

La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat.

La politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat qui a débuté avec l'arrêt *Sarran*¹, et sans doute déjà avec l'arrêt *Nicolo*, trouve son prolongement ultime avec l'arrêt *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* : le Conseil d'Etat accepte de contrôler la constitutionnalité d'un acte réglementaire de transposition d'une directive communautaire. Une telle affirmation n'est cependant significative que si l'on précise qu'un tel contrôle est exercé y compris lorsque l'acte réglementaire ne fait que reprendre les termes de la directive, le contrôle de constitutionnalité de l'acte réglementaire devenant de manière indirecte celui de la directive. Dès l'arrêt *Nicolo*², le fondement de la primauté du droit international conventionnel en général et du droit communautaire en particulier retenu par le Conseil d'Etat était constitutionnel ; il repose sur l'article 55 de la Constitution. Un tel choix³ impliquait implicitement mais nécessairement que le droit international conventionnel et le droit communautaire étaient subordonnés à la Constitution, à moins bien sûr de ne reconnaître à cette dernière qu'une portée déclarative et non constitutive, ce qui n'était pas dans les intentions du juge. Une telle conséquence fût explicitée et consolidée en deux temps. D'abord de manière implicite, avec l'arrêt *Moussa Koné*⁴. Sous couvert d'une interprétation « conforme » d'une stipulation conventionnelle à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le Conseil d'Etat écarte dans le litige qui lui est soumis l'application de la première au profit du second. Puis, avec l'arrêt *Sarran*, les conséquences du raisonnement de 1989 sont énoncées sans ambiguïté : « *la suprématie (...) conférée aux engagements internationaux [par l'article 55 de la Constitution] ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* ». Cette formule est utilisée par le juge administratif afin d'écartier un moyen tiré de l'inconventionnalité d'un acte réglementaire, alors que s'interpose entre ce dernier et l'engagement international une disposition constitutionnelle. La Constitution fait alors écran entre l'engagement international et l'acte réglementaire. Ce dernier reprend en effet le contenu d'une disposition constitutionnelle, il est « transparent », le contrôle de conventionnalité ayant pour objet indirect une disposition constitutionnelle. En revanche, le Conseil d'Etat transposera le principe posé dans l'arrêt *Sarran* au droit communautaire⁵ sans que cela ne soit nécessaire à la

¹ C.E., Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *Leb.*, p. 368.

² C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Leb.*, p. 190.

³ N'oublions pas que la Cour de cassation, sans aller jusqu'à suivre le procureur général TOUFFAIT qui proposait un fondement communautaire exclusif à la primauté, a retenu un double fondement, communautaire et constitutionnel. Voir pour les conclusions du procureur général TOUFFAIT sur C. cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société « Cafés Jacques Vabre »* et cet arrêt : *Dalloz*, Jurisprudence, 1975, p. 497 et s., spécifiquement p. 504 pour les conclusions, p. 506 pour l'arrêt.

⁴ C.E., Ass., 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, *Leb.*, p. 255.

⁵ Rappelons également que la Cour de cassation dans son arrêt *Pauline Fraisse* du 2 juin 2000 (C. cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*, *L.P.A.*, 9 octobre 2000, n° 201, p. 8 et s.) n'avait repris la formule du Conseil d'Etat énoncée dans l'arrêt *Sarran* qu'à propos du droit international conventionnel pour rejeter le moyen tiré de la violation d'engagements internationaux classiques. En ce qui concerne la violation de normes communautaires, la Cour de cassation a retenu que la contestation soulevée devant elle n'entraînait pas « *dans le champ d'application du droit communautaire* ». Elle a ainsi réservé sa position pour le droit communautaire.

résolution du litige, au détour d'un *obiter dictum*⁶, dans l'arrêt *Syndicat national des industries pharmaceutiques*⁷. La primauté de la Constitution sur le droit communautaire ainsi posée, il ne restait qu'un palier à franchir avec la reconnaissance de la compétence du juge administratif pour sanctionner le respect de cette primauté constitutionnelle. Un tel aperçu rapide de la jurisprudence administrative sur les rapports entre la Constitution et le droit international et communautaire met en avant leur caractère conflictuel. Il ne rend pourtant pas justice à l'orientation retenue dans l'arrêt du 8 février 2007. Ce dernier tend à s'inscrire dans une logique conciliatrice de « dialogue des juges »⁸, selon la formule consacrée, qui doit être rapprochée de certains développements récents de la jurisprudence du Conseil d'Etat plutôt favorables au droit communautaire⁹.

La question du contrôle de constitutionnalité d'un acte réglementaire de transposition d'une directive s'est posée devant les juges du Palais Royal en matière de droit de l'environnement et, plus précisément, à propos des quotas d'émission de gaz à effet de serre. La directive du 13 octobre 2003 n° 2003/87/CE a établi un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne. Cette directive a été transposée en France, pour le volet législatif, par l'ordonnance du 15 avril 2004, ratifiée par l'article 80 de la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004. Cette ordonnance a introduit une nouvelle section dans le Code de l'environnement, intitulée « Quotas d'émission de gaz à effet de serre », comprenant les articles L 229-5 à L 229-19. L'article L 229-5 renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer la liste des activités concernées par l'application des mesures sur les quotas d'émission telles qu'elles résultent des dispositions nouvelles du Code de l'environnement transposant la directive. Il habilite de manière directe le pouvoir réglementaire à transposer la directive. En application de ces dispositions, le décret du 19 août 2004 prévoit dans l'article 1^{er} son application « aux installations classées pour la protection de l'environnement produisant ou transformant des métaux ferreux, produisant de l'énergie, des produits minéraux, du papier ou de la pâte à papier et répondant aux critères fixés dans l'annexe au présent décret ». Cette disposition du décret reprend

⁶ Voir : A. RIGAUX, D. SIMON, « « *Summus jus, summa injuria...* » A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 2001 SNIP », *Europe*, avril 2002, p. 8.

