clients pour la QPC et l'intérêt de leur proposer des formations est également parfois évoqué spontanément. Un avocat aux conseils souligne l'importance, au sein de sa structure, « *des actions de formation, on fait venir des gens de l'extérieur, ou on s'y colle*

nous-mêmes, non seulement pour nos nouveaux collaborateurs, mais éventuellement aussi de temps en temps pour nos clients, parce que certains clients sont très friands de savoir comment fonctionne une QPC, même déjà avoir une petite idée pour eux, mais ils sont friands de ça. Et puis on le fait, je ne sais pas, par exemple moi je vois mes collaborateurs tous les ans en entretien annuel et il y a une rubrique dans ma grille entre guillemets d'évaluation, de questionnement qui consiste d'une part à leur rappeler que la QPC existe, à les interviewer sur leur rapport à la QPC pendant l'année écoulée et à voir ensemble s'il y a des choses qui pourraient être possibles dans de nouveaux contentieux. On essaye d'avoir aussi des actions de vigilance, c'est-à-dire […], on fait en sorte que l'information vienne à nos collaborateurs, donc on les a tous abonnés à la lettre de diffusion du Conseil constitutionnel, quand on voit passer des articles synthétiques sur tel ou tel sujet, on leur signale aussi. Enfin bref on a une action de pédagogie et de mise à jour qui est nécessaire, parce que, malgré toutes les QPC, je ne sais pas combien il y en a tous les mois, peut-être une dizaine tous les mois qui sont enregistrées par le Conseil constitutionnel, donc ça en fait des décisions. » (Me Agathe).

49 - Cette diversité des actions de formation renvoie à la pluralité des positions à l'égard de la QPC liée à la diversité des trajectoires, spécialités et clientèles.

II. Novices et virtuoses de la QPC

50 - Si domine chez tous les avocats rencontrés un attrait intellectuel pour la QPC (A), les positions sont variables sur un continuum allant de celle de l'expert à celle du profane (B), en lien avec plusieurs dynamiques de spécialisation (C).

A. Des positionnements contrastés, une stimulation intellectuelle commune

51 - La QPC est, par-delà une appétence variable, y compris parmi les avocats la pratiquant (1), en lien notamment avec la conception du métier et l'engagement professionnel entre engagement et prestation de service (2) appréhendée par tous comme un moyen particulièrement stimulant intellectuellement (3).

1. Une appétence variable pour la QPC

52 - Les chiffres et la répartition géographique des dépôts de QPC sont contrastés, en lien notamment, mais pas seulement, avec des inégalités en termes de formation : « *il y a eu un engouement, mais il y a eu des stats qui ont été sorties […], je me souviens très bien de Jean-Louis Debré qui venait régulièrement devant certaines instances de la profession d'avocat et qui sortait les stats et qui disait : « c'est cool, c'est bien qu'il y ait des avocats qui se soient emparés de la QPC mais ce n'est pas encore assez. Et il nous avait sorti je me souviens, et Marc Guillaume aussi, on en avait parlé ensemble, avec Marc Guillaume, ils avaient sorti des stats entre-guillemets géographiques, c'est-à-dire pour montrer la répartition géographique de l'origine des QPC posée par les avocats. Il y avait certains barreaux ou certaines régions où c'était plus prégnant que dans d'autres. […] pour certains, c'était lié à la formation* » (Me Pauline).

53 - Certains indiquent une adhésion précoce, d'autre un rejet initial ; entre hasard et nécessité, la démarche est tantôt prudente voire réfractaire, tantôt proactive. Les usages et perceptions sont globalement contrastés. Toutefois, plusieurs dominent, dont le sentiment d'un « boulot monstrueux », exprimé par exemple par un avocat plutôt spécialisé en droit du travail en région, seul à pratiquer les QPC au sein de son cabinet, composé de quatre personnes, dont la clientèle est plutôt une clientèle de particuliers. D'autres, dont les avocats aux conseils, relativisent au contraire cette charge de travail et la complexité de la tâche, qui paraissent ainsi varier en fonction du dossier, de la clientèle, du niveau de l'intervention, du cabinet, du statut et de la spécialité d'un professionnel oscillant entre deux positions.

2. Entrepreneurs de cause et prestataires de service

54 - La représentation du métier oscille entre l'« avocat humaniste » défenseur de cause désintéressé et engagé, d'une part, et l'avocat prestataire de service. Un avocat pénaliste particulièrement actif en matière de QPC est représentatif de la première position : « *On est avocat et on est nourri à une certaine idée de la liberté et des principes fondamentaux, de l'égalité, du droit au procès équitable et lorsque dans un dossier on est confronté à une situation qui heurte ce sentiment de justice, il faut s'interroger de savoir pourquoi ça heurte via une liberté fondamentale. Et à partir de là il faut chercher.* » (Me Adrien). Son engagement motive son recours fréquent à la QPC, ainsi que des activités au besoin *pro bono* : « *quand je crois qu'il y a une atteinte véritable aux libertés fondamentales […] si le montant de mes honoraires est susceptible d'être un frein on se débrouillera pour que ça ne le soit pas.* » (Me

Adrien) La démarche « *purement militante* » se concilie toutefois à une prestation de service, en fonction des affaires et de la clientèle : *« Je dis « bien sûr je défends » et je le fais de façon gracieuse parce qu'on retombe dans des clients qui sont des clients avec lesquels j'ai l'habitude de travailler et avec lesquels on mène un certain nombre de combats. […] Je suis dans une position qui est une position un peu duale. Je suis à la fois l'avocat prestataire de services qui est susceptible de fournir un service et ses compétences contre une rémunération. Et je suis à la fois l'avocat humaniste défenseur des libertés qui envisage son métier comme un moyen de faire avancer un certain nombre de droits fondamentaux dans le pays où il vit.* » (Me Adrien).

55 - La figure historique de l'avocat « humaniste », au service de ses clients et du droit, en défense comme en intervention, avec une forte dimension intellectuelle, est mise en avant par plusieurs professionnels ; un avocat en région souligne : « *C'est des choses qu'on fait nous pour faire progresser le droit* » (Me Robin). Ici, la traduction d'enjeux militants en questions juridiques se pose ; « *Le combat des libertés fondamentales c'est un combat long et dur, pour les clients. […] Nous, avocats, c'est notre métier. On a le temps pour nous. »* (Me Adrien).

56 - Par-delà cette diversité des positions et du rapport à la QPC, engagement et prestation de service, la dimension intellectuelle est mise en avant par tous les avocats.

3. Une dimension intellectuelle partagée

57 - La dimension intellectuelle de la QPC est quasi-unanimement mise en avant et appréciée, y compris chez des avocats n'ayant pas vu leur QPC transmise comme en attestent ces propos d'un avocat en région : « *Donc c'était un petit peu le résumé de l'histoire de ma QPC [Rires] qui malheureusement n'est pas allée à son terme mais j'en tire quand même des …, alors la satisfaction déjà d'avoir dû travailler le sujet parce que, bon bah comme… enfin comme tout le monde, évidemment j'ai lu et je connaissais le principe et ce qu'il fallait faire et ce qu'il ne fallait pas faire et la procédure, mais la travailler en elle-même, la construire, voilà. Sur le plan intellectuel, c'était très intéressant et c'est d'autant plus intéressant que dans une autre vie j'ai rédigé une thèse sur les principes généraux et les droits […], forcément ça me plaît. Donc c'était un retour très sympathique dans la recherche et ce sujet-là.* » (Me Sylvain). Cette assimilation à la recherche et à la « réflexion universitaire » est fréquente : « *la recherche ou... mais malgré tout, ça a un petit lien avec la QPC, parce que c'est vrai que dès que j'ai l'occasion d'être de nouveau dans de la réflexion un peu universitaire, un peu de se prendre la tête sur des grandes notions ou sur des principes, ça m'éclate, ça me rappelle l'époque où on était à la fac, où on discutait dans le couloir avec les profs, avec les étudiants de thèses ; j'ai pas fait de*

thèse, mais on discutait beaucoup entre nous en bibliothèque sur plein de thèmes, plein de sujets […] donc ça ça me plaît bien » (Me Priscille). Ce travail de recherche passe par le fait de « *décortique(r) les textes* » et « *qu'on change complètement d'angle de vue, qu'on prend énormément de distance et on est obligé de faire un travail de recherche, transversal* » (Me Arsène). Impliquant une recherche de textes y compris de la commission des lois (Me Rejane), la QPC est appréhendée comme impliquant « *une charge de travail importante au niveau recherche* » mais qui, en même temps, ne serait *« pas si chronophage que ça et pas si peu économiquement rentable comparé à un dossier de pénal important* ». Cette dimension intellectuelle est motrice pour la plupart des avocats rencontrés ; un avocat à la Cour de *Genista* précise ainsi : « *c'est même essentiellement intellectuel, quand on fait ça, c'est des choses qu'on fait nous pour faire progresser le droit, on est un petit peu, on est sur un domaine où on le fait par plaisir, par passion* » (Me Robin).

58 - Entrepreneur de cause et/ou prestataire de service, l'avocat se présente par ailleurs, en matière de QPC, comme plus ou moins expert ou, au contraire, profane.

B. Experts et profanes

59 - Si certains avocats, dont les avocats aux conseils, affichent leur expertise en la matière (1), d'autres se conçoivent davantage comme des « profanes » (2). Toutefois, tous soulignent, peu ou prou, le coût de la « première fois » (3).

1. « Experts »…

60 - La dimension intellectuelle figure donc parmi les spécificités de la QPC particulièrement mises en avant ; certains avocats soulignent ainsi combien « *c'est même essentiellement intellectuel* » (Me Robin). Cette dimension caractériserait la plaidoirie elle-même, impliquant transversalité et maîtrise de plusieurs pans du droit : « *c'est quand même une plaidoirie un peu particulière parce que c'est vraiment une plaidoirie juridique. […] c'était intéressant parce que c'est finalement toutes nos études de droit, quand on regarde les libertés publiques, le droit constitutionnel, la procédure pénale, le droit pénal, tout ça, donc c'était passionnant, voilà* » (Me Richard). Si tous apprécient cette double dimension, intellectuelle et transversale, de l'expertise juridique nécessaire à l'exercice de la QPC, certains s'affirment davantage comme « experts », en arguant d'une maîtrise de savoirs pertinents en la matière, en lien avec leur spécialité et leur statut. Les avocats aux conseils mettent ainsi tous en avant leur maîtrise du

contrôle de légalité. L'une d'entre eux souligne : « *le justiciable, et quelquefois ses avocats à la Cour d'appel, ne font pas la différence entre un texte légal et un texte réglementaire. […] C'est notre mission d'examiner si vraiment on est dans ce cas d'ouverture qui est tout de même assez étroit du changement de circonstance* » (Me Antoine). Un autre indique : « *on a une vraie expertise on a développé, notamment les avocats aux conseils une expertise extrêmement poussée très vite* » (Me Agnès).

61 - Leur spécialisation en contrôle de légalité, mais aussi en droit public, ainsi que des ressources en termes de clientèle, localisation et taille du cabinet faciliteraient cette expertise des avocats aux conseils ; l'un d'entre eux, ayant particulièrement souligné ses expériences, savoirs et savoir-faire en matière de QPC, indique par exemple faire partie « *des cabinets assez volumineux en termes d'effectif […] dans la galaxie des avocats aux conseils* ». Sa spécialisation en droit public renforcerait cette spécialisation : « *Dans un cabinet d'avocats qui fait beaucoup de droit public, c'est notre travail de tous les jours de faire du contrôle de légalité. C'est ce qu'on sait faire au cabinet. Donc quand on nous a dit un beau jour : ben ce qu'on vous interdisait jusqu'à maintenant c'est-à-dire de remettre en cause la loi par rapport à la constitution, aujourd'hui c'est possible. Et ben c'est quelque chose qu'on savait faire, parce que c'est notre travail quotidien, simplement on a changé les normes de référence. […] on n'a pas toujours eu le réflexe QPC, mais dans la façon de le mettre en œuvre, de fabriquer la QPC, c'est quelque chose avec lequel on n'a jamais eu de difficulté, en fait. Parce que techniquement on sait rédiger un moyen pris de la contravention à un texte supérieur, voilà c'est inhérent à notre activité, ça*. » (Me Agathe).

62 - Ces avocats s'affichant comme des « experts » de la QPC, parmi lesquels les avocats aux conseils, y ont davantage recours que d'autres, voire indiquent une analyse systématique des possibilités de QPC dans le cadre de leurs activités ; ils confortent pour certains cette forme de spécialisation en intervenant dans le cadre de formation, en publiant sur le sujet, ou en l'ayant envisagé ; un avocat aux conseils précise par exemple : « *A l'époque, avec un professeur de droit constitutionnel, on avait envisagé au départ […], d'essayer de faire un premier petit ouvrage de recensement, cette fois-ci en triant par matière et non plus par thème. […] c'est peut-être un peu ce qui manque quelque part parce que les praticiens, notamment devant les juridictions du fond, sont en général spécialisés par matière : ils font du droit de la famille, ils font du droit des sociétés, ils font ceci cela, du droit du travail. Et je pense que ce qui les intéresserait ce serait d'avoir peut-être une sélection, un recueil des décisions intervenues quelle que soit la liberté fondamentale qui a permis la censure ou le refus de censure, dans leur*

matière-domaine, dans leur matière particulière. » (Me Albert). Certains sont également sollicités en amont de la procédure, par d'autres professionnels, notamment des avocats correspondants, voire des clients comme le précise un avocat aux conseils, indiquant avoir été « *partisan depuis très très longtemps d'un contrôle de constitutionnalité* » et être intervenu dans le cadre de colloques sur le sujet : « *en pratique, j'interviens quelques fois comme conseil devant les juridictions du fond […] il m'est demandé soit d'aider à l'identification d'une QPC ou à la rédaction du document permettant que la question soit posée, soit parce qu'une question a été posée par la partie adverse et je suis sollicité pour établir la défense de QPC […] dès les juridictions du fond. […] on entretient quand même des rapports privilégiés avec certains clients […] qui ont l'habitude de nous consulter dès lors que la procédure suscite une question particulière, qui appelle un traitement particulier* » (Me Armand).

2. …et « profanes » …

63 - D'autres professionnels se positionnent davantage en tant que profanes, n'hésitant pas à requérir ou à envisager, en cas de besoin, de solliciter l'aide d'avocats aux conseils jugés plus aguerris, comme l'indique un avocat en région n'ayant jamais encore déposé de QPC : « *Je n'ai pas de trame, donc je ne sais absolument pas faire. Et en fait, j'ai un avocat à la Cour de cassation et c'est vrai que je l'avais interrogé, c'était la première fois, pour la première, je l'avais interrogé parce que, j'en connais un en fait qui est collaborateur dans un cabinet d'avocats à la Cour de cassation et c'est vrai que je l'avais interrogé. Il avait commencé à regarder et voilà on en avait discuté au téléphone mais on n'était pas allé plus loin. Pareil pour la deuxième affaire, là, […] où j'avais peur que le Parquet général fasse un pourvoi. J'étais tombé, pareil, alors sur une collaboratrice que je ne connaissais pas de ce cabinet et, elle, elle était un peu…, elle était un peu perdue en fait sur le…, je pense qu'elle ne s'était pas spécialisée en droit pénal dans le cabinet… […] Je n'ai pas de trame, j'ai rien du tout, je sais pas comment faire. Mais je me rabattrais sur un avocat à la Cour de cassation je pense.* » (Me Sabine). La plupart met en avant les difficultés liées : caractère transversal et marginal de la QPC, aléa et incertitude de ses résultats, dimension chronophage, faible rentabilité… Un avocat à la Cour de *Genista* souligne ainsi combien : « *c'est du boulot parce qu'il faut la monter, et on sait que les chances d'atteindre le Conseil constitutionnel sont quand même très limitées, parce qu'il faut d'abord avoir juridiquement pratiquement raison, dès le début pour convaincre les juridictions de donner des avis favorables, parce que, s'il n'y a pas l'avis favorable du Parquet, la réaction de la juridiction risque d'être un peu timide quand même, surtout en matière pénale. Devant un conseil de prud'hommes ou un juge civil c'est pareil ; et puis après, ben, il faut quand même*

passer le filtre de la Cour de cassation qui sait aussi que quand elle transmet, ça va automatiquement avoir une résonnance… Et puis le Conseil constitutionnel qui mesure encore plus la résonnance de ses décisions » (Me Robin).

64 - La démarche peut être d'autant plus perçue comme difficile ou approximative que le professionnel est *« pour des raisons purement économiques »* confronté à la nécessité de *« se passer du concours d'un avocat au Conseil d'Etat » ;* un avocat en région conclut sur le fait que, *« compte tenu du coût, donc on l'a fait nous-mêmes, en bricolant un petit peu puisqu'on n'était pas des spécialistes de la question* (rires) » (Me Rafael). L'absence d'une taille critique du cabinet suffisante, en termes de ressources humaines, financières et juridiques, oblige le professionnel à la nécessité de faire soi-même un recours perçu comme coûteux et incertain et dès lors, finalement, « *assez rare* ». Un avocat à la Cour de *Wisteria* indique ainsi avoir progressivement compris la QPC et son accessibilité tout en soulignant l'importance, dans cette activité, de la taille de l'équipe et de la présence, en son sein, d'un universitaire : *« Un recours constitutionnel est assez rare chez nous. […] On n'y pense pas souvent, et puis il faut quand même un dossier avec une problématique où on se dit : « l'applicabilité, il y a un sujet, et aussi avec un sujet suffisamment cossu et notamment d'un point de vue financier ». 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 aller…? » […] on ne le propose pas forcément. D'après ce que je vois on le propose vraiment dans des cas assez rares et basés sur la jurisprudence. […] Nous c'est clair qu'avoir un universitaire […] c'est un facteur. Je ne sais pas si on y aurait pensé […] Par contre un cabinet plus petit, j'en ai fait d'autres un peu, je ne suis pas sûr qu'ils y seraient allés. […] Je ne sais pas s'il aurait eu le client déjà, c'est toujours pareil. Et je ne sais pas s'il aurait… Parce que c'est quand même une procédure quand même un peu différente, avec ses particularités à suivre et à mener, je ne sais pas s'il aurait pris la charge de la procédure. Peut-être que le bon conseil dans ce cas-là est peut-être de le transmettre finalement à un cabinet d'une taille un peu plus conséquente ou qui a déjà cette expérience-là. Je ne sais pas, ça dépend de la personnalité ensuite.* » (Me Raymond). La routinisation de la procédure au sein du cabinet peut également être déterminante dans le cadre d'une procédure à propos de laquelle les professionnels mettent en avant le coût et l'importance de la « première fois ».

3. Le coût de la première fois

65 - Un avocat à la Cour de *Wisteria* souligne combien « *le deuxième frein c'est peut-être aussi la question de la première fois. Comment la bâtir, comment faire ? Est-ce que la QPC n'appartient pas à certains avocats comme on le rappelait, avocats à la Cour de cassation, au Conseil d'Etat, ou à certains gros cabinets plus spécialisés. Je crois qu'un jeune confrère généraliste aura peut-être cet écueil ou cette difficulté de basculer et de se mettre à plein temps sur la question de la QPC.* » (Me Rafael). Cette première expérience est parfois jugée déterminante comme l'attestent ces propos : « *Je pense en plus qu'à partir du moment où vous l'avez fait une fois, vous vous rendez compte que c'est accessible. Vraiment. Et c'est à mener de façon analogue aux autres procédures. Je ne vois pas de frein* » (Me Raymond). Le sentiment précité d'étrangeté domine lors de la première plaidoirie devant le Conseil constitutionnel perçue comme s'inscrivant dans « *des expériences très rares et … vous voyez les premières audiences quand vous arrivez. Il y avait une… l'audience était sur la matinée et vous voyez les premières audiences lorsque vous allez dans la salle où vous attendez […] déjà ça y est, on se met dans l'ambiance, on se dit tiens, c'est bien que je ne sois pas le premier à plaider ce jour-là. Le premier ça doit être curieux* » (Me Robin).

66 - Cette rareté est appréhendée comme coûteuse ; un avocat à la Cour de *Wisteria* souligne ainsi : « *Tout ce qui est rare est plus cher parce que tout simplement tu as moins l'habitude donc ça demande plus de temps et puis tu sais pas derrière les arguments qu'on va t'opposer, que ce soit devant le Tribunal administratif, devant le Conseil d'état, devant ensuite le Conseil constitutionnel, tu vas avoir un nombre de jeux d'écritures où souvent finalement tu répètes un peu les mêmes choses, mais t'es bien obligé d'engager cette partie de ping-pong qui sera par essence beaucoup plus longue que sur un contentieux classique* » (Me Robert).

67 - Le caractère aléatoire des résultats en matière de QPC expliquerait en partie cette rareté, et inciterait, selon de nombreux professionnels, à la prudence voire à ne recourir que très exceptionnellement à cet outil : *« On n'en fait pas beaucoup, même les bons avocats […] parce que c'est trop aléatoire. En fait, ça demande trop de recherches et de connaissances pour savoir si ça vaut le coup* » (Me Robert). S'ajoute, pour les avocats en première ou deuxième instance, le coût, parfois évoqué, du recours aux avocats aux conseils pour la plaidoirie devant la cour de cassation ou le Conseil d'Etat dont le statut et le monopole confortent l'expertise en matière de QPC et figurent parmi les facteurs confortant la spécialisation paradoxale de certains avocats en matière de QPC.

C. Les facteurs de spécialisation en matière de QPC

68 - Si leurs ressources permettent aux avocats aux conseils d'afficher leur expertise en matière de QPC, voire un quasi-monopole (1), d'autres facteurs peuvent jouer, parmi lesquels la taille critique du cabinet, la spécialité et le type de clientèle (2), et contribuer à des formes de spécialisation paradoxale voire déniée (3).

1. Les avocats aux conseils : l'affirmation d'une expertise

69 - Les avocats aux conseils affirment une situation à part en tant qu'officiers ministériels délégataires de l'Etat : « *Nous, nous sommes là, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sont officiers ministériels, nous sommes là pour défendre les intérêts de nos clients devant le Conseil d'Etat et devant la Cour de cassation. […] On est aussi officiers ministériels et on intervient à un stade où on contribue très humblement à notre niveau au développement du droit, au développement du droit positif et de la science juridique donc c'est vrai que c'est un instrument à la fois intellectuellement très, assez fascinant et concrètement très utile dans notre traitement quotidien du dossier de nos clients* » (Me Agnès). Leur détention, à ce titre, d'un monopole de représentation à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat serait déterminant ; « *Notre corps de métier c'est quand même le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, donc on est saisi après que les avocats à la Cour d'appel ont porté des dossiers jusqu'en appel.* » (Me Agnès). La place revendiquée en matière de QPC tient ainsi à leur position présentée comme spécifique : « *Dans un premier temps notre Ordre, […] qui est donc un ordre à part hein, nous ne sommes pas membres d'un barreau d'avocats à la Cour d'appel, nous avons vraiment un ordre à nous. Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, c'est important de le signaler n'ont pas de monopole de représentation devant le Conseil constitutionnel. On peut évidemment aller devant le Conseil constitutionnel mais comme les avocats au barreau. En revanche nous avons conservé notre monopole de représentation devant le Conseil d'Etat et de la Cour de cassation dans leur office de filtre de la QPC. Donc la QPC nous en connaissons concrètement selon plusieurs modalités, soit à l'occasion d'un recours que nous portons, pourvoi en cassation devant la Cour de cassation, pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat, recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat où nous faisons des recours qui ne sont pas des pourvois en cassation devant le Conseil d'Etat ou même d'ailleurs devant les tribunaux ou les cours administratives d'appel, parce que nous avons le droit de représenter devant les cours administratives d'appel et les tribunaux,*

donc nous faisons des recours de fond, côté administratif, donc, dans le cadre de ces recours nous pouvons initier une QPC ; c'est nous qui décidons qu'on fait une QPC » (Me Agnès).

70 - Cette position justifie même l'affirmation, par les avocats aux conseils d'un rôle de « filtre » « *devant les juridictions suprêmes, on fait toujours des consultations. On est saisi d'un pourvoi, d'une demande de pourvoi, on fait toujours une consultation*. » (Me Arsène). Leur monopole devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, déterminant, peut justifier le maintien de leur présence devant le Conseil constitutionnel : *« Devant la Cour de cassation ou devant le Conseil d'Etat, nous sommes sollicités par un client ou un avocat à la Cour d'appel qui suit ce client et qui dit : j'ai posé une QPC devant le TGI de Béthune, le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Nice ou la Cour administrative d'appel de Douai et ces juridictions ont trouvé la question sérieuse et l'ont renvoyée pour filtre à la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat […] et là il n'y a que nous qui puissions intervenir à cette procédure, rajouter des écritures, suivre la procédure, ainsi de suite, donc nous sommes souvent requis pour intervenir à ce stade là et si c'est renvoyé au Conseil constitutionnel, soit parfois le client nous dit : ben continuez devant le Conseil constitutionnel, soit souvent l'avocat à la Cour d'appel qui avait initié la QPC, il est quand même content et fier de reprendre la main et c'est lui qui a rapporté et plaidé la question prioritaire devant le Conseil constitutionnel, soit on peut être côte à côte, c'est souvent qu'on est côte à côte, on intervient les deux*. » (Me Agnès). Une aide peut ainsi être proposée à l'avocat à la Cour comme le précise un avocat aux conseils à l'origine d'un nombre important de QPC : « *Si la QPC elle a été déposée par un avocat à la Cour, et qu'elle a été transmise à la Cour de cassation et au Conseil d'État et que par la suite elle monte au Conseil Constitutionnel, ça reste la QPC de l'avocat à la Cour. Donc moi je lui dis, je vous accompagne, évidemment à la Cour de cassation et au Conseil d'État vous êtes obligés de passer par moi. Devant le Conseil Constitutionnel, si vous le voulez, pas de difficultés on a l'habitude donc on peut évidemment le faire, le cas échéant si vous le voulez on peut intervenir à l'audience. Mais on est dans cette hypothèse-là dans une logique qui est une logique beaucoup plus de support je dirais, d'assistance, à l'avocat à la Cour qui est celui qui a initié la QPC et que nous-même on essaye de nourrir de par notre expérience.* » (Me Adrien).

71 - L'ancienneté de leur positionnement et de leur préparation, antérieure à la loi de 2010, et l'acquisition précoce d'un « réflexe européen » aurait également favorisé l'acquisition, par les avocats aux conseils, d'un « réflexe QPC » ; « *la transformation d'un réflexe européen* » en un « *réflexe national* » est ainsi soulignée par ces professionnels habitués à « *porter l'effort devant les cours suprêmes* » : « *On s'est toujours beaucoup intéressés avant la QPC à la question des*

droits fondamentaux au cabinet. C'est à dire que très tôt, à partir du moment où moi je suis devenu avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation […] on a mis en place un certain nombre d'argumentations qui étaient prospectives, tirées de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Et le fait d'être avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation permettait assez simplement à cette époque, comme aujourd'hui d'ailleurs, de poursuivre l'effort devant les Cours Suprêmes, devant la Cour européenne des droits de l'homme. […] Donc nous on a très tôt en fait commencé à faire des QPC [...] Assez tôt je dirais on a commencé à déposer des questions prioritaires et très vite le réflexe européen s'est transformé en un réflexe constitutionnel. » (Me Adrien).

72 - Le dépôt et la défense d'une QPC sont présentés comme « faciles » voire allant de soi par les avocats aux conseils qui se présentent comme des spécialistes aguerris à ce type de contentieux et de procédures pour plusieurs raisons. Outre leur statut et les prérogatives précitées devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, certains aspects faciliteraient le « réflexe QPC » dont les délais (plus courts) devant les conseils et le flux plus important d'affaires à traiter en la matière au sein de leurs cabinets car « *étant avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, on a un double avantage. Le premier avantage c'est qu'on est déjà devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État. Bon qui est un avantage significatif, parce que ça permet de sauter le premier échelon de la transmission devant le juge de la Cour. Vous posez la question directement devant la Cour Suprême. […] vous gagnez du temps et puis ça a un autre immense avantage c'est que la Cour de cassation comme le Conseil d'État, ils ont des obligations justement de délai, et ils doivent statuer dans le délai de trois mois. Donc par rapport au dépôt de QPC qui pourrait être présenté devant le juge à la Cour où le juge à la Cour a vocation à statuer à bref délai mais en réalité comme il n'y a aucun délai prévu ça peut être plusieurs mois, on a cette sécurité […]. Et puis l'autre avantage qu'on a lorsqu'on est avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, c'est qu'on a un très grand flux d'affaires à traiter. Voilà, par rapport à un cabinet d'avocats à la Cour, le nombre de dossiers que l'on gère est beaucoup plus important. Et donc dans ce nombre très important, plus vous avez de dossiers plus vous avez la possibilité, plus votre tamis est large plus vous avez la possibilité d'en sortir des pépites si vous voulez. C'est-à-dire, comme il y a beaucoup de dossiers, vous avez plus de chances de pouvoir trouver des lois bancales qui sont mises en œuvre d'une manière ou d'une autre dans l'un de nos dossiers. Donc il est plus facile pour nous, au fond, de poser des QPC que pour un avocat à la Cour qui va être limité par son nombre de contentieux. Donc le réflexe il est là, systématique, il est intégré dans le cadre de la démarche*

[…] de questionner la loi » (Me Adrien). Le moment de leur intervention joue également : « *C'est de toute façon et certainement plus difficile de faire émerger une QPC quand on est au départ du contentieux, de l'affaire, qu'il faut déjà choisir la procédure, devant quel juge on va etc., et sauf à être sur un texte qui est très manifestement en heurt avec une liberté fondamentale, il faut peut-être attendre déjà une première décision du juge pour que ça apparaisse. […] nous on le voit devant la Cour de cassation, parce que la décision est à priori légalement rendue, elle applique le bon texte, mais elle aboutit à une solution qui est aberrante et c'est comme ça qu'on se dit : c'est qu'il y a un problème avec le texte.* » (Me Anne).

73 - S'ajoutent les particularités d'activités présentées comme davantage orientées vers l'analyse juridique et le contrôle de légalité : « *Les avocats aux conseils sont des spécialistes, certes de la cassation mais plus généralement du contrôle de légalité […] 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] ce qu'on leur a appris, à leur technique de travail.* » (Me Albert). Ces particularités rendraient la QPC plus familière à ces professionnels qui, par leur « *expérience […] du contrôle de légalité, […] a[uraient] probablement plus de facilité, plus de formation à le faire »* (Me Anne). Cette familiarité affichée à la QPC amène ces professionnels à relativiser son coût, voire à l'appréhender comme « *un moyen de cassation en plus* » : « *Pour nous ce n'est pas particulièrement chronophage. Je pense que c'est très lié au fait que nous sommes, nous, depuis toujours et en permanence dans un exercice de contrôle de légalité. […] 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 avions 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, […] pour mon cabinet, […] c'est un peu comme un moyen de cassation en plus*. » (Me Anne). Le raisonnement en matière de contrôle de constitutionnalité serait le même que celui mis en œuvre en matière de contrôle de légalité : « *c'est le même raisonnement, sauf que ça s'applique à une loi, au lieu de s'appliquer à un règlement* » (Me Alice). Une forme de familiarité, voire d'évidence et de « naturalité », est ainsi quasi-systématiquement mise en avant à l'instar de cette avocate aux conseils soulignant que la « *QPC est quelque chose qui nous est assez familier puisque par définition déjà nous on travaille sur le droit, quasiment exclusivement, donc voilà c'est assez naturel* » (Me Arthur). Cette proximité perçue amène

même certains avocats aux conseils à assimiler la plaidoirie devant le Conseil constitutionnel à celles devant les autres juridictions suprêmes. La solidarité professionnelle et les échanges entre avocats aux conseils constituent d'autres ressources qui, favorisés par la faible taille de ce groupe professionnel et l'action de leur ordre, sont souvent évoqués : « *Là aussi on échange entre nous, alors c'est vrai qu'on échange surtout les QPC, après sur les décisions du Conseil constitutionnel je dirais qu'il y a une veille, quand y a une décision où y a une évolution […] assez forte dans [l]a manière de procéder [du Conseil constitutionnel], notamment de moduler ainsi de suite, là on a une veille de notre Ordre qui nous signale la décision […] de temps en temps quand y a une évolution procédurale assez forte notre Ordre fait une veille là-dessus comme sur des veilles normatives pour nous dire : attendez y a un décret qui nous impacte, regardez, bon là parfois il nous dit : là vous voyez le Conseil constitutionnel a décidé que sur tel ou tel aspect procédural il allait décider d'aller.* » (Me Agnès).

74 - L'expertise des avocats aux conseils est reconnue par certains avocats à la Cour, selon lesquels les « *avocats aux conseils […] maîtrisent ces notions […] qui sont au-dessus de nous, les notions constitutionnelles, c'est juridiquement un petit peu compliqué pour des avocats de base* » (Me Renée). Une petite élite est particulièrement visible comme le précise un avocat à la Cour de *Wisteria*, indiquant « *qu'on a des avocats à la Cour de cassation qui sont spécialisés sur les QPC […] on en a 2 ou 3 qui interviennent en matière pénale qui sont vraiment très pointus en la question et qui font le travail de façon remarquable, ils font un travail de qualité et d'ailleurs ils ont souvent gain de cause* » (Me Rafael). Cette compétence spécifique des avocats aux conseils justifierait des formes de division du travail, notamment lors de l'audience devant le Conseil constitutionnel. Une « *avocate de base et non pas au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation »* spécialisée en droit du travail et relations collectives indique ainsi son positionnement en la matière *: « donner la version pratique, aussi, de dire comment ça se passe dans la vraie vie, de rappeler comment avant l'employeur arrivait* ». C'est, précise-t-elle, « *aussi une façon de dire voilà, y a des avocats à la Cour de cassation, au Conseil tout ça, et je leur laisse quelque part la primeur de vraiment parler de droit mais, enfin ce que je faisais c'était quand même parler de droit mais en l'illustrant, en me disant : qu'est-ce que je peux apporter là-dedans, aux sages ? […] les sages ils savent pas comment ça se passe dans l'entreprise, je vais leur raconter*. » (Me Priscille). Des arguments stratégiques liés à la complémentarité précitée des approches (faits/droit), mais aussi à la notoriété d'avocats aux conseils susceptibles de davantage emporter la conviction des juges, justifient la recherche, par certains avocats en région, de leur appui; « *il fallait des gens qui soient habitués […] il fallait*

un poids […] parce que sinon, si j'avais été complètement isolé, je ne suis pas sûr que le résultat aurait été le même forcément » (Me Rejane).

75 - Le monopole des avocats aux conseils en matière d'audience à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, est toutefois parfois contesté, notamment pour des raisons financières, par des avocats pointant des formes d'illogismes, à leurs yeux : « *Au stade du Conseil d'Etat, parce que justement comme c'est une procédure où le ministère de l'avocat n'est pas obligatoire, on s'était posé la question : dans la première QPC on avait pris un avocat au Conseil d'Etat pour faire part d'un certain nombre d'observations. Mais au vu de la plus-value qu'il avait apportée et du coût financier, […] sur la deuxième […] on a produit nous-mêmes nos écritures ce qui était possible parce qu'il n'y a pas de ministère d'avocat obligatoire. Par contre s'est posée la problématique, lors de l'audience, pour aller faire part de certaines observations, puisque… là-dessus. Et c'est là où, je crois que ça doit être les us et pratiques du Conseil d'Etat, en gros si on n'est pas avocat au Conseil d'Etat on ne peut pas s'adresser au Conseil d'Etat. Donc voilà, on n'a pas pu lors de l'audience, ce que je trouve tout à fait regrettable, si on ne met pas de ministère d'avocats obligatoire, je ne vois pas pourquoi on ne pourrait pas aller faire part de nos observations devant le Conseil d'Etat* » (Me Rémi).

76 - La compétence même des avocats aux conseils est parfois disputée dans le cadre de discours indiquant l'acuité des luttes de juridiction en la matière. Un avocat parisien, exerçant seul, spécialiste en matière de droits fondamentaux et s'affichant comme un « expert » de la QPC indique ainsi : « *Je ne pense pas qu'il y ait beaucoup d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation qui maîtrisent aussi bien que moi le contentieux constitutionnel et surtout la jurisprudence du Conseil constitutionnel. […] Et la technique de cassation n'a rien à voir avec le contrôle de constitutionnalité de la loi. Et donc de ce point de vue-là, la plus-value technique et juridique, je ne la trouve toujours pas. Et pour moi c'est un vrai sujet.* » (Me Pauline).

77 - Si une asymétrie de ressources explique en partie l'affirmation du groupe des avocats aux conseils en matière de QPC, elle suscite également des différenciations entre l'ensemble des professionnels.

2. Une asymétrie de ressources

78 - Parmi les multiples facteurs ayant un impact sur les chances de déposer et défendre une QPC figure la taille critique du cabinet, précitée. Comme le souligne un avocat à la Cour de Wisteria, « *il faut faire des recherches, alors je sais bien qu'à l'ère d'internet vous pouvez aller*

vite voilà mais bon il faut du staff derrière, il faut du monde, donc une QPC là la dernière c'est 3 jours de boulot minimum, 3 jours de boulot pour poser le REP, la QPC, plus les jours qu'on va avoir derrière à gérer les éventuels échanges devant le Conseil d'Etat s'ils maintiennent leur position, plus derrière les échanges devant le Conseil constitutionnel et puis c'est pareil le Conseil constitutionnel vous y allez forcément » (Me Rebecca). L'importance de ce « staff » est soulignée par plusieurs professionnels dont les avocats aux conseils évoquant la présence de collaborateurs spécialisés, voire d'universitaires, dans leur équipe. Un avocat aux conseils particulièrement actif en matière de QPC indique ainsi : *« J'ai un avocat aux conseils salarié, une nouveauté depuis un an, dans le cabinet avec lequel je vais m'associer […] et j'ai de nombreux collaborateurs qui ont le statut d'avocat à la cour ou de professeur »* (Me Albert). Un autre souligne : « *Moi, malheureusement, je ne suis pas omniscient et je le regrette beaucoup, par contre j'ai un de mes collaborateurs qui est professeur agrégé et qui enseigne le droit constitutionnel comparé, donc il m'en a sorti, il m'a sorti des trucs […] c'est mon collaborateur qui est très très fort et c'est pas inutile. Ça peut aider, le droit comparé. Et surtout, maintenant avec l'Europe qui j'espère va reprendre un peu de poil de la bête* » (Me Amélie).

79 - Des formes de collaborations et de différenciations sont ainsi perceptibles au sein des cabinets, en fonction du statut des professionnels, notamment entre associés et collaborateurs. Un avocat aux conseils associé au sein d'un cabinet important (deux associés, un salarié, une vingtaine de collaborateurs et une dizaine d'administratifs) indique ainsi le principe d'un traitement systématique des QPC en binôme : « *Le principe c'est qu'au cabinet tous les dossiers sont traités en binôme entre un avocat aux conseils et un collaborateur. Les collaborateurs sont eux spécialisés par matière […] Les collaborateurs sont plus spécialisés au fond, on va pouvoir créer du dialogue entre les collaborateurs […] c'est aussi le rôle de l'avocat aux conseils, précisément, enfin qui reste de toutes les façons en charge de l'instruction et de la question du dossier. Pour tous les dossiers, on discute avec nos collaborateurs des moyens qu'on est susceptible de présenter et dans le cadre de cette instruction, si souvent le collaborateur n'y pense pas lui-même, c'est bien à l'avocat aux conseils de lui dire « Mais là-dessus, on pourrait peut-être envisager une QPC ? » Et petit à petit le collaborateur dira effectivement je n'y avais pas forcément pensé, on fait une QPC. Avec le temps les réflexes se mettent en place, c'est à dire qu'une fois il ne la proposera pas et puis l'autre fois à l'inverse, comme il a compris qu'il pouvait la proposer, et bah il sera de plus en plus enclin lui-même à essayer de trouver des QPC.* » (Me Adrien)**.**

80 - Cette division du travail entre associés et collaborateurs est souvent évoquée, les avocats aux conseils mettant à profit les spécialisations juridiques des collaborateurs en adoptant pour leur part une position transversale voire de surplomb : « *Nous, quand on travaille avec des collaborateurs, si on a l'idée d'une QPC, y a des dossiers qu'on traite directement c'est-à-dire que c'est nous qui rédigeons du début à la fin, mais on a des collaborateurs qui sont d'ailleurs plus spécialisés par matière que nous puisque nous, comme avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, on a une grande transversalité, si même on ne fait pas de tout, on fait forcément du droit public et du droit privé, donc on couvre un champ très vaste de domaine du droit et donc on a des collaborateurs qui sont spécialisés. »* (Me Agnès).

81 - Le partage des tâches est également matériel, le collaborateur préparant le dossier, s'occupant de son instruction, mais n'allant pas le plaider devant le Conseil comme le souligne l'avocat aux conseils précité : *« Donc, si moi, dans un dossier de droit social, de droit du travail je m'aperçois qu'il y a une QPC à faire, ou si on est saisi par un client qui me dit : y aura une QPC, si je travaille le dossier avec un collaborateur je vais lui faire travailler la QPC bien sûr. Je vais lui dire de me préparer un cadre, un projet, je vais le mettre sur des rails, je vais lui dire : voilà, moi je pense que là y a un problème avec la liberté d'entreprendre ou avec le droit au recours effectif, il faut ressortir la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ces deux libertés et puis il faut me faire un cadre QPC que j'enrichis, que j'améliore, voilà. Mais oui on travaille… les collaborateurs qui participent à l'instruction des dossiers participent aussi dans ce cadre à l'élaboration des QPC. En revanche, ce n'est pas eux qui iront plaider la QPC devant le Conseil constitutionnel et ainsi de suite, c'est nous* » (Me Agnès).

82 - Le profil de la clientèle constitue un autre facteur influençant la possibilité ou non d'une QPC ; *« c'est »,* souligne par exemple un avocat à la Cour de *Wisteria, « variable selon le client, sa situation de fortune, selon la difficulté du dossier[…] parce que c'est du travail, c'est monter à Paris effectivement et prévoir une journée pour s'y installer et à l'occasion j'aurais pu en faire une sur une question de procédure pénale, le client l'a refusée pour des motifs financiers […] ils ne saisissent pas aussi l'opportunité, ils ne comprennent pas bien l'efficacité, eux ils ont leur procès, ils se disent on va pas faire changer la loi* » (Me Rafael). Les clientèles de particuliers se distinguent ainsi de celles des institutionnels, qu'il s'agisse d'associations (dans divers domaines, dont le droit pénal et le droit des étrangers), syndicats (notamment en matière de droit du travail), entreprises (notamment en matière fiscale), collectivités publiques, élus

(par exemple en matière de marchés publics et d'urbanisme) « *avec des budgets publics* » (Me Rose)[19]. Les enjeux, ressources et problématiques de coûts distinguent ces populations.

83 - Les enjeux de la QPC ne sont pas les mêmes, ce qui explique également parfois une certaine prudence dans un domaine où « *on n'est jamais maître de ce que l'on fait* » car « *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*. » (Me Agnès).

84 - Les institutionnels, souligne une avocate aux conseils, sont « *ceux qui ont une politique juridique, les partenaires sociaux, les assureurs, ceux qui ne font pas simplement de la défense individuelle, mais qui veulent faire juger des questions* ». L'avocat peut davantage mettre en œuvre « *une pratique visant à accompagner ces institutionnels dans leurs stratégies juridiques* » (M. Aude). Certains soulignent le rôle proactif de ces entités dont les services juridiques peuvent être à l'origine de la QPC, voire contribuer au succès de cette procédure ; un avocat aux conseils précise ainsi : « *on sait qu'il y a des confrères qui interviennent, qui ont une activité importante pour un certain nombre de secteurs associatifs, militants ou ainsi de suite, où là non seulement on vient les voir pour faire la QPC déjà, mais on vient les voir avec la QPC, ils la retravaillent ils la revalident […] toutes ces organisations, elles ont des services qui font les QPC. Ils chassent les lois, ils se disent on veut faire tomber tel texte […] Ils ont des services juridiques hyper pointus qui, pour le coup, c'est intéressant aussi parce que… […] ces acteurs ne sont pas pour rien dans le développement et dans le succès de la QPC. Il y a des avocats, mais voyez, faut être honnête, faut pas tout le temps dire qu'on fait tout […] y a des acteurs de la société civile qui se sont saisis de la QPC d'une manière assez bluffante […] il y a des associations dans lesquelles on connait très bien le juriste […] c'est souvent un juriste effectivement qui est en lien et qui va développer, enfin qui fait un travail de juriste donc d'argumentation juridique.* » (Me Agnès). Les moyens des institutionnels, financiers mais donc, également, humains et juridiques, sont globalement sans commune mesure avec ceux des particuliers. Un avocat aux conseils indique par exemple : « *Je travaille surtout avec des entreprises et c'est souvent des personnes qui ont, qui connaissent la QPC et qui connaissent les problématiques constitutionnelles ou qui sont capables de commencer à articuler un début*

[19] Ces structures intermédiaires (associations, syndicats, sociétés privées, collectivités locales) étant à l'origine d'environ 30% des affaires. Cf. Jules Bonnet, Pierre-Yves Gahdoun, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, PUF, QSJ, 2014, p. 120.

de raisonnement […] souvent c'est eux qui ont l'idée et qui nous signalent ces questions donc nous on y réfléchit et on dit, ben oui ben pourquoi pas […] ils sont confrontés à une application de la loi qu'ils trouvent injuste et du coup ils se demandent s'il n'y a pas un argument du type constitutionnel qui pourrait être invoqué. » (Me Patrick). Travailler avec des institutionnels permet de s'adresser à des juristes « *qui connaissent la musique* », comme le souligne un avocat aux conseils indiquant ainsi : « *Il se trouve que moi, ma clientèle est essentiellement une clientèle d'avocats, donc de juristes qui connaissent la musique ou de chefs de contentieux de grosses sociétés qui eux aussi connaissent la musique. Donc pour eux, proposer une QPC, ça leur paraît tout à fait naturel même s'ils n'y pensent pas immédiatement parce qu'ils n'ont pas de formation spécifique, mais ils réagissent toujours bien à la QPC. Pour eux… […] ça fait partie des moyens systématiques à envisager.* » (Me Amélie). Ce type de clientèle implique parfois en contrepartie des formes de contrôle plus étroit sur les professionnels et la supervision d'un avocat aux conseils : « *Plusieurs des organisations pour qui j'ai travaillé […] ont au bout d'un certain temps et de réflexion eu une politique de reprise en main des QPC posées en leur nom, et de surveillance, quand un avocat [d'une Cour en région] pose une question, l'organisation veut le savoir et veut que ça soit suivi, et que ça soit suivi avec l'avocat aux conseils pour voir ce qu'on fait*. » (Me Aude).

85 - Selon les domaines du droit en cause, les acteurs institutionnels varient ; un avocat aux conseils plutôt spécialisé en droit social et en droit public, fait par exemple état de son « *impression que dans le monde de l'entreprise et du patronat notamment, on est plus habitué au lobbying parlementaire, c'est à dire on va faire changer la loi. […] il y a une petite méfiance vis-à-vis du contentieux […] j'ai l'impression que autant les milieux associatifs et notamment sur les droits fondamentaux, les libertés publiques, qui ont l'habitude de faire des recours […] ils ont pris à bras le corps depuis longtemps la conventionnalité, la constitutionnalité et ainsi de suite, autant dans les milieux économiques on préfère, […] peut-être susciter des évolutions de la législation plutôt que de faire tomber, que d'utiliser la QPC qui vient dire au législateur : votre loi est contraire à la Constitution* » (Me Agnès).

86 - Si plusieurs facteurs influent sur la possibilité de déposer une QPC voire ses chances de succès, la spécialisation est en la matière finalement relativisée, dans la mesure où tout texte de loi est susceptible de faire l'objet d'une QPC.

3. Une spécialisation… toute relative

87 - L'appétence pour la transversalité est largement mise en avant nonobstant le caractère plus ou moins propice des matières. Certains domaines, dont le droit fiscal, sont souvent jugés plus propices que d'autres aux QPC ; un avocat à la Cour souligne par exemple combien ses « *confrères et associés par exemple en fiscal […] gèrent la QPC au quotidien* » (Me Rose). Ce poids s'expliquerait par le statut des textes de droit fiscal, législatifs, et par leur complexité ; « *les textes sont très compliqués et qu'ils n'arrêtent pas de changer* » (Me Antoine). S'ajoute la fréquence des réformes, les enjeux financiers et le profil des clients qui « *sont des clients qui ont potentiellement des gros enjeux financiers et qui ont des moyens, donc ils ne veulent rien négliger et qui sont prêts à tenter des QPC* » (Me Antoine). Le droit pénal, est également souvent perçu comme propice aux QPC, en raison, là encore, du poids des textes législatifs mais également des particularités d'« *une matière dans laquelle se posent assez naturellement la question de l'application des libertés fondamentales* ». Ainsi, le fiscal et le pénal sont très largement présentés comme les matières les plus propices aux QPC car il « *y a beaucoup de textes du Code de procédure pénale, notamment pour une raison assez simple, c'est que le Code de procédure civile a une nature réglementaire, le Code de procédure civile c'est du règlement, c'est du décret donc y a pas de QPC sur les règles de procédure civile […] Le Code de procédure pénale en revanche en vertu de l'article 34 de la Constitution, c'est de la loi donc... […] sur les règles de procédure on peut gagner. Et donc y a eu énormément de QPC, Code de procédure pénale et fiscale et alors là pour le coup CGI ou Livre des procédures fiscales*. » (Me Agnès). Le questionnement y serait davantage systématique : « *le fiscal et le pénal, qui sont les deux domaines dans lesquels y a le plus de QPC à envoyer. C'est vrai qu'on se pose un peu plus la question des QPC en matière fiscale et en matière pénale […] y a deux domaines de prédilection qui sont quand même le pénal et le fiscal* » (Me André).

88 - Une spécialisation en droit public est, également, parfois présentée comme un atout en matière de QPC. Ainsi, selon une avocate aux conseils, « *la QPC est sans doute plus, un outil qui paraît plus habituel aux publicistes* » (Me Arsène). Une avocate en région, elle-même publiciste spécialiste d'urbanisme et d'exécution des marchés publics : « *De fait, je pense que les avocats publicistes ont davantage de facilité intellectuelle. […] c'est par essence leur formation. Donc je dirais que tout publiciste est capable, sans être spécialisé, de déposer une QPC.* » (Me Sylvain). Une spécialisation en droit constitutionnel est parfois perçue comme un atout supplémentaire, comme en attestent ces propos d'un avocat en région : « *Je pense qu'il*

faut plutôt être spécialisé de cette matière [droit constitutionnel], pour avoir le cheminement qui vous permette de le saisir. » (Me Raymond).

89 - La spécialisation est toutefois toute relative, souligne un avocat aux conseils, « *tout simplement parce que la QPC peut être soulevée dans n'importe quel domaine ; il n'y a pas de matière rétive à la QPC* » (Me André) ; comme *« le recours en cassation, c'est que toutes les matières peuvent être concernées. […] c'est assez transversal, ce qui le rend passionnant.* » (Me Albert). Tout en défendant une forme de spécialisation possible, en droit constitutionnel, un avocat fortement investi en matière de QPC souligne pour sa part : « *Il n'y a pas de mention de spécialisation, ni « droit constitutionnel », ni « droits fondamentaux », ni « QPC ». […] Ni « contentieux constitutionnel » évidemment. […] Ce qui pourrait tout à fait se défendre. Parce que, […] il y a aussi le contentieux électoral, qui implique aussi une part de contentieux constitutionnel de ce point de vue-là.* » (Me Pauline). Un avocat à la Cour de *Wisteria* va jusqu'à dénier l'intérêt d'une quelconque spécialisation qui impliquerait être spécialiste en tout dans la mesure où « *dans tout contentieux on peut déposer des QPC, beaucoup en matière pénale d'ailleurs, mais pas que, vraiment le fiscal, le droit de la presse […] même dans les affaires de filiation et puis en droit du travail […] une spécialité ça voudrait dire maîtriser tous les contentieux parce que si on vient vous voir parce que vous êtes supposé être le spécialiste de la QPC, on vient vous voir… un coup ça va être un confrère fiscaliste qui va venir vous voir, une autre fois ça va être quelqu'un qui fait […] du pénal, une autre fois ça va être quelqu'un qui fait du droit de la famille, ensuite quelqu'un qui fait du droit du travail et… bon alors c'est vrai qu'on englobe toujours le même corps de règles, quand même dans la QPC, notamment beaucoup la Déclaration des droits de l'homme, le droit au respect des biens etc…enfin ça pourrait s'entendre qu'il y ait une spécialité mais à mon avis elle pourrait pas sérieusement être exclusive, quoi, faudrait que vous soyez fiscaliste et connaissant la QPC, ou pénaliste connaissant la QPC […] en plus je pense que pour être un bon fiscaliste ou pénaliste ou travailliste ou je ne sais quoi […] il faut toujours savoir et se dire que peut-être on aurait à faire une QPC. Alors ça n'interdit pas de se dire, bon mais comme je ne maîtrise pas la procédure, je la confie… une fois que j'ai identifié le problème, je confie ça à un confrère, ça pourrait s'entendre comme… d'ailleurs on le fait pour la Cour de cassation […] [moi] je la fais tout seul, […] je lis etc…enfin de toute façon dans un dossier […] si vous le faites à deux, alors là* (rires) » (Me Régine).

90 - Une avocate en région, tout en soulignant le rôle déclencheur joué par un magistrat pour son dépôt de QPC, indique la possibilité de suivre des formations comme facilitant

l'accessibilité de la QPC et ne rendant donc pas nécessaire le recours à un spécialiste : *« Donc, la spécialisation en elle-même non ; et puis je ne suis pas certaine qu'un avocat pourrait vivre uniquement de QPC.* » (Me Sylvain). Si le « réflexe » QPC, à savoir la possibilité de mise en cause de la constitutionnalité d'une loi ou de son interprétation jurisprudentielle, ne vont pas de soi, la procédure elle-même est en revanche appréhendée comme pouvant « *être suivie par tout un chacun »,* en l'absence *« de barrière particulière dans la procédure en tout cas.* » (Me Raymond). La formation se fait ainsi, en la matière, largement par la pratique.

III. Défis et modalités d'une formation par la pratique

91 - L'affirmation de la figure de l'avocat comme acteur du procès constitutionnel dépend en particulier d'une formation (A) qui se heurte toutefois à plusieurs freins (B), l'apprentissage passant finalement largement par la pratique (C).

A. L'affirmation d'un acteur du procès constitutionnel

92 - En élargissant ses possibilités d'intervention, la QPC aurait contribué à faire de l'avocat un « *acteur majeur du procès constitutionnel* »[20]. Plusieurs sessions de formation sont organisées dès 2009, parfois décisives dans la prise de conscience de l'intérêt de ce moyen que s'approprient rapidement les avocats, au premier rang desquels les avocats aux conseils et les avocats engagés, via l'action ordinale et syndicale, qui privilégient mutualisation et travail collaboratif.

1. Des formations à la QPC pour tous les avocats…

93 - Dès 2009, plusieurs sessions de formation sont organisées par le Conseil constitutionnel et le Conseil national des barreaux, puis par de nombreux barreaux, et ont pu être décisifs dans une forme de prise de conscience de l'intérêt de cette procédure par les avocats, comme le précise un avocat à la Cour de *Tamarix* : **«** *Quand la loi a été votée en 2008, bon je me suis dit la QPC c'est pas un truc pour nous, bon nous les avocats de base, et je savais que ça existait,*

[20] Bertrand Warusfel, « L'avocat comme acteur majeur du procès constitutionnel », in : Emmanuel Cartier (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, Dalloz, recherche réalisée avec le soutien de la Mission Droit et Justice, 2013, p. 86-91.

voilà je trouvais ça bien mais je n'étais pas du tout intéressé. Et puis, au mois de janvier 2010, j'ai reçu une pub du CNB, qui organisait un colloque gratuit, au Conseil Constitutionnel, au mois de février, pour former les avocats sur la QPC et expliquer ce que c'était. Donc comme on a des obligations de formation, que c'était gratuit, que c'était à Paris, que c'était intéressant, j'y vais. Donc, bon c'était extrêmement passionnant, c'est Marc Guillaume qui faisait la formation, en présence, toute la journée […] on a pu du reste au moment du déjeuner le rencontrer individuellement, c'était chez lui […] on était peut-être 100, on n'était pas plus que ça. Et dans l'après-midi, pendant que j'étais en train de faire durer le temps […] j'ai un dossier, que j'étais en train de plaider et dans lequel je me dis mais, mais j'ai quelque chose moi qui ressemble à ça. » (Me Renée). L'idée d'une spécialisation nécessaire en la matière et l'autocensure des « avocats de base » constituent des verrous que de telles formations peuvent contribuer à lever comme le montrent ces propos de l'avocat précité : **«** *C'est grâce à cette formation que j'ai compris que la QPC s'adressait pas, […] qu'aux avocats aux conseils […] et donc le fait d'aller à cette formation, ça m'a fait comprendre que même si ça paraît un peu bizarre de vouloir dans son coin changer la loi pour tous les Français, si on considère que ça nous arrange dans notre dossier et ben le reste on s'en fout. […] moi j'avais un dossier dans lequel je ne pouvais pas me dépatouiller d'un problème juridique, où la loi et la jurisprudence étaient contre moi et donc, si ma QPC aboutissait et elle aurait dû aboutir à mon avis, […] mon client aurait eu ce qu'il voulait et peu importe ce que la loi changeait pour tout le monde, on s'en foutait. […] en tous cas-là, qu'est-ce qu'ils font ? Ils organisent une formation gratuite pour dire aux avocats : venez ! Venez voir, on va vous expliquer comment ça marche […] et donc l'idée c'était de dire, voilà il faut pas que ça reste l'affaire des groupes de pression […] il faut que ça soit l'affaire de tous les avocats, parce que les avocats eux, ils sont en face des juges du fond, ils ont les contentieux, la QPC ça ne peut marcher que quand il y a un contentieux et les contentieux c'est nous qui les gérons. Et là par exemple, ils organisent des formations en disant : on va expliquer aux avocats que même […] s'ils n'ont pas la compétence, moi j'étais en compétence zéro à ce moment-là, je savais rien de la QPC, donc et ben vous allez pouvoir le faire, ben preuve, moi j'en ai fait et j'y suis arrivé, donc ils ont bien réussi sur ce prosélytisme là et d'ailleurs y en a eu beaucoup des QPC […] y a donc ce déclic dans la journée »* (Me Renée).

94 - Le suivi de telles formations contribue non seulement à lever certaines préventions mais même à nourrir une appétence certaine pour cet outil et motiver le suivi d'autres formations, comme en attestent ces propos de l'avocat précité, qui indique par exemple suivre de manière

systématique les ateliers de la Convention nationale des avocats : « *J'en ai suivi plusieurs après des formations sur la QPC.[…] parfois je suis des formations là-dessus, même si je connais un peu le sujet, parce que ça m'a tellement passionné que je suis content d'en réentendre parler quoi […] j'ai toujours envie d'aller à l'atelier sur la QPC, parce que y a toujours des trucs sur la QPC. C'est là que j'avais appris d'ailleurs, donc à la formation que j'avais suivie en 2017, qu'ils avaient sorti la table des QPC filtrées à la Cour de Cass[ation] comme un outil super utile, parce qu'au Conseil Constitutionnel, les tables de décision, elles sont super faciles à consulter. A la Cour de cassation, c'est différent.* » (Me Renée).

2. L'action des avocats aux conseils

95 - Comme indiqué précédemment, une forte solidarité soudant le groupe est mise en avant par les avocats aux conseils qui, au niveau de la procédure devant le conseil constitutionnel lui-même, ont su tirer profit de leur rôle devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation pour devenir, malgré l'absence d'un quelconque monopole de représentation en leur faveur, les plaideurs « naturels » devant le Conseil. Une avocate aux conseils précise par exemple : « *On s'est tous plongés là-dedans, on était, quand on a, y a eu une espèce, une espèce de solidarité d'ailleurs, dans la profession qui fait que les uns et les autres quand une QPC était posée, ben on diffusait grosso modo l'information que telle QPC est posée, parce qu'on se posait la question de : quid de nos litiges en cours ? […] parce qu'on se posait la question de se dire : mais est-ce que la Cour de cassation, le Conseil d'Etat fera le lien entre les différents litiges ? C'est pas forcément le cas selon la maturation de, du litige, où on peut être très en amont ou très en aval et on se disait : mais alors si c'est pendant devant le Conseil constitutionnel, ben signalons à la juridiction qu'il faut surtout pas se presser de juger alors que les choses peuvent être, donc les confrères, on se signalait qu'actuellement y a une QPC qui pose telle question […] c'est un outil où on avait tous envie de se dire : ben profitons de ce nouvel outil, donc on était enthousiaste à l'ouverture de cette nouvelle action et de cette nouvelle dimension qui était donnée au procès* » (Me Arsène).

96 - L'ordre contribue à cette mutualisation par la constitution d'outils dont une base de données : « *Dans les premiers temps de la QPC, l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat, notre Ordre, donc des avocats au Conseil d'Etat et de la Cour de cassation a demandé que toutes les QPC qui étaient déposées […] celles qu'on faisait nous-mêmes soient envoyées à l'Ordre pour créer une sorte de base de données […] pour qu'on puisse justement un petit peu développer un standard, commencer à enrichir mutuellement dans l'idée qui est que : nous devions jouer*

un rôle éminent dans cette nouvelle procédure, ce qui a été le cas, globalement et collectivement les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation jouaient un rôle très important dans le bon développement de la QPC et dans l'enrichissement très rapide de la jurisprudence à la fois du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation dans leur rôle de filtre, et du Conseil constitutionnel, et ça, ça a été possible parce qu'on a mutualisé, voilà on est un petit ordre, une soixantaine de cabinets et nous sommes officiers ministériels, nous avons cheville au corps le fait que, bien sûr nous défendons nos clients […] mais nous sommes là aussi pour contribuer fortement à la bonne administration de la justice des juridictions supérieures que sont le Conseil d'Etat et la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel et donc […] on a mutualisé et assez vite se sont donc dégagés des corpus de jurisprudence, des formats de mémoires qu'on a tous pu utiliser. » (Me Agnès).

97 - Cette mutualisation à destination des pairs se double d'actions à destination des avocats de la base, les avocats aux conseils mettant leur savoir-faire au service d'avocats à la Cour et des parties qui les consultent souvent *ab initio*, et moins aguerris comme l'indique par exemple un avocat aux conseils, pourtant au départ « *farouchement opposé* » à la QPC qui a « *même fait partie d'un groupe de travail pour préparer, au profit d'avocats à la Cour d'appel, […] des modèles de recours de QPC et une architecture qui permette de se mettre dans les clous par rapport aux exigences du Conseil des articles 61 et suivants de la Constitution, à savoir ce que l'on peut demander, ce que l'on peut dire, quelle est la détermination du bloc de constitutionnalité dont on peut invoquer la violation. »* (Me Amélie). Un avocat aux conseils va jusqu'à faire état d'une forme de sous-traitance : « *Il faut rédiger une QPC. […] alors de temps en temps on la rédige pour nos confrères à la Cour qui n'ont pas l'expérience du droit constitutionnel, donc on leur rédige une QPC, ça veut dire clés en main, qu'ils vont ensuite soulever devant les tribunaux ou on leur donne des conseils. De temps en temps ils la rédigent et ils nous la soumettent*. » (Me Agathe).

98 - Les avocats aux conseils se présentent ainsi comme des intermédiaires entre les juridictions et les avocats de la base, mais aussi l'administration comme l'explique un avocat aux conseils indiquant la conseiller sur les risques constitutionnels : « *aujourd'hui, de temps en temps, pour conseiller l'administration qui élabore des textes, le risque, et ça elle vous le dira mieux que moi, le risque constitutionnel est un risque auquel elle doit évidemment penser lorsqu'elle élabore un projet de texte qui a vocation à devenir un projet de loi tant au stade du contrôle a priori mais aussi au stade d'une QPC. C'est… et il nous arrive de recommander à l'administration […] lors de l'élaboration d'un texte de ne pas prévoir tel ou tel dispositif qui*

ne manquerait pas d'être censuré par le Conseil constitutionnel. […] le risque constitutionnel est un risque qui est pris en considération par l'Etat. » (Me Agathe).

99 - Ces formes de mutualisation mais aussi de sous-traitance attestent les défis voire difficultés d'une formation pour tous aux enjeux multiples mais confrontée à plusieurs limites.

B. Les freins à une formation aux enjeux multiples …

100 - La QPC n'est pas encore appréhendée et mise en œuvre par l'ensemble des avocats, certaines fractions de la profession ayant saisi, plus tôt, l'opportunité de son usage, parmi lesquels les avocats aux conseils[21], les avocats fiscalistes, de droit public et pénalistes, quand bien même l'essor des domaines juridiques accueillant la QPC est allé de pair avec une diversification des profils et la conscience croissante, dans la profession, des multiples enjeux de la QPC, notamment en termes d'augmentation des chances de gagner des litiges au quotidien et de valorisation de ses prestations juridiques aux yeux des clients. Les entretiens rendent compte, également, de la modification du travail des avocats à laquelle a contribué cette procédure qui amènerait notamment « *à poser la question de leur responsabilité, parce qu'à partir du moment où une procédure peut avoir des effets, à partir du moment où elle est utile, ne pas s'en servir, c'est ne pas satisfaire à l'obligation de conseil* »[22]. Toutefois, de multiples freins persistent, s'agissant d'une procédure qui reste largement perçue comme exceptionnelle voire risquée.

1. Les enjeux et avantages d'une procédure…

101 - Les enjeux et avantages de cette procédure sont mis en avant. Sa rareté a même pu être évoquée comme un facteur facilitant son acceptation par les juges ; un avocat parisien souligne ainsi : « *Alors, la QPC c'est rare quand même, la QPC c'est quand même assez indolore comme procédure, les juridictions sont rarement agacées par ce genre de demande, donc soit elles vont l'accueillir soit elles vont la rejeter mais en gros ça ne peut pas nuire à qui que ce soit donc pour le coup je me restreins pas trop. Voilà je ne fais pas de QPC pour le plaisir d'en faire,*

[21] Près de 70% des avocats aux conseils ont plaidé au moins une QPC contre moins de 1% des avocats à la cour. Sources : Conseil Constitutionnel ; Ministère de la Justice.

[22] Bertrand Mathieu, *in* : Xavier Philippe, Marthe Stéfanini, *Question prioritaire de constitutionnalité. Premiers bilans, Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Actes du colloque du 26 novembre 2010 organisé par l'Institut Louis Favoreu et la Communauté du Pays d'Aix, 2011, p. 103.

j'essaye quand même d'en faire qui tienne un peu la route mais par contre quand j'estime que ça tient la route je ne me pose pas trop de questions. » (Me Pierre).

102 - La perception de ces enjeux varie toutefois selon les professionnels et le type de clientèle concernée, la QPC pouvant par exemple être appréhendée comme un moyen stratégique au service d'un client ou d'un groupe d'intérêts voire, comme nous l'avons évoqué précédemment, s'inscrire dans de nouvelles approches managériales recherchant une optimisation de la « performance juridique ». La perception de sa nouveauté et de son coût varie également ; celui-ci n'est pas forcément appréhendé comme nécessitant une formation spécifique même si « *c'est un nouveau métier le contrôle de constitutionnalité. Pour nous [les avocats aux conseils] comme pour les juges de la Cour de cassation. Le Conseil d'Etat opérait déjà un contrôle de constitutionnalité au regard des textes règlementaires. Mais pour la Cour de cassation, c'est un nouveau…* » (Me Antoine). Il s'agit donc pour les professionnels de s'approprier une pratique à certains égards opposée aux pratiques routinières. Certaines ressources, par exemple un certain niveau de connaissance en droit constitutionnel, restent perçues comme particulièrement utiles comme le précise un avocat à la Cour de *Wisteria* : « *en soi, en termes de forme des écritures ou de procédure, y a rien de bien complexe, en revanche pour connaître, pour analyser le bien fondé et les chances de succès, je pense que ça demande une connaissance du droit constitutionnel que peu d'avocats ont […]quand t'as pas ce bagage-là, t'as quand même moins tendance à proposer ça à un client public, d'une taille moyenne ou modérée, qui aura pas forcément les capacités financières pour te suivre, parce que en règle générale il va y avoir une analyse préalable à faire, analyse que tu vas proposer, donc il faut que tu aies un minimum de doutes sur la constitutionnalité de ton cas* » (Me Robert). Sans être forcément appréhendé comme une spécialisation nécessaire, le droit constitutionnel n'en est pas moins appréhendé comme « *un droit technique comme les autres. Les avocats ont toujours eu l'habitude d'essayer de comprendre la manière dont leurs juges fonctionnaient. Maintenant, il faut comprendre comment le conseil constitutionnel raisonne* »[23] et se mettre à jour de ses décisions, voire se mettre en capacité de les lire, ce qui, selon certains professionnels à l'instar de cet avocat à la Cour n'ayant encore jamais déposé de QPC, peut constituer un frein : « *Je pense que la procédure en elle-même de la QPC n'est pas un frein à celle-ci. 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.* » (Me

[23] B. Mathieu, *in* : X. Philippe, M. Stéfanini, *Question…, op. cit.*

Sarah). Si les avocats interrogés rendent compte de certains freins, la position à l'égard d'une formation reste ambivalente.

2. Une formation jugée insuffisante

103 - Les imperfections de la formation sont parfois mises en avant par des avocats jugeant « *qu'on n'est pas assez formé, par exemple le fait qu'on ne sache pas exactement comment ça se passe et tout ça... […] je ne sais pas qui décide de quoi* » (Me Priscille). Ce sentiment est évoqué de manière récurrente ; un avocat à la Cour en région n'ayant encore jamais déposé de QPC tout en l'ayant « *envisagée dans certains dossiers* », où elle s'est finalement « *ou révélée non-efficace au vu des recherches [entreprises] ou* » anticipée par des réformes, précise ainsi que, « *sur la procédure de QPC, nécessairement, l'avocat sera un peu fébrile et s'estimera pas forcément très bien formé parce que tant qu'il ne l'aura pas pratiquée il s'estimera fébrile même s'il a pu suivre des enseignements théoriques à l'Université, pratiques dans le cadre de la formation continue d'avocat, parce que on a assez régulièrement des formations sur la QPC. Mais pour voir notamment une question qui a été posée récemment […] on voulait venir en soutien de cette QPC et notamment par le biais directement de l'Ordre, et bien même l'Ordre qui a pourtant à disposition des avocats compétents et des avocats qui ont déjà pu expérimenter la QPC, et bien a dû se poser, faire des réunions parce que c'était une procédure […] [qu'] on ne maîtrise pas […] ça, c'est certain.* » (Me Sarah).

104 - La formation, quel que soit son niveau, est également appréhendée comme susceptible de générer une forme de prise de conscience : « *Les avocats, dans le cadre de leur suivi et formation continue et suivi de l'actualité, on doit se former à cette thématique-là. […] je me rappelle quand j'étais à l'école des avocats on avait eu une intervention sur la QPC. Mais de qualité pas forcément exceptionnelle, mais bon au moins on nous alertait sur l'existence de ce dispositif.* » (Me Rémi).

105 - Les limites de la formation initiale sont largement mises en avant, un avocat à la Cour de *Wisteria* allant jusqu'à considérer que les collègues formés après 2008 *« en savent encore moins que nous […] parce que ce n'est pas ce qu'on leur apprend […] on leur apprend à plaider au TGI, au TA, à faire du contentieux classique […] quand vous demandez : est-ce que quelqu'un est déjà allé devant la Cour européenne des droits de l'homme ? Est-ce que quelqu'un est déjà allé devant la Cour de justice de l'Union européenne ? Est-ce que quelqu'un est déjà allé devant le Conseil constitutionnel ? Ça se compte sur les doigts d'une main, au cabinet je suis le seul* » (Me Rebecca).

106 - Une place trop marginale serait aujourd'hui faite à la QPC dans le cadre de la formation initiale, voire de la formation continue, pour diverses raisons : insuffisante place faite au contentieux abordé tardivement dans le cadre d'études de droit, variabilité selon les masters, exceptionnalité de la QPC dans la pratique des avocats expliquant sa faible présence dans la formation initiale… Un avocat pénaliste à la Cour de *Wisteria* indique ainsi : « *y avait il me semble trois ou quatre heures de cours en formation initiale sur comment établir une QPC, comment la soutenir, qu'est-ce qui est pertinent, l'opportunité, etc… donc on est formé à cela* » (Me Rafael). Un autre propose d'intégrer « *dans le volet du cours de droit constitutionnel […] un volet QPC, mais un peu sur la procédure et surtout sur les principes constitutionnels. C'est surtout ça. L'intérêt, je trouve, c'est ce qui n'est pas trop évoqué en ce moment. Et c'est là où c'est le plus difficile, c'est le principe constitutionnel et comment ceux-ci ont été interprétés, positionnés, par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.* » (Me Rémi). La formation initiale des avocats est également évoquée comme un moment permettant d'initier les futurs professionnels en prévoyant un temps « *réservé à cette procédure dans la formation initiale des élèves avocats […] en deux heures [ou parfois plus] […] ça leur montre quand même les points procéduraux essentiels […] c'est vraiment pratico-pratique […] je leur parle d'un dossier et puis je leur montre les actes et puis voilà mais ce n'est pas quelque chose d'approfondi naturellement, mais il faut que ça soit dans leur tête, en fait l'idée c'est ça, c'est dommage qu'une procédure existe et qu'on s'en serve pas […] je leur pose toujours la question « est-ce qu'on vous a parlé de la QPC ? » et puis j'obtiens des réponses : « oui mais rapidement en première année. » […] Or, selon les matières dans lesquelles ils vont intervenir, que ce soit en fiscal, en droit du travail etc. la QPC peut avoir un intérêt quand même* ». Un volume horaire consistant peut-être consacré à la QPC dans certains masters, à l'instar d'une intervention d'un avocat « *dans le Master 2 de professions judiciaires […] j'ai fait la QPC, mais de manière détaillée […] Quinze heures* » (Me. Richard).

107 - L'information juridique elle-même est parfois perçue comme perfectible ; un avocat à la Cour précise ainsi que « *toutes les revues de droit pénal, moi j'ai pas particulièrement de revue de droit constitutionnel et c'est vrai que dans les sources […] il y a un code constitutionnel qui est très bien fait et qui classe les QPC mais malheureusement ce qui me manque c'est un peu un outil par thème des QPC, […] qu'on puisse les chercher dans tel ou tel domaine, c'est-à-dire qu'on n'ait pas à chercher à chaque fois chronologiquement pour savoir si il y en a une qui correspond ou si elle a déjà été posée, […] j'aimerais bien avoir un outil avec l'ensemble des QPC et peut-être des commentaires utiles par QPC.* » (Me Rachel).

108 - Ces limites tiennent notamment à la diversité des formations, des spécialités et des parcours professionnels. Souvent appréhendée comme utile, voire nécessaire, la formation en tant que telle est difficilement suivie en raison d'un emploi du temps chargé et de l'urgence. Parmi les freins figurent également la place faite aux QPC ainsi que les particularités d'une procédure et d'« *un double degré d'analyse de la jurisprudence* » plus ou moins usuels et aux résultats incertains.

3. Une procédure exceptionnelle

109 - La marginalité statistique de la QPC, son caractère « *très résiduel* », sont évoqués par les professionnels, y compris par des avocats aux conseils ; l'une d'entre eux (Me Arthur) précise par exemple le faible poids que représentent les QPC (une ou deux soit un maximum 0,5%) sur l'ensemble des 400 recours annuels de son cabinet (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat et Cour de cassation). Résiduel mais récurrent pour une majorité d'avocats aux conseils, la QPC est même perçue comme exceptionnelle par les autres avocats, comme en attestent ces propos d'un avocat à la Cour de *Genista* selon lequel « *c'est un recours exceptionnel quand même. Les avocats qui sont allés plaider devant le Conseil constitutionnel, on se compte sur les doigts d'une main, par exemple à Genista effectivement je crois que nous sommes 2 ou 3 […] qui ont gagné, qui ont réussi à faire passer leur QPC, il n'y en a pas pour le moment, à ma connaissance […] c'est vraiment un contentieux exceptionnel* » (Me Robin). Par voie de conséquence, comme le précise un avocat à la Cour de *Tamarix*, « *ce n'est pas la QPC qui fait ce chiffre [d'affaires]* » (Me Renée). Cette exceptionnalité est liée en partie au caractère incertain, voire « *trop aléatoire* », de la QPC et de sa recevabilité, qui constitue un autre frein. L'aléa lié aux filtres et au possible report dans le temps de l'abrogation pose d'autant plus problème à certains professionnels qu'il peut s'avérer difficilement explicable aux clients, comme l'indique un avocat aux conseils : « *Ça pose en plus, pour être très franc des vraies difficultés vis-à-vis du plaideur, du justiciable […] le plaideur institutionnel, encore, il comprend que c'est un mauvais coup qu'on lui fait, si je puis dire. Le plaideur personne, l'entreprise, la petite entreprise, ou la personne physique, c'est quand même assez difficile de lui expliquer qu'il a gagné, que bravo, il a obtenu que le juge constitutionnel français reconnaisse l'inconstitutionnalité de cette disposition qu'on lui oppose, mais que, ma foi, ce sera pour la postérité, en tout cas pour les suivants, mais pas pour lui. C'est quelque chose qui est assez difficile, c'est un message qui est difficile à faire passer à un plaideur.* » (Me Albert). Ce caractère très aléatoire lié à la dimension d'un « *un droit un peu mou […] quand même très aléatoire* » (Me Aude) est souvent évoqué.

110 - A cet aléa s'ajoute le caractère potentiellement risqué de la stratégie vis-à-vis des clients institutionnels, incitant à la prudence comme le précise cette avocate aux conseils : « *moi, dans ma pratique, j'ai la politique de systématiquement voir si ça peut être opportun et utile de faire une QPC […] Parce que la QPC je dirais que c'est de la nitroglycérine. C'est, quand ça marche, ça obtient un résultat qui est évidemment radical, même si aujourd'hui c'est assez complexe de savoir exactement quelle est la conséquence de l'abrogation de la disposition légale sur l'issue du litige* » (Me Agnès). Les effets de l'abrogation sont difficilement maîtrisables : « *vous avez le législateur qui remet […] l'ouvrage sur le métier, qui vous fait une loi pire, pour toutes sortes de raisons, ou qui laisse un vide juridique, voilà et on va vous dire : bon toi, pour ton procès à je ne sais pas combien de milliers d'euros pour je ne sais quoi, tu nous a mis dans la panade, donc c'est quelque chose qu'on doit arbitrer stratégiquement aussi bien avec les particuliers qu'avec les entreprises, évidemment encore plus avec les clients institutionnels quand on intervient pour des syndicats, pour des assureurs, des banques, quand on est sur quelque chose qui peut être systémique pour un secteur, au moins en tous cas on alerte nos clients sur les enjeux* » (Me Agnès). Ce risque expliquerait, selon cette avocate, « *un reflux du nombre de QPC parce qu'on s'est dit : mais est-ce que c'est un outil si pertinent que ça ? Je risque de taper trop large, de faire disparaître toute une législation alors que moi c'est pas vraiment mon intérêt, et parfois je fais tomber un texte parce que je ne bénéficie pas d'un avantage mais je fais disparaître le texte lui-même, je fais disparaître l'avantage lui-même, donc si personne n'en bénéficie, bon très bien, on a tous régressé mais moi je n'ai pas avancé, et donc je vois que le Conseil constitutionnel est en train de comprendre et nous, qu'il faut affiner […] les résultats de la QPC, c'est un mécano assez compliqué et nous comme avocats on a un rôle à jouer parce que, oui ce sont souvent les avocats qui disent : attendez, parce que nous on a nos clients derrière et avec leurs intérêts et on essaye de configurer ce qu'on demande au regard des intérêts de nos clients et moi j'observe ça en tous cas, je trouve que c'est ce qui est en train de se passer*. » (Me Agnès).

111 - Cette prudence s'explique également par le souci de préserver son image de marque au sein d'un groupe professionnel peu nombreux et auprès des magistrats, comme le précise une avocate aux conseils : « *C'est un moyen fort […] on a tendance à toujours réfléchir sur l'opportunité, parce qu'en plus moi j'aime pas proposer des trucs idiots, j'aime un peu mon image de marque, un peu, boh après chaque client peut y aller […] j'y fais attention parce que je pense qu'on est quand même un petit milieu, donc je pense que les magistrats, ils sont quand même sensibles à ce qu'on soit raisonnable donc, je sais que par exemple nous, on a plutôt*

bonne presse parce que voilà, ils savent qu'on essaie de dissuader les gens d'y aller quand c'est vraiment bidon, que ce soit en QPC ou en recours classique d'ailleurs et du coup, je pense que les magistrats, quand on propose des choses, peut-être […] qu'ils regardent un peu plus attentivement parce qu'ils se disent : bon ben on sait que eux généralement, ils essayent de nous proposer que des choses intéressantes » (Me Arthur). Les enjeux en termes de crédibilité expliquent ainsi une forme de retenue, comme l'indique un avocat à la Cour de *Wisteria* selon lequel, « *on y perdrait tous en crédibilité à aller tirer tous azimuts avec ce moyen-là […] ça reste quelque chose qui doit demeurer de l'ordre de l'exceptionnel, sinon ça serait grave, ça voudrait dire que la plupart des lois seraient mal rédigées* » (Me Robert).

112 - Certains magistrats resteraient d'ailleurs frileux face à ce type de moyen, en raison même de sa marginalité, certes variable selon les territoires, comme l'indique un avocat pénaliste qui évoque également une forme de reflux : « *Ça reste quand même un contentieux assez peu pratiqué je trouve ; alors, je pense que tous les magistrats savent que ça existe forcément et en ont un peu eu, mais…mais parfois je pense qu'ils sont un peu surpris […] et notamment je vous dis en comparution immédiate, quand je me fais engueuler parce que je dépose une QPC et qu'ils se demandent manifestement comment ils vont procéder, bon ça n'augmente pas mes chances de succès […] au début ; il y avait une forme de curiosité de tout le monde, et ce qui fait que moi dans mes premières QPC, je n'ai eu que des réquisitions favorables […] à fin de transmission […] même les Parquets se disaient : ah ce n'est pas idiot, faut… faut se pencher dessus plus sérieusement*. » (Me Régine).

113 - La prudence serait donc, aujourd'hui, davantage de mise que dans d'autres procédures, la QPC apparaissant ainsi, comparativement, comme un moyen hybride et atypique pouvant échapper à son auteur : « *Un moyen d'inconventionnalité, je peux m'en désister jusqu'à la clôture de l'instruction jusqu'à l'audience. Une QPC, une fois que j'ai tiré le vin, ce n'est pas moi qui décide si on le boit. […] donc attention aussi. Votre client dit : oui, on va jouer tactique, on va faire une QPC, ça va leur faire peur, ils vont négocier… et puis le Conseil d'Etat la transmet, et le Conseil constitutionnel il est saisi et s'il dit oui, il abroge la loi. Vous n'avez plus la maîtrise, parce que […] ça renvoie à ce caractère hybride de la QPC qui est une procédure en soi, une sorte de procédure préjudicielle […] c'est par certains aspects un moyen, par certains aspects un recours en soi et par certains aspects un recours dans l'intérêt de la Constitutionnalité, donc une sorte de recours objectif qui peut échapper à son auteur. Donc la QPC tactique, attention*. » (Me Agnès).

114 - Parmi les autres freins, le coût et le temps de recherche sont parfois mis en avant. Un avocat à la Cour de *Wisteria* souligne par exemple combien « *c'est un gros travail de recherche d'abord, il faut lire beaucoup de décisions pour voir ce que le Conseil constitutionnel retient comme fondements ou ne retient pas, comment il interprète* » (Me Régine). Un autre souligne le caractère « *extraordinaire* » de telles « *procédures sortant de l'ordinaire* » : « *ça prend du temps mais surtout du temps de réflexion pour essayer d'arriver à poser la bonne question de droit et dans les bons termes, ce qui est pas forcément évident parce que on n'en a pas une habitude consommée en tant qu'avocat* » (Me Rachel).

115 - Des formes d'autocensure voire de complexe persistent chez certains professionnels comme le montrent ces propos d'un ancien juriste d'entreprise, aujourd'hui avocat à la Cour : « *Entre magistrats de T.A et avocats publicistes, on se comprend. Là, c'est une autre sphère, c'est autre chose, c'est des gens qui s'y connaissent aussi bien que toi quasiment dans ton domaine, mais c'est surtout qu'ils ont une culture juridique qui est énorme et d'ailleurs celui qui défend le Ministère, c'est toujours le même pour tous types de sujets […] j'avais été bluffé […] il passe d'un sujet à l'autre ; donc, du coup, ils le connaissent très bien en face […] c'est des gens d'un certain niveau, c'est sûr […] c'est pas simple si tu veux bien le faire […] parce que tu dois bien connaître la jurisprudence constitutionnelle, donc c'est pas des recherches que t'es forcément habitué à faire* » (Me Robert).

116 - La « majesté »[24] et la technicité Conseil constitutionnel, de ses membres et de ses services peuvent, pour leur part, susciter le saisissement, mais aussi être appréciées comme valorisants et facilitateurs pour les parties et leur apprentissage de la procédure : « *dans la phase devant le Conseil constitutionnel, là j'ai trouvé que les services du Conseil constitutionnel étaient plutôt très facilitateurs justement sur la procédure formelle du dépôt, sur comment les choses se passent, moi je les ai trouvés très pédagogues, très à l'écoute, disponibles pour répondre à nos questions sur le formalisme particulier*. » (Me Rémi).

117 - La marginalité de la QPC, largement évoquée[25], est corrélative d'inégalités en termes d'accessibilité selon, notamment, les ressources internes du cabinet ; un avocat exerçant au sein d'un important cabinet en droit des affaires souligne, par exemple, que « *le service de doctrine est très important chez nous, il y a des personnes à plein temps là-dessus […] ils ont, eux, une*

[24] Cf. Dominique Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, chapitre 7.
[25] Par exemple : « *c'est ponctuel* », « *une opportunité à avoir en tête* » selon Me Ronan.

veille professionnelle » (Me Patrick). Au sein des services, la présence de spécialistes QPC[26] ferait la différence comme le précise un avocat associé dans un des principaux cabinets français en droit des affaires selon lequel, pour « *préconiser [la QPC], il faut, à mon sens avoir des vraies billes […] on a aussi une spécialiste QPC à la Direction technique […] que donc, moi, dès que j'ai des doutes ou que je fais des petites recherches et que je m'interroge je la consulte et ça nous permet d'échanger utilement et elle me dit ce qu'elle en pense, parce qu'elle a une vraie expertise en la matière* » (Me Robert).

118 - La marginalité de la QPC et ces différences de ressources contribuent à ce que son apprentissage soit largement expérientielle.

C. L'apprentissage par l'action

119 - Passant largement par la confection de dossiers (1), mais aussi par le mimétisme, les échanges et partages d'expérience (2), l'apprentissage suppose un travail de recherche et de veille juridique facilité par le numérique (3).

1. La confection des dossiers

120 - La formation est perçue par les avocats « experts », dont les avocats aux conseils, comme superflue. L'un d'entre eux souligne ainsi ne pas avoir « *suivi de formation particulière pour la QPC et j'en ai gagné un certain nombre, donc à priori la formation devait pas être totalement nécessaire, mais je vois pas la formation, non, je vois pas la nécessité d'une formation. D'information pour savoir que ça existe et pour que les gens y pensent, ça sans doute, mais d'une formation, non. Vous êtes avocat, un avocat à la Cour d'appel est tout à fait capable de poser une très très bonne QPC et il le monte extrêmement régulièrement. Donc il n'y a pas de formation* » (Me Amélie). Ces professionnels mettent en avant leur « *habitude de travailler les textes, on a l'habitude…enfin, on a un œil de juriste et une QPC qu'est pas sérieuse, on le voit, enfin, on n'est pas dupe.* » (Me Arsène). Certains avocats à la Cour indiquent pour leur part s'être « *débrouillés* » (Me Ronan). L'apprentissage se fait ainsi par la pratique, ce qui ressort des entretiens où de telles formules - « débrouille », « bricolage », « se former par la pratique » … - sont récurrentes ; selon un avocat, « *c'est les dossiers qui nous forment* […] *vous*

[26] Ces avocats assument des fonctions quasi-doctrinales au sein de ces cabinets et endossent un rôle d'experts en QPC en lien avec leur domaine de spécialité universitaire (notamment en droit constitutionnel), leur parcours (par exemple au sein de l'administration), leurs activités éditoriales et pédagogiques.

n'avez jamais fait de QPC de votre vie avant, vous envisagez d'en faire une, ben vous allez vous renseigner, vous allez gratter, vous allez chercher, vous allez voir et puis vous vous débrouillez et puis vous faites, et puis voilà. » (Me Rémi). Cette absence de formation est particulièrement mise en avant par les avocats aux conseils dont l'un d'entre eux précise : « *Je suis mal formé ?* (rires). *Non, non je n'ai pas suivi de formation, à titre personnel […]. Je ne pense pas que mes confrères en aient suivies. Il existe d'excellents ouvrages et encore une fois c'est une matière qui ne nous était pas étrangère dès lors qu'on fait du contentieux administratif en général, on est nécessairement obligé de se frotter à un moment donné de sa vie professionnelle à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.* » (Me Albert). La dimension empirique de l'apprentissage ressort de tous les entretiens, à l'instar de cette remarque émanant d'un avocat n'ayant encore pas eu l'occasion de déposer une QPC ; bien qu'ayant suivi plusieurs années auparavant une formation sur le sujet, il en relativise la portée, insistant sur le fait que « *les choses se font de manière empirique. On se confronte aux difficultés quand on met les mains dans le dossier. Je verrai le moment venu, me rapporterai certainement à la formation, mais qui commence un petit peu à dater, mais que j'avais fait à l'époque dans le cadre de… l'école des avocats, et puis surtout, j'ouvrirais mon Code de procédure civile, très simplement.* » (Me Sophie).

121 - Les raisons précitées, dont la rareté de la QPC, le manque de moyens, le sentiment chez certains que ce n'est « *pas pour nous* », expliquent sans doute cette place laissée à la pratique, explicable également par l'urgence, comme le précise une avocate à la Cour : « *je sais pas si j'ai assisté à une formation là-dessus moi. C'est probable qu'il y en ait eue […] ça serait peut-être un peu mieux que je suive une vraie formation, […] après, quand on a le nez dans le guidon, y a plein de formations qu'il faudrait qu'on fasse et qu'on ne fait pas suffisamment* » (Me Priscille). Mais le sentiment d'évidence d'une pratique devenue pour certains routinière peut aussi amener à des formes de déni de l'intérêt d'une formation spécifique comme en attestent ces propos d'un avocat aux conseils : « *On avait quand même une certaine habitude de citer et d'exploiter les décisions du Conseil constitutionnel, aussi bien pour le Conseil d'Etat que plus ponctuellement pour la Cour de cassation, et puis on s'est mis effectivement à surveiller de plus près la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la consultant systématiquement […] des habitudes qu'on avait déjà un peu […] comme on le fait avec les arrêts de la Cour de justice ou les arrêts de la CEDH, alors peut-être pas dans tous les domaines mais on le fait régulièrement* » (Me Armand). La rédaction du mémoire est appréhendée comme un passage obligé formateur, comme le souligne un avocat en région à propos de sa première QPC : *« On*

a créé, puisqu'il n'y avait pas de modèle particulier. On a fait des choses toutes simples, on a pris des choses toutes simples, on a pris les textes, on s'est calé sur les dispositions des textes derrière pour rédiger ce mémoire » (Me Rémi). La plupart indique la constitution de modèles : « *on a un modèle type […] on a un canevas et après naturellement on met les points spécifiques de l'espèce* » (Me Rachel), « *je n'avais pas de modèle, je me le suis fait […] à partir de la loi organique, modèle que j'ai fait évoluer un peu depuis mais pas énormément*. » (Me Régine). « O*n avait mis en place un modèle de QPC, enfin de mémoire, pour poser une QPC, donc je réutilisais le modèle qui était assez basique […] ça n'a pas été trop compliqué pour la rédaction de la QPC.* » (Me Pierre). Le sentiment de simplicité domine, s'agissant de la procédure dont l'apprentissage se fait ainsi largement sur le tas, même en l'absence de modèle, comme en attestent ces propos d'un avocat à la Cour de *Wisteria* : « *Après on a créé, puisqu'il n'y avait pas de modèle particulier. On a fait des choses toutes simples, on a pris les textes, on s'est calé sur les dispositions des textes derrière pour rédiger ce mémoire.* » (Me Rémi). L'usage des modèles n'est d'ailleurs pas systématique ; un avocat nantais souligne par exemple : « *je n'ai pas trop de modèles types non, c'est assez libre* » (Me Ronan). La simplicité du mémoire de QPC tiendrait notamment, selon un avocat aux conseils, par la rationalisation de sa structure : « *le mémoire de QPC, qu'il soit devant le juge du fond, ou d'appel ou devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, y a que trois articles qui changent, sinon c'est toujours structuré de la même manière : les trois conditions et c'est présenté de telle manière que le mémoire QPC, il pourrait presque même servir j'allais dire : je pourrais même n'avoir rien à faire devant le Conseil constitutionnel, parce que tout est fait dès le départ, c'est-à-dire on le présente vraiment comme un vrai mémoire qu'on présenterait directement devant le Conseil constitutionnel, donc on met nos conditions, on cite toute la jurisprudence qui nous intéresse du Conseil constitutionnel, on cite les textes de référence et ça ressemble à notre façon de faire, c'est un mélange de la base documentaire qu'on trouve, vous savez, quand sur le site du Conseil constitutionnel, y a le commentaire et la base documentaire. Nous, on s'inspire de la base documentaire, c'est-à-dire que celui qui va ouvrir notre QPC il doit dire : quels sont les articles qui l'intéressent ? […] quelles sont les décisions du Conseil constitutionnel et comment le Conseil constitutionnel a mis en œuvre ces articles dans le domaine qui m'intéresse […] et après je dis : maintenant que je vous ai dit tout ça, voilà ma problématique et est-ce que je peux transposer à ma problématique un des articles que j'ai cité avant et une des décisions du Conseil constitutionnel que j'ai citées avant ?* » (Me Rebecca).

122 - L'apprentissage se fait ainsi « *dossier par dossier* », l'expérience contribuant à la confection de mémoires voire de modèles de mémoires ; en la matière, les avocats aux conseils arguent d'une plus grande facilité : « *peut-être que nous c'est plus facile, parce que nous, notre métier est déjà très, enfin on est très rigide dans notre manière de rédiger nos mémoires etc, donc c'est vrai que pour les avocats aux conseils peut-être que c'est beaucoup plus facile que pour d'autres juristes de, d'écrire un mémoire QPC parce que, c'est une logique qui nous est familière, donc de justifier de la recevabilité parce que, quand par exemple, quand on rédige un mémoire devant la Cour de cassation, on justifie qu'on est dans un cas d'ouverture à cassation, ben là finalement c'est un peu la même chose, on justifie qu'on est dans les conditions de recevabilité de la QPC* » (Me Arthur).

123 - Ces apprentissages différenciés motivent des formes de mutualisation et de mimétisme entre confrères.

2. Mimétisme, échanges et partages d'expérience

124 - Les modèles de mémoires peuvent faire l'objet de partages ou de demandes de partage comme le souligne un avocat en région : « *j'ai des collègues qui m'ont demandé de, qui ont soulevé des QPC à leur tour et qui m'ont demandé un peu le modèle, la façon dont j'avais rédigé la mienne* » (Me Ronan).

125 - L'importance des échanges d'expérience voire le poids du mimétisme ressort de la plupart des entretiens. Les vertus en sont multiples (désinhibition, apprentissage des méthodes de travail du Conseil constitutionnel, ouverture de portes…) comme le souligne cet avocat à la Cour de Wisteria : « *le droit c'est le même partout en France […] finalement c'est pas parce que vous exercez dans un barreau de province dans un petit cabinet que vous êtes mauvais, et je me suis aperçu avec le temps qu'au Conseil constitutionnel on commençait à voir arriver des avocats de province qui avaient de super idées et qui venaient un peu marcher sur les plates-bandes des avocats parisiens et qui arrivaient aux mêmes résultats et donc du coup on a tissé des liens […] j'ai discuté avec X. […] j'ai appris indirectement de lui une façon de travailler devant le Conseil constitutionnel aussi. J'ai rencontré donc X. […] du coup, par exemple, quand vous appelez, on vous prend au téléphone. Avant on ne vous aurait pas forcément pris, on vous donne des indices, on échange et ça, j'ai trouvé ça très très bien, donc ça, ça a été très positif.* » (Me Rebecca).

126 - Le partage d'expérience peut prendre des formes variées, passer par exemple par des échanges informels (« *c'est des discussions informelles avec certains confrères […] voilà après on se forme chacun* » (Me Agnès), des groupes Facebook, pour certains « *assez actifs* », (Me Renée) ou encore des blogs tel celui tenu par « *un avocat qu'est très présent sur le domaine des QPC […] qui est un avocat parisien et il écrit, il a un blog et donc il écrit : ben tiens on a une QPC comme ça, on envisage ça* » (Me Rebecca).

127 - Le numérique facilite ces échanges, mais aussi la recherche et la veille juridiques, au cœur de cette activité.

3. Une recherche et une veille documentaire facilitées par le numérique

128 - Le dépôt d'une QPC suppose en amont une recherche afin de détecter le moyen de constitutionnalité ; là aussi, peut se constituer progressivement *« une boîte à outils de moyens de constitutionnalité. Quand vous avez invoqué une fois et qu'on enrichit en permanence, au regard des jurisprudences qui tombent et notamment sur les conséquences* » (Me Agnès).

129 - En la matière, la recherche juridique, perçue ici à la fois comme coûteuse et stimulante, est présentée comme fondamentale ; « *concrètement ; il faut identifier la liberté violée, faire une recherche jurisprudentielle importante des décisions du Conseil constitutionnel, et puis ensuite mettre en musique la façon dont la liberté a été violée, en quoi elle a été violée, quelles sont les conséquences attachées à cette violation, est-ce qu'on demande au Conseil constitutionnel de prononcer une abrogation immédiate. Si on est en défense, on peut avoir intérêt à demander au Conseil constitutionnel une abrogation différée c'est-*à*-dire pour laisser le temps au législateur de refaire sa copie. Voilà. C'est pour ça que ça demande tout de même un travail important de recherche juridique.* » (Me Antoine).

130 - Les discours des avocats font état d'une sorte d'« allant de soi » : « *on lit, on écoute, on est au courant quand même* ». Faire une QPC impliquerait « *tout simplement aller voir les arrêts, lire les arrêts et puis ensuite pour les questions importantes, lire les commentaires qui peuvent paraître à droite et à gauche dans les revues habituelles quoi. Alors ce qui est très utile au Conseil, c'est le commentaire* » (Me Armand). Les sources de documentation utilisées sont multiples : « *on se documente de toute façon […] sur Légifrance, Thésaurus, le corpus jurisprudentiel du Conseil constitutionnel est très accessible. Y avait jusqu'à l'année dernière aussi la Revue du Conseil constitutionnel […] qui a cessé parce que, avec le passage au*

numérique, l'accessibilité est tout à fait suffisante, mais effectivement y a des listings avec des entrées par les textes » (Me Aurélie).

131 - Un avocat aux conseils indique faire « *une veille juridique à peu près tous les matins normalement, c'est plutôt Dalloz Actualités ma source […] les communiqués de presse de la Cour de cassation ? Il m'arrive de les lire mais ça c'est exceptionnellement, moi c'est Dalloz Actualités pour me tenir un peu au courant de tout ce qui se passe, parfois même dans autre chose que mon domaine, parce que ça peut toujours être utile même si ce n'est pas mon domaine, y a tel argument qui a été retenu […] et quand je dois creuser ? […] beaucoup Dalloz et puis sinon j'ai différents bouquins et j'en achète quelques-uns au cas par cas, j'ai des bouquins de procédure pénale […] sur le contentieux constitutionnel ? […] ça peut être le Code Dalloz des droits fondamentaux, pour voir si sous l'article tant y a de la jurisprudence qui concernait mon truc, soit directement la jurisprudence sur le site du Conseil constitutionnel, et comment je me dis qu'il faut lire plutôt telle décision que telle autre ? Parce qu'on ne peut pas toutes les lire quand même ! Alors maintenant j'ai une petite base à moi c'est à dire que je sais que j'ai déjà invoqué des décisions où il était question de vie privée, ou de droit à un procès équitable etc. et je fais un copier-coller* » (Me Régine). L'importance des tables de jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation est également soulignée (Me Renée).

132 - La rapidité d'accès à ces sources que permet internet facilite le germe de l'idée même d'une QPC : « *c'est l'avantage d'internet : c'est de trouver des idées* » (Me Rebecca). Plusieurs sites constituent une ressource centrale en la matière, dont celui du Conseil constitutionnel : « *en une demi-journée, en allant sur le site du Conseil constitutionnel, vous pouvez vous faire une idée de ce que va pouvoir être votre QPC, je veux dire en n'y connaissant strictement rien, vous pouvez trouver toute la jurisprudence et argumenter dans votre dossier* » (Me Rebecca). Le site est particulièrement apprécié pour sa simplicité d'accès et sa structure : ce n'c'est pas *forcément très compliqué parce qu'on a des outils sur le site du Conseil constitutionnel qui sont assez intéressants […] où on a tous les droits et libertés qui sont répertoriés de manière très analytique et très simple, ce qui permet de faire des recherches par mot clef ce qui fait que du coup on peut assez vite construire son raisonnement en se mettant dans les traces du Conseil constitutionnel. […] un avocat généraliste peut tout à fait bâtir sa QPC* » (Me Pierre).

133 - Si plusieurs sites (dont celui du *JO*[27]), ouvrages (y compris des manuels), bases de données et revues juridiques (Dalloz, LexisNexis…) sont mobilisés, celui du Conseil constitutionnel est systématiquement consulté à titre de base de travail utile notamment par son organisation, la place faite aux commentaires de décisions et son exhaustivité : *« il y a une sorte de guide, de tableau pour, en gros toutes les dispositions qui ont fait l'objet déjà d'une décision du Conseil constitutionnel, que je trouve est très utile. Parce que s'il faut pour chaque disposition que l'on veut contester essayer de se fader… c'est plus compliqué… […] de vérifier tout ça… Après, moi, ce qui était très intéressant je trouve dans le Conseil constitutionnel, vous avez les décisions du Conseil constitutionnel, et à chaque fois vous avez le commentaire des décisions faites, et dans le commentaire des décisions vous avez souvent de la « JP » du Conseil constitutionnel, ses positions antérieures là-dessus, qui, je trouve est une base de travail utile pour fournir des éléments assez intéressants.* » (Me Rémi). Une avocate aux conseils indique plus largement l'intérêt du dossier documentaire *« très riche, avec tous les textes, toute la jurisprudence qui de près ou de loin concerne le sujet »*, d'autant plus que « *la décision est souvent très peu motivée, procède par voie d'affirmation et ne se justifie pas tellement. Quelquefois le commentaire en dit un petit peu plus […] c'est quand même le commentaire un peu officiel du secrétariat général du Conseil constitutionnel et c'est très riche aussi pour nous et il nous arrive dans nos procédures de viser non seulement la décision mais de citer aussi le commentaire qui interprète la décision »* (Me Agathe). Ce dossier documentaire est largement utilisé par des avocats insistant sur le fait que « *le site du Conseil constitutionnel est très bien fait, l'accès à la jurisprudence est facile, bon enfin les décisions de toute façon vous les avez sur Légifrance, mais toutes les décisions du Conseil constitutionnel y compris en matière de QPC sont accompagnées du dossier documentaire du Conseil constitutionnel, des commentaires faits par le Conseil constitutionnel. Donc on a vraiment une décision enrichie, accessible facilement sur le site du Conseil constitutionnel qui permet une bonne analyse de sa jurisprudence. […] maintenant on connaît et on regarde et on suit l'actualité des décisions du Conseil constitutionnel pour avoir des idées et surtout on a le réflexe dans le dossier, quand on a un texte qui nous gêne et qui commence à nous choquer de se dire mais après tout est-ce qu'on ne pourrait pas faire une QPC ? Donc là on fait la 1ère recherche pour savoir si, est-ce que la QPC a déjà été faite, évidemment, hein, parce que… et si ça n'a pas été fait, on creuse*

[27] « *Sur les conseils d'un ami magistrat […] je suis abonné et tous les matins, 6 jours sur 7, même le dimanche, je me tape le Journal officiel et j'essaie de le lire à peu près dans le détail […] donc quand même je suis à l'affût de ce qui se passe* » (Me Renée).

pour savoir si c'est solide. » (Me Antoine/CR et al.). Cette consultation est ainsi présentée comme un réflexe par tous les avocats aux conseils rencontrés : « *le site du Conseil constitutionnel qui est très bien fait, comme toujours je dirais, dès qu'on a besoin de quelque chose on va sur le site internet et on a absolument tout, et puis après j'ai essayé de chercher dans la doctrine, sur les… mais principalement sur le site du Conseil constitutionnel.* » (Me Sylvain). Cette consultation, appréhendée comme allant de soi, s'inscrit ainsi dans une recherche plus large : « *De toute façon on va toujours sur le site du Conseil constitutionnel, parce que par principe il vaut mieux savoir si la QPC a déjà été posée* (rires) *et on consulte […] quand on veut préparer une QPC, c'est la même chose que lorsqu'on fait un pourvoi devant la Cour de cassation ou on fait un recours devant le Conseil d'Etat, on consulte tous les sites qui sont dédiés à la matière, donc par hypothèse le site du Conseil constitutionnel, pour savoir s'ils ont déjà jugé, ce qui est dans les tuyaux, et éventuellement les colloques qui ont été faits et qui ont été consacrés à la matière, et les déclarations des uns et des autres pour savoir… humer un peu l'air du temps. Et puis après le LexisNexis, Dalloz, toutes les bases de données juridiques.* » (Me Amélie).

134 - Le site du Conseil constitutionnel fait l'objet d'usages contrastés ; les plus « engagés » peuvent indiquer par exemple avoir « *sur [leur] ordinateur, […] une alerte Conseil constitutionnel »* pour savoir *« chaque question qui est posée »*, voire *« le signaler à untel ou à untel, une association ou un truc comme ça : « attention, y a une QPC là-dessus »* » (Me Aude). Chez les avocats n'ayant encore jamais déposé de QPC, le « *premier réflexe serait d'aller sur le site du Conseil Constitutionnel, je sais qu'ils éditent énormément de choses là-dessus.* » (Me Stéphane). Le site est également apprécié pour ses vidéos. Si elles ne sont pas systématiquement regardées, certains avocats indiquent s'y reporter, par exemple « *pour voir ce qu'ils étaient capables d'accepter ou pas* » (Me Renée). Visionner les plaidoiries peut d'autant plus permettre « *de voir comment les confrères prennent des QPC* » (Me Pierre) que « *c'est la seule plaidoirie qui est enregistrée ad vitam où on voit le débat...* » (Me Robin).

Conclusion

135 - Dix ans après son adoption, la QPC est appréhendée au sein de la profession d'avocat comme une véritable « révolution culturelle » entrée dans les mœurs et particulièrement appréciée. La formation, sous quelque forme qu'elle se présente, est perçue comme contribuant à la prise de conscience de la possibilité d'une QPC voire à l'émergence d'une forme de

« réflexe » que les avocats ont le sentiment de devoir désormais avoir. Ainsi, c'est moins la procédure que les possibilités et opportunités de dépôt qui apparaissent aux yeux des professionnels interrogés comme n'allant pas toujours de soi et pouvant justifier le suivi de formations. Toutefois, les conditions de travail, dont l'urgence, les ressources inégales des professionnels, les enjeux et le coût contrastés de la QPC en fonction notamment des types d'affaires et de clientèles, ainsi que le caractère somme toute résiduel voire exceptionnel de la QPC dans les dossiers et le chiffre d'affaires des cabinets, hypothèquent les possibilités de suivi de telles formations, alors même que la formation juridique initiale est parfois appréhendée comme ne laissant qu'une place limitée voire insuffisante à ce type de dispositif. L'apprentissage de la QPC se fait ainsi largement « par les dossiers », ce qui peut contribuer à renforcer les inégalités entre les professionnels, eu égard le coût d'accès à cette procédure, certaines formes d'autocensure, mais aussi des phénomènes de spécialisation au sein de la profession ; les avocats occupent en la matière des positions plus ou moins « expertes » ou au contraire « profanes », même si les domaines susceptibles de faire l'objet d'une QPC se sont élargis et si l'accessibilité théorique de ce moyen à tous les avocats en constitue l'un des attraits, aux côtés de la portée politique d'une QPC permettant aux justiciables et à leurs avocats d'endosser une fonction d' *« entrepreneur constitutionnel* »[28], voire, avec d'autres mécanismes (CEDH, action de groupe) de « *sentinelle démocratique* »[29]…

[28] Jules Bonnet, Pierre-Yves Gahdoun, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, PUF, QSJ, 2014, p. 119.
[29] *Ibid.*, p. 121.

Des avocats dans l'usage de la QPC : Quel rôle après dix ans de pratique ?[30]

Introduction

1 - À première vue, les avocats ne font pas partie de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Ni le nouvel article 61-1, ni l'article 62 modifié de la Constitution ne les mentionnent. Pas de traces non plus dans les dispositions organiques. Seul le règlement intérieur adopté par le Conseil constitutionnel pour l'occasion les désigne une fois (art. 10) et prévoit, sinon de manière plus générale, les précautions procédurales à prendre si le requérant décide d'être représenté.

2 - Pourtant dans la pratique, les avocats se retrouvent au cœur du dispositif institutionnel. Ils bénéficient dès l'année 2010 d'une attention toute particulière du Conseil constitutionnel pour mettre en œuvre la réforme : des formations professionnelles, organisées dans les premiers temps au Palais-Royal, leur sont proposées ; une mailing-liste est mise en place permettant aux professionnels du droit d'être informés en temps réel des saisines ou des décisions du Conseil. Dix ans après le lancement de la réforme, il s'avère que les avocats sont intervenus dans près de 95 % des procédures survenues au titre de la QPC. Ils se sont donc rapidement imposés comme les acteurs incontournables du contrôle de constitutionnalité a posteriori.

3 - Cette réalité invite à préciser l'impact de la QPC sur le travail des avocats, en partant de la quarantaine d'entretiens dans le cadre de cette recherche. « *C'est une réforme qui à juste titre est majeure. Je n'en vois pas d'autres dans les dix dernières années, c'est absolument majeur* » reconnaît un de ces avocats interrogés.[31] Qu'est-ce que la QPC a réellement changé dans l'activité du barreau ? Est-ce que ce corps professionnel a été capable d'absorber ces nouvelles tâches en adaptant seulement à la marge ses pratiques ? Nous examinerons cela successivement à propos des changements de méthode de travail, des objectifs professionnels retenus puis enfin en terme de responsabilité dans l'organisation des QPC.

[30] Rédaction : Antoine Pélicand
31 Entretien avec M. Agnès

I. Un nouvel exercice professionnel ?

4 - Il ressort des entretiens menés que les avocats avaient un avis partagé sur la réforme engagée en 2008. Certains attendaient depuis longtemps cet élargissement de la saisine[32]. D'autres, au contraire, étaient beaucoup plus négatifs, notamment parce qu'ils ne tenaient pas le Conseil constitutionnel pour une juridiction mais pour un organe politique dont la marge de manœuvre institutionnelle devait rester cantonnée au contrôle de constitutionnalité a priori. Malgré ces divergences d'opinions, il s'avère que tous les professionnels du droit se sont emparés progressivement de cette nouvelle voie d'action. À mesure qu'ils la mettent en œuvre, la considère-t-il comme un outil juridique comme un autre dans la défense de leur client ? D'un côté, la QPC n'a pas chamboulé le fonctionnement des cabinets, de même qu'elle n'a pas modifié outre-mesure l'activité des avocats au quotidien. D'un autre côté, ses modalités pratiques et le cadre institutionnel dans lequel elle prend place en fait encore aujourd'hui un exercice déconcertant par plusieurs aspects.

A. La prise en compte d'une nouvelle compétence judiciaire

1. Pour les techniques de travail : un simple ajustement

5 - Forcément, la mise en place des questions prioritaires de constitutionnalité a conduit les praticiens en exercice à s'adapter à cette nouvelle technique procédurale. Mais avec le recul, on s'aperçoit que cette réforme n'a pas conduit à une mutation de leur activité professionnelle au quotidien. Pendant plusieurs années, les avocats intéressés par cette réforme ou confrontés dans un dossier à un problème qui leur semblait poser un problème constitutionnel ont été dans une phase d'apprentissage, cela a été exposé précédemment. Mais une fois l'ajustement opéré, le travail du praticien ne s'en trouve pas fondamentalement changé. Concrètement, ils examinent les pièces du dossier, rédigent un document écrit et, le cas échéant, plaident l'affaire devant le Conseil constitutionnel, comme ils peuvent le faire régulièrement devant d'autres tribunaux. La QPC n'a pas demandé aux avocats d'ajouter des tâches particulières qu'ils n'étaient pas habitués à réalisées jusqu'ici, comme cela risque d'être le cas aujourd'hui pour le

32 Rappelons que des projets en ce sens couraient depuis la fin des années 1980 et avaient alimenté à plusieurs reprises des débats importants dans le monde feutré des juristes. Voir : Cohen-Tanuggi (L.), *La métamorphose de la démocratie*, Paris, O. Jacob, 1989 ainsi que Granrut (B. du), « Faut-il accorder aux citoyens le droit de saisir le Conseil constitutionnel ? », *Revue du droit public*, n°2, 1990, p. 309-334.

travail de médiateurs agréés suite à la loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la Justice.[33]

6 - Les ajustements qui ont eu alors lieu et que mentionnent les avocats restent ainsi minimes. Il s'agit d'une part d'une attention plus manifeste aux textes constitutionnels et surtout à la jurisprudence du Conseil. Cela passe principalement par une consultation régulière du site internet, voire par un abonnement à la mailing-liste annonçant les dernières décisions. D'autre part, les avocats ont adapté leur manière de structurer leurs moyens par écrit, même s'ils reconnaissent généralement qu'ils ne procèdent la plupart du temps qu'à une adaptation formelle des argumentations rédigées par ailleurs. Il s'agit enfin de prendre en compte une autre temporalité procédurale (plusieurs avocats notent ainsi par exemple la réaction rapide du Conseil constitutionnel lorsque le Conseil d'État ou la Cour de cassation valident la QPC) et le modus operandi du greffe du Conseil constitutionnel (notamment le très grand usage des mails). Spontanément ces particularités sont évoquées par les avocats détaillant leurs pratiques, ce qui témoigne du fait qu'ils les ont notées et en tiennent compte pour faire aboutir leurs QPC dans les meilleures conditions.

2. Pour l'organisation du travail : peu de changements

7 - Au niveau collectif, l'apparition de la QPC n'a pas non plus conduit à diviser différemment le travail en cabinet. Même dans les structures ayant particulièrement investi le domaine de la QPC, on ne constate pas une spécialisation des activités professionnelles avec la désignation ou le recrutement d'un collaborateur se concentrant sur ce secteur. À cette question, beaucoup d'avocats font remarquer que la QPC reste une procédure trop rare quantitativement pour mobiliser une personne en particulier. Sans doute parce qu'elle peut intervenir dans des domaines du droit très variés et sûrement aussi parce qu'elle ne présente pas de difficultés techniques particulières, la QPC fait en fait partie des compétences communes attendues des avocats travaillant dans le même cabinet, qu'ils soient associés, salariés ou collaborateurs :

« Ça se traduit par une sensibilisation de l'ensemble des personnes qui travaillent ici à ces questions. On a certains collaborateurs qui sont très spécialisés, plus spécialisés en termes de libertés fondamentales mais tous les collaborateurs ont vocation dans le cadre de l'examen de

33 Bouabdallah (S.), « La formation des avocats en France et en Belgique : la place de la médiation », *Revue d'arbitrage et de médiation*, n°1, Vol. 4, 2014, p. 45-86.

leur dossier à systématiquement se poser la question d'une éventuelle QPC à partir du moment où elle est susceptible évidemment de servir les intérêts du client. »[34]

8 - La seule exception constatée concerne peut-être la plaidoirie devant le Conseil constitutionnel que se réservent généralement les ténors. Mais outre le fait que cette pratique n'apparaît pas systématique, elle concerne une action somme toute rare et touchant à l'image des cabinets. On ne constate pas non plus de délégation de ces tâches à des consultants extérieurs. Cela n'apparaît pas nécessaire ; tout au plus peut-on noter chez certains avocats interrogés le recours à l'expertise de collègues ; mais il s'agit tout au plus de discussions informelles entre pairs.

9 - L'assimilation des QPC au travail courant des cabinets d'avocats se constate également sur un plan comptable. Les modes de facturation de cette procédure varient fortement selon les professionnels du droit mais force est de constater qu'il ne s'est pas imposé une véritable facturation. Dix ans après sa création, la QPC reste tout au plus un ajout dans le calcul des honoraires qui restent concentrés sur les procédures plus courantes (par exemple les pourvois en cassation ou la représentation devant une juridiction du premier degré). Les entretiens montrent même que dans bien des cas, le mode de financement de cette procédure n'est pas encore bien identifié avec des interventions *pro bono* ou la reconnaissance « d'oublis » plus ou moins volontaires de la QPC dans le calcul des honoraires. Si elle a donc gagné rapidement ses lettres de noblesses sur un plan symbolique, la QPC semble encore largement négligée par les avocats dans l'anticipation de la rentabilité financière de leur entreprise.

B. Aux confins du champ professionnel : une expérience du politique

1. Des univers nouveaux et différents

10 - L'introduction de la QPC a amené les avocats à expérimenter d'autres univers professionnels qui tranchent avec celui des juridictions. Par le biais d'une simple QPC devant un tribunal ordinaire, un avocat à la Cour peut se retrouver à contacter assez rapidement un avocat au Conseil pour passer le filtrage du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, échanger des mails avec le Conseil constitutionnel, voire plaider devant les neuf sages. Une telle situation laisse rarement les avocats indifférents tant elle tranche avec leur activité au quotidien. Ils

34 Entretien avec M. Adrien

insistent ainsi souvent sur la rapidité avec laquelle leur demande se trouve examinée par une des Cours suprêmes, là où traditionnellement leurs échanges s'étirent sur de longs mois.

« *Enfin devant le Conseil constitutionnel, on voit bien, d'une manière générale depuis le début, qu'il y a quand même une grande facilité d'accès au juge... Quoi, en fait, au juge constitutionnel depuis le lancement de cette QPC. Je pense que la personnalité du Président Debré n'y est pas pour rien, il a voulu que ça marche. Donc, vraiment, là, aussi bien comme vous dites dans la rédaction de la requête, dans le dépôt, dans les échanges avec les services, avec – je ne sais pas si on l'appelle ainsi – le « greffe » du Conseil constitutionnel*. »[35]

11 - Plus encore, l'examen de la QPC par le Conseil constitutionnel les confronte subitement à des individus nouveaux et atypiques auxquels ils vont devoir s'adresser, en espérant les convaincre : d'abord les membres du Conseil sur lesquels ils disposent de maints éléments biographiques souvent imposants. Comment s'adresser à des personnalités médiatiques alors qu'ils s'adressent ordinairement à des fonctionnaires de l'institution judiciaire qui mettent un point d'honneur à incarner les « vertus moyennes » pour reprendre les mots d'Alain Bancaud[36] ? Les avocats remarquent ensuite le rôle assez mystérieux des hauts-fonctionnaires qui sont présents lors des audiences autour des neuf Sages et dont les prises de parole impressionnent tant elles témoignent d'une maîtrise technique des dossiers juridiques. Même si l'on reste dans un schéma de fonctionnement ayant des parentés évidentes avec celui rencontré dans les enceintes judiciaires, il n'en reste pas moins que les avocats font face à de nouveaux clercs qu'ils ont toujours l'impression de mal cerner.

12 - La QPC ouvre également les portes d'une topographie renvoyant plus nettement au pouvoir politique que les temples de justice qu'ils sont habitués à arpenter. La référence peut d'abord être sous-entendue : il en est ainsi lorsque le CNB a l'occasion d'organiser des sessions de formation continue dans les locaux du Conseil constitutionnel peu après le lancement de la réforme. Un avocat relatant cet épisode insiste sur le privilège qu'il a ressenti de pouvoir ainsi pénétrer dans des espaces qu'il considérait a priori comme fermés, exclus du regard des profanes et que la création de la QPC lui dévoile soudainement. Et s'il fait remarquer à l'intervieweur qu'on peut assister aux audiences publiques au rez-de-chaussée, c'est pour souligner qu'il a pu, lui, accéder au premier étage, donnant à cette verticalité un sens sacré :

35 Entretien avec M. Rose

36 BANCAUD (A.), *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et Société », 1993.

« ***R :*** *Donc comme on a des obligations de formation, que c'était gratuit, que c'était à Paris, que c'était intéressant, j'y vais. Donc, bon, c'était extrêmement passionnant. C'est Marc Guillaume qui faisait la formation, en présence, toute la journée. On a pu du reste, au moment du déjeuner, le rencontrer individuellement... C'était chez lui, quoi. Vous y êtes déjà allé ?*

Q : *Non, je suis passé devant, je ne suis jamais rentré.*

R : *Ben faut y aller, faut y aller ! C'est... C'est... Donc, là, on était à l'étage – pas à l'endroit où il y a les audiences. Faut que vous alliez à l'audience, c'est important ! C'est public. Les audiences c'est au rez-de-chaussée. Nous, là, on était à l'étage, là où y a une grande salle de formation... La salle des délibérations... Le bureau du Président... Enfin, c'est super beau ! Donc on était là-dedans et à ce moment-là, moi je suis un avocat de base, je fais quelque chose qui relève de la culture générale et je vais me renseigner sur un truc que je ne ferai jamais.* »[37]

Mais c'est surtout à l'occasion des audiences que le Palais Royal revêt explicitement une dimension politique. Alors que jusqu'ici le Conseil constitutionnel restait pour ces juristes de terrain une institution abstraite dont ils avaient seulement appris l'histoire et le rôle croissant dans la V^{ème} République lors de leurs études puis de leurs lectures de revues spécialisées, la QPC apporte soudainement une matérialité qui les déconcerte. Beaucoup évoquent notamment la proximité subite qu'ils ont ressentie en pénétrant dans le Palais Royal et en entrant dans la salle d'audience – c'est notamment le cas depuis l'aménagement d'un nouvel espace de plaidoirie il y a quelques années. Alors qu'ils fréquentent au quotidien ce type de pièce dans les tribunaux, ils sont presque tous surpris par son exiguïté. Comme si l'importance politique qu'ils accordent au Conseil aurait dû forcément se matérialiser dans des volumes plus grands, des distances plus marquées : « *Ils sont en haut... On est là, comme ça... Avant, on était plus en retrait, c'était… Je ne sais pas… C'était mieux !* ».[38]

13 - Certains avocats s'avouent même outrés par une situation par le décalage entre ce que représente pour eux l'institution et la réalité spatiale qui laisse au départ une large place à l'improvisation. Leur réaction exprime bien leur sentiment que doit être maintenu un certain décorum mieux en phase avec l'expérience professionnelle qu'ils pensent vivre :

« *J'étais contre. Et puis l'organisation même de la QPC, la façon dont on se présentait dans une salle – qui était une ancienne salle à manger ! - où on ne pouvait pas s'exprimer – parce*

37 Entretien avec M. Renée
38 Entretien avec M. Alice

que c'était la salle à manger du Conseil constitutionnel au début des QPC ! La salle d'audience n'est arrivée que beaucoup plus tard, à la demande du Président Debré qui a fait beaucoup de choses. »[39]

2. Plaider une QPC : un exercice hors-normes

14 - Dans la procédure de la QPC, la plaidoirie constitue au fond l'épisode délicat sur lequel s'interrogent encore aujourd'hui les avocats. Très souvent, les entretiens donnent lieu à ce sujet à des questionnements de leur part, sans qu'ils aient nécessairement la réponse. Beaucoup s'interrogent sur l'utilité de cet exercice oral mais ils continuent de faire de leur mieux « au cas où... », comme cela peut être pour un rituel religieux. La plaidoirie est d'abord déstabilisante parce qu'elle ne s'apparente pas à ce qu'ils ont l'habitude de faire devant les juridictions de premier degré ou de contrôle. Ils doivent s'en tenir à une dizaine de minutes (même si on s'aperçoit étonnamment que la durée exacte n'est pas connue : elle varie selon les avocats interrogés de 10 à 20 minutes !). Leur exposé est filmé, contrairement à la règle en vigueur dans les tribunaux. Jusqu'à récemment, leur plaidoirie n'était pas suivie d'échanges ou de questions avec les membres du Conseil constitutionnel. Autre point qu'ils relèvent fréquemment : ils interviennent avec des statuts différents selon qu'ils sont à l'origine de la QPC ou que leur demande a été assimilée à une QPC déjà en cours d'examen. Ils se retrouvent alors à s'exprimer aux côtés de confrères sans qu'ils aient généralement les moyens de se coordonner, voire de construire une argumentation collective.

15 - Surtout, les avocats se montrent dubitatifs quant à l'impact réel de l'exercice car ils s'avouent incapables d'estimer son impact – ce qui suscite d'ailleurs une frustration bien perceptible ! Doivent-ils s'adresser à l'opinion publique via la caméra en brossant durant ce court laps de temps les idées générales sous-tendant la QPC ? Ou bien se placer sur le terrain purement juridique en insistant sur quelques points techniques que risque de relever le Conseil constitutionnel ? Au gré des entretiens, les avis des avocats divergent et, en conséquence, les stratégies adoptées. Ils témoignent d'hésitations similaires à propos de la véritable identité des Sages : ces derniers représentent-ils le pouvoir judiciaire ou bien plutôt les pouvoirs exécutifs et législatifs dont ils sont majoritairement issus ? Par exemple, un avocat est persuadé d'une différence de rationalité, avec la haute-magistrature, laissant entendre qu'il faudrait convaincre plutôt le Conseil constitutionnel en lui exposant une éthique de responsabilité :

39 Entretien avec M. Amélie

« *Mais un juge pourrait dire : « Moi j'applique le droit. Et puis après moi, le déluge ». Vous voyez ? En principe, ce n'est pas comme ça que ça se passe, mais je pense que les membres du Conseil constitutionnel, compte tenu de leur parcours ne seraient jamais portés à avoir une telle approche. »*[40]

16 - À de nombreuses reprises, les avocats mentionnent à propos d'une affaire qu'ils ont portée devant le Conseil constitutionnel, le fait qu'un des membres (voire plusieurs) s'était dans son passé politique particulièrement investi sur le sujet. Outre le fait que ces remarques montrent l'élaboration d'une stratégie pensée au regard des personnalités présentes dans le Conseil, elles montrent que les avocats comptent bien souvent sur cette expérience du politique pour convaincre le Conseil du bien-fondé de son action judiciaire.

17 - Cette impression est d'ailleurs renforcée par le fait que la composition du Conseil constitutionnel laisse voir en réalité une pluralité d'acteurs dont les avocats ne connaissent pas le rôle réel. Leur attention est particulièrement attirée par le personnel administratif qui assiste aux audiences en arrière des membres officiels, leur fournit un certain nombre de supports écrits et prend la parole par moments. Ils savent qu'ils viennent du Conseil d'État ou du SGG et qu'ils vont défendre par la même, ce qu'on appellera « la raison d'État ». D'où la sensation confiée par certains avocats que cette plaidoirie doit consister en une gymnastique subtile permettant durant cette brève intervention de s'adresser à la fois aux représentants officiels et aux acteurs officieux. A l'instar de cet avocat qui revit, au cours de l'entretien, le moment où il est gagné par cette conviction :

***« R** : Parce que... Quand le Conseil est arrivé, bon ben, déjà voilà : vous êtes tout tout près. C'est pour ça qu'il faut aller voir la salle. Pour voir comment c'est. Parce que quand on voit en vidéo, on ne se rend pas compte.*

***Q** : Oui, vous m'aviez dit…*

***R** : Ils sont tout près, tout près, tout près. Et puis d'un coup, il y a des… Y a des crânes d'œuf qui rentrent là ! Derrière ! Là ! Hhhh…. Et là, j'étais là ! Ah merde ! Je me doutais bien que c'est eux qu'il fallait convaincre pour que, eux, disent aux membres : « Bon attention : là, vous ne pouvez pas statuer dans ce sens-là. Parce que ça va foutre un bordel pas possible ! ». Ou alors : « Vous ferez ça. Ou vous ferez ça. Mais les deux solutions juridiquement tiennent la route. » Enfin : je conçois que c'est eux qui préparent le terrain. Mais ils étaient là, ils étaient*

40 Entretien avec M. Antoine

5 ! Et bon, ben, euh... On plaide. Et puis, on ne peut pas plaider pour eux en passant par-dessus la tête des membres ! Et pourtant, on sent bien que c'est eux qu'il faut convaincre, il me semble ! »[41]

18 - Si l'on met de côté la plaidoirie devant le Conseil constitutionnel, la procédure de la QPC n'a donc pas demandé de grosses adaptations dans les cabinets d'avocat. Au contraire même du droit international, les avocats se sont considérés assez facilement compétents en la matière. On constate ainsi un grand nombre de praticiens ayant tenté une QPC « pour voir » (presque 80 % des avocats à la Cour ayant plaidé devant le Conseil ne sont ainsi venus qu'une seule et unique fois). Pour autant, cela ne préjuge en rien de la démarche que cela suppose. Nous allons voir qu'un nouveau rôle est donné à l'avocat, dépassant largement la relation à son client. Cela peut même déboucher sur un véritable engagement social.

II. Défendeur des intérêts du justiciable ou protéger des libertés publiques ? Les mutations du rôle endossé par l'avocat

A. Faire valoir des principes fondamentaux face au pouvoir politique

1. Redécouverte pratique d'une matière « théorique »

19 - Du fait du lancement de la QPC en 2008, l'attention accordée par les avocats aux principes constitutionnels s'en est trouvée renouvelée. Jusqu'alors, les textes qui constituaient le bloc de constitutionnalité faisaient partie du bagage commun des professionnels ayant fait des études de droit. Mais ils pouvaient difficilement être mobilisés dans le cadre du travail en cabinet puisque ces références étaient essentiellement mobilisées par le Conseil constitutionnel dans son contrôle a priori (et le juge administratif dans son contrôle des règlements) et que les avocats n'y avaient pas de rôle à jouer. La mention du corpus constitutionnel relevait donc surtout du symbolique et servait à l'occasion à souligner la pertinence d'un raisonnement au civil ou au pénal. La création d'un contrôle de constitutionnalité a posteriori en 2008 change alors la donne dans la mesure où les avocats commencent à envisager les affaires qu'ils ont à traiter sous l'angle de la constitutionnalité et à se questionner sur les tenants et aboutissants de cette source du droit. Sur ce point, plusieurs avocats mentionnent l'aide importante fournie par

41 Entretien avec M. Renée

le site internet du Conseil constitutionnel pour faire le point sur des thématiques et trouver rapidement la jurisprudence existante.

20 - Pourtant, la démarche des avocats ayant déposé des QPC va généralement au-delà d'une seule recension des règles de droit mobilisables. Alors que le travail habituel des avocats consiste à questionner les syllogismes (réalité des faits établis, pertinence de la règle de droit appliquée, interprétation de la règle de droit), la mobilisation de références constitutionnelles implique une autre démarche professionnelle. Il s'agit de questionner carrément le bien-fondé de la règle de droit appliquée à une situation. Beaucoup d'avocats ressentent la nuance avec acuité, même s'ils peuvent avoir des difficultés à poser des mots sur ce qu'ils font vraiment. À l'exemple de l'avocat suivant qui « sort de son dossier », « fait de la politique » mais sans en faire… !

« ***Q :*** *Mais c'est une manière de faire de la politique…*

R *: oui, mais parce que ça m'intéresse, moi tout seul. C'est une manière, oui... J'en fais, mais à un moment, oui ! Que quand vous avez un truc qui pose problème dans votre dossier, vous faites... Vous sortez de votre dossier. Vous avez envie de gagner votre dossier mais, à un moment, vous faites de la politique aussi. Vous essayez de travailler sur la loi. Et la première que j'avais faite pourtant, ce n'était pas un sujet polémique. C'était sur le nom des adoptés… Conflit d'adoption simple… (…) Ce que voulait mon client : il voulait bien être adopté par son beau-père mais il ne voulait pas changer de nom. Et il ne voulait surtout pas que ses enfants changent de nom. Or ses enfants qui avaient déjà une dizaine d'années : si lui changeait de nom, ses enfants allaient changer de nom. Et il ne voulait pas. Et moi, je disais qu'il n'y avait aucune raison de restreindre, enfin... Que si les gens voulaient être adoptés mais qu'ils ne voulaient pas que ça affecte leur patronyme... Parce qu'ils ne voulaient pas faire disparaître, même par adjonction, le patronyme de leur père biologique, ça se posait, quoi ! C'est en débat toujours… Ce n'est pas de la politique mais c'en est quand même.* »[42]

21 - Le fait de raisonner à partir de droits fondamentaux amène les avocats à considérer un problème juridique dans sa généralité. Souvent, ils perçoivent cette distanciation par le fait qu'ils glissent du problème purement individuel rencontré par leur client à une question touchant un collectif d'individus indéterminé. Sans le vouloir, professionnellement, ils ressentent l'aspect « politique » du positionnement qu'implique le dépôt d'une QPC. Ils

42 Entretien avec M. Renée

entendent généralement par là le fait de traiter dans un cadre judiciaire de la « chose publique » plutôt que des droits d'un individu qu'il s'agirait de reconnaître dans une situation donnée.

« ***Q :*** *Est-ce que ça a changé des choses dans votre manière d'exercer la profession ? Ça a confirmé des choses ? Est-ce que c'est une affaire qui...?*

R : *Non. Après, c'est valorisant à titre personnel... Dans le sens où on se dit qu'on peut concrètement aussi agir au-delà de... Voilà, simplement des cas individuels. Et que, finalement, on peut avoir un levier sur des choses plus larges. Comme l'élaboration de législations. Alors : quand je dis ça, c'est un peu exagéré parce que je n'ai pas du tout collaboré sur l'élaboration ! Mais en tous cas : ça a permis de dire que cette disposition-là, elle n'était finalement pas conforme à certains principes de droits fondamentaux. Et qu'il fallait l'abroger et la reformuler. Et ça, c'est assez satisfaisant effectivement, de se dire qu'on a aussi finalement cette possibilité-là !* »[43]

22 - La QPC n'est donc pas une procédure juridique banale car elle amène mécaniquement l'avocat à endosser un autre rôle social. Alors qu'il assure au départ la défense de son client en mettant en valeur son dossier, tenter une QPC l'amène à porter un combat juridique adjacent : il se retrouve à contester l'existence même d'une loi au nom de principes fondamentaux. Pour autant l'avocat ne passe pas d'un rôle à l'autre : il reste toujours dans le cadre de la défense de son client même si cette préoccupation est remisée au second plan une fois que la QPC est déposée. Les entretiens réalisés montrent ainsi souvent un étonnement des avocats lorsqu'ils se retrouvent à assumer cette nouvelle fonction car il s'avère que cela se produit en quelque sorte malgré eux : il n'existe pas véritablement de moment charnière durant lequel la décision de s'engager dans la défense des libertés publiques est pleinement prise. Bien souvent et particulièrement pour les avocats à la Cour, elle n'est que la conséquence de la stratégie juridique alors développée sur un dossier. Pour d'autres, elle est volontaire et fait suite à une première démarche qui peut être l'inscription à une formation continue sur le sujet, à des conférences publiques organisées par des organisations militantes (comme le Syndicat des Avocats de France) ou des échanges par les réseaux sociaux sur des forums dédiés à ces questions.

23 - La situation est quelque peu différente pour les avocats habitués à faire reconnaître en justice les principes juridiques posés par les conventions internationales, voire à saisir les

43 Entretien avec M. Amélie

Cours européennes (CEDH et CJUE). Il s'agit généralement d'avocats au Conseil. La réforme de la saisine de la CEDH depuis les années 1990 avaient notamment permis à certains cabinets d'investir ce champ professionnel et à se concevoir partant comme des contributeurs réguliers à l'affirmation des libertés publiques. Identifiés comme tel par les acteurs sociaux, ils étaient alors habitués de longue date à contester les lois et règlements nationaux en justice en se faisant les porte-paroles des normes supérieures. Dans ce cas, le rôle particulier de défenseurs des libertés publiques était déjà assumé. Pour eux, l'introduction de la QPC n'a représenté finalement que l'ouverture d'une nouvelle voie de contestation qu'ils ont très vite appris à maîtriser, sans provoquer pour autant d'interrogations nouvelles quant à leur identité professionnelle. En ce sens, les avocats qui avaient déjà investi dans le contrôle de conventionnalité (en terme d'apprentissage des jurisprudences, de déploiement de moyens humains, de construction d'une posture commerciale et d'un réseau de clientèle stable) sont assez naturellement ceux qui se sont positionné sur le contrôle de constitutionnalité.

24 - Notons toutefois une différence : certains avocats peu versés dans le droit international se sont au contraire emparés des références constitutionnelles pour expérimenter ce second rôle. Par certains aspects, le coût d'apprentissage a pu paraître moins important : ce sont des connaissances plus communément maîtrisés depuis les études de droit, avec un contenu qui peut paraître plus ramassé. Peut-être également que les efforts d'explicitation menés par le Conseil constitutionnel envers l'ensemble des avocats ont rendu l'acte moins imposant ? Toujours est-il que la QPC semble avoir amené une nouvelle population de professionnels du droit à jouer ce rôle de défenseur des libertés publiques avec l'instauration d'une confiance dans le partage des tâches : aux avocats de détecter une possible inconstitutionnalité (« être un poil à gratter »), au Conseil constitutionnel de se saisir du cas et de mener quasiment une procédure inquisitoire :

« *Mais moi, je n'y connais rien au droit européen ! J'ai suivi un arrêt de la CEDH : je galère pour comprendre ce qu'ils disent ! (rires). Je n'ai pas le niveau. Et bizarrement, quand je fais une QPC, je n'ai pas besoin d'avoir le niveau. J'ai juste besoin d'avoir un raisonnement. Je n'ai pas besoin de connaître bien la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Juste pour vérifier que ça n'a pas été déjà tranché – mais ça, on trouve très facilement dans les tables. Après, à savoir si au bout du compte je suis pas assez bon pour...C'est là que je dis que sur la fin, sur la fin, … bon ben, je manque un peu de compétences. Mais l'idée c'est : est-ce que je peux être un poil à gratter ? Parce que si on veut toiletter notre ordre juridique, il faut qu'il y*

ait des poils à gratter, qui vont les 2 pieds dans la bouse là et qui puissent dire : « Oh ! Là, au fait, on m'a fait un procès mais ce n'est pas super la loi ». Voilà, notre rôle. Il s'arrête là. »[44]

2. Contester une jurisprudence au nom de la Constitution

25 - La QPC peut également permettre aux avocats de questionner la jurisprudence de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. Les entretiens ont servi à mettre en évidence une utilisation tactique de la procédure dans laquelle les avocats s'adressent moins en vérité au Conseil constitutionnel qu'à la haute magistrature. Il s'agit dans ce cas de contester l'interprétation retenue d'une loi : l'avocat va ouvertement la remettre en cause en essayant de montrer que la loi est inconstitutionnelle si elle est comprise ainsi. L'avantage de la procédure actuelle est que l'avocat (ou l'avocat au Conseil qui prend le relais) va pouvoir exposer ses critiques directement devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État à l'occasion du filtrage. Les membres du Conseil constitutionnel sont alors seulement pris à témoin :

« *Et la QPC, et c'est vrai que je l'utilise comme ça, et d'ailleurs parfois avec succès, je la pose non pas tant dans l'espoir d'être renvoyée au Constitutionnel, mais que de faire bouger la jurisprudence de la chambre concernée.* »[45]

26 - La QPC est alors l'occasion d'un débat doctrinaire entre jurisconsultes avec plusieurs suites possibles. D'une part, les magistrats peuvent filtrer la demande et ne pas la transmettre au Conseil constitutionnel. Ensuite, s'ils la transmettent, elle peut être rejetée par le Conseil constitutionnel. Dans le cas contraire, ce dernier peut ajouter des réserves d'interprétation qui devront ensuite être prises en compte par les juges dans leurs arrêts. Mais même si le Conseil constitutionnel la valide, cette intervention peut aider indirectement à un revirement de jurisprudence dans les mois ou les années suivantes en suscitant un débat parmi les hauts-magistrats des juridictions de contrôle sur la constitutionnalité de la jurisprudence établie.

27 - De manière encore plus tactique, la QPC peut être utilisée pour ébranler les certitudes des magistrats des tribunaux quant à la solidité des normes appliquées. Certains avocats sont en effet persuadés que la demande d'une QPC, même filtrée, permet de forcer les juges à réfléchir sur leurs propres pratiques et *in fine* de se montrer plus conscients de certaines incohérences légales :

44 Entretien avec M. Renée
45 Entretien avec M. Anne

« *Je suis persuadé que le fait qu'on ait soulevé une QPC qui a été filtrée, ça a démoli la répression derrière. Quand on a dit que les vétérinaires faisaient la même chose... Parce que c'est du pénal ! Là, c'est un pharmacien qui est poursuivi pour avoir commis des fautes pénales. Donc il peut être radié, derrière. Et il dit : « Mais les vétérinaires font ça tous les jours parce que les textes le leur permettent ! » Donc on a perdu sur la QPC, mais on a eu une relaxe devant le tribunal. Parce qu'une fois qu'on avait bien plaidé que ces dispositions étaient choquantes, ils nous ont dit : « Bohhh, il dit qu'elles sont choquantes... Elles sont sûrement légales ! » Derrière, ils avaient quand même bien entendu que c'était injuste, la situation. Et donc, ça – faire une QPC en se disant que j'ai 95 chances sur 100 d'être filtré –, mais je vais fissurer le bloc argumentaire adverse, de mon adversaire dans une affaire civile ou du Parquet. Ça, par contre, ça marche !* »[46]

28 - Dans de tels cas, la QPC est ainsi un moyen de donner aux normes juridiques supérieures un poids supplémentaire lorsqu'il s'agit de convaincre les magistrats de l'application qui doit être faite du droit. L'avocat semble ressentir plus de crédibilité en mettant de la sorte en avant des principes fondamentaux. Il ne s'agit pas d'invoquer seulement des grands principes sans effectivité juridiques mais d'opposer aux lois des normes dont la supériorité est directement affirmée par la tentative de QPC. Même si elle n'aboutit pas, cette procédure semble être pour les professionnels du droit un moyen de gagner en sérieux et en assurance là où auparavant, ils pouvaient passer pour des idéalistes.

B. Porter les doléances du terrain

1. Défendre une cause

29 - Pour un certain nombre d'avocats interrogés, la QPC permet d'aller au-delà de la simple défense d'un dossier juridique. Elle peut constituer un moyen d'intervenir dans un débat public en utilisant les armes du droit pour demander un changement social. Dans de tels cas, les avocats endossent volontairement le rôle de protecteur des libertés publiques. C'est même un rôle qu'ils assument de manière permanente en intervenant dans ces débats à côté de leurs activités professionnelles. Pour eux, la QPC n'a constitué qu'un espace de discussion

46 Entretien avec M. Renée

supplémentaire alors qu'ils misaient auparavant principalement sur l'écoute des juridictions internationales.

« *Si vous voulez, moi, j'ai une démarche par rapport aux libertés fondamentales. J'ai une démarche militante en fait. C'est à dire que moi, je vous l'ai dit, je suis membre de l'OIP. J'en suis administrateur d'honneur. Je défends de la même manière la Ligue [des droits de l'homme]. On est très investis sur tout ce qui va concerner le droit des étrangers. Donc ce n'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 aussi bien X... que moi-même nous croyons intimement. Donc dans cette logique-là, il y a des échanges réguliers. Ça peut être des associations qui nous disent : « Ah ! Regardez, il y a tel texte qui vient de sortir, ça nous heurte. Est-ce que vous ne pensez pas qu'on peut faire une QPC ? » À l'inverse, ça peut être nous dans le cadre d'échanges : « Ah ! Regardez telle jurisprudence du Conseil constitutionnel ou de la Cour européenne des droits de l'homme : ça serait susceptible d'avoir des implications sur la législation française. Est-ce que vous avez des hypothèses, des cas où on pourrait mobiliser ce type de jurisprudence ? »*

Donc on est effectivement dans un échange entre ces clients institutionnels de défense des libertés fondamentales et le cabinet pour réfléchir à la meilleure manière de mettre en œuvre ces libertés pour avancer vers une meilleure considération du droit français de ces droits et libertés fondamentaux (…). Donc il y a la QPC pour servir le client, bon... Mais derrière parce que c'est les libertés fondamentales, on sert un intérêt qui est un intérêt plus général. Et ça c'est effectivement assez déterminant. Ou, en tout cas, c'est un des intérêts forts de ma propre activité en tant qu'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. »[47]

30 - Dans ces situations, les avocats vont souvent bien au-delà de la seule construction juridique de la QPC. Il s'agit de penser en amont la stratégie avec le client, la plupart du temps issus du milieu associatif. On peut aisément imaginer que les choix font l'objet de débats internes et qu'il est donc parfois nécessaire de convaincre de l'intérêt de la procédure juridique. Il faut également incarner la cause lorsque la QPC bénéficie d'une attention des médias : l'avocat doit être capable de formuler avec simplicité l'argumentation juridique pour convaincre l'opinion publique de la légitimité du combat mené. La particularité de ce positionnement se retrouve d'ailleurs dans la facturation appliquée puisque dans ces cas-là, les tarifs sont extrêmement modérés, voire même des QPC sont menées *pro bono*. La rémunération réelle intègre une

47 Entretien avec M. Adrien

dimension symbolique dans la mesure où la QPC constitue par bien des égards un acte de militantisme. On peut également penser que ces actions militantes permettent aux avocats de se positionner clairement dans le champ professionnel et les aider à construire une réputation particulièrement positive. Cela peut aussi indirectement convaincre certains clients de l'efficacité du cabinet. Il reste qu'une telle démarche vis-à-vis du client reste rare : dans l'échantillon d'avocats rencontrés, ils n'étaient par exemple que 2 ou 3.

2. « Monter à Paris »: exposer une illégalité au cœur du pouvoir

31 - De manière plus inattendue, la QPC peut conférer à l'avocat un rôle d'intermédiaire entre le centre et la périphérie. Du fait qu'elle interrompe l'audience tenue dans une juridiction du territoire pour subitement interpeller un organe au cœur de l'État, cette procédure peut être vécue comme un moyen d'entretenir un dialogue entre gouvernants et gouvernés après l'adoption d'une norme nationale et son application sur le territoire. L'avocat est alors institué en messager d'une préoccupation de terrain. Par son action, le problème peut être officiellement posé au sein des institutions représentatives du pouvoir politique :

« *Y a l'aspect : au début, ça fait un peu peur parce que c'est lourd et parce que c'est quelque chose qui n'est pas courant. Et puis, il y a l'autre aspect qui est : trop cool ! C'est un peu Walt Disney, on va aller au Conseil constitutionnel ! Et celle que j'étais allé plaider au Conseil constitutionnel c'était un peu ça : tu avais toute une délégation d'Annecy, là ! Oui, c'était un peu ça : c'était le parc d'attraction ! Ils étaient tout contents : « on va à Paris ! »*[48]

32 - Pour les avocats exerçant en province, notamment pour les avocats à la Cour suivant un dossier juridique depuis le démarrage de l'instance, la QPC se retrouve être le moyen de forcer le pouvoir central à écouter les administrés. Dans les cas où la QPC passe avec succès les filtrages des Cours suprêmes, la satisfaction du client peut accompagner celle de l'avocat en donnant l'impression d'une avancé là où s'accumulent depuis longtemps des blocages et des frustrations. Une reconnaissance de l'injustice par le Conseil constitutionnel ou même une modification législative anticipant une censure des neuf sages renforce la sensation d'efficacité de l'action judiciaire, en comparaison des lourdes démarches habituellement nécessaires pour persuader des parlementaires ou des ministres d'un problème et obtenir un ajustement.

33 - Le fait que les membres du Conseil constitutionnel soient pour une partie d'entre eux des anciens responsables politiques peut provoquer une démarche similaire : l'avocat peut

48 Entretien avec M. Robert

espérer faire passer un message à l'occasion de l'audience à certains membres du Conseil – auparavant parlementaires ou détenteurs du pouvoir exécutif – ou aux hauts fonctionnaires, représentants de l'administration centrale. Même si les membres concernés du Conseil constitutionnel prennent soin dans de tels cas de se déporter, il n'empêche que la QPC constitue une occasion rare d'interroger en creux la responsabilité des acteurs politiques quant à leurs créations juridiques :

« ***R :*** *La dernière fois que j'ai plaidé devant le Conseil constitutionnel – j'attends le résultat d'ailleurs pour demain matin – sur un dossier assez technique, : c'était sur une loi qui avait été votée à l'initiative d'une proposition de loi – alors qu'il était sénateur – d'un membre qui vient de rentrer... Bon ben, voilà il a dû se déporter… Il n'y a pas de problème mais voilà... Donc cette culture de juridiction est en train de se mettre en place et…*

Q : *vous jouez un rôle vous aussi …*

R : *On joue un rôle là-dessus. On le fait avec tact et courtoisie mais on joue un rôle évidemment là-dessus. C'est tout à fait important. Voilà les règles procédurales et aussi, donc, les conséquences des décisions. Comment on affine, voilà.* »[49]

34 - Si au niveau procédural, c'est le justiciable qui dépose une QPC devant un tribunal, l'enquête menée montre que les avocats peuvent jouer un rôle primordial dans cette décision. A tel point que dans un certain nombre de situations, on peut raisonnablement se demander si la réforme de la QPC n'a pas surtout permis aux praticiens du droit d'entrer comme des contributeurs dans le domaine du droit constitutionnel auparavant réservé aux détenteurs des pouvoirs exécutif et législatif. Certains prennent en effet conscience des implications fortes que peut recouvrir une QPC :

« *Il faut comprendre : Ça, ça n'existait pas. Donc on n'imaginait pas les perspectives que ça ouvrait. Mais, là, l'entendre comme ça, ça semblait ouvrir des perspectives incroyables ! Faut quand même avoir à l'idée que, avec ça, on va pouvoir faire abroger des dispositions du Code Civil de 1804 quand même ! Ça fait bizarre d'entendre ça.* »

35 - La conscience des potentialités de la QPC les amène alors à mesurer leur responsabilité dans le dispositif. Par certains aspects que nous allons détailler, les avocats se considèrent aujourd'hui comme les gardiens du système institutionnel instauré en 2008.

49 Entretien avec M. Agnès

III. Les avocats, pièce maîtresse de l'élargissement du contrôle de constitutionnalité par la QPC

A. Une collaboration très variable avec le client pour la saisine du Conseil constitutionnel

1. Du travail télécommandé…

36 - Les récits par les avocats des différentes QPC menées montrent que dans un certain nombre de cas, les clients sont les véritables artisans de la QPC. Ils n'utilisent alors les services de l'avocat que pour la mise en forme et l'obligation de représentation qui est exigée. À écouter les avocats, ce type de situation reste malgré tout minoritaire. Soit le client prend contact avec l'avocat pour lui demander explicitement de porter sa QPC devant les tribunaux. Il peut alors s'agir d'associations, mais aussi d'entreprises voire même de particuliers (notamment dans le domaine fiscal). L'avocat n'effectue alors qu'un travail de traduction juridique et de conseil pour orienter au mieux les justiciables. Soit l'avocat est plus impliqué encore dans la démarche du client dans la mesure où il est engagé dans ce mouvement de la société civile au-delà de son activité professionnelle. Il est alors bien souvent le correspondant juridique de ce groupement revendicatif et est à la fois le représentant et le représenté (tout au moins partiellement). Ces deux situations semblent être les plus fréquentes mais elles n'empêchent pas d'autres configurations comme notamment le cas où l'avocat fait émerger la possibilité d'une QPC à l'occasion de son travail d'expertise et suscite alors l'intérêt de son client pour la procédure. Mais dans le cadre des entretiens que nous avons menés, les situations où le client est un véritable acteur de la QPC sont peu abordées par les avocats, laissant entendre qu'elles sont peu fréquentes. C'est encore plus le cas pour les avocats aux Conseils qui sont généralement sollicités plus tardivement dans la procédure par les clients. Certains interlocuteurs l'affirment même très clairement :

« *Souvent, la QPC reste de l'ordre de la technique juridique, sans que le client soit véritablement impliqué dans la procédure. Il paraît même assez éloigné de cette démarche.*

Après oui, il y a des clients qui écrivent qu'ils veulent qu'on saisisse la Cour européenne des droits de l'homme, qu'on fasse des QPC, etc. Mais enfin là, il y a un tri sérieux à faire en

général. C'est rare que…Mais on est quand même, nous, assez rarement en contact direct avec le justiciable, en tout cas d'emblée à l'ouverture du dossier, parfois après ça arrive. Mais qu'un justiciable vienne réclamer une QPC, non pour l'instant je ne peux pas dire que j'ai vu des foules venir la réclamer. »[50]

37 - Il faudrait ici une donnée quantitative pour connaître avec plus de solidité la fréquence de ces situations. Peut-être que le fait de s'adresser directement aux avocats et donc de mettre en valeur leurs propres actions les amenait inconsciemment à reléguer ces cas en marge de la discussion.

2. ...à l'initiative solitaire !

38 - Dans nombre d'affaires relatées par les avocats interrogés, le rôle du client semble être beaucoup plus réduit. C'est d'abord l'avocat qui imagine la QPC lors de l'étude du dossier et qui la met en œuvre pour le compte de son client. Il joue un rôle actif dans la procédure qui semble aller au-delà d'un simple accompagnement. Il dispose pour ce faire d'un pouvoir d'expertise qui est à la base de la relation de confiance établie avec son client. Cela est d'autant plus le cas que la QPC peut être posée devant une grande variété de tribunaux et aux différentes étapes d'un contentieux. Bien souvent, les clients sont donc totalement profanes en matière de justice et font confiance à leur avocat pour leur indiquer au mieux la voie à suivre.

39 - Ces configurations permettent de constater le rôle supplémentaire que s'adonne l'avocat lorsqu'il emmène son client vers une QPC. Il fait alors prévaloir l'intérêt général que représenterait à ses yeux une QPC et un contrôle de constitutionnalité sur une règle de droit contestable, même si les conséquences pour son client peuvent être défavorables. Il se retrouve à faire preuve de persuasion pour l'inciter à agir contre son propre intérêt, en mettant en avant des objectifs qui ne sont pas ceux posés a priori dans le cadre contractuel. Ainsi dans l'exemple suivant où un avocat dépose une QPC pour un client bénéficiant de l'aide juridictionnelle. L'avocat souligne avoir sollicité son consentement pour engager la procédure, laissant clairement apparaître une relation inversée avec son client. Et en reconnaissant une situation délicate au niveau du respect des droits :

« ***R :*** *Je n'avais pas lieu de faire une QPC en première instance puisque ma… ce qui était l'objet de ma QPC c'était l'appel. Donc il fallait que je fasse appel pour faire une QPC, mais pour ça il a fallu le convaincre du bien-fondé de cette démarche qui n'allait pas le toucher lui,*

50 Entretien avec M. Anne

individuellement. Ou alors que dans des conséquences négatives, comme le fait de ne pas pouvoir bénéficier de crédits de réduction de peine. Et il a été d'accord pour le faire même s'il n'a pas vu, lui, les bénéfices de cette QPC. Parce que ça ne le touchait pas directement et qu'à cet âge-là...

Q : *C'est lui ou c'est son tuteur qui...?*

R : *Alors moi je lui en ai parlé à lui parce que je n'avais pas beaucoup de contacts avec sa mère et qu'il était en détention à ce moment-là. C'est à lui que j'ai parlé de l'appel et de la QPC*

Q : *D'accord*

R : *C'est lui qui m'a donné mon mandat, c'est vrai que je me suis …*

Q : *Non, c'est une question*

R : *Non non mais, maintenant que vous me la posez, je me dis que je n'ai pas beaucoup évoqué ça avec sa mère avec qui j'étais peu en contact.* »[51]

40 - Dans d'autres cas, les avocats renversent totalement la logique et assument le fait de laisser leur client en dehors de la procédure. Ils peuvent invoquer des difficultés pratiques (rapidité des délais, brièveté des temps d'entretien avec leur client, incertitudes jusqu'à la dernière minute quant à l'opportunité de déposer la QPC pendant le procès, …). Mais il existe également la reconnaissance d'une distance avec la matière juridique qui rendrait illusoire la compréhension par le client de l'intérêt d'une QPC. Il lui est bien souvent dénié la capacité d'utiliser cet outil juridique à bon escient, au contraire de l'avocat qui serait la véritable cheville-ouvrière de la réforme de 2008. On retrouve, à travers cette représentation de l'action judiciaire, le phénomène assez classique de sanctuarisation du droit qui ne serait accessible qu'aux initiés. Le justiciable est tenu à distance parce que l'avocat qui le représente et fait pour son compte l'intermédiaire avec le monde juridique considère que c'est un mécanisme qui le dépasse et qui, à certains égards, ne le concerne pas. Dans une telle vision, l'objectif du client est de voir ses droits reconnus mais peu importent les moyens mis en œuvre. Dans l'extrait suivant, on voit ainsi, de manière assez caractéristique (étant donné les similitudes en matière de sanctuarisation du champ professionnel), une comparaison faite avec l'autorité médicale – dans une vision de la

51 Entretien avec M. Ronan

médecine ne prenant d'ailleurs pas du tout en compte les évolutions contemporaines renforçant les droits des patients...

« ***Q :*** *Et là vous en parlez au client ?*

R : *Non, je n'en parle pas au client parce que d'une part il est bulgare – je ne parle pas bulgare, il ne parle pas français, il ne parle pas anglais – je n'ai aucun moyen de communiquer directement avec lui. Quand je vais le voir en prison, il faut que je me fasse aider de l'interprète. Ce qui n'est pas insurmontable, mais c'est une difficulté supplémentaire. D'autre part, le délai est très court. Et en plus, même pour un client très intelligent, s'il n'est pas juriste, c'est compliqué. Et en plus, bon... Là, non c'était quelqu'un qui n'était pas à même de…*

Q : *De comprendre ?*

R : *De comprendre, voilà. Sans que ce soit méprisant, mais... Voilà : c'est technique. C'est comme tout : si moi, le médecin m'explique, me demande mon avis sur la façon dont il va m'opérer, je crois que je vais lui dire : « Docteur, faites pour le mieux, quoi » (rires)* »[52]

41 - Cette vision des choses n'a a priori rien d'étonnant dans la mesure où diverses analyses ont déjà fait le constat de cette mise à distance des justiciables.[53] Le problème nouveau que soulève la QPC est qu'on se situe cette fois aux limites de l'action judiciaire : l'élargissement du contrôle de constitutionnalité n'est-elle pas d'abord une réforme politique ? Après avoir accordé la saisine aux parlementaires en 1974, ne s'agissait-il pas de l'accorder à toutes les personnes juridiques sur le territoire ? Dans ce cas, la QPC devrait être dissociée des autres actions judiciaires menées par l'avocat pour le compte de son client : il s'agirait ici d'exercer un droit politique et non un droit civil.

42 - Dans les faits, on peut constater que les avocats reproduisent, pour un certain nombre de QPC, les rapports habituellement mis en œuvre avec leurs clients. Ils intègrent la QPC parmi les moyens à mobiliser pour défendre au mieux leur cause judiciaire. Mais ils exercent par la même occasion au mieux un filtrage des demandes (en décourageant certaines initiatives de justiciables ou au contraire en les incitant fortement) et au pire un accaparement de l'outil démocratique (en s'arrogeant le droit de déposer une QPC sans en faire état à leur client).

52 Entretien avec M. Régine

53 Lejeune (A.), *Le droit au Droit. Les juristes et la question sociale en France*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2011. Voir également dans une perspective plus large : Bourdieu (P.), « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, 1989, p. 3-19.

Certains avocats en viennent d'ailleurs à revendiquer peu à peu un rôle politique à la place de celui de leur client tel que prévu initialement par la réforme. Le rôle qui leur reviendrait en propre consisterait alors à provoquer le contrôle en cas de suspicion pour permettre au Conseil constitutionnel d'asseoir l'autorité de la Constitution sur les lois. Ils imaginent par ce biais une collaboration implicite avec le Conseil constitutionnel qui compterait désormais sur eux pour effectuer la surveillance sur le terrain et les alerter à la moindre suspicion. Il se peut que les démarches entreprises pendant des années par le Conseil constitutionnel pour informer de manière large les avocats sur la saisine par QPC aient renforcé cette compréhension de leur rôle, au détriment des justiciables. C'est par exemple lors d'une seconde formation continue sur la QPC qu'un des avocats interrogés dit avoir pris conscience du message transmis par les représentants du Conseil constitutionnel à l'occasion d'une première formation :

« *Le type avait dit quelque chose qui avait correspondu exactement à ce que j'avais ressenti, moi, sans le savoir, le jour de la formation de février 2010. C'est... Il dit : « Il ne faut pas chercher, on n'a pas la compétence, on n'est pas des constitutionnalistes, on ne va jamais pouvoir passer assez d'heures... » Bon, à part François Sureau mais ce ne sont pas des avocats comme tout le monde, ça ! « Donc, il faut se laisser aller en fait et se dire qu'il y a peut-être une QPC. » Chaque fois que, comme avocat, j'ai la sensation que la loi applicable aux litiges paraît vraiment injuste – enfin, pour moi, dans le sentiment, à ce moment-là... Il dit : « À ce moment-là, ça vaut vraiment le coup de réfléchir et de se dire : « Cette loi qui me paraît, moi, vraiment injuste, est-ce qu'elle ne serait pas illégale ? » » Voilà, tout simplement et à ce moment-là, ça vous déporte !* »[54]

B. Faire « tomber la loi » : les intérêts divergents de l'avocat et du justiciable

1. Une possible victoire de l'avocat sans effets pour le justiciable

43 - La QPC présente la particularité de permettre la victoire de l'avocat sans que son client puisse en bénéficier réellement. Lorsqu'il censure la loi, le Conseil constitutionnel peut en effet décider de différer la date d'application de sa décision de manière à laisser aux pouvoirs exécutifs et législatifs le temps de procéder à l'adoption de nouvelles dispositions légales. Si l'on saisit bien l'intérêt pratique d'une telle précaution, elle s'avère néanmoins compliquée à justifier pour l'avocat vis à vis de son client. Encore une fois, une partie du malentendu vient

54 Entretien avec M. Renée

de ce que l'avocat a souvent tendance à présenter la QPC parmi les moyens employés pour défendre ses intérêts. Alors que l'ambition initiale de la réforme allait bien au-delà du seul combat judiciaire : si la saisine du Conseil constitutionnel a été imaginée par le biais d'une instance engagée devant une juridiction, il s'agissait d'abord de l'exercice d'une compétence institutionnelle confiée pour la première fois en France à l'ensemble des individus. Le mode de saisine retenu par le législateur est donc ambigu dans la mesure où il relie dans la pratique la décision du Conseil constitutionnel au règlement d'un contentieux, sans que pour autant sa décision ait forcément un impact sur l'affaire du justiciable.

44 - Cette confusion dont on a pu constater la persistance dans le discours des avocats interrogés pour bon nombre d'affaires pose malgré tout une difficulté très pratique lorsqu'il s'agit de facturer les démarches entreprises au nom de la QPC : comment faire porter au client le coût d'un travail dont il ne va pas bénéficier si le Conseil constitutionnel décide d'un report de la censure ? Sur cette question, les avocats s'avouent bien souvent être devant un dilemme : soit ils privilégient une logique économique en comptabilisant de manière brute le travail effectué dans le cadre du dossier du client ; soit ils font prévaloir un argument moral en reconnaissant implicitement que la QPC n'est pas une stratégie de défense parmi d'autres et constitue l'exercice d'un droit politique au bénéfice de l'ensemble de la société :

« *Et ça limite... Ça limite évidemment un peu l'intérêt du recours ! L'efficacité reste la même mais... Disons que ça ne donne pas forcément envie de se lancer dans des choses dont on sait que ce sont les autres qui vont tirer les marrons du feu ! Parce que si on dit : « Oui, c'est annulé, mais ce sera seulement à partir de l'année prochaine... », vous, vous avez fait le boulot mais vous n'en retirez aucun bénéfice. C'est juste une satisfaction morale. Mais c'est un peu insuffisant pour celui qui paie...* »[55]

45 - L'existence de ce dilemme peut expliquer que, dix ans après le dépôt des premières QPC, la question de la facturation ne soit toujours pas clarifiée parmi les professionnels du droit. Comme le résume un des avocats interrogés : « *Vous êtes dans un combat où, là, le client, il se dit : « il se bat pour mon dossier ou il se bat pour faire changer la loi ? Enfin ! Moi, je m'en fous de payer pour que Monsieur aille faire changer la loi ! »* » D'où son choix de ne jamais facturer la QPC (et partant de jamais l'expliquer à son client) parce qu'il se conçoit à ce moment-là comme « *l'avocat de personne* ».[56] Un autre confrère parle plus pudiquement de

55 Entretien avec M. Amélie
56 Entretien avec M. Renée

démarches *pro bono* qu'il décide d'accorder de manière discrétionnaire à certains de ses clients lorsque « *des causes nous importent* » (« *J'ai envie de dire : on a la chance de faire un métier passionnant, de traiter des jolies questions. Et je pense qu'on doit aussi rendre, d'une certaine manière, une partie.*)[57] Malgré que la procédure soit désormais bien maîtrisée, et donc que les implications en terme de mobilisation de moyens humains ou de coûts de déplacement soient connues, la QPC oblige en fait les avocats à reposer le débat classique sur les fondement économiques de la valeur : doivent-ils la calculer en fonction du travail entrepris (les coûts) ou en fonction de l'utilité de la démarche pour le client (l'usage) ? Doivent-ils tenir compte des externalités positives qui font que d'autres agents économiques vont bénéficier de la QPC sans l'avoir financée ? Les réflexions individuelles des avocats interrogés témoignent de ces interrogations et mériteront une analyse plus fine pour préciser les règles implicites actuellement suivies.

2. La responsabilité politique de l'avocat face à la victoire de son client par QPC

46 - Le rôle particulier endossé par les avocats à propos des QPC se retrouve également dans la responsabilité politique qu'ils assument et qu'ils disent affirmer face à leurs clients. Alors qu'ils sont normalement dans un rôle de représentants juridiques, ils déclarent souvent décider eux-mêmes de l'opportunité d'une saisine du Conseil constitutionnel. Plusieurs arguments semblent jouer. D'une part, il peut s'agir de préserver sa réputation dans le champ professionnel – sa réputation personnelle mais aussi la réputation du collectif, des avocats nouvellement admis à exercer ce droit de saisine et devant convaincre de la confiance qui leur a été accordée. Cela passe alors par la réprobation du comportement de certains confrères dont l'avocat a eu connaissance par son réseau professionnel et qui semblent montrés du doigt au sein du corps :

« ***Q*** *: En plus, au niveau de la crédibilité, j'imagine que c'est un peu compliqué, non ? Si vous commencez à multiplier ça...*

R *: Ah ! Ben, si je le multiplie, bien sûr ! Mais si je le fais, ce n'est pas souvent que j'ai besoin de faire un renvoi dilatoire... Donc si je le multipliais, je passerais pour un emmerdeur ! Y en a un : je sais qu'à Carcassonne, il y a un avocat qui soulève des QPC tout le temps et qui, lui-même, quand il sait que son moyen n'est pas sérieux parce qu'il a déjà été rejeté par la Cour*

57 Entretien avec M. Agnès

de cass ou par le Conseil... Il le sait, il soulève quand même ! Bon... Ça sert à rien ! Moi, chaque fois que je l'ai fait, je l'ai fait parce que j'avais un truc solide qui devait aboutir. Et je sais que c'est le moyen dilatoire par excellence mais je le ferai pas, parce que ce n'est pas mon esprit. Je n'ai pas un esprit d'emmerdeur. »[58]

47 - D'autre part, des avocats mettent aussi en avant leur responsabilité eu égard au rôle institutionnel qui leur a été confié. Ils se considèrent comme garants du système institutionnel mis en place en 2008 dont ils doivent assurer un fonctionnement harmonieux. Même si ce rôle ne leur a jamais été expressément confié et qu'il supposerait en réalité la régulation d'une autorité collective (tel que l'ordre des avocats), des avocats, plutôt d'ailleurs des avocats aux Conseils, parlent quant à eux d'un autocontrôle qu'ils s'appliqueraient implicitement au nom de la profession :

« *Ils ne sont quand même pas tous contraires à la Constitution. Et puis, là aussi, il y a un peu, je disais, l'effet de mode... Un peu de discernement : bon, le législateur a ses défauts – le législateur moderne. Mais il ne passe pas son temps à promulguer des lois contraires à la Constitution, faut être sérieux deux minutes ! Donc on ne fait pas des QPC pour faire des QPC toute la journée. Quand on dit : « il y a un problème de constitutionnalité de loi », il faut être sérieux... On ne va pas nous-mêmes, en tant qu'avocats, se ridiculiser vis-à-vis du Conseil d'État et de la Cour de cassation en venant dire tous les quatre matins : « tout est inconstitutionnel en France. » Donc nous, on ne se pose pas la question de la QPC systématiquement.* »[59]

48 - Par les précautions qu'ils disent prendre, les avocats participent à la somptuosité du nouveau rituel mis en place en 2008. La défense des intérêts de leurs clients ne justifie pas tout, il apparaît plus important de préserver le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité a posteriori.

49 - Enfin les effets d'une QPC réussie contribuent aussi à mettre les avocats face à leurs responsabilités puisque la suppression d'une disposition légale est définitive et générale. On dépasse le seul cadre d'un contentieux individuel avec un impact sur l'ensemble de la collectivité nationale. Cela se constate déjà lors d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation ou du Conseil d'État mais la censure d'une disposition légale est a priori plus radicale dans ses effets que la modification d'une interprétation des règles de droit. Plusieurs avocats

58 Entretien avec M. Renée
59 Entretien avec M. Agnès

attestent avoir conscience de ces enjeux et d'en faire état à leur client lorsque celui-ci veut entreprendre une QPC. Ils doivent leur faire mesurer les conséquences de leur action judiciaire. D'une certaine manière, ils se retrouvent à opposer l'intérêt général à l'intérêt privé qu'on leur a demandé de défendre par contrat. À l'avocat de montrer à son client dans ces cas-là, qu'il a intérêt de ne pas gagner. Ce choix peut être difficile mais illustre le rôle surplombant que peut visiblement prendre aujourd'hui l'avocat en matière de QPC.

« *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 faîtes disparaître un texte ! Alors que c'est inapproprié, voire contre-productif de manière générale, pour le client ou pour les secteurs d'activité* ».

Conclusion

50 - L'arrivée de la QPC n'a donc pas constitué un grand chambardement dans les pratiques quotidiennes des auxiliaires de justice. À quelques exceptions près, cette procédure reste particulièrement rare et ne justifie pas une réorganisation quelconque du travail de cabinet. Quelques ajustements formels suffisent pour s'occuper correctement de cette nouvelle tâche, notamment pour les professionnels ayant déjà investi dans le contrôle de conventionnalité devant les juridictions européennes.

51 - Il reste que les avocats semblent trouver dans les QPC une nouvelle dimension à leur action. L'interruption causée dans l'instance par le dépôt d'une question les amène à changer temporairement de cause, à monter en généralité pour embrasser une perspective propre aux droits fondamentaux et aux libertés publiques. Subitement, ils se retrouvent en charge d'une mission politique en ne défendant plus seulement une partie mais en protégeant les droits et les libertés contre certains excès supposés de la puissance publique.

52 - L'étude montre toutefois que, forts de leur rôle de représentation dans la procédure judiciaire, les avocats proposent aujourd'hui une interprétation particulière de la réforme voulue en 2008. Ils revendiquent une place dans l'élaboration contemporaine du droit constitutionnel. Bastien François avait montré au début des années 1990 combien le Conseil constitutionnel avait pu s'appuyer sur les parlementaires pour construire sa jurisprudence et donner au droit

constitutionnel la cohérence doctrinale qui lui faisait défaut.[60] Les avocats impliqués aujourd'hui dans les QPC manifestent leur volonté de prendre part à cette entreprise collective. La nature de cette collaboration s'avère encore très floue selon les professionnels interrogés. Certains, notamment les avocats aux Conseils, investissent dans une analyse fine des décisions antérieures ou une comparaison internationale des jurisprudences constitutionnelles (ou des cours internationales), notamment lorsque leur activité est spécialisée sur certains domaines du droit. D'autres conçoivent leur rôle de manière plus modeste, en tant que simples « lanceurs d'alerte » implicitement missionnés par le Conseil pour assurer la supériorité de la Constitution sur l'intégralité de la législation. Toujours est-il qu'il apparaît assez clairement que les avocats se conçoivent aujourd'hui dans la très grande majorité des situations comme les véritables détenteurs du droit de QPC au détriment des « personnes juridiques » au sens large initialement visées par la réforme de 2008. Hormis pour une petite frange de la société civile, particulièrement impliquée sur les questions de liberté publique, les auxiliaires de justice maintiennent leurs clients dans un statut de profanes et assurent eux-mêmes une régulation en décidant de l'opportunité de déposer une QPC dans un dialogue imaginaire ou imaginé avec le Conseil constitutionnel.

60 François (B.), « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la V^{ème} République », *Politix*, Vol. 10-11, 1990, p. 92-109.

2) Le marché de la QPC et le client

La QPC à l'aune des rapports de l'avocat et de son client[61]

Introduction

1. « *On ne parle pas de droits et de libertés ex nihilo (…) on parle de droits et de libertés de manière concrète, au quotidien pour nos clients* »[62]. Dans le même sens, un avocat s'est exprimé en ces termes : « *Je pense que c'est principalement le client et le dossier qui vous permettent de le faire ou non.* »[63]. Ces citations témoignent de que les avocats n'envisagent, en principe, une QPC qu'au regard de la situation concrète de leur client ce qui rejoint d'ailleurs les exigences textuelles aux termes desquelles une telle question ne peut être soulevée qu'« *(…) à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction (…).* » (art. 61-1 de la Constitution). Plus rarement, c'est la QPC qui est en attente d'un client, notamment en matière fiscale, comme en attestent certains entretiens : « *il nous arrive aujourd'hui assez régulièrement de fabriquer des contentieux spécifique QPC, c'est-à-dire dont le seul moyen en réalité sera un moyen pris d'une éventuelle déclaration de contrariété à la constitution. (…) C'est aujourd'hui pour beaucoup de nos clients, plutôt sociétés, opérateurs économiques, une réflexion que de se demander quand, comment, remettre en cause un dispositif législatif. Est-ce qu'on va attendre que l'occasion se présente ou est-ce qu'on va provoquer cette occasion ?* »[64] ; *« quand on fait par exemple un contentieux j'allais dire presque publicitaire, (…) on va trouver un sujet, on y va c'est gratuit, nous ce qu'on veut c'est un client qui nous suive »*[65]. Une QPC peut être soulevée dans des contentieux très variés et les clients peuvent présenter des profils divers. Ainsi, les résultats du questionnaire mettent en évidence qu'il peut s'agir de particuliers[66], d'entreprises[67], d'associations[68], de partis politiques[69] ou encore de collectivités[70]. Les avocats aux Conseils présentent différentes particularités. En effet, ils couvrent souvent un panel de contentieux plus large que les avocats au fond avec une clientèle plus diversifiée mais déjà en mesure

[61] Rédaction : Blandine Thellier de Poncheville
[62] Me Pauline
[63] Me Raymond
[64] Me Agathe
[65] Me Rebecca
[66] 74,2% en demande ; 33,3% en réponse
[67] 18,9% en demande, 50% en réponse
[68] 0,8% en demande, 8,3 en réponse
[69] 0,8% en demande
[70] 5,3% en demande, 8,3% en réponse

de supporter financièrement le recours à leurs services. En outre, ils ont, le plus souvent, deux interlocuteurs : le client et le correspondant, à savoir l'avocat à la Cour. Les avocats ont pu témoigner d'une appréhension variée de la QPC selon la typologie de la clientèle. Le contentieux fiscal est associé à une clientèle aisée pour laquelle il y a d'importants enjeux financiers et qui n'a aucune difficulté à comprendre l'intérêt de la QPC[71]. Inversement, « *la population pénale qui comparaît détenue a déjà parfois des difficultés … à comprendre des questions qui pour les juristes que nous sommes sont assez simples (…) mais attaquer une disposition en elle-même par rapport à sa conformité ou non à la Constitution, c'est quelque chose qui à mon avis, peut être perçu comme étant très éloigné des intérêts et des préoccupations de la personne détenue.* »[72]. Certains clients institutionnels peuvent porter des QPC par idéologie, « *je parle comme avocat des syndicats, souvent des stratégies qui consistaient à obtenir des réserves d'interprétation. (…) on n'y va pas pour le client en question mais on y va pour la construction du droit.* »[73]. Le profil du client peut paraître déterminant dans le discours de certains avocats : *« il faut avoir le client qui permet en fait de déposer une Question Prioritaire de Constitutionnalité. C'est deux types de clients : ceux qui sont procéduriers et jusqueboutistes et les clients qui ont les moyens (…) de payer. Je dirai même presque une troisième catégorie, ceux qui pèsent le pour et le contre en fait de la nécessité de cette Question Prioritaire de Constitutionnalité. (…) qu'il faut avoir les clients qui ont peut-être la capacité financière mais souvent (…) elle est aussi en corrélation avec la capacité intellectuelle ou la capacité à vouloir se défendre.* »[74]. En toute hypothèse, quel que soit le but poursuivi par le client, l'avocat ne posera une QPC que sur mandat de son client, de sorte que la question est posée « *pour* » le client « *par* » l'avocat comme le rappelle le préambule des décisions du Conseil constitutionnel[75]. Il s'agit d'ailleurs d'une exigence déontologique consacrée par le Code de déontologie des avocats européens en ces termes : « *L'avocat n'agit que lorsqu'il est mandaté par son client* »[76]. En ce sens, un avocat a précisé que « *l'avocat est tenu par le mandat de son client donc si le client n'est pas d'accord et bien on ne pourra pas y aller* »[77]. Ainsi, l'étude du rapport de l'avocat avec son client dans la procédure QPC, conduit à s'interroger sur le rapport du justiciable à la QPC

[71] Me Antoine
[72] Me Stéphane
[73] Me Aude
[74] Me Sabine
[75] Pour un exemple récent : *« Cette question a été posée **pour** M. Sébastien M. et Mme Karine V. **par** Me Delphine Parigi, avocate au barreau de Nice »* (Décision n° 2019-812 QPC du 15 novembre 2019).
[76] art. 21.3.1 RIN
[77] Me Sarah

par le prisme de l'avocat. En ce sens, un avocat aux Conseils a déclaré « *Du rapport de l'avocat c'est rien, c'est le rapport de sa clientèle avec le Conseil constitutionnel qui importe.* »[78]. En outre, il résulte de la déontologie des avocats que « *Sous réserve du strict respect des règles légales et déontologiques, l'avocat a l'obligation de toujours défendre au mieux les intérêts de son client (...)* »[79]. En d'autres termes, l'intérêt du client à la QPC est déterminant de l'action de l'avocat. Il s'agit d'un aspect récurrent des entretiens menés avec les avocats même si leur action peut être également mue par leurs convictions politiques ou idéologiques personnelles. En ce sens un avocat aux Conseils a pu déclarer : « *il y a la QPC pour servir le client, (...) mais derrière parce que c'est les libertés fondamentales, on sert un intérêt qui est un intérêt plus général et ça c'est effectivement assez déterminant (...).* »[80]. Inversement, aucun avocat n'a déclaré avoir porté par conviction personnelle une QPC contre la volonté ou l'intérêt de son client. Toutefois, au-delà de la question de l'intérêt du client, les entretiens ont mis également en évidence les rapports entretenus entre l'avocat et le client au sujet de la QPC. Le discours des avocats conduit ainsi à étudier les points suivants : tout d'abord, la QPC dans l'intérêt du client (**I**) et, ensuite, la QPC dans les rapports avec le client (**II**).

I. La QPC dans l'intérêt du client

2. En préambule, il convient de préciser que des avocats ont déclaré ne déposer une QPC que dans la mesure où ce moyen de défense était susceptible de prospérer[81]. D'ailleurs, un avocat n'a pas manqué de souligner que « *poser des questions qui seraient inutiles ou déplacées c'est en général jamais très bon pour la défense donc nous ce qu'on cherche évidemment c'est l'intérêt du client par définition,* »[82]. Les interrogations du client peuvent être révélatrices des éléments pris en compte pour apprécier son intérêt : « *Comme dans tous les incidents, il commence par demander combien ça va lui coûter. Et combien de*

[78] Me Aude
[79] Code de déontologie des avocats européens, art. 21.2.7 RIN.
[80] Me Adrien
[81] Me Amélie : *« il a fait une QPC qui était complètement idiote, je me suis refusé à la faire* » ; Me Agathe : « *on évite de poser des QPC fantaisistes* » ; Me Arsène : « *Je proposerai jamais une QPC si je n'y crois pas*. » ; Me Adrien : « *une personne qui me dirait « je veux déposer une QPC sur tel sujet » alors que j'y crois pas une seconde je lui dirais « non écoutez je ne le fais pas* ».
[82] Me Rachel

temps ça va durer. (…) Qu'est-ce que ça peut lui amener. C'est ça leurs questions. Dans les affaires très très médiatiques, c'est aussi un instrument de médiatisation. (…) Et la médiatisation fait partie de la stratégie. Surtout maintenant. »[83] Il apparaît ainsi que, l'intérêt du client doit s'apprécier tant au regard de la QPC elle-même (**A**), d'une part, qu'à l'aune de l'ensemble de la procédure QPC, d'autre part (**B**).

A. L'intérêt du client à la QPC

3. L'intérêt du client à la QPC est déterminant de l'action des avocats (**1**) ce qui implique de l'apprécier également au regard du risque de report d'abrogation (**2**).

1. L'intérêt du client au dépôt de la QPC ou à l'intervention

4. Pour certains avocats, la QPC constitue en soi un outil de défense au service du client :
   - *« si on pense à ses clients, par hypothèse, on pense à la QPC »*[84],
   - s'« *il n'y a pas de dépôt systématique, (…) il y a un questionnement systématique.* »[85] ;
   - *« pour moi ça fait vraiment partie d'un élément de stratégie contentieuse.* (…) *si on ne l'envisage pas comme ça, je pense que on n'exerce pas pleinement notre mission de défense globale des intérêts de nos clients.* »[86] ;
   - « *tous les collaborateurs ont vocation dans le cadre de l'examen de leur dossier à systématiquement se poser la question d'une éventuelle QPC à partir du moment où elle est susceptible évidemment de servir les intérêts du client.* »[87]
   - « *(…) même d'un point de vue de responsabilité à l'égard de mes clients, moi je considère que je leur dois (…) une obligation de conseils aussi au regard d'une QPC que personne n'aurait imaginée avant.* »[88]
   - « *c'est un outil, c'est un instrument extrêmement important pour les justiciables et donc pour les avocats que nous sommes pour traiter au mieux les dossiers de nos clients.* »[89]

[83] Me Aude
[84] Me Amélie
[85] Me Pauline
[86] Me Rémi
[87] Me Adrien
[88] Me Agathe
[89] Me Agnès

5. De façon plus exceptionnelle, un avocat s'est déclaré plutôt hostile à la QPC : *« j'ai jamais poussé mes clients à déposer des QPC parce que sur le fond je suis assez hostile (…) Mais ça me choque même, je trouve qu'un texte de loi qui a été voté par le Parlement a une légitimité que n'a pas nécessairement une juridiction quelle qu'elle soit, et particulièrement une juridiction comme le Conseil constitutionnel avec sa composition... »*[90]
6. Par ailleurs, une fois que la possibilité de poser une QPC est établie, les avocats vérifient que cette question pourra satisfaire l'intérêt de leur client :
    - *« il faut promouvoir au mieux les intérêts du client »*[91]
    - « *(…) Mon problème c'est est-ce que mon client veut aller au Conseil constitutionnel ou pas ? (…) Dans l'intérêt du client.* »[92]
    - « *nous défendons nos clients, nous sommes là pour gagner les dossiers de nos clients* »[93]
    - *« il faut défendre le client aussi bien que possible et donc ça implique de poser cette QPC »*[94]
    - « *oui, au service d'une défense bien sûr bien sûr. Ah oui moi je suis très utilitariste, je ne fais pas ça pour la beauté des principes, faut que ça ait un intérêt (…)*»[95]
    - « *c'est toujours pareil, le but c'est : que le client soit content »*[96]
    - « *(…) la beauté du droit on oublie, et de manière générale malheureusement dans notre pratique, voilà on a un grand principe de pragmatique et de réalité qui chaque jour, et bien, nous relie un peu plus et nous tient un peu plus* »[97]
    - « *Il faut que ça ait une traduction concrète pour sa procédure à lui* »[98]
    - « *Et je réfléchis toujours avant d'engager un client dans une QPC à : est-ce que ça va être utile à mon client ? (…) ça fait partie (…) des restrictions qu'on s'impose, à ne pas embarquer le client dans des combats qui vont nous satisfaire, (…) mais qui, eux, d'un point de vue pratique, ne vont pas changer leur existence ou le cours de leurs affaires si ce sont des entreprises*. »[99]

[90] Me Alice
[91] Me Armand
[92] Me Aude
[93] Me Agnès
[94] Me Régine
[95] Me Richard
[96] Me Rebecca
[97] Me Sarah
[98] Me Stéphane
[99] Me Agathe

7. De façon plus exceptionnelle, l'intérêt du client semble un élément indifférent dans le discours de l'avocat : *« mon client il aurait eu ce qu'il voulait et peu importe ce que la loi changeait pour tout le monde, on s'en foutait. On n'avait aucune intention de faire changer la loi pour faire changer la loi. Y a d'autres fois où j'ai fait des QPC et où là du coup j'étais dans un combat qu'était pas celui de mon client, qu'était le mien où, ben parce que je crois qu'il faut que la loi change, ça c'est autre chose, là je faisais ma politique tout seul dans mon coin, (…) mais si jamais ça marche, ça change la loi pour tout le monde, ça fout la trouille quand même. »*[100]
8. L'intérêt du client est également pris en compte pour l'intervention :
    - « *Et soit on le savait déjà, on attendait et on se met d'accord avec le client à ce moment-là pour intervenir, soit on n'y avait pas pensé mais on sait que notre client, parmi nos clients réguliers, 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 ?* »[101]
    - *« quand on fait une demande d'intervention on essaye de démontrer l'intérêt que peut avoir le demandeur à intervenir dans cette affaire voilà. (…) j'ai toujours eu peur, que la décision, à supposer qu'elle soit positive du Conseil constitutionnel, soit restreinte aux seules personnes qui seraient à l'origine (…) dans le doute, si j'ai 10 de mes clients qui sont concernés, les 10 vont intervenir, voilà »*[102]
9. L'appréciation de l'intérêt du client suppose en outre de réaliser « *un bilan avantages / inconvénients à poser la QPC* »[103], « *il faut bien peser ce qu'on fait* »[104]. Différents éléments peuvent être pris en considération.
10. L'opportunité de poser la QPC peut être appréciée par le client :
    - « *on m'a proposé une QPC, qu'ils ont pas voulu poser, (…), ça pouvait poser un problème diplomatique, (…) 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 public, donc un établissement public peut pas aussi facilement que ça contester une disposition légale* »[105]

[100] Me Renée
[101] Me Agathe
[102] Me Rebecca
[103] Me Aagthe
[104] Me Aude
[105] Me Arthur

- « il *y a des raisons un peu d'opportunité qui vont faire que, ben le client à qui on va expliquer qu'on peut peut-être tenter une question prioritaire de constitutionnalité, va vous poser des questions et décider, parce que in fine c'est pas nous qui décidons, c'est lui qui décide, de faire ou pas une QPC*. »[106]

11. La proportionnalité de la QPC par rapport aux enjeux du dossier peut être également un élément déterminant :
    - *« (…), en pénal on a tout à tenter et on ne sera jamais, (…) 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 mitraillette et arroser tous les...non, d'abord il faut bien faire comprendre au client, faut mesurer, faut mesurer le pour et le contre, autant en pénal votre client vous dira : allez-y maître vous avez carte blanche, autant dans les autres matières : mais maître, est-ce que vous n'allez pas un peu trop loin ? Où est-ce que ça va nous mener ? Est-ce que c'est utile ? Les enjeux font que, là où la liberté des années d'emprisonnement sont en jeu ou c'est des sanctions pécuniaires, c'est pas du tout le même impact, (…) et puis on a ce principe de la légalité au pénal qui fait que, ben on travaille sur la matière brute qui est la loi, donc c'est plus évident, comme en public. »*[107]
    - *« je suis encore plus stricte sur le regard de la QPC en me disant : est-ce que vraiment il faut aller jusque-là ? »*[108]
    - *« notamment en matière fiscale où les enjeux financiers sont importants, le client ira. Sur une infraction pénale où le client risque une amende ou une peine de prison, il va pas essayer de faire changer la loi »*[109]
    - *« il faut quand même un dossier avec une problématique où on se dit l'applicabilité, il y a un sujet, et aussi avec un sujet suffisamment cossu et notamment d'un point de vue financier. 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 »*[110]
    - *« un client qui a un dossier qui peut être sauvé sur des moyens plus sobres, c'est ce que je vous disais tout à l'heure, est-ce qu'on va prendre une pelleteuse pour*

[106] Me Agathe
[107] Me Arsène
[108] Me Arsène
[109] Me Rafael
[110] Me Raymond

déterrer un os ? Il ne faut pas que ce soit contraire aux intérêts du client non plus. »[111]

12. L'incidence de l'abrogation de la loi peut également présider au choix de poser une QPC :

- *« La QPC c'est un boulet de canon, ça fait disparaître la loi. Donc attention aussi aux victoires « à la Pyrrhus » (…) 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 (…) vous avez le législateur qui remet (…) l'ouvrage sur le métier, qui vous fait une loi pire, pour toutes sortes de raisons, ou qui laisse un vide juridique, voilà et on va vous dire : bon toi, pour ton procès à je ne sais pas combien de milliers d'euros pour je ne sais quoi, tu nous a mis dans la panade, donc c'est quelque chose qu'on doit arbitrer stratégiquement aussi bien avec les particuliers qu'avec les entreprises, évidemment encore plus avec les clients institutionnels quand on intervient pour des syndicats, pour des assureurs, des banques, quand on est sur quelque chose qui peut être systémique pour un secteur, au moins en tous cas on alerte nos clients sur les enjeux. »*[112]
- « *je pense qu'il y a parfois des gens qui se lancent dans des contentieux avec un raisonnement qui intéresse leur client dans tel dossier, mais ils devraient réfléchir deux secondes à l'impact sur tous les autres* »[113]
- « *il faut aussi faire attention des répercussions que ça peut avoir sur d'autres pans de droit ou sur d'autres questions que ça soulève* »[114]

13. La problématique de la réaction du législateur peut être anticipée :

- *« le juge constitutionnel, (…), il va pas réécrire la loi lui-même(…) le législateur en général qu'est pas idiot, anticipe, prévoit une nouvelle loi et in fine peut-être que le résultat sera le même pour ton client (…) pour que ça soit efficace, il faut que tu puisses accompagner ça d'une action auprès du législateur »*[115]
- *« dans les faits le retour de bâton là il est violent (…) c'est pour ça que des fois on réfléchit si le remède va pas, ou le mal va pas être pire que le remède ou l'inverse voilà parce qu'on se dit : ok je vais annuler ce texte là mais à la place qu'est-ce qu'il y a ? Qu'est-ce que l'administration va me mettre à la place ?*

[111] Me Robin
[112] Me Agnès
[113] Me Priscille
[114] Me Arthur
[115] Me Robert

(…) mais on a fait naître des risques pour nos clients alors qu'on aurait peut-être dû s'abstenir par le passé, on aurait dû laisser en l'état les textes de loi »[116]

2. L'intérêt du client face au risque de report de la date d'abrogation

14. Certains avocats ont déclaré ne pas avoir informé leur client de ce risque :

- « *Généralement… pour moi dans les cas de figure, on ne se l'est pas posé, parce que nous l'intérêt c'est qu'on en bénéficie directement…* »[117]
- « *non, je ne lui présente pas, je lui dis : écoutez, voilà on pose les choses et puis on verra ce que nous en dira d'abord dans un premier temps la Cour de cassation et ensuite dans un second temps, éventuellement le Conseil constitutionnel. Très franchement on l'aborde pas comme ça, je lui dis : voilà, c'est un moyen de défense, on verra ce que ça donnera* »[118]

15. Inversement, d'autres avocats informent leur client du risque de report :

- *« je considère que mon obligation de conseil à l'égard de mes clients en matière de QPC va jusqu'à leur signaler à mes clients l'existence de cette possibilité mais (…)* »[119]
- *« désormais je le fais, depuis la mésaventure que j'ai connue dans l'affaire (…) »* [120]
- « *On dit : voilà, c'est un risque qui existe* »[121]
- « *je devrais le faire en tout cas (informer du risque de report de la date d'abrogation). Je ne sais pas si je l'ai fait, mais je devrais le faire, c'est certain*.»[122].

16. Cependant, ce risque n'est pas, bien souvent, un obstacle à la QPC :

- « *on le dit quelquefois, on dit : attention, même si on a raison sur le fond, il n'est pas sûr qu'on puisse exploiter le moyen qu'on invoque* » [123]
- « *si on les avise, ils le comprennent (…) à ce moment-là on dit au client : attention, c'est un aléa de la procédure de la QPC, mais, bon on peut espérer tout de même passer au travers (…)* »[124]

[116] Me Rebecca
[117] Me Rémi
[118] Me Rachel
[119] Me Agathe
[120] Me Régine
[121] Me Arthur
[122] Me Albert
[123] Me Armand, dans le même sens Me André
[124] Me Armand

- « *il pourrait y avoir des réactions scandalisées, mais je pense que si on dit au client d'avance que (…) ça peut marcher juridiquement sans marcher pour nous, ils peuvent se dire : (…) on verra bien, ben au moins on tente la chose, mais c'est vrai que c'est frustrant* »[125]
- « *on a l'habitude des douches froides devant la juridiction administrative* »[126]
- « *(…) s'il y a un moyen sérieux, d'autant plus que le différé dans le temps, bon, le Conseil constitutionnel sait aussi le cantonner* »[127]

17. Le risque de report d'abrogation est néanmoins anticipé lors de la préparation de la défense :
    - « *(…) Tout ça, ça fait que pour que nos clients aient un bénéfice de toute cette procédure qui est longue, qui nécessite des actes de procédure, qui a un coût pour nos clients, il faut qu'on se pose quand même toutes les questions y compris celle de : mais est-ce que le Conseil constitutionnel va bien vouloir, si jamais il considère que c'est contraire à la constitution, est-ce qu'il voudra bien me faire bénéficier de la déclaration de contrariété ?* »[128]
    - « *un report d'abrogation et ainsi de suite, ben c'est très bien vous avez œuvré pour les autres mais vous…donc stratégiquement c'est quelque chose que j'analysais dès le début du dossier et que j'ai dit à mon client, on ne fait pas la QPC mais faut la garder en réserve, ça dépend de la tournure que prend le dossier devant le Conseil d'Etat. Et l'affaire est audiencée, en fait devant le Conseil d'Etat vous savez la tournure que va prendre votre dossier, connaissance prise du sens des conclusions du rapporteur public (…) c'est là que vous savez, il conclut en disant : annulation, rejet du pourvoi, bon. Et ça vous le savez 48 h avant l'audience, (…) Donc là je dis : attendez ça change la donne et donc je fais une QPC en urgence, que je dépose à deux jours de l'audience, l'avant-veille de l'audience* »[129]

18. Lorsque le report d'abrogation intervient, un effort de pédagogie doit être réalisé pour expliquer cette solution, un avocat ayant d'ailleurs suggéré une motivation enrichie de la part du Conseil constitutionnel.

[125] Me Régine
[126] Me Rose
[127] Me Armand
[128] Me Agathe
[129] Me Agnès

- « *Q : et vous aviez essayé d'expliquer à votre client cette décision du Conseil qui lui donnait raison mais qui… R : oui mais ça ça avait été compliqué, j'avais essayé, je ne sais pas si j'y suis parvenu. Parce que c'est quand même très subtil*. »[130]
- « *quelqu'un qui n'a pas cette culture a du mal à accepter, qu'une norme quand on dit qu'elle est inconstitutionnelle puisse malgré tout trouver application, c'est assez difficile à admettre* »[131]
- *« J'aimerai bien aussi qu'il le fasse effectivement dans les abrogations avec effets reportés dans le temps, pas pour tracer le chemin mais pour dire « voilà pourquoi », qu'il soit plus pédagogue. Parce que ça participe, et c'est très important, ça c'est fondamental, ça participe de la compréhension et de l'intériorisation de la décision, à la fois par l'avocat et par le client. Cette pédagogie-là, c'est une pédagogie dont on ne peut pas se dispenser, qui est fondamentale. (…) »*[132]

19. Le risque de report de la date d'abrogation emporte le risque que la QPC ne présente *in fine* aucun intérêt pour le client, ce qui peut interroger la pertinence de cette faculté du Conseil constitutionnel :
    - *« Ça ne sert à rien d'avoir un mécanisme aussi élaboré que la QPC, si derrière, les gens qui les portent in fine, c'est-à-dire nos clients, les personnes physiques, ou les sociétés qui sont aussi nos clients, ont le sentiment qu'on fait ça pour la beauté des principes. Mais que d'un point de vue concret effectif, ça ne va pas changer leur vie ou le procès qu'ils peuvent avoir (…) De temps en temps je peste parce que je me dis que pour mes clients ça ne sert à rien, malgré tout, si on prend les choses d'une manière un peu plus macro, ça fait quand même progresser l'Etat de droit, voilà. Et ça, ça a un prix.* »[133]
    - *« Une QPC pour la gloire ?» avec un point d'interrogation parce que c'est vrai que c'est quand même extrêmement frustrant d'avoir juridiquement raison, c'est le Conseil qui le dit, voilà et que ça n'ait aucune utilité pour le client, c'est absurde si vous voulez comme situation et je pense que ça limite le nombre de QPC aussi, quand vous pensez sur les questions de procédure »*[134]
    - *« C'est à dire que rétrospectivement on vient de dire que ce sont des dispositions qui heurtent nos droits fondamentaux dont ont été exclus les clients. Alors moi*

[130] Me Richard
[131] Me Armand
[132] Me Pauline
[133] Me Agathe
[134] Me Régine

j'avais fait appel précisément pour ça et je suis allé devant la Cour d'appel de la Chambre correctionnelle à Wisteria pour leur dire : certes la décision du 30 juillet, d'accord n'est pas applicable avant, je crois, le 30 juillet 2011, mais... (...) » [135]

- « *s'il devait se généraliser effectivement ces décalages et donc ces reports d'entrée de la date d'application, la QPC serait moins utilisée par les avocats parce que les avocats sont intéressés par leur dossier et que c'est d'ailleurs leurs clients qui vont financer leurs dossiers.*»[136]
- « *si ça devient trop fréquent, on ne peut pas exclure qu'un certain nombre de justiciables considère qu'il est plus prudent de se tourner vers l'exception de conventionnalité. Puisque le justiciable qui lui veut simplement gagner son procès, ça suffira. La disposition législative sera écartée, ça lui sera suffisant* »[137].
- « *on l'explique, on le dit au client que c'est un risque, alors parfois on va nous dire : ben écoutez puisque c'est ça pourquoi le faire ?* »[138]

B. L'intérêt du client dans la procédure de la QPC

20. En préambule, il sera observé que la question de l'intérêt dans la procédure QPC est un aspect davantage prégnant lorsque la QPC est posée pour le compte du client. En effet, l'intervention est présentée comme une procédure beaucoup moins lourde :

    - *« on était en intervention, (...) c'est beaucoup plus léger quand on n'est pas directement la partie impliquée (...) voilà donc c'est vrai qu'à la limite mon client était pas directement concerné, il était intéressé mais il était pas directement concerné par le dossier, c'est déjà plus facile »*[139]
    - *« c'est évidemment beaucoup plus lourd de poser la QPC en tant que partie parce qu'il faut passer les différents filtres, alors qu'en tant qu'intervenant c'est plus simple, parce qu'on se greffe à une procédure qui est déjà en cours devant le Conseil constitutionnel »* [140].

[135] Me Richard
[136] Me Sarah
[137] Me Albert
[138] Me Rafael
[139] Me Arthur
[140] Me Patrick

21. Lorsque le client est partie à la procédure QPC, deux éléments peuvent être appréciés à l'aune de l'intérêt du client : les délais et la publicité.

