

Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire.

(Commentaire du volet communautaire des décisions du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, et n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*)

Le Conseil constitutionnel a sans doute anticipé. De Constitution, il sera avant tout question de Constitution nationale. Les décisions du 10 juin et du 1^{er} juillet 2004¹ marquent en effet un tournant important de la jurisprudence constitutionnelle concernant le statut constitutionnel du droit communautaire. Alors que l'on avait cru pouvoir en déduire la primauté – constitutionnelle – du droit communautaire sur les normes constitutionnelles simples², les décisions commentées obligent à une profonde remise en question. Là où il était possible de reconnaître l'immunité contentieuse du droit communautaire en vigueur et sa capacité dérogatoire vis-à-vis des normes constitutionnelles simples³ s'inscrit désormais une nouvelle orientation. Elle tient dans une formule essentielle : « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution* »⁴. Même si elle ne concerne explicitement que les directives, cette formule traduit un mouvement plus substantiel au regard du droit communautaire dans son ensemble. Jusqu'à présent, la primauté « constitutionnelle » du droit communautaire permettait d'en garantir en substance la primauté « communautaire »⁵. Devant le Conseil constitutionnel, le revers de cette primauté « constitutionnelle » n'est désormais plus voilé : la Constitution peut faire obstacle à l'application du droit communautaire en vigueur.

Difficile - hasard de calendrier ? - de ne pas replacer la formule du Conseil constitutionnel à côté de deux autres formules, l'une déjà célèbre, l'autre dont la postérité attendra encore. La première

¹ C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O.R.F., 22 juin 2004, p. 11182 ; n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, J.O.R.F., 10 juillet 2004, p. 12506.

² Qu'il nous soit permis de citer notre thèse, qui malgré les décisions commentées n'est pas seulement une thèse d'histoire du droit : *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Aix-en-Provence, 30 novembre 2002, dactylographiée, 777 p., voir en particulier pp. 674-675.

³ L'expression de norme constitutionnelle simple entend marquer l'existence, au sein de la Constitution du 4 octobre 1958, d'une *différenciation des procédures de formalisation du droit constitutionnel*. Les normes constitutionnelles simples sont alors celles qui peuvent être modifiées par la procédure de l'article 89 de la Constitution, les normes constitutionnelles supérieures, comme celle concernant la forme républicaine du gouvernement, qui ne peuvent pas l'être.

⁴ C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *précitée*, Cons. n° 7 ; n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *précitée*, Cons. n° 18.

⁵ Sur cette dichotomie primauté interne/primauté externe : D. ALLAND, « Le droit international « sous » la Constitution de la V^{ème} République », *R.D.P.*, 1998, p. 1658 ; « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *R.F.D.A.*, 1998, p. 1104 ; H. GAUDIN, « Primauté « absolue » ou primauté « relative » ? », in *Droit constitutionnel droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, sous la direction de Hélène GAUDIN, Colloque de La Rochelle, 6 et 7 mai 1999, P.U.A.M.-Economica, Collection Droit public positif, 2001, p. 99 ; C. GREWE, in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, 30 septembre-2 octobre 1999, Société française pour le droit international, Editions A. Pedone, 2000, p. 277 ; D. SIMON, « L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé ? », *Europe*, mars 1999, *Chronique*, n° 3, p. 6.

a fêté le 15 juillet dernier ses 40 ans : « à la différence des traités internationaux ordinaire, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions (...) issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit »⁶. La seconde, dont la rédaction a probablement été scellée lors de la conférence intergouvernementale du 18 juin 2004, résulte de l'article I-5 bis du Traité portant Constitution européenne qui dispose que : « *La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées ont la primauté sur le droit des États membres* »⁷.

Ainsi située, la formule du Conseil constitutionnel se révèle comme une véritable « réaction » au droit communautaire. Cette réaction voit le jour sur le terrain relativement vierge de jurisprudence constitutionnelle des directives communautaires. A cet égard, si le Conseil avait déjà été saisi de loi de transposition de directives⁸, jamais il n'avait formulé de principes généraux guidant l'exercice de son contrôle.

Dans la décision du 10 juin, c'est le 2 du I de l'article 6 de la loi, concernant la responsabilité des hébergeurs de sites internet, qui était contesté par les députés et sénateurs. Son origine communautaire, le 1 de l'article 14 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, n'a pourtant pas été mentionnée dans les lettres de saisine. L'origine spécifique de la disposition législative n'est évoquée que dans les observations du gouvernement, aucun obstacle à l'exercice du contrôle par le juge n'étant explicitement énoncé. Le gouvernement se borne à indiquer que la rédaction de la disposition de loi est imposée par une directive, dont elle retient d'ailleurs, à quelques mots près, l'énoncé. Dans la décision du 1^{er} juillet, les requérants contestaient l'article 70 de la loi relative aux communications électroniques, sans se référer à sa parenté communautaire, l'article 6 de la directive 2002/19/CE du 7 mars 2002. Les observations du gouvernement mentionnent cette origine en reprenant brièvement la jurisprudence du Conseil constitutionnel établie le 10 juin sur le contrôle des directives, alors que les répliques des députés et sénateurs font l'impasse sur cette jurisprudence.

Dans les deux décisions, le Conseil constitutionnel, après avoir indiqué l'énoncé de la disposition et repris les griefs des requérants, posera les principes de son contrôle des directives communautaires avant de passer à l'examen des dispositions de loi contestées. Le premier élément marquant des décisions est le rattachement du droit communautaire à l'article 88-1 de la Constitution. Point de révolution sur ce point, mais un fondement constitutionnel plus adapté et

⁶ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1149 et s.

⁷ Adresse internet http://europa.eu.int/comm/press_room/presspacks/constit/index_fr.htm. Il s'agit de l'ancien article I-10, para. 1, du projet de traité portant Constitution européenne.