⁷ C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, *Leb.*, p. 624.

⁸ Cette expression sera entendue comme désignant l'attitude que peuvent avoir des juridictions saisies d'une question particulière consistant à prendre connaissance de la jurisprudence sur cette même question d'autres juridictions, nationales, étrangères ou internationales et, le cas échéant, à s'en inspirer pour rendre leur décision dans un souci, justifié ou non, de cohérence. Ainsi défini, le dialogue des juges est un élément de pur fait, il ne s'impose pas, ni n'impose de comportement particulier aux juridictions qui procèdent à ce dialogue. L'autorité de chose jugée ne relève donc pas du dialogue des juges.

⁹ Voir en particulier : C.E., 18 juin 2003, *Tiscali Télécom*, *Leb.*, p. 255 ; 30 juillet 2003, *Association avenir de la langue française*, *Leb.*, p. 347 ; 11 avril 2005, *Société française de radiotéléphone*, Req. n° 251239. Ces arrêts concernent l'étendue et les limites du pouvoir de l'administration pour assurer une application correcte du droit communautaire.

Voir également : C.E., Ass., 11 décembre 2006, *Société De Groot en Slot Allium B. V. et autre*, Req. n° 234560. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat se reconnaît lié par l'autorité de chose interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes.

Voir enfin, pour un état de la jurisprudence administrative en matière communautaire avant l'arrêt du 8 février, les conclusions de Mattias GUYOMAR sur cet arrêt et Paul CASSIA, « Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française », *R.F.D.A.*, 2005, pp. 465-472.

tels quels les termes de l'annexe I de la directive énonçant les activités qui entrent dans son domaine d'application.

Directement affectées par ce décret, la Société Arcelor Atlantique et Lorraine et d'autres entreprises de sidérurgie ont demandé au Président de la République, au Premier ministre, au ministre de l'écologie et du développement durable et au ministre délégué à l'industrie d'abroger, à titre principal, l'article 1^{er} de celui-ci ainsi, qu'à titre subsidiaire, les I et II de son article 4 et son article 5. Se heurtant au silence de ces autorités, elles attaquent la décision implicite de rejet devant le Conseil d'Etat. Leur requête a un double objet. Elle vise non seulement à l'annulation de cette décision implicite de refus, mais également au prononcé d'une injonction aux autorités concernées de procéder aux abrogations demandées. Pour juger de la légalité de ce refus, il appartient au Conseil d'Etat, en application de la jurisprudence *Alitalia*¹⁰, d'apprécier la légalité du décret pour savoir si l'administration était tenue de l'abroger. Des différents moyens invoqués à l'appui de l'illégalité du décret, ceux tirés de la violation de plusieurs principes constitutionnels ont un relief particulier.

Le problème juridique qu'ils soulèvent est le suivant : le Conseil d'Etat peut-il exercer un contrôle de constitutionnalité de dispositions d'un décret qui reprennent directement les termes d'une directive ? En d'autres termes, est-il compétent pour exercer un contrôle de constitutionnalité indirect d'une directive communautaire ? Le Conseil d'Etat retient sa compétence tout en encadrant son exercice. Le considérant de principe qui formalise cette compétence, éclairé par les conclusions du commissaire du gouvernement, témoigne d'une volonté de maîtriser les principes et les conséquences de l'exercice du contrôle. Nourri de l'expérience de juridictions étrangères et de celle plus récente du Conseil constitutionnel relatives au contrôle de constitutionnalité du droit communautaire, comme des critiques dont elles ont fait l'objet, le juge administratif entend proposer un mécanisme de contrôle rationnel, équilibré et acceptable. Cette volonté perceptible de convaincre de la pertinence de l'orientation retenue a pour effet néfaste de rendre les modalités du contrôle complexes et peu lisibles. On ne retrouve pas la limpidité ni la concision traditionnelles des considérants de principe des juges du Palais Royal. La complexité du considérant de principe explique sans doute, comme cela avait déjà été le cas avec la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique*, que des commentaires doctrinaux dans la presse de l'arrêt du 8 février 2007 n'aient offert qu'une lecture partielle de sa portée. Cette complexité rend d'ailleurs ardue toute tentative d'exposé bref et concis de l'économie générale du dispositif adopté par le juge administratif.

Le Conseil d'Etat retient en premier lieu deux fondements constitutionnels à sa solution, l'un traditionnel, l'article 55 de la Constitution, l'autre plus original, l'article 88-1 de la Constitution. A partir du premier, le Conseil d'Etat rappelle le principe selon lequel : « *la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* ».

¹⁰ C.E., Ass., 3 février 1989, *Alitalia*, *Leb.*, p. 44.

Il dégage ensuite du second, à la suite du Conseil constitutionnel¹¹, l'obligation constitutionnelle de transposition des directives. Le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires qui procèdent *directement* à la transposition des « *dispositions précises et inconditionnelles* » d'une directive est présenté par le juge comme se heurtant à ce principe constitutionnel. Il doit donc être exercé selon des modalités particulières. Si la perspective communautaire est occultée, la cohérence du fondement constitutionnel exclusif au droit communautaire est maintenue. Le contrôle de constitutionnalité indirect d'une directive ne heurte pas le droit communautaire, mais une obligation constitutionnelle tirée de l'article 88-1 de la Constitution.

Certains réproveront une ratiocination dans les modalités spécifiques du contrôle. Le juge réserve d'emblée deux catégories de moyens dans l'exercice de celui-ci, qui concernent la violation de règles de compétence ou de celles de procédure. Ces moyens ne soulèvent pas de difficulté de fond vis-à-vis du droit communautaire ; ils n'ont qu'une portée « interne ». L'illégalité d'un acte réglementaire de transposition d'une directive prononcée pour des questions de légalité externe serait résolue par l'adoption du même acte de manière régulière. La difficulté n'a qu'une conséquence communautaire limitée. L'application du droit communautaire est retardée, sans que sa primauté ne soit remise en cause.

En dehors de ce cas, lorsque le juge est saisi d'un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'un acte réglementaire de transposition d'une directive, il doit rechercher s'il existe « *une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué* ». Cette recherche conduit à deux hypothèses possibles selon qu'il existe ou qu'il n'existe pas de règle ou de principe communautaire équivalent à une règle ou un principe constitutionnel. *Selon une première hypothèse*, lorsque le droit communautaire protège une règle ou un principe constitutionnel de manière équivalente à l'ordre juridique français, le juge, « *afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret* », vérifie la compatibilité de ce dernier avec la règle ou le principe communautaire en question. Un tel contrôle, alors que le décret est transparent, est un contrôle de conformité de la directive au droit communautaire. Aussi, dans l'exercice de ce contrôle deux sous-hypothèses sont-elles encore dissociées. Soit l'exercice d'un tel contrôle ne soulève pas de difficulté sérieuse et il appartient au juge d'écarter le moyen ; soit, dans le cas contraire, il lui revient de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle en appréciation de validité conformément à l'article 234 du Traité C.E. *Selon la seconde hypothèse*, subsidiaire, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe aucune règle ou aucun principe communautaire garantissant de manière équivalente une règle ou un principe constitutionnel, le juge administratif contrôle directement la constitutionnalité du décret.

En l'espèce, trois principes constitutionnels étaient invoqués contre l'article 1^{er} du décret : le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et le principe d'égalité. A propos des deux premiers, le

¹¹ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101, Cons. n° 7.

Conseil d'Etat reconnaît l'existence dans l'ordre juridique communautaire de principes équivalents qui ont « *une portée garantissant l'effectivité du respect des principes et dispositions de valeur constitutionnelle dont la méconnaissance est alléguée* ». Il procède au contrôle de la disposition contestée du décret au regard de ces principes pour constater l'absence de contrariété avec les principes communautaires. Sur le principe d'égalité, le Conseil d'Etat identifie également un principe identique en droit communautaire qui assure l'effectivité du principe constitutionnel. L'appréciation de la compatibilité du décret, indirectement de la directive, avec le principe communautaire soulève toutefois une difficulté. Conformément aux conditions qu'il a posées à l'exercice de son contrôle, le juge sursoit à statuer sur la requête dirigée contre le refus d'abroger le décret jusqu'à ce que le Cour de justice des Communautés européennes se prononce sur la régularité de la directive du 13 octobre 2003 par rapport au principe d'égalité. Une telle solution conduit le juge à différer l'examen des conclusions dirigées contre le refus d'abroger les autres dispositions du décret.

Les modalités du contrôle de constitutionnalité d'un acte réglementaire transposant directement les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, chacun des termes est ici important, conduisent à un contrôle systématique. La jurisprudence du Conseil d'Etat, qui transpose à son niveau d'intervention la jurisprudence du Conseil constitutionnel inaugurée le 10 juin 2004, présente ici une première singularité par rapport à cette dernière. Alors que le contrôle de constitutionnalité indirect des directives est exceptionnel devant le Conseil constitutionnel, il sera exercé de manière courante par le Conseil d'Etat, par l'intermédiaire des actes réglementaires de transposition. Les modalités de son exercice tendent cependant à préserver un certain équilibre entre les exigences communautaires et la primauté de la Constitution. Cet *équilibre recherché* par le juge administratif se matérialise par *la mise en place d'une double modalité du contrôle de constitutionnalité des directives communautaires* (§ I), qui marque la volonté d'établir une jurisprudence solide dans son principe comme dans ses modalités de mise en œuvre. La rigueur de la construction proposée conduit toutefois à des *interrogations inévitables* au moment d'envisager *la mise en œuvre du contrôle du décret de transposition* (§ II).

I – Un équilibre recherché : le principe d'une double modalité de contrôle de constitutionnalité des directives communautaires

Le contrôle de constitutionnalité du décret transposant directement des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, c'est-à-dire mettant en cause cette dernière, emprunte deux modalités différentes. Dans l'arrêt, le contrôle exercé est bien un contrôle de « constitutionnalité », c'est-à-dire de conformité à la Constitution. Il porte de manière indirecte sur la directive, mais il emprunte deux modalités différentes d'exercice. D'une part, la sanction de la primauté constitutionnelle peut être indirecte lorsque la disposition ou le principe constitutionnel invoqué à l'encontre du décret trouve un principe communautaire qui lui assure une portée effective. Le contrôle de constitutionnalité se transforme alors en un contrôle de

conformité au droit communautaire, il est en quelque sorte absorbé par ce dernier. Un tel contrôle est matériellement constitutionnel et formellement communautaire. La sanction indirecte de la primauté constitutionnelle sert le respect de la légalité communautaire (A). D'autre part, une telle sanction est directe lorsqu'aucun principe ou aucune règle communautaire ne garantit l'effectivité de la disposition constitutionnelle invoquée. Le juge administratif exerce alors un contrôle de constitutionnalité véritable. La sanction directe de la primauté constitutionnelle n'est ici, que la tautologie nous soit pardonnée, qu'une manifestation du caractère suprême de la Constitution (B).

A – Une sanction indirecte de la primauté constitutionnelle au service de la légalité communautaire

L'ingéniosité du dispositif retenu par le Conseil d'Etat est notable dans cette première modalité du contrôle de constitutionnalité. L'équilibre entre le respect du droit constitutionnel et le respect du droit communautaire est préservé dans des termes originaux. Le juge administratif s'appuie en effet sur le droit communautaire pour préserver le respect de la Constitution, sans se heurter aux exigences communautaires et, notamment, au principe de primauté.

L'exercice du contrôle de constitutionnalité du décret qui transpose une directive est commandé par la recherche de l'existence au niveau communautaire d'un principe permettant de garantir effectivement le respect de la disposition constitutionnelle soulevée devant lui. Le cas échéant, il procède au contrôle du décret, et donc indirectement de la directive dont il en reprend les termes - c'est notre hypothèse - par rapport au droit communautaire. De la sorte, il répond dans une certaine mesure à l'invitation faite aux juges nationaux par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores* de procéder devant elle à des renvois préjudiciels en appréciation de validité pour garantir le respect de la légalité communautaire¹². D'autant que le contrôle de conformité au droit communautaire proposé par le Conseil d'Etat s'inscrit dans les canons établis par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Foto-Frost*¹³. Selon la Cour de justice, les juridictions nationales ne sont compétentes que pour constater la conformité d'un acte de droit communautaire dérivé au droit communautaire originaire. En cas d'incompatibilité présumée, il leur appartient de saisir d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de l'acte concerné, conformément à l'article 234 du Traité C.E. Dans l'arrêt, le Conseil d'Etat envisage cette alternative, à partir de l'expression « *en l'absence de difficulté sérieuse* ». En l'absence d'une telle difficulté, le moyen tiré de la violation de la disposition constitutionnelle dont la portée est garantie par le droit communautaire est rejeté ; en présence d'une telle difficulté, le renvoi à la Cour de Luxembourg est automatique. L'exercice du renvoi par le Conseil d'Etat semble davantage commandé par l'existence ou le défaut de difficulté

¹² C.J.C.E., 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores*, Aff. C-50/00, *Rec.*, I-6677, § 40.

¹³ C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, Aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199, § 14.

sérieuse¹⁴, l'existence d'une difficulté sérieuse supposant une incompatibilité présumée avec le droit communautaire originaire, que par la distinction posée par la Cour de justice qui lie la compétence des juges nationaux au résultat présumé de l'exercice du contrôle de légalité communautaire. La conformité au droit communautaire peut être prononcée par les juridictions nationales, alors que la non-conformité à celui-ci exige un renvoi préjudiciel en appréciation de validité à la Cour. Ce premier contrôle permet de préserver le principe de primauté du droit communautaire. Si une disposition constitutionnelle est invoquée à l'encontre de l'application du droit communautaire, les modalités du contrôle proposées par le Conseil d'Etat offrent une issue singulière. Elles aboutissent à ce que l'éventuel obstacle à l'application du droit communautaire ne résulte pas de la disposition du droit constitutionnel soulevée mais d'une stipulation communautaire ; l'irrégularité de la directive avec cette stipulation communautaire, prononcée par la Cour de justice des Communautés européennes, impliquant l'inconstitutionnalité du décret devant le juge administratif. Le respect du droit constitutionnel ne heurte donc pas dans ce premier contrôle la primauté du droit communautaire, il sert même le respect de la légalité communautaire et, en conséquence, la primauté du droit communautaire originaire sur le droit communautaire dérivé.

Une telle démarche avait été initiée dans un contexte différent avec l'avis rendu par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 26 septembre 2002 sur la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise aux Etats membres¹⁵. Avant de déclarer la décision qui lui était transmise contraire au principe fondamental reconnu par les lois de la République qu'il avait dégagé dans l'arrêt *Koné*, le Conseil d'Etat prend soin de préciser qu'il n'existait pas « *de principe général de l'ordre juridique communautaire* » garantissant le respect du principe constitutionnel en question. Le Conseil d'Etat avec l'arrêt du 8 février 2007 systématisait cette recherche dans l'exercice, au contentieux, du contrôle de constitutionnalité indirect des directives communautaires.

La solution retenue dans l'arrêt est d'autant plus ingénieuse qu'en s'inscrivant dans une logique communautaire de préservation de la légalité communautaire, le juge administratif est bien une juridiction de droit commun de cet ordre juridique, il n'en préserve pas moins le respect effectif de la Constitution. Ce n'est pas en premier lieu la légalité communautaire qui est défendue mais bien le respect de la Constitution. Le respect de la légalité communautaire n'est qu'un détour respectueux des exigences posées à ce niveau permettant de garantir l'effectivité d'un contrôle de constitutionnalité du décret malgré sa filiation communautaire. A partir du moment où il existe

¹⁴ Voir également en ce sens : C.E., 22 avril 1988, *Assemblée générale des producteurs de blé*, *Leb.*, p. 151 ; 18 septembre 1998, *Société Demesa*, *Leb.*, p. 335. Le critère de la « difficulté sérieuse » est ainsi utilisé par le Conseil d'Etat pour tous les renvois préjudiciels devant la Cour de justice des Communautés européennes, qu'ils visent à apprécier la régularité d'un acte de droit communautaire dérivé ou à obtenir l'interprétation du droit communautaire. Pour un arrêt récent procédant à un renvoi préjudiciel en interprétation en présence d'une « *difficulté sérieuse* » : C.E., 17 janvier 2007, *Banque fédérative du crédit mutuel*, Req. n° 262967.

¹⁵ C.E., Ass. gén., 26 septembre 2002, avis sur la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise aux Etats membres, *R.F.D.A.*, 2003, p. 465, *E.D.C.E.*, n° 54, p. 192.

un principe équivalent au niveau communautaire, le contrôle est formellement communautaire, mais il demeure matériellement constitutionnel. Le Conseil d'Etat s'appuie sur le droit communautaire pour garantir le respect substantiel de la Constitution. En l'espèce, si le renvoi préjudiciel auquel procède le juge administratif conduit à un arrêt de la Cour constatant l'incompatibilité de la directive au droit communautaire, on peut penser que le juge administratif prononce dans un second temps la non-conformité du décret avec la disposition constitutionnelle invoquée, le principe d'égalité en l'occurrence. Le contrôle de constitutionnalité dérive sur un contrôle de conformité au droit communautaire mais il est, d'abord, un contrôle de constitutionnalité, seul ce dernier exigeant l'exercice du premier. Le moyen invoqué est tiré d'une inconstitutionnalité du décret. L'éventuelle déclaration de la contrariété de l'acte réglementaire au principe communautaire équivalent aboutira à une déclaration de la méconnaissance du principe constitutionnel soulevé.

B – Une sanction directe de la primauté constitutionnelle, manifestation du caractère suprême de la Constitution

La sanction directe de la primauté constitutionnelle, qui marque la véritable confrontation entre le droit communautaire et la Constitution, est subsidiaire à la sanction indirecte précédemment envisagée. Ce n'est que si le droit communautaire ne protège pas ou ne protège pas avec une efficacité suffisante le principe constitutionnel soulevé que le Conseil d'Etat confrontera directement le décret, et donc la directive, à la Constitution. Si un tel contrôle est subsidiaire, il n'en est pas moins conflictuel par rapport au droit communautaire et au principe de primauté, et même, par rapport au droit constitutionnel national.

S'il est une orientation générale retenue par un nombre significatif de juridictions suprêmes en Europe en matière de contrôle de constitutionnalité du droit communautaire, elle réside dans la subsidiarité de l'exercice de ce contrôle. Elle se pose comme un remède miracle justifiant un contrôle national prohibé par le droit communautaire. Le contrôle national n'intervient que pour pallier les insuffisances de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine éminent de la protection des droits fondamentaux. De la sorte, le juge communautaire se trouve non plus en situation de donner des leçons aux juridictions nationales, mais de les recevoir de la part de ces dernières. Toutefois, cette logique de subsidiarité, initiée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹⁶, reprise dans son esprit par le Tribunal constitutionnel espagnol¹⁷, le Conseil

¹⁶ C.C.F., 29 mai 1974, *R.T.D.E.*, 1974, p. 316 ; 22 octobre 1986, *R.T.D.E.*, 1987, p. 537 ; 12 octobre 1993, *R.U.D.H.*, 1993, p. 286 ; 7 juin 2000, *R.T.D.E.*, 2001, p. 156. Voir sur cette dernière décision : C. GREWE, « Le « traité de paix » avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane », *R.T.D.E.*, 2001, pp. 1-17.

¹⁷ T.C., n° 1/2004, 13 décembre 2004, *R.F.D.A.*, 2005, p. 47. Voir sur cette déclaration : F. MODERNE, « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal. Présentation de la question dans la Déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004 », *R.F.D.A.*, 2005, pp. 43-47.

constitutionnel¹⁸ et la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹, les conduit en pratique à ne pas exercer ce contrôle. Le caractère subsidiaire du contrôle aboutit à ce que son n'exercice ne constitue qu'une menace lointaine et ineffective. Le Conseil d'Etat s'inscrit dans une autre perspective. Il repousse cette « subsidiarité épouvantail » au profit d'une « subsidiarité sanctionnée ». Il vérifie de manière effective que l'acte qu'il doit contrôler est conforme au principe communautaire qui garantit la portée d'un principe constitutionnel.

Autre différence notable du Conseil d'Etat par rapport aux autres juridictions mentionnées, à l'exception du Conseil constitutionnel, la vérification d'une protection convenable des droits fondamentaux au niveau communautaire ne se fait pas globalement mais au regard du seul principe constitutionnel soulevé. Il ne s'agit pas de vérifier si le niveau global de protection communautaire des droits fondamentaux est satisfaisant ; mais de rechercher s'il existe un principe communautaire qui garantit de manière substantielle la portée du principe constitutionnel dont la violation est dénoncée. Une telle appréciation implique une connaissance approfondie de la jurisprudence communautaire. Le juge administratif se réfère en effet à « *une règle ou un principe général du droit communautaire (...) tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire* ».

La naissance d'une éventuelle, paradoxale et impossible « tradition constitutionnelle commune aux Etats membres » de l'Union européenne, issue des jurisprudences évoquées, ne saurait pour autant faire oublier son caractère problématique au regard du droit communautaire. Le fait que le Conseil d'Etat s'inscrive dans la lignée d'autres juridictions suprêmes ne justifie en aucun cas sa démarche d'un point de vue juridique. Le recours au droit étranger pour appuyer la solution retenue ne constitue qu'un argument de pure opportunité. Le caractère conflictuel du contrôle ne fait d'ailleurs aucun doute dans les circonstances de l'espèce. Le décret contesté reprend les termes de la directive, le contrôle du premier dérive bien sur un contrôle des seconds. C'est bien le contenu de la directive qui soulève une difficulté d'ordre constitutionnel. La potentialité qu'un principe constitutionnel puisse faire obstacle à la transposition d'une directive se heurte de manière évidente à la primauté du droit communautaire. Dans sa formulation d'origine, issue de l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, un tel principe conduit à ce que « *le droit né du traité ne pourrait (...), en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit* »²⁰. En application de la jurisprudence du Conseil d'Etat, la France pourrait ainsi faire l'objet d'un recours en manquement devant la Cour de justice des Communautés européennes et se voir condamnée par cette dernière. L'arrêt *Köbler* mérite également d'être évoqué dans la mesure où la Cour de

¹⁸ Voir sur cette question : C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée* ; n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, Rec.*, p. 107 ; n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la Bioéthique, Rec.*, p. 122 ; n° 2004-499 DC, 29 juillet 2004, *Protection des données personnelles, Rec.*, p. 126 ; n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF*, 3 août 2006, p. 11541.

¹⁹ C.E.D.H., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, Req. n° 45036/98, § 149 et s. Il s'agit ici d'un contrôle de « conventionnalité » du droit communautaire, non pas de « constitutionnalité ».

²⁰ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Aff. 6/64, *Rec.*, p. 1149.

Luxembourg a explicitement reconnu la possibilité d'engager la responsabilité d'un Etat en cas de dommage résultant d'une décision d'une juridiction suprême, statuant en dernier ressort, méconnaissant le droit communautaire²¹. Comment ne pas mentionner également l'arrêt du Conseil d'Etat rendu le même jour que l'arrêt *Société Arcelor* et dans la même formation, alors qu'il est question de reconnaître la possibilité d'engager au niveau interne la responsabilité de l'Etat du fait de la méconnaissance d'un engagement international ? L'arrêt *M. Gardedieu* reconnaît en effet de manière inédite que la responsabilité de l'Etat du fait des lois peut être engagée « *en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France* ». Nous nous contenterons de soulever ici la question : qu'en serait-il s'il s'agissait de reconnaître la responsabilité de l'Etat du fait d'un arrêt du Conseil d'Etat rendu « *en méconnaissance des engagements internationaux de la France* » ? Faudrait-il chercher du côté du régime original nouvellement créé ou du côté de la faute dans l'exercice de la fonction juridictionnelle ?

La question de la régularité « constitutionnelle » du contrôle doit enfin être posée. Quel est le fondement constitutionnel du principe du contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé ? Aucune disposition constitutionnelle ne prévoit de contrôle *a posteriori* du droit communautaire dérivé, ni d'ailleurs du droit international conventionnel en vigueur quel qu'il soit, y compris communautaire. Alors que l'existence de l'article 61 alinéa 1 est un argument invoqué à l'appui d'une incompétence du Conseil d'Etat pour exercer un contrôle de constitutionnalité des lois, on ne voit pas pourquoi l'article 54 de la Constitution ne serait pas un obstacle au contrôle de constitutionnalité du droit communautaire en vigueur, originaire et dérivé. La remise en cause du droit communautaire dérivé aboutit toujours de manière indirecte à une méconnaissance du droit communautaire originaire en vigueur. Qu'en est-il également du principe *pacta sunt servanda* qui, en vertu de l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution, est applicable dans l'ordre juridique interne²², s'il est possible pour une juridiction nationale d'écarter un acte communautaire qui n'est que la conséquence d'engagements internationaux antérieurs régulièrement ratifiés ? Le Conseil d'Etat, comme l'a fait avant lui le Conseil constitutionnel, s'affranchit du silence de la Constitution quant à d'éventuelles modalités de contrôle *a posteriori* du droit communautaire²³, au

²¹ C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Köbler et République d'Autriche*, C-224/01, *Rec.*, I-10239, § 50. La responsabilité de l'Etat sera engagée, selon une jurisprudence classique (arrêt de principe : 19 novembre 1991, *Franovich et Bonifaci*, C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, I-5357), si « *la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers, (...) la violation est suffisamment caractérisée et [s]il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées* » (*Köbler*, § 59).

²² Même si le Conseil d'Etat refuse de faire prévaloir une coutume internationale (C.E., Ass., 6 juin 1997, *Aquarone, Leb.*, p. 206) ou un principe général de droit international (reprenant par ailleurs la solution de 1997, C.E., 28 juillet 2000, *Paulin, Leb.*, p. 317) sur la loi.

²³ A cet égard, il y a lieu de rappeler qu'aucune proposition de loi constitutionnelle envisageant le contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé n'a jamais abouti. Voir : Amendement n° 25 proposé par plusieurs sénateurs, au projet de révision constitutionnelle de 1992 nécessaire à la ratification du Traité de Maastricht, *J.O.R.F.*, Débats, Sénat, séance du 10 juin 1992, p. 1543 ; 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 ; Proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter l'article 88-4 de la Constitution afin de permettre le

nom du respect de la norme fondamentale nationale. L'effectivité de la protection de la Constitution devient alors la seule justification du contrôle. La Constitution est la norme suprême ; elle ne peut être norme suprême que si son respect est sanctionné par le juge. Un tel raisonnement peut être poursuivi de la manière suivante : si le Conseil d'Etat ne se reconnaît pas compétent pour censurer l'inconstitutionnalité d'un décret de transposition, quitte à prononcer au fond l'inconstitutionnalité de la directive, aucun juge ne pourrait le faire. L'exigence de régularité, surtout lorsqu'il s'agit de protéger la Constitution, doit pouvoir être sanctionnée à tous les niveaux de l'ordre normatif. Un tel raisonnement, qui confond de façon assez problématique la primauté de la Constitution et la sanction de cette primauté, masque mal le choix de politique jurisprudentielle qui se trouve derrière la solution du juge administratif²⁴. En définitive, le seul fondement « juridique » à l'exercice du contrôle par le Conseil d'Etat se trouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 et son interprétation de l'article 88-1 de la Constitution. Le schéma de répartition des compétences entre les deux juridictions est alors le suivant : au juge constitutionnel de procéder au contrôle des lois de transposition des directives à la Constitution ; au juge administratif de contrôler la constitutionnalité des actes réglementaires de transposition de ces actes communautaires. La limite à l'obligation constitutionnelle de transposition des directives est de cette manière sanctionnée aux différents niveaux de l'ordre normatif.

II – Des interrogations inévitables : la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité du décret de transposition

La volonté de préserver un équilibre entre le respect de la Constitution et celui du droit communautaire ne pouvait s'affranchir de la complexité que la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité indirect du droit communautaire peut générer. Les éléments qui contribuent à entretenir une telle complexité sont nombreux et résultent autant de certains des choix retenus par le Conseil d'Etat que des difficultés inhérentes à la situation de confrontation des normes communautaires avec les normes constitutionnelles. Les interrogations qui en découlent prennent forme autour de deux axes. Ainsi, l'exercice du contrôle de constitutionnalité d'un décret de

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 ; 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.

²⁴ L'exercice du contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé dans le cadre consultatif par le Conseil d'Etat doit être soigneusement distingué de celui exercé au contentieux. Ainsi, par exemple, le contrôle ayant été exercé de la décision cadre sur le mandat d'arrêt européen est le résultat d'une saisine en ce sens du Premier ministre sur le fondement de l'article L. 112-2 du Code de justice administrative, qui lui permet d'être saisi « sur toutes les difficultés qui s'élèvent en matière administrative »

Voir de manière plus large sur le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil d'Etat dans sa fonction consultative : V. OGIER-BERNAUD, « Les avis du Conseil d'Etat relatifs aux conventions internationales en cours d'élaboration : un contrôle de constitutionnalité préventif méconnu », *L.P.A.*, 22 juillet 2002, n° 145, pp. 4-16.

transposition d'une directive laisse une part d'indéterminé (A), tout en engendrant certaines difficultés (B).

A – L'indéterminé

Deux séries de réflexions seront conduites. Le choix de retenir un double fondement constitutionnel, les articles 88-1 et 55 de la Constitution, soulève des questions quant à la portée à reconnaître à la jurisprudence *Société Arcelor* (a) ? Le droit communautaire est-il le seul concerné par cette jurisprudence ? Doit-elle, au contraire, être étendue au droit international conventionnel classique ? En outre, si les liens entretenus entre le décret et la directive sont clairs dans les circonstances de l'espèce, le considérant de principe ne permet pas d'identifier de manière certaine toutes les situations envisageables en dehors des données de l'espèce (b).

a) La portée du double fondement constitutionnel du contrôle

Les principes du contrôle de constitutionnalité d'un acte réglementaire transposant directement les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive reposent sur un double fondement constitutionnel : l'article 55 et l'article 88-1 de la Constitution. Ce double fondement était déjà apparu dans les visas de certains arrêts du Conseil d'Etat²⁵. Il est intégré ici aux motifs de l'arrêt et des conséquences positives en sont dégagées. La combinaison d'une disposition posant une règle de conflit de norme, l'article 55, avec une disposition par définition a-normative, car son énoncé est déclaratif et non prescriptif, l'article 88-1, soulève un certain nombre de questions. Le contexte de l'arrêt est déterminant dans ce questionnement. Il est indéniable que les faits de l'espèce ne concernent que le domaine communautaire. En aucun cas il n'est question de droit international conventionnel classique. Comment faut-il alors interpréter la référence à l'article 55 de la Constitution, qui concerne l'ensemble du droit international conventionnel et pas seulement le droit communautaire, et la mention successive des « *engagements internationaux* » lorsque la célèbre formule de l'arrêt *Sarran* est reprise ?

Il peut s'agir d'une volonté d'*aligner le droit communautaire sur le droit international conventionnel classique, de manière défavorable au premier*. Selon une telle interprétation, l'article 88-1 ne marquerait la spécificité du droit communautaire qu'au regard de la solution jurisprudentielle originale retenue par le Conseil d'Etat. En d'autres termes, l'arrêt du 8 février 2007 maintient l'incompétence du juge administratif pour procéder à un contrôle de constitutionnalité au fond d'un engagement international en vigueur formulée dans l'arrêt *Commune de Porta*²⁶. La spécificité du droit communautaire, issue de l'article 88-1 de la Constitution, lui est défavorable. Elle autorise un

²⁵ Voir : C.E., 27 juin 2001, *Syndicat des producteurs indépendants*, Req. n° 203415 ; 15 mars 2005, Req. n° 278294 ; 6 juillet 2005, Req. n° 281773 ; 1^{er} février 2006, *Fédération européenne des réalisateurs de l'audiovisuel*, Req. n° 239962 ; 27 octobre 2006, *Société Techna S.A.*, *A.J.D.A.*, 2006, p. 2385.

²⁶ C.E., 8 juillet 2002, *Commune de Porta, Leb.*, p. 260.

contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé. Le principe d'une absence de contrôle d'un engagement international en vigueur, y compris communautaire, est maintenu. Il ne connaît qu'une exception indirecte pour le droit communautaire dérivé qui trouve sa justification dans l'article 88-1 de la Constitution. Il s'agit bien d'une exception même lointaine à la jurisprudence *Commune de Porta* dans la mesure où toute atteinte au droit communautaire dérivé est une atteinte indirecte au droit communautaire originaire, notamment dans les stipulations du second qui reconnaissent une applicabilité directe au premier. Cette interprétation s'inscrit dans le prolongement de la spécificité reconnue au droit communautaire par le Conseil constitutionnel. Elle justifie un contrôle de constitutionnalité indirect des directives alors qu'est maintenue, en principe, l'absence de contrôle de constitutionnalité du droit international conventionnel classique et communautaire en vigueur. La logique de la spécificité du droit communautaire est inversée par rapport à la perspective communautaire. Alors que d'un point de vue communautaire elle tend à imposer des charges plus lourdes aux Etats membres que celles qui résultent du droit international classique, elle permet d'un point de vue interne une plus grande liberté des juridictions nationales quant au respect du principe *pacta sunt servanda*.

La justification d'une telle différence de traitement paraît difficile autrement que sous un angle politique. D'un point de vue juridique en effet l'explicitation du principe de primauté et de ses conséquences dans les ordres juridiques internes est plus forte en droit communautaire que pour le droit international conventionnel classique. La volonté de résistance au droit communautaire, même limitée au respect de la Constitution, est d'autant plus forte que celui-ci pèse sur les Etats. C'est finalement parce que la marge de liberté des Etats tend à se réduire avec le droit communautaire, qu'un besoin se fait sentir devant le juge de concrétiser les limites ultimes au-delà desquelles la souveraineté, en tant que puissance suprême, ne peut être atteinte.

La spécificité « négative » du droit communautaire est d'autant plus paradoxale qu'elle s'affirme pour le contrôle de constitutionnalité des directives en présence d'une obligation constitutionnelle de transposition déduite de l'énoncé de l'article 88-1. La même remarque est une nouvelle fois valable pour le Conseil constitutionnel et on peut penser que le Conseil d'Etat a sans doute écarté certaines des objections qui pouvaient lui être opposées en s'appuyant sur cette jurisprudence constitutionnelle. Il n'en reste pas moins que l'affirmation d'une obligation constitutionnelle de transposer les directives communautaires se fait au prix d'une limite forte tirée du respect de l'identité constitutionnelle pour le Conseil constitutionnel²⁷ ou du respect de la Constitution pour le Conseil d'Etat. L'équilibre entre ces deux contraintes suppose en l'occurrence une différenciation entre deux catégories de normes constitutionnelles, la norme constitutionnelle qui fonde l'obligation de transposition et les normes constitutionnelles dont le

²⁷ Les normes de références du contrôle indirect des directives communautaires ont été constituées par une « *disposition expresse contraire de la Constitution* », selon la formule originelle du Conseil constitutionnel issue de la décision du 10 juin 2004, qu'il fallait entendre comme « expresse et propre » selon des commentaires ultérieurs aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, et sont désormais « *une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » selon la décision du 27 juillet 2006 (C.C., n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, précitée*, Cons. n° 28).

respect constitue une limite à cette obligation. Cette différenciation est relativement claire pour le Conseil constitutionnel. L'article 88-1 rencontre ses limites dans les seules dispositions constitutionnelles relatives à l'identité constitutionnelle de la France. Le juge constitutionnel opère une différenciation matérielle entre les dispositions constitutionnelles selon qu'elles touchent ou ne touchent pas l'identité constitutionnelle de la France. Pour le Conseil d'Etat, toutes les normes constitutionnelles, et donc la Constitution dans son ensemble, peuvent être opposées à l'article 88-1 de la Constitution, c'est-à-dire à la Constitution, sans qu'aucune différenciation véritable, aussi bien matérielle que formelle²⁸, ne soit faite.

En dehors de ces deux spécificités, l'obligation de transposition et le contrôle des directives, il ne semble pas pouvoir être déduit à partir de l'arrêt d'autres conséquences de l'article 88-1 de la Constitution et, en particulier, la primauté du droit communautaire dans son ensemble. En effet, selon l'interprétation retenue jusqu'ici, l'article 88-1 ne concerne que les deux spécificités évoquées. En conséquence, l'article 55 de la Constitution est mentionné en tant que règle de conflit au profit du droit communautaire. En d'autres termes, sous l'angle de la primauté, on assiste à une banalisation du droit communautaire par rapport au droit international conventionnel. La primauté du droit communautaire repose toujours sur l'article 55 de la Constitution, l'article 88-1 concerne autre chose qu'une règle de conflit. A l'appui d'une telle interprétation, on remarquera que la continuité de la jurisprudence administrative depuis 1989 est préservée. Point de rupture au Palais Royal, seule une adaptation à la jurisprudence constitutionnelle est entreprise. Elle conduit à ajouter un autre fondement constitutionnel au droit communautaire.

Peut-on néanmoins retenir une autre interprétation ? Est-il possible de concevoir que le Conseil d'Etat aurait, par la référence à l'article 55 de la Constitution couplée à celle de l'article 88-1, *aligné le droit international conventionnel sur le droit communautaire, d'une manière défavorable au premier*, au moins pour le contrôle de constitutionnalité indirect ? La mention de l'article 55 de la Constitution, non nécessaire à la résolution du litige communautaire, aurait pour conséquence d'étendre la portée de l'arrêt *Société Arcelor* au droit international conventionnel. Il ne faudrait d'ailleurs pas y voir une remise en cause de l'arrêt *Commune de Porta*. En effet, les données contentieuses sont différentes dans chacune de ces deux espèces. Un contrôle de constitutionnalité d'un engagement international en vigueur serait possible par l'intermédiaire d'un acte réglementaire tirant

²⁸ La Cour constitutionnelle italienne procède à une différenciation formelle entre l'article 11 de la Constitution, qui sert de fondement constitutionnel au droit communautaire, et les normes susceptibles d'être opposées au droit communautaire devant elle. Ces dernières, les principes suprêmes de l'ordre juridique et les droits inaliénables de la personne humaine, sont en effet des normes qui s'imposent au pouvoir de révision constitutionnelle. Ainsi, les normes opposables au droit communautaire sont les mêmes que celles qui peuvent être opposées devant la *Corte* aux lois de révision constitutionnelle, avec les conséquences pratiques problématiques que cela comporte.

Sur le contrôle de constitutionnalité du droit communautaire au regard des principes suprême de l'ordre juridique et des droits inaliénables de la personne humaine, arrêt de principe : de manière implicite, C.C.I., n° 98, 27 décembre 1965, R.D.I., 1966, n° 1, p. 53, *in diritto* § 2 ; de manière explicite, C.C.I., n° 183, 27 décembre 1973, R.U., Vol. XXXIX, p. 503, *in diritto* § 9. Sur le contrôle des lois de révision constitutionnelle au regard de ces mêmes normes : C.C.I., n° 1146, 29 décembre 1988, R.U., Vol. LXXXIX, p. 627, *in diritto* § 2.1.

directement, c'est-à-dire sans l'intermédiaire d'une loi, la conséquence de cet engagement²⁹. Il n'y aurait pas, comme dans l'arrêt du 8 juillet 2002, d'incompétence du Conseil d'Etat justifiée par un contrôle de constitutionnalité de la loi de ratification ou d'approbation, impliqué par le contrôle de constitutionnalité de l'engagement international. Une telle interprétation aurait pour corollaire d'inscrire la jurisprudence administrative dans la lignée de celle du Conseil constitutionnel sur la portée de l'article 88-1. La décision du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*³⁰, combinée à la décision du 10 juin 2004, ne contient aucune ambiguïté sur le rattachement exclusif du droit communautaire à l'article 88-1 de la Constitution et non plus à l'article 55. Ainsi, pour le Conseil d'Etat, à l'instar du Conseil constitutionnel, le seul fondement constitutionnel au droit communautaire serait l'article 88-1 et non le double fondement proposé. Le double fondement signifierait que les conséquences de l'arrêt en matière de contrôle de constitutionnalité ne concernent pas seulement le droit communautaire mais également le droit international conventionnel classique. Une telle interprétation a le mérite de la cohérence sur le fondement constitutionnel exclusif du droit communautaire, à défaut d'être avec certitude³¹ celle qui a été retenue par le Conseil d'Etat.

b) L'explicitation des rapports entre le décret et la directive

La situation du contrôle indirect d'une directive par l'intermédiaire d'un acte réglementaire est claire dans les circonstances de l'arrêt