1. Les délais

22. Concernant les contentieux relevant de la compétence des juridictions administratives, la procédure QPC est perçue comme un accélérateur de procédure et, en conséquence, comme un avantage pour le client :
    - « *C'est à dire que nous, on essaye d'accélérer au maximum la procédure. De ce point de vue-là, puisque j'ai déjà eu plusieurs fois des discussions sur cette question-là, le fiscal se distingue totalement du pénal où la QPC est utilisée souvent comme un facteur de ralentissement de la procédure. En contentieux fiscal c'est exactement l'inverse.* »[141]
    - « *C'est à dire qu'en six mois on savait qu'on pouvait potentiellement avoir une décision. Donc ça c'est clair que ça a été un argument*. »[142]
    - « *surtout, ça permettait de gagner entre quatre et six mois sur la procédure (…) il y avait aussi un côté, beaucoup moins direct mais appréciable, (…). En termes d'efficacité, parce que nous c'est le temps qui va nous sauver*. »[143]
23. Concernant les contentieux relevant de l'ordre judiciaire, le fait que la QPC ralentisse la procédure peut être perçue comme un avantage : « *en matière de droit routier ça permet de gagner du temps et donc le temps pour le client c'est important parce que ça permet de faire des stages de récupération de points* »[144].
24. Cependant, le plus souvent, ce ralentissement de la procédure, est qualifié d'inconvénient pour les clients. D'ailleurs, les résultats du questionnaire mettent en évidence que 7,7% des avocats considèrent que l'allongement de la durée de la procédure pouvait constituer un frein. Lors des entretiens, les avocats ont déclaré :
    - *« c'est, c'est, mais pour le client c'est, il comprend…déjà c'est long, souvent c'est long un procès, (…) vous avez des décisions qui font que ben oui, on va différer dans le temps l'application de cette loi qui doit être modifiée etc. mais que, égoïstement ou dans l'intérêt personnel du client il se dit : ben moi je veux de l'efficacité et ça*

[141] Me Patrick
[142] Me Raymond
[143] Me Sylvain
[144] Me Pierre

ne tombe pas forcément sous l'évidence d'aller saisir le Conseil constitutionnel, oui c'est une lourdeur complémentaire et si c'est aléatoire »[145]

- « *Le combat des libertés fondamentales c'est un combat long et dur, pour les clients* (…) *Il n'y a jamais eu d'opposition intellectuelle à l'idée d'une QPC. 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 que vous me dites que les chances d'obtenir une transmission ne sont pas forcément suffisantes et puis même si on obtient une transmission ça va durer encore trois mois de plus qui va retarder…* »[146]
- « *elle comprenait pas pourquoi je faisais ça, ensuite elle n'acceptait pas que je le fasse, parce que ça retardait son procès* »[147]
- « *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 »*[148].

25. Cet allongement de la procédure peut soulever des difficultés particulières selon le type de procédure comme en a témoigné un avocat au sujet d'une QPC soulevée à l'occasion d'une comparution immédiate : « *j'en ai déposé une en comparution immédiate (…) la Présidente m'avait engueulé parce que je déposais une QPC. (…) parce que j'avais déposé au dernier moment en tous cas, mais en comparution immédiate vous pouvez pas la déposer une semaine avant ! (…) en comparution immédiate c'est forcément pas la même chose, c'est plus rare et j'avais été un peu choqué parce que comme elle m'avait demandé de venir pour demander si mon client voulait être jugé séance tenante, (…) et j'avais dit non, non on veut être jugé tout de suite, parce que sinon vous allez au trou de toute façon »*[149]
26. Des avocats ont observé que la procédure QPC était toujours plus rapide que celle résultant d'une saisine de la Cour EDH[150] ou qu'une question préjudicielle posée à la CJUE : « *Alors si vous voulez c'est vrai que nos juridictions Conseil d'Etat ou Cour de cassation finalement renvoient assez facilement aussi au Conseil constitutionnel dans la mesure où ça ne pèse*

[145] Me Arsène
[146] Me Adrien
[147] Me Raymond
[148] Me Sarah
[149] Me Régine
[150] Me Adrien

pas sur le cours des procédures, ça n'allonge pas trop, puisque tout ça se fait dans des délais contraints, alors que si on pose une question préjudicielle à Luxembourg »[151]

2. La publicité (audience filmée)

27. Le plus souvent l'intérêt des clients à ce que l'audience soit filmée n'est pas envisagé :

- *« Ecoutez, à titre personnel, je vous dirais a priori non, parce que je ne vois pas en quoi des observations devant le Conseil constitutionnel qui portent en plus par définition sur des sujets très généraux hein, c'est l'objet même de la QPC, devraient ne pas être portées à la connaissance du public. Maintenant, si le problème ne s'est jamais posé, si un client s'opposait formellement à ce que les observations orales soient diffusées, je m'interrogerais, je m'interrogerais avec lui. »*[152]
- *« je n'ai jamais demandé que ce ne soit pas filmé, alors que c'est vrai que le Conseil nous demande si on s'oppose, moi je ne me suis jamais opposé, alors pour mes clients je pense que ça n'a pas d'incidence, c'est vrai que les noms sont donnés aux audiences, forcément c'est logique, le nom des parties est donné intégralement alors que dans les décisions qui sont diffusées ensuite c'est un prénom et une initiale, mais c'est vrai (…), il faudrait je pense demander ce que souhaite le client »*[153]

28. La publicité donnée à l'audience peut être problématique dans certaines hypothèses :

- « *moi je n'ai pas concrètement des clients qui n'ont pas voulu y aller pour ça, mais c'est quand même une donnée qu'ils prennent en compte. Et ils s'interrogent aussi sur la publicité de la décision. (…) Moi en matière fiscale j'ai déjà eu un client : « oui mais bon est-ce que ça va pas… »* »[154]
- « *si mon problème de transsexuels allait devant le Conseil constitutionnel, je m'opposerais à la vidéo et encore plus à la transmission. Et je demanderais l'anonymisation.* »[155]

29. Inversement un avocat s'est déclaré favorable à ce que l'audience soit filmée en ces termes : *« j'y suis plutôt favorable, dans la mesure où, quand le correspondant ne vient pas ou quand le client ne vient pas, il voit un peu ce que son avocat, qui après tout n'agit qu'en son nom, a pu faire et dire »*[156].

[151] Me Armand
[152] Me Albert
[153] Me Régine
[154] Me Antoine
[155] Me Amélie
[156] Me Aurélie

30. Pour conclure sur la problématique de la prise en compte de l'intérêt du client dans la procédure QPC, un avocat aux Conseils a souhaité spontanément s'exprimer sur la délocalisation des audiences à Metz en ces termes : « *il n'était évidemment pas question que je puisse demander des frais à cette cliente pour aller jusqu'à Metz et que pour moi ça n'avait aucun sens de délocaliser une juridiction pour la transporter encore plus loin de ses justiciables. (...) ça alourdit la procédure d'un point de vue matériel, (...) c'était contraire à l'intérêt du justiciable* »[157].

II. La QPC dans les rapports avec le client

31. Les différents entretiens ont permis de mettre en exergue que les rapports de l'avocat et du client concernant la QPC sont marqués par, d'une part, le dialogue entre l'avocat et le client préalable au dépôt de la QPC (**A**) et, d'autre part, la question des honoraires (**B**).

A. Le dialogue préalable au dépôt de la QPC

32. En préambule, il convient de souligner que les avocats aux Conseils peuvent intervenir à différent stades de la procédure de sorte que la question de la QPC ne se présente pas sous le même angle dans leurs rapports avec leurs clients : *« Il faut distinguer les QPC qu'on pose directement et les QPC qui nous sont transmises par les avocats du fond. Alors sur les QPC qu'on pose directement, c'est comme tous les moyens qu'on soulève, on discute avec le client, on réfléchit, on ne fait rien de particulier. »*[158]. Le dialogue préalable au dépôt de la QPC suppose d'examiner l'initiative de cette QPC, la présentation qui en est réalisée et l'accueil qui lui est réservée par le client.

1. L'initiative de la QPC

33. Les réponses au questionnaire mettent en évidence que dans 92,5% des hypothèses ce sont les avocats qui ont eu l'initiative de la QPC, ce que confirment les entretiens : *« Parce que souvent la QPC ne vient pas d'eux. (...) on détecte qu'on va avoir un obstacle pour régler*

[157] Me Anne
[158] Me Aude, dans le même sens : Me Armand, Me Albert, Me Arthur, Me Arsène et Me Adrien

leur problème parce qu'on a une loi qui va venir faire écran à nos arguments. On réfléchit à une QPC et on explique au client : écoutez, si vous voulez qu'on se donne toutes les chances, il faut peut-être se poser la question d'une QPC »[159]

34. Plus rarement le client peut avoir l'initiative de la QPC, selon les réponses au questionnaire, ce serait dans 2,5% des cas. Lors des entretiens, les avocats ont évoqué cette situation mettant en évidence une typologie variable de clients :

- *« il y a des clients qui écrivent qu'ils veulent (…) qu'on fasse des QPC, etc…mais enfin là il y a un tri sérieux à faire en général. (…) Mais qu'un justiciable vienne réclamer une QPC, non pour l'instant je ne peux pas dire que j'ai vu des foules venir la réclamer »*[160].
- *« Ça peut être des associations qui nous disent « ah regardez il y a tel texte qui vient de sortir, ça nous heurte, est-ce que vous ne pensez pas qu'on peut faire une QPC » »*[161].
- *« vous avez effectivement des dossiers où on est saisi en disant : dans ce dossier il faut faire une QPC, soit le client, soit l'avocat nous dit : depuis le début voilà, alors soit d'ailleurs ils ont eux-mêmes fait la QPC, elle a pas été transmise et on attaque le refus de transmission et on repose la question, soit le client nous dit : voilà, je veux faire une QPC parce que moi en fait ce que j'ai en ligne de mire c'est de faire tomber la loi, parce que cette loi me gêne, pour de multiples raisons : politiques, syndicales ou pour mon secteur d'activité. »*[162]
- *« ça pourrait vraiment très bien arriver quoi, que des clients syndicats réfléchissent, c'est peut-être déjà arrivé qu'ils me disent : est-ce qu'on ne pourrait pas faire une QPC »*[163]
- *« si ça c'est arrivé dans des dossiers il me semble (…) c'était presque quelque chose de provoqué pour éventuellement mettre en cause la loi, il me semble qu'on a eu ça »*[164]
- *« Et le client, alors ça peut être le client, alors ce n'est pas le client particulier, parce que là, ça lui échappe un petit peu, ça peut être le client institutionnel, ça peut*

[159] Me Agathe, dans le même sens : Me Alice
[160] Me Anne
[161] Me Adrien
[162] Me Agnès
[163] Me Priscille
[164] Me Rose

être une compagnie d'assurance, ou un syndicat, une grande entreprise qui soulève la Question. »[165]

35. A défaut d'avoir l'initiative de la QPC, le client peut en avoir l'intuition :

- *« je ne suis pas sûr que la QPC ait été, le mot ait été pensé par le client. Néanmoins le juriste qui m'a saisi, m'a dit : mais y a un problème avec la loi, est-ce qu'on ne peut pas la remettre en cause ? Voilà c'est comme ça que cette QPC a commencé, en fait. »*[166]
- *« les clients nous appellent et nous disent : ben voilà, on m'applique ce machin, mais c'est pas normal, c'est injuste, etc… donc ils ne mettent pas souvent des termes techniques derrière ça, même si moi je travaille surtout avec des entreprises et c'est souvent des personnes qui ont, qui connaissent la QPC et qui connaissent les problématiques constitutionnelles ou qui sont capables de commencer à articuler un début de raisonnement »*[167]
- *« là effectivement le client était venu nous voir en disant : on trouve qu'en terme de principe d'égalité des usagers ou ça pose un problème, (…) il savait pas du tout comment le formaliser mais pour eux il y avait quelque chose qui relevait d'un grand principe en fait et donc nous on a creusé derrière »*[168]
- *« lui-même le client il s'est dit ce n'est pas possible, on est dans un État de droit malgré tout, qu'on en arrive là… Après si vous voulez l'enrobage juridique se met en place derrière »*[169]

36. De façon assez surprenante les résultats du questionnaire font apparaître que 59% des avocats n'ayant jamais soulevé de QPC ont répondu comme motif qu'« *aucun client ne m'a jamais saisi pour le faire* ». L'initiative du client apparaît alors déterminante pour une part significative de ces avocats.

2. La présentation de la QPC au client

37. Certains avocats insistent sur leur devoir de conseil *:*

- *« c'est-à-dire que quand même au niveau déontologique c'est quand même plus sur le caractère des obligations déontologiques, c'est à dire qu'en tant qu'avocat juridiquement vous pouvez très bien déposer la QPC sans parler au client, mais*

[165] Me Alice
[166] Me Agathe
[167] Me Patrick
[168] Me Robert
[169] Me Rejane

après lui il peut vous le reprocher déontologiquement en disant « vous ne m'avez pas parlé de ça » et ainsi de suite. »[170]

- *« Nos clients se retournent contre nous, et parfois mettent en jeu notre responsabilité civile professionnelle. Et expliquer au client (…) pourquoi on va faire ci et pas faire ça, la stratégie, c'est aussi un moyen pour nous de nous prémunir et de nous garantir contre la mise en jeu de notre responsabilité civile professionnelle »*[171]

38. Les entretiens mettent également en évidence que la présentation de la QPC par l'avocat est nécessairement fonction de leur méthode, de la typologie de la clientèle et du temps pour le faire :

- *« le client découvre la QPC au moment où je lui envoie mon mémoire »*[172]
- *« si j'estime que y a une vraie difficulté sur le texte, et que ça mériterait une QPC, j'ouvre un dialogue, non pas avec le client, mais avec le professionnel qui a l'habitude de travailler sur les textes, qui est mon correspondant. (…) sauf si c'est un service juridique, alors là, E… ils ont un service juridique digne de ce nom, je parle avec la directrice juridique directement »*[173].
- *« Donc vous allez vous retrouver quelquefois à mettre en œuvre des stratégies qui sont extrêmement compliquées et subtiles, qui évidemment sont très difficiles à envisager pleinement par le client. En général moins par le correspondant, à qui vous expliquez les choses. »*[174]
- *« vaguement, ils savent à peu près… après tout dépend de la taille, hein, du client public. Plus c'est gros plus ça leur parle.»*[175]
- *« Alors je n'ai jamais eu l'occasion de la « vendre ». Pour moi ça fait partie des moyens de défense, c'est de la cuisine que le client n'a pas forcément à connaître. (…) La plupart du temps c'est moi qui met ça en place. (…) Je leur propose, certains clients, entreprises etc, où il y a en face des interlocuteurs qui sont des juristes qui en tout cas ont un certain niveau de compréhension ça peut être une proposition que je vais leur faire. Mais on va dire que le client particulier lamda je ne vais pas lui*

[170] Me Rejane
[171] Me Pauline
[172] Me André ; dans le même sens : Me Anne
[173] Me Arsène
[174] Me Adrien
[175] Me Robert

expliquer, voilà. Si ce n'est pas une demande qui vient de lui je vais faire mon truc, je vais lui expliquer ce qu'on a fait mais je ne vais pas entrer trop dans le détail. »[176]

- *« j'en parle pas au client parce que d'une part il est bulgare, je parle pas bulgare il parle pas français, il parle pas anglais, j'ai aucun moyen de communiquer directement avec lui, quand je vais le voir en prison, il faut que je me fasse aider de l'interprète, ce qui n'est pas insurmontable, mais c'est une difficulté supplémentaire, d'autre part le délai est très court et en plus, même pour un client très intelligent, s'il est pas juriste, c'est compliqué et en plus, bon, là, non c'était quelqu'un qui était pas à même (…) de comprendre voilà, sans que ce soit méprisant, mais voilà c'est technique, (…) Et en plus là il faut aller très vite parce qu'il y a des délais courts, pour faire appel et délai court pour la Chambre d'instruction pour statuer.»*[177]
- *« Ça dépend les procédures que vous avez, si vous avez du temps, si vous avez pas de temps, y a des procédures qui se passent tellement vite que vous avez pas le temps »*[178]
- *« quand on a des clients dotés de direction juridique etc. compétents et expérimentés ça va, si c'est un client qui n'a pas de formation juridique et qui n'est pas sensible à toutes ces arcanes procédurales, c'est tout de même beaucoup plus difficile »*[179]
- *« Typiquement, le client qui se dit : il faut tout tenter et je tente tout, et auquel on explique la Cour de cassation, ou le Conseil d'Etat juge de cassation, on ne refait pas une troisième fois le procès, on est dans un cadre très strict etc. et la QPC c'est encore plus spécifique et non, oubliez, donc là on a un travail d'éducation, de compréhension nécessaire auprès du justiciable. »*[180]

3. L'accueil de la QPC

39. L'accueil de la QPC est fonction de la typologie de la clientèle, comme un avocat a pu l'exprimer en ces termes : *« y a deux types de clients : le client Lambda, il veut avoir la satisfaction matérielle recherchée, ces subtilités ne l'intéressent pas beaucoup, ça l'intéresse en tant que moyen d'obtenir la satisfaction qu'il recherche, mais pour d'autres clients, ils sont évidemment attachés à l'abrogation qui est recherchée, parce que ça peut*

[176] Me Pierre
[177] Me Régine
[178] Me Raymond
[179] Me Armand
[180] Me Arsène

valoir pour le dossier qui est en cours mais pour d'autres dossiers. Donc ça peut s'insérer pour eux dans une stratégie beaucoup plus vaste ».[181]

40. Les résultats du questionnaire laissent apparaître que dans 10% des cas les clients ont refusé la QPC proposée de sorte qu'elle n'a pas été déposée. Les entretiens mettent en évidence que les refus sont assez rares, certains avocats ayant déclaré n'en avoir jamais eu[182]. Lorsqu'un refus a été opposé, il a pu avoir différentes explications :
    - *« C'est certain que, quand la QPC est plaidée devant le tribunal et puis ensuite il y a une instance de filtrage devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation et puis ensuite l'instance devant le Conseil constitutionnel, le client à qui on explique qu'on a des chances de succès très aléatoires ou limitées parce que malgré tout on a quand-même d'ores et déjà un peu de jurisprudence du Conseil constitutionnel qui n'est pas très favorable, le client hésite, le client se dit que c'est pas le bon moment. Il peut y avoir aussi des questions de timing. Il y a mille raisons pour lesquelles les clients peuvent être hésitants en fait à poser une QPC. »*[183]
    - *« il me dit « tout à fait d'accord avec vous pour une QPC, ça aurait été magnifique d'en faire une » il me dit « mais là on ne va pas la faire, parce que devant cette chambre de l'instruction, devant cette juridiction-là c'est voué à l'échec, c'est mort, c'est fermé, on le sait d'avance »*[184].
    - *« l'idée de faire une QPC ou de l'établir, moi je l'ai déjà proposée à un client, qui me l'a refusée pour des coûts financiers par exemple »*[185]
    - *« Il peut arriver aussi qu'un client n'y soit pas favorable parce qu'il n'a pas envie d'une perte de temps et qu'il considère parfois que la question posée par la QPC elle peut être sur un aspect secondaire du dossier »*[186]
41. Bien souvent les avocats déclarent que les clients leur font confiance en qualité de professionnel :
    - *« ça dépend aussi des cabinets, ça dépend des profils, ou ça dépend aussi bien sûr de l'activité mais c'est vrai que nous, du fait de notre clientèle, je dirais qu'ils nous écoutent »*[187]

[181] Me Armand
[182] Me Antoine ; Me Aurélie, Me Amélie, Me Aude, Me Pierre
[183] Me Agathe
[184] Me Pauline
[185] Me Rafael
[186] Me Rachel
[187] Me Arthur

- *« Et en général, les clients, eux, ce qu'ils voient, c'est qu'on leur explique que c'est un moyen supplémentaire d'avoir raison, donc les clients disent quand même rarement non quand on leur propose une QPC »*[188]
- *« il nous fait confiance parce que c'est quelque chose qui lui semble relever de la discussion entre professionnels et à mon avis à juste titre, alors simplement parfois on lui explique ce que ça peut donner. »*[189]
- *« le client il me fait confiance parce que pour lui c'est pas une décision où il va perdre, parce que pour lui la QPC, c'est un argument de plus, j'allais dire c'est comme une mitraillette j'ai 60 coups, devant le juge du fond je vais utiliser 59 coups pour essayer d'obtenir gain de cause et puis j'ai ma dernière cartouche, celle qu'il faut que je garde éventuellement pour me suicider, j'allais dire c'est un peu ça, si je suis entouré d'ennemis ben là cette dernière cartouche je la mets dans la QPC »*[190]
- *« Mais à un moment ou un autre, c'est aussi le fait d'être un professionnel, c'est à dire que le client il faut qu'il vous fasse confiance »*[191]

42. De façon presque surprenante, un nombre significatif d'avocats a répondu que le client est « content » :
    - *« En général, l'avocat à la Cour est très content »*[192]
    - *« En général il (le client) est très content »*[193]
    - *« les avocats qui sont nos correspondants sont en général assez contents qu'on fasse une QPC, et quand on est directement en contact (…) ça donne de l'importance à leur affaire, ils sont contents »*[194].
    - *« le client il est généralement enchanté »*[195]
    - *« parfois on peut se sentir fier de se dire : mon dossier mérite une QPC »*[196]
    - *« le client, là il est excité, en fiscal, ça il est ravi de soulever l'annulation du principe de… »*[197]

[188] Me Agathe
[189] Me Rachel
[190] Me Rebecca
[191] Me Adrien
[192] Me Aurélie
[193] Me André
[194] Me Anne
[195] Me Rebecca
[196] Me Arthur
[197] Me Alice

- *« Toujours ravi le client. Le client il est toujours content lorsque vous lui proposez une solution nouvelle pour résoudre un litige »*[198]
- *« oui les clients sont réceptifs parce que quand on leur explique que les effets potentiels d'une QPC, c'est à dire que c'est comme un immeuble dont on va faire tomber les fondations et l'immeuble va s'écrouler de lui-même. Ils disent « wahou c'est beau », (…). »*[199]
- *« au début ça fait un peu peur parce que c'est lourd et parce que c'est quelque chose qui est pas courant et puis il y a l'autre aspect, qui est : trop cool, c'est un peu Walt Disney on va aller au Conseil constitutionnel ! (…) ils étaient tout contents, on va à Paris (…) il y a un côté un peu noble »*[200]
- *« j'ai toujours invité le client avec moi, pour lui faire découvrir cette juridiction et lui dire : on va parler de vous, et là ils sont fiers »*[201]

43. Pour conclure sur le dialogue intervenant entre l'avocat et le client, un avocat a déclaré avoir assuré des actions de formation pour des clients : *« des actions de formation, on fait venir des gens de l'extérieur, ou on s'y colle nous-mêmes, (…) de temps en temps pour nos clients, parce que certains clients sont très friands de savoir comment fonctionne une QPC »*[202]

B. Le rapport financier : les honoraires

1. Le coût un élément plus ou moins déterminant pour le client

44. Le résultat du questionnaire a mis en évidence que dans 21% des cas, les avocats n'ont pas soulevé de QPC en raison du coût que représente la QPC pour le client. D'ailleurs 38,5% des avocats ayant répondu au questionnaire considèrent que le caractère trop onéreux de la QPC constitue un frein. Cet aspect a également été souligné au cours des entretiens :
    - *« Alors il y a peut-être un souci, ou du moins un sujet, c'est le chiffrage avec le client. »*[203].
    - *« Mais bon, alors ce qui peut l'inquiéter le client en particulier, ce sont les frais »*[204]

[198] Me Adrien
[199] Me Pauline
[200] Me Robert
[201] Me Rebecca
[202] Me Agathe
[203] Me Raymond
[204] Me Alice

- *« Et donc le coût est un élément déterminant dans l'appréciation de l'opportunité de formuler une QPC sans que cela soit un frein pour les clients de ce Cabinet, c'est tout de même une donnée qu'ils prennent en compte »*[205].
- *« ça rajoute des frais, (…) c'est pas…à mon avis, c'est pas déterminant pour quelqu'un qui, (…) est décidé à aller jusqu'au bout »*[206]
- *« c'est coûteux… (…) c'est plus cher, t'as plus d'audiences, t'as plus de tout ça en fait »*[207]
- *« y a aussi l'aspect économique des choses pour nos clients, parce que c'est bien gentil tout ça mais c'est encore un degré supplémentaire donc voilà »*[208]
- *« question et puis y a aussi des engagements financiers pour le client dans ce cadre-là »*[209]
- *« La problématique des QPC souvent c'est que ça a un coût supplémentaire. C'est ça. Et qui n'est pas… après je ne sais pas si le Conseil constitutionnel peut accorder des frais de justice ? (…) souvent on m'a demandé : quel est le coût de la procédure sans QPC et quel est le coût de la procédure avec la QPC ? »*[210]

2. Des hypothèses où le client ne supporte pas le coût de la QPC

45. Les réponses au questionnaire ont permis de mettre en évidence que les avocats peuvent réaliser une QPC sans facturer d'honoraires supplémentaires. Ainsi, 48,7% des avocats ayant déjà participé à une procédure QPC ont répondu qu'ils leur étaient déjà arrivés de ne pas faire supporter le coût de la QPC à leur client. Les entretiens ont permis de mettre en évidence que certains avocats convaincus par l'importance de la QPC décident de consentir un effort sur les honoraires voire, de renoncer à tout honoraire (*pro bono)* :
    - *« quand je crois qu'il y a une atteinte véritable aux libertés fondamentales, je vais aplanir à l'égard du client la question du coût. (…) il faut éviter que la question matérielle des honoraires devienne une difficulté qui viendrait limiter l'action du client. »*[211]
    - *« Il m'est arrivé de faire des QPC parce que je pensais qu'il y avait vraiment matière à et qu'elle était intéressante et de faire un prix évidemment et d'adapter mes*

[205] Me Antoine
[206] Me Alice
[207] Me Robert
[208] Me Rose
[209] Me Rachel
[210] Me Rémi
[211] Me Adrien

honoraires à l'état (…) du client c'est évident. Évidemment qu'on le fait, et il faut le faire, et il faut le faire. »[212]

- *« Non, alors la QPC Garde à vue je l'ai fait pro bono gratis. »*[213]
- *« j'ai dû payer mon billet de train pour aller plaider, je n'ai même pas facturé le billet de train au client, le jour où je suis allé plaider (…) c'est trop compliqué d'associer quelqu'un à un combat, qui est un combat collectif. (…) »*[214]
- *« le coût économique on peut le sacrifier en se disant là y a quand même une atteinte énorme à l'État de droit, je ne peux pas laisser passer ça. »*[215]
- *« il est pas exclu que l'avocat le fasse pro bono parce qu'il a envie de faire évoluer le droit et qu'il en a les moyens financiers, que son cabinet n'est pas en détresse financière, ce qui est aussi une réalité de certains de nos confrères en droit pénal, parce qu'il en a la possibilité, possibilité matérielle en temps »*[216].
- *« Je veux intervenir pro bono sur un dossier, ben j'interviens pro bono et évidemment je fais la QPC à titre gracieux et je fais tout ce qu'il faut pour gagner ou je suis en défense sur une QPC, je fais tout ce qu'il faut »*[217]

46. L'aide juridictionnelle permet également d'éviter que le client supporte le coût de la QPC. Ainsi, il résulte des réponses au questionnaire que 26,5% des QPC présentées en demande l'ont été à l'aide juridictionnelle totale. Cependant, lors des entretiens, les avocats n'ont alors pas manqué de souligner l'inadéquation de la rémunération par rapport au travail accompli :

- *« j'avais rouspété notamment à ce moment sur l'aide juridictionnelle. Comment l'avocat allait être payé à l'aide juridictionnelle la QPC filtrée : zéro indemnité et si jamais vous êtes pas filtré, vous avez une toute petite majoration qui vous est accordée, qui est dérisoire, avec laquelle vous ne pouvez même pas payer le billet de train pour aller à Paris »*[218]
- *« 240 euros hors taxes. (…) si vous ramenez ça normalement à une heure moyenne de travail d'un avocat qui est entre allez 130 et 200 de l'heure en moyenne vous ne pouvez pas passer plus d'une heure et demi en théorie sur le dossier. Alors on a l'aide juridictionnelle donc on passe bien plus de temps en fait sur un dossier, il n'y*

[212] Me Pauline
[213] Me Richard
[214] Me Raymond
[215] Me Rejane
[216] Me Sarah
[217] Me Agnès
[218] Me Renée, dans le même sens, Me Sabine

a pas de difficulté mais de là à faire une Question Prioritaire de Constitutionnalité, il faut que le client en plus ait la capacité intellectuelle de vous suivre et de voir où vous voulez aller. Et parfois lui il ne voit absolument pas l'utilité ou même la question du principe »[219]

- *« là au temps passé dans cette affaire, je n'ai pas fait le calcul, hein mais je pense que ma rémunération est très très très inférieure au Smic même hors France. Mais ce n'est pas grave, c'était passionnant »*[220].

3. L'absence de facturation distincte

47. Les réponses au questionnaire font apparaître que 54,3% des avocats ayant soutenu en demande ou en défense une QPC ne procèdent pas à une facturation distincte des honoraires pour la QPC laquelle est ainsi comprise dans le coût des écritures principales :
    - *« Pour moi on le facture comme le mémoire principal, on ne double pas »*[221]
    - *« dans mon cabinet c'est absorbé dans la préparation générale du dossier. Quand on est renvoyé devant le Conseil constitutionnel, ça arrive de demander un petit complément d'honoraires pour suivre l'affaire devant le Conseil constitutionnel.»*[222]
    - *« s'il n'y a que la QPC, on demande des honoraires spécifiques à la QPC, mais si la QPC est un des moyens du mémoire ampliatif devant la Cour de cassation ou devant le Conseil d'Etat, je ne demande pas d'honoraires supplémentaires »*[223]
    - *« moi j'ai toujours dit « zéro ». (…) Parce que de mémoire pour une QPC devant le Conseil d'Etat ou la Cour de Cass', je pense qu'on est entre 3 et 4 000€, en fonction des avocats au Conseil. (…) Pour mes clients c'est un frein. C'est déjà ce que je fais moi payer à mes clients pour une QPC, et encore parfois je l'adapte, je leur fait un forfait tout compris »*[224].
    - *« non parce que ça rentre dans, enfin voilà, en l'occurrence peut-être que je pourrais le faire si ça montait à la Cour de cassation »*[225]
    - *« alors en ce qui me concerne, non, moi je considère que ça fait partie du travail »*[226]

[219] Me Sabine
[220] Me Régine
[221] Me Aurélie ;
[222] Me Anne
[223] Me Amélie, dans le même sens : Me Adrien
[224] Me Pauline
[225] Me Pierre
[226] Me Rachel

- *« pour mes dossiers personnels, en général je propose un forfait, mais je ne facture pas la QPC en tant que telle »*[227]
- *« moi quand je l'ai fait avec des clients payants, je l'ai jamais facturé parce que c'est trop compliqué de l'expliquer »*[228].

4. La détermination des honoraires

48. Sur ce point, il convient de rappeler qu'il résulte des règles déontologiques que « *les honoraires sont fixés selon les usages, en fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci* »[229]. Les entretiens font clairement apparaître que le montant des honoraires est déterminé au regard de ces différents critères et notamment au regard de la situation de fortune des clients :
    - *« pour tout contentieux le prix peut être rédhibitoire. Donc ensuite ça va dépendre beaucoup de la situation, de la complexité du sujet et de la complexité de la procédure. Ce qu'on explique au client déjà au départ, c'est que la QPC, ça ne fait pas partie de la procédure normale. C'est une autre procédure, c'est une deuxième procédure. Quand on est partie, bien sûr. Pour l'intervention c'est différent. (…) on va proposer un honoraire qui ne va évidemment se déclencher qu'à partir du moment où la QPC est transmise au Conseil constitutionnel »*[230]
    - *« Alors la QPC, c'est un travail en plus, et c'est un travail assez consistant puisque selon les différents stades, (…) comme toujours, c'est fait en conformité avec nos principes essentiels de la profession, c'est-à-dire avec tact, mesure. Il est hors de question que les questions de facturation nous empêchent de faire une QPC alors qu'il faut en faire une. Donc si, une grande entreprise ou un particulier qui a des moyens tout à fait convenables voire significatifs, vient me voir en disant : je veux faire une QPC sur l'impôt sur la fortune, bon je facture les diligences : voilà, le pourvoi en cassation c'est tant, si vous voulez une QPC c'est tant et c'est selon les diligences quelques centaines ou milliers d'euros, m'enfin c'est pas, c'est jamais des sommes folles, enfin le prix d'un dossier, d'un demi-dossier enfin d'une diligence supplémentaire parce que c'en est réellement une. Après j'ai annoncé un*

[227] Me Richard
[228] Me Renée
[229] Art. 11.2 RIN
[230] Me Patrick

forfait de traitement d'un dossier à un salarié qui a des moyens limités, qui va me payer un honoraire très raisonnable en quatre fois, je m'aperçois que c'est pertinent de faire une QPC, je lui facture pas la QPC »[231]

- *« si c'est des clients qui n'ont pas beaucoup d'argent à qui on va demander très peu ou presque pas de surcoût et par contre comme ça demande quand même beaucoup de boulot, il y a des dossiers avec des clients qui ont les moyens, on va facturer au temps passé, la facturation est donc variable selon les enjeux, les ressources des clients et les dossiers »*[232].
- *« la facturation est de toute façon adaptée au client »*[233]
- *« ça dépendra du client, si vous voulez. C'est vrai que normalement si le client a des capacités financières et est solvable, je lui demanderai quand même un complément d'honoraires pour sa QPC parce qu'en réalité c'est une autre procédure qui vient se greffer. »*[234].
- *« ça dépend du client (bis). Bon, si c'est une personne privée, très souvent à ce moment-là, ils peuvent se rapprocher des assurances évidemment, mais ils peuvent aussi se rapprocher des ONG, enfin je parle de… qui sont susceptibles de les soutenir et d'être intéressées par ça. (…) Porter l'affaire, d'intervenir éventuellement et financièrement »*[235].
- *« C'est-à-dire que mes obligations déontologiques m'obligent à fixer le montant de mes honoraires avec tact en ayant de la considération pour la situation de fortune de mes clients, et donc c'est à géométrie variable. C'est-à-dire que, au cabinet pour être clair on va avoir des QPC pour des grandes entreprises et aussi on va avoir des QPC pour des particuliers, pour des gens qui sont sans le sou et qui vont être éligibles à l'aide juridictionnelle. Et ça nous on est très attaché à ne pas faire de distinction et à se charger à la fois de procédures qui sont des procédures par exemple à l'aide juridictionnelle et des procédures pour des entreprises »*[236]
- *« Parce que, ça peut coûter et ça ne coûte souvent rien, comme à l'inverse ça peut coûter 30, 40, 50 000 euros. Donc selon qui demande, selon l'enjeu, selon les moyens de la personne qui pose, qui demande. (…) »*[237]

[231] Me Agnès
[232] Me Antoine
[233] Me Aurélie
[234] Me Albert
[235] Me Aude
[236] Me Agathe
[237] Me Adrien

- *« est-ce qu'on va facturer ce travail dans l'hypothèse où vraiment on va jusqu'au bout et où on est déclaré conforme par le Conseil, à ce moment-là, le client il n'a rien gagné et il va payer tout ce travail, pfff, ouais si votre client c'est Carrefour ou je ne sais quoi ou non, ou alors, ça c'est un truc qu'on peut imaginer, je pourrais me faire payer si si, c'est ce qui m'est arrivé une fois, si je défends un syndicat paysan »*[238]
- *« Après en tant qu'avocat on doit évidemment prendre en compte la fortune de nos clients comme on dit »*[239]

49. Il peut également y avoir un honoraire de résultat lequel est alors indépendant de la situation de fortune du client :
    - *« il peut y avoir un enjeu économique aussi dans le dossier, si c'est pour récupérer 5 millions d'euros, il va y avoir une convention d'honoraires avec le client (…) avec un intéressement si vous voulez donc ça peut-être 100 000 euros »*[240]
    - *« y a beaucoup de contentieux qu'on a au cabinet on est en honoraire de résultat donc tout ce qu'on va être amené à faire pour gagner est compris dans l'honoraire de résultat donc c'est gratuit »*[241]
50. L'étude de la QPC à l'aune des rapports de l'avocat avec son client met en évidence que ceux-ci reflètent très largement les règles déontologiques gouvernant la profession. Les entretiens révèlent également que l'appréhension de la QPC par le client est largement dépendante de leur capacité à comprendre cette procédure et du type de contentieux. Si tel est le cas, le client se réjouit de ce qu'une QPC soit déposée.

[238] Me Renée
[239] Me Sylvain
[240] Me Rose
[241] Me Rebecca

Les enjeux du coût de la QPC : une barrière à l'entrée?[242]

Introduction

1 - En se focalisant sur les "acteurs de la QPC", notre étude s'insère dans le champ de la (*micro*)économie dans la mesure où la décision de soumettre une QPC est le fruit d'une décision *individuelle* bien que partagée par les deux parties engagées. En effet, c'est sur les conseils avisés de son avocat que le client décide ou non de soumettre une QPC. Cependant, cette décision du client(e) va se faire sur la base du prix, *i.e* les honoraires, proposé par l'avocat(e). On est donc face à une interaction bilatérale stratégique qui nous oblige à mettre le curseur sur le comportement de l'avocat et sa manière d'estimer le coût de son travail.

2 - L'analyse de la QPC met la théorie économique face à une situation inédite, car non concurrentielle, où le comportement des acteurs joue un rôle de premier ordre pour le dépôt ou non d'une QPC auprès des juridictions compétentes. La théorie microéconomique standard nous apprend que les acteurs prennent une décision via un arbitrage rationnel entre le coût qu'il ou elle supporte et le gain qu'il ou elle en retire. En matière de QPC, ce raisonnement ne tient pas pour plusieurs raisons. Premièrement, la QPC ne relève pas d'un marché concurrentiel. Deuxièmement, les agents ici considérés, en l'occurrence les avocat(e)s, n'adoptent pas de comportement d'optimisation de leurs gains si on croit les entretiens réalisés lors de notre étude auprès de 39 avocats en France en 2019. Par conséquent, c'est dans un cadre de concurrence *imparfaite* qu'il nous faut appréhender le *marché* de la QPC. Ce contexte implique donc de se focaliser plus particulièrement sur le comportement des offreurs, *i.e* les avocats, et leur stratégie de fixation d'honoraires. Il nous semble opportun de se demander si ce comportement ne crée pas un biais pour le dépôt d'une QPC.

3 - Notre étude s'intéresse donc aux frictions, pour ne pas dire aux rigidités, qui empêcheraient un(e) avocat(e) de soumettre une QPC compte tenu de son coût. Ce dernier peut être excessif tant du côté de l'avocat(e) (si il ou elle supporte intégralement ce coût) que du côté du client (si il ou elle se voit facturer le surcoût que représente le dépôt d'une QPC devant le Conseil constitutionnel). Cette crainte a été parfaitement résumée par Me Rafael lorsque nous l'avons

[242] Rédaction : Nicolas Barbaroux

rencontré[243]: "*Est-ce que la QPC n'appartient pas à certains avocats comme on le rappelait, avocats à la Cour de cassation, au Conseil d'Etat, ou à certains gros cabinets plus spécialisés?*".

4 - Plus généralement, la question principale que nous soulevons ici est la suivante : Le coût de la QPC constitue-t-il un frein au dépôt d'une QPC ? *Si oui*, comment les avocats fixent-ils leur prix pour une QPC ?

La présente partie sera structurée de la façon suivante. La première partie présentera la situation de concurrence imparfaite dans laquelle s'insère la procédure de QPC. La seconde partie, quant à elle, procèdera à une analyse approfondie de la structure de coût d'une QPC à partir des résultats des entretiens menés par l'équipe de chercheur(e)s. La dernière partie, quant à elle, conclura sur la question qui nous occupe dans cette partie.

I. La QPC et l'analyse économique : une situation inédite

5 - La décision de soumettre une QPC met en interaction stratégique l'avocat(e) et son client. Nous sommes ici face à une situation non concurrentielle, pour ne pas dire inédite, au regard de la théorie économique. En effet, l'existence d'une concurrence qui serait dite *imparfaite* existe bel et bien dans la littérature économique. En revanche, elle supposerait un pouvoir plus ou moins partagé entre l'offreur (l'avocat) et le demandeur (le client). Or, dans le cas d'une QPC, le pouvoir de l'avocat est quasi exclusif, seul lui estime les coûts de la QPC. Le seul pouvoir qui subsiste dans les mains du client est de refuser ou non le prix proposé pour la QPC sans pour autant qu'il ait la possibilité de négocier ce prix. Lorsqu'on s'intéresse au comportement des clients, l'idée même d'un "*marché*" est discutable puisque le client ne met pas en concurrence d'autres avocats pour obtenir un meilleur prix. Il n'existe donc pas de marché oligopolistique de la QPC.

[243] Selon Me Rafael à propos de la QPC : "*(...) il, y a peut-être effectivement deux freins : le premier c'est le coût pour le client, ça je suis complètement d'accord avec mon bâtonnier et le deuxième frein c'est peut-être aussi la question de la première fois. Comment la bâtir, comment faire ? Est-ce que la QPC n'appartient pas à certains avocats comme on le rappelait, avocats à la Cour de cassation, au Conseil d'Etat, ou à certains gros cabinets plus spécialisés. Je crois qu'un jeune confrère généraliste aura peut-être cet écueil ou cette difficulté de basculer et de se mettre à plein temps sur la question de la QPC.* "

A. La QPC : une situation de concurrence imparfaite

6 - A priori, on pourrait penser que la décision de soumettre une QPC reflète une situation quasi traditionnelle entre un offreur (*l'avocat*) et un demandeur (le *client*) qui se rencontrent en vue de la production d'un service. Dans un contexte standard de concurrence entre offreurs et demandeurs, la théorie microéconomique nous enseigne que l'offreur doit fixer son prix de façon à ce que ce dernier couvre ce que l'on nomme le *coût marginal*, c'est à dire le supplément de coût apporté par la production de la dernière unité (en l'occurrence le coût de production du mémoire de la QPC). Or, en matière de QPC, nous ne sommes pas dans une telle situation. La tarification au coût marginal qui se voudrait être optimale ("*first best")* n'est donc pas possible car nous ne sommes pas dans un contexte de concurrence entre avocats. Cela nous oblige donc à construire un optimum de « *second rang* », c'est-à-dire une solution en matière de production et de tarifs permettant l'utilisation rationnelle des ressources tout en respectant la contrainte d'équilibre budgétaire pour l'avocat(e).

7 - Force est de constater que la procédure de la QPC est loin d'être ordinaire du point de vue de l'analyse économique pour deux raisons. La première a trait à la situation de ***concurrence imparfaite*** dans laquelle les deux parties se trouvent engagées. En effet, les économistes parlent de situation de ***concurrence imparfaite*** dès lors que la fixation du prix se fait dans un contexte de non concurrence et/ou d'informations imparfaites. Il faut comprendre par "information imparfaite" un contexte où l'avocat(e) est dans l'incapacité de connaître le coût réel qu'il ou elle va devoir supporter pour réaliser une QPC. Il ou elle se retrouve donc dans un contexte d'incertitude quant au montant réel qu'il ou elle va devoir supporter alors même qu'il ou elle va devoir prendre en compte ses coûts pour fixer son prix auprès de son client qui, à son tour, prendra sa décision de soumettre une QPC en fonction des honoraires demandés. La situation est donc par nature complexe car elle repose sur une interaction stratégique entre les deux.

8 - Dans les faits, cette situation de concurrence *imparfaite* se justifie par le comportement des clients. Notre étude, à travers les entretiens menés, témoigne que les clients ne mettent jamais en situation de concurrence les cabinets d'avocats en vue d'obtenir un meilleur prix. La décision de soumettre ou non une QPC, avant même le premier filtre des juridictions du fonds, appartient au seul client selon sa propre rationalité mais sur la base du prix (*honoraires*) proposé par l'avocat. La seconde raison concerne la question du coût de la procédure de QPC qui va être supporté (ou non) de façon exclusive ou partagée entre les deux parties engagées. Au coeur de

cette situation, c'est surtout la *structure* du coût qu'il convient d'étudier. En effet, le prix facturé au client est fixé par l'avocat *en amont* en fonction des frais internes qu'il ou elle supporte, ou du moins qu'il ou elle pense devoir supporter, pour le travail à venir. Le client quant à lui décidera de soumettre ou non cette QPC selon un processus d'arbitrage entre ce coût et les résultats attendus.

9 - Parmi les cas de concurrence imparfaite, on retrouve différentes situations. Dans le cas de la QPC, la relation entre l'avocat(e) et son/sa client(e) pourrait s'apparenter à une situation de *monopole bilatéral* où il y a un seul *offreur* (l'avocat(e)) et un seul *demandeur* (le ou la client(e)). Ainsi, la fixation du prix par l'offreur revêt une importance majeure pour le client car ce dernier ne va pas mettre en concurrence l'avocat(e) vis à vis de ses confrères en vue d'obtenir un prix plus faible. Cependant, lorsqu'on s'intéresse au comportement des avocats, il apparaît très clairement dans les enquêtes que nous avons réalisées que ces derniers proposent une tarification différente en fonction de la solvabilité estimée de leurs clients. Comme indiqué lors d'un des entretiens menés auprès de Me Agathe :

"*Il n'y a pas de règles différentes pour la QPC du reste. C'est-à-dire que mes obligations déontologiques m'obligent à fixer le montant de mes honoraires avec tact en ayant de la considération pour la situation de fortune de mes clients, et donc c'est à géométrie variable. C'est-à-dire que, au cabinet pour être clair on va avoir des QPC pour des grandes entreprises et aussi on va avoir des QPC pour des particuliers, pour des gens qui sont sans le sou et qui vont être éligibles à l'aide juridictionnelle. Et ça nous on est très attaché à ne pas faire de distinction et à se charger à la fois de procédures qui sont des procédures par exemple à l'aide juridictionnelle et des procédures pour des entreprises.*"

Ainsi, la structure de '*marché*' de la QPC en concurrence imparfaite se rapproche davantage d'un *monopole discriminant.*

B. QPC : un monopole discriminant ?

10 - La littérature en microéconomie qualifie de *monopole discriminant* toute situation de concurrence imparfaite où l'offreur, (ici l'avocat) propose une tarification différente de sa production en fonction de ses clients. S'il fixe un prix trop élevé, il restreint la clientèle en empêchant les acheteurs disposés à ne payer qu'un prix faible d'acheter le service. A l'inverse, s'il fixe un prix bas, le monopoleur n'exploite pas la disponibilité à payer des plus riches qui

seraient prêts à payer plus pour obtenir ce service. La théorie microéconomique nous enseigne donc que pour accroître son profit, le monopoleur a donc intérêt à pratiquer des prix différents pour différentes catégories de clients. Nonobstant, dans le cas d'un monopole discriminant, la situation de non concurrence ne profite pas pour autant à ceux qui bénéficient d'un prix réduit, car même réduit, ce prix reste au-dessus du prix qui serait pratiqué en situation de concurrence entre les offreurs. Cependant, toute la littérature standard part du principe que le monopoleur, *i.e* l'avocat, a un objectif de maximisation de ses gains. Dans les faits, ce comportement n'est pas automatiquement le seul but recherché.

11 - Le *'marché'* de la QPC possède une spécificité par rapport à un secteur productif économique marchand standard : l'incapacité de connaître les coûts de production. En effet, il en va de la nature même de tous les secteurs du droit de ne pas pouvoir lister explicitement *en amont* l'ensemble des frais qui vont devoir être engagés, alors même que la connaissance des coûts totaux est nécessaire si on veut pouvoir fixer un prix pour le proposer à ses clients avant qu'ils décident ou non de se lancer dans une procédure de contentieux. Par conséquent, le raisonnement via un coût moyen devient ainsi la norme de comportement des offreurs.

C. Rôle du coût moyen

12 - En présence d'incertitude forte notamment sur la longueur de la procédure impactant un volume horaire de temps de travail, la solution la plus probable en matière de fixation de prix consistera pour un(e) avocat(e) à pratiquer une tarification au coût moyen. Ce coût moyen correspondra alors à une estimation de l'ensemble des coûts qui vont devoir être engagés pour un contentieux. Ces coûts sont variables en fonction de l'estimation du temps de travail nécessaire à consacrer à un dossier selon sa complexité et le nombre de recours à engager. Cependant, l'incertitude relative au déroulement de cette procédure de contentieux oblige l'avocat(e) à raisonner en terme de *forfait* d'honoraires qui est censé se rapprocher *au mieux* du temps de travail et des frais annexes qu'il ou elle devra consacrer à un dossier.

13 - Si ce coût moyen estimé est supérieur au coût supporté par l'avocat(e) lors d'une QPC alors un profit émergera. A l'inverse, si le coût moyen est inférieur au coût réellement engagé (par exemple en cas de dépôt d'une QPC devant le Conseil Constitutionnel) alors le profit sera nul et l'avocat(e) produira son service à perte. La QPC met donc la théorie microéconomique face

à une situation inédite où les instruments et concepts standards de l'analyse microéconomique sont peu pertinents pour décrire la fixation de coût de la QPC par ses acteurs.

14 - La détermination d'un forfait d'honoraires *ex-ante* par l'avocat(e) peut s'analyser comme un ***prix de réserve***. La notion de *prix de réserve* renvoie à un prix fixé préalablement par le vendeur, ici l'avocat(e), en dessous duquel le service ne sera pas fourni. Il peut ainsi s'analyser comme un indicateur d'incitation à l'effort. Ce prix de réserve peut être ferme ou relatif. Il est *ferme* lorsque la vente est directement annulée si l'acheteur ne se satisfait pas de ce prix. Il est *relatif* lorsque des facteurs internes (tels que le type de clients, le gain anticipé, la présence de rendements croissants, etc.) lui permettent de modifier ce prix quitte à produire le service à perte. Dans ce cas précis, l'avocat(e) accepte de produire le service car il vise un autre objectif que le seul profit anticipé. Il est vrai que ce prix de réserve peut être influencé majoritairement par la présence de ce que les économistes nomment des *économies d'échelle*. Plus la taille du cabinet est importante, plus les coûts moyens de production d'une QPC seront faibles compte tenu de la présence d'effets d'apprentissage acquis lors des QPC précédemment réalisées. La fréquence de dépôt d'une QPC peut être un moyen de réduire le coût supporté par les avocat(e)s. Or, selon l'enquête que nous avons réalisée, 51.3% des 132 avocat(e)s sondés ont déposé une seule QPC au moment du sondage. Si on rajoute ceux qui ont déposé 2 et 3 QPC, ce qu'on peut considérer comme un nombre faible, on atteint un taux de 79,5% des sondés. Il est donc peu pertinent de mettre en avant l'existence d'un effet d'apprentissage dans la stratégie de fixation du prix par l'avocat(e).

II. Etude de la structure de coût d'une QPC

15 - L'analyse des 39 entretiens réalisés auprès des avocats nous permet de retirer plusieurs enseignements relatifs aux comportements des avocat(e)s et de leur stratégie de fixation de leurs honoraires pour une QPC. Le comportement des avocats en matière de fixation de prix reflète trois situations distinctes qui nous permettent de dresser trois idéaux types.

A. Modèle du tarif unique :

16 - Dès le début de la prise en charge d'un dossier, l'avocat(e) fixe un forfait global qui intègre un ensemble de coûts qui seront supportés pour ce dossier. Ces coûts sont estimés principalement sous la forme d'honoraires correspondant au nombre d'heures estimé que l'avocat(e) va consacrer à ce dossier. La QPC peut faire partie d'un de ces nombreux coûts au même titre que les coûts engendrés pour constituer un dossier ou plaider en première instance devant une juridiction de fonds[244]. L'avocat(e) considère la QPC comme un instrument à sa disposition parmi tant d'autres, et à ce titre il n'y a pas lieu de facturer doublement son client pour cette prestation. La question du coût de la QPC ne constitue ici nullement un frein au dépôt d'une QPC. On peut même considérer que le recours à la QPC ne représente aucun obstacle pour le client car le montant des honoraires qui a été fixé en amont internalise le coût de la QPC.

17 - Si on analyse de plus près la situation côté avocat(e), on peut modérer notre propos. Le coût de la QPC n'est jamais *internalisé* par l'avocat(e) lorsqu'il ou elle fixe ses honoraires via un forfait global. Si QPC il doit y avoir, alors cette dernière s'apparente plutôt à un surcoût non anticipé qui sera supporté intégralement par l'avocat(e). Dans une telle situation, le risque de faible rentabilité, voire de production à perte, est assumé par l'avocat(e) pour qui les honoraires fixés à un instant *t* ne couvrent pas les frais engagés pour ce dossier à l'instant *t+1*. C'est l'incapacité à pouvoir prévoir *ex-ante* l'ensemble des frais qui vont être engagés ex-post pour traiter ce dossier qui explique que l'avocat(e) accepte de produire à perte. Cette incohérence temporelle semble difficile à résoudre dans la mesure où la facturation d'un dossier par un(e) avocat(e) est imprévisible par nature.

[244] A la question posée à Me Rafael : "*Quel coût pour le client représente le déplacement, cette fois juste la procédure devant le Conseil constitutionnel ? Est-ce que ça a un coût supplémentaire en plus de toute la procédure qui est supposée de passer les différents filtres déjà ?",* ce dernier a répondu : "*non le coût après c'est la pratique des honoraires des cabinets d'avocats mais on va dire qu'on a un déplacement en train en Tgv, le client nous rembourse bien entendu le billet de train et puis une journée ou une demi-journée d'immobilisation à Paris, pour nous c'est une audience classique, il n'y a pas de facturation supplémentaire parce que c'est la plus haute, on va dire la plus haute juridiction de France, c'est facturé comme on irait plaider au Tribunal correctionnel de Paris ou de Bobigny quoi*."

B. Modèle de la tarification différenciée ou facturation au coût marginal :

18 - Dans cette situation, l'avocat(e) facture un forfait global d'honoraires à son client dès le début de la prise en charge du dossier au même titre que dans le modèle précédent de tarification unique. Dans l'hypothèse où le dépôt d'une QPC fait partie de la stratégie de défense choisie par l'avocat, ce dernier ne facture pas la rédaction du premier mémoire à destination du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation (après une première sélection opérée par une des juridictions du fonds). Ce coût fait partie prenante du forfait d'honoraire global que l'avocat(e) a fixé en amont à son client. En revanche, si la QPC est jugée recevable par le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation, et qu'elle nécessite de fait la rédaction d'un second mémoire à destination du Conseil constitutionnel, alors là ce coût supplémentaire, assimilable à un coût *marginal* en économie, sera facturé au client[245]. En effet, comme indiqué par Me Rebecca que nous avons interrogé à ce sujet, la QPC implique des frais supplémentaires (rédaction du second mémoire, frais de déplacement à Paris, frais d'un avocat au Conseil, frais d'hébergement, plaidoirie devant le Conseil constitutionnel qui représente grosso-modo une journée de travail)[246]. L'avocat se comporte ici comme dans une situation traditionnelle de concurrence en microéconomie où le prix égalise le coût *marginal*.

19 - Ce coût marginal peut constituer en soi un frein du côté de l'avocat(e) qui décidera de ne pas proposer de QPC à son/sa client(e) si il ou elle considère que ce coût marginal ne pourra pas être supporté par ce(tte) dernier(e)[247]. Comme énoncé par Me Sylvain : "(*la QPC*) *pour moi est hors de portée de la plupart des clients (...) en terme de coût et d'efficacité. Parce que moi je ne peux pas aller plaider devant le Conseil d'État et la Cour de cassation donc il faut passer*

[245] Selon Me Serge "*Une QPC pour moi, en tout cas c'est comme ça que je l'envisage ça coûte le prix d'un mémoire spécifique*".

[246] Selon Me Rebecca "*ce type de contentieux il coûte cher, parce que même si vous le pratiquez, on va dire vous avez le canevas, il faut analyser les textes, il faut faire des recherches, alors je sais bien qu'à l'ère d'internet vous pouvez aller vite voilà mais bon il faut du staff derrière, il faut du monde, donc une QPC là la dernière c'est 3 jours de boulot minimum, 3 jours de boulot pour poser le REP, la QPC, plus les jours qu'on va avoir derrière à gérer les éventuels échanges devant le Conseil d'Etat s'ils maintiennent leur position, plus derrière les échanges devant le Conseil constitutionnel et puis c'est pareil le Conseil constitutionnel vous y allez forcément*".

[247] Selon Me Rémi "*La problématique des QPC souvent c'est que ça a un coût supplémentaire. (...) Mais souvent, il y a un coût procédural supplémentaire. (...) Le renvoi au Conseil constitutionnel et la procédure devant le Conseil constitutionnel, l'audience, les mémoires, etc…ça a nécessairement un coût supplémentaire. Donc, après ça dépend des finances du client, de sa volonté d'obtenir l'annulation et quelque part, enfin nous, souvent, on fait à chaque fois une analyse préalable pour les chances de succès en la matière. Ça dépend aussi quelle est notre conclusion là-dessus. Donc, mais oui. Ce n'est pas automatique. Je pense qu'il y a, voilà, souvent on m'a demandé : quel est le coût de la procédure sans QPC et quel est le coût de la procédure avec la QPC ?".*

par un avocat, et les coûts sont toujours faramineux pour tout justiciable. Donc ça c'est vraiment, je propose rarement.".

20 - Dans le cas d'une tarification au coût marginal, force est de constater que la quasi-totalité des avocat(e)s interrogés admettent prendre en compte la solvabilité de leur client ou du moins leur pouvoir d'achat, avant de proposer une QPC[248]. En effet, en fonction du type de client, entreprise ou particulier, et en fonction de la nature du contentieux (fiscal, pénal, administratif ou civil) ils ou elles estiment une probabilité de succès et de gains possibles qui vient alors pondérer leur décision de proposer ou non une QPC. Un cas particulier apparaît lorsque la personne est éligible à l'aide juridictionnelle. Dans ce cas, le montant alloué pour ce type de contentieux et la solvabilité du client sont trop faibles pour compenser les coûts générés par la QPC. Ce prix de réserve est en quelque sorte ici imposé non pas par l'avocat mais par l'Etat. Cependant le prix est trop faible pour l'avocat(e) pour que cela justifie l'effort de se lancer dans une telle procédure.

C. Modèle *pro-bono* ou humaniste :

21 - Cas plus rares, certains avocat(e)s adoptent un comportement *pro bono* via le dépôt d'une QPC à titre gracieux. En effet, ils ou elles ont un objectif d'intérêt général (au détriment du profit individuel et du calcul de rentabilité) qui les motive à soumettre une QPC dès lors que cela participe à l'amélioration du droit. La QPC se comprend ici comme une opportunité pour l'avocat(e) de réparer une incohérence du système juridique en rétablissant le respect de la constitution. Même si la constitution peut s'apparenter à un bien commun, le coût de sa (bonne) gestion se doit d'être supporté par les praticiens du droit mais en aucun cas par ses usagers.

[248] Les dires de Me Rafael sont éclairants à ce sujet : "Si c'est un confrère (hors Paris), y a le coût du déplacement, c'est une journée à Paris et notamment en matière pénale, souvent on a des clients qui ont peu d'argent et ils ne peuvent pas dépenser 2 ou 3000 euros simplement sur ce qu'on va appeler nous, une question de principe, qui va permettre de faire évoluer la loi et la jurisprudence."

Tableau : Synthèse des comportements de tarification d'une QPC

Modèle de tarification	Type de tarification	Structure de coût	Coût comme frein pour déposer une QPC ?
Tarification unique	Forfait global d'honoraires sans distinction du coût de la QPC. Le coût de la QPC est internalisé en partie par l'avocat(e).	Coût fixe (coût moyen de la QPC)	Non
Tarification au coût marginal	Forfait global d'honoraires plus le surcoût généré par la QPC. Le (*sur*)coût de la QPC est partagé entre l'avocat et le client qui prend à sa charge une partie du coût supplémentaire (*coût marginal*) généré par le dépôt d'une QPC.	Coût fixe (estimation coût moyen d'honoraires) + Coût marginal lié à la QPC	Oui
Pro-bono	Le coût est assumé à 100% par l'avocat(e)	Coût fixe	Non

Conclusion

22 - Notre étude auprès des avocat(e)s nous permet d'avancer les arguments suivants. Premièrement, la procédure de la QPC en deux étapes (allant du dépôt jusqu'à sa présentation *in fine* auprès du Conseil constitutionnel) implique deux types de coûts : un *coût moyen* et un *coût marginal* (dans l'hypothèse où le premier filtre par une des juridictions de fond a été rendu favorablement). Certains avocat(e)s distinguent ces deux types de coûts en facturant ainsi la QPC en fonction de ses deux étapes; d'autres rassemblent ces deux types de coûts dans une seule et unique fonction de coût globale et ils proposent ainsi un prix global moyen en fonction de leur estimation du temps de travail à opérer pour soumettre une QPC. Deuxièmement, la procédure de QPC via ses deux étapes fait apparaître un coût *marginal* qui dans la majorité des cas est facturé aux clients. Autrement dit, le comportement de facturation au coût marginal est le plus représentatif du comportement des avocats en matière de facturation de la QPC. Il

apparaît que lorsque la QPC est proposée au client, l'avocat(e) a estimé en amont la capacité de son/sa client(e) à pouvoir assumer ce surcoût. En ce sens, peut-on dire que le coût de la QPC constitue un frein au dépôt d'une QPC ? La réponse à priori semble être négative car très peu de clients refusent une QPC pour des questions de coût. Ce résultat est, cependant, biaisé puisque le filtre opéré par l'avocat(e) en amont conduit à discriminer les clients selon leur solvabilité potentielle. Ce comportement de monopole discriminant conduit donc naturellement à ce que la quasi exclusivité des propositions de QPC soit acceptée.

23 - Au final, le simple fait que les avocat(e)s admettent tarifer différemment leur travail en fonction de la solvabilité anticipée de leur client reflète, certes, un comportement conforme à la déontologie du métier, mais cela témoigne aussi *in fine* que le coût d'une procédure de QPC constitue un frein potentiel à son acceptation.

24 - En ce sens, si on veut que la QPC demeure une *question prioritaire de constitutionnalité* et non une *question prioritaire de coût*, alors il pourrait être souhaitable que le coût marginal constitué par le dépôt d'un mémoire de QPC puisse être réduit de façon à diminuer le coût marginal supporté par le client et ou son avocat(e).

3) Stratégies d’utilisation de la QPC

Quelle place pour la QPC dans la stratégie des avocats ?[249]

Introduction

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).

[249] Rédaction : Éliette Rubi-Cavagna

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 mitraillette 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 »[250].

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 ne 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 fondamentaux[251], 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

[250] 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.
[251] 80,9% des répondants au questionnaire (avocats à la Cour).

questionnaire ne qualifient 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 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 mitraillette* », 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 ainés, 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 avions 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 ce n'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 règlementation parce que aujourd'hui, depuis longtemps, depuis l'arrêt Alitalia vous le savez, qu'on peut demander à l'administration d'abroger une règlementation 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 règlementation qui en elle-même n'a rien d'illégale puisqu'elle ne fait que mettre en œuvre la loi, mais pour greffer une QPC, pour avoir… puisqu'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 systématique 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, ceux 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 s'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* »[252] 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

[252] Expression de Me Antoine

reposant sur la non compatibilité avec une convention internationale ou européenne[253] en fonction des chances de succès.

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 militants[254]. 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 ce n'est pas, on est là à la fois*

[253] 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.
[254] Lire l'étude consacrée à l'engagement (cause laweyring) réalisée par Corinne Delmas, Antoine Pélicand et Nicolas Rafin au sein de cette recherche.

comme avocats mais on porte la parole d'associations parce que c'est un combat qui est un combat auquel (…) nous croyons intimement ».

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 ce n'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 ne 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 ce n'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 ne 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 n'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 QPC[255].

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 filtrage[256], 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'en 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 recours[257].

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 Rafael développe : « *le*

[255] Lorsque l'élément cité fait l'objet d'une étude détaillée dans le cadre de cette recherche, nous renverrons à cette étude.
[256] La procédure de filtrage fait l'objet d'une étude approfondie par Fanny Jacquelot.
[257] 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.

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 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 Sylvain[258] 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

[258] 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 coût[259], 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 résume « *deux questions importantes pour l'avocat aujourd'hui, (…) et je crois qu'il n'y a pas d'avocat*

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

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 adaptée[260]. 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 public, donc un établissement public peut pas aussi facilement que ça contester une disposition légale* ».

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

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, ce n'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, ce n'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 légalistes, 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 qu'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 souhaité[261]

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 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

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

questionnaire puisque des répondants ont déclaré avoir déposé une QPC pour obtenir un sursis à statuer ou pour allonger la durée de la procédure[262] 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 mitraillette, boulet de canon, nitroglycérine... Me Renée souligne : « *Ça 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 : « *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*

[262] 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.

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 n'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 n'est pas conforme aux libertés fondamentales et donc il faut transmettre la QPC. Si ce n'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	+ /-/∅			

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 »	+ /-/∅ -			

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 *pro bono*	-		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.

Les effets de la QPC[263]

Introduction

1 - Le but de la recherche est d'étudier, avec dix années de recul, la manière dont les acteurs de la QPC se sont appropriés cette procédure. Parler des effets de la QPC, c'est donc avant toute chose tenter de déterminer « pourquoi » un avocat décide de la mettre en œuvre, quel est son but, quel est l'effet recherché. La réponse peut paraître évidente de prime abord : le but est d'obtenir l'abrogation définitive d'un texte. L'étude des entretiens démontre pourtant que la réalité est plus subtile et que les desseins sont parfois bien différents.

Parfois, ces effets recherchés ne sont pas obtenus. Cela ne pose généralement aucun problème lorsque la déception tient au rejet pur et simple de la QPC. En revanche, il arrive que la décision d'abrogation soit privée d'effet utile pour le demandeur. Il s'agit là d'une situation qui est quasi unanimement contestée par les avocats, quels qu'ils soient.

D'ailleurs, ces derniers essayent le plus souvent de se prémunir ou d'avertir leurs clients du risque d'une victoire à la Pyrrhus.

Ainsi, l'étude des effets de la QPC implique de distinguer ceux qui sont recherchés, ceux qui sont dénoncés, avant d'étudier comment les avocats tentent de prévenir ces derniers.

I. Rechercher

2 - L'effet principal de la QPC est, si la demande prospère, d'obtenir l'abrogation d'un texte. Celui-ci est donc purement et simplement retiré des règles du droit positif, à l'égard de tous : on parle d'effet *erga omnes* (A).

Cet effet définitif est souvent présenté comme l'un des points forts de la QPC par rapport aux autres contrôles de la loi et, notamment le contrôle de conventionalité. Il y aurait là une raison de préférer la première au second. Pourtant, et de manière assez étonnante, il ressort des entretiens que les avocats sont assez indifférents à l'effet particulier de cette abrogation. Ce

[263] Rédaction : Gatien Casu.

qu'ils recherchent avant tout, c'est l'effet que peut avoir la QPC pour leur client, l'effet à l'égard du demandeur (B).

Cette distinction est lourde de conséquences quant à la nature même de la QPC. L'abrogation du texte laissait entendre que cette procédure était mue par un intérêt général fort. Les entretiens démontrent au contraire que, dans l'immense majorité des cas, la procédure n'est jamais qu'un moyen de défense supplémentaire entre les mains des parties pour parvenir à leur fin. La QPC serait donc, d'abord, une procédure exercée dans l'intérêt privé de chacun, même si son issue permet de satisfaire l'intérêt général.

A. Effets erga omnes

3 - Contre toute attente, si l'abrogation est bien l'effet recherche par les avocats, il ressort des entretiens que l'effet *erga omnes* de l'abrogation n'a que peu d'importance (1). Ce qui compte, c'est avant tout l'effet utile de la QPC (infra).

En revanche, il est un second effet qu'ils recherchent souvent et qui constitue un détournement de la procédure de QPC : l'obtention d'une interprétation (2) de la part des juridictions suprêmes administrative et judiciaire.

1. Abrogation

4 - L'effet *erga omnes* de l'abrogation n'est pas totalement laissé pour compte ! Cela dépend pour beaucoup de la nature du demandeur : particulier ou institutionnel. Ainsi que le relèvent quelques avocats, les seconds y sont plus attachés que les premiers. Me Armand explique clairement qu'il : *« y a deux types de clients : le client Lambda, il veut avoir la satisfaction matérielle recherchée, ces subtilités ne l'intéressent pas beaucoup, ça l'intéresse en tant que moyen d'obtenir la satisfaction qu'il recherche, mais pour d'autres clients, ils sont évidemment attachés à l'abrogation qui est recherchée, parce que ça peut valoir pour le dossier qui est en cours mais pour d'autres dossiers. Donc ça peut s'insérer pour eux dans une stratégie beaucoup plus vaste ».*

D'ailleurs, pour un institutionnel, la QPC est d'autant plus efficace qu'elle permet parfois d'obtenir l'abrogation d'un texte alors qu'il n'a même pas encore été appliqué. Pour parvenir à un tel effet, l'avocat va d'abord exercer un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif directement devant le Conseil d'État, recours à l'occasion duquel il dépose une

QPC. Cette utilisation particulière de la QPC a été personnellement utilisée par deux des avocats entendus[264].

Toutefois, la distinction entre le demandeur particulier et le demandeur institutionnel est également tempérée par Me Albert, pour qui la différence existe bien théoriquement : *« si vous avez un plaideur institutionnel qui veut faire passer une thèse, une idée, un combat institutionnel. Il privilégiera sans doute la voie de la QPC qui aboutit à l'abrogation. Si elle aboutit. Alors que la voie du contrôle de conventionnalité aboutit simplement, dans cette affaire, à écarter l'application du texte législatif. Donc pour encore une fois, un plaideur institutionnel, je pense que la QPC sera plus adaptée ».* Mais il relativise immédiatement la distinction car les choses *« ne sont pas aussi simples que ça. Parce que certes une déclaration d'inconventionnalité est spécifique à l'affaire en question, m'enfin elle a tout de même des effets. Si elle émane de juridictions suprêmes, Conseil d'Etat ou Cour de cassation, la décision jurisprudentielle est connue. On peut penser qu'elle aura finalement une application qui aboutira à très court terme ou à moyen terme à des effets pas très différents de celle d'une abrogation pure et simple. Donc il ne faut pas non plus exagérer sur la différence de portée entre une déclaration d'inconstitutionnalité et d'abrogation, et une simple déclaration d'inconventionnalité ».*

2. Interprétation

5 - Parfois l'avocat dépose une QPC en sachant pertinemment qu'elle a peu de chances d'aboutir. Peu importe, puisque l'effet recherché n'est pas celui-là. L'avocat souhaite simplement provoquer les juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire ou administratif afin d'obtenir rapidement une interprétation qui lui fait défaut (a). Parfois, il s'agit même de suggérer un revirement de jurisprudence (b).

a) Fixer l'interprétation

6 - Parfois, le refus de transmission d'une QPC n'est pas un échec, bien au contraire. Certains avocats avouent même poser des QPC alors que les chances de succès sont minces, voire inexistantes[265]. Ce qu'ils cherchent n'est pas tant l'abrogation d'un texte dont la constitutionnalité n'est pas vraiment douteuse, mais plutôt de contraindre les juridictions à prendre rapidement position sur un problème de droit controversé. La QPC apparaît alors

[264] Me Adrien et Me Patrick.
[265] Me Patrick : « *Pour tout vous dire, il nous arrive même d'introduire des QPC, notamment lorsqu'on conteste des instructions de l'administration, alors qu'en fait, on pense qu'il n'y a pas de problème de constitutionnalité* ».

comme un accélérateur de l'élaboration d'une jurisprudence, alors que le chemin jurisprudentiel habituel exigerait plusieurs années avant de bénéficier d'une jurisprudence fermement établie.

Bien évidemment, cette pratique est essentiellement celle des avocats aux conseils. En effet, si la question était posée devant les juridictions du fond, l'absence de caractère sérieux ferait obstacle à la transmission et, par voie de conséquence, à la saisine des juridictions suprêmes administrative ou judiciaire.

Deux avocats témoignent explicitement de cette technique. Me Adrien, avocat aux conseils spécialiste de la QPC indique : *« on dépose une QPC et l'absence de renvoi de la QPC vient nous servir pour obtenir satisfaction au fond contre la décision »*. Par exemple, lorsqu'il veut obtenir la cassation d'un arrêt d'appel, il va considérer que l'interprétation retenue par cette Cour reflète l'interprétation constante de la Cour de cassation et que cette interprétation est inconstitutionnelle. La Cour de cassation va rejeter la QPC en expliquant que cette jurisprudence n'est pas sa jurisprudence constante. Or *« potentiellement c'est utile d'avoir une décision qui vous dit ça. Parce que dans le doute, ça va vous permettre de clarifier la position de la jurisprudence de la chambre. Et derrière vous allez revenir avec votre décision de non transmission devant le même juge qui est le juge du fond en disant « mais regardez ce que vous venez de décider que ce n'est pas votre jurisprudence. Ce n'est pas votre jurisprudence, faut bien que vous cassiez ». « Ah non on n'a pas dit que c'était pas notre jurisprudence on a dit qu'on avait jamais statué sur cette question-là ». « Maintenant va falloir le faire ».*

Me Patrick témoigne également de ce détournement de la QPC et revient sur la pratique de certains avocats fiscalistes consistant à déposer un recours pour excès de pouvoir contre une instruction afin de pouvoir déposer une QPC contre la loi la soutenant. Il explique que le but n'est pas d'obtenir la transmission de la question. Le but est *« d'obtenir de la part du juge une interprétation de la loi qui prive d'intérêt la QPC. C'est à dire qu'on est dans une logique où ce qui nous intéresse, ce n'est pas la transmission de la QPC, c'est l'interprétation et en introduisant une QPC, on oblige le Conseil d'État à se prononcer rapidement »*[266].

b) Revirer l'interprétation

Parfois, la QPC est utilisée à des fins plus stratégiques encore : celle d'obtenir un revirement de jurisprudence ou, à tout le moins, la censure d'une interprétation retenue par les juges du fond.

[266] Me Patrick

7 - L'obtention d'un revirement de jurisprudence est un effet souvent recherché par les avocats aux Conseils. Si l'exemple typique reste le revirement de la Chambre criminelle au sujet de la responsabilité pénale des personnes morales, les entretiens démontrent que ce but est très souvent recherché. Me André explique par exemple que *« ce que je veux encore une fois c'est la cassation de la décision, donc que je l'obtienne par revirement de jurisprudence ou par voie de la QPC ça m'est complètement égal et effectivement c'est une manière de les inciter. Quand je pense effectivement que le texte tel qu'interprété par la Cour de cassation soulève une difficulté et bien la QPC est une manière de leur dire : votre jurisprudence elle est très bien sauf qu'elle pose un sérieux problème constitutionnel et vous ne pouvez pas la maintenir telle quelle ou alors il faut renvoyer le texte au Conseil ».* Me Anne est tout aussi explicite, témoignant que : *« parfois aussi, c'est d'une certaine façon plus prémédité, c'est parce qu'il y a une jurisprudence contre ce que je veux soutenir. Et la QPC, et c'est vrai que je l'utilise comme ça, et d'ailleurs parfois avec succès, je la pose non pas tant dans l'espoir d'être renvoyée au Constitutionnel, mais de faire bouger la jurisprudence de la chambre concernée.* Enfin, Me Albert souligne que *« ce qui arrive parfois, pas souvent mais parfois, à l'occasion d'une QPC, c'est de remettre en cause une jurisprudence, qui est parfois publiée par la doctrine ; et en déposant un évènement de QPC parallèlement, souvent il n'y a même pas lieu à transmission parce que la juridiction suprême a reviré. Et donc, là, si vous voulez la possibilité de revirer elle est vraiment liée à la QPC, hein, bien entendu. Et il m'est arrivé d'avoir une modification d'interprétation d'une disposition législative dans une décision dans laquelle j'avais parallèlement déposé une QPC et qui n'a pas eu lieu d'être transmise ».*

8 - Parfois, la QPC est déposée dans le but d'alerter les juges de cassation sur l'inconstitutionnalité de l'interprétation retenue par les juges du fond. La transmission de la question au juge constitutionnel n'est pas une fin en soi. L'essentiel est d'obtenir la cassation de l'arrêt rendu en appel. Me Antoine explique que, dans un dossier, il a déposé une QPC devant le Conseil d'État pour contester l'interprétation que la Cour administrative d'appel avait retenue du texte applicable au litige. Certes, la question n'a pas été transmise, mais le Conseil d'État a censuré l'interprétation retenue en appel[267].

[267] Me Antoine : « *Non, après, il y a des QPC plus ou moins stratégiques, c'est-à-dire que vous pouvez dire, ben le texte doit être lu comme ça, et s'il n'est pas lu comme ça, il est contraire à la Constitution (…) j'ai eu une fois effectivement un dossier qui était mal orienté, on a soulevé une QPC et finalement du coup le Conseil d'Etat… moi 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* ».

Cette pratique, qui consiste à provoquer le revirement de la jurisprudence des juridictions suprêmes des ordres administratif et judiciaire est donc courante. Elle interroge évidemment, surtout lorsque le Conseil d'État et la Cour de cassation font droit à cette demande. En effet, la question se pose de savoir s'ils n'excèdent pas leur rôle de filtre pour s'ériger en véritable juge de la constitutionnalité. C'est une question délicate à laquelle les avocats soumettent volontiers leurs juridictions suprêmes.

B. Effets pour le demandeur

9 - Si l'effet *erga omnes* de l'abrogation n'est pas systématiquement recherché par les demandeurs, pourquoi donc déposent-ils une QPC ? L'analyse des entretiens rassure sur un point : la QPC est rarement utilisée pour son effet dilatoire (1). Cela arrive parfois, mais il s'agit d'un phénomène exceptionnel. En revanche, la raison essentielle pour laquelle un demandeur dépose une QPC, c'est son effet utile (2).

1. Effet dilatoire

10 - Il est rassurant de remarquer que la QPC n'est que très rarement utilisée à des fins dilatoires.

Il y a bien évidemment quelques exceptions. Certains avocats dénoncent la pratique de leurs confrères. Ainsi, Me René fait état d'un avocat carcassonnais qui déposerait des QPC à des fins dilatoires. Me Arsène explique que, dans un dossier, une partie civile espérant un infléchissement de la jurisprudence de la Cour de cassation avait déposé pas moins de quatre QPC. Selon lui, *« là, ils jouaient la montre et clairement j'ai du mal à comprendre »*. Un autre[268] explique que l'intérêt dilatoire est évident, notamment dans le contentieux routier où le temps gagné « permet de faire des stages de récupération de points », mais qu'il se garde d'utiliser ainsi la QPC. Un dernier, enfin, voue clairement avoir déjà déposé une QPC pour gagner du temps. Me Sylvain explique qu'en matière d'urbanisme, le dépôt de la QPC a permis de retarder l'issue du procès, de geler d'autant le PLU et de bloquer les projets d'aménagement de la personne publique.

Hormis ces quelques exceptions, l'écrasante majorité[269] des avocats déclare utiliser la QPC à bon escient. Il faut dire que l'effet dilatoire est maigre, d'abord parce qu'une question non

[268] Me Pierre
[269] Me Alice, Me Arsène, Me René, Me Pauline, Me Rafael, Me Rose, Me Régine, Me Rémi…

sérieuse est rapidement évacuée, ensuite et surtout parce que les délais de jugement sont, en tout état de cause, particulièrement brefs.

Pour autant, plusieurs avocats ont le sentiment que la QPC est parfois mal perçue, non seulement par les avocats de la défense[270], mais aussi parfois par les juges eux-mêmes[271]. Me Sylvain, par exemple, considère qu'« *il y a deux catégories de magistrats, il y a une catégorie de magistrats qui aiment parce que ça leur change un petit peu l'étude des dossiers, et sur le plan intellectuel encore une fois c'est intéressant. Voilà. Et puis il y a une autre catégorie de magistrats, alors d'avantage au tribunal administratif qu'à la Cour mais enfin, qui se disent « ohlala voilà, c'est pour faire gagner du temps, enfin perdre du temps du coup, donc nous on ne va pas pouvoir instruire, on va être obligé de suspendre notre instruction donc on va perdre du temps, donc on sera plus dans les délais pour prendre notre décision… » »*.

Pour conclure, il semble que les avocats jouent le jeu et utilisent la QPC lorsqu'une question de constitutionnalité se pose. L'effet dilatoire est rarement recherché. Mieux, dans certaines affaires pénales, le temps de la QPC jouerait en défaveur de la QPC[272]. En tout état de cause, l'idée d'imposer une fenêtre procédurale pour poser la QPC serait une mauvaise chose[273].

2. Effet utile

11 - L'effet recherché par les avocats est avant tout l'effet utile de la décision pour leur client.

Il est rare que la QPC soit déposée dans une perspective purement prospective, avec la conscience que le demandeur n'en bénéficiera pas. Sans doute cela est-il dû à la lourdeur de la procédure, surtout lorsque la question émerge dès la première instance. Il arrive toutefois que certaines QPC soient déposées pour la beauté de la cause, notamment lorsque des institutionnels sont à la manœuvre ou encore en matière pénale (cf. : infra).

Il est intéressant de remarquer que « la publicité » faite par le Conseil constitutionnel au profit des avocats a bien fonctionné. En effet, l'un d'entre eux explique clairement que la procédure lui semblait réservée à quelques gros cabinets d'avocats spécialisés dans la défense de clients

[270] Me Pauline
[271] Me Rafael et Me Sylvain
[272] Me Stéphane
[273] Me Pauline : « *Je connais les réflexions. Je sais qu'il y a des réflexions, qu'il y a eu des réflexions probablement aussi au sein du Conseil Constitutionnel sur faut-il modifier les textes pour imposer aux avocats une fenêtre de type QPC à la procédure. Je connais ces réflexions-là. J'en ai bien discuté avec un certain nombre de personnes. Heu... je pense que ce n'est pas une bonne, c'est pas une bonne solution. Ce ne serait pas un bon signe. Ce ne serait pas, politiquement ce serait pas bon signe, ça serait une mesure de défiance et ça serait vécu comme tel* ».

institutionnels (associations, syndicats, ordres professionnels…), mais qu'il a changé d'avis lors de formations sur le sujet. Me René explique s'être rendu compte que la QPC était une procédure au service du citoyen avant tout et que l'effet abrogatif venait simplement s'ajouter à l'effet utile de l'abrogation pour son client.

La question existentielle que se posent les avocats avant de déposer une QPC est donc : en quoi cette procédure peut m'être utile ? Pour obtenir la cassation ? Pour gagner mon procès ? Les avocats *« ne font pas des procédures pour le plaisir de faire des procédures »*[274]. Telle est sans doute la raison pour laquelle les décisions du Conseil constitutionnel sont souvent contestées lorsqu'elles aboutissent à priver le demandeur de l'effet utile de l'abrogation.

II. Dénoncer

12 - Les décisions du Conseil constitutionnel ne profitent pas toujours au demandeur. Tout dépend du texte dont la constitutionnalité est contestée. Tout dépend, aussi, de l'exercice, par le Conseil, des facultés dont il dispose pour aménager l'effet de ses décisions dans le temps. Ces aménagements sont de deux ordres, même s'il ressort de l'analyse des entretiens que peu d'avocats arrivent à les distinguer : il peut, d'une part, différer dans le temps les effets de l'abrogation, mais il peut aussi, d'autre part, aménager un régime transitoire déterminant les effets concrets de sa décision sur les affaires en cours ou passées.

L'exercice de ces facultés est souvent critiqué par les avocats, soit que le Conseil les utilise trop, soit qu'il les utilise trop peu. De manière générale, il y a lieu à contestation chaque fois que le demandeur ne bénéficie pas de l'effet utile de l'abrogation. Ce sont alors les effets de la décision d'inconstitutionnalité qui sont critiqués (A). Mais la contestation concerne également la jurisprudence même du Conseil constitutionnel sur l'effet de ses décisions dans le temps (B). Il apparaît en effet que sa jurisprudence n'est pas suffisamment prévisible, ce qui empêche les avocats de déterminer avec une probabilité suffisante la possibilité, pour leur client, de bénéficier de la procédure.

[274] Me Agathe : « *Pour moi, il faut toujours se poser la question de l'effectivité des droits. Ça ne sert à rien d'avoir un mécanisme aussi élaboré que la QPC, si derrière, les gens qui les portent in fine, c'est-à-dire nos clients, les personnes physiques, ou les sociétés qui sont aussi nos clients, ont le sentiment qu'on fait ça pour la beauté des principes. Mais que d'un point de vue concret effectif, ça ne va pas changer leur vie ou le procès qu'ils peuvent avoir* ».

A. La critique de la décision du Conseil

13 - Deux critiques sont opposées au Conseil constitutionnel. D'abord, l'écrasante majorité des avocats considère que l'abrogation doit profiter au demandeur, ce qui n'est pas toujours le cas (1). Ensuite, certains avocats se considèrent comme perdus lorsqu'il s'agit d'appliquer une décision d'abrogation et considèrent que le Conseil constitutionnel devrait davantage s'impliquer dans la détermination des effets de sa décision, quitte à établir systématiquement un régime transitoire (2).

1. La critique de l'absence d'effet utile

14 - On aborde ici le point qui concentre le plus de critiques : l'absence d'effet utile de la QPC pour le demandeur. La majorité des avocats conteste cet état et voit là une faiblesse de la QPC[275], notamment par rapport au contrôle de conventionnalité[276]. Cette critique vaut que l'abrogation soit pure et simple, ou qu'elle soit différée dans le temps.

a) Abrogation pure et simple

15 - Parfois, l'abrogation de la disposition inconstitutionnelle n'aura aucun effet pour le demandeur à la QPC. Au regard des entretiens, cette situation se produit surtout dans deux hypothèses :

D'abord, lorsque le Conseil constitutionnel constate une atteinte au principe d'égalité en tant « que ne pas », c'est à dire, par exemple, lorsqu'un avantage octroyé à certaines catégories de personnes est considéré comme contraire à ce principe. Le Conseil constitutionnel abroge la disposition en cause, ce qui revient à priver tout le monde de l'avantage initialement octroyé à quelque uns. Il s'agit d'une carence du contrôle de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité. Me Patrick prend l'exemple de l'affaire Red Bull dans laquelle une société

[275] Me Amélie : « *Maintenant on est sûr que… très très souvent, la QPC va soit donner lieu à une réserve. On va dire : « non, non c'est parfaitement constitutionnel, sous réserve évidemment de l'interpréter comme ça », et ça moi en Sécurité sociale, je l'ai eu plein de fois, et on sait également qu'ils ne vont pas vouloir mettre un coup de pied dans la fourmilière et empêcher, enfin, déjouer toutes les prévisions des parties. Et le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat fait la même chose avec…la jurisprudence AC en disant, ben ce sera à partir de tant, pour vous permettre de vous mettre en ordre de marche ce qui est bien, hein, ça pour le coup je trouve ça très très bien. Et ça limite, ça limite évidemment un peu l'intérêt, l'intérêt du recours. L'efficacité reste la même mais disons que ça ne donne pas forcément envie de se lancer dans des choses dont on sait que ce sont les autres qui vont tirer les marrons du feu. Parce que si on dit : « Oui c'est annulé mais ce sera seulement à partir de l'année prochaine », vous, vous avez fait le boulot mais vous en retirez aucun bénéfice. C'est juste une satisfaction morale, mais c'est un peu insuffisant pour celui qui paye* ».

[276] Me André ; Me Armand

avait « *demandé l'application d'un avantage fiscal qui ne lui bénéficiait pas, une histoire de taxe sur les boissons énergisantes, évidemment. Et donc le Conseil constitutionnel dit : ben oui vous avez raison, donc j'annule l'avantage… point (…) L'affaire retourne devant le juge du fond qui était le Conseil d'état, c'était un recours pour excès de pouvoir, et le Conseil d'état va se fonder sur les stipulations de la CEDH, c'est-à-dire l'article 14 de la CEDH pour juger qu'il y a une atteinte au principe d'égalité et que cette atteinte ne peut être réparée que par l'extension de l'avantage* ».

Ensuite, lorsque la règle contestée est une règle de procédure, car l'abrogation n'a pas pour conséquence nécessaire de remettre en cause les actes qui ont été pris antérieurement conformément à la loi inconstitutionnelle. Me Ronan témoigne d'une affaire où l'abrogation n'avait aucun intérêt pour son client dans la mesure où il s'agissait de contester la possibilité pour le tribunal pour enfant de prononcer une peine de prison assortie de l'exécution provisoire sur le fondement d'un texte de droit commun. Cette abrogation n'avait aucune chance de profiter au client dans la mesure où la peine de 3 semaines serait exécutée au moment de l'examen de la QPC en appel. Mais elle a tout de même posé la QPC, pour l'intérêt général. Et le Conseil constitutionnel a censuré. Cette procédure a même eu un effet néfaste pour son client puisque la QPC impliquait d'interjeter appel du jugement, ce qui fermait la voie à toute demande d'aménagement de peine.

Cette situation est contestée par Me Régine. Selon cet avocat, « *c'est quand même extrêmement frustrant d'avoir juridiquement raison, c'est le Conseil qui le dit, voilà et que ça n'ait aucune utilité pour le client, c'est absurde si vous voulez comme situation et je pense que ça limite le nombre de QPC aussi, quand vous pensez sur les questions de procédure* ». Il ajoute qu'il serait intéressant que l'abrogation des règles de procédure profite à celui qui a intenté la QPC : « *ce ne serait pas absurde de prévoir que ça produise les effets d'une annulation, ce serait intéressant en matière de procédure pénale, mais je suis pas sûr que (rires) je suis pas sûr que le législateur veuille ça et, du coup maintenant je l'anticipe sur les questions de procédure* ».

b) Abrogation différée

16 - Si l'abrogation pure et simple est parfois dénuée d'intérêt pour le demandeur, la situation est encore plus contestée lorsque l'absence d'effet utile tient à une abrogation différée[277]. Il est

[277] Même si d'autres, minoritaires, le comprennent, notamment Me Rémi et Me Régine, voir le justifient, notamment Me Alice : « *ben oui, enfin ça c'est le Conseil d'Etat qui a donné un peu l'exemple avec ce système de modulation dans le temps… ben je… on le comprend tout de même… on se dit c'est vrai que de temps en temps une abrogation brutale entraînerait un vide juridique, il faut laisser le temps à l'Administration de revoter un texte*

difficile d'accepter que celui qui a fourni tant d'efforts soit privé du bénéfice de son travail. C'est une remarque récurrente[278]. Les termes employés sont variables dans leur intensité. Certains avocats regrettent simplement son utilisation[279] et invitent le Conseil constitutionnel à n'utiliser cette technique qu'avec *« beaucoup de circonspection »* car elle *« pose des difficultés »*[280]. D'autres sont parfois beaucoup moins mesurés considérant que cette possibilité *« manque de sens »*[281], dénonçant une *« victoire à la Pyrrhus »*[282], une *« grosse faiblesse de la QPC »*[283], une *« technique dangereuse »*[284], voire une procédure *« complètement déceptive quand la décision du Conseil constitutionnel ne vous profite pas »*[285]. Un avocat considère que l'absence d'effet utile est même *« délirant »*[286].

Cette absence d'effet utile est vue comme un aléa par Me Armand[287], Arsène[288], Raymond[289] et Rafaël[290]. Elle est vue comme une anormalité par Me Rebecca, pour qui l'effet différé serait

conforme, donc sur le principe, ça ne me choque pas alors c'est vrai que si j'en subis les inconvénients, je ne suis pas content, mais ça me paraît normal ».

[278] Me Albert : « *Ça pose en plus, pour être très franc des vraies difficultés vis-à-vis du plaideur, du justiciable si vous voulez, alors bon, le plaideur institutionnel, encore, il comprend que c'est un mauvais coup qu'on lui fait, si je puis dire. Le plaideur personne, l'entreprise, la petite entreprise, ou la personne physique, c'est quand même assez difficile de lui expliquer qu'il a gagné, que bravo, il a obtenu que le juge constitutionnel français reconnaisse l'inconstitutionnalité de cette disposition qu'on lui oppose, mais que, ma foi, ce sera pour la postérité, en tout cas pour les suivants, mais pas pour lui. C'est quelque chose qui est assez difficile, c'est un message qui est difficile à faire passer à un plaideur* ».

[279] Me Amélie

[280] Me Albert ; Me Agathe : « *il fait un usage important de la faculté qu'il a de différer les effets dans le temps de ces décisions. Voilà et pour moi, j'allais dire c'est un problème, en tout cas pour moi c'est un vrai sujet de préoccupation » ; Me SARAH également : « Donc certes il y a l'évolution du droit, mais voilà, il y a un côté pratique et effectivement s'il devait y avoir un décalage systématique de l'application des décisions du Conseil constitutionnel concernant les QPC, je pense que ça perdra beaucoup d'avocats parce que l'avocat y perdra son intérêt tout direct* ».

[281] Me Bernard

[282] Me Patrick et Me Antoine

[283] Me André

[284] Me Albert

[285] Me Anne

[286] Me Régine : « *à la limite que la décision puisse ne pas profiter aux autres, ça peut s'entendre parce qu'on peut pas tout annuler, mais que ça ne puisse pas bénéficier au requérant, c'est délirant quoi, c'est délirant et j'avais fait une requête, j'avais envoyé une requête en interprétation au Conseil constitutionnel pour savoir ce qu'il voulait dire. Est-ce qu'il voulait, quand il disait… enfin il n'avait pas statué sur la question du report des effets dans le temps* ».

[287] Me Armand : « *à ce moment-là on dit au client : attention, c'est un aléa de la procédure de la QPC, mais, bon on peut espérer tout de même passer au travers* ».

[288] Me Arsène : « *Non. Mais c'est un aléa. Et justement ça, ça fait partie de, voilà dans les conséquences, dans les effets prévisibles, il faut en tenir compte. Bien sûr* ».

[289] Me Raymond : « *Après le principe il me semble c'est l'effet immédiat. Donc on essaye de se réfugier là, après c'est vrai qu'on n'est pas à l'abri de cette nuance. Mais ça peut être aussi la problématique de la réserve d'interprétation. Pareil, on peut tout à fait se dire, sous réserve que, donc de toute façon il y a toujours cette part d'aléas qu'on ne maîtrise pas, mais c'est vrai que le principe de l'effet immédiat rassure quand même* ».

[290] Me Rafael : « *ce sont c'est vrai les conséquences pratiques, on l'a vu notamment en matière de garde à vue, le Conseil constitutionnel laisse un délai au législateur pour des raisons pratiques pour organiser le fonctionnement des juridictions donc c'est un aléa c'est vrai qu'on n'en tient pas compte lorsqu'on fait notre recours mais c'est quelque chose, on est obligé de composer avec, on n'a pas le choix de toute façon* ».

tout simplement inconstitutionnel, anormalité qui ne se justifierait, selon Me Anne[291], que par le fait que le Conseil constitutionnel ne serait pas une véritable juridiction. La plupart du temps, l'effet différé est cependant appréhendé comme une crainte contre laquelle les avocats tentent de se prémunir de deux manières :

17 - Cette crainte pousse certains avocats, notamment Me André et Me Albert à doubler toujours le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de celui tiré de l'inconventionnalité de la loi, preuve que ce second moyen serait plus sécurisant que le premier.

Me André témoigne spontanément qu'il *« double toujours sa QPC d'un moyen d'inconventionnalité, pourquoi ? Parce que je crains toujours qu'il y ait une abrogation pour l'avenir et que le Conseil constitutionnel me dise : oui oui c'est inconstitutionnel mais c'est inconstitutionnel simplement qu'à compter du 1er janvier 2021 et donc pour votre client c'est dommage, il ne pourra en tirer aucun bénéfice mais on verra ça plus tard. A ce moment-là je double, enfin j'ai tendance à systématiquement soulever un moyen de l'inconventionnalité parce que comme vous le savez l'inconventionnalité en principe c'est tout de suite maintenant, immédiatement applicable et ça peut me permettre de gagner encore une fois mon pourvoi sur le terrain conventionnel si j'ai obtenu une victoire de principe sur le terrain constitutionnel mais qu'on me dit : en pratique, vous ne pourrez pas en tirer les bénéfices ».*

Cette crainte pousse certains avocats à s'interroger, en amont de toute procédure, sur l'opportunité de se positionner uniquement sur le volet conventionnel. Car la décision du Conseil constitutionnel (avec effet différé) pourrait avoir des conséquences sur l'étude subséquente de la conventionnalité par les juges administratif et judiciaire. Deux témoignages sont particulièrement éloquents à ce sujet.

Me Albert songe notamment à un dossier où il avait obtenu une abrogation d'un texte, mais avec effet différé. Le raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel pour prononcer l'inconstitutionnalité était immédiatement transposable en matière de conventionnalité. Il indique à son client qu'il faut *« garder espoir, parce que ce qui permettait au juge*

[291] Me Anne : « *Mais qu'il prive de son effet le justiciable qui a posé la QPC, oui je trouve ça tout à fait anormal. Tout à fait anormal. Qu'il dise que pour des raisons de sécurité juridique etc. que le temps que le gouvernement prenne d'autres mesures on restera en l'état de la législation, déjà c'est discutable parce que c'est admettre qu'on reste en l'état de la législation anticonstitutionnelle, mais dire à un justiciable que oui c'est jugé d'une façon inconstitutionnelle mais qu'il n'en profitera pas, oui, la dernière fois… je pense que c'était la dernière fois que j'ai subi ça, c'était pour moi absolument scandaleux* ». « *En tout cas s'il devient une juridiction, je ne supporterais absolument plus qu'il fasse des effets différés à ses abrogations, je veux dire c'est la seule excuse qu'il ait pour moi à l'heure actuelle, c'est comme il est pas complètement une juridiction, il peut ne pas juger la personne qui lui fait juger quelque chose mais autrement c'est impossible* ».

constitutionnel de différer son application, ne le permet pas à la cour de cassation (…) et que donc, pour le cas d'espèce, le juge de la Cour de cassation, en l'occurrence de la chambre sociale, devrait reconnaître l'inconventionnalité ». Pourtant, la Cour de cassation rejette le moyen, pour des raisons tirées de l'ordre public et de la sécurité des travailleurs manifestement inspirées de l'effet différé de la décision du Conseil. Et Me Albert de considérer que *« si ça devient trop fréquent, on ne peut pas exclure qu'un certain nombre de justiciables considère qu'il est plus prudent de se tourner vers l'exception de conventionnalité. Puisque le justiciable qui lui veut simplement gagner son procès, ça suffira. La disposition législative sera écartée, ça lui sera suffisant ».*

Me Adrien est encore plus affirmatif. Il explique clairement qu'il est parfois préférable de plaider directement l'inconventionnalité devant les juges nationaux, plutôt que de plaider ce moyen après avoir obtenu une abrogation avec effet différé. Car il est alors difficile de convaincre les juges administratif et judiciaire que, eux, doivent écarter la loi tout de suite et maintenant. Ses propos, éloquents, justifient leur transcription intégrale : *« admettons même que vous obteniez satisfaction devant le Conseil constitutionnel, vous allez avoir un risque assez important d'une modulation des effets de la décision dans le temps par le Conseil constitutionnel et vous retournez voir votre juge à Cour, donc pour moi la Cour de cassation et le Conseil d'État, avec votre décision du Conseil constitutionnel, qui certes a censuré le texte, mais qui a reporté les effets dans le temps. Alors vous allez expliquer à la Cour de cassation, au Conseil d'État, que précisément le Conseil constitutionnel lui peut faire de la modulation dans le temps mais que vous Conseil d'État, Cour de cassation, vous n'êtes pas en charge du contrôle de constitutionnalité mais du contrôle de conventionnalité et que de ce chef vous devez comme le Conseil constitutionnel constater la violation des libertés fondamentales sans pour autant pouvoir faire un report dans le temps et donc vous devez faire une application immédiate de la violation que vous avez constatée. Ok, ça s'entend intellectuellement. Ça a marché une fois, avec la garde à vue. Dix ans de Conseil constitutionnel, je pense que le seul exemple qui est celui dont on parle tout le temps, c'est celui de la garde à vue. Ok. C'est quand même prendre un risque aussi significatif, de vous retrouver dans une situation plus défavorable avec une QPC qui aurait été validée, enfin une QPC qui aurait fait l'objet d'un report de ces effets dans le temps, que si vous étiez arrivés vierge de tout contentieux constitutionnel uniquement avec votre jurisprudence tirée de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme et avec la possibilité d'obtenir une cassation directe dans le dossier qui est le vôtre, voilà. Donc ça c'est une question qu'on se pose ».*

En conclusion : cette abrogation différée est comprise par certains avocats, mais elle est surtout contestée par la majorité. Ce n'est pas illogique en soi, dans la mesure où la QPC est avant tout utilisée pour son effet utile pour le demandeur, or l'effet différé revient souvent à priver le demandeur de cet effet. Certains avocats, tels Me André souhaitent toujours la rétroactivité et *« pensent que la grosse faiblesse de la QPC c'est celle-là, c'est cette tendance à abroger pour l'avenir sans rétroactivité parce que s'il n'y a pas de rétroactivité, y a plus beaucoup d'intérêt à faire une QPC »*.

2. La critique de l'incompréhension de la décision

18 - Parfois, la décision est critiquée par les avocats en ce qu'il est difficile d'en comprendre les effets directs ; cela qu'il s'agisse d'une abrogation pure et simple, ou d'une abrogation avec effet différé.

S'agissant d'une abrogation pure et simple, Me Régine témoigne d'une aventure malheureuse. Il avait demandé des explications au Conseil constitutionnel pour savoir comment appliquer l'abrogation d'un texte pénal qu'il avait obtenue (quels étaient ses effets concrets pour son client), mais il n'a semble-t-il jamais reçu la moindre réponse[292].

S'agissant d'une abrogation avec effet différé : les avocats reprochent souvent au Conseil constitutionnel de ne pas utiliser la faculté qui lui est ouverte d'établir un régime transitoire.

Quoi qu'il en soit, le reproche est invariable : que le Conseil constitutionnel abroge purement et simplement ou avec effet différé, il ne donne pas suffisamment d'indications quant aux effets de l'abrogation. En d'autres termes, il manque un « guide de l'utilisateur » permettant à tout un chacun (aux juges, aux avocats, aux justiciables de manière générale) de savoir comment appliquer la décision.

[292] Me Régine : « *Donc j'avais dans un premier temps fait cette requête par e-mail puis je l'ai faite par lettre recommandée pour m'assurer qu'elle soit reçue. Je n'ai jamais eu de réponse, pas même un refus, une recevabilité, ou je ne sais quoi, alors même que, postérieurement j'ai vu dans un tout autre dossier qui ne me concernait pas, il y a eu je crois une requête en rectification d'erreur matérielle ou quelque chose comme ça et le Conseil constitutionnel avait audiencé et rejeté mais peu importe il avait examiné. Moi il n'a pas examiné, alors même que ma lettre recommandée avait été reçue. Et donc je lui demandais quelle était son interprétation, est-ce qu'il entendait dire que ça ne profiterait… enfin l'abrogation… oui que la décision ne profiterait qu'aux enregistrement pratiqués à compter de la publication de la décision au JO ou est-ce que même le requérant en était privé, enfin je pourrais vous transmettre le cas sans problème, j'ai pas eu de réponse donc ben je me suis abstenu de faire quoi que ce soit d'autre à cet égard-là, parce que évidemment si j'avais eu une décision favorable je l'aurais transmise à la Chambre d'instruction, au Tribunal, à je sais pas qui, mais je l'aurais transmise pour remettre mon client en liberté* ».

Lorsque le Conseil constitutionnel élabore un régime transitoire, l'initiative est très bien vue de la part des avocats (mais encore faut-il qu'ils aient conscience de cette possibilité)[293]. Ce n'est pas étonnant car le régime transitoire permet souvent de préserver l'effet utile de la décision, ce qui rejoint notre précédent propos. Il n'empêche, certains avocats vont jusqu'à inviter le Conseil à régler toujours la question de l'élaboration d'un régime transitoire. Me Patrick revient par exemple sur l'affaire Orange. Le Conseil constitutionnel avait abrogé un texte du Livre des procédures fiscales, avec effet différé. Mais afin de préserver l'effet utile de la décision, le Conseil avait établi un régime transitoire jusqu'à l'adoption d'une législation de remplacement. Selon Me Patrick la QPC est alors *« beaucoup plus claire dans son application et elle est beaucoup plus effective bien sûr, donc ça c'est quelque chose qui manque finalement, que le Conseil constitutionnel ne règle pas en systématique le temps de transition, mais avait néanmoins considéré »*.

B. La critique de la jurisprudence du Conseil

19 - Les avocats critiquent la décision du Conseil constitutionnel lorsque l'effet différé prive le demandeur de l'effet utile de l'abrogation, mais par-delà le cas particulier, les avocats critiquent également la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant les effets de ses décisions. Cette jurisprudence serait opaque, peu lisible, ce qui aurait des conséquences directes en termes de prévisibilité de la solution. En d'autres termes, les avocats se plaignent de ne pouvoir véritablement mesurer le risque d'une abrogation pure et simple, d'une abrogation différée ou d'une abrogation différée avec régime transitoire.

Cette jurisprudence sur les effets différés serait, au mieux, trop subtile ou raffinée, au pire, trop imprévisible ou discrétionnaire[294]. Certains, tels Me Sabine, vont jusqu'à considérer que les motifs de l'abrogation différée sont exclusivement politiques. Me Armand exprime une idée similaire, mais de manière plus nuancée : *« le Conseil constitutionnel ne s'explique pas toujours*

[293] Me André : « *Je pense que le Conseil constitutionnel a pris conscience de ce problème et maintenant de plus en plus souvent y a des réserves transitoires, c'est-à-dire qu'ils abrogent pour l'avenir mais sous réserve du justiciable et des recours pendant, actuellement etc., ce qui je trouve est un bon compromis et un bon équilibre, ce qui permet d'éviter une déflagration trop forte, l'abrogation, tout en préservant le fameux effet utile de la QPC, qui a été visé par le Conseil constitutionnel dès sa décision du 3 décembre 2009 sur justement la loi QPC et qui est fondamental* ».

[294] Me Agathe : « *Et les critères qui permettent au Conseil constitutionnel de différer dans le temps sont très flous. La constitution et les textes qui l'organisent sont très flous sur ce sujet, et donc j'allais dire c'est très discrétionnaire, en tout cas c'est entre les mains du Conseil constitutionnel, qui a une jurisprudence assez raffinée, et qui fait usage assez fréquemment de la faculté qu'il a de différer les effets dans le temps* ».

beaucoup sur ces questions-là, on voit bien qu'il doit avoir en interne des raisons, politiques, des raisons de doctrine, mais bon il ne s'en explique pas toujours de façon très nette ». Me Agathe *« a le souvenir d'avoir expliqué à des clients que la contrariété à la constitution me paraissait évidente, mais qu'avec la jurisprudence qu'on avait jusqu'à maintenant du Conseil constitutionnel, c'était en matière répressive, en matière de contrôle antidopage, il me semblait qu'il y avait un intérêt supérieur à ce qu'on n'annule pas toutes les procédures qui étaient en cours devant un organisme de sport, c'était l'Agence Française de lutte contre le dopage, et bien curieusement le Conseil constitutionnel n'a pas molli et il a fait bénéficier toutes les personnes qui étaient poursuivies à ce moment-là. Mais ça c'était imprévisible. Au regard de la jurisprudence qui existait, on pouvait raisonnablement dire au client que normalement le Conseil constitutionnel ne raisonnerait pas comme ça, et il a raisonné complètement différemment »*.

Bref, il y a sans doute un déficit de systématisation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, systématisation rendue difficile par les carences de la motivation concernant l'aménagement des effets dans le temps de l'abrogation ou de ses effets. Me Pauline *« peste souvent contre la motivation parfois lapidaire dans les DC ou dans les QPC »*. Elle ajoute *: « j'aimerais bien parfois que le Conseil motive plus, de manière plus soutenue et plus dense. Oui. Et… j'aimerais bien que l'effort que fait le Conseil Constitutionnel parfois, dans les décisions d'abrogation immédiate d'aménager le droit transitoire entre-guillemets, en l'expliquant « il va falloir faire comme ça, on va tirer les conséquences », et où il explique les conséquences qu'il faut tirer, où il trace le chemin à suivre. Il trace la voie à suivre et il dit « bon, vous allez faire comme ça maintenant. » J'aimerai bien aussi qu'il le fasse effectivement dans les abrogations avec effets reportés dans le temps, pas pour tracer le chemin mais pour dire « voilà pourquoi », qu'il soit plus pédagogue »*.

III. Prévenir

20 - Le meilleur moyen de prévenir est souvent d'informer. Il s'agit, d'abord, d'informer le Conseil constitutionnel des effets possibles de sa décision à venir (A), il s'agit, ensuite, d'informer les clients eux-mêmes du risque d'être privé de l'effet utile d'une abrogation (B).

A. Informer le Conseil constitutionnel

21 - Sur ce point, la pratique des avocats est manifestement très hétérogène.

Certains laissent le soin au Conseil constitutionnel de se décider seul, soit parce qu'ils considèrent qu'il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire des juges et que *« par définition on leur fait confiance »*[295], soit parce qu'il est *« difficile de dire au juge : il faut l'appliquer tout de suite parce qu'on en a besoin [car il y] a des considérations pratiques qu'on ne peut pas oublier »*[296].

D'autres, tels Me Armand, considèrent qu'il faut traiter des effets de l'inconstitutionnalité dans les conclusions *« à bon escient, mais si on sent qu'on est en défense et que y a tout de même un fort risque d'inconstitutionnalité, je pense qu'il est bon de s'expliquer, de s'expliquer sur un effet différé ou une réserve d'ailleurs »*.

Les derniers, majoritaires chez les avocats aux Conseils, abordent systématiquement la question de l'effet dans le temps de la décision[297], sinon dans leurs conclusions, au moins durant la plaidoirie[298]. D'ailleurs, selon Me Anne, c'est à ça que sert la plaidoirie : *« on plaide essentiellement sur les effets de la décision du Conseil constitutionnel »*. Certains, tel Me Albert[299], considèrent que la question n'est d'ailleurs pas suffisamment abordée à l'audience.

---

[295] Me Rachel

[296] Me Rafael

[297] Me Amélie : « *Et est-ce que ça vous arrive également de développer la question de l'aménagement dans le temps de la décision ? Oui, ça fait partie du jeu. Parce que si je suis en demande, je dis « non, non, tout de suite tout de suite », si je suis en défense je dis « écoutez, il faut nous laisser le temps de nous retourner ». Oui, ça, l'aménagement dans le temps, on y pense très régulièrement, on y pense également très régulièrement devant le Conseil d'Etat, mais il y a une décision de la CJUE qui nous ennuie beaucoup, qui dit que lorsqu'il s'agit de faire respecter une décision, un principe de droit communautaire, il n'y a pas de possibles, c'est immédiat, aussi bien pour le Conseil d'Etat que pour le Conseil constitutionnel. Même si les champs de compétences ne sont pas les mêmes, il faut que ce soit tout de suite* ».
Me Agathe : « *Au Conseil constitutionnel, il faut démontrer la contrariété à la constitution. Mais il faut aussi répondre très souvent au Conseil constitutionnel sur : je vous demande non seulement de déclarer contraire à la constitution, mais je vous demande de m'en faire bénéficier tout de suite en évitant de différer les effets dans le temps d'une éventuelle déclaration de contrariété à la constitution. Tout ça, ça fait que pour que nos clients aient un bénéfice de toute cette procédure qui est longue, qui nécessite des actes de procédure, qui a un coût pour nos clients, il faut qu'on se pose quand même toutes les questions y compris celle de : mais est-ce que le Conseil d'Etat va bien vouloir, si jamais il considère que c'est contraire à la constitution, est-ce qu'il voudra bien me faire bénéficier de la déclaration de contrariété* ? »

[298] Me Aude : « *Il ne s'agit pas simplement si vous voulez de plaider la constitutionnalité ou la pas constitutionnalité, il s'agit aussi, puisque ce sont des décisions qui vont avoir des effets erga omnes, d'éclairer autant que faire se peut la juridiction sur la portée de la décision qu'elle va prendre* ».

[299] Me Albert : « *En tant qu'avocat aux conseils, est-ce quand vous plaidez au Conseil constitutionnel, est-ce qu'il vous arrive de plaider sur la question des effets dans le temps ? Non et c'est une erreur. C'est une erreur parce que c'est vrai que c'est une question qui n'est pas suffisamment abordée dans les observations ni écrites, ni orales devant le Conseil constitutionnel. D'abord parce que, ben voilà, on se consacre, on se concentre, si je puis dire, d'abord à la question de l'inconstitutionnalité elle-même, et on le fait en général en deux phrases et ça mériterait sans doute d'entrer davantage dans le débat. Le secrétaire général du gouvernement en général dans ses observations écrites l'aborde, cette question-là. Il l'aborde mais ça mériterait sans doute une attention plus importante de la part des plaideurs eux-mêmes* ».

Me Adrien va même plus loin : il considère que la plaidoirie devrait nécessairement aborder ce point.

Certains avocats à la Cour traitent également des effets dans le temps de la décision, notamment lorsqu'ils ont déjà eu la « mésaventure » d'être confrontés à une abrogation à effet différé. Par exemple, Me Régine : *« là maintenant je prévois tout d'un coup et je mets dans le dispositif : il est demandé au Tribunal correctionnel de bidule schmol de transmettre, il est demandé à la Cour de cassation de renvoyer, il est demandé au Conseil constitutionnel de déclarer inconstitutionnel et je prévois un petit laïus pour dire qu'il faut que mon client bénéficie de l'inconstitutionnalité* ».

B. Informer le client

22 - La difficulté à saisir la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant les effets de ses décisions est lourde de conséquences. Elle rejaillit nécessairement sur l'avocat qui doit expliquer à son client que l'abrogation n'est pas certaine et que, quand bien même le texte serait abrogé, il n'est pas évident que cette abrogation lui profite, sauf pour le Conseil à préserver l'effet utile de la décision. Tout cela est difficilement compréhensible par le client qui peut d'ailleurs refuser de payer pour une procédure dont les chances de succès sont si aléatoires.

Les entretiens démontrent d'ailleurs que les avocats à la Cour, qui s'intéressent moins à la question des effets dans le temps de la décision du Conseil, n'en parlent parfois même pas à leur client[300]. Sans doute cette attitude s'explique-t-elle par le fait que la perspective d'une décision du Conseil constitutionnel est encore trop lointaine.

En revanche, la question est souvent abordée par les avocats aux Conseils[301], lesquels préviennent leurs clients sur l'imprévisibilité de la jurisprudence du Conseil et le risque d'une victoire à la Pyrrhus[302]. Me Agathe considère qu'il s'agit là *« d'une préoccupation essentielle. C'est-à-dire que, avant même qu'on ait rédigé quoique ce soit, avant même de rédiger la QPC, je réfléchis à : est-ce que le Conseil constitutionnel ne va pas me différer les effets dans le temps ? Et j'explique à mes clients que si ce risque existe et s'il se réalise, il est possible qu'on fasse tout ce chemin procédural pour rien à l'arrivée. Et ça donc, moi je considère que mon*

[300] Me Sylvain
[301] Me Antoine
[302] Me André ; Me Armand ; Me Arthur, Me Agathe

obligation de conseil à l'égard de mes clients en matière de QPC va jusqu'à leur signaler l'existence de cette possibilité ».

L'articulation entre constitutionnalité et conventionnalité[303]

Observations générales

1 - Le développement important du contrôle de conventionnalité est l'une des raisons ayant justifié l'introduction de la QPC et la raison ayant imposé son caractère prioritaire. Après 10 ans de pratique, comment les avocats perçoivent-ils la coexistence de ces instruments et comment l'utilisent-ils dans leur stratégie ? Avant de restituer ces éléments, il est possible de formuler quelques observations générales.

La première tient à la façon dont la question de cette articulation est abordée dans les entretiens : en effet, des questions de la grille d'entretien étaient dédiées au sujet mais les avocats ont spontanément abordé la conventionnalité à de très nombreuses occurrences, allant du souvenir de leur première QPC (par exemple, préparée après avoir déjà tenté vainement de faire constater l'inconventionnalité du dispositif) à la façon dont la QPC a modifié leurs pratiques, en passant par les types d'arguments utilisés, les délais ou le rapport au client. Dans certains cas, les réponses puisent d'abord à un raisonnement de droits et libertés, avant de dissocier le moyen procédural utilisé. Tout à l'inverse, les avocats n'ont pas spontanément abordé la possibilité d'invoquer un changement de circonstances du fait d'une évolution du droit international ou européen. Les réponses à la question posée sur ce sujet relèvent souvent d'une simple approbation, sans véritable ajout substantiel exploitable dans le cadre de cette restitution.

La deuxième observation générale tient à l'absence de corrélation évidente entre le type de stratégie employée et le profil des avocats. Le fait d'avoir déjà posé de nombreuses QPC n'implique pas une préférence pour ce moyen et, inversement, le fait de ne l'avoir jamais fait n'empêche pas de le percevoir comme la voie la plus efficace. Avocats aux conseils, avocats à la Cour parisiens et avocats à la Cour provinciaux se répartissent les différentes stratégies d'articulation, sans que des tendances très nettes se dégagent – hors peut-être en fonction de la spécialité des avocats, qui sera abordée en fin de contribution (*infra,* n° 10).

La troisième observation générale tient au constat d'un biais dans certaines comparaisons faites par les avocats entre les avantages et inconvénients respectifs des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité. En effet, pour la conventionnalité, certains raisonnent spontanément et exclusivement sur l'hypothèse d'un recours devant la CEDH ou d'un renvoi devant la CJUE,

[303] Rédaction : Pascale Deumier.

quand d'autres raisonnent tout aussi naturellement sur l'hypothèse d'une application immédiate du droit européen par le juge saisi. La différence entre ces deux compréhensions de la conventionnalité explique des différences pouvant être importantes dans les appréciations portées sur les différents moyens. Par exemple, certains avocats déclarent qu'il est courant d'invoquer la convention EDH (en raisonnant sur son application immédiate par les juges nationaux) quand d'autres soulignent que rares sont ceux à l'utiliser (en se projetant sur un recours devant la CEDH). Si ce biais a parfois pu être identifié et isolé, notamment lorsque les avocats comparent les procédures (v. infra n°6), il ne faut pas exclure qu'il ait également conditionné, sans être aussi visible, les réponses faites sur d'autres points.

Ces observations générales relativisent la possibilité de déceler une stratégie uniforme des avocats sur l'articulation entre constitutionnalité et conventionnalité. Il reste toutefois possible d'identifier certaines tendances. Celle qui se dégage le plus largement est la stratégie consistant à utiliser concomitamment les deux moyens, du fait de la proximité des contrôles (I.). Cette pratique est généralement employée, quand bien même les avocats ont identifié et comparé les avantages et inconvénients respectifs de chaque procédure (II.). A ces différentes appréciations portées sur les outils contentieux à leur disposition s'ajoute enfin un autre paramètre susceptible d'influencer la stratégie des avocats, qui tient aux pratiques professionnelles, celles qu'ils prêtent aux juges comme leurs propres habitudes de travail (III.).

I. Les stratégies reposant sur la proximité des contrôles

2 - **Un dédoublement quasi systématique. -** A chaque fois que cela leur apparaît possible, les avocats vont doubler la QPC d'un moyen de conventionnalité. Ce doublement ressort déjà nettement du questionnaire adressé aux avocats dans le cadre de la présente recherche : 56,4 % des avocats ont répondu soulever les deux moyens. Cela ne signifie pas que les autres répondants ne soulèvent que l'un des deux : 33,3 % des avocats ont répondu que la situation ne s'était jamais présentée. Finalement, ils ne sont que 5,1 % à déclarer ne soulever que la QPC et très exactement autant à ne soulever que l'inconventionnalité. La stratégie du dédoublement ressort tout aussi nettement des entretiens. Les avocats ayant déjà posé des QPC[304] soulèvent

[304] L'inverse n'est pas vrai : « *autant on peut faire de la conventionnalité sans faire de QPC parce qu'on estime qu'on n'a pas le levier suffisant, autant quand on fait une QPC dans un dossier, il est très rare que ce soit pas*

également un moyen de conventionnalité « *relativement systématiquement* » (Me Patrick), « *systématiquement* » (Me Aurélie), « *toujours* » (Me André ; Me Agnès ; Me Anne), les deux formant souvent un « *package* » (Me Arthur). Certains se risquent à une évaluation de la proportion des cas dans lesquels ils soulèvent les deux moyens : ici, « *dans huit cas sur dix* » (Me Régine), là, « *dans 98% des cas vous avez une violation, vous déposez votre QPC, vous avez votre argument miroir CEDH, et puis vous y allez* » (Me Adrien). La pratique semble donc très largement ancrée en ce sens. Il est possible de conforter ce constat général par deux illustrations particulières. La première est le témoignage de l'un des avocats ayant posé les premières QPC Garde à vue : d'un côté, la procédure constitutionnelle était encore vierge de toute pratique et donc une terre inconnue ; de l'autre, la jurisprudence strasbourgeoise récente incitait à utiliser la conventionnalité. Me Richard relate comment une réflexion collective a été menée au niveau du barreau sur la stratégie à utiliser, aboutissant à passer du réflexe initial portant vers la conventionnalité[305] à la répartition des moyens entre avocats participant à une même audience : « *je me souviens d'une audience, 1er mars 2010, Chambre des comparutions immédiates, la presse était là. C'est une audience avec une affluence inhabituelle et on se répartit le travail entre les confrères. Certains plaident l'inconventionnalité, d'autres plaident (la QPC)* ». La seconde illustration de l'importance de la stratégie du dédoublement est donnée par un avocat pratiquant couramment tant la conventionnalité que la constitutionnalité. Après avoir longuement expliqué les différents éléments permettant d'apprécier, au cas par cas, les risques et chances liés à la mise en œuvre de chaque procédure, il conclut : « *on s'interroge beaucoup et au final on finit quand même quasiment systématiquement par déposer la QPC. Parce qu'on ne veut pas se priver d'une voie de recours qui est celle aujourd'hui qui a été mise en place à cet effet* » (Me Adrien). Cette dernière explication est largement partagée par les avocats qui utilisent tous les moyens contentieux permettant d'atteindre leur objectif.

3 - **Unité d'objectif, dualité de moyens. –** Les avocats se rejoignent tant dans la stratégie de dédoublement que dans l'explication principale de cette stratégie : pour atteindre leur objectif,

doublé dans le cadre du recours de base sur lequel se greffe la QPC par un moyen d'inconventionnalité » (Me Agnès).

[305] « *dans un premier temps, on s'est dit : mais est-ce qu'il ne faut pas finalement faire un choix (…) on a les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, donc c'est peut-être sous l'angle conventionnel qu'il faut porter le fer et la QPC on savait pas (…) et puis chacun avait mûri la réflexion (…) et au bout de ce petit délai de réflexion, on s'est dit : bon ben il faut faire les deux, parce que la QPC pouvait aussi avoir des aspects intéressants* ».

ils utilisent les deux[306] moyens à leur disposition. L'objectif dont il est le plus largement fait état lorsqu'est évoqué le dédoublement est celui de la défense du dossier, lorsque cette défense est contrariée par un texte législatif. Dans ce cas, l'avocat « *se heurte à un mur* » (Me Agnès)[307], il est « *gêné par un texte* » (Me Pierre), qui est « *un obstacle* » au raisonnement qui permet au client de triompher (Me Albert)[308]. Parfois, au-delà du dossier, le texte législatif « *heurte ce sentiment de justice* » (Me Adrien) ou « *heurte le bon sens* » (Me Rose). Dans tous les cas, il s'agira de « *faire sauter ce texte* » (Me Agnès). Pour cela, les avocats utilisent tous les moyens à disposition, « *par précaution* »[309] car « *on ne sait jamais ce qui peut arriver* » (Me Armand). La tonalité générale consiste à souligner que la QPC a introduit un levier, une arme ou un outil supplémentaire et les avocats ne manquent pas d'images pour le dire : « *avoir un second fer au feu* » (Me Albert), « *utiliser ces deux armes* » (Me Sarah), « *marcher sur deux jambes* » « *avancer sur ces deux chemins* » (Me Pauline), avoir « *ajouté un étage à la fusée* » (Me Agathe), « *si on a deux cartouches (…) on utilise les deux cartouches* » (Me Aurélie) ou encore, pour citer l'image la plus développée : « *on travaillait avant très tranquillement sur un instrument à un seul clavier. Maintenant avec toutes ces exceptions possibles et imaginables, le plaideur, il se trouve dans un buffet d'orgues. Et il doit réfléchir à quel jeu il va tirer* » (Me Aude).

Outre que les avocats se réjouissent de disposer de moyens plus nombreux pour arriver à leurs fins, ils soulignent parfois incidemment l'incongruité de la situation précédente, qui permettait de contester la conventionnalité de la loi mais pas sa constitutionnalité : cette situation antérieure était « *absurde* » (Me Aude), « *assez illogique* » (Me Richard), constituait « *un angle mort* » (Me Agnès), « *rendait les choses intenables et rendait obligatoire un jour ou l'autre l'arrivée de la QPC* » (Me Agathe). Si la proximité de fonction amène donc généralement les avocats à se réjouir du doublement de moyens, de façon assez cohérente, un avocat hostile par

---

[306] Voire les trois : « *on a une triple, une option à trois branches avec la Cour de Justice de l'Union* » (Me Armand) ; comp. Me Arthur : « *La question préjudicielle c'est différent parce que c'est quand même souvent plus technique (…) la question préjudicielle n'est pas du tout libertés publiques* ».

[307] « *si je me heurte à un mur dans un dossier, si je me dis : mon client est dans une mauvaise posture, parce que la Cour a correctement appliqué le texte (…) : comment je peux faire sauter ce texte ? Ou cette interprétation ? Hier je n'avais que le moyen de l'inconventionnalité (…) aujourd'hui j'ai à ma disposition aussi la QPC* ».

[308] « *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, 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 alors que l'on pouvait prendre jusque-là sous l'angle de la Convention européenne et que maintenant on peut attraper si je puis dire sous l'angle de la QPC* ».

[309] A l'inverse, si aucun moyen n'est soulevé, la précaution implique d'expliquer à ses clients « *pourquoi on ne va pas poser une QPC, ou pourquoi on va plus aller vers de l'inconventionnalité, (…) c'est aussi un moyen pour nous de nous prémunir et de nous garantir contre la mise en jeu de notre responsabilité civile professionnelle* » (Me Pauline).

principe au contrôle de conventionnalité de la loi l'est tout autant au contrôle de constitutionnalité (Me Alice).

4 - **Des contrôles substantiellement proches : constats.** Le fait d'utiliser les deux moyens concomitamment est également souvent justifié par la perception d'une grande proximité des contenus de deux contrôles « *jumeaux* » (Me Arsène). Cette proximité tient le plus souvent, pour les avocats, à celle de la protection garantie mais certains soulignent également un « *même mécanisme intellectuel* », puisqu'il est chaque fois question d' « *un droit mou* » et d'« *une grande latitude* » pour les juges (Me Antoine)[310]. Il faut y ajouter une considération récurrente dans les entretiens, tenant à la volonté prêtée au Conseil constitutionnel de ne pas diverger de la jurisprudence européenne : le Conseil constitutionnel est perçu comme « *sensible* » à la jurisprudence de la Cour européenne (Me Armand ; Me Arsène), montrant désormais[311] une « *volonté d'alignement* », ayant « *à cœur de pas se prononcer en deçà de ce qu'avait pu d'ores et déjà faire la CEDH* » (Me Adrien), du fait pour certains de l'obligation pour le droit français de s'aligner sur la jurisprudence de la CEDH (Me Rafael). Le dialogue des juges, tel qu'il est perçu par les avocats, est sans exception un dialogue à sens unique, dans lequel les juges nationaux reçoivent les jurisprudences européennes. Dès lors, si le cas inverse se produit, il déjoue leur stratégie, comme ce fut le cas en matière de cumul de sanctions : un avocat défendant un dossier estimait que « *tout le monde était persuadé que le Conseil constitutionnel allait plier* » avant de constater que finalement ce sont les jurisprudences européennes qui ont évolué (Me Rebecca[312]).

S'ils considèrent les deux contrôles comme très proches, les avocats s'accordent tout autant pour reconnaître que cette proximité n'aboutit pas à leur identité totale, puisqu'« *il y a eu un ou deux exemples dans lesquels il y avait eu divergence d'appréciation* » (Me Albert), qu'« *il arrive au Conseil de ne pas sanctionner ou de ne pas avoir la même exigence dans la conception des droits fondamentaux* » (Me Aurélie), ou qu'il peut y avoir techniquement des différences bien que les grands principes soient les mêmes (Me Arthur). Un autre avocat perçoit ces différences de contrôle comme des différences de sensibilité entre le Conseil constitutionnel et

[310] Egalement, Me Aude, pour qui constitutionnalité et conventionalité se rejoignent : « *très mou* » et « *très aléatoire* ».

[311] Plusieurs avocats relèvent une évolution du Conseil en ce sens, ex. Me Antoine : « *il y a eu une très nette évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui dans un 1er temps a résolument refusé de regarder tout ce qui concerne la Convention Européenne et qui maintenant s'efforce quand même d'harmoniser* ».

[312] Estimant que ces évolutions, qui ne vont « *pas dans le bon sens vis-à-vis des contribuables* », doivent peut-être à des « *tractations diplomatiques* » entre présidents de juridictions.

la Cour EDH, notamment sur les questions très techniques ou très politiques[313]. Enfin, les avocats soulignent parfois des méthodes d'analyse différentes en dépit de corpus proches : le contrôle du Conseil est de nature plus abstraite et celui de conventionnalité « *beaucoup plus mélangé de faits et de droit et que notamment en termes de proportionnalité, ça va quand même plus loin* » (Me Agnès)[314]. Pour résumer : « *même si globalement c'est quand-même très largement identique, ce n'est pas totalement identique* » (Me Amélie).

Il est possible de relever que ce constat procède plus souvent d'une perception, affirmée de façon générale, sans pouvoir donner d'illustration précise. Il est toutefois possible de citer les cas de divergence identifiés par les avocats : le droit de la Convention EDH comporte des « *trous* » dans la protection en matière de laïcité, santé, travail, droit des étrangers (Me Pauline)[315] ; en droit social, l'avocat dispose de beaucoup d'outils internationaux quand le Conseil constitutionnel fait rarement primer la liberté syndicale sur la liberté d'entreprise (Me Aude) ; en matière de terrorisme, le fondement de la Convention permettait de l'emporter du fait d'une jurisprudence claire de la CEDH sur le libre choix de l'avocat, sans qu'existe une jurisprudence constitutionnelle en ce sens (Me Adrien).

5 - **Des contrôles substantiellement proches : effets. -** La proximité des contrôles facilite le dédoublement des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité. Mais elle produit, plus ou moins ponctuellement, d'autres effets sur les stratégies des avocats, qu'il est possible de décliner du plus immédiatement lié au dossier au plus général. Au moment du filtrage, les avocats vont jouer sur le souci d'harmonisation jurisprudentielle entre les protections pour faire pression sur les juges ordinaires, certains avocats ayant déposé des QPC dans le but de faire évoluer la jurisprudence de la Cour de cassation dans un sens conforme à la CEDH (Me Anne ; Me Agnès[316]). C'est toutefois devant le Conseil constitutionnel que la proximité des contrôles est principalement utilisée : « *si on est sur des thématiques assez proches* » (Me Pierre), les avocats invoquent régulièrement la jurisprudence de la CEDH dans leur mémoire QPC,

[313] Me Armand : « *les solutions sont malgré tout assez proches mais bon il peut y avoir tout de même des appréciations qui ne soient pas totalement identiques, soit sur des questions très techniques, très pointues, soit sur des questions très politiques* ».

[314] De ce fait, le contrôle de conventionnalité « *est un outil, c'est un instrument qui n'a pas du tout été démonétisé par la QPC selon moi* ».

[315] Dès lors, « *il ne faut pas hésiter à avancer sur ces deux chemins, et mettre en œuvre ces deux voies parce que elles se recouvrent pas forcément, elles peuvent se compléter aussi* ».

[316] En matière de garde à vue, il « *y avait eu des dizaines de pourvois qui avaient demandé à la chambre criminelle d'évoluer en disant : voilà ce que dit la Cour européenne des droits de l'homme, voilà ce que dit la doctrine, bon votre jurisprudence sur la présence de l'avocat dès la première heure ne va pas (…) très concrètement c'est la QPC qui a été l'outil qui a permis de déverrouiller la résistance de la Chambre criminelle sur cette jurisprudence* ».

estimant que, devant le Conseil constitutionnel, ces arguments « *ne sont pas totalement extérieurs* » (Me Aurélie). Une fois la décision QPC rendue, la proximité fait parfois redouter ses effets sur les appréciations de conventionnalité : « *si le Conseil constitutionnel dit non, ça va tout de même peut-être un peu nous gêner par la suite* » (Me Armand). Ainsi, en cas de déclaration de conformité par le Conseil, plusieurs avocats estiment qu'il y a peu de chances qu'une inconventionnalité soit retenue (Me Patrick) – mais maintiennent quand même le moyen, en dépit d'un « *espoir assez faible* » (Me Albert).

Dès lors que les deux moyens sont systématiquement utilisés, et que les deux protections sont substantiellement perçues comme très proches, il est possible de se demander si les avocats perçoivent une utilité à cette coexistence, hors les cas rares de divergences jurisprudentielles. Un avocat estimait ainsi dans les premiers temps de la QPC que c'est « *la même chose, ça n'apporte rien de plus donc, pff. C'est pour ça qu'on peut supprimer* », avant de nuancer cette position : « *même si au départ j'étais contre, maintenant je suis résolument pour. Il ne faut pas la supprimer. C'est un moyen qui ne coûte pas cher (…). Et surtout ça ne retarde pas. (…) Et ça marche vraiment très très bien* » (Me Amélie). Si les standards de protection constitutionnelle et conventionnelle sont proches[317], la supériorité d'un moyen sur l'autre peut donc tenir à ses avantages procéduraux spécifiques.

II. Les stratégies reposant sur les spécificités des procédures

6 - **Comparaison des procédures.** S'il est un élément qui donne un avantage à la QPC sur la conventionnalité, c'est la rapidité avec laquelle il est possible d'obtenir une réponse. Les avocats sont nombreux à le souligner. Il reste toutefois possible de nuancer cet avantage donné à la QPC selon la procédure mise en comparaison (certains avocats procédant aux différentes comparaisons, d'autres ne raisonnant que sur une seule configuration). La comparaison de la QPC et du renvoi préjudiciel tourne à l'avantage de la QPC, qui est plus rapide (Me Patrick[318] ; Me Armand ; Me Aude), moins lourde, moins complexe et donc moins chère (Me Aude) et plus

[317] Me Patrick : « *le standard de contrôle du juge administratif (…) et du juge constitutionnel est à peu près le même* ».

[318] Qui souligne toutefois que, dans le contentieux relatif à la contribution de 3 % sur les montants distribués, avec un renvoi préjudiciel et une QPC, « *c'est relativement rapide : en même pas un an et demi on a obtenu ce qu'on recherchait* ».

efficace (Me Rebecca)[319]. L'avantage est encore plus net lorsque la QPC est comparée au recours devant la CEDH. Les avocats fustigent les délais devant celle-ci (Me Pauline ; Me Adrien), dissuadent les clients d'aller devant une CEDH totalement engorgée (Me Arsène) et qui ne s'intéressera qu'aux dossiers soulevant une question « *symbolique* » (Me Robin). Ceux s'étant risqués à l'aventure soulignent les pièges de la procédure devant la CEDH ou la brutalité avec laquelle sont traitées les recevabilités (Me Alice)[320]. Dans cette comparaison, la QPC présente dès lors « *un intérêt extraordinaire* » : « *on peut obtenir mieux et plus en 6 à 9 mois qu'en 7 ans* » (Me Pauline). Un avocat ayant pourtant souvent obtenu des arrêts favorables de la CEDH dans les années 2000 déplore que désormais un recours devant la CEDH soit « *quasiment une voie de recours ineffective* » (citant un dossier en cours d'examen depuis 8 ans) et dont l'issue est marquée d'un fort aléa (Me Adrien)[321]. Si la conventionnalité apparaît donc comme une voie incontestablement moins séduisante que la QPC lorsqu'elle est envisagée devant la CEDH, le rapport est inversé lorsqu'elle est envisagée par son application directe par les juges nationaux et notamment les juges du fond. De ce point de vue, la conventionnalité est plus rapide que la QPC (Me Aude) et plus simple (Me Rémi)[322], puisqu'elle est intégrée au mémoire et que le juge national peut se prononcer directement - mais non immédiatement du fait du caractère prioritaire, critiqué par Me Régine en ce qu'il empêche le juge du fond de régler tout de suite la question de conventionnalité. Dans cette comparaison, la QPC est moins efficace : elle retarde la réponse au pourvoi (Me Antoine), alourdit le travail et le coût (Me Rémi)[323], du fait du mémoire spécifique (Me Serge)[324], mais aussi du double filtre (Me Régine ; Me Serge) : en vous lançant dans la QPC, « *vous savez que vous prenez un peu une pelleteuse pour déterrer un os* » (Me Robin). Cette dernière comparaison nourrit la perception, par certains avocats, d'une QPC « *qui a été inventée pour des choses exceptionnelles. Et pas pour des choses*

---

[319] Le renvoi préjudiciel, « *c'est long, c'est compliqué, pourtant on l'avait fait, et maintenant on préfère taper constitutionnalité, c'est plus efficace* ».

[320] « *il y a toutes les décisions d'irrecevabilité, cette façon de rejeter, de recevoir une lettre du greffier pour dire qu'on ne donne pas suite à votre recours, que c'est pas la peine d'écrire, on ne vous répondra pas et que votre dossier sera détruit au bout de 6 mois, je trouve ça assez violent et je trouve ça... c'est blessant pour le requérant* ».

[321] « *aujourd'hui le recours à la CEDH il est devenu tellement long. (...) Il y a un aléa juridique devant des recours qui sont déposés devant la Cour européenne. Avant lorsqu'on avait une violation qui était une violation assez caractérisée en fait de la Convention européenne, on engageait un recours et on était assez certains au moins d'obtenir une communication. (...) Donc ça aussi c'est un élément qui pousse à tenter la chance de la QPC même si on pense qu'en réalité on prend potentiellement un risque. C'est que l'alternative, c'est le recours à la Cour européenne et qu'en réalité ce recours à la Cour européenne c'est quasiment une voie de recours ineffective en terme de temporalité* ».

[322] « *l'inconventionnalité on peut l'évoquer directement devant la juridiction administrative, donc on peut l'envisager peut-être plus simplement* ».

[323] « *Après ça dépend, si on a une problématique financière de surcoût, on privilégie juste l'inconventionnalité* ».

[324] « *ajouter la disposition de la CEDH ça ne coûte pas grand-chose, c'est inclus dans mes recherches jurisprudentielles et juridiques, j'ai envie de dire comprise dans tous les dossiers. Donc ça ça ne coûte rien. Une QPC pour moi, en tout cas c'est comme ça que je l'envisage ça coûte le prix d'un mémoire spécifique* ».

courantes. (…) je pense que les plaideurs institutionnels ils ont des choses à faire avec les QPC. Mais que monsieur tout le monde, c'est un peu compliqué. Or la conventionnalité c'est pour monsieur tout le monde » (Me Aude)[325].

La comparaison des différentes procédures, qui peut déterminer une stratégie, est généralement faite par les avocats sur les critères de délai, lourdeur et coût, comme nous venons de le voir. Quelques avocats toutefois mettent en avant d'autres enjeux liés à la procédure. Certains sont liés à la procédure pénale : ainsi d'un avocat qui aurait pu poser une QPC dans le cadre d'une comparution immédiate mais ne l'a pas fait dans l'intérêt de son client, pour éviter le sursis à statuer sur son exception de nullité (Me Régine). D'autres tiennent au souci de « *maîtriser nos procédures* » (Me Agnès), maîtrise plus importante pour la conventionnalité : l'avocat est maître du déclenchement du moyen, quand une QPC peut à tout moment être posée par un autre avocat (Me Adrien) ; il est également maître du désistement jusqu'à la clôture de l'instruction, alors qu'avec la QPC, « *si jamais c'est transmis, de toute façon le Conseil constitutionnel va se prononcer, vous n'avez plus votre levier de négociation* » (Me Agnès).

7 - Comparaison des effets. La question temporelle. – Du point de vue des effets, sans grande surprise, la comparaison entre le risque de report de l'abrogation par le Conseil et l'application immédiate de l'inconventionnalité est régulièrement évoquée, au détriment de la QPC : « *la QPC est un outil intéressant, mais notamment avec cette possibilité de différement des effets de la décision dans le temps, c'est un outil qui me semble moins performant que la convention* » (Me Richard). Le plus souvent[326], les avocats mentionnent l'épisode Garde à vue : seuls certains avocats relèvent les évolutions du Conseil[327] depuis cette séquence, qui semble avoir profondément marqué les esprits. Le risque de report des effets constitutionnels, souvent critiqué[328] du point de vue de l'intérêt pour le client[329], justifie pour les avocats de soulever les

[325] Egalement, à propos de l'hypothèse prospective d'un contrôle de conventionnalité par QPC, spontanément abordée par Me Aude : « *par voie de QPC, c'est une procédure extrêmement lourde. Et extrêmement lente. Et donc on peut craindre que ça diminue le contrôle effectif de la conventionnalité, et ça c'est dommage. (…) s'il faut passer par une QPC à chaque fois qu'on soulève une question de conventionnalité à l'occasion d'une petite affaire correctionnelle, les libertés publiques ont pas à y gagner* ».

[326] Dans un cas, l'affaire Red Bull est prise comme exemple d'articulation entre abrogation différée et inconventionnalité immédiate (Me Patrick).

[327] Ce qui ne les empêche pas de doubler d'un moyen de conventionnalité, les techniques transitoires n'étant pas systématiquement utilisées (Me Patrick).

[328] Estimant que le Conseil aurait pu s'inspirer des modulations de la CJUE, Me Agnès.

[329] Albert : « *je comprends que ça soit parfois une nécessité au niveau de l'ordre public de ne pas immédiatement abroger un texte, mais c'est une technique dangereuse (…) c'est tout de même un risque pour le justiciable qui pose une QPC. C'est pour ça, encore une fois, si ça devient trop fréquent, on ne peut pas exclure qu'un certain nombre de justiciables considère qu'il est plus prudent de se tourner vers l'exception de conventionnalité. Puisque le justiciable qui lui veut simplement gagner son procès, ça suffira*. »

deux moyens pour « *prendre le relais* » pendant cette période transitoire : « *on peut obtenir une victoire à la Pyrrhus sur le terrain constitutionnel, mais qui va se concrétiser avec l'inconventionnalité* » (Me Patrick)[330]. Quelques avocats précisent toutefois que cette stratégie est loin d'être assurée. Un avocat, ayant obtenu une inconstitutionnalité différée, « *gardait tout de même bon espoir* » du fait d'un « *raisonnement immédiatement transposable en matière d'inconventionnalité* », espoir déçu : « *Donc les choses ne sont pas toujours aussi simples* » (Me Albert). Un autre, après avoir estimé que l'application immédiate était « *peut-être une supériorité de la conventionnalité* », rappelle que cette application avait tout de même été très discutée au sein de la Cour de cassation dans l'affaire Garde à vue (Me Pierre). Un dernier enfin souligne que l'application immédiate pendant le report constitutionnel est rarissime (« *je pense que le seul exemple qui est celui dont on parle tout le temps, c'est celui de la garde à vue* »[331]), qu'une telle stratégie (tenter l'inconstitutionnalité et garder la conventionnalité en cas de report) est totalement inaudible pour le client (« *Vous avez perdu tout le monde, enfin c'est inaudible pour un client standard* ») et que, plus souvent, il est moins risqué d'aller directement sur la conventionnalité avec un dossier « *vierge de tout contentieux constitutionnel uniquement avec votre jurisprudence tirée de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme et avec la possibilité d'obtenir une cassation directe dans le dossier qui est le vôtre* » (Me Adrien).

8 - **Comparaison des effets. La portée des effets.** La question temporelle est loin d'être le seul effet des contrôles à être pris en considération par les avocats. De façon tout aussi récurrente, mais en des termes moins tranchés, ils tiennent compte du fait que la QPC va mener à l'abrogation de la loi quand l'inconventionnalité écartera son application. Cette différence est parfois la seule réelle différence entre les deux contrôles dont la proximité est soulignée[332]. Cependant, les avocats n'en tirent pas les mêmes conséquences. Il est finalement assez rare

[330] Egalement, Me André : « *j'ai tendance à systématiquement soulever un moyen de l'inconventionnalité parce que comme vous le savez l'inconventionnalité en principe c'est tout de suite maintenant, immédiatement applicable et ça peut me permettre de gagner* ».

[331] Qui développe : « *c'est toujours un peu plus compliqué pour un juge français de dire « certes le Conseil constitutionnel a modulé dans le temps mais moi je fais une application immédiate parce que je considère que je suis sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme et pas droit constitutionnel* ». Alors pourtant que « *La seule piste que je verrais c'est que les juridictions internes fassent véritablement du contrôle de conventionnalité indifféremment de ce que le Conseil constitutionnel a pu décider sur le report des effets dans le temps*. »

[332] Me Antoine : « *c'est écarté uniquement dans une affaire donnée. Alors que devant le Conseil constitutionnel, la loi, si la QPC est accueillie, la loi est mise à néant*. »

qu'un avocat préfère par principe se tourner vers le contrôle ayant les effets les plus radicaux[333]. Plus souvent, abrogation ou inapplication peu importe, soit parce que « *du point de vue du client on peut imaginer que ce qui est le plus important c'est le fait d'avoir une décision rapide, plus que le fait de savoir si c'est abrogé ou seulement écarté* » (Me Armand)[334], soit parce qu'« *il ne faut pas exagérer la différence de portée* » entre une déclaration d'inconstitutionnalité et une déclaration d'inconventionnalité (Me Albert)[335]. Pour d'autres enfin l'alternative entre abrogation et inapplication peut orienter une stratégie qui conjugue la différence d'effets aux caractéristiques des dossiers. La QPC semble du fait de son effet plus destinée aux clients institutionnels ou militants[336] ; dans d'autres dossiers, elle doit être maniée avec précaution car l'abrogation est un « *boulet de canon* » qui peut ne pas aller dans le sens du client ou des intérêts plus généraux du secteur (Me Agnès)[337]. La conventionnalité est une « *arme* » à laquelle on pense tout de suite du fait de son impact immédiat dans le contentieux[338], mais qui demeure insuffisante pour les nullités en matière pénale (Me Richard, Me Serge) ; elle peut toutefois ne

[333] Me Pierre : « *pour moi les deux sujets sont vraiment différents. C'est à dire que la CEDH j'y pense mais de manière moins systématique (…) parce que mon but c'est souvent d'éliminer le texte qui me gêne et je sais que la CEDH me permettra moins d'être aussi radical, d'obtenir un résultat aussi radical* ».

[334] Egalement, Me Aurélie : « *moi je ne suis pas la Ligue des droits de l'homme qui a un intérêt général à faire condamner la France plutôt par Strasbourg que par le Conseil, donc en réalité dans la plupart des cas notre objectif c'est quand même de mener le dossier* ».

[335] « *On peut penser qu'elle aura finalement une application qui aboutira à très court terme ou à moyen terme à des effets pas très différents de celle d'une abrogation pure et simple. Donc il ne faut pas non plus exagérer sur la différence de portée entre une déclaration d'inconstitutionnalité et d'abrogation, et une simple déclaration d'inconventionnalité* » ; également, Me Adrien : « *Parce que la séparation elle est très claire intellectuellement : la QPC c'est la loi qui est défaillante, la CEDH c'est l'application de la loi dans cette espèce qui conduit à une violation des libertés fondamentales de la personne. (…) Donc assez régulièrement pour ne pas dire quasi systématiquement, lorsque vous vous dîtes il y a un problème avec la loi, il y a aussi un problème avec l'application de la loi* » ; également, Me Régine : « *Et la QPC, c'est vrai que c'est un contentieux objectif, on conteste un texte, et (…) la Convention européenne des droits de l'homme, on critique pas un texte mais l'application particulière qui en est faite. Mais le fait que le texte, tel qu'il est rédigé donne systématiquement lieu à une violation, n'interdit pas de critiquer ça sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme ou du Pacte international* ».

[336] Me Albert : « *Si vous avez un plaideur institutionnel qui veut faire passer une thèse, une idée, un combat institutionnel, il privilégiera sans doute la voie de la QPC qui aboutit à l'abrogation* » ; également, Me Arsène « *j'ai rarement et je n'ai sans doute pas d'ailleurs eu de contentieux militant où nous cherchions à faire modifier la loi, mais la QPC peut être un instrument intéressant à cet égard* ».

[337] « *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. (…) la QPC je manie ça avec beaucoup de circonspection et il y a des dossiers où je dis : on va faire seulement un moyen d'inconventionnalité parce qu'on a intérêt à obtenir la mise à l'écart dans notre cas de la loi, en revanche faire tomber la loi je pense que ce n'est pas dans votre intérêt, juridique, politique aussi.* » ; également, Me Priscille : « *j'étais complètement énervée après l'avocat, (…) qui avait défendu ce dossier en se disant : ah ça va marcher pour ce dossier-là, sans réfléchir à tous les autres cas (…) pour moi la QPC c'est ça, puissance 10, parce que c'est carrément la loi qu'on va influencer donc, faut pas faire n'importe quoi* ».

[338] Me Arsène : « *j'avoue que j'utilise plus volontiers le droit conventionnel parce que je sais qu'il aura un impact immédiat, que l'idée de recourir à une modification de la loi (…) QPC n'est pas l'arme, à la différence de la convention européenne, où vous avez tout de suite le réflexe de dire : moi je l'invoque tout de suite* ».

pas être adaptée à un dossier dans lequel l'application de la loi n'aboutit pas à un résultat choquant[339].

Finalement, les avocats ont tous perçu la proximité des contrôles permettant de faire sauter l'obstacle législatif ; ils savent comparer les spécificités de chaque contrôle, mettre en balance les avantages respectifs (ex., Me Armand : la QPC est plus rapide que le renvoi préjudiciel qui retarde de 15 mois ; la QPC est plus rapide que la conventionnalité mais le Conseil constitutionnel est plus restrictif sur le plan des droits fondamentaux[340]). Pourtant, cette conclusion intermédiaire ne suffit pas à comprendre entièrement pourquoi les avocats préfèreront recourir à la QPC et/ou à l'inconventionnalité. Il faut y ajouter le poids important des habitudes professionnelles, celles qu'ils projettent sur les juridictions comme leurs propres réflexes.

III. Les stratégies reposant sur les habitudes professionnelles

9 - **La perception des juridictions. -** Dans le choix de poser une QPC ou de soulever un moyen d'inconventionnalité, revient régulièrement la perception que les avocats nourrissent des juridictions, supposées accueillir favorablement ou avec réticence tel ou tel moyen. Il a ainsi déjà été fait état de la perception assez large d'un Conseil constitutionnel « *sensible* » à la jurisprudence de la Cour européenne (v. *supra*, n° 4). Si cette sensibilité peut s'appuyer sur les décisions rendues, voire sur des éléments plus informels[341], d'autres perceptions semblent plus relever de l'intuition ou d'expériences personnelles. Une telle perception est éminemment subjective et dès lors très variable d'un avocat à l'autre – mais aussi d'une époque à l'autre[342].

---

[339] Me Adrien : « *effectivement cette question elle pourrait potentiellement se poser au regard des exigences de la Convention mais ce n'est quand même pas un très bon cas parce qu'en la manière dont cette loi a été appliquée ici, et bien c'est pas l'hypothèse qui est la plus choquante* ».

[340] Me Armand : « *le Conseil constitutionnel allant beaucoup plus vite, après si on veut faire poser une question, il faut poser une question préjudicielle (…) ça retarde quand même de quinze mois* » puis « *il faut mettre le client en présence des risques ou des intérêts de chaque procédure. Si on va devant le Conseil constitutionnel, ça va plus vite, rapidement mais on peut avoir une approche un peu plus restrictive sur le plan des droits fondamentaux alors qu'on peut être plus à l'aise devant la Cour européenne des droits de l'homme* ».

[341] Me Agathe : « *pour discuter avec les membres du Conseil constitutionnel, et pour les entendre dans les colloques et autres, on voit bien qu'ils ont très présent à l'esprit les méthodes de raisonnement de la CEDH, la jurisprudence de la Cour* » ; Me Rebecca : « *je sais plus qui me l'a rapporté mais il semblerait, à l'époque que Monsieur Fabius ait beaucoup discuté avec le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, et on se demande si y a pas eu un peu un accord des violons (…) on va dire les tractations diplomatiques en quelque sorte* ».

[342] Me Aude : « *je fais plus confiance aux juridictions civiles pour contrôler la conventionnalité qu'au Conseil constitutionnel (…). Mais ça pourrait être autrement à un autre moment. Vous savez, bon, à chaque fois on a des*

De façon assez révélatrice, lors d'un entretien mené en présence de plusieurs avocats aux conseils d'un même cabinet, ils ne parvinrent pas à s'accorder sur le point de savoir si le Conseil constitutionnel déclare plus facilement une loi inconstitutionnelle que la Cour de cassation ne la déclare inconventionnelle[343]. Plusieurs avocats estiment que les juges judiciaires sont réticents envers le moyen d'inconventionnalité : ils ne « *sont pas très enclins à déclarer le texte inconventionnel* » (Me Régine)[344], ils « *sont très très frileux* », ils « *nous riaient au nez* » (Me Renée, à propos de l'inconventionnalité de la garde à vue avant la décision QPC)[345], parce qu'ils doutent de leur légitimité[346] ou qu'ils n'y voient qu'un effet de manche de l'avocat[347]. Cette défiance des juges est également perçue pour les renvois préjudiciels : les juges sont « *susceptibles* » et ont du mal à accepter un renvoi préjudiciel (alors qu'ils ont pris l'habitude de renvoyer les QPC), particulièrement la Cour de cassation (Me Arthur)[348]. Dès lors, la conventionnalité, pour certains avocats, « *c'est finalement peu réel (…) dans notre activité de tous les jours devant nos juges* » (Me Sarah)[349]. Certains perçoivent toutefois une évolution de la part de ces mêmes juges, qui retiennent plus facilement des moyens d'inconventionnalité « *qui auraient été rapidement écartés avant* » (Me Antoine). Certains l'expliquent par la QPC, qui a modifié la perception par les Cours suprêmes des libertés fondamentales (Me Antoine) et a institutionnalisé leur mission de contrôle de la conformité de la loi (Me Adrien) ; d'autres par

stratégies comme ça. Il y a eu une époque dans les années 70 en matière de protection des délégués du personnel on préférait aller au pénal plutôt qu'aller au civil. Maintenant on va plus au civil parce qu'on gagne plus qu'au pénal ».

[343] Me Antoine : « *Ils sont quand même très prudents au Conseil constitutionnel » / « La Cour de Cassation n'est pas très encline non plus à écarter un texte sur la base de la CEDH* ».

[344] « *peut-être qu'il y a un frein quand même de la part des juges (…) même si la jurisprudence Jacques Vabre a 40 ans, ou un peu plus maintenant, je ne suis pas sûr que les juges soient très enclins à déclarer le texte inconventionnel, quand même et donc à l'écarter, sauf peut-être dans les affaires médiatiques en se disant : on va passer pour des rétrogrades si…* ».

[345] « *par exemple quand on plaidait, on plaidait la conventionnalité des gardes à vue, sans avocat et on avait notamment l'arrêt Salduz (…), ils nous riaient au nez les juges. Moi j'ai gagné à Montbrison, mais j'ai perdu à Tamarix, j'ai perdu à la Cour d'appel de Wisteria, en 2010 hein, je veux dire au moment même où le Conseil a changé le truc et où on me disait : ah, mais pfff, c'est un arrêt qui est rendu contre la Turquie, ça n'a rien à voir (…) ils sont très très très frileux pour juger la conventionalité (…) les juges n'ont pas envie de prononcer des décisions d'inconventionnalité, ils n'aiment pas ça* ».

[346] Me Adrien : « *il y a toujours une interrogation de la part du juge de sa propre compétence, le juge se dit à chaque fois qu'il touche la loi « qui suis-je », (…) il a été éduqué comme ne devant pas aller à l'encontre de la loi donc il y a un problème de légitimité* ».

[347] Me Sarah : « *parce que lorsque l'on cite l'article 6 de la CEDH, on nous voit venir et on nous dit finalement que ce n'est qu'un effet de manche de l'avocat, un de plus* ».

[348] « *il faut toujours penser que les juges sont susceptibles (…) donc potentiellement se soumettre à une autre juridiction est quelque chose de compliqué (…) Et par exemple sur la question préjudicielle on le sent encore de manière très forte. Autant maintenant sur la QPC ils transmettent, ça a mis du temps, autant sur la question préjudicielle on sent bien à quel point ils ont du mal à se dessaisir d'un dossier et dire : je vais transmettre à la CJUE et elle va me dire ce qu'il faut que je juge () c'est compliqué pour eux (…)* ».

[349] Après avoir déclaré : « *je pense que si l'on dressait des statistiques sur le nombre de décisions prises au vu d'un argument de conventionnalité devant le juge du fond et devant la première instance, la juridiction de tous les jours, on serait en dessous de 1 pour 1000, 1 pour 10 000, 1 pour 100 000* ».

un effet de génération, les magistrats actuels ayant été « *biberonnés à la Convention européenne* » contrairement à la génération précédente (Me Richard)[350]. La réticence du juge judiciaire est plus souvent évoquée par les avocats à l'égard de la conventionnalité qu'à celle de la QPC, ce qui est expliqué par un avocat par le fait que, « *dans notre tradition légicentrée* », le juge « *a été éduqué au sens propre du terme, à l'ENM, à appliquer la loi* » ; avec la QPC, le juge ne pouvait plus ignorer le contrôle de conformité « *parce qu'avec la QPC c'est devenu son rôle, et c'est entré dans sa formation* » (Me Adrien)[351]. Pour autant, l'un des avocats n'ayant jamais posé de QPC explique redouter qu'une QPC ne soit « *pas bien vue* » par les juges du fond alors que la conventionnalité peut les convaincre parce qu'elle se glisse dans l'argumentation générale (Me Serge)[352]. Le juge administratif fait l'objet d'appréciations plus nuancées mais, là encore, les perceptions sont variables : ici, le juge administratif serait moins réticent que le juge judiciaire à la QPC, car plus habitué au contrôle de légalité (Me Pauline), là, « *ils ne sont pas très très sensibles* » à la Convention EDH (Me Robin)[353]. Enfin, le Conseil constitutionnel n'échappe ni à ces perceptions, ni à leur variabilité. Certains déclarent avoir plus confiance dans la CEDH ou les juges civils que dans le Conseil constitutionnel pour la

---

[350] « *les magistrats qui sont en poste là actuellement, qui sortent des facultés de droit sont entre guillemets biberonnés à la Convention européenne des droits de l'homme, ce n'était pas le cas de leurs prédécesseurs, je parle des magistrats de la génération d'avant* ».

[351] L'explication mérite d'être longuement reproduite : « *On vit nous en France dans une tradition très légicentrée et le juge, qu'il s'agisse du juge ordinaire ou du juge suprême, il a été éduqué au sens propre du terme, à l'ENM, et dans le cadre de sa formation continue, à être l'interprète de la loi, au mieux, et en pratique celui qui a vocation à appliquer la loi. Mais le juge n'avait pas comme rôle de dépasser la loi, de mettre en cause la loi, de critiquer la loi. Sauf que depuis les années 70 et justement le contrôle de conventionnalité, il lui incombait nécessairement de vérifier lorsque cela était invoqué devant lui la conformité de la loi française à des normes supérieures, qu'il s'agisse de la Convention européenne des droits de l'homme ou qu'il s'agisse du Droit de l'Union. Sauf que moi ce que j'ai véritablement vu et vécu c'est qu'il y avait une réticence très forte de la part des juges, précisément parce que ce n'était pas leur éducation, parce que ce n'était pas leur habitude, à remettre en cause la loi. Et souvent on se retrouvait à plaider des affaires en invoquant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme devant des juges français et en disant « Regardez enfin, si vous appliquez la loi vous prenez le risque d'une condamnation devant la Cour européenne des droits de l'homme », face à des juges qui disaient « Mais je vous entends Maître mais je ne peux pas réécrire la loi et si quelqu'un doit réécrire la loi c'est le législateur ». Et en réalité la QPC donc depuis 2010 a institutionnalisé pour le juge le contrôle de la conformité de la loi aux libertés fondamentales. Il n'a plus pu l'ignorer et ça n'était pas là dans le cadre d'un éventuel recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, non pas dans le cadre d'une éventuelle condamnation de la France devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais bien parce qu'avec la QPC c'est devenu son rôle, et c'est entré dans sa formation. On lui a appris à devoir gérer l'incident contentieux que représente la QPC et on lui a appris qu'il lui incombait d'apprécier une loi et de vérifier si oui ou non cette loi lui semblait conforme aux libertés fondamentales, aux blocs de constitutionnalités et si c'était le cas à renvoyer à son juge suprême, Conseil d'État, Cour de cassation, et si on est devant la Cour de cassation, Conseil d'Etat ou Conseil constitutionnel, la question qui lui est soumise* ».

[352] « *Le problème c'est que je pense aussi que malheureusement de soulever une QPC (…), c'est l'impression que j'ai par rapport à ma pratique (…) je ne pense pas que ce serait très bien vu ou que ce soit très utile par rapport aux magistrats. Alors que la CEDH, comme c'est inclus dans une autre argumentation un peu plus générale, ça peut contribuer à les convaincre d'adopter telle ou telle position* ».

[353] « *ils regardent ça de loin quand même, ils ne sont pas très très sensibles à la Convention européenne des droits de l'homme au Tribunal administratif. De plus en plus, mais c'est quand même timide. On sent que ça y est ils commencent à l'intégrer dans leur raisonnement, c'est archi timide* ».

protection des libertés (Me Aude), du fait de certaines décisions constitutionnelles considérées comme trop « *répressives* » (Garde à vue ; poursuites disciplinaires contre les avocats – Me Rémi[354]) ; d'autres, à l'inverse, ne font pas confiance à la Cour de cassation ou aux juges du fond mais font confiance au Conseil constitutionnel, « *qui a conscience de son importance* » (Me Renée)[355] ; pour d'autres enfin, la Cour de Justice est plus ouverte que le Conseil constitutionnel ou les juridictions administratives à la défense du droit de propriété en droit public des affaires, du fait d'histoires étatiques différentes et d'une perception différente du service d'intérêt général[356].

10 - **Les réflexes professionnels.** D'une façon générale, il est souvent estimé pendant les entretiens que la QPC est entrée dans les mœurs. Bien que n'existant que depuis à peine 10 ans, des avocats déclarent : « *c'est plus par habitude qu'on va vers l'inconstitutionnalité plutôt que l'inconventionnalité* » (Me Sylvain) ; *« je leur conseille d'aller vers la QPC parce que je la connais mieux* » (Me Alice) ; « *beaucoup d'avocats à la Cour proposent des QPC dès la première instance, donc c'est vraiment, je pense, quelque chose qui est rentré dans les mœurs, complètement* » (Me Arthur)[357]. Toutefois, de telles déclarations proviennent d'avocats ayant déjà posé des QPC, beaucoup plus nombreux dans notre échantillon. Sans surprise, tout à l'inverse, un avocat n'ayant jamais posé de QPC, tout en connaissant parfaitement la procédure pour l'avoir enseignée, estime que la technique n'est « *pas dans sa pratique* », contrairement à la conventionnalité qu'il invoque « *systématiquement* » (Me Serge)[358].

---

[354] « *je me retournerai plus facilement vers la Cour européenne des droits de l'homme que vers le Conseil constitutionnel (…) Et c'est vrai qu'à chaque fois où je vois une décision du Conseil constitutionnel qui m'horripile, je fais mais, ça ne sert à rien d'y aller* (à propos de la jurisprudence constitutionnelle) : *1/ Je la trouve extrêmement répressive 2/ Elle ne protège pas réellement les droits fondamentaux. Je me demande si parfois la Cour de cassation n'est pas plus efficace* ».

[355] « *je ne fais pas confiance à la Cour de cass, ni dans les juges du fond, mais au Conseil constitutionnel, oui (…) le Conseil constitutionnel, il semble avoir une très bonne conscience de sa propre importance et qu'il faut qu'il gère ça bien s'il veut continuer à rester important comme il l'est devenu* ».

[356] Me Robert : « *le droit européen est applicable par toutes les juridictions, après ils ne le font pas ou rarement, enfin c'est arrivé mais (…) c'est rare. (…) J'ai tendance à penser que l'Union sera beaucoup plus ouverte à mes arguments pour défendre le droit de propriété que ne le serait le Conseil constitutionnel, mais encore une fois je peux me tromper, mais parce que l'Union (a) plein de pays avec plein d'histoires différentes et une vision du service d'intérêt général qui est bien différente* ».

[357] « *je suggère pas mal de questions préjudicielles à la CJUE, parce que ça les gens y pensent moins (…) beaucoup d'avocats à la Cour proposent des QPC dès la première instance, donc c'est vraiment, je pense quelque chose qui est rentré dans les mœurs, complètement, autant la question préjudicielle (…). Parce que déjà c'est une juridiction étrangère (…) je pense qu'il y a un côté chauvin ou pas, je ne sais pas, alors soit les gens connaissent pas assez, soit ils se rendent pas assez compte aussi justement des dispositions européennes, potentiellement applicables* ».

[358] « *On va dire de manière générale de libertés, j'invoque maintenant systématiquement la disposition de la Convention qui correspond. Systématiquement. Par contre effectivement je n'invoque pas les dispositions constitutionnelles. Jamais (…). Non ce n'est pas dans ma pratique et encore une fois, à vrai dire j'y pense pas. C'est à dire que quand je travaille un dossier je me pose la question de la jurisprudence CEDH que je cite, mais pas de la jurisprudence du Conseil constitutionnel* ».

Il est possible de tenter d'identifier certains des facteurs qui semblent avoir façonné ces pratiques professionnelles. Le premier tient à la spécialisation de l'avocat, certaines disciplines semblant porter vers un instrument plutôt qu'un autre, bien qu'il soit difficile de tirer des généralités à partir de notre échantillon. Un avocat accorde beaucoup d'importance au poids du profil publiciste ou privatiste dans l'appropriation de la QPC :« *je suis plutôt privatiste et peut-être que dans ma culture, j'ai envie que le juge se saisisse tout de suite, et modifier la loi, c'est une étape différente et c'est pas dans mes gènes* », avant d'estimer que la QPC « *a ouvert des portes, dans nos esprits et dans nos façons de réfléchir et d'articuler la loi* » et a constitué une « *révolution* », « *un coup de pied dans les habitudes judiciaires* » (Me Arsène)[359]. Il est possible de rapprocher de cette analyse celle faite à propos des avocats qui avant ne raisonnaient « *que loi, jurisprudence, décrets* » et maintenant trouvent toujours un texte constitutionnel ou conventionnel : « *ça devient beaucoup plus qu'avant un réflexe* » (Me Priscille). Plus avant, il est possible d'estimer que certaines spécialités semblent plus souvent reliées à certains réflexes : ainsi la convention européenne est assez largement invoquée par les spécialistes de droit pénal ; les conventions internationales et le droit de l'Union semblent importants en droit du travail ; le droit de l'Union et le droit constitutionnel pour les spécialistes de droit fiscal ou de droit public des affaires – avec un réflexe plus particulièrement constitutionnel en matière d'urbanisme. Tout comme les perceptions des juridictions, ces tendances sont sujettes à des effets de mode : ainsi, en matière fiscale, le renvoi préjudiciel « *est passé de mode* » et la préférence va à la constitutionnalité (Me Rebecca). Le second facteur ayant façonné les pratiques professionnelles tient à la facilité avec laquelle ils se sont approprié la QPC. Cette facilité a été aidée par « *un effort très efficace et très positif de la part du Conseil constitutionnel pour essayer de diffuser la QPC dans les habitudes contentieuses françaises* » (Me Adrien) ; par ses tables analytiques, qui permettent de comprendre plus facilement la jurisprudence constitutionnelle que la jurisprudence européenne[360] ; par « *une procédure à laquelle on est habitué, et qui est normale, qui fait partie de notre tradition juridique, ce qui n'est pas le cas pour moi devant la Cour européenne des droits de l'homme* » (Me Alice). Cependant, ce qui

[359] « *pour la privatiste que je suis c'était un peu une révolution, on se retrouve vraiment sur le terrain des publicistes et sur un impact bien plus large que le procès. (…) moi je suis plus axée sur la Convention et sur l'application directe dans le procès par le juge (…). La QPC aura un effet bien plus large (…) quand la QPC est intervenue, c'était une révolution, ce n'était pas juste on change des champs* ».

[360] Me Renée : « *moi j'y connais rien au droit européen, je galère pour comprendre ce qu'ils disent (…) et bizarrement quand je fais une QPC j'ai pas besoin d'avoir le niveau, j'ai juste besoin d'avoir un raisonnement, j'ai pas besoin de connaître bien la jurisprudence du Conseil constitutionnel, juste pour vérifier que ça pas été déjà tranché, mais ça, on trouve très facilement dans les tables* » ; également, Me Raymond : « *Parce qu'on maîtrise peut-être mieux, on a un meilleur accès peut-être, alors je ne fais pas des recherches très souvent en matière européenne* ».

semble avoir le plus aidé à l'appropriation de la QPC, c'est la conventionnalité. En effet, plusieurs avocats estiment que leurs méthodes de travail n'ont pas été profondément modifiées par la QPC puisqu'ils pratiquaient déjà le contrôle de conventionnalité – et, parfois, le contrôle de légalité[361]. C'est du fait de ces habitudes antérieures que « *très vite le réflexe européen s'est transformé en un réflexe constitutionnel* » (Me Adrien). Ainsi, la QPC n'a pas « *changé nos méthodes de travail, mais en revanche ça a élargi le périmètre des moyens d'annulation qu'on pouvait soulever à l'occasion de nos recours* » (Me Agathe). En définitive, la coexistence de deux contrôles pour la garantie des droits et libertés a produit des effets mutuellement vertueux, qui ont été constatés à divers endroits : la conventionnalité a aidé à l'appropriation de la QPC ; la QPC a fait évoluer la réticence des juges ordinaires à l'égard du contrôle de la loi[362] ; la QPC a permis une diffusion plus rapide des avancées de la Convention européenne des droits de l'homme[363]. Pour reprendre des propos déjà cités : « *Donc les choses ne sont pas toujours aussi simples* » (Me Albert).

[361] Pour Me Anne, celui pratiqué devant le juge de cassation. Pour Me Agathe, le contentieux de droit public, « *parce que techniquement on sait rédiger un moyen pris de la contravention à un texte supérieur (…) Dans un cabinet d'avocats qui fait beaucoup de droit public, c'est notre travail de tous les jours de faire du contrôle de légalité. C'est ce qu'on sait faire au cabinet. Donc quand on nous a dit un beau jour : ben ce qu'on vous interdisait jusqu'à maintenant c'est-à-dire de remettre en cause la loi par rapport à la constitution, aujourd'hui c'est possible c'est quelque chose qu'on savait faire, parce que c'est notre travail quotidien, simplement on a changé les normes de référence. (…) c'est quelque chose avec lequel on n'a jamais eu de difficulté, en fait. Parce que techniquement on sait rédiger un moyen pris de la contravention à un texte supérieur, voilà c'est inhérent à notre activité, ça.* »

[362] Outre la longue citation de Me Adrien *supra*, n° 9, Me Antoine : « *la QPC a aussi modifié la perception par les juges suprêmes à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat des libertés fondamentales et aussi la valeur du coup des moyens tirés de la CEDH, c'est-à-dire que des moyens qu'ils avaient tendance à écarter très rapidement (…) et la QPC n'est probablement pas neutre dans cette prise en compte, meilleure même, des moyens tirés de la Convention européenne des droits de l'homme* ».

[363] Me Adrien : « *Donc si je retiens au fond une chose de la QPC c'est qu'elle a permis très certainement d'abord par son mouvement propre et par le mouvement d'imitation qu'elle a eu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, tout évidemment en ne la citant pas directement, de diffuser dans notre Droit de façon très efficace, très rapide très immédiate un très grand nombre de principes qui auraient mis un temps considérable à être adaptés par le législateur. Et je pense que la QPC a eu ce coup de génie de pouvoir en quelques années mettre à niveau l'ensemble de la législation française en matière de libertés fondamentales, ce qui aurait été impossible s'il avait fallu que cela se fasse par la simple voie des modifications parlementaires* ».

4) Perceptions et usages de la procédure

Le filtrage de la QPC[364]

Introduction

1. La faculté de soulever une question de constitutionnalité à l'occasion d'un procès devant le juge de droit commun décuple nécessairement l'activité juridictionnelle d'une Cour constitutionnelle. Cela s'est vérifié dans tous les systèmes comportant un procès incident de constitutionnalité que ce soit en Italie [365] ou encore en Espagne. Les différents bilans d'activités des Cours constitutionnelles européennes montrent ainsi que le procès incident de constitutionnalité est un contentieux largement prépondérant par rapport à tous ceux dont elles ont à connaître.

2. L'introduction d'un tel procès en France s'est donc faite en connaissance de cause. La hausse prévisible du contentieux à traiter par le Conseil constitutionnel devait être d'autant plus prise en considération que la juridiction constitutionnelle française n'est pas de la même dimension que ses homologues européens. Celle-ci fonctionne en structure resserrée comparativement aux autres.

3. Cette différence organisationnelle peut être expliquée par la vocation initiale qui a conduit à leur création. Dans les systèmes constitutionnels étrangers, le procès incident de constitutionnalité a été inscrit, *ab initio*, dans les différents textes constitutionnels. Il a donc fallu leur donner les moyens de leurs compétences. Tel n'a pas été le cas pour le Conseil constitutionnel. Celui-ci n'était, faut-il encore le rappeler, qu'une instance de contrôle du respect, *a priori*, de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Il n'avait pas vocation à développer une activité contentieuse régulière mais à intervenir au compte-goutte, au gré des saisines sporadiques des quatre plus hautes autorités de l'Etat. Cela explique sans doute que le juge constitutionnel français n'ait été doté que du plus simple appareil, sans anticiper une quelconque évolution de son rôle ou de ses compétences.

[364] Rédaction : Fanny Jacquelot

[365] En Italie, la Cour constitutionnelle s'est retrouvée confrontée à de sérieuses difficultés d'engorgement du fait de l'arrivée massive de questions de constitutionnalités transmises par les juges de droit commun. N'arrivant plus à statuer dans des délais raisonnables, la Haute instance a été contrainte d'adopter, à titre transitoire et sans que la Constitution l'ait permis, une organisation en chambres afin de résorber l'arriéré.

4. C'est la raison pour laquelle, la question de la régulation du flux contentieux en direction du Conseil constitutionnel a été directement au centre des préoccupations du constituant quand la discussion a porté sur l'introduction du procès incident de constitutionnalité. Les premiers projets de 1990 et de 1993 [366], issus de la Commission Vedel, ont prévu un filtrage renforcé. Si, comme à l'étranger, la question de constitutionnalité pouvait être soulevée dans toute instance devant le juge de droit commun, seuls la Cour de cassation et le Conseil d'Etat pouvaient, *in fine*, la transmettre au Conseil constitutionnel [367]. C'est ainsi que le doublement du filtrage s'est incrusté dans la conception française de l'accès au Conseil constitutionnel par la voie incidente. Il a finalement été consacré, lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 [368], au travers du nouvel article 61-1 de la Constitution qui réserve, comme dans les projets passés [369], la transmission aux deux juridictions suprêmes. Ces deux niveaux de filtrage bénéficient ainsi de dispositions spécifiques d'application au sein de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel telle que modifiée par la loi organique de 2009 [370] .

5. Ce double filtrage est ainsi la clé de la pérennité du procès incident de constitutionnalité. Il doit réguler le flux contentieux afin de le mettre, en quelque sorte, en adéquation avec la capacité logistique du Conseil constitutionnel. Cette régulation par le filtrage doit également lui permettre de statuer dans un délai de trois mois. Le filtrage se devait donc d'être pensé dans l'optique de doser au plus juste le volume contentieux susceptible d'être traité par le juge constitutionnel.

6. Ainsi conçu, un tel filtrage est nécessairement central dans l'architecture de la QPC au sein de laquelle doivent prendre place différents acteurs dont les juges mais aussi et surtout les parties par l'intermédiaire de leurs avocats. Pour ces dernières, il conditionne leurs chances de succès de voir la QPC examinée par le juge constitutionnel.

---

[366] Projet de loi constitutionnelle n° 1203 déposé à l'Assemblée nationale le 30 mars 1990 ; Projet de loi constitutionnelle n° 231 déposé au Sénat le 10 mars 1993.

[367] En Italie, par exemple, la Cour constitutionnelle peut être saisie pour l'ensemble des juges du système dès lors que les critères de renvois sont remplis.

[368] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

[369] Voir en particulier, l'étude de V. BERNAUD et M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposés par le comité Balladur », *RFDC*, n° 5, 2008, pp. 169-199. Il y est fait mention de la proposition faite par Michel Aurillac, lors de la rédaction de l'avant-projet de la Constitution de 1958, de permettre au Conseil d'Etat et la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel.

[370] Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Voir, en particulier, pour les juges du fond, l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958 modifiée et, pour l'article 23-4 pour la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

7. Alors que la QPC atteint ses dix ans d'existence, la question se pose de savoir comment ce filtrage a été éprouvé par sa mise en pratique. La présente étude sur le filtrage de la QPC s'insère ainsi dans une recherche collective [371] visant à recueillir, au travers d'entretiens et de questionnaires principalement en direction des avocats à la Cour et des avocats aux Conseils, des éléments d'analyse permettant de retranscrire une physionomie de la QPC, à la lumière des conditions d'aujourd'hui.

8. Le constat d'ensemble qui se dégage, en ce qui concerne le filtrage, c'est que les différents acteurs de la QPC se sont nettement familiarisés avec ses modalités de fonctionnement. Comme le souligne Maître Arthur [372], les critères de renvoi de la QPC ne lui semblent pas difficiles à justifier [373]. L'articulation est donc désormais maîtrisée et les critères de renvoi, fixés par l'ordonnance de 1958 précitée, sont connus et compris. Maître Arthur observe ainsi que les magistrats réagissent « *de mieux en mieux* » quand une QPC est posée devant eux. Il se souvient qu'« *au début, la Cour de cassation était accusée de ne pas transmettre, ou de faire un peu de résistance… aujourd'hui … s'il y a quelque chose de sérieux, ils transmettent* ». Même si, d'une manière générale, ce filtrage est perçu comme un obstacle difficile à franchir [374], dans la mesure où il faut faire « *sauter un verrou* » [375] il n'en demeure pas moins légitime dans sa finalité. Cela d'autant plus qu'il est considéré comme efficace [376] et « *équilibré* » [377]. Il permet de faire de la QPC une « *voie de droit utile* » [378].

9. Dès lors les avocats se sont aguerris aux modalités du filtrage. Ils se considèrent comme soutenus dans leur initiative par l'ensemble des données mises à disposition, tout particulièrement, par le Conseil constitutionnel, via son site internet [379]. En plus du suivi jurisprudentiel qui est effectué par certains cabinets d'avocats, ce sont les tables du Conseil constitutionnel qui sont régulièrement utilisées au moment de soulever une QPC [380].

---

[371] « La QPC en action. Identités et stratégies des parties », sous la direction des professeurs M. DISANT et P. DEUMIER.
[372] Avocat aux Conseils ayant déjà posé une QPC.
[373] Me Arthur considère qu'environ 70% des QPC qu'il a posées ont été transmises. Ce qui pour lui représente un chiffre relativement bas et lui donne une vision très sélective du filtrage.
[374] Dans le questionnaire réalité pour les besoins de la recherche, 61,5 % des avocats interrogés considèrent que le filtrage peut être dissuasif.
[375] Entretien de Me Aude.
[376] Nombre d'acteurs de la QPC s'accordent pour dire que les réticences initiales de la Cour de cassation quant à son rôle de filtre font partie du passé. Pour certains d'ailleurs il n'est pas certain qu'elle ait été réellement opposée à transmettre et qu'il existe une réelle différence entre les deux juges suprêmes de ce point de vue.
[377] Entretien de Me Albert. Dans le même sens, voir l'entretien de Me Armand (avocat aux Conseils, QPC)
[378] Entretien de Me Pauline.
[379] Voir, sur ce point, les entretiens de Me Arthur, Me Arsène, Me Rafael ou encore Me Richard (avocat province, QPC).
[380] Me Renée, avocat de province ayant posé au moins une QPC.

L'ensemble de ces éléments permet de nourrir la rédaction du mémoire QPC que ce soit devant l'ordre judiciaire ou administratif.

10. Les différents entretiens réalisés montrent surtout que la mise en pratique concrète du filtrage par les acteurs de la QPC a fini par générer une dynamique qui a remodelé, en profondeur, le mécanisme que ce soit par la mutation des critères de renvoi (**I**) que par l'émergence d'une autre forme de duplicité du filtrage (**II**).

I. La mutation des critères de renvoi

11. Les critères de renvoi [381] ont simplement été inscrits dans l'ordonnance de 1958 telle que modifiée par la loi organique de 2009. Les explications ont été données par la suite au travers de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de la doctrine mais aussi des juridictions suprêmes. Cependant la grille de lecture ainsi élaborée ne correspond plus complètement à ce qu'il ressort de la pratique des acteurs de la QPC et spécifiquement des avocats. L'appréhension qu'ils se forgent du filtrage fait état d'une modification du sens et de la portée des critères (**A**) qui conduit à employer les critères à des fins autres que celles initialement prévues (**B**).

A. La modification du sens et de la portée des critères

12. Alors que l'on pensait que les critères de filtrage avaient livré tous leurs secrets, la pratique des acteurs de la QPC les présente sous un jour nouveau. Elle leur fait prendre une coloration qui n'étaient pas attendue au moment de l'entrée en vigueur de cette procédure en 2010. Cela est dû essentiellement à la manière dont les avocats ont eu de penser leur rôle dans la QPC vis-à-vis de leurs clients mais aussi du juge devant lequel ils soulèvent la QPC. A cela s'ajoute également la nécessité pour eux de bâtir une « stratégie judiciaire » dont parlait dès 2010

[381] Pour rappel, les critères de renvoi d'une QPC soulevée devant un juge du fond sont les suivants (art. 23-2 de l'ordonnance de 1958) :

1) La disposition est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites
2) La disposition n'a pas été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances
3) La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux

Devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, les deux premiers critères sont les mêmes. Le troisième critère exige que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux (art. 23-4 de l'ordonnance de 1958).

l'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, Marc Guillaume. Ces différents éléments ont induit une dynamique comportementale des avocats en direction de la signification accordée à ces critères. Sans pouvoir intervenir sur la rédaction en elle-même des dispositions afférentes, les avocats ont introduit des éléments de logique supplémentaire qui ont fait bouger les lignes.

13. Ainsi, le premier critère de transmission, relatif à l'applicabilité de la loi, a été pensé initialement d'une manière assez basique. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont ainsi considéré que le critère était rempli dès lors qu'il était possible de démontrer un lien tangible avec le litige ou la procédure [382]. Même interprété par les juridictions suprêmes, ce critère devait rester très différent du critère de « pertinence » que l'on retrouve notamment en Italie (*la rilevanza*). Cependant, la pratique des avocats fait ressortir l'introduction d'une exigence de pertinence qui irrigue l'ensemble de l'argumentation relative aux critères de la QPC.

14. Nombre d'avocats expliquent ainsi à quel point ils sont attentifs aux QPC qu'ils posent. Lorsqu'il leur est demandé s'ils envisagent la QPC comme un moyen dilatoire, la réponse est presque invariablement négative. La raison donnée est qu'au travers de la QPC se joue leur crédibilité intellectuelle face à leurs clients mais aussi vis-à-vis du juge. Pour Maitre Arsène, « *poser des QPC les unes derrière les autres* » n'est pas sa *« philosophie, parce que l'on se discrédite* ». Cette position est également partagée par Maître Agathe [383] qui attache une importance toute particulière à sa crédibilité vis-à-vis de son client mais aussi des juridictions devant lesquelles il intervient. Il évite, en effet, de poser des QPC non pertinentes.

15. Aussi, il apparaît qu'une QPC posée en dilettante ou simplement pour gagner du temps nuit au dossier à défendre. Cela se vérifie devant le juge du fond mais encore plus devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. Les avocats ont tout à faire conscience qu'une QPC fabriquée de toutes pièces sera immédiatement débusquée par les juges suprêmes. Maître Arsène explique ainsi qu'il ne se hasarderait pas à poser une QPC factice car les juges suprêmes « *ne sont pas dupes* ».

16. Le dépôt d'une QPC n'est donc pas traité à la légère. Il y a une véritable investigation qui se traduit non seulement par un tour d'horizon des critères avec une étude de la jurisprudence constitutionnelle mais aussi sur l'intérêt de poser une telle QPC, pour la partie qu'il représente et pour l'affaire en général. La réflexion menée par les avocats influe tout particulièrement sur ce premier critère. En effet, si la disposition législative visée n'est pas pertinente au vu du litige

[382] Voir, notamment, CE, 8 octobre 2010, *Daoudi*, n° 338505 ; Cass., civ., 1ère, 5 juillet 2012, n° 12-12356.
[383] Me Agathe, avocat aux Conseils, QPC.

ou de la procédure, alors c'est la QPC qui ne l'est pas dans son ensemble. En conséquence, le critère de l'applicabilité n'est plus aussi mécanique qu'il ne l'était auparavant. Il véhicule une exigence de pertinence, rejoignant alors les critères de filtrage que l'on retrouve dans les autres systèmes de justice constitutionnelle. La conséquence d'ailleurs est que certains avocats disent s'abstenir de poser certaines QPC pour les raisons précédemment évoquées. Maître Arthur affirme ainsi que, dans son cabinet, « *l'on a tendance à proposer que ce qui est vraiment pertinent* ». Ainsi, selon elle, « *quand [la question] est pertinente, il ne faut pas hésiter… à poser* ». De même, Maître Antoine [384] explique « *apprécier la pertinence de poser une QPC* ». Maître Arthur souligne d'ailleurs que « *si la [question] est pertinente, elle n'est pas difficile à justifier* ».

17. On comprend que seule une disposition législative qui n'est pas seulement applicable au litige ou à la procédure, mais qui peut être déterminante, a des chances d'être examinée par le juge de renvoi. Aussi, quand la question est posée de savoir combien de leur QPC ont passé le filtrage, certains avocats annoncent des pourcentages élevés. Ils expliquent cela par la présélection qu'ils font des dispositions législatives susceptibles de faire l'objet d'une QPC. Les avocats sont d'ailleurs renforcés dans cette appréciation par la pratique de certains juges. Me Ronan[385] explique ainsi avoir fait l'objet de ce qu'il appelle « *une transmission partielle* ». Le juge a, en effet, opéré une sélection des arguments d'inconstitutionnalité présents dans le mémoire QPC, pour ne transmettre que les plus pertinents. Cette hypothèse conduit alors à s'interroger sur l'opportunité d'introduire clairement une exigence de pertinence plutôt que de voir le juge surfer sur l'interdiction qu'il lui est faite de reformuler la question de constitutionnalité.

18. Quant au fait de savoir si le Conseil constitutionnel s'est préalablement prononcé, les avocats s'en tiennent à la vérification du précédent. Ils occultent, souvent volontairement, l'hypothèse du changement de circonstances. Ils ont conscience que cela permet de soumettre, au juge constitutionnel, une disposition législative ayant déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Mais, nombre d'entre eux considèrent qu'il s'agit d'un cas d'ouverture « *assez étroit* » [386]. Maître Antoine souligne d'ailleurs que ce critère est l'un des « *plus difficile à appréhender parce que c'est assez mouvant…* » . Au final, l'on obtient un critère tronqué dans sa portée, qui se limite au respect de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel.

[384] Me Antoine, avocat aux Conseils, QPC.
[385] Me Ronan, avocat province, QPC.
[386] Entretien de Me Antoine.

19. Quant au troisième critère (que ce soit le caractère sérieux devant les juges suprêmes ou non dépourvu de caractère sérieux devant les juges du fond), celui-ci a bougé dans sa signification et sa portée. En particulier, certains avocats relèvent que, du fait de la jurisprudence de la Cour de cassation, le caractère sérieux de la question doit être fondé au regard d'une exigence de précision de la question posée et, éventuellement, de l'argumentation développée à son soutien. Pour Maître Antoine cela constitue « *une difficulté quant à la façon dont les questions sont posées en ce sens que le justiciable ou son avocat se contentent assez fréquemment de dire que le texte est contraire à un tel droit ou liberté sans dire en quoi il est contraire* ». Dans une telle hypothèse, il relève que « *la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts en disant qu'elle ne transmet pas au Conseil constitutionnel parce que la question initiale n'a pas été correctement posée* ». Pour cet avocat, ce courant jurisprudentiel est « *très contestable* » dans la mesure où la Cour de cassation interprète les textes en considérant qu'elle doit être saisie dans des termes suffisamment précis. Cela restreint, selon Maître Antoine, « *fortement le renvoi devant le Conseil constitutionnel, en dehors des textes, parce que c'est une création purement prétorienne* ». Il ajoute ainsi que la Cour de cassation « *s'en tient à la question précisément telle qu'elle a été formulée, sans lire la question au vu du mémoire qui a pu être déposé par le juge du fond* ». En d'autres termes, Pour Maître Antoine, la Cour de cassation est d'ailleurs *« beaucoup restrictive que le Conseil d'Etat, à cet égard* ». Il précise que cela touche plus particulièrement les QPC soulevées devant les juges du fond. Les avocats aux Conseils, comme lui, sont très vigilants. Ils veillent désormais à respecter ce critère de précision quand ils posent la question et qu'ils argumentent sur le caractère sérieux, et ce, même si ce « *n'était pas forcément une lecture qui s'imposait au vu des textes* » [387]. Aussi ce critère du caractère sérieux ou non dépourvu de caractère sérieux a acquis une portée substantielle que les avocats ont directement pris en compte pour augmenter leurs chances de franchir le filtrage.

20. D'ailleurs, il s'agit du critère qui prend, en moyenne, « *le plus de temps* » [388] aux avocats [389]. Cela d'autant plus qu'il y a un dédoublement de la signification de ce critère. Maître Pauline [390] fait état d'une différence d'appréciation entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation : « *le Conseil d'Etat a simplement besoin que l'on fasse naître un doute dans son esprit sur la constitutionnalité du texte ou de la jurisprudence appuyée sur le texte que l'on conteste…Alors*

[387] Entretien de Me Antoine.
[388] Entretien de Me Rebecca.
[389] Dans le questionnaire réalisé pour les besoins de la recherche, 68,4 % des avocats interrogés considèrent que ce critère est le plus difficile à démontrer.
[390] Me Pauline, avocat Paris, QPC.

que la Cour de cassation veut être… convaincue qu'il y a manifestement une inconstitutionnalité, par seulement un doute, elle veut de l'évidence, elle veut du doute manifeste ».

21. De plus, le critère du caractère sérieux devant les juges suprêmes est devenu prévalent sur le critère du caractère nouveau de la question. Certains avocats ne le mobilisent presque jamais, considérant qu'il s'agit, selon Maître Anne [391], d'un critère « *rare* ». Ils fondent, « *dans 99% des cas* » [392], leur démonstration sur le caractère sérieux. Il y a tout de même certains avocats qui prennent le parti d'argumenter systématiquement sur les deux [393], même s'ils disent avoir conscience que le critère de la nouveauté aura peu de chance d'emporter la conviction du juge. Maître Rachel [394] souligne, en effet, que « *la nouveauté ne suffit jamais : une nouveauté cela peut se trouver mais c'est surtout le caractère sérieux* » qui doit être examiné.

22. En revanche, aucun acteur de la QPC n'a dit avoir fondé sa QPC sur le seul critère de la nouveauté. En d'autres termes, soit ce dernier n'est pas mobilisé soit il l'est avec le critère du caractère sérieux. Alors que l'ordonnance de 1958 présente ces deux éléments comme alternatifs, ils deviennent cumulatifs. En ne faisant pas de choix entre l'un des deux critères, ceux-ci finissent par être associés pour ne former plus qu'un seul critère. Plus exactement, le critère de la nouveauté a perdu son autonomie d'invocation. Il n'est pas utilisé seul mais adjoint à la démonstration du caractère sérieux. Preuve, en tout état de cause, qu'il ne se suffit pas à lui-même. Maître Rafael [395] souligne d'ailleurs que ce critère du caractère nouveau « *est problématique et difficile à démontrer* ». Cela pose alors la question du maintien de cet élément de filtrage qui présente plus de zones d'ombre que de perspectives de lumière. De surcroît, il peut même apparaître comme inutile au regard des nouvelles fonctionnalités accordées aux critères de filtrage.

B. La fonctionnalité remaniée des critères

23. Les critères de filtrage fixent la grille de lecture de la question de constitutionnalité. Ils sont faits pour permettre aux avocats de structurer leur argumentation dans le mémoire et pour poser un cadre d'intervention pour les juges lors de leur mission de filtrage à proprement parler.

[391] Avocat aux Conseils ayant posé au moins une QPC.
[392] Entretien de Me Anne.
[393] Entretiens de Me Amélie, Me Rachel, Me Rafael.
[394] Me Rachel, avocat province, QPC.
[395] Me Rafael, avocat province QPC.

24. Dans les systèmes de justice constitutionnelle où tout juge de droit commun peut renvoyer la question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle, les critères de filtrage sont, en toute hypothèse, appliqués une seule fois. Le juge de renvoi se doit ainsi de les examiner complètement. Mais dans le cadre du procès incident de constitutionnalité français, la question de constitutionnalité peut potentiellement faire l'objet de deux filtrages qui ne vont différer que par le troisième critère. Maître Rémi [396] considère que cela conduit à faire « *une double argumentation, avec double* [de] *temps, double* [de] *frais, double [de la] problématique* ».

25. Cette duplicité des critères s'explique par la souplesse de la procédure. Puisqu'il est possible de soulever une QPC à tout moment, voire pour la première fois devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat (art. 23-5 de l'ordonnance de 1958), il convient que la totalité des critères de filtrage puisse être envisagée à ce stade-là aussi. Mais pour le cas des questions de constitutionnalité qui suivent la voie du double filtrage, les avocats sont sceptiques sur l'effectivité du filtrage réalisé alors par les juges du fond. Maître Amélie [397] souligne, en effet, que les juges du fonds « *ont un regard beaucoup moins strict qu'ils ne le disent* ». Cela est le cas tout particulièrement pour les affaires sensibles, comme par exemple, celle relative à l'affaire Cahuzac [398]. Les juges du fond se refusent alors à prendre parti en bloquant la QPC. Ils préfèrent laisser aux juges suprêmes le soin de prendre la responsabilité du filtrage. Le passage par les critères est donc secondaire. Leur étude ne garantit alors qu'une sorte de pré-filtre et non un examen à part entière des conditions de transmission de la question de constitutionnalité.

26. Parfois même, le juge du fond décide, sans entrer dans l'étude des critères, de ne pas transmettre la question de constitutionnalité. Les avocats interrogés ont expérimenté cela tout particulièrement devant le Conseil des prud'hommes. Maître Renée [399] explique ainsi que la présidence de la juridiction a fait une note à tous les conseillers prud'hommaux. Elle les a avertis de l'éventualité d'une QPC de la part de ce dernier et, par une note spécifiquement rédigée pour l'occasion, leur a donné « *des arguments pour refuser la QPC* » en leur demandant « *de statuer oralement sur la QPC sans recueillir l'avis du procureur de la République et de la rejeter tout de suite* » et reprendre immédiatement le dossier. Maître Rebecca [400] souligne également qu'au début de la QPC, les tribunaux de *Wisteria* jugeaient de la transmission de la QPC de manière

[396] Me Rémi, avocat province, QPC.
[397] Me Amélie, avocat aux Conseils, QPC.
[398] Cité par Maître Amélie.
[399] Me Renée, avocat province, QPC.
[400] Me Rebecca, avocat province, QPC.

expéditive, avec une motivation sommaire lors de l'audience. Dans cette hypothèse, les critères, en principe incontournables dans le déroulement de la QPC, deviennent superfétatoires.

27. Il en est de même lorsque le juge, devant qui une QPC est soulevée, s'aperçoit qu'un autre juge a renvoyé une question de constitutionnalité analogue. Me Renée explique ainsi comment dans une affaire, « *le tribunal n'avait pas envie de transmettre. Mais pendant le délibéré, il a découvert que la Cour de cassation venait d'être saisie par un autre tribunal correctionnel, donc à ce moment-là, le tribunal a dit que l'on n'allait pas se pencher sur la question de savoir si le filtre du juge du fond doit être passé puisqu'il y a un juge du fond qui a transmis* ». Dans cette hypothèse, l'on a ainsi un premier filtre qui se contente alors d'un examen *a minima* et qui transmet. Là encore les critères de filtrage ne servent pas à réguler la question de constitutionnalité. Ils servent de levier à la transmission.

28. Cela ne constitue certes pas la majorité des hypothèses. Mais la pratique rapportée par les avocats interrogés montre qu'il n'y a pas une vision monolithique de la fonction des critères de filtrage. Ils permettent, avant tout, la transmission de la QPC, mais ils peuvent aussi n'être que des traits d'union entre le premier et le second filtrage, voire s'effacer en fonction de situation bien spécifiques. Les acteurs de la QPC ont pris la mesure des différentes possibilités offertes par la mobilisation des critères de renvoi. Ils savent également qu'ils peuvent les contourner par le prisme de l'intervention devant le Conseil constitutionnel [401].

29. Ainsi nombre d'avocats explorent la voie de l'intervention qui leur permet de se greffer à une procédure en cours sans avoir à passer les différents filtres. Me Renée a, ainsi indiqué, que face aux difficultés rencontrées devant le Conseil de prud'homme quant au filtrage, il a fait une demande d'intervention volontaire devant le Conseil constitutionnel. Maître Rebecca considère qu'il dispose de « *deux façons d'être devant le Conseil constitutionnel, il y a ceux qui sont à l'initiative d'une question posée… et il y a les cas où l'on a pu intervenir parce que l'on a vu qu'un confrère avait déjà posé une QPC et qu'elle avait été transmise au Conseil constitutionnel* » [402]. Maître Patrick [403] voit dans l'intervention une dimension stratégique forte. Selon lui, « *il est beaucoup plus lourd de poser la QPC en tant que partie parce qu'il faut*

[401] Me Amélie souligne d'ailleurs que l'intervention permet également de ne pas « *remettre le destin du client entre les mains d'un confrère* » qu'il ne connait pas et dont il ne sait pas la compétence. Pour Me Régine, « *l'intervention directe … peut être une bonne méthode mais … il faut que quelqu'un ait obtenu une décision de renvoi* ».
[402] Avocat de province ayant posé au moins une QPC.
[403] Me Patrick, avocat Paris, QPC.

passer les différents filtres, alors qu'en tant qu'intervenant, c'est plus simple, parce que l'on se greffe à une procédure qui est déjà en cours devant le Conseil constitutionnel ».

30. Parfois, l'intervention va même être un moyen d'obtenir plus de la procédure. Cela arrive quand la QPC posée par l'avocat est moins étendue qu'une autre de même facture qui est en train d'être transmise au Conseil constitutionnel. Dans un tel cas de figure, Maître Amélie explique qu'il arrive au Conseil d'Etat de contacter l'avocat pour l'en informer et lui suggérer d'intervenir devant le Conseil constitutionnel plutôt que de maintenir la QPC posée.

31. Avec l'intervention, le filtre perd son monopole dans sa capacité à permettre l'accès au juge constitutionnel. Il devient un instrument presque alternatif à l'intervention pour l'avocat qui ne cherche pas absolument à conduire la QPC de bout en bout. D'ailleurs, parfois il arrive que ce soit l'avocat de la partie intervenante qui aille plaider devant le Conseil constitutionnel. Cela fut le cas d'une affaire de Maître Rebecca pour laquelle l'avocat ayant soulevé la QPC lui a demandé, alors qu'il était intervenant, « *d'accepter de représenter [son] client devant le Conseil constitutionnel* ». Lorsque des intervenants se greffent à la QPC au principal, il s'avère que les avocats s'organisent entre eux pour aller au Conseil constitutionnel [404].

32. Enfin, il arrive également que le filtrage perde complètement sa finalité sélective. Les avocats utilisent les critères de filtrage pour dialoguer avec le juge. Ils soulèvent ainsi une question de constitutionnalité pour le conduire à fournir une interprétation de la loi qui sera utile pour la résolution du litige. Maître Patrick explique, que dans un tel cas de figure, il attend « *une interprétation de la loi qui prive d'intérêt la QPC* ». Il se situe donc dans une logique où ce qui l'intéresse « *ce n'est pas la transmission de la QPC* ».

33. Les critères ne servent donc pas ici à réguler le flux contentieux. Ils constituent le vecteur de l'interprétation du juge. Ils peuvent même l'emmener jusqu'au revirement de jurisprudence. Maître Antoine explique ainsi comment les deux juges suprêmes reprennent leur jurisprudence « *pour adopter une position conforme à celle soulevée par la QPC* ». Dans ces conditions, l'avocat n'a pas besoin qu'il y ait transmission. Cela permet de faire avancer le dossier sans qu'une transmission soit réellement attendue. Dans un tel cas de figure, Maître Albert [405], souligne que « *la possibilité de revirer est vraiment liée à la QPC* ».

[404] Voir, notamment, entretien de Me Albert.
[405] Avocat aux Conseils ayant posé au moins une QPC.

34. Dans le même ordre d'idée, les avocats peuvent soulever une question de constitutionnalité pour valoriser les prétentions de leurs clients. Me Renée considère ainsi que « *quand on soulève une QPC et qu'on est filtré, on va quand même avoir un gain secondaire* ». Pour lui, l'on peut faire une QPC même si « *l'on a 95 chances sur 100 d'être filtré* » parce que cela va « *fissurer le bloc argumentaire adverse* ». Le fait de déposer une QPC qui satisfait aux critères de renvoi donne donc du poids au dossier. Les critères de filtrage prennent alors une fonction persuasive (du juge ou des autres parties), indépendamment de la suite de la procédure QPC.

35. La mise en application de la QPC a fait bouger le sens et la fonctionnalité des critères de filtrage. La fluctuation des critères a eu pour conséquence de modifier la perception de l'architecture initiale du filtrage en deux niveaux de filtrage (celui des juges du fond d'un côté et celui des juges suprêmes de l'autre) pour faire apparaître une nouvelle dualité architecturale encore en construction.

II. L'amorce d'une nouvelle dualité architecturale du filtrage

36. Dans les textes, la dualité du mécanisme de la QPC résulte de ses deux niveaux de filtrage, celui des juges du fond et celui des juges suprêmes. La pratique des avocats fait ressortir l'existence d'un autre découpage qui dissocie l'opération de filtrage (**A**) de sa contestation (**B**).

A. L'opération horizontale de filtrage

37. Lors du dépôt d'une QPC, le prisme qui est souvent envisagé n'est pas de progresser au travers des différents niveaux de filtrage. Il s'agit de s'interroger plutôt sur les chances de passer le premier filtre que ce soit celui des juges du fond ou des juges suprêmes. Les avocats s'inscrivent alors dans une logique horizontale du filtrage qui les conduit à rechercher au sein de mêmes niveaux de filtrage des possibilités d'augmenter leurs chances de succès.

38. En premier lieu, les avocats vont saisir plusieurs juridictions de même degré et du même ordre juridictionnel. Ils savent qu'en fonction du juge, la QPC aura plus ou moins de chance d'être renvoyée. Ainsi, Maître Amélie explique avoir déposé, pour l'un de ses clients, une QPC devant la Cour d'appel de *Wisteria*. Cela n'a pas fonctionné mais il a relevé que le même dossier

que le sien avait réussi à passer le filtre devant la Cour d'appel de Dijon. De plus, certains avocats tentent, au cours d'une même instance, de poser plusieurs fois la QPC [406] en ajoutant seulement quelques variantes, de manière à faire céder le juge.

39. Ensuite, d'autres avocats vont aller jusqu'à saisir simultanément la Cour de cassation et le Conseil d'Etat d'une même QPC [407]. Pour Maître Agnès [408], cette pratique peut être « *un enjeu très concret sur la faisabilité de la QPC* » compte tenu des pratiques différentes des deux juridictions. Même s'ils indiquent développer une argumentation différente pour chaque juge suprême, les avocats les mettent dos à dos face à la QPC afin de savoir lequel finira par la transmettre au Conseil constitutionnel. C'est donc une petite mise en concurrence qui pourrait conduire, si la pratique s'étendait, à des divergences de jurisprudence en matière de filtrage de la QPC. Déjà, certains avocats dont Maître Arsène, expliquent avoir profité d'une divergence d'appréciation des critères de transmission entre l'avocat général et la Cour de cassation. En effet, dans une affaire au moins, il a obtenu « *le renvoi, avec un avis de non-transmission qui avait été pris par l'avocat général* ». Les éventuelles dissonances, observées tant au sein même de la juridiction suprême qu'entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, font ainsi naître un risque de relativisation du filtrage, surtout si la question finit par être transmise avec censure à la clé par le juge constitutionnel.

40. Tout cela conduit à s'interroger sur le fait de maintenir tel quel le système de filtrage. Il y a, en effet, matière à réflexion en ce qui concerne l'encadrement du dépôt de la QPC. S'il est possible de soulever une question de constitutionnalité à tout moment de l'instance, il conviendrait de limiter les possibilités de dépôt de la même QPC devant un ou plusieurs autres juges de même degré dès lors qu'elle concerne les mêmes parties et la même affaire.

41. Cette logique horizontale transcende d'ailleurs l'articulation des deux niveaux de filtrage. Les avocats ont de plus en plus tendance à ne trouver de l'enjeu que devant le second filtrage des juges suprêmes. Pour ceux, ce sont eux, « *le vrai filtre* » [409], même s'il est « *exigeant* » [410]. Maître Rebecca affirme, à ce propos, que « *les juridictions du fond … ne s'embarrassent pas trop… c'est devant le Conseil d'Etat qu'il y a un véritable échange* ». Maître Rafael se dit, lui-aussi, plus en confiance avec le filtrage des juges suprêmes qu'il considère comme plus objectif

[406] Entretien de Maître Aude.
[407] Entretien de Me Antoine.
[408] Avocat aux Conseils ayant déjà posé au moins une QPC.
[409] Entretien de Me Renée. Me Agathe et Me Rejane (avocat province, QPC) reprennent exactement cette expression dans leurs entretiens respectifs.
[410] Entretien de Me Agathe.

et doté du recul nécessaire pour s'interroger sur l'éventualité d'une transmission. Maître Adrien[411] explique d'ailleurs que le fait, pour un avocat aux Conseils, de n'avoir à présenter de QPC que devant le second filtre, est « *un avantage significatif* ». Cela permet de « *sauter le premier échelon* » pour bénéficier « *d'une instruction tout à fait sérieuse* ».

42. Tout se passe alors comme si le premier filtre, qu'il soit utilisé ou non, était transparent. Le double niveau de filtrage est donc également ici matériellement aplani pour ne laisser demeurer que le filtrage de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. Dans ces conditions, le filtrage des juges du fond est donc assez souvent perçu comme superflu. Celui des juges suprêmes a pris une envergure telle qu'il en absorbe la portée si ce n'est parfois l'existence. Nombre d'avocats indiquent, en effet, choisir sciemment le filtrage direct par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. Pour Maître Amélie cela permet d'avoir la réponse en trois mois. Il y a un effet catalyseur de ne passer que par le filtrage du juge suprême. Maître Patrick explique que lorsqu'il n'y a qu'un seul filtrage, cela « *accélère la procédure* ». L'objectif n'est pas véritablement de contourner le premier filtrage mais d'arriver plus rapidement dans l'œil du cyclone de la QPC, pour débattre et convaincre. De plus, le premier filtrage est vécu majoritaire comme une source d'aléas majeure [412] dont on pourrait finalement se passer [413].

43. Le double filtrage engendre, par ailleurs, des difficultés de coordination. En effet, lorsqu'une QPC est soulevée devant le juge du fond et que celui-ci la transmet au juge suprême, l'avocat des parties est dessaisi du dossier. Il doit s'en remettre aux avocats au Conseils. Ceux-ci font d'ailleurs bien la différence entre « leurs » QPC et celles qu'ils récupèrent d'une instance précédente [414]. Il n'est pas dit qu'ils en effectuent un traitement différencié. Pour autant, ils soulignent tout de même la difficulté de récupérer un dossier QPC dont ils ne sont pas à l'origine, qu'ils n'ont pas pensé, mais qu'ils vont devoir tout de même défendre [415]. Maître Arsène souligne, à ce sujet, que pour les QPC « *venues des juges du fond* », il n'est que *« la cheville ouvrière pour transmettre, justifier, convaincre la Cour de cassation, le Conseil d'Etat* » qu'il y a matière à transmettre.

[411] Me Adrien, avocat aux Conseils, QPC.
[412] Entretien de Me Agathe. Cet aléa, explique l'avocat, est mal perçue par le client qui peut hésiter à déposer une QPC pour cette raison-là.
[413] Entretien de Me Rafael.
[414] Entretien de Me Aude.
[415] Voir, notamment, entretien de Me André (avocat aux Conseils, QPC).

44. Cette passation de flambeau pèse sur la procédure et lui apporte de la complexité. Il faut donc, selon Maître Agathe, « *redoubler d'efforts* ». Maître Aude [416] explique ainsi que non seulement « *l'avocat qui a posé la question se sent dessaisi de son affaire* », mais en plus il ne la récupère pas forcément une fois qu'elle est transmise. En effet, il s'avère que « *cela est toujours un débat* » entre les différents avocats que de *« savoir qui va suivre la procédure devant le Conseil constitutionnel. Si l'on s'entend bien avec ses correspondants, il n'y a pas de problèmes. Mais des fois, c'est problématique* ». L'articulation dépendra ainsi de l'appréciation de chacun. Ainsi Maître Amélie explique avoir une pratique établie dans ce genre de circonstance : il fait son travail devant le juge suprême puis il « *laisse l'avocat de la Cour d'appel qui en a envie, plaider le dossier* ». Maître Agnès relate également les négociations qui ont lieu entre les avocats du fond et les avocats à la Cour. Il explique que le client peut décider de leur confier la QPC jusque devant le Conseil constitutionnel ou bien de s'en remettre à l'avocat à la Cour d'appel qui « *est quand même content et fier de reprendre la main* ». Pour Maître Adrien, l'important est de « *travailler en bonne intelligence* » dans la mesure où il considère que « *la QPC est celle de l'avocat qui l'a posée* ». Mais l'on comprend que cela donne lieu à discussion voire à négociation puisqu'il explique donner lui-même le choix à l'avocat à la Cour de poursuivre ou pas devant le juge constitutionnel. Toutefois, pour Maître Adrien, « *cette relation ascendante* » avec les avocats à la Cour, qui est nouvelle, demeure plutôt rare. En effet, selon lui, près de 80 à 85% des QPC proviennent des avocats aux Conseils.

45. Cette forme d'articulation du filtrage est donc remise en cause par un certain nombre de praticiens. Certains d'ailleurs, comme Maître Rémi, s'interrogent aussi sur l'intérêt de maintenir le filtrage du juge suprême. Cela ne veut pas dire, pour autant, qu'il faille remettre en cause la double articulation du filtrage. Mais la pratique des avocats montre que cette dualité s'est reportée sur un autre schéma architectural qui fait intervenir, suite à l'opération de filtrage, sa contestation.

B. La contestation verticale du filtrage

46. La progressivité du filtrage s'oriente davantage au travers de la contestation du refus de transmettre la QPC. Cette possibilité est prévue par l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958. Nombre des avocats interrogés ont indiqué utiliser régulièrement cette possibilité [417]. Pour eux,

[416] Avocat aux Conseils ayant déjà posé une QPC.
[417] Entretien de Me Arsène,

cette voie d'action est souvent celle qui va permettre à la QPC de passer le filtre. Elle est donc considérée comme efficace. Ce qui explique qu'elle est de plus en plus pratiquée. Maître Arsène explique d'ailleurs que la contestation du refus de transmettre conduit à « *enrichir encore le débat* » car « *l'on refait à nouveau un tour d'horizon* ». Selon lui, « *le Conseil constitutionnel bénéficie de ce double travail et de ce double regard* », car la « *maturation de la QPC se fait par étapes* ». Maître Anne abonde dans ce sens. Pour lui, qu'une QPC n'ait pas été transmise « *donne l'occasion de la reposer, peut-être pas tout à fait comme elle avait été faite, afin de tenter de l'améliorer* ».

47. Toutefois, il demeure des problèmes de cohérence procédurale de cette voie d'action. En effet, s'il est acquis que la contestation doit se faire à l'occasion de l'appel au fond ou du pourvoi en cassation, les exigences quant à ses modalités diffèrent d'un ordre de juridiction à un autre. Le juge judiciaire se contente de demander le dépôt d'une nouvelle QPC. En revanche, le juge administratif exige que la contestation contienne, en plus des développements relatifs à la question de constitutionnalité en tant que telle, des moyens à l'encontre de la décision de refus de transmettre visée. Cette différenciation est considérée comme un élément de complexification et surtout de différence de traitement entre les affaires relevant de l'ordre administratif et celles relevant de l'ordre judiciaire [418]. Une harmonisation de ces conditions de contestation serait utile, surtout pour unifier les formes contentieuses et garantir pleinement le droit au juge.

48. Un tel objectif impliquerait également d'envisager un moyen d'encadrer le refus de transmettre de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Certes, le juge constitutionnel a, dès sa première décision QPC, affirmé qu'il ne lui appartenait pas « *de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, en application de l'article 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou la procédure ou constituait le fondement des poursuites* » (décision n° 2010-1 QPC, *Consorts L.*, 28 mai 2010). Il a donc exclu la possibilité de connaître de l'appréciation des critères de renvoi par les juges suprêmes. Mais cette mise en retrait du Conseil constitutionnel ne semble pas tenable sur le long terme. Les avocats considèrent que cela conduit à hypertrophier la portée du filtrage des juges suprêmes.

[418] Entretien de Me Antoine.

49. Les avocats soulignent, en effet, que nombre de décisions de refus de transmettre s'analysent en un contrôle de constitutionnalité pur et simple [419]. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation vont au-delà de leurs prérogatives de filtrage sans être cantonnés. Maître Rémi affirme ainsi qu' « *ils préjugent de ce que pourrait dire le Conseil constitutionnel* » [420]. Maître Amélie a ainsi l'impression que, dans certaines affaires, « *la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat se fait déjà juge constitutionnel alors que ce n'est pas son rôle, ce n'est qu'un filtre* ». Il ajoute qu'à la lecture de certaines décisions, il se dit « *ce n'est pas leur rôle, ils ne sont pas là pour dire que ce n'est pas constitutionnel ou que cela est constitutionnel. Ils sont là pour dire s'il y a un doute sérieux, et [dans ce cas] ils transmettent* ». Lorsqu'ils le font, ils s'érigent, selon Maître Amélie, en juges constitutionnels. Pour Maître Pauline, la difficulté n'est pas les critères en eux-mêmes. Le problème, selon lui, « *c'est ce que le juge en fait* » [421]. En particulier, l'étude du caractère sérieux ou nouveau de la question laisse « *une marge de manœuvre au juge* » qui conduit le Conseil d'Etat [422] et la Cour de cassation à exercer « *un pouvoir de substitution* » pour « *devenir un juge négatif de la constitutionnalité de la loi* ». Aussi, ajoute-t-il, « *l'on a beau avoir théoriquement un modèle de contrôle monopolistique, … dans les faits, l'on est passé à un contrôle diffus de constitutionnalité* ». C'est donc, comme le souligne Maître Régine [423], « *un filtre qui est plus qu'un filtre* » dont « *le curseur est difficile à placer* ».

50. Cela est d'autant plus opportun que nombre d'avocats font part de leur incompréhension face à certaines décisions de non-transmission des juges suprêmes. Il y a, en effet, des QPC qui de toute évidence sont sérieuses mais qui sont bloquées au stade du filtrage. Maître Régine explique ainsi comment il a été confronté au filtrage « *excessif* » de la Cour de cassation. Si ces mêmes questions avaient été directement traitées par le Conseil constitutionnel, il n'est « *pas sûr [qu'il] n'aurait eu que des rejets* ».

51. Et dans ce genre d'hypothèse, Maître Amélie comme Maître Robert [424] soulignent qu'il n'y a alors aucune voies de recours. Maître Amélie est allé jusqu'à contester le refus de transmettre du Conseil d'Etat devant la Cour européenne des droits de l'homme [425]. Maître Pauline suggère

[419] Entretien de Me Renée.
[420] Dans le même sens, cf. entretiens de Me Aurélie (avocat aux Conseils, QPC) et de Me Pierre (avocat Paris, QPC).
[421] Me Pierre a la même position. Il affirme que « *c'est plus la manière dont on utilise le filtre que le filtre lui-même qui est critiquable. Le filtre…est logique… mais, en même temps, avoir un filtre trop fin est problématique* ».
[422] Pour Me Robert, le Conseil d'Etat va « *plus loin que son rôle de filtre* ».
[423] Me Régine, avocat province, QPC.
[424] Me Robert, avocat province, QPC.
[425] La requête a été déclarée irrecevable au motif qu'il n'appartient pas au juge européen de remettre en cause les décisions de refus de transmettre.

plutôt de réfléchir à l'hypothèse d'introduire un recours contre le refus de transmettre du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Il a eu l'occasion de s'interroger sur cette question qui ouvre plusieurs options. La première serait celle de permettre au Conseil constitutionnel d'évoquer directement des QPC devant lui. Cela a été écarté au motif que cela ne fait pas partie de la tradition juridictionnelle française. Une autre perspective était celle de créer « *une chambre ou une formation d'appel à l'intérieur du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation* ». Là-aussi, Maître Pauline écarte cette hypothèse en raison de la trop grande proximité qui existerait entre les magistrats du filtrage et ceux d'une telle formation.

52. Ce qui lui semble le plus envisageable, même si potentiellement imparfait, c'est la création, « *au sein du Conseil constitutionnel, d'une chambre des requêtes… devant laquelle l'on pourrait, le cas échéant, contester le refus de transmettre* » [426] . Il est rejoint en cela par plusieurs praticiens dont Me Rémi qui se dit favorable à la création d'une « *formation restreinte* » au sein du Conseil constitutionnel, tout comme Maître Régine qui parle d'un « *comité de filtrage* ». Il s'agirait de « *maintenir la procédure en l'état avec une forme de possibilité de saisir directement le comité de filtrage* » tout en ménageant le rôle des juges suprêmes.

53. Une autre possibilité serait que le Conseil constitutionnel intervienne non pas en tant qu'instance de re-filtrage mais au travers de sa jurisprudence. Les avocats soulignent d'ailleurs qu'il l'a déjà fait, au tout début de la QPC, à propos de la faculté de soulever la question de la constitutionnalité de la jurisprudence des juges suprêmes (le « droit vivant ») [427]. Cela est considéré comme une intervention utile du Conseil constitutionnel dans la mesure où les avocats indiquent mobiliser régulièrement des QPC en la matière. Dans la même veine, le Conseil constitutionnel pourrait ainsi, au travers de l'interprétation des critères de filtrage en eux-mêmes, indiquer une marche à suivre plus précise, principalement pour les juges suprêmes. Cela lui permettrait, comme le font d'ailleurs les autres Cours constitutionnelles européennes, d'alimenter jurisprudentiellement les circuits du filtrage et de garantir une forme de présence tout au long du procès incident de constitutionnalité.

[426] Pour que cela fonctionne, Me Pauline suggère de porter le nombre de juges constitutionnels à 12 voire à 15.
[427] C.C., décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Isabelle D. et Isabelle B* ; décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*.

Usages et perceptions de la procédure devant le Conseil constitutionnel[428]

Introduction

1. La procédure suivie par le Conseil constitutionnel en matière de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est réglementée par loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, complétée par le règlement du Conseil constitutionnel du 4 février 2010. Quels sont les usages et perceptions de la procédure qui, lorsque la QPC est renvoyée, se déroule devant le Conseil constitutionnel ?

2. Compte tenu de son champ, la présente étude repose sur l'exploitation des entretiens réalisés avec les avocats ayant eu l'occasion d'éprouver à titre personnel la procédure devant le Conseil constitutionnel, que ce soit en demande ou en défense, ou au titre d'une intervention dont le Conseil a admis la recevabilité sur le fondement de son règlement précité – quand bien même ces avocats, exceptionnellement, n'auraient pas eu l'occasion de plaider eux-mêmes la cause de leur client. Statistiquement, il en résulte que l'expérience des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation est largement supérieure à celle des avocats à la Cour. En effet, même si les avocats aux Conseils ne jouissent d'aucun privilège de représentation devant le Conseil constitutionnel, le rôle de filtre nécessairement joué par les deux juridictions suprêmes de chaque ordre, judiciaire et administratif, les conduit, dans la plupart des hypothèses[429], à poursuivre leur mission jusque devant le juge constitutionnel. Aussi le nombre des QPC qu'ils ont plaidées devant le Conseil constitutionnel est-il, pour la plupart d'entre eux[430], bien supérieur à celui des avocats à la Cour. Ont ainsi été synthétisés, pour les besoins de cette étude, les entretiens menés avec quatorze avocats aux Conseils et dix-neuf avocats à la Cour. Mais en nombre de procédures devant le Conseil, la pratique des premiers est bien sûr plus développée que celle des seconds. Tous les avocats à la Cour insistent d'ailleurs sur le fait que la QPC

[428] Rédaction : Mathieu Disant et Thomas Piazzon.
[429] Il faut en principe exclure les matières sans représentation obligatoire ainsi que les hypothèses dans lesquelles le "dossier QPC" serait abandonné à l'avocat correspondant à l'origine de la question posée devant les juges du fond et finalement renvoyée au Conseil constitutionnel (ce qui semble rare en pratique, les avocats ayant plutôt tendance à plaider de concert devant le juge constitutionnel).
[430] Des différences importantes existent entre avocats aux Conseils, certains ayant plaidé plusieurs dizaines de QPC, tandis que d'autres n'en ont plaidé que quelques-unes.

demeure une voie procédurale exceptionnelle dans leur pratique professionnelle, tandis qu'un avocat aux Conseils prétend en avoir plaidé plusieurs dizaines devant le Conseil constitutionnel.

3. D'une manière générale, les avocats abordent longuement la question de leur expérience devant le Conseil constitutionnel, principalement sous l'angle de la plaidoirie qui en constitue, pour eux, le moment le plus fort. Leur sentiment global est qu'une véritable culture de juridiction a été mise en place (ou est en train de l'être) même si, du point de vue de son organisation et de son fonctionnement, le Conseil constitutionnel demeure une institution bien spécifique dans le paysage juridictionnel français. À certains égards, la procédure suivie par le Conseil pour les QPC est une procédure moderne, pensée pour le XXI[e] siècle et, selon le terme d'un avocat, bien « *calibrée* »[431] dès l'origine[432]. Certains avocats rappellent, au demeurant, que les instances de représentation de leur profession ont été associées à la création de cette procédure dont ils sont un rouage essentiel. L'un d'entre eux paraît résumer leur commune opinion en déclarant que la QPC est un « *moyen peu onéreux et qui ne retarde pas la procédure* »[433] – à tel point que même les avocats les plus hostiles, par principe, au contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, se déclarent finalement convaincus par cette procédure[434]. Et s'ils le sont, c'est essentiellement parce qu'ils se placent du point de vue de leur client, à qui la procédure de QPC a apporté un bénéfice qu'ils estiment important en termes de protection des droits et libertés fondamentaux. Tel est d'ailleurs le leitmotiv de ces entretiens : leur appréciation de la procédure devant le Conseil et leur stratégie contentieuse sont naturellement tournées vers la satisfaction des intérêts de leur client – ce qui, d'un point de vue théorique, tranche par rapport à beaucoup d'analyses doctrinales et, finalement, par rapport à l'objectif "macro-juridique" de la QPC elle-même, qui est d'écarter de l'ordre juridique français, à l'égard de tous, une norme contraire à la Constitution. « *C'est le client qui donne du talent et qui donne l'envie de dire des choses* », résume un avocat à la Cour[435], tandis

[431] Entretien avec Maître Aurélie, avocat aux Conseils.
[432] Entretien avec Maître Aurélie.
[433] Entretien avec Maître Amélie, avocat aux Conseils.
[434] Entretien avec Maître Amélie. Un avocat à la Cour précise toutefois que le sentiment de ses confrères n'ayant jamais posé de QPC est souvent différent. Pour eux, la QPC, « *c'est quelque chose d'assez compliqué, à l'efficacité incertaine* » (entretien avec Maître Richard). Il faut aussi noter que certains avocats à la Cour décrivent la procédure de QPC comme « *lourde* » si on l'envisage dans son ensemble, c'est-à-dire pour une question qui aurait d'abord été posée devant les juges de première instance (double filtre). Maître Raymond, avocat à la Cour, estime au contraire qu'« *à partir du moment où vous l'avez fait une fois, vous vous rendez compte que [la procédure de QPC] est accessible* ».
[435] Entretien avec Maître Rachel. C'est d'ailleurs pour cette raison que le point le plus discuté et le plus critiqué, dans la quasi-totalité des entretiens, réside dans la question de la modulation dans le temps par le Conseil constitutionnel de ses décisions de censure : lorsqu'elle est différée dans le temps, l'abrogation ne profite pas (ou profite rarement, en pratique) à l'auteur de la QPC, lequel aura plaidé « *pour la gloire* », sans effet sur sa situation

qu'un autre souligne que la QPC, si elle "fait mouche", constitue un moyen particulièrement efficace pour que le client remporte sa cause en justice[436].

4. Cette appréciation favorable de la procédure de QPC ne doit toutefois pas masquer certaines critiques développées lors des entretiens. En particulier, si leur avis est assez nettement positif sur le déroulement de la procédure **(I)**, les avocats sont plus réservés en ce qui concerne l'élaboration de la décision à laquelle elle aboutit **(II)**.

I. Le déroulement du procès constitutionnel

5. La notion de procès constitutionnel est ici entendue comme l'ensemble de la procédure qui se déroule devant le Conseil constitutionnel dès lors qu'une QPC lui a été renvoyée par la Cour de cassation ou le Conseil d'État. L'étude de l'organisation générale de cette procédure **(A)** précédera celle du débat qui s'instaure devant le Conseil constitutionnel **(B)**.

A. L'organisation générale de la procédure

6. Selon les entretiens réalisés, plusieurs règles procédurales illustrent particulièrement le processus de juridictionnalisation du Conseil constitutionnel. Il est possible de scinder ces règles en deux groupes : seront d'abord analysées celles qui concernent les échanges avec le greffe et les différentes parties **(1°)** et, ensuite, celles qui sont relatives aux procédures de récusation et d'intervention **(2°)**, cette dernière procédure – dont le fonctionnement est très largement salué – témoignant en outre des spécificités du procès qui se déroule devant le Conseil constitutionnel.

1. Les échanges avec le greffe et les autres parties au procès

7. S'agissant des rapports et échanges avec le greffe du Conseil constitutionnel, aucun avocat n'émet de critique ; tous ceux qui abordent cette question louent au contraire la simplicité, la

personnelle. Pour l'immense majorité des avocats, cette situation est inadmissible. Maître Anne est sur ce point l'avocat le plus virulent.

[436] Entretien avec Maître Raymond.

rapidité et la fluidité de cette procédure[437], laquelle repose sur l'envoi de courriers électroniques, y compris en ce qui concerne l'échange des pièces, parmi lesquelles figurent principalement les mémoires des parties. « *C'est une procédure du 21ème siècle* », s'enthousiasme ainsi Maître Anatole, une « *vraie procédure* » qui fait que le Conseil constitutionnel « *est devenu une institution juridictionnelle comme une autre* », selon Maître Amélie. Seulement faut-il souligner que certains avocats s'interrogent sur la sécurité de ces échanges[438], au regard de leur simplicité même (surtout en comparaison avec les formalités beaucoup plus lourdes mises en place devant les juridictions judiciaires). Pour ceux qui développent cette question, deux considérations justifient cependant cette absence de formalisme : d'une part le fait que le Conseil constitutionnel doive statuer dans les trois mois de sa saisine, ce qui impose aux parties de respecter des délais très stricts (que compense la facilité des échanges)[439] et, d'autre part, le caractère objectif du contentieux constitutionnel qui est un "contentieux de la norme" n'ayant pas vocation à véhiculer des secrets relatifs à la situation des parties au procès[440]. Bien que très simples, les échanges avec le greffe dans le cadre de la procédure de QPC ont par ailleurs constitué un remarquable progrès, note Maître Alice, par rapport à la procédure étonnamment informelle, et par conséquent « *choquante* », qui était auparavant suivie par le Conseil constitutionnel en matière de contentieux électoral[441]. Cette véritable procédure mise en place pour la QPC trouve l'une de ses expressions majeures dans le processus d'échange des observations écrites.

8. Lors des entretiens, de nombreux avocats évoquent le processus d'échange des mémoires avec les autres parties[442] et le secrétariat général du Gouvernement – mémoire dont certains avocats affirment renforcer le contenu de l'argumentation par rapport aux écritures présentées devant le juge du filtre, spécialement en l'enrichissant des débats auxquels la QPC a donné lieu devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État. D'autres avocats reprennent purement et simplement le même mémoire[443]. Selon le questionnaire général auquel l'ensemble des avocats

[437] « *Le service du greffe a été (…) très pédagogue et facilitateur* », juge par exemple Maître Rémi.
[438] Maître Alice, avocat aux Conseils, évoque à ce titre sa « *surprise* » initiale, aux débuts de la procédure de QPC. Maître Régine, avocat à la Cour, ajoute qu'il « *n'y a aucune garantie, aucune authentification de signature, aucune garantie d'intégrité* » et que « *le jour où il y aura une contestation d'envoi ou de réception, peut-être que le problème pourra se poser* ». Rappr. entretien avec Maître André.
[439] Entretiens avec Maîtres Pauline et Pierre, avocats à la Cour.
[440] Entretiens avec Maîtres Agathe et Albert. « *Je n'ai pas eu de données suffisamment sensibles pour faire craindre un piratage* », note dans le même sens Maître Aurélie.
[441] Ainsi, selon Maître Alice, le Conseil constitutionnel constitue désormais « *une vraie juridiction alors qu'avant on avait l'impression que c'était une commission administrative* ».
[442] Voir notamment les entretiens avec Maîtres Adrien et Ronan.
[443] Voir entretien avec Maître Régine, qui précise toutefois qu'il ajoute, devant le Conseil constitutionnel, des arguments selon lesquels la déclaration éventuelle d'inconstitutionnalité devrait profiter à son client.

étaient invités à répondre, 75 % d'entre eux déclarent consacrer un temps supplémentaire à la préparation de la procédure et de l'argumentation devant le Conseil constitutionnel, pour environ quatorze heures de travail en moyenne. Cela génère un coût supplémentaire, compris entre 900 et 3 000 euros dans environ 60 % des cas.

La plupart des avocats soulignent la bonne efficacité de la procédure instituée devant le Conseil, même si certains d'entre eux font part de quelques regrets et suggèrent certaines voies d'amélioration. Ainsi, si le respect du contradictoire est formellement assuré, Maître Aude regrette le fait que toutes les parties, en demande comme en défense, sont soumises à un délai identique pour déposer leurs observations, ce qui ne favorise pas les échanges, dans la mesure où il n'est mécaniquement pas possible, au moins dans un premier temps, de *répondre* aux arguments des adversaires. Pour Maître Armand, cette situation peut conduire les avocats à adopter une stratégie consistant à développer assez peu leurs premières observations pour laisser l'adversaire dans un certain flou ; mieux vaudrait donc « *ne pas avancer parallèlement pour les parties, mais plutôt successivement* ». De son côté, Maître Aude ajoute qu'il est regrettable qu'aucun échange sur le fond n'intervienne entre les parties et le Conseil constitutionnel dans cette phase écrite de la procédure. Elle prétend ainsi avoir le sentiment que la QPC posée « *échappe* » aux parties, lesquelles peuvent partir sur de fausses pistes sans en avoir conscience et sans être remises sur le bon chemin. Cette impression d'avancer « *à l'aveugle* » (Maître Armand), tant à l'égard des adversaires que du Conseil constitutionnel, n'est expressément mise en exergue que par deux avocats aux Conseils, mais elle rejoint une autre question, plus souvent évoquée et qui sera abordée plus loin dans la présente étude[444] : celle de l'opportunité qu'il y aurait à instaurer un véritable "parquet" devant le Conseil constitutionnel, dans le but d'améliorer l'instruction du dossier et l'interactivité du débat sur le fond. De manière plus spécifique, Maître Patrick, avocat à la Cour (Paris), regrette que le secrétariat général du Gouvernement ne dépose qu'exceptionnellement des secondes observations (par manque de temps, selon ses renseignements), de sorte que les réponses du Gouvernement à l'argumentation développée par les parties ne sont découvertes que lors de l'audience[445], c'est-à-dire à un stade de la procédure où il est bien difficile d'y répondre et de les contester.

[444] Cf. *infra*, n° 24.
[445] « *Du coup on découvre ce que le SGG a pu penser de nos observations au moment de l'audience au Conseil constitutionnel* ».

2. Les procédures de récusation et d'intervention

9. Alors que la question de la composition du Conseil constitutionnel suscite l'intérêt des avocats et des jugements parfois peu amènes[446], celle de la récusation des membres est paradoxalement secondaire pour la quasi-totalité des personnes consultées[447]. Aucune d'entre elles, en particulier, n'a jamais ressenti le besoin de mettre cette procédure en œuvre – même si certains ajoutent qu'elle demeure indispensable à titre de "garde-fou"[448]. Trois raisons sont évoquées pour justifier cet état de fait. Le bon fonctionnement des déports spontanés est de loin la plus fréquente[449]. Cette très large confiance dans l'« *autorégulation* »[450] du Conseil constitutionnel est simplement tempérée par quelques avocats qui soulignent qu'au regard de la composition très "politisée" du Conseil, le nombre de déports pourrait parfois être important et qu'il serait assez regrettable que, par voie de conséquence, le Conseil constitutionnel puisse être amené à statuer en étant seulement composé de cinq ou six membres[451]. Deux autres raisons, beaucoup plus marginales, sont mises en avant pour justifier l'absence de mise en œuvre de la procédure de récusation : d'une part la crainte d'irriter la juridiction (Maître Antoine) et d'autre part une attitude déontologique de principe qui consiste pour l'avocat à « *faire confiance à ses juges* », quels qu'ils soient (Maîtres Alice et Albert). Maître Albert avoue cependant que des « *contacts indirects* » peuvent être pris avec le Conseil constitutionnel pour s'informer des déports envisagés.

10. Contrairement à la récusation, la procédure d'intervention devant le Conseil constitutionnel suscite un grand intérêt pour les avocats consultés[452] ; « *l'union fera la force* », résume l'un d'entre eux[453]. Maître Pauline souligne d'abord la grande réactivité qui a été celle du Conseil

---

[446] Cf. *infra*, n° 19 et s.

[447] Un avocat a même découvert lors des entretiens l'existence d'une procédure de récusation.

[448] Certains avocats n'excluent d'ailleurs pas, dans l'avenir, de demander une récusation, au nom de l'« *impartialité objective* » de la juridiction, dans l'hypothèse, par exemple, où un ministre ayant eu un rôle dans l'adoption du texte déféré au Conseil siègerait au sein de celui-ci (entretien avec Maître Régine).

[449] L'exemple du déport de M. Guy Canivet à propos de la loi "anti-*Perruche*", au tout début de la procédure de QPC, est pris en modèle par un avocat (Maître Pauline). Maître Amélie estime ainsi, au sujet des membres du Conseil constitutionnel, que « *même si leur origine politique me paraît les discréditer définitivement pour la plupart, ils ont quand même une conscience à peu près aiguë de leur devoir et de l'intérêt supérieur ; ils se déportent* ».

[450] Le terme est employé par Maître Arsène.

[451] Voir par exemple l'entretien avec Maître Pierre. Maître Rémi ajoute que le nombre assez important des déports prouve d'ailleurs l'« *hérésie* » de la composition actuelle du Conseil constitutionnel (sur cette question, cf. *infra*, n° 19 et s.).

[452] Sauf pour un avocat à la Cour, qui ne voit « *pas très bien ce qu'[il] pourr[ait] apporter par rapport à la réflexion des autres* » (entretien avec Maître Rachel). Cette opinion est isolée. Ainsi, pour Maître Rebecca, la procédure d'intervention évite de « *remettre le destin de notre client entre les mains d'un confrère qu'on ne connaît pas* ».

[453] Entretien avec Maître Rose, intervenu en 2016 devant le Conseil.

constitutionnel pour créer cette procédure qui n'avait pas été pensée dès l'origine (puisque le règlement du Conseil du 4 février 2010 était initialement silencieux sur ce point). Au même titre que ses confrères, il estime que la procédure d'intervention était indispensable au regard de l'objet et de la finalité du procès constitutionnel (abrogation *erga omnes* de la loi déclarée contraire à la Constitution) et qu'elle a été bien élaborée. En particulier, aucun avocat n'estime avoir éprouvé de difficultés à démontrer l'« *intérêt spécial* » devant justifier son intervention, le Conseil ayant une approche plutôt accueillante de cette condition. Maître Agnès relève que cette procédure a contribué à donner une bonne visibilité à la QPC en permettant un lobbying encadré. D'un point de vue pratique, beaucoup d'avocats insistent sur la nécessité que leur impose la procédure d'intervention de se tenir parfaitement informés des affaires en cours devant le Conseil constitutionnel, travail de veille que facilite la très bonne communication assurée par celui-ci sur son site Internet[454]. Pour sa part, Maître Arthur note que cette procédure est plus légère pour les avocats et qu'elle les soumet moins à la pression de leur client. Si le sentiment des avocats est largement positif au sujet de la procédure d'intervention, une remarque critique est toutefois avancée par Maître André, avocat aux Conseils, qui tient au déséquilibre des temps de plaidoirie (en demande et en défense) qui peut souvent résulter d'un grand nombre d'interventions[455]. Déjà confronté à cette difficulté, Maître André explique qu'elle a été traitée de manière informelle par le Conseil constitutionnel qui a réduit le temps de plaidoirie accordé à ceux des avocats qui étaient en surnombre par rapport aux autres, soit en demande d'inconstitutionnalité, soit en défense. Cet aménagement de dernière minute ne lui a pas paru satisfaisant. Cette question conduit naturellement à l'étude de l'audience devant le Conseil constitutionnel, étape procédurale qui constitue l'un des principaux points abordés par les avocats lors des entretiens.

À titre plus particulier, Maître Anatole, avocat aux Conseils, exprime son « *manque qu'il n'y ait pas plus d'*amicus curiae *qui interviennent* ». Tout en reconnaissant la possibilité réelle et très utile pour ceux qui se sentent intéressés de pouvoir faire une intervention volontaire, cette opinion consiste à inciter le Conseil constitutionnel à solliciter lui-même de tiers éclaircissements, sur un registre plus inquisitoire. Autrement dit, il s'agirait que le débat contradictoire ne dépende pas uniquement des parties et interventions volontaires, mais qu'il soit élargi : « *Que le juge puisse aller chercher l'information dont il a besoin plutôt que de*

[454] Voir en particulier les entretiens avec Maîtres Pierre et Agathe.
[455] Ou, il est vrai, du nombre déséquilibré des parties en demande ou en défense, indépendamment des interventions. Mais celles-ci, en augmentant le nombre des plaidoiries, multiplie mécaniquement les risques de déséquilibre.

devoir attendre qu'elle lui soit présentée ou pas ». Dans le même sens, Maître Rose estime que l'audience devant le Conseil pourrait être organisée à la façon dont le Conseil constitutionnel instruit les dispositions qui lui sont soumises dans le cadre de son contrôle *a priori*[456].

B. Le débat constitutionnel

11. De manière spontanée, les avocats ayant eu l'occasion de plaider une QPC devant le Conseil constitutionnel évoquent assez longuement la question de l'organisation de l'audience et des plaidoiries, à propos desquelles leurs opinions sont assez nuancées **(1°)**. Ils se prononcent également sur les arguments développés pour emporter la conviction des juges constitutionnels **(2°)**. On se contentera de signaler ici que, de manière isolée, un avocat aux Conseils (Maître Agnès) relève, pour la déplorer, l'absence de procédure de désistement en matière de QPC, dès lors que le Conseil constitutionnel est saisi, ce qui peut interdire d'utiliser la QPC comme une arme procédurale pour faire pression sur l'adversaire, par exemple pour l'amener à transiger. Une fois la question renvoyée au Conseil, le débat constitutionnel ne peut plus, en effet, être éludé.

1. L'audience et les plaidoiries

12. Maître Alice, avocat aux Conseils, estime qu'il est « *toujours agréable* » de plaider devant le Conseil constitutionnel et Maître Aurélie, qui exerce les mêmes fonctions, se déclare attaché à la « *solennisation* » que l'audience devant les juges constitutionnels confère à l'ensemble de la procédure[457]. Un avocat à la Cour, spécialiste du droit pénal, évoque sur un ton amusé sa surprise d'être accueilli par un « *huissier en livrée* », situation qui tranche par rapport à sa pratique habituelle de la Justice[458] ! D'autres avocats sont plus nuancés et regrettent que la forme de l'audience soit « *très figée* » (Maître Anne) et qu'elle se déroule face à des membres du Conseil à l'attitude très « *impassible* »[459] (Maître Antoine). Ce sentiment n'est toutefois pas unanime et un avocat à la Cour précise par exemple « *avoir trouvé que les membres du Conseil*

[456] En particulier, Maître Rose trouve bien esseulé, au regard de la « *technicité* » des affaires, le représentant du Gouvernement lors des audiences QPC : « *Je ne comprends pas qu'il n'ait pas au moins le soutien de l'administration ou éventuellement des services des assemblées* ». Sur cette question, cf. aussi *infra*, n° 24.
[457] Voir aussi les entretiens avec Maîtres Robert et Rémi.
[458] Entretien avec Maître Richard. Voir aussi entretien avec Maître Aurélie.
[459] À tel point qu'un avocat à la Cour se demande si tous les membres du Conseil constitutionnel ont les mémoires des parties (entretien avec Maître Régine) : « *Je ne sais pas qui connaît le dossier d'ailleurs devant le Conseil constitutionnel. (…) Idéalement, il faudrait que tous les membres aient lu les écritures avant l'audience, mais je ne sais pas s'ils le peuvent en pratique et s'ils le font en pratique* ».

constitutionnel étaient plutôt très réactifs, très alertes sur les dossiers »[460]. Deux avocats ironisent sur le fait que le secrétariat général du Gouvernement soit systématiquement représenté par la même personne, dont l'omniscience les surprend[461]. Plus fondamentalement, un avocat à la Cour trouve étrange que le Gouvernement défende toujours les lois déférées, quand bien même il n'en serait pas à l'origine[462].

S'agissant des rapports avec les autres avocats plaidant dans le même sens (soit en demande, soit en défense), les pratiques sont diverses. La situation la plus évidente est celle des avocats aux Conseils, qui prennent évidemment soin, dans tous les cas, de coordonner leur propos avec celui de l'avocat correspondant, spécialement lorsque celui-ci est à l'origine d'une QPC posée devant les juges du fond[463]. Dans ce cas, ces avocats qui représentent un même client peuvent plaider l'un ou l'autre ou tous deux, en se répartissant les rôles dans le dernier cas[464]. Dans l'hypothèse où les avocats représentent des parties différentes (aux intérêts convergents, qu'il s'agisse de requérants ou de parties intervenantes), les pratiques sont très partagées. Plusieurs avocats expliquent ne pas avoir pris contact avec leurs confrères[465] ; une légère majorité affirme au contraire avoir travaillé en synergie, spécialement pour la plaidoirie (mais aussi, parfois, pour l'élaboration des mémoires[466]). Un avocat prend l'exemple de la répartition des rôles dans l'affaire de la garde à vue, jugée par le Conseil constitutionnel en 2010, rôles qui ont été attribués juste avant l'audience : « *Ce sont les avocats [aux Conseils] qui ont défendu les grands principes, ensuite les différents bâtonniers qui sont intervenus et ont plaidé la pratique au quotidien* » (Maître Rafael)[467]. À cet égard, un avocat explique qu'il est tout particulièrement opportun que l'un des conseils concentre sa plaidoirie sur les effets dans le temps d'une éventuelle décision de non-conformité à la Constitution que prononcerait le Conseil. D'un point de vue matériel, enfin, certains avocats critiquent la configuration de la « *banale* » salle d'audience inaugurée en 2012, « *pas plus grand[e] qu'un tribunal administratif* »[468] , en raison

[460] Entretien avec Maître Rémi.
[461] Voir les entretiens avec Maîtres Patrick, Arsène et Rose.
[462] Entretien avec Maître Rose.
[463] Un avocat aux Conseils relève toutefois que cette coordination est parfois « *problématique* », parce que l'avocat à la Cour peut se sentir « *dessaisi de son affaire* » (Maître Aude).
[464] Voir par exemple les entretiens avec Maîtres Aurélie et André.
[465] Notamment, selon Maître Richard, parce que ses confrères « *prendr[aient] mal qu'on vienne [leur] dire : tiens qu'est-ce que tu vas dire ?* ». Chacun doit donc travailler de son côté, en s'adaptant au moment de l'audience à ce qu'ont dit les autres ; selon lui, cela présente l'avantage de la « *spontanéité* ». Cette opinion est minoritaire.
[466] Voir entretien avec Maître Armand.
[467] Voir aussi entretien avec Maître Richard : « *Que voulez-vous qu'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation dise de la garde à vue en termes concrets ? À moins d'y avoir été placé lui-même…* » ; entretien avec Maître Rejane, au sujet des censures relatives à l'incrimination de consultation de sites terroristes.
[468] Entretien avec Maître Rose.

de la trop grande proximité avec les juges (Maître Arthur) qui sont, de surcroît, placés très en hauteur par rapport aux avocats (Maîtres Alice et Arsène)[469].

13. Sur le fond, les opinions sont très diversifiées en ce qui concerne l'utilité des plaidoiries. Pour plusieurs avocats, celles-ci offrent la possibilité de donner de la « *chair* », une « *épaisseur humaine* » à un contentieux dans lequel la procédure écrite est, jusqu'au moment de l'audience, très aseptisée[470]. Cela est d'autant plus précis, estime Maître Rose, qu'il n'y a pas de plaidoirie devant les juges du filtre, tandis qu'un peu pessimiste, Maître Alice se dit « *que comme une majorité des membres ne connaît pas le dossier qui est présenté à l'audience, ça peut tout de même avoir une incidence sur le sens de leur vote* ». Beaucoup d'avocats ont cependant la désagréable et frustrante impression que les « *jeux sont faits* » avant la plaidoirie (Maître Adrien) et que les avocats plaident « *pour la galerie* » (Maître André)[471], parce que la décision est largement préparée en amont par les services du Conseil (Maîtres Aurélie et Amélie, ce dernier estimant que « *tout le monde sait bien que les décisions du Conseil constitutionnel sont principalement l'œuvre du secrétaire général* »[472]). En outre, une majorité d'avocats estime que le temps laissé pour la plaidoirie est trop court pour que celle-ci ait une réelle utilité et que cela renforce le caractère figé de l'audience, puisque ce temps très contraint ne laisse guère de place à l'improvisation (Maîtres Arsène, Anne et Amélie). Un avocat à la Cour ayant plusieurs fois plaidé devant le Conseil constitutionnel estime que l'organisation de l'audience semble davantage décidée en fonction du confort des juges que dans l'intérêt du droit[473].

Si le sentiment dominant, au sujet de l'utilité de la plaidoirie, est donc assez nettement négatif, certains avocats notent que celle-ci pourrait tout de même avoir une utilité « *à la marge* », sur des questions atypiques (Maître Pierre) ou sur les sujets les plus sensibles, à propos desquels les opinions des membres du Conseil constitutionnel sont potentiellement très divisées[474]. Quelques avocats estiment aussi que la plaidoirie gagne à se concentrer sur certains points précis, tel que l'impact concret de la décision (Maîtres Arsène et Rose) ou ses effets dans le

[469] Un autre avocat aux Conseils relève toutefois que l'ancienne salle d'audience donnait aux avocats l'impression d'être invités à dîner !
[470] Voir, en particulier, les entretiens avec Maîtres Agathe et Pauline. Voir aussi l'entretien avec Maître Rachel, qui prend l'exemple de l'automaticité de la publication de certaines condamnations pénales, qui « *paraissait absolument détestable* » lorsque, plusieurs années après les faits incriminés, elle venait nuire inutilement et injustement à la réputation de l'intéressé et à sa famille. La plaidoirie peut précisément enrichir le débat constitutionnel de ce « *retour d'expérience* ».
[471] Maître Aude, avocat aux Conseils, nuance d'une certaine façon cette opinion en estimant que son sentiment n'est pas très différent en ce qui concerne les plaidoiries devant la Cour de cassation et le Conseil d'État.
[472] Sur le thème de l'organisation du Conseil constitutionnel, voir plus généralement *infra*, n° 23 et s.
[473] Entretien avec Maître Rebecca.
[474] L'exemple est pris par un avocat de la récente décision du Conseil au sujet des tests radiologiques osseux.

temps (Maîtres Agathe, Anne et Robert), y compris en faveur d'un effet différé pour les avocats qui plaident en défense (Maître Amélie). De manière volontariste, un avocat à la Cour estime qu' « *il faut* » que la plaidoirie soit utile[475] et un autre estime que l'audience est « *indispensable* », car la justice ne doit pas être rendue « *dans une catacombe, ou dans un huis clos entre spécialistes* »[476] ; un avocat aux Conseils regrette, à cet égard, que la plaidoirie ne permette pas d'« *éclairer* » en tous points le Conseil constitutionnel, « *d'obtenir de la part de l'administration des pièces dont le Conseil ne dispose pas et dont l'administration n'a pas forcément naturellement envie que le Conseil dispose* ». À l'inverse, d'autres considèrent qu'il n'est pas (ou plus) très opportun de plaider systématiquement et que le Conseil constitutionnel pourrait, dans bien des cas, privilégier une « *instruction orale* » (Maître Anne) – opinion qui renvoie encore une fois à l'idée d'instaurer un "parquet" devant le Conseil constitutionnel – et ne demander des plaidoiries que lorsque cela lui paraît présenter un véritable intérêt (Maître André). De manière anecdotique, tous les avocats ayant été confrontés à l'audience délocalisée à Metz en février 2019 se montrent extrêmement critiques sur cette initiative, ironiquement qualifiée, par l'un d'eux, de « *gadget* » communicationnel (Maître Adrien)[477].

En revanche, tous ceux qui se sont prononcés sur la question ont salué le fait que les membres du Conseil constitutionnel posent désormais des questions aux avocats lors de l'audience, ce qui contribue à améliorer l'interactivité de celle-ci. Selon leur avis, cette pratique pourrait toutefois être améliorée en transmettant à l'avance certaines questions aux avocats[478], car il leur est parfois bien difficile (comme d'ailleurs au secrétariat général du Gouvernement) de répondre lors de l'audience sans avoir effectué des recherches préalables qui peuvent être complexes[479]. À cet égard, la possibilité de déposer des notes en délibéré est jugée insuffisante (Maître Armand). Ainsi, bien que constituant un progrès en la forme, les questions posées par les membres du Conseil constitutionnel manquent souvent leur but en pratique. En résumé,

[475] Entretien avec Maître Pauline. Rappr. entretien avec Maître Rafael qui explique que « *la parole a un impact sur les hommes* » et ajoute : « *Je crois que c'est incontestable et le Conseil constitutionnel en a bien conscience, sinon il y a longtemps qu'ils auraient décidé d'abréger les audiences de plaidoirie. C'est quelque chose de capital qu'un avocat puisse exprimer le ressenti, le vécu d'un dossier et les conséquences. Je crois que ça a un impact ; c'est capital (…). Je crois qu'on est très attaché nous les avocats à pouvoir plaider devant nos juges, et qui plus est devant le Conseil constitutionnel* ».

[476] Entretien avec Maître Roxanne.

[477] Voir aussi les critiques de Maîtres Amélie et Anne (« *L'intérêt du justiciable est totalement absent* »). Quant à ceux n'ayant pas participé à l'escapade messine, l'initiative leur paraît assez saugrenue : « *Ah oui, ben pourquoi pas ?* », résume ainsi Maître Richard, qui semble tout de même préférer les « *jolis* » ors du Palais Royal !

[478] Voir notamment les entretiens avec Maîtres André et Armand.

[479] Par exemple au sujet du nombre de situations concernées par une abrogation éventuelle des dispositions législatives contestées. Voir en particulier entretien avec Maître Rose, qui critique, par prolongement, la façon dont les affaires sont instruites par le Conseil (cf. *supra*, n° 10).

Maître Adrien estime que les plaidoiries devraient être davantage « *aiguillées* » par un échange avec le Conseil constitutionnel en amont de l'audience.

14. Le fait que l'audience soit filmée et puisse être visionnée sur le site Internet du Conseil constitutionnel appelle de nombreuses remarques de la part des avocats consultés. Leurs opinions à ce sujet invitent à distinguer deux points de vue : d'une part celui de la communauté des juristes et, d'autre part, celui de l'avocat confronté à cette innovation médiatique. Selon le premier point de vue, les avis exprimés sont favorables. Des avocats ont certes le sentiment que l'enregistrement vidéo était essentiellement destiné, à l'origine, à assurer la publicité de la procédure elle-même (Maître Agathe) et plus généralement du Conseil constitutionnel (Maître André). Mais tous ceux qui se prononcent sur ce point insistent sur les avantages de cette pratique, « *grand progrès* »[480] qui permet à tous ceux qui le souhaitent de mieux appréhender le fond des affaires[481] (bien que, sur la forme, la vidéo diffusée soit extrêmement figée, à l'image de l'audience elle-même, selon Maître Anne[482]). Du point de vue des avocats qui sont filmés, le sentiment général est plutôt celui de la neutralité de cette pratique, à double titre : la caméra est très discrète (« *on l'oublie* », dit Maître Alice) et les plaidoiries demeurent, de toute façon, essentiellement techniques (Maître Agathe). Un seul avocat juge « *impressionnant* » et « *source de pression* » le fait d'être filmé (Maître Arthur), tandis qu'un seul de ses collègues, également avocat aux Conseils, nourrit une très franche hostilité à l'égard de cette pratique qui restreint selon lui la liberté de parole (Maître Amélie)[483]. En outre, certains avocats estiment que l'enregistrement vidéo est sans doute moins justifié aujourd'hui qu'au début de la procédure en 2010 et qu'elle sert avant tout, désormais, de vitrine publicitaire pour certains de leurs confrères qui n'hésitent pas, sur leur site Internet professionnel, à mettre des liens vers ces vidéos[484]. Le fait que les audiences soient filmées encouragerait ainsi les avocats à venir plaider devant le Conseil, d'autant plus que le client peut ainsi se rendre compte du travail accompli (Maître Aurélie).

Enfin, aucun des avocats consultés n'a demandé que l'audience fasse l'objet d'une publicité restreinte. Même si la QPC constitue un « *contentieux de la norme* » qui se prête peu, par sa

[480] Selon Maître Robin, avocat à la Cour.
[481] Voir en particulier les entretiens avec Maîtres Pierre, Arsène, Agathe et Raymond.
[482] « *Cette caméra, qui est au-dessus de nous et fixe, donne une ambiance encore plus ennuyeuse qu'elle peut être véritablement à l'audience* ».
[483] Rappr., dans une moindre mesure, les propos de Maître Albert et de Maître Antoine, pour qui l'enregistrement a une incidence sur la manière de plaider, parce que le film reste, alors que « *la parole s'envole ; si on dit une bêtise, ça s'envole* ».
[484] Voir entretiens avec Maîtres Anne et Aude, avocats aux Conseils. Maître Rebecca, avocat à la Cour spécialiste du droit fiscal, assume parfaitement cette pratique, « *dix fois moins cher qu'une publicité* » !

nature « *abstraite* », à ce genre de requête (Maître Antoine), le fait qu'une telle demande puisse en principe être formée demeure important selon les avocats consultés, de la même manière que pour la procédure de récusation. Seule la demande de l'un de ses clients, selon un avocat aux Conseils, pourrait l'inciter à former une demande de publicité restreinte[485]. Plus généralement, un avocat estime que la forte publicité assurée autour des QPC – indépendamment même de la diffusion vidéo de l'audience – peut conduire un client à renoncer à cette procédure (entreprise commerciale au sujet d'un contentieux de nature fiscale)[486].

2. Les arguments développés

15. S'agissant des arguments développés dans leurs observations écrites et leurs plaidoiries, les avocats déclarent se fonder principalement sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel que son site Internet, unanimement loué, rend parfaitement accessible[487]. Maître Albert regrette simplement l'absence de tables élaborées par matière du droit. Accessoirement, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et, dans une moindre mesure, celle de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), est fréquemment invoquée, « *à titre d'élément de réflexion* »[488], un avocat relevant que le Conseil favorise cette influence potentielle en se référant lui-même, très souvent, à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans les dossiers documentaires mis en ligne sur son site Internet (dossiers dont la pertinence est encore une fois saluée par ceux qui les évoquent) ou dans les commentaires de ses propres décisions. Maître Antoine note en outre que le Conseil constitutionnel développe, sur certaines questions, un véritable effort d'harmonisation qui incite encore les plaideurs à se fonder sur la jurisprudence de la CEDH, celle-ci pouvant en particulier s'avérer utile pour démontrer un changement de circonstances au sens de la loi organique du 10 décembre 2009 (Maître Agathe). Les références à la jurisprudence des cours étrangères sont beaucoup plus rares en raison de difficultés prétendues d'accessibilité[489]. Un avocat aux Conseils estime en outre que ces comparaisons ne sont pas toujours pertinentes, dans la mesure où les dispositions législatives dont il s'agit

[485] Voir entretien avec Maître Albert. Lors d'un entretien, un avocat précise qu'il pensera désormais à demander à son client ce qu'il souhaite à cet égard, dans la mesure où le nom des parties est donné intégralement à l'audience (entretien avec Maître Régine) ; mais il ajoute : « *qui va voir les vidéos du Conseil constitutionnel ?* ».
[486] Voir entretien avec Maître Antoine.
[487] Même si quelques-uns soulignent que la présentation de l'ancienne version du site était meilleure que la nouvelle (voir par exemple entretiens avec Maîtres Richard et Pierre).
[488] Entretien avec Maître Régine.
[489] Seul un avocat aux Conseils prétend s'y référer souvent parce que l'un de ses collaborateurs, Professeur de droit, manie parfaitement ces instruments de droit constitutionnel comparé (Maître Amélie).

d'apprécier la conformité à la Constitution peuvent être assez différentes d'un État à l'autre (Maître Arthur).

16. Plusieurs avocats déplorent enfin qu'un voile pudique soit systématiquement jeté sur les faits de l'affaire sur laquelle la QPC prend naissance, faits qui peuvent être évoqués dans les observations écrites ou lors de la plaidoirie – dont tel doit être, selon certains, le principal objet –, mais qui sont systématiquement passés sous silence dans les décisions du Conseil, dont l'approche est résolument abstraite – alors même, note Maître Richard, que la décision relative à la garde à vue, en juillet 2010, avait donné quelques espoirs initiaux, lesquels ont été vite déçus. Sur ce point, Maître Pauline, avocat à la Cour (Paris), développe en particulier un long plaidoyer soutenant que le Conseil a été trop influencé par la pratique du contrôle *a priori* : la dimension « *humaine* » de la question posée devrait être introduite dans la décision même[490]. C'est précisément sur l'élaboration de celle-ci qu'invitent à s'interroger, dans un second axe, les entretiens menés avec les avocats au sujet de la procédure devant le Conseil.

II. L'élaboration de la décision

17. Après avoir évoqué les règles et pratiques procédurales, les avocats consultés ont longuement livré leurs sentiments, impressions et opinions sur la manière dont le Conseil constitutionnel élabore ses décisions. À ce titre, deux séries de considérations peuvent être distinguées qui répondent à deux types de questionnement : l'organisation interne du Conseil constitutionnel favorise-t-elle l'élaboration d'une décision de qualité **(1°)** ; la motivation des décisions favorise-t-elle le jaillissement de leur sens et leur acceptation par les parties **(2°)** ? À côté de ces questions fondamentales, signalons qu'un avocat à la Cour évoque sa surprise, en 2010, quand il a découvert, après s'être rendu de *Wisteria* à Paris pour l'occasion, qu'il n'y avait pas de « *délibéré public* » du Conseil constitutionnel.

[490] On relèvera cependant que beaucoup d'avocats avouent développer une pratique "offensive" de la QPC (QPC « *clés en main* », selon la formule de Maître Agathe) qui consiste à susciter un contentieux en excès de pouvoir devant le juge administratif, à propos des mesures réglementaires d'application de la loi déférée, dans le but de soulever rapidement une QPC, sans attendre que la mise en œuvre des dispositions législatives contestées donne lieu à un contentieux. Voir aussi entretiens avec Maîtres Adrien, Rebecca, Agnès, Patrick et Raymond (spécialement, pour ces deux derniers, en ce qui concerne le contentieux fiscal : « *La procédure du recours en excès de pouvoir couplé (…) à une QPC* » est extrêmement efficace).

A. L'organisation du Conseil constitutionnel

18. L'organisation du Conseil constitutionnel est évoquée par les avocats à deux points de vue : sa composition **(1°)** et ses modalités internes de fonctionnement **(2°)**. Un avocat à la Cour résume le sentiment partagé par beaucoup de ses confrères en posant la question suivante : est-ce que le Conseil constitutionnel deviendra « *une Cour suprême à la manière américaine ?* ».

1. La composition du Conseil constitutionnel

19. À la question de savoir si la composition du Conseil constitutionnel lui permet d'assurer sa mission de manière satisfaisante – question potentiellement source de polémique –, les entretiens menés n'apportent pas de réponse tranchée. Si l'on tente de retenir les plus petits dénominateurs communs, quelques opinions sont très souvent partagées par les avocats consultés. Selon la première, souvent implicite, il n'est pas critiquable que le pouvoir de nomination des membres du Conseil constitutionnel soit donné aux autorités politiques visées par la Constitution[491] ; c'est donc plutôt sur la *pratique* des nominations que se concentrent les griefs. La deuxième opinion (unanime pour ceux qui se sont exprimés sur ce point) est une très franche hostilité à la présence des anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel – quand bien même ne siègeraient-ils pas[492]. Troisième opinion dominante : la pratique des nominations n'a pas tiré les conséquences de la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel[493]. En substance, il n'est pas acceptable, pour beaucoup d'avocats, que la révolution contentieuse opérée en 2008-2010 ne se soit pas accompagnée d'une évolution du *type* de nomination, alors même que l'entrée au Conseil constitutionnel de l'ancien Premier président de la Cour de cassation et de l'ancien vice-président du Conseil d'État, en 2007, nourrissait leurs espoirs.

---

[491] Voir par exemple l'entretien avec Maître Alice. Comp. entretien avec Maître Régine, pour qui l'« *impartialité objective* » du Conseil est susceptible d'être remise en cause : « *Est-ce qu'il ne va pas y avoir une forme de reconnaissance du ventre ?* ». Maître Régine doute que le « *devoir d'ingratitude* », autrefois avancé par le Robert Badinter, soit une inclination partagée par tous les membres. Il préférerait un « *processus collectif* » de nomination, par exemple à une majorité renforcée du Parlement, avec éventuellement un droit de veto accordé aux actuelles autorités de nomination. Dans le même temps, Maître Régine précise qu'il est très favorable à l'absence de renouvellement des membres et au renouvellement par tiers du Conseil qui permet à celui-ci de conserver une « *mémoire* » et évite « *le risque que [les membres] se sent[ent] un peu subordonnés aux services, ce qui ne serait pas acceptable* ».

[492] Voir par exemple les entretiens avec Maîtres André et Pauline.

[493] Voir par exemple les entretiens avec Maîtres Rémi, Anne et Aude (qui relève que « *dans l'ancien rôle du Conseil constitutionnel, ce n'était pas choquant. Mais dans le nouveau…* »).

20. Les critiques sur ce point ne sont toutefois pas unanimes, et elles sont plus ou moins féroces. Quelques avocats déclarent ainsi ne pas être choqués par la nomination au Conseil constitutionnel de personnalités qui ne sont pas des professionnels du droit, relevant que les parlementaires ne le sont pas davantage, quoiqu'ils élaborent la loi, et constatant que les dix ans de fonctionnement de la QPC n'ont révélé aucun « *dysfonctionnement* » (Maître Arsène). Mieux encore, un avocat à la Cour soutient que le « *pragmatisme* » des femmes et hommes politiques peut les rendre moins hésitants que des magistrats professionnels du droit au moment de censurer une loi[494]. Exprimant une opinion médiane, Maître André estime que le parcours essentiellement politique des membres du Conseil constitutionnel n'est pas critiquable, dans la mesure où l'interprétation de la Constitution revêt forcément une « *dimension politique* » ; tout serait donc question de mesure, de "dosage"[495]. Enfin, beaucoup d'avocats ont une opinion franchement hostile à la composition actuelle du Conseil constitutionnel[496] qui est par exemple jugée « *contestable* » (Maître Alice), « *ringarde* » (Maître Aude) ou encore « *choquante* », selon Maître Amélie, qui estime par ailleurs que le contrôle de la constitutionnalité des lois pourrait très bien être confié à la Cour de cassation et au Conseil d'État. De manière plus mesurée, certains soutiennent qu'une juridiction *ad hoc* inspirée du Tribunal des conflits serait la meilleure solution. Aux yeux des avocats, le Conseil demeure, selon une analyse largement partagée, « *une juridiction qui est composée essentiellement de personnalités nommées pour des raisons politiques* »[497]. Maître Rachel conclut : « *Sur le plan de la théorie des apparences, comme dirait la Cour européenne [des droits de l'homme], [il n']est évidemment plus possible, aujourd'hui, [d'accepter une telle composition du Conseil constitutionnel] ; il faut évoluer autrement, c'est-à-dire qu'il faut effectivement qu'il y ait davantage de professeurs, par exemple de droit constitutionnel, d'universitaires, de gens qui soient un peu détachés de ce qu'est l'État* ».

21. Au-delà de ces considérations générales, somme toute assez prévisibles, plusieurs avocats envisagent sous un angle plus pragmatique l'incidence que peut ou pourrait avoir la

[494] Entretien avec Maître Rafael. À l'inverse, Maître Rachel estime que l'usage fréquent fait par le Conseil constitutionnel de la faculté de reporter dans le temps ses décisions de censure témoigne du fait que ses membres sont « *quand même des gens qui sont là pour l'État (…) parce que c'est quand même assez inacceptable de voir qu'on vous dit que le droit doit céder le pas aux exigences étatiques (…). Je pense (…) qu'il faut qu'on arrive à comprendre que le rôle de l'État et le regard que les citoyens ont sur l'État a changé et là ces gens* [c'est-à-dire les membres du Conseil constitutionnel] *appartiennent à une génération où ils ont encore une conception étatique qui m'apparaît relever d'un temps révolu* ».

[495] Voir aussi les entretiens avec Maître Rose (qui relève que le Conseil peut être amené à trancher certaines questions de société, par exemple en matière de bioéthique, où l'approche des juristes n'est pas la seule qui soit pertinente) et Maître Anne.

[496] Sans que cela ne paraisse aucunement lié à la frustration éventuelle d'avoir perdu un procès.

[497] Entretien avec Maître Robin.

composition du Conseil constitutionnel sur leur pratique professionnelle. Le sentiment d'incertitude est alors celui qui domine : incertitude quant au "niveau" auquel doit se placer la plaidoirie pour attirer l'attention des membres (Maîtres André et Aurélie), incertitude quant aux calculs politiques aléatoires qui peuvent être entrepris au regard de leur passé politique (Maîtres Antoine et Robert[498]), incertitude quant aux « *modes de raisonnement* » des membres du Conseil, que leur pratique de la politique porte probablement davantage à faire des compromis (à « *dealer* ») qu'à juger au sens traditionnel du terme (selon Maître Antoine, qui craint aussi des « *raisonnements en opportunité* »). À la lecture des entretiens retranscrits, le sentiment de l'observateur est que les avocats demeurent perturbés, dix ans après l'introduction de la QPC dans l'ordre juridique français, par la spécificité des parcours professionnels des membres du Conseil constitutionnel, surtout par rapport à ceux des magistrats professionnels, judiciaires ou administratifs, qu'ils ont l'habitude de côtoyer. En forçant un peu le trait, on pourrait dire que le Conseil constitutionnel demeure, pour les avocats, une sorte de mystère juridictionnel (y compris, pour certains d'entre eux, du point de vue de ses modes de fonctionnement internes ; cf. *infra*, n° 23 et s.). Un avocat à la Cour suggère même que ce défaut de « *confiance* » dans les juges constitutionnels pourrait expliquer que la Cour de cassation et le Conseil d'État soient (ou aient pu être) réticents à leur renvoyer certaines QPC[499].

22. De manière plus précise, quelques critiques sont en outre développées par certains avocats. Maître Pierre évoque par exemple le fait qu'un ancien membre en exercice du Conseil constitutionnel ait pu être nommé ministre de la justice. La décision lui paraît choquante dans la mesure où elle peut permettre à l'autorité politique de libérer un fauteuil pour procéder à la nomination d'un nouveau membre, au mépris de l'indépendance du Conseil. Pour sa part, Maître Pauline déplore qu'au regard de leur activité politique passée, plusieurs membres du Conseil constitutionnel doivent parfois se déporter, ce qui conduit la juridiction à devoir se prononcer en effectif restreint. La solution consisterait, selon lui, à augmenter le nombre des membres – ce qui, selon son opinion, n'est malheureusement pas une option que le secrétariat général du Conseil, qui souhaiterait garder la main sur l'institution, serait prêt à accepter. De manière moins polémique, beaucoup d'avocats n'en établissent pas moins, eux aussi, un lien entre la composition du Conseil constitutionnel et le rôle joué par son secrétaire général et son service juridique. Est dès lors interrogé le mode de fonctionnement interne du Conseil constitutionnel.

[498] Ce dernier insistant sur la malléabilité des principes constitutionnels.
[499] Entretien avec Maître Rémi.

2. Le fonctionnement du Conseil constitutionnel

23. Le rôle joué par le service juridique du Conseil constitutionnel et son secrétariat général, tant dans l'instruction du dossier que dans l'élaboration de la décision, est évoqué sur trois modes différents par les avocats consultés. Pour une infime minorité d'entre eux, ce rôle serait secondaire[500] – et certains insistent sur le fait qu'il *doit* le rester[501] ; pour quelques autres, qui se prétendent bien renseignés, son rôle serait très important et, partant, source de polémique[502] (ou de rassérènement, pour ceux qui dénoncent les orientations trop politiques du Conseil lui-même[503]) ; pour la majorité des avocats, enfin, le rôle du service juridique et du secrétariat général est évoqué sur un mode interrogatif, les intéressés peinant à estimer l'importance dévolue aux services du Conseil dans son mode de fonctionnement, ce qui renforce à leurs yeux le "mystère" précédemment évoqué de la juridiction constitutionnelle. Un avocat à la Cour estime ainsi qu'il ne sait pas vraiment à qui s'adresse sa plaidoirie : aux membres du Conseil constitutionnel ou aux membres de son service juridique et à son secrétaire général ; « *on ne peut pas plaider pour eux en passant par-dessus la tête des membres, et pourtant on sent bien que c'est eux qu'il faut convaincre, il me semble* »[504]. En conclusion, un avocat aux Conseils décrit le fonctionnement du Conseil constitutionnel comme « *un très joli cirque* ».

24. Dans le prolongement de ce sévère constat, il faut surtout relever qu'une opinion convergente est développée, de manière plus ou moins détaillée, par trois avocats aux Conseils (Maîtres Adrien, Aude et Armand) qui, en résumé, plaident pour l'instauration d'un véritable « *ministère public* » ou « *parquet* » devant le Conseil constitutionnel. Tous trois partent du constat selon lequel la juridiction constitutionnelle leur paraît insuffisamment transparente et éclairée sur les conséquences des décisions qu'elle doit rendre (comme peuvent en témoigner les questions posées par les membres lors des audiences, cf. *supra*, n° 13). Une telle solution permettrait, selon Maître Adrien, d'instaurer un véritable échange avec les parties en amont de l'audience, quitte à raccourcir le délai des premières voire des secondes observations. Un « *rapporteur public* » devant le Conseil constitutionnel pourrait également solliciter des

[500] Entretiens avec Maîtres Agathe et Amélie.
[501] Entretien avec Maître Régine.
[502] Voir en particulier l'entretien avec Maître Pauline (« *Ce ne sont pas les membres du Conseil constitutionnel qui font les décisions. (…) c'est les services. Quelle est la légitimité de ces services ? (…) le pouvoir de Marc Guillaume [ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel] était quelque chose d'absolument hallucinant. Quelle est sa légitimité ? Démocratique ?* »). Voir aussi les entretiens avec Maître Aude (qui juge « *excessifs* » les pouvoirs exercés par les services du Conseil constitutionnel), Maître Adrien, et Maître Rémi (qui a le sentiment que les membres du Conseil constitutionnel « *ne font que voter* », ce qui pose un problème de « *légitimité* »).
[503] Voir entretien avec Maître Priscille.
[504] Entretien avec Maître Renée.

« *amicus curiae* » (associations, ministères du budget…) pour obtenir les informations nécessaires[505] à propos des conditions d'application des dispositions contestées (par exemple sur le nombre de situations concernées) et des effets de leur abrogation potentielle, qui peuvent notamment justifier un report dans le temps des effets de la décision. Surtout, cela favoriserait, sur toutes ces questions, le développement d'un débat contradictoire avec les parties et le secrétariat général du Gouvernement – débat contradictoire qui fait selon eux, jusqu'à aujourd'hui, largement défaut (selon Maître Aude, qui ne doute pas que les services du Conseil constitutionnel entreprennent ce genre de démarches, mais qui regrette profondément que cela se fasse à l'insu des parties). Pour les questions qui méritent une « *instruction plus développée* », Maître Adrien suggère également que le court délai de trois mois, dans lequel doit statuer le Conseil, puisse être prolongé (par exemple renouvelé une fois), ce qui permettrait d'aller « *au fond des choses* », grâce à de véritables « *études d'impact* » dont les parties pourraient débattre au terme d'une procédure « *plus inquisitoire* ». Il faut, souligne encore Maître Adrien, que le Conseil constitutionnel « *se donne les moyens d'avoir un débat contradictoire qui soit le plus rigoureux, le plus riche et le plus développé possible* », de manière à aller « *au fond des choses* », contrairement à sa pratique actuelle. Pour ces praticiens, de telles procédures permettraient aussi d'améliorer la motivation des décisions du Conseil constitutionnel.

B. La motivation des décisions du Conseil constitutionnel

25. Bien qu'elle n'ait pas été suggérée par les universitaires ayant conduit les entretiens, la question de la motivation des décisions du Conseil revient très souvent dans les propos des avocats. Ceux-ci déplorent très majoritairement une motivation défaillante des décisions **(1°)**, ce défaut de motivation "interne" pouvant cependant être compensé par des éléments de motivation "externes" **(2°)**.

1. La motivation interne de la décision

26. Plusieurs avocats abordent sur un ton très critique la question de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel (la pratique ayant consisté, depuis le printemps 2016, à gommer les anciens *considérants* leur paraissant, de ce point de vue, tout à fait neutre[506]). Cette motivation

[505] Comme cela avait été fait, relève un avocat à la Cour, au sujet de la décision relative à la garde à vue du 30 juillet 2010, pour caractériser le changement de circonstances (entretien avec Maître Richard).
[506] Entretien avec Maître Armand.

« *indigente* », surtout par comparaison avec les pratiques des juridictions européennes et internationales[507], nuit, selon Maître Pierre, à l'autorité même des décisions du Conseil constitutionnel. Elle a aussi pour effet indésirable, selon Maître Pauline, de laisser les clients forts dubitatifs quand leur avocat tente de leur expliquer les raisons pour lesquelles leur procès est perdu[508]. Ce défaut de motivation est particulièrement mis en exergue en ce qui concerne la modulation dans le temps des effets des décisions de non-conformité à la Constitution – qui constitue le point le plus sensible de la procédure de QPC pour la plupart des avocats. Si certains d'entre eux portent un regard très positif sur le fait que le Conseil constitutionnel envisage clairement les effets dans le temps des censures qu'il prononce[509], d'autres soulignent que les critères de l'effet différé demeurent largement insaisissables (Maître Agathe), surtout quand il s'agit de cerner la notion d'intérêt général qui justifie que le client ne puisse pas profiter de la censure qu'il obtient devant le juge constitutionnel, au terme d'une procédure parfois longue en raison des filtres successifs. Cette frustration est d'autant plus mal vécue que la décision du Conseil se prononce très souvent par voie d'autorité, sans démonstration précise. Pour Maître Rémi, s'il est indéniable que les décisions sont « *argumentées en droit* », la subjectivité est en revanche « *totale* » quand il s'agit d'appliquer les principes à l'espèce, spécialement lorsque le Conseil constitutionnel fait usage du « *curseur* » de la disproportionnalité. Un autre avocat critique par ailleurs le fait que le Conseil constitutionnel écarte parfois certains griefs sans aucune motivation[510]. On ajoutera que plusieurs avocats regrettent que le nom du rapporteur ne soit pas rendu public car, selon Maître Alice, « *chacun sait qu'il y a des rapporteurs qui sont plus compétents que d'autres pour statuer sur la constitutionnalité d'un texte* », la question de la qualité des décisions rejoignant ainsi celle de la composition du Conseil constitutionnel.

2. La motivation externe

27. Plusieurs avocats relèvent que le défaut de motivation interne des décisions est compensé par le commentaire de celle-ci publié sur le site Internet du Conseil constitutionnel qui, d'une certaine façon, constitue la « *véritable décision* » (Maître Pierre). Maître Armand estime pour sa part que le commentaire devrait être « *intégré* » au sein de la décision. La question ne va toutefois pas sans polémique, puisqu'elle rejoint, dans l'esprit de certains praticiens, celle de la

[507] Voir l'entretien avec Maître Armand.
[508] La motivation « *participe de la compréhension et de l'intériorisation de la décision, à la fois par l'avocat et par le client. Cette pédagogie-là, c'est une pédagogie dont on ne peut pas se dispenser, qui est fondamentale. Le client, nous, on peut lui expliquer le sens de la décision. Mais il va dire "*comment vous faites pour m'expliquer ça alors que ce n'est pas marqué*"* ».
[509] Voir notamment les entretiens avec Maîtres Adrien et Agnès.
[510] Entretien avec Maître Renée.

légitimité du service juridique et du secrétariat général du Conseil constitutionnel et l'ascendant que ceux-ci peuvent exercer sur la juridiction elle-même. De plus, pour Maître Pauline, le commentaire publié par le service juridique présente un effet pervers puisqu'il « *assèche* » le débat en procédant par voie d'« *autorité* », comme s'il n'y avait pas « *d'autre approche possible* ». Selon lui, la publication d'opinions dissidentes serait plus enrichissante. Cette opinion est toutefois isolée.

Table des matières

Rapport de synthèse 7

I. Objet de la recherche 7

II. Dispositif méthodologique 9

III. Terrains et données ayant servi au support de la recherche 10

IV. Principales conclusions de la recherche 11

1- Modes d'apprentissage de la QPC 13
2- Modalités de mobilisation de la QPC 15
3- L'affinement des objectifs assignés à la QPC 18
4- Stratégies d'utilisation de la QPC 19
5- L'incidence relative du coût de la QPC 23
6- Le défaut d'efficacité des QPC est le sujet majeur de préoccupation 24
7- Une perception globalement positive de la procédure devant le Conseil constitutionnel 26

V. Pistes de réflexion ouvertes et reformulations opérées 27

Note méthodologique 29

Introduction 29

I. Enquête nationale par questionnaire 30

A. Organisation de l'enquête 31
B. Caractéristiques des participants à l'enquête 33
1. Nombre et genre 34
2. Barreau 34
3. Âge et ancienneté dans la profession 35
4. Mode d'exercice 36
5. Engagements professionnels 37
6. Rapport à la QPC 37

II. Enquête locale et enquête ciblée par entretiens 37

A. Organisation des entretiens 37
B. Caractéristiques des avocats rencontrés dans le cadre d'un entretien 39
1. Avocats ayant déjà plaidé une QPC devant le Conseil constitutionnel 39
2. Avocats n'ayant jamais plaidé une QPC ou n'étant jamais allés devant le Conseil constitutionnel 40

1) Modes d'apprentissage et de mobilisation de la QPC 41

La QPC, les avocats et leurs clients : L'apprentissage d'un outil constitutionnel 42

Introduction 42

I. L'acculturation à une « révolution culturelle » 42

A. La levée d'un « verrou » 43
1. Du contrôle de conventionalité à la QPC 43
2. Une grande « révolution culturelle » 44
3. L'évolution de la position des juridictions 47
B. Une procédure passée dans les mœurs… mais atypique 48
1. Une pratique entrée dans les mœurs… 48
2. … quoiqu'atypique 49

3. Une normalisation juridictionnelle 52
C. Au cœur d'action de prosélytisme et de formation 53
1. Acquérir « le réflexe » QPC 53
2. Des actions de formation et de sensibilisation individuelles et institutionnelles … 55
3. Des formations internes à destination des associés, des collaborateurs… voire des clients 57

II. Novices et virtuoses de la QPC 58
A. Des positionnements contrastés, une stimulation intellectuelle commune 58
1. Une appétence variable pour la QPC 59
2. Entrepreneurs de cause et prestataires de service 59
3. Une dimension intellectuelle partagée 60
B. Experts et profanes 61
1. « Experts »… 61
2. …et « profanes » … 63
3. Le coût de la première fois 65
C. Les facteurs de spécialisation en matière de QPC 66
1. Les avocats aux conseils : l'affirmation d'une expertise 66
2. Une asymétrie de ressources 71
3. Une spécialisation… toute relative 76

III. Défis et modalités d'une formation par la pratique 78
A. L'affirmation d'un acteur du procès constitutionnel 78
1. Des formations à la QPC pour tous les avocats… 78
2. L'action des avocats aux conseils 80
B. Les freins à une formation aux enjeux multiples … 82
1. Les enjeux et avantages d'une procédure… 82
2. Une formation jugée insuffisante 84
3. Une procédure exceptionnelle 86
C. L'apprentissage par l'action 90
1. La confection des dossiers 90
2. Mimétisme, échanges et partages d'expérience 93
3. Une recherche et une veille documentaire facilitées par le numérique 94

Conclusion 97

Des avocats dans l'usage de la QPC : Quel rôle après dix ans de pratique ? 99

Introduction 99

I. Un nouvel exercice professionnel ? 100
A. La prise en compte d'une nouvelle compétence judiciaire 100
1. Pour les techniques de travail : un simple ajustement 100
2. Pour l'organisation du travail : peu de changements 101
B. Aux confins du champ professionnel : une expérience du politique 102
1. Des univers nouveaux et différents 102
2. Plaider une QPC : un exercice hors-normes 105

II. Défendeur des intérêts du justiciable ou protéger des libertés publiques ? Les mutations du rôle endossé par l'avocat 107
A. Faire valoir des principes fondamentaux face au pouvoir politique 107
1. Redécouverte pratique d'une matière « théorique » 107
2. Contester une jurisprudence au nom de la Constitution 111
B. Porter les doléances du terrain 112

1. Défendre une cause 112
2. « Monter à Paris »: exposer une illégalité au cœur du pouvoir 114

III. Les avocats, pièce maîtresse de l'élargissement du contrôle de constitutionnalité par la QPC 116

A. Une collaboration très variable avec le client pour la saisine du Conseil constitutionnel 116
1. Du travail télécommandé… 116
2. ...à l'initiative solitaire ! 117
B. Faire « tomber la loi » : les intérêts divergents de l'avocat et du justiciable 120
1. Une possible victoire de l'avocat sans effets pour le justiciable 120
2. La responsabilité politique de l'avocat face à la victoire de son client par QPC 122

Conclusion 124

2) Le marché de la QPC et le client 126

La QPC à l'aune des rapports de l'avocat et de son client 127

Introduction 127

I. La QPC dans l'intérêt du client 129
A. L'intérêt du client à la QPC 130
1. L'intérêt du client au dépôt de la QPC ou à l'intervention 130
2. L'intérêt du client face au risque de report de la date d'abrogation 135
B. L'intérêt du client dans la procédure de la QPC 138
1. Les délais 139
2. La publicité (audience filmée) 141

II. La QPC dans les rapports avec le client 142
A. Le dialogue préalable au dépôt de la QPC 142
1. L'initiative de la QPC 142
2. La présentation de la QPC au client 144
3. L'accueil de la QPC 146
B. Le rapport financier : les honoraires 149
1. Le coût un élément plus ou moins déterminant pour le client 149
2. Des hypothèses où le client ne supporte pas le coût de la QPC 150
3. L'absence de facturation distincte 152
4. La détermination des honoraires 153

Les enjeux du coût de la QPC : une barrière à l'entrée? 156

Introduction 156

I. La QPC et l'analyse économique : une situation inédite 157
A. La QPC : une situation de concurrence imparfaite 158
B. QPC : un monopole discriminant ? 159
C. Rôle du coût moyen 160

II. Etude de la structure de coût d'une QPC 161
A. Modèle du tarif unique : 162
B. Modèle de la tarification différenciée ou facturation au coût marginal : 163
C. Modèle *pro-bono* ou humaniste : 164

Conclusion 165

3) Stratégies d'utilisation de la QPC ***167***

Quelle place pour la QPC dans la stratégie des avocats ? ***168***

Introduction **168**

I. La perception de la QPC comme outil tactique dans le cadre de stratégies diverses **168**

A. Les domaines perçus comme porteurs 169

B. La détection d'une potentielle QPC 171

1. L'absence d'examen systématique des questions constitutionnelles par l'ensemble des avocats 172

2. L'émergence de l'idée d'une QPC 174

C. La QPC, un outil tactique au service de quelle(s) stratégie(s) ? 176

1. La QPC dans la stratégie des plaideurs individuels 177

2. La QPC dans la stratégie des plaideurs institutionnels 178

II. Le choix de la QPC au terme d'un bilan d'opportunité **180**

A. Les paramètres du choix 181

1. Les paramètres procéduraux 181

2. Les paramètres matériels 182

3. Les paramètres de résultat 185

B. Le bilan d'opportunité de la QPC 189

Les effets de la QPC ***196***

Introduction **196**

I. Rechercher **196**

A. Effets erga omnes 197

1. Abrogation 197

2. Interprétation 198

B. Effets pour le demandeur 201

1. Effet dilatoire 201

2. Effet utile 202

II. Dénoncer **203**

A. La critique de la décision du Conseil 204

1. La critique de l'absence d'effet utile 204

2. La critique de l'incompréhension de la décision 209

B. La critique de la jurisprudence du Conseil 210

III. Prévenir **211**

A. Informer le Conseil constitutionnel 212

B. Informer le client 213

L'articulation entre constitutionnalité et conventionnalité ***215***

Observations générales **215**

I. Les stratégies reposant sur la proximité des contrôles **216**

II. Les stratégies reposant sur les spécificités des procédures **221**

III. Les stratégies reposant sur les habitudes professionnelles **226**

4) Perceptions et usages de la procédure ***232***

Le filtrage de la QPC ***233***

Introduction **233**

I. La mutation des critères de renvoi **236**

A. La modification du sens et de la portée des critères 236

B. La fonctionnalité remaniée des critères 240

II. L'amorce d'une nouvelle dualité architecturale du filtrage **244**

A. L'opération horizontale de filtrage 244

B. La contestation verticale du filtrage 247

Usages et perceptions de la procédure devant le Conseil constitutionnel ***251***

Introduction **251**

I. Le déroulement du procès constitutionnel **253**

A. L'organisation générale de la procédure 253

1. Les échanges avec le greffe et les autres parties au procès 253

2. Les procédures de récusation et d'intervention 256

B. Le débat constitutionnel 258

1. L'audience et les plaidoiries 258

2. Les arguments développés 263

II. L'élaboration de la décision **264**

A. L'organisation du Conseil constitutionnel 265

1. La composition du Conseil constitutionnel 265

2. Le fonctionnement du Conseil constitutionnel 268

B. La motivation des décisions du Conseil constitutionnel 269

1. La motivation interne de la décision 269

2. La motivation externe 270

Table des matières ***272***

Annexe n°1 : Liste des pseudonymes utilisés ***277***

Annexe n°2 : Éléments de traitement du questionnaire ***279***

Annexe n°1 : Liste des pseudonymes utilisés

Les noms des avocats mentionnés dans ce rapport sont des **pseudonymes** (constitués de prénoms et attribués indépendamment du genre réel).

Profils	Pseudonymes
Avocat aux Conseils - QPC	Me Antoine Me Aurélie Me André Me Anne Me Armand Me Amélie Me Albert Me Aude Me Arthur Me Agathe Me Arsène Me Alice Me Adrien Me Agnès
Avocat à la Cour ayant posé une QPC - Paris	Me Patrick Me Pauline Me Pierre Me Priscille
Avocat à la Cour n'ayant pas posé une QPC ou ayant posé une QPC non renvoyée - Paris	Me Bernard
Avocat à la Cour ayant posé une QPC - province	Me Régine Me Robert Me Rose Me Rafael Me Rachel Me Richard Me Rebecca Me Rémi Me Roxanne Me Raymond Me Renée Me Ronan Me Rejane Me Robin

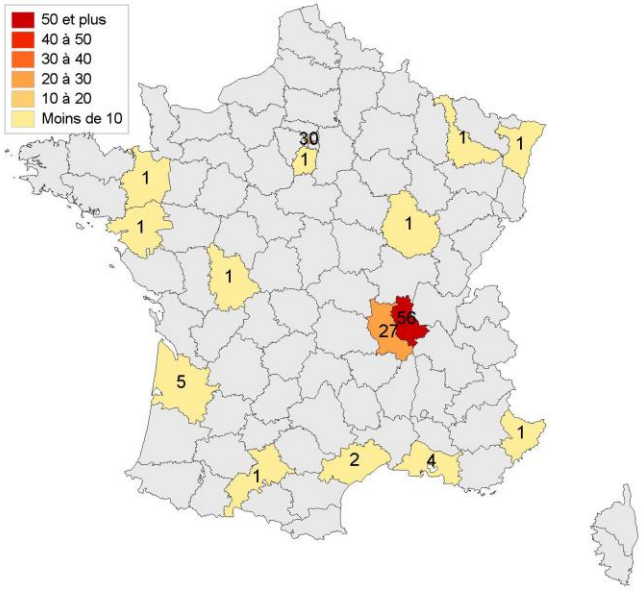
Avocat à la Cour n'ayant pas posé une QPC ou ayant posé une QPC non renvoyée - province	Me Stéphane Me Sophie Me Sylvain Me Sarah Me Serge Me Sabine

Annexe n°2 : Éléments de traitement du questionnaire

QPC Questionnaire avocats

Localisation du cabinet des avocats ayant répondu au questionnaire (département)

Information renseignée par 96% des avocats
(135 réponses sur 141, dont 1 Saint-Pierre de la Réunion et 1 Saint-Paul de la Réunion)



Général

27,7% des avocats (39 sur 141) ont déjà posé une QPC devant une juridiction du fond, devant la Cour de cassation ou devant le Conseil d'État.

Parmi ceux qui n'ont jamais posé de QPC, les précisions sont données ci-dessous :
Si réponse négative : Pourquoi ?

Taux de réponse : 96% des concernés, soit 98 avocats sur 102

66% Aucun dossier ne m'a été soumis dans lequel la QPC est apparue pertinente
59% Aucun client ne m'a jamais sollicité pour poser une QPC
25% La QPC allonge la durée de la procédure
21% La QPC est trop onéreuse pour le client
20% La QPC demande des compétences spécifiques
13% La QPC demande un investissement trop important en temps
11% Les conditions de recevabilité sont trop restrictives
10% Le client a refusé
9% La procédure QPC est trop lourde
7% Le double filtrage est dissuasif
2% Je me suis dessaisi du dossier au profit d'un autre cabinet susceptible de soutenir la QPC

N.B : en tenant compte du rang de classement (de 1 à 4), nous obtenons sensiblement les mêmes résultats :
(rang 1 = 4 points, rang 2 = 3 points, rang 3 = 2 points, rang 4 = 1 point)

240 points	*Aucun dossier ne m'a été soumis dans lequel la QPC est apparue pertinente*
204 points	*Aucun client ne m'a jamais sollicité pour poser une QPC*
53 points	*La QPC est trop onéreuse pour le client*
50 points	*La QPC allonge la durée de la procédure*
47 points	*La QPC demande des compétences spécifiques*
31 points	*La QPC demande un investissement trop important en temps*
30 points	*Le client a refusé*
24 points	*Les conditions de recevabilité sont trop restrictives*
17 points	*La procédure QPC est trop lourde*
13 points	*Le double filtrage est dissuasif*
4 points	*Je me suis dessaisi du dossier au profit d'un autre cabinet susceptible de soutenir la QPC*

QPC Questionnaire avocats

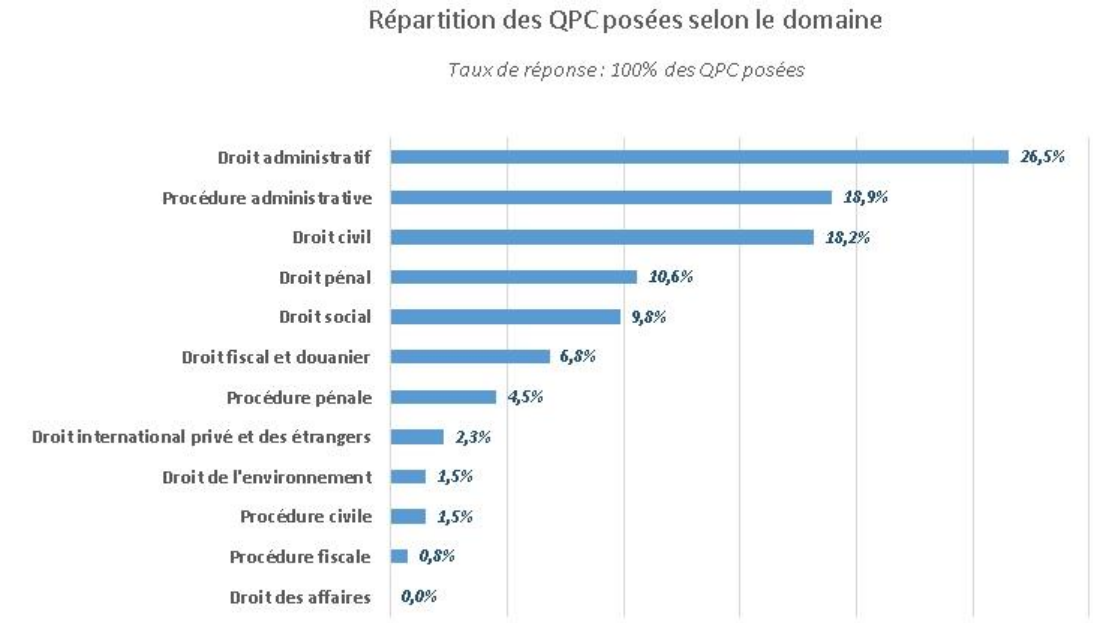
Nombre total de QPC posées à ce jour

Taux de réponse : **100,0%**
Moyenne = **3,38** Ecart-type = **5,62**
Médiane = **1,00**
Min = **1** Max = **27**
Somme = **132**
Percentiles = **1,00** (25,0%) - **3,00** (75,0%)

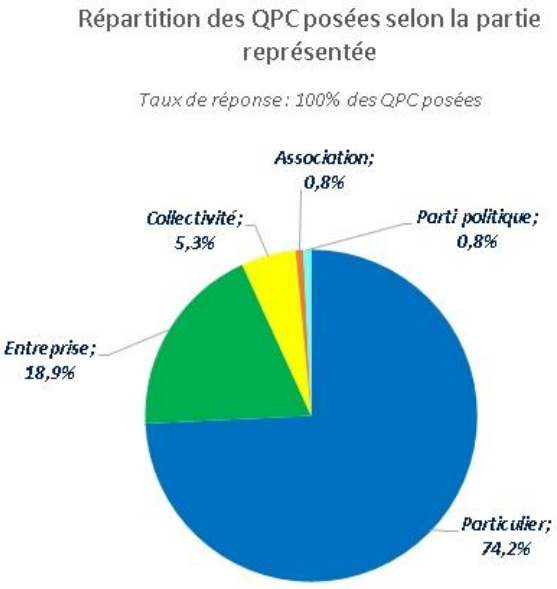
	Nb	% cit.
1	**20**	**51,3%**
2	**7**	**17,9%**
3	**4**	**10,3%**
4	**1**	**2,6%**
5	**3**	**7,7%**
6	**1**	**2,6%**
9	**1**	**2,6%**
25	**1**	**2,6%**
27	**1**	**2,6%**
Total	**39**	**100,0%**

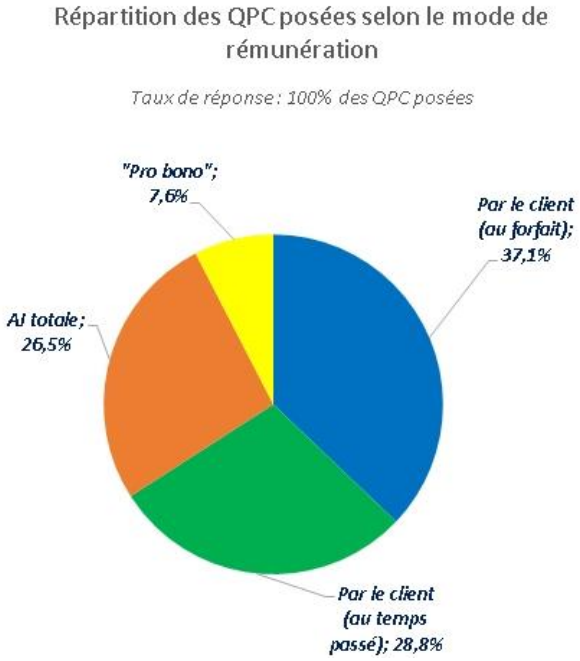
Au total, 132 QPC ont été posées par 39 avocats

QPC Questionnaire avocats



QPC Questionnaire avocats





QPC Questionnaire avocats

Vous avez déjà posé une QPC devant une juridiction du fond, devant la Cour de cassation ou devant le Conseil d'État : Quel(s) objectifs poursuiviez-vous ?

Taux de réponse : 100% des concernés, soit 39 avocats

92% Obtenir l'abrogation de la disposition législative
41% Obtenir une réserve d'interprétation de la loi
21% Obtenir un sursis à statuer
15% Allonger la durée de la procédure
13% Autre(s) objectif(s)
10% Satisfaire une curiosité professionnelle
8% Obtenir un écho médiatique sur la question
8% Inciter la partie adverse à négocier

Précisez quel(s) autre(s) objectifs vous poursuiviez

Taux de réponse : **60,0%**

	Nb
Clarifier une interprétation du Conseil Constitutionnel et trancher un conflit dinterprétation entre le Conseil dÉtat et la Cour de Cassation	**1**
Contraire au respect de l'interprétation stricte de la loi pénale et de la légalité des délits et des peines pour limiter les interprétations par analogie source d'insécurité juridique, surtout en matière de droit pénal du travail	**1**
Obtenir la confirmation du jugement	**1**

QPC Questionnaire avocats

31% des avocats ayant posé au moins une QPC ont déjà posé plusieurs fois la même QPC.

Parmi ceux qui ont posé plusieurs fois la même QPC, les précisions sont données ci-dessous :

Pour quelles raisons ?

Taux de réponse : 100% des concernés, soit 12 avocats

75% Il s'agissait d'une autre juridiction
33% Faire évoluer la jurisprudence de la juridiction
25% Forcer la transmission
8% La composition de la juridiction avait changé

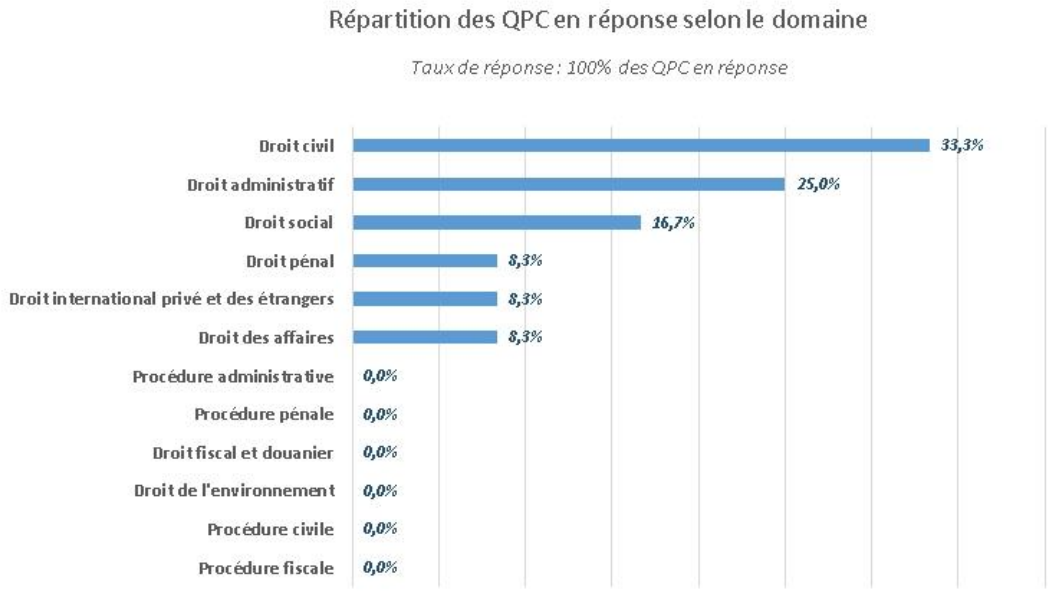
L'initiative des QPC résulte :

Taux de réponse : 100% des concernés, soit 39 avocats

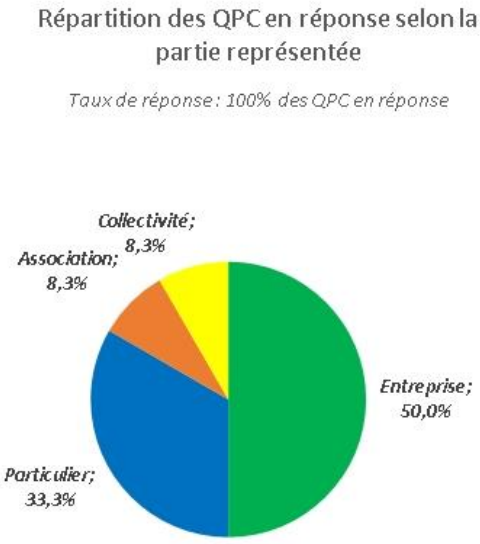
92,5% exclusivement d'une proposition de votre cabinet au client
2,5% exclusivement d'une demande du client
5% d'une proposition de votre cabinet au client et d'une demande du client

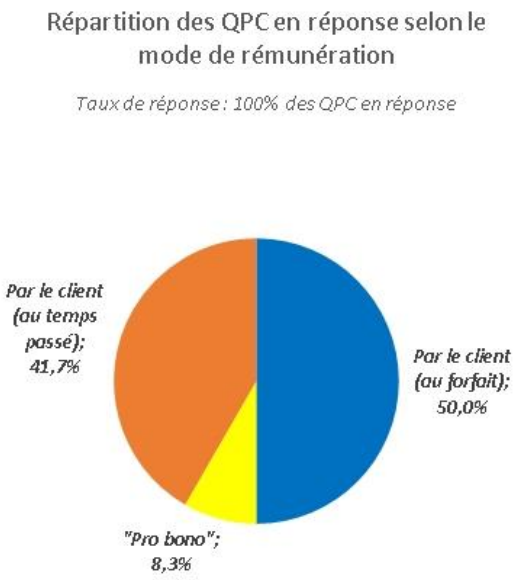
QPC Questionnaire avocats

7,8% des avocats (soit 11 sur 141 répondants) ont déjà répondu, en tant que partie adverse, à une QPC (10 avocats ont chacun répondu à une QPC et 1 avocat a répondu à deux QPC)



QPC Questionnaire avocats

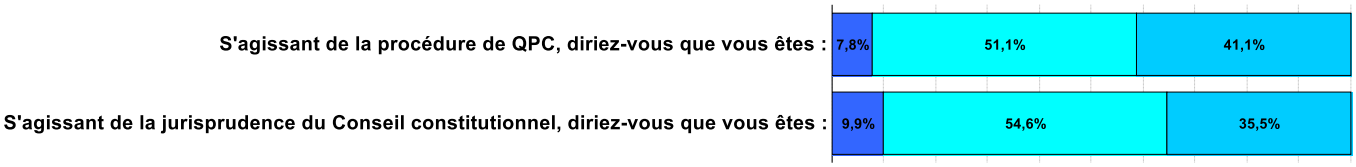




Connaissance de la QPC

Taux de réponse : 100%

	Pas du tout informé(e)		Peu informé(e)		Suffisamment informé(e)		Total	
	N	% cit.	N	% cit.	N	% cit.	N	% cit.
S'agissant de la procédure de QPC, diriez-vous que vous êtes :	11	7,8%	72	51,1%	58	41,1%	141	100,0%
S'agissant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, diriez-vous que vous êtes :	14	9,9%	77	54,6%	50	35,5%	141	100,0%



QPC Questionnaire avocats

Comment vous-êtes-vous formé(e) à la procédure QPC ? Taux de réponse : 100%

	Non		Oui		Total	
	N	% cit.	N	% cit.	N	% cit.
Formation initiale à l'Université ?	92	65,2%	49	34,8%	141	100,0%
Autoformation ?	96	68,1%	45	31,9%	141	100,0%
Pas de formation particulière ?	110	78,0%	31	22,0%	141	100,0%
Formation par le barreau ?	115	81,6%	26	18,4%	141	100,0%
Formation interne au cabinet ?	125	88,7%	16	11,3%	141	100,0%
Formation continue par les centres de formation professionnelle ?	126	89,4%	15	10,6%	141	100,0%
Formation initiale par les centres de formation professionnelle ?	130	92,2%	11	7,8%	141	100,0%
Formation continue à l'Université (notamment colloques, conférences,...) ?	131	92,9%	10	7,1%	141	100,0%
Formation continue par un éditeur juridique ?	138	97,9%	3	2,1%	141	100,0%
Formation continue par le Conseil constitutionnel ?	138	97,9%	3	2,1%	141	100,0%
Formation par une société privée ou un centre de préparation privé ?	138	97,9%	3	2,1%	141	100,0%

Autoformation, précisions : recherches, articles dans les revues juridiques, CD-ROM reçu par le CC, doctrine, formation envoyée par le CNB, bases de données (Lexis 360), jurisprudence, procédures d'autres cabinet, décision du Conseil constitutionnel, échanges entre Confrères, ...

QPC Questionnaire avocats

En matière de QPC, comment vous-êtes-vous formé(e) à la jurisprudence constitutionnelle ? Taux de réponse : 87%

	Non		Oui		Total	
	N	% cit.	N	% cit.	N	% cit.
Autoformation ?	**94**	**66,7%**	**47**	**33,3%**	**141**	**100,0%**
Formation initiale à l'Université ?	**96**	**68,1%**	**45**	**31,9%**	**141**	**100,0%**
Pas de formation particulière ?	**103**	**73,0%**	**38**	**27,0%**	**141**	**100,0%**
Formation par le barreau ?	**127**	**90,1%**	**14**	**9,9%**	**141**	**100,0%**
Formation continue par un éditeur juridique ?	**129**	**91,5%**	**12**	**8,5%**	**141**	**100,0%**
Formation interne au cabinet ?	**130**	**92,2%**	**11**	**7,8%**	**141**	**100,0%**
Formation continue à l'Université (notamment colloques, conférences,...) ?	**135**	**95,7%**	**6**	**4,3%**	**141**	**100,0%**
Formation continue par les centres de formation professionnelle ?	**135**	**95,7%**	**6**	**4,3%**	**141**	**100,0%**
Formation initiale par les centres de formation professionnelle ?	**136**	**96,5%**	**5**	**3,5%**	**141**	**100,0%**
Formation continue par le Conseil constitutionnel ?	**136**	**96,5%**	**5**	**3,5%**	**141**	**100,0%**
Formation par une société privée ou un centre de préparation privé ?	**138**	**97,9%**	**3**	**2,1%**	**141**	**100,0%**

Autoformation, précisions : articles dans les revues juridiques, doctrine, jurisprudence, procédures d'autres cabinet, décisions, mémoires QPC déposés par les avocats près de la cour de Cassation, ...

QPC Questionnaire avocats

Envisagez-vous de suivre une formation ou une formation complémentaire sur la QPC ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**99**	**70,2%**
Oui	**42**	**29,8%**
Total	**141**	**100,0%**

Disposez-vous d'un modèle-type de présentation de mémoire QPC ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**99**	**70,2%**
Oui	**42**	**29,8%**
Total	**141**	**100,0%**

Taux de réponse : 97,6%

	Non		Oui		Total	
	N	% cit.	N	% cit.	N	% cit.
S'agit-il : d'un modèle que vous avez élaboré vous-même ?	**22**	**53,7%**	**19**	**46,3%**	**41**	**100,0%**
S'agit-il : d'un modèle mis à disposition au sein de votre cabinet ?	**32**	**78,0%**	**9**	**22,0%**	**41**	**100,0%**
S'agit-il : d'un modèle fourni par un confrère extérieur au cabinet ?	**32**	**78,0%**	**9**	**22,0%**	**41**	**100,0%**
S'agit-il : d'un modèle proposé par un éditeur juridique ?	**37**	**90,2%**	**4**	**9,8%**	**41**	**100,0%**

Utilisation de la QPC

Généralement, si vous avez la possibilité de soulever une QPC et de soulever l'inconventionnalité de la loi, que faites-vous ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Je soulève les deux, dans la mesure du possible	**22**	**56,4%**
Je soulève la QPC uniquement	**2**	**5,1%**
Je soulève linconventionnalité uniquement	**2**	**5,1%**
La situation ne sest jamais présentée	**13**	**33,3%**
Total	**39**	**100,0%**

Concernant la rédaction du mémoire QPC, avez-vous déjà : (39 réponses attendues)

	Non		Oui		**Total**	
	N	% cit.	N	% cit.	N	% cit.
rédigé vous même le mémoire ?	**2**	**5,6%**	**34**	**94,4%**	**36**	**100,0%**
confié la rédaction du mémoire à un collaborateur ou un associé ?	**22**	**78,6%**	**6**	**21,4%**	**28**	**100,0%**
demandé l'appui d'un confrère ?	**22**	**66,7%**	**11**	**33,3%**	**33**	**100,0%**
sollicité une consultation d'universitaire ?	**24**	**82,8%**	**5**	**17,2%**	**29**	**100,0%**
confié la rédaction du mémoire à un avocat aux conseils ?	**25**	**80,6%**	**6**	**19,4%**	**31**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Quels outils utilisez-vous dans la perspective de poser une QPC : Taux de réponse : 100%

	Non		Oui		**Total**	
	N	% cit.	N	% cit.	N	% cit.
Les ressources QPC mises en ligne par le site du Conseil Constitutionnel ?	**4**	**10,3%**	**35**	**89,7%**	**39**	**100,0%**
Les ouvrages / revues / encyclopédies ?	**10**	**25,6%**	**29**	**74,4%**	**39**	**100,0%**
Les ressources QPC mises en ligne par les sites du Conseil d'État et de la Cour de cassation ?	**16**	**41,0%**	**23**	**59,0%**	**39**	**100,0%**
Les autres sites internet ?	**24**	**61,5%**	**15**	**38,5%**	**39**	**100,0%**

Parmi les 3 conditions de recevabilité de la QPC, laquelle vous a semblé la plus difficile à démontrer ?

Taux de réponse : **97,4%**

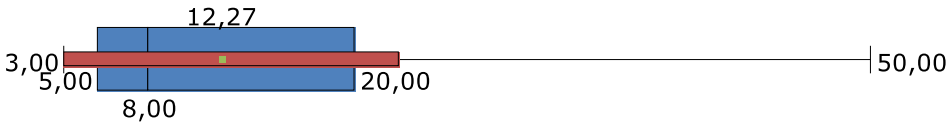
	Nb	% cit.
Le caractère sérieux ou nouveau de la question	**26**	**68,4%**
Aucune	**9**	**23,7%**
L'absence de déclaration préalable de conformité	**3**	**7,9%**
L'applicabilité de la loi au litige	**0**	**0,0%**
Total	**38**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Généralement, quel temps consacrez-vous à la rédaction du mémoire QPC ?

Taux de réponse : **94,9%**
Moyenne = **12,27** Ecart-type = **10,28**
Médiane = **8,00**
Min = **3** Max = **50**
Percentiles = **5,00** (25,0%) - **20,00** (75,0%)

	Nb	% cit.
Moins de 8	**16**	**43,2%**
De 8 à 15	**11**	**29,7%**
De 16 à 23	**5**	**13,5%**
De 24 à 31	**4**	**10,8%**
De 32 à 39	**0**	**0,0%**
40 et plus	**1**	**2,7%**
Total	**37**	**100,0%**



QPC Questionnaire avocats

Quels sont les freins à l'utilisation d'une QPC dans une affaire :

	Non		Oui		**Total**	
	N	% cit.	N	% cit.	N	% cit.
Le double filtrage est dissuasif ?	**15**	**38,5%**	**24**	**61,5%**	**39**	**100,0%**
Les conditions de recevabilité sont trop restrictives ?	**24**	**61,5%**	**15**	**38,5%**	**39**	**100,0%**
La QPC est trop onéreuse pour le client ?	**24**	**61,5%**	**15**	**38,5%**	**39**	**100,0%**
La QPC demande un investissement trop important en temps ?	**27**	**69,2%**	**12**	**30,8%**	**39**	**100,0%**
La QPC demande des compétences spécifiques ?	**31**	**79,5%**	**8**	**20,5%**	**39**	**100,0%**
La QPC allonge la durée de la procédure ?	**36**	**92,3%**	**3**	**7,7%**	**39**	**100,0%**
La procédure QPC est trop lourde ?	**38**	**97,4%**	**1**	**2,6%**	**39**	**100,0%**

Vous est-il arrivé de ne pas faire supporter le coût de la QPC par le client ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**20**	**51,3%**
Oui	**19**	**48,7%**
Total	**39**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

La facturation pour le client d'une QPC :

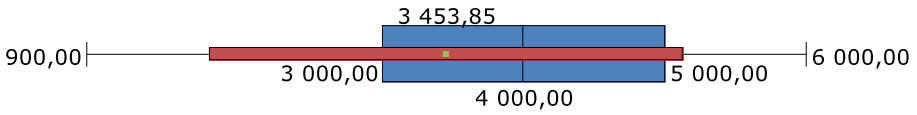
Taux de réponse : **89,7%**

	Nb	% cit.
est intégrée dans un chiffrage global de la défense	**19**	**54,3%**
fait l'objet d'un chiffrage spécifique	**16**	**45,7%**
Total	**35**	**100,0%**

En cas de chiffrage spécifique, quel est le coût moyen ?

Taux de réponse : **81,3%**
Moyenne = **3 453,85** Ecart-type = **1 676,61**
Médiane = **4 000,00**
Min = **900** Max = **6 000**
Percentiles = **3 000,00** (25,0%) - **5 000,00** (75,0%)

	Nb	% cit.
900	**1**	**7,7%**
1 000	**2**	**15,4%**
3 000	**3**	**23,1%**
4 000	**3**	**23,1%**
5 000	**3**	**23,1%**
6 000	**1**	**7,7%**
Total	**13**	**100,0%**



QPC Questionnaire avocats

QPC devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État

Parmi les QPC que vous avez posées, certaines ont-elles été envoyées à la Cour de cassation ou au Conseil d'État ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**17**	**43,6%**
Oui	**22**	**56,4%**
Total	**39**	**100,0%**

Si oui, avez-vous eu recours à un avocat aux Conseils ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**14**	**63,6%**
Oui	**8**	**36,4%**
Total	**22**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Vous avez eu recours à un avocat aux Conseils : combien cela a-t-il coûté ?

Taux de réponse : **87,5%**
Moyenne = **5 428,57** Ecart-type = **4 401,03**
Médiane = **4 500,00**
Min = **1 500** Max = **15 000**
Percentiles = **3 500,00** (25,0%) - **5 000,00** (75,0%)

	Nb	% cit.
1 500	**1**	**14,3%**
3 000	**1**	**14,3%**
4 000	**1**	**14,3%**
4 500	**1**	**14,3%**
5 000	**2**	**28,6%**
15 000	**1**	**14,3%**
Total	**7**	**100,0%**

Avez-vous consacré un temps supplémentaire à la préparation de la procédure et de l'argumentation sur l'inconstitutionnalité devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**13**	**59,1%**
Oui	**9**	**40,9%**
Total	**22**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Si oui, combien d'heures supplémentaires en moyenne ?

Taux de réponse : **100,0%**
Moyenne = **9,67** Ecart-type = **7,30**
Médiane = **10,00**
Min = **2** Max = **20**
Percentiles = **3,00** (25,0%) - **15,00** (75,0%)

	Nb	% cit.
2	**2**	**22,2%**
3	**1**	**11,1%**
5	**1**	**11,1%**
10	**2**	**22,2%**
15	**1**	**11,1%**
20	**2**	**22,2%**
Total	**9**	**100,0%**

Cela peut-il générer un coût supplémentaire ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**1**	**11,1%**
Oui	**8**	**88,9%**
Total	**9**	**100,0%**

Si oui, combien en moyenne ?
B6Q5 = "Oui"

Taux de réponse : **62,5%**
Moyenne = **3 860,00** Ecart-type = **3 549,37**
Médiane = **3 000,00**
Min = **800** Max = **10 000**
Percentiles = **2 500,00** (25,0%) - **3 000,00** (75,0%)

	Nb	% cit.
800	**1**	**20,0%**
2 500	**1**	**20,0%**
3 000	**2**	**40,0%**
10 000	**1**	**20,0%**
Total	**5**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

QPC devant le Conseil constitutionnel

Parmi les QPC que vous avez posées, certaines ont-elles été envoyées au Conseil constitutionnel ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**23**	**59,0%**
Oui	**16**	**41,0%**
Total	**39**	**100,0%**

Si oui, avez-vous plaidé devant le Conseil constitutionnel pour chacune de ces QPC ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**7**	**43,8%**
Oui	**9**	**56,3%**
Total	**16**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Parmi les cas où vous n'avez pas plaidé devant le Conseil constitutionnel : vous-est-il arrivé de transmettre le dossier ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**1**	**14,3%**
Oui	**6**	**85,7%**
Total	**7**	**100,0%**

Dans 3 cas, le dossier a été transmis à un confrère et dans 3 cas il a été transmis à un avocat aux Conseils

Combien cela a t-il couté ?

Taux de réponse : **83,3%**
Moyenne = **2 000,00** Ecart-type = **2 121,32**
Médiane = **2 000,00**
Min = **0** Max = **5 000**
Percentiles = **0,00** (25,0%) - **3 000,00** (75,0%)

	Nb	% cit.
0	**2**	**40,0%**
2 000	**1**	**20,0%**
3 000	**1**	**20,0%**
5 000	**1**	**20,0%**
Total	**5**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Avez-vous consacré un temps supplémentaire à la préparation de la procédure et de l'argumentation sur l'inconstitutionnalité devant le Conseil constitutionnel ?

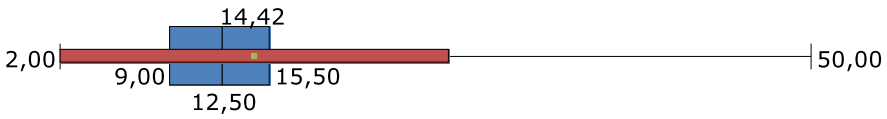
Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**4**	**25,0%**
Oui	**12**	**75,0%**
Total	**16**	**100,0%**

Si oui, combien d'heures supplémentaires en moyenne ?

Taux de réponse : **100,0%**
Moyenne = **14,42** Ecart-type = **12,50**
Médiane = **12,50**
Min = **2** Max = **50**
Percentiles = **9,00** (25,0%) - **15,50** (75,0%)

	Nb	% cit.
2	**1**	**8,3%**
3	**1**	**8,3%**
6	**1**	**8,3%**
10	**3**	**25,0%**
15	**3**	**25,0%**
17	**1**	**8,3%**
20	**1**	**8,3%**
50	**1**	**8,3%**
Total	**12**	**100,0%**



QPC Questionnaire avocats

Cela peut-il généré un coût supplémentaire ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**5**	**41,7%**
Oui	**7**	**58,3%**
Total	**12**	**100,0%**

Si oui, combien en moyenne ?

Taux de réponse : **42,9%**

	Nb	% cit.
900	**1**	**33,3%**
2 000	**1**	**33,3%**
3 000	**1**	**33,3%**
Total	**3**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Perception générale de la procédure QPC

Diriez-vous que la QPC : (Taux de réponse : 96,5%)

	Non		Oui		Total	
	N	% cit.	N	% cit.	N	% cit.
constitue une opportunité pour le justiciable, dans le cadre de la procédure, car elle permet d'améliorer la protection des droits fondamentaux ?	**26**	**19,1%**	**110**	**80,9%**	**136**	**100,0%**
constitue une opportunité pour l'ordre public, car elle permet de purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles ?	**56**	**41,2%**	**80**	**58,8%**	**136**	**100,0%**
constitue une voie de droit efficace ?	**109**	**80,1%**	**27**	**19,9%**	**136**	**100,0%**
constitue une voie de droit facilement utilisable ?	**116**	**85,3%**	**20**	**14,7%**	**136**	**100,0%**
est devenue un réflexe professionnel ?	**117**	**86,0%**	**19**	**14,0%**	**136**	**100,0%**

Diriez-vous que la procédure QPC est perfectible ?

Taux de réponse : **98,6%**

	Nb	% cit.
Oui	**73**	**52,5%**
Je ne sais pas	**61**	**43,9%**
Non	**5**	**3,6%**
Total	**139**	**100,0%**

Diriez-vous que la procédure QPC est trop lourde ?

Taux de réponse : **98,6%**

	Nb	% cit.
Oui	**57**	**41,0%**
Je ne sais pas	**48**	**34,5%**
Non	**34**	**24,5%**
Total	**139**	**100,0%**

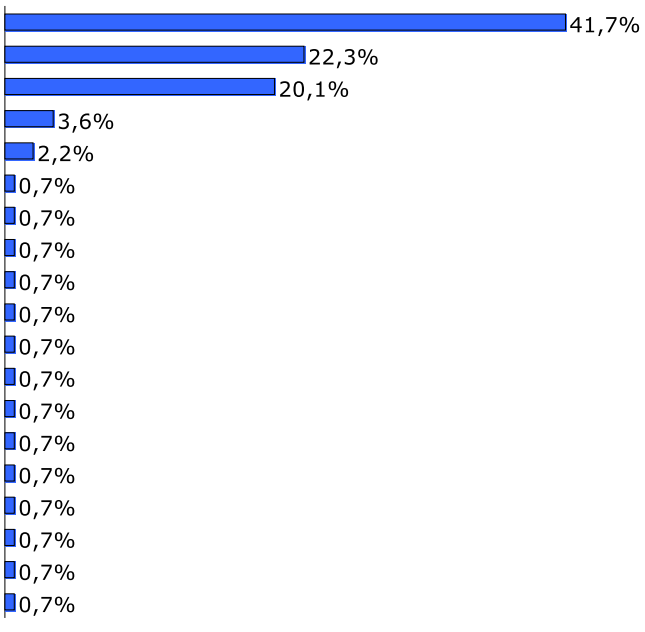
QPC Questionnaire avocats

Données générales et « socio-démographiques » sur l'interrogé(e)

Données sur la structure : Barreau

Taux de réponse : **98,6%**

	Nb
Lyon	**58**
Paris	**31**
Saint-Étienne	**28**
Bordeaux	**5**
Marseille	**3**
Aix-en-Provence	**1**
Dijon	**1**
Grasse	**1**
Nancy	**1**
Nantes	**1**
Paris et Bruxelles	**1**
Poitiers	**1**
Rennes	**1**
Saint-Denis de la Réunion	**1**
Saint-Pierre de la Réunion	**1**
SELARL. SAS	**1**
Strasbourg	**1**
Toulouse	**1**
Versailles	**1**
Total	**139**



QPC Questionnaire avocats

Données sur la structure : Nombre d'avocats au sein de la structure

Taux de réponse : **99,3%**
Moyenne = **52,69** Ecart-type = **246,61**
Médiane = **3,00**
Min = **1** Max = **2 350**
Percentiles = **1,00** (25,0%) - **12,00** (75,0%)

	Nb	% cit.
Moins de 2	**50**	**35,7%**
De 2 à 4	**30**	**21,4%**
De 5 à 9	**18**	**12,9%**
De 10 à 14	**9**	**6,4%**
De 15 à 49	**14**	**10,0%**
De 50 à 99	**8**	**5,7%**
De 100 à 499	**8**	**5,7%**
500 et plus	**3**	**2,1%**
Total	**140**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Données sur la structure : Effectif total au sein de la structure (avocats, juristes, secrétaires,...)

Taux de réponse : **97,9%**
Moyenne = **70,56** Ecart-type = **307,66**
Médiane = **5,00**
Min = **1** Max = **2 350**
Percentiles = **1,25** (25,0%) - **25,00** (75,0%)

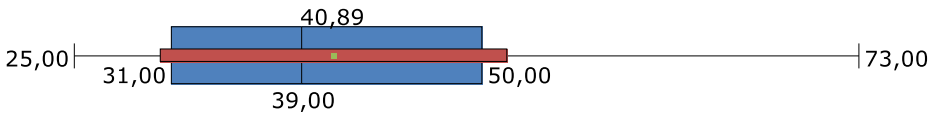
	Nb	% cit.
Moins de 2	**35**	**25,4%**
De 2 à 4	**29**	**21,0%**
De 5 à 9	**20**	**14,5%**
De 10 à 14	**11**	**8,0%**
De 15 à 49	**16**	**11,6%**
De 50 à 99	**13**	**9,4%**
De 100 à 499	**10**	**7,2%**
500 et plus	**4**	**2,9%**
Total	**138**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Données socio-démographiques sur le/la répondant-e : Âge

Taux de réponse : **97,2%**
Moyenne = **40,89** Ecart-type = **10,61**
Médiane = **39,00**
Min = **25** Max = **73**
Percentiles = **31,00** (25,0%) - **50,00** (75,0%)

	Nb	% cit.
Moins de 30	**12**	**8,8%**
De 30 à 39	**58**	**42,3%**
De 40 à 49	**32**	**23,4%**
De 50 à 59	**27**	**19,7%**
60 et plus	**8**	**5,8%**
Total	**137**	**100,0%**



Données socio-démographiques sur le/la répondant-e : Sexe

Taux de réponse : **98,6%**

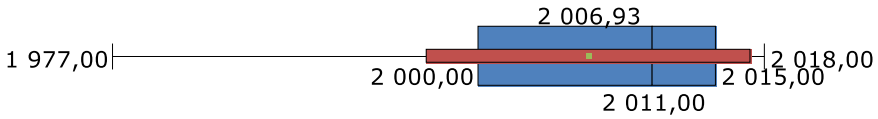
	Nb	% cit.
Homme	**49**	**35,3%**
Femme	**90**	**64,7%**
Total	**139**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Données socio-démographiques sur le/la répondant-e : Année de la 1ère inscription au tableau de l'ordre

Taux de réponse : **96,5%**
Moyenne = **2 006,93** Ecart-type = **10,19**
Médiane = **2 011,00**
Min = **1 977** Max = **2 018**
Percentiles = **2 000,00** (25,0%) - **2 015,00** (75,0%)

	Nb	% cit.
Moins de 1 980	**1**	**0,7%**
De 1 980 à 1 985	**4**	**2,9%**
De 1 986 à 1 991	**11**	**8,1%**
De 1 992 à 1 997	**11**	**8,1%**
De 1 998 à 2 003	**12**	**8,8%**
De 2 004 à 2 009	**22**	**16,2%**
2 010 et plus	**75**	**55,1%**
Total	**136**	**100,0%**

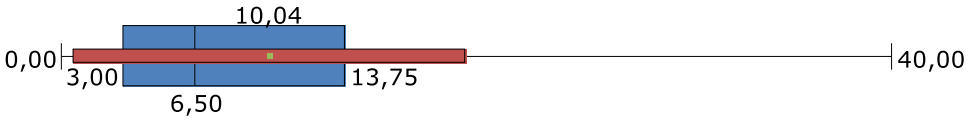


QPC Questionnaire avocats

Données socio-démographiques sur le/la répondant-e : Années d'ancienneté dans le cabinet

Taux de réponse : **97,9%**
Moyenne = **10,04** Ecart-type = **9,46**
Médiane = **6,50**
Min = **0** Max = **40**
Percentiles = **3,00** (25,0%) - **13,75** (75,0%)

	Nb	% cit.
Moins de 5	**53**	**38,4%**
De 5 à 9	**32**	**23,2%**
De 10 à 14	**21**	**15,2%**
De 15 à 19	**8**	**5,8%**
De 20 à 24	**9**	**6,5%**
De 25 à 29	**6**	**4,3%**
De 30 à 34	**6**	**4,3%**
35 et plus	**3**	**2,2%**
Total	**138**	**100,0%**



Données socio-démographiques sur le/la répondant-e : Statut

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Indépendant	**53**	**37,6%**
Associé	**38**	**27,0%**
Collaborateur	**38**	**27,0%**
Salarié	**12**	**8,5%**
Total	**141**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Données socio-démographiques sur le/la répondant-e : Domaine(s) d'expertise

Taux de réponse : **95,7%**

(Effectif minimum >= 2)

	Nb	% cit.
Pénal	**23**	**10,7%**
Droit public	**20**	**9,3%**
Droit de la famille	**18**	**8,4%**
Droit social	**17**	**7,9%**
Fiscalité	**17**	**7,9%**
Droit des affaires	**12**	**5,6%**
Droit du travail	**10**	**4,7%**
Droit de l'immobilier	**9**	**4,2%**
Droit civil	**8**	**3,7%**
Droit commercial	**6**	**2,8%**
Droit des sociétés	**6**	**2,8%**
Droit des mineurs	**5**	**2,3%**
Droit des personnes	**5**	**2,3%**
Droit des étrangers	**4**	**1,9%**
Généraliste	**4**	**1,9%**
Droit administratif	**2**	**0,9%**
Droit de l'urbanisme	**2**	**0,9%**
Droit des entreprises	**2**	**0,9%**
Droit économique	**2**	**0,9%**
Droit européen	**2**	**0,9%**
Droit international	**2**	**0,9%**
Patrimoine	**2**	**0,9%**
Propriété intellectuelle	**2**	**0,9%**
Réparation dommage corporel	**2**	**0,9%**
...	**32**	**15,0%**
Total	**214**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Pourriez-vous préciser vos engagements professionnels en dehors de la structure :

	Non		Oui		**Total**	
	N	% cit.	N	% cit.	N	% cit.
Membre d'une association juridique ?	**106**	**75,2%**	**35**	**24,8%**	**141**	**100,0%**
Adhérent d'un syndicat ?	**111**	**78,7%**	**30**	**21,3%**	**141**	**100,0%**
Membre du Conseil de l'ordre ?	**126**	**89,4%**	**15**	**10,6%**	**141**	**100,0%**
Bâtonnier / Ancien bâtonnier ?	**139**	**98,6%**	**2**	**1,4%**	**141**	**100,0%**

Données socio-démographiques sur le/la répondant-e : Acceptez-vous de nous indiquer vos coordonnées (adresse mail), afin d'être éventuellement contacté(e) pour participer à un entretien ?

Taux de réponse : **100,0%**

	Nb	% cit.
Non	**97**	**68,8%**
Oui	**44**	**31,2%**
Total	**141**	**100,0%**

QPC Questionnaire avocats

Le nombre de réponses au questionnaire ne permet pas une réelle analyse des corrélations/liaisons entre la plupart des variables (nous avons seulement 141 réponses, réduites par exemple à 39 pour les variables affichées lorsque l'avocat a déjà répondu à une QPC).

Voici toutefois (à titre indicatif) quelques variables présentant un lien qualifié de "très significatif" entre elles (parmi les variables systématiquement affichées) :

Les avocats ayant posé une QPC (par opposition aux avocats n'ayant jamais posé de QPC) sont significativement plus nombreux à :
- s'estimer suffisamment informés sur la procédure QPC
- s'être auto-formé à la procédure QPC
- envisager de suivre une formation ou une formation complémentaire à la QPC
- disposer d'un modèle-type de présentation de QPC
- dire que la QPC constitue une voie de droit efficace
- ne pas penser que la procédure QPC est " trop lourde "
- avoir accepté de nous indiquer leurs coordonnées (adresse mail), afin d'être éventuellement contacté(e) pour participer à un entretien

Les avocats qui s'estiment suffisamment informés sur la procédure QPC, sont significativement plus nombreux à :
- avoir déjà posé une QPC
- disposer d'un modèle-type de présentation de QPC

Les avocats qui s'estiment suffisamment informés de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sont significativement plus nombreux à :
- avoir été formés à la procédure QPC par le barreau ou par autoformation
- disposer d'un modèle-type de présentation de QPC
- ne pas penser que la procédure QPC est lourde

Résumé :

La QPC ne serait rien sans ceux qui s'en saisissent et la font « vivre ». La recherche a ainsi pris pour objet les avocats, afin de mieux connaître les stratégies contentieuses qu'ils ont développées en 10 ans de pratique et leur perception de cette procédure. Pour y parvenir, une équipe composée de juristes de droit public et privé, de sociologues et d'économistes a mené une recherche empirique sur ces pratiques professionnelles, au moyen d'un questionnaire adressé à l'ensemble des avocats et surtout d'une quarantaine d'entretiens. De la diversité des stratégies et perceptions détaillées dans le rapport de recherche, il est possible de faire émerger quelques tendances plus générales. La recherche fait apparaître un clivage encore important entre, d'un côté, les avocats pour lesquels la QPC reste un outil inadapté à leurs dossiers, non intégré à leurs ressources et étranger à leur pratique professionnelle et, de l'autre, les avocats qui s'en sont rapidement saisis, pour multiplier leurs chances de succès, par intérêt pour la chose publique ou par engagement dans une cause. Parmi les professionnels ayant recouru à la QPC, les stratégies varient selon le profil des avocats (aux Conseils ou à la Cour), des clients (particulier ou institutionnel) et parfois selon les matières. Les avocats aux Conseils perçoivent peu ou pas d'obstacles matériels ou procéduraux à l'usage de la QPC. Ils y recourent lorsque la défense du dossier se heurte à un obstacle de source législative, mobile qui, pour un client institutionnel, est parfois doublé par une stratégie plus normative qui veut, au-delà du cas, obtenir une abrogation, une réserve d'interprétation ou une nouvelle jurisprudence judiciaire ou administrative. Les pratiques sont plus diversifiées parmi les avocats à la Cour. Les considérations de coût, durée, chances de succès, effets attendus sont mises en balance pour chaque dossier sans qu'une modélisation de cette pesée soit évidente. Quelques spécificités par matières se dessinent toutefois : les avocats défendant un particulier en matière fiscale, par création du contentieux, rencontrent peu d'effets indésirables quand ceux défendant un particulier en matière pénale rencontrent des obstacles matériels et procéduraux importants, qui maintiennent l'attractivité de l'exception d'inconventionnalité. Au-delà de ces différentes stratégies, les avocats ayant recouru à une QPC font tous état d'une appropriation facile de la procédure, généralement très appréciée pour sa rapidité et sa simplicité, en souhaitant toutefois souvent que le rôle et le déroulement des observations orales soient perfectionnés. Les critiques portent principalement sur l'imprévisibilité de la jurisprudence du Conseil et, sans grande surprise, les effets dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité, l'épisode Garde à vue ayant marqué les esprits et éclipsant souvent les évolutions réalisées depuis.

Mots clés : avocats – usages – stratégies – procédure - effets