⁸ C.C., n° 78-100 DC, 29 décembre 1978, *Loi de finances rectificatives pour 1978*, *RJC-I*, p. 65 et s. ; n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, *RJC-I*, p. 417 ; n° 94-348 DC, 3 août 1994, *Transposition de directives communautaires*, *RJC-I*, p. 602 et s. ; n° 96-383 DC, 6 novembre 1996, *RJC-I*, p. 686 et s. ; n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Droit de vote des ressortissants communautaires aux élections municipales*, *RJC-I*, p. 749 ; n° 200-441 DC, 28 décembre 2000, *J.O.R.F.*, 31 décembre 2000, p. 21204.

plus cohérent au droit communautaire, en harmonie avec l'existence d'un titre constitutionnel spécifique. La spécificité constitutionnelle – « *à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre...* » - est intégrée par le juge constitutionnel. De ce nouveau fondement au droit communautaire, le Conseil constitutionnel en dégage une exigence constitutionnelle de transposition des directives, en y ajoutant immédiatement une limite en présence d'une disposition constitutionnelle expresse contraire. Le Conseil rappelle ensuite, « *qu'en l'absence d'une telle disposition* », le contrôle de directives communautaires relève de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes⁹. On en déduira, *a contrario*, « *qu'en présence d'une disposition expresse contraire de la Constitution* », il appartiendra au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle de constitutionnalité des directives. Enfin, le juge constitutionnel procède à l'examen, au fond, des dispositions de loi transposant des directives. D'un côté, la décision du 10 juin paraît marquer une absence de contrôle. Selon le Conseil constitutionnel, les dispositions législatives contestées « *se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises* » de dispositions communautaires « *sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer* ». Une réserve d'interprétation est cependant émise¹⁰. De l'autre, la décision du 1^{er} juillet concrétise d'une part une absence de contrôle, selon la même formule que la décision précédente¹¹, et, d'autre part, l'exercice d'un contrôle sur les éléments de la disposition « *qui ne se borne[nt] pas à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises* »¹². Dans les deux décisions, le nouveau fondement constitutionnel reconnu au droit communautaire emporte une contrepartie dans le principe d'un contrôle de constitutionnalité des directives communautaires. La spécificité constitutionnelle du droit communautaire emporte une double manifestation aux conséquences inversement favorables au droit communautaire. Ainsi, si *le droit communautaire se trouve sous la couverture constitutionnelle de l'article 88-1 de la Constitution (I), les directives communautaires sont sous la menace d'un contrôle de constitutionnalité (II)*.

I – Le droit communautaire sous la couverture constitutionnelle de l'article 88-1 de la Constitution

L'expression de « couverture constitutionnelle » est empruntée à la Cour constitutionnelle italienne¹³. Elle est particulièrement adaptée à la fonction assurée par la norme constitutionnelle servant de fondement au droit communautaire. La « couverture constitutionnelle », fournie par l'article 88-1 de la Constitution, permet au juge de constitutionnaliser explicitement des exigences

⁹ C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *précitée*, Cons. n° 7 ; n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *précitée*, Cons. n° 18.

¹⁰ C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *précitée*, Cons. n° 9.

¹¹ C.C., n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *précitée*, Cons. n° 19.

¹² C.C., n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *précitée*, Cons. n° 20.

¹³ Pour une utilisation du terme à propos du droit communautaire : C.C.I., n° 146, 7 mai 1996, *G.C.*, 1996, n° 3, p. 1424 et s., *in diritto* § 2 ; n° 85, 23 mars 1999, *G.C.*, 1999, n° 2, p. 856 et s., *in diritto* § 2 ; n° 337, 19 octobre 2001, *G.C.*, 2001, n° 5, p. 2867 et s., *in diritto* § 2.2.

communautaires spécifiques (A) et, ainsi, de les nationaliser. Cette nationalisation garantit au Conseil constitutionnel une maîtrise de la portée et de l'étendue de la « réception » nationale des exigences communautaires. Dans cette optique, le Conseil constitutionnel a énoncé une limite problématique à la transposition des directives (B).

A – La constitutionnalisation attendue des exigences communautaires

Avec les décisions du 10 juin et du 1^{er} juillet 2004, le Conseil constitutionnel procède à une mise en adéquation de la jurisprudence constitutionnelle avec la spécificité constitutionnelle reconnue au droit communautaire par le pouvoir de révision constitutionnelle qui a inséré en 1992 un titre spécifique, intitulé « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », dans la Constitution. L'énoncé de l'article 88-1, article introductif du titre XV de la Constitution, s'inscrit dans une logique anormative, descriptive et non prescriptive¹⁴. Il s'agit simplement de qualifier la nature de la relation existante entre la France et l'Union et la Communauté européennes. Point de norme posée, mais une conséquence normative probable : l'opportune modification de l'énoncé de l'article 88-1 dès lors que la nature des relations entre la France et l'Union et la Communauté changera. Cette logique anormative, récognitive de l'appartenance de la France à l'Union et à la Communauté, représente un avantage pour le juge constitutionnel dans la mesure où elle lui offre un large pouvoir d'interprétation. L'article 88-1 offre un ancrage constitutionnel ouvert au droit communautaire. L'indétermination des termes « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne » permet d'individualiser, d'explicitier et de constitutionnaliser les différentes exigences communautaires qui sont la conséquence de cette « participation ». La spécificité du droit communautaire peut ainsi être déclinée dans toutes ses conséquences originales par rapport au droit international classique.

Sur ce point, l'article 88-1 est plus adapté au droit communautaire que ne l'était l'article 55 de la Constitution. Il offre une plus grande souplesse d'utilisation. Ce qui ne pouvait être, auparavant, qu'indirectement reconnu par le biais de l'article 55, le passage par le traité étant nécessaire, peut

¹⁴ La raison d'être de l'article 88-1 de la Constitution, issu d'un amendement des députés, semble, à la lecture des débats parlementaires relatifs à l'adoption du projet de révision constitutionnelle, avant tout dictée par la volonté de définir les rapports entre les Communautés et l'Union européennes et les Etats membres, tout en rappelant les fondements étatiques de la construction européenne (voir en ce sens, *J.O.R.F.*, Débats, Assemblée nationale, 3^{ème} séance, 12 mai 1992, p. 1075 et s.).

Pour une interprétation en ce sens : C. GREWE, « La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht », *R.F.D.C.*, n° 11, 1992, pp. 431-432 ; F. LUCHAIRE, « L'Union européenne et la Constitution. Deuxième partie : la révision constitutionnelle », *R.D.P.*, 1992, p. 957 ; J. RIDEAU, « La recherche de l'adéquation de la Constitution française aux exigences de l'Union européenne », *R.A.E.*, n° 3, 1992, p. 37.

Le rapport de J. LARCHE rendu au nom de la commission des lois constitutionnelles à propos de la révision constitutionnelle nécessaire à la ratification du Traité de Maastricht indique que cet article est fondé sur trois principes : « l'adhésion en vertu d'un libre choix, l'absence de structure fédérale : l'Europe communautaire demeure une communauté d'Etats, l'exercice en commun de compétences : cet exercice en commun ne saurait s'analyser comme un transfert à l'Europe communautaire de la souveraineté des Etats qui la composent » (Rapport fait *au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle adopté par l'Assemblée nationale ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne »* par J. LARCHE, Sénat, n° 375, seconde session ordinaire de 1991-1992, *J.O.R.F.*, Documents parlementaires, p. 26).

l'être à présent directement sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution. Tel est le cas de l'obligation de transposition des directives rattachée à une exigence constitutionnelle déduite de cette disposition constitutionnelle. L'article 88-1 autorise encore une reconnaissance directe de la primauté du droit communautaire dérivé¹⁵. Dans les décisions commentées, l'affirmation de la compétence exclusive, sauf disposition constitutionnelle expresse contraire, de la Cour de justice des Communautés européennes pour contrôler les directives s'inscrit dans cette logique de constitutionnalisation. Au-delà des seules stipulations du traité, la couverture large de l'article 88-1 permettra d'intégrer également des exigences communautaires issues de la seule jurisprudence de la Cour de Justice, comme par exemple, pour ce qui intéresse les directives, les obligations des Etats avant l'expiration du délai de transposition d'une directive¹⁶.

Il reste que cette constitutionnalisation des exigences communautaires n'est pas un blanc seing offert aux exigences communautaire. C'est une nationalisation des exigences communautaires qui présente, à cet égard, un triple avantage pour le juge constitutionnel. A l'endroit du droit communautaire, rattacher des exigences communautaires précises à des exigences constitutionnelles marque une allégeance substantielle au droit communautaire. Dans la mesure où le fondement constitutionnel – national - est encore aujourd'hui nécessaire au respect et à l'application du droit communautaire, la Constitution vient renforcer l'autorité du droit communautaire. D'un point de vue interne, l'intermédiaire de la Constitution permet d'une part de choisir les exigences communautaires qui recevront l'onction constitutionnelle et, d'autre part, au sein de chaque exigence communautaire déterminée, d'en faire varier la portée, le contenu ou l'étendue. Ce n'est pas directement le droit communautaire qui impose telle ou telle exigence mais la Constitution dont l'un des interprètes authentique est le Conseil constitutionnel. Cette maîtrise par le juge constitutionnel des exigences communautaires est particulièrement manifeste dans les décisions du 10 juin et du 1^{er} juillet 2004. La nationalisation de l'exigence communautaire de transposition des directives permet d'y opposer une limite : l'existence « *d'une disposition expresse contraire de la Constitution* ».

B – La limite problématique à l'exigence de transposition des directives

Problématique, la limite de la « *disposition expresse contraire de la Constitution* » l'est à plusieurs niveaux. Problème politique, dans la mesure où il s'agit d'un conflit ouvert avec le droit communautaire qui tranche, par son caractère direct, avec des jurisprudences étrangères souvent plus nuancées. Problèmes juridiques surtout, communautaire encore mais également interne dans

¹⁵ Par le biais de l'article 55 de la Constitution, le Conseil constitutionnel devait se référer également à l'article 249 alinéa 2 du Traité C.E. pour reconnaître la primauté du droit communautaire dérivé. Voir : C.C., n° 77-89 et n° 77-90 DC, 30 décembre 1977, *Prélèvements isoglucose*, RJC-I, respectivement p. 54 et s. et p. 55 et s., Cons. n° 6 et Cons. n° 3 et 4 (article 249 alinéa 2 alors article 189 alinéa 2 du Traité C.E.E.).

¹⁶ Voir sur cette question : C.J.C.E., 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, Aff. C-129/96, *Rec.*, I-1997, p. 7411 et s., en particulier § 45.

la mesure où il semble difficile d'établir une construction cohérente susceptible de justifier cette solution.

Une première question susceptible de se poser est de savoir si la « disposition constitutionnelle expresse contraire » n'est qu'un obstacle à la transposition des directives, et donc à l'une des exigences tirée de l'article 88-1 de la Constitution, ou un obstacle à l'ensemble de la couverture constitutionnelle offerte par l'article 88-1. La prudence, comme la grammaire, invitent à retenir la première interprétation, la contrariété à une disposition constitutionnelle expresse n'est qu'une limite à la transposition des directives, non au droit communautaire en général. Néanmoins, selon cette interprétation restrictive, la solution n'en est pas pour autant plus compréhensible. Pour reformuler, sans le dénaturer, l'énoncé du Conseil constitutionnel, on avancera que la transposition d'une directive est une exigence constitutionnelle à laquelle il ne peut être dérogé qu'en cas de contrariété de la directive avec une disposition constitutionnelle expresse. Malgré le passage par la directive communautaire, le conflit se résume à un conflit entre normes constitutionnelles, un conflit entre l'article 88-1 qui contient l'obligation constitutionnelle de transposition et la disposition constitutionnelle expresse¹⁷. Dans cette situation, il convient de rechercher les critères de résolution des conflits en présence de normes dotées de la même valeur formelle. Ecartons d'emblée le critère hiérarchique, par définition non utilisable, et le critère de compétence non opérationnel dans la situation en cause. Demeurent alors les critères de spécialité et chronologique. Or, aucun de ces critères ne permet de résoudre le conflit entre les normes constitutionnelles de la manière dont il l'a été par le Conseil constitutionnel. Selon le critère chronologique, la disposition constitutionnelle expresse ne pourrait l'emporter sur l'article 88-1 que si elle est postérieure à 1992, ce qui n'est pas conforme à la position du Conseil constitutionnel. Selon le critère de spécialité, la norme spéciale est celle qui résulte de l'article 88-1, la norme générale la disposition constitutionnelle expresse. Aussi, est-ce la norme spéciale, l'article 88-1 de la Constitution, qui doit l'emporter sur la norme générale, la disposition constitutionnelle expresse... ce qui est précisément l'inverse de la solution du juge constitutionnel.

Plus fondamentalement, la solution retenue par le Conseil constitutionnel s'inscrit en parfaite contradiction avec le mécanisme de la couverture constitutionnelle et, plus largement, avec la procédure de contrôle de constitutionnalité *a priori* des engagements internationaux. L'inscription dans la Constitution de dispositions spécifiques consacrées au droit communautaire est une conséquence de l'exercice du contrôle de constitutionnalité *a priori* des engagements

¹⁷ Cette contradiction que recèle le couple *autorisation de dérogation* à la Constitution et *limite à cette dérogation* était déjà présente dans une décision antérieure du Conseil constitutionnel qui semble décidément mal à l'aise avec l'idée même d'une dérogation à la Constitution. Dans la décision du 5 mai 1998, le Conseil constitutionnel avait en effet admis qu'il était possible qu'une loi déroge à un principe constitutionnel « dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international de la France et sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi Réséda*, RJC-I, p. 745, Cons. n° 15). Face aux articles constitutionnels autorisant la dérogation, les alinéas 14 et 15 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, se trouvait le standard constitutionnel des « conditions essentielles... ». Pour une interrogation sur cette ambiguïté : D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *précité*, p. 1099.

internationaux prévu par l'article 54 de la Constitution. La révision constitutionnelle permet de lever l'obstacle constitutionnel à la ratification d'un engagement international préalablement déclaré contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel. L'intervention du pouvoir de révision constitutionnelle s'analyse en une autorisation de dérogation à la Constitution. La révision constitutionnelle du 25 juin 1992 a introduit dans la Constitution, en vue de permettre la ratification du Traité de Maastricht, des dispositions dérogatoires aux autres dispositions constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel avait alors admis que le pouvoir de révision constitutionnelle pouvait introduire « *dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle* »¹⁸. Ainsi, les articles 88-2 et 88-3 apparaissent comme des dérogations ponctuelles à d'autres articles de la Constitution. De son côté, l'article 88-1 peut être considéré comme servant de fondement constitutionnel aux autres dérogations constitutionnelles impliquées par l'appartenance de la France à l'Union et à la Communauté et antérieures au Traité de Maastricht. En effet, si nul n'a contesté que dès l'origine cette appartenance emportait des dérogations à la Constitution, la première modification de la Constitution impliquée par l'utilisation de la procédure de l'article 54 de la Constitution n'est intervenue qu'en 1992. Il en résulte que l'article 88-1 apparaît comme une validation de l'acquis communautaire antérieur mais également, parce qu'il n'existe qu'un contrôle *a priori* et facultatif des engagements internationaux, de toute évolution ultérieure du droit communautaire originaire qui ne ferait pas l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel. L'article 88-1 constitue une autorisation au droit communautaire, en tant que norme spéciale, de déroger aux autres dispositions constitutionnelles, en tant que norme générale. La formule du Conseil constitutionnel conduit à briser ce schéma de dérogation. La capacité de dérogation ne serait limitée qu'aux dispositions constitutionnelles non expresses. A suivre la position du Conseil constitutionnel, quelle serait alors la capacité dérogatoire de l'article 88-3, exigence constitutionnelle visant à la participation des ressortissants communautaires aux élections municipales, domaine couvert notamment par une directive communautaire, face à l'article 3 de la Constitution, disposition constitutionnelle expresse¹⁹ ? La construction du Conseil constitutionnel aboutit à annihiler la capacité dérogatoire à la Constitution du droit communautaire et donc, en dernière analyse, la capacité du pouvoir de révision constitutionnelle, dans le cadre de la procédure de l'article 54, de lever l'obstacle à la ratification d'un engagement international.

Il nous sera objecté que la solution du Conseil constitutionnel est bien éloignée de ces préoccupations théoriques. La position du juge constitutionnel français reste pragmatique. Il s'agit de remettre en cause, dans des hypothèses limitées et exceptionnelles, l'obligation de transposition des directives et non du droit communautaire dans son ensemble. Cette remise en cause, même limitée aux directives, est cependant profonde. La limite établie de la « disposition

¹⁸ C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992 *Maastricht II*, RJC-I, p. 505, Cons. n° 19.

¹⁹ Les commentaires de la décision du 10 juin 2004 aux Cahiers du Conseil constitutionnel mentionnent d'ailleurs la définition du corps électoral politique contenue dans l'article 3 de la Constitution comme une « disposition constitutionnelle explicite ». Voir : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/jurisp496.htm>.

constitutionnelle expresse » fait l'objet d'une sanction : le Conseil constitutionnel se considère compétent pour contrôler la constitutionnalité d'une directive communautaire.

II – Les directives communautaires sous la menace d'un contrôle de constitutionnalité

Avec les décisions du 10 juin et du 1^{er} juillet 2004, le Conseil constitutionnel pose pour la première fois de manière explicite les principes qui gouvernent le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition d'une directive et envisage, en particulier, le contrôle indirect - *a posteriori* - d'une directive sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution. Certes, le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé sur la conformité à la Constitution de lois de transposition de directive, mais sans que l'objet particulier de la loi ne l'ait obligé à consacrer de développements particuliers. Avant les décisions commentées, l'obstacle au contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé se fondait sur le principe plus large de refus de contrôle *a posteriori* des engagements internationaux²⁰. L'immunité contentieuse des engagements internationaux en vigueur s'étendait aux actes qui en étaient dérivés, la non remise en cause des traités impliquant la non remise en cause de leurs stipulations relatives à l'autorité des actes qui en sont dérivés. La décision du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, avait même pu être interprétée comme rejetant explicitement un contrôle du droit communautaire dérivé²¹. Alors qu'il contrôlait les stipulations du Traité d'Amsterdam concernant le passage d'un vote à l'unanimité à un vote à la majorité qualifiée pour l'adoption des décisions du Conseil de l'Union dans les domaines de l'asile, de l'immigration et du franchissement des frontières intérieures des Etats membres, le Conseil a relevé qu'un tel passage n'était pas automatique et qu'il exigeait une décision du Conseil de l'Union adoptée à l'unanimité. A l'appui de la censure des stipulations concernées du Traité, le Conseil constitutionnel a soutenu qu'un tel passage « *ne nécessitera, le moment venu, aucun acte de ratification ou d'approbation nationale, et ne pourra ainsi pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 54 ou de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution* »²². La

²⁰ Sans reprendre en détail une jurisprudence connue, et parfois susceptible d'appréciations plus nuancées, voir pour un refus de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* d'un engagement international : par une loi d'application d'un traité : C.C., n° 77-89 et n° 77-90 DC, 30 décembre 1977, *Prélèvements isoglucose, précités* ; n° 78-93 DC, 29 avril 1978, *Fonds monétaire international*, RJC-I, p. 58 et s. ; par le biais d'un traité modifiant un traité antérieur : n° 70-39 DC, 19 juin 1970, *Traité des Communautés européennes*, RJC-I, p. 21 ; n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Assemblée européenne*, RJC-I, p. 41 ; n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, RJC-I, p. 496.

²¹ A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (traité d'Amsterdam) », C.C.C., n° 4, 1998, p. 120 ; J.-E. SCHOETTL, Note sous C.C. n° 97-394 DC 31 décembre 1997, *A.J.D.A.*, 1998, p. 143.

De manière plus nuancée : P. GAÏA, « Chronique constitutionnelle », R.F.D.C., n° 33, 1998, pp. 152-153.

²² C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, RJC-I, p. 727, Considérant n° 24.

Voir également citée, de manière nuancée, en faveur de l'admission implicite d'un contrôle du droit communautaire dérivé : C.C., n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, RJC-I, p. 455, Considérant n° 62, P. GAÏA, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 », R.F.D.C., n° 8, 1991, p. 32 ; X. PRETOT, « Le principe constitutionnel de la souveraineté nationale et l'Europe », in *La Constitution et l'Europe*, Journées d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, Université Panthéon-Assas, Montchrestien, 1992, p. 51. *Contra* : J. RIDEAU, « La recherche de l'adéquation de la Constitution française aux exigences de l'Union européenne », *précité*, p. 19.

stipulation est censurée, précisément parce que le Conseil constitutionnel est incompétent pour contrôler un acte de droit communautaire dérivé, en l'espèce celui prévoyant le passage à la majorité qualifiée. Malgré cette décision, et alors que le Conseil a été saisi de lois d'application d'actes communautaires, il n'a jamais prononcé l'irrecevabilité du recours. Avec les décisions des 10 juin et du 1^{er} juillet, le Conseil constitutionnel est allé plus loin, il a explicitement admis le principe du contrôle de constitutionnalité des directives. Ces dernières ont ainsi un régime juridique singulier, dissocié du droit communautaire originaire, qui semble justifiée par la spécificité constitutionnelle nouvellement reconnue au droit communautaire. Les principes présidant au contrôle de constitutionnalité (A) ne permettent toutefois pas de répondre à toutes les interrogations soulevées par le contrôle (B).

A – Les principes du contrôle de constitutionnalité des directives

Une difficulté dans la lecture des décisions peut naître des affirmations selon lesquelles les dispositions législatives critiquées « *se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises* » d'une directive « *sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer* »²³. Le Conseil constitutionnel refuserait de contrôler une loi de transposition « transparente », c'est-à-dire qui impliquerait un contrôle non de la loi mais de la directive communautaire qu'elle transpose. Cependant, ce refus de contrôle doit être lu avec la formule selon laquelle « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution* ». La nouveauté de la décision réside précisément dans cette nouvelle situation : une loi qui « *se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises* » d'une directive fera l'objet d'un contrôle si elle entre en conflit avec « *une disposition expresse contraire de la Constitution* ». L'exercice du contrôle semble, en tout état de cause, indépendant de l'expiration du délai de transposition de la directive, le 17 janvier 2002 pour la directive visée par la décision du 10 juin, le 24 juillet 2003 pour celle visée par la décision du 1^{er} juillet 2004.

Avec les précisions contenues dans les décisions commentées, ainsi que les décisions antérieures du Conseil constitutionnel, il est possible de dresser une typologie des hypothèses de contrôle d'une loi de transposition d'une directive²⁴. Ces hypothèses peuvent d'ailleurs concerner toutes les lois tirant les conséquences de normes communautaires quel que soit le type d'acte dans lequel elles sont contenues, et notamment un règlement ou un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes.

²³ C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *précitée*, Cons. n° 9. ; n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *précitée*, Cons. n° 19.

²⁴ Le rapport français à la Conférence des Cours ayant compétence constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne sur le thème *La coopération multilatérale. Droit communautaire dérivé et droit constitutionnel* des 25 et 26 septembre 1997 distingue ainsi « trois degrés de contrôle de la conformité constitutionnelle d'une loi d'application ou de transposition (...) : 1) le simple contrôle de la régularité de la procédure législative nationale (...); 2) le contrôle de constitutionnalité des dispositions non directement imposées par la mise en œuvre de droit dérivé (...); 3) enfin le contrôle de constitutionnalité des dispositions procédant nécessairement de l'acte de droit dérivé » (in *C.C.C.*, n° 4, 1998, p. 65).

La première hypothèse implique un contrôle de la loi de transposition sans que le contenu de la directive transposée ne soit en cause. La transposition de la directive est momentanément interrompue, mais la situation n'est pas *a priori* conflictuelle au regard du droit communautaire dans la mesure où ce n'est pas le contenu de la directive qui est remis en cause. Deux cas sont envisageables : soit la loi de transposition est contestée au regard des règles constitutionnelles de procédure ; soit la loi de transposition est contestée dans celles de ses dispositions qui ne sont pas imposées par la directive. La contrariété a une origine exclusivement interne, même si elle emporte des conséquences sur le plan communautaire puisque la loi de transposition ou la disposition de loi ne seront pas adoptées. Pour surmonter une telle difficulté, en cas de violation d'une règle de procédure, il « suffira » d'adopter la même loi en respectant les règles de procédure précédemment violées. En cas de censure de disposition législative non imposée par une directive, il est possible de supposer que la transposition ne sera pas affectée. Les deux hypothèses ont déjà fait l'objet de décisions antérieures du Conseil constitutionnel portant sur différents types d'actes communautaires²⁵. Une précision, résultant des décisions commentées, est toutefois bienvenue. Le lien existant entre le contenu de la loi et le contenu de la directive est explicite. La question à se poser consiste à déterminer si les dispositions de loi tirent ou ne tirent pas les « conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et explicites » d'une directive. Dans la situation envisagée, comme en témoigne la décision du 1^{er} juillet, il y aura neutralité du contrôle au regard du contenu de la directive dès lors que la disposition de loi « *ne se bornent pas à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et explicites* »²⁶ de cette directive.

La seconde hypothèse concerne un contrôle de la loi de transposition précisément en raison du contenu de la directive, lorsque la disposition de loi « se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et explicites » d'une directive. Cette situation concrétise un conflit ouvert entre un acte de droit communautaire dérivé et la Constitution. La solution interne envisageable pour résoudre le conflit, et sur laquelle nous reviendrons, consiste à procéder à une révision constitutionnelle. Jusqu'à présent une seule décision du Conseil constitutionnel témoigne d'un contrôle effectif d'un acte de droit communautaire dérivé, la décision du 23 juillet 1991, *Accès des étrangers à la fonction publique*, mais il s'agissait d'une loi qui tirait les conséquences d'un arrêt de la Cour de justice et, surtout, le contrôle était apparu comme

²⁵ Pour un contrôle de la procédure législative : C.C., n° 77-89 et n° 77-90 DC, 30 décembre 1977, *Prélèvements isoglucose, précitées* (loi d'application d'un traité) ; n° 78-100 DC, 29 décembre 1978, *Loi de finances rectificative pour 1978, précitée* (loi de transposition d'une directive).

Pour un contrôle des dispositions législatives non imposées par un acte communautaire : C.C., n° 80-126 DC, 30 décembre 1980, *Loi de finances pour 1981, RJC-I*, p. 89 (loi tirant les conséquences d'une condamnation de la Cour de justice des Communautés européennes) ; n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports, J.O.R.F.*, 16 janvier 2001, p. 784 (loi tirant les conséquences d'un règlement communautaire) ; n° 2000-441 DC, 28 décembre 2001, *Loi de finances rectificative pour 2001, précitée* (loi tirant les conséquences d'une condamnation de la Cour de justice des Communautés européennes et permettant la mise en conformité avec une directive).

²⁶ C.C., n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *précitée*, Cons. n° 20 et s.

purement accidentel dans la mesure où le Conseil n'a pas relevé l'origine communautaire de la disposition législative²⁷. La situation de contrôle d'une directive par l'intermédiaire d'une loi de transposition était en conséquence vierge de toute explicitation jurisprudentielle. Désormais, avec les décisions du 10 juin et du 1^{er} juillet, en présence d'une disposition de loi qui « *se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et explicites* » d'une directive, deux hypothèses doivent être distinguées. Le critère de distinction réside dans l'existence ou non d'une disposition constitutionnelle contraire expresse : en l'absence d'une telle disposition, le Conseil constitutionnel est incompétent pour contrôler la loi de transposition, il existe une compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes pour contrôler la directive ; en présence d'une telle disposition, le Conseil constitutionnel sera compétent pour exercer le contrôle.

La décision du 1^{er} juillet, au regard de la partie de la disposition de loi imposée par le droit communautaire, peut être rattachée clairement à la première hypothèse, en l'absence de disposition constitutionnelle contraire explicite – la liberté d'entreprendre, invoquée par les requérants, n'étant pas explicitement contenue dans la Constitution mais déduite de l'article 4 de la Déclaration de 1789 par le Conseil constitutionnel -. La décision du 10 juin peut apparaître d'une interprétation plus délicate dans la mesure où le Conseil constitutionnel émet une réserve d'interprétation sur la disposition de loi qui « *se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et explicites* » d'une directive. Il considère que les dispositions contestées « *ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur (...); que, sous cette réserve* », les dispositions contestées « *se bornent à tirer les conséquences nécessaires...* ». La réserve émise se révèle être une réserve d'interprétation *restrictive* en ce qu'elle écarte une signification possible de la disposition contrôlée. Sans que l'on puisse pourtant identifier clairement la disposition constitutionnelle contraire expresse en cause, parmi les différentes dispositions invoquées par les requérants, le Conseil exerce bien un contrôle.

En effet, la formulation d'une réserve d'interprétation témoigne de l'exercice effectif d'un contrôle et même d'une censure de la disposition contrôlée. Par le biais des réserves d'interprétation, le juge constitutionnel « agit directement sur le contenu ou le substrat normatif des lois de manière à le mettre en conformité avec la Constitution »²⁸. Face à plusieurs significations de la disposition objet du contrôle, le juge en retient une qui permet d'éviter la censure, en subordonnant la constitutionnalité de celle-ci au respect de l'interprétation qu'il en donne. Cette interprétation est principalement destinée aux organes d'application qui devront

²⁷ C.C., n° 91-293 DC, 23 juillet 1991, *Accès des étrangers à la fonction publique*, Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a contrôlé, sans qu'aucun obstacle tiré de l'origine communautaire de la disposition législative ne soit invoqué, les dispositions de la loi ouvrant l'accès à la fonction publique des ressortissants communautaires qui tiraient les conséquences dans l'ordre interne de l'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes de l'article 39 § 4 (alors 48 § 4, limite à la libre circulation des travailleurs dans son application « aux emplois dans l'administration publique ») du Traité C.E.

²⁸ Th. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica-P.U.A.M., Collection Droit public positif, 1997, p. 19.

utiliser la disposition selon la signification qui en aura été retenue par le juge constitutionnel. En raison des destinataires des réserves, et contrairement à une idée communément admise²⁹, le juge constitutionnel peut parfaitement utiliser la technique des réserves d'interprétation à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité d'une norme d'origine internationale ou communautaire. L'interprétation n'a qu'une *portée interne* ; elle concerne l'application par les organes nationaux de normes d'origine externe. Cette possibilité n'est toutefois pas sans danger dans la mesure où une interprétation rendue *a priori* par le juge constitutionnel est susceptible d'entrer en conflit *a posteriori* avec l'interprétation retenue par un organe d'application international ou communautaire. Ce danger est particulièrement manifeste à propos des directives communautaires, l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel, intervenant *a posteriori*, pouvant se heurter à l'interprétation retenue par la Cour de justice des Communautés européennes. On peut penser que l'utilisation par le juge constitutionnel de réserves d'interprétation dans le contrôle de directive se fasse dans le respect de l'interprétation qui en aura été éventuellement donnée par la Cour de justice des Communautés européennes.

Cette présentation qui traduit une approche pédagogique des principes du contrôle de constitutionnalité ne saurait pourtant occulter un certain nombre d'interrogations soulevées par les décisions du Conseil constitutionnel.

B – Les interrogations soulevées par le contrôle

Malgré une volonté certaine d'explicitier les principes du contrôle de constitutionnalité des directives, la solution du Conseil constitutionnel n'emporte pas toujours la conviction par les interrogations qu'elle soulève.

Certaines expressions sont tout d'abord source d'incertitude. La formule « disposition constitutionnelle expresse contraire », qui commande la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité de la directive, peut laisser perplexe. Le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* sous la décision du 10 juin indique qu'il ne pourra s'agir d'une construction jurisprudentielle mais simplement d'une disposition constitutionnelle. Encore faut-il que cette dernière soit expresse c'est-à-dire, selon les mêmes commentaires, que l'énoncé constitutionnel soit explicite. Déjà, on peut s'étonner que la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité des directives implique une appréciation indirecte de la qualité rédactionnelle des énoncés constitutionnels. En outre, on ne voit pas comment l'exercice du contrôle peut être subordonné à la clarté de l'énoncé constitutionnel. Seule la contrariété aisément perceptible grâce au caractère exprès de la disposition constitutionnelle sera sanctionnée non celle qui exigerait un « effort d'interprétation » du Conseil constitutionnel. L'exercice du contrôle entre deux normes ne saurait

²⁹ MERLIN-DESMARTIS, « Discussion », in *Droit constitutionnel droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, op. cit., p. 91 ; J.-E. SCHOETTL, Note sous C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, précitée, p. 136. Voir cependant de manière plus nuancée : B. GENEVOIS, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution », précité, p. 378.

dépendre du degré de précision de leurs énoncés. En revanche, ce qui aurait pu apparaître justifié c'est un contrôle des directives au regard de dispositions constitutionnelles volontairement introduites par le pouvoir de révision constitutionnelle pour faire obstacle au droit communautaire. « Exprès » ne serait plus synonyme d'« explicite », mais plus proche de « volonté formellement exprimée », qui sont les deux sens communs que l'on peut trouver de l'adjectif, ou encore de « l'intention spéciale », sens commun de l'adverbe³⁰. On pensera en particulier aux dispositions contenues dans l'article 88-3 de la Constitution relatives à l'accès aux fonctions de maire, d'adjoint et d'électeur et de représentant pour la désignation des sénateurs qui apparaissent comme une limite constitutionnelle au droit communautaire concernant les conséquences de la qualité d'électeur et d'éligible reconnue aux ressortissants communautaires pour les élections municipales.

La référence aux dispositions « inconditionnelles et suffisamment précises » des directives pour apprécier le caractère nécessaire ou non des dispositions législatives par rapport à celles de la directive surprend également. Le caractère « inconditionnel et suffisamment précis » est exigé par la Cour de justice des Communautés européennes lorsqu'il s'agit de reconnaître un effet direct à des dispositions communautaires. Il ne permet en aucune manière d'apprécier la contrainte qui pèse sur le législateur national. On comprendra cependant la démarche du Conseil constitutionnel. Le caractère inconditionnel et précis permet un plus grand degré de certitude quant à l'identification de l'obligation pesant sur l'Etat. La marge d'appréciation est réduite, ce qui diminue les risques de divergences d'appréciation, le cas échéant, avec la Cour de justice.

La mention de la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes ouvre ensuite un champ d'interprétation relativement large. Qui est censé, selon le Conseil constitutionnel, saisir la Cour de justice des Communautés européennes afin que celle-ci exerce un contrôle du respect par une directive des droits fondamentaux ou des compétences communautaires ?

Le Conseil constitutionnel lui-même ? La question de compétence du juge constitutionnel français pour saisir par la voie préjudicielle la Cour de justice des Communautés européennes n'est pas résolue par les décisions commentées. En droit constitutionnel comparé, il semble que la tendance des cours constitutionnelles spécialisées soit plutôt à rejeter une telle compétence³¹, même s'il existe des cas de saisine de la Cour de justice par de telles juridictions³². Si l'on écarte

³⁰ Voir les dictionnaires usuels *Larousse* et *Robert*.

³¹ Voir pour un tableau synthétique sur le renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes par les juridictions constitutionnelles des différents Etats membres de la Communauté européenne : « Coopération nationale et juridictions constitutionnelles étrangères. Fiches nationales synthétiques », *C.C.C.*, n° 4, 1998, pp. 82-89. Selon ce tableau, et pour les Etats qui disposent d'une cour constitutionnelle spécialisée, seuls la Belgique et le Portugal admettent une telle possibilité.

³² Saisine par une Cour constitutionnelle d'un Land allemand et par la Cour d'arbitrage belge, par la voie préjudicielle, de la Cour de justice des Communautés européennes. Respectivement : C.J.C.E., 28 mars 2000, *Georg Badeck*, Aff. C-158/97, *Rec.*, I-2000, p. 1875 et s. ; 16 juillet 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, Aff. C-93-97, *Rec.*, I-1998,

toute considération plus ou moins politique, l'obstacle juridique majeur à la compétence du Conseil constitutionnel réside dans le délai de principe d'un mois qui lui est imposé pour statuer. A défaut de révision constitutionnelle, de modification de la loi organique relative au Conseil constitutionnel ou encore de modification de son règlement intérieur, une politique jurisprudentielle volontariste pourrait aboutir à considérer qu'une saisine de la Cour de justice suspend ce délai³³... L'intervention de la Cour de justice n'en allongerait pas moins le processus législatif interne et, indirectement, le délai de transposition des directives elles-mêmes. Quelles que soient les opinions sur cette question, il reste qu'avec les décisions commentées, la question de la compétence du Conseil constitutionnel pour saisir la Cour de justice des Communautés européennes se pose avec une acuité encore plus grande. Alors que le Conseil se déclare compétent pour contrôler une directive, la certitude concernant l'établissement de la norme objet du contrôle est indispensable. En l'absence de certitude sur la signification de la directive, la portée du contrôle de constitutionnalité serait anéantie. Un renvoi préjudiciel en interprétation serait ainsi nécessaire en présence d'une difficulté d'interprétation. En pratique, les conditions posées par le Conseil constitutionnel pour l'exercice du contrôle semblent en grande partie écarter une telle difficulté. Si contrôle il y a, la disposition de la directive sera par définition « inconditionnelle et précise », ne soulevant pas, en conséquence, de difficulté d'interprétation.

Le juge ordinaire ? Le Conseil constitutionnel inciterait le juge de droit commun à saisir la Cour de justice des Communautés européennes, par la voie préjudicielle, de la validité du droit communautaire dérivé. Au-delà, on y verra un rappel de l'incompétence du juge ordinaire, à l'attention en particulier du Conseil d'Etat qui le premier a posé la primauté de la Constitution sur les traités³⁴ et le droit communautaire³⁵, pour contrôler la constitutionnalité du droit communautaire dérivé. Une interprétation de la décision du Conseil constitutionnel, plus hasardeuse et différente de celle jusqu'à présent retenue, pourrait encore être avancée concernant le juge ordinaire. Ce ne serait pas seulement la référence à la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes qui serait alors à destination du juge de droit commun, mais également la mention de la limite à la transposition des directives. Le Conseil constitutionnel plaiderait pour un contrôle diffus de la constitutionnalité des directives au regard des seules dispositions constitutionnelles expresses contraires. Audacieuse et improbable, une telle interprétation est, en toute hypothèse, possible au regard de la formule sur la limite à la transposition de la directive. Les affirmations successives contenues dans les décisions selon lesquelles les dispositions législatives critiquées « *se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises* » d'une directive « *sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil*

p. 4837 et s. Voir par ailleurs l'arrêt de la Cour d'arbitrage belge décidant d'opérer un renvoi à la Cour de justice des Communautés européennes : n° 6/97, 19 février 1997, *Rec.*, n° 1, janvier-février 1-8/97, p. 77 et s.

³³ A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme considère que la durée de la procédure préjudicielle introduite devant la Cour de justice n'entre pas en ligne de compte pour apprécier le délai raisonnable des procédures imposé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Voir : C.E.D.H., 26 février 1998, *Pafitis c. Grèce*.

³⁴ C.E., Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *A.J.D.A.*, 1998, p. 1039 et s.

³⁵ C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, *R.F.D.A.*, 2002, p. 166 et s.

constitutionnel de se prononcer » marqueraient alors une incompétence du Conseil constitutionnel³⁶. La compétence pour contrôler la constitutionnalité des dispositions de loi imposées par une directive appartiendrait à l'ensemble des juges de droit commun.

Quelle que soit l'interprétation à retenir de la mention de la compétence exclusive de la Cour de justice, une telle référence aurait pu être faite dans un sens plus favorable au droit communautaire. Il aurait été en effet possible au Conseil constitutionnel de n'envisager le contrôle de constitutionnalité que comme subsidiaire au contrôle exercé par la Cour de justice. Le premier n'aurait été exercé qu'à défaut d'efficacité du second. L'exercice du contrôle de constitutionnalité aurait été subordonné à l'introduction préalable d'un recours devant la Cour de justice des Communautés européennes, et surtout à l'échec de ce recours, le juge communautaire ne censurant pas l'acte communautaire déféré. Une telle logique aurait, il est vrai, impliqué que le Conseil constitutionnel se reconnaisse lui-même compétent pour saisir la Cour de justice.

Il est encore difficile de déterminer quels sont les actes de droit communautaire susceptibles d'être contrôlés selon les principes établies dans les décisions du 10 juin et du 1^{er} juillet. Au vu des éléments contenus dans les décisions, rien ne permet d'exclure que d'autres actes de droit communautaire dérivé puissent faire l'objet, de manière indirecte, du même contrôle de constitutionnalité que celui exercé à l'encontre des directives. Certes les traités communautaires doivent être écartés, au regard du principe contrôle de constitutionnalité exclusivement *a priori* exercé par le Conseil constitutionnel, mais point les règlements, même s'ils n'exigent qu'exceptionnellement des mesures nationales d'application, ni les principes établis par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. La brèche ouverte pour les directives serait donc susceptible d'être étendue à d'autres actes communautaires nécessitant des mesures nationales d'application. Les conditions d'exercice seraient identiques, il n'y aurait contrôle véritable du contenu de l'acte communautaire que lorsque la loi se borne à tirer « les conséquences nécessaires... » et que s'il existe une disposition constitutionnelle contraire expresse.

Les conséquences du contrôle sont enfin difficilement mesurables. Le Conseil constitutionnel entend-il renvoyer au pouvoir de révision constitutionnelle le soin de résoudre un conflit déclaré entre la Constitution et le droit communautaire ? Il appartiendrait alors au pouvoir de révision d'intervenir ponctuellement en fonction du domaine concerné. La lourdeur de la procédure contraste avec la relative facilité de déclencher le contrôle de constitutionnalité des directives. On objectera que le cas d'une révision constitutionnelle ponctuelle liée à un acte dérivé particulier a déjà fait l'objet d'un précédent avec le mandat d'arrêt européen. Il n'en reste pas moins qu'il s'agissait d'une conséquence d'une intervention consultative du Conseil d'Etat³⁷ autrement moins

³⁶ C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *précitée*, Cons. n° 9. ; n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *précitée*, Cons. n° 19.

³⁷ Saisi par le Premier ministre sur le fondement de l'article L 112-1 du CJA, le Conseil d'Etat a jugé que, sur un point particulier, la transposition en droit français de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen serait susceptible de se heurter à des obstacles d'ordre constitutionnel (avis du 26 septembre 2002). Suite à cet avis, la loi constitutionnelle du

conflictuelle qu'une saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution. En dehors de la révision constitutionnelle, l'inapplication de l'acte communautaire dans l'ordre juridique interne, malgré sa forte portée politique, est susceptible d'être également envisagée. Un tel effet au contrôle de constitutionnalité avait pu être suggéré par une proposition de révision constitutionnelle du 18 mai 1993, alors déposées par les députés P. MAZEAUD et R. PANDRAUD³⁸.

L'échec de toutes les propositions de révision constitutionnelle³⁹ visant à instituer un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé n'aura pas suffi à mettre à l'abri le droit communautaire dérivé d'une confrontation à la Constitution. Les décisions du 10 juin et du 1^{er} juillet 2004 marquent une volonté claire du juge constitutionnel d'introduire une limite constitutionnelle à la transposition des directives et, plus largement, au droit communautaire. La construction jurisprudentielle du Conseil constitutionnel remet ainsi en cause les traités communautaires régulièrement introduits dans l'ordre juridique français. De manière quelque peu anachronique, la position du Conseil constitutionnel conteste la primauté du droit communautaire au moment même où le terme entre explicitement dans le Traité portant Constitution européenne. La pérennité de cette jurisprudence ne dépendra pourtant pas du juge constitutionnel mais, en dernière analyse, du choix du peuple. Vu les perspectives annoncées par le Président de la République, le débat sera tranché par le référendum sur le Traité portant Constitution européenne. Le Conseil constitutionnel se dresserait-il alors face à « *l'expression directe de la souveraineté nationale* »⁴⁰ acceptant la primauté du droit communautaire posée par le Traité portant Constitution européenne ? N'anticipons pas sur l'issue du référendum...

17 mars 2003 a introduit un troisième alinéa à l'article 88-2 de la Constitution levant l'obstacle constitutionnel identifié par le Conseil d'Etat à la transposition. Voir sur cet avis : H. LABAYLE, « Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. L'entraide judiciaire européenne au Palais Royal », *RFDA*, 2003, pp. 442-469 ; A. ONDUA, « L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen », *AJDA*, 2003, pp. 1368-1374.

³⁸ Proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter le titre XIV de la Constitution afin d'instituer un contrôle de constitutionnalité des actes communautaires, présentée par P. MAZEAUD et R. PANDRAUD, *J.O.R.F.*, Documents parlementaires, Assemblée nationale, n° 194, X^{ème} législature, déposée le 18 mai 1993 : « Article 88-5 - Le Conseil constitutionnel peut être saisi, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 61, de tout acte communautaire comportant des dispositions de nature législative. Il se prononce sur sa conformité à la Constitution.

Une disposition communautaire déclarée inconstitutionnelle ne peut être mise en application ».

³⁹ En 1992 devant le Sénat, un amendement au projet de révision constitutionnelle sur le Traité de Maastricht a été proposé. Par une modification de l'article 54 de la Constitution, il envisageait l'institution d'un contrôle sur une « proposition d'acte communautaire ». Le contrôle était alors aligné sur celui des engagements internationaux tant en ce qui concerne les autorités de saisine, que le moment et les effets d'un tel contrôle (Amendement n° 25 proposé par plusieurs sénateurs, *J.O.R.F.*, Débats, Sénat, séance du 10 juin 1992, p. 1543). En 1993, en dehors de la proposition déjà citée de loi constitutionnelle déposée par P. MAZEAUD et R. PANDRAUD, le même principe a été repris dans une proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter l'article 88-4 de la Constitution (Proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter l'article 88-4 de la Constitution afin de permettre le contrôle de constitutionnalité des propositions d'actes communautaires, présentée par J. OUDIN, *J.O.R.F.*, Documents parlementaires, Sénat, n° 328, session ordinaire 1992-1993, déposée le 2 juin 1993). En 1996, une proposition a été avancée tendant à reproduire le mécanisme général prévu par l'article 54 de la Constitution pour les propositions d'acte de droit communautaire dérivé, par l'ajout d'un article 88-5 à la Constitution (Proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter le titre XV de la Constitution afin d'instituer un contrôle de constitutionnalité des projets d'actes des Communautés et de l'Union européenne, présentée par P. MAZEAUD et R. PANDRAUD, *J.O.R.F.*, Documents parlementaires, Assemblée nationale, n° 2641, déposée le 13 mars 1996).

⁴⁰ C.C., n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, *RJC-I*, p. 11, Cons. n° 2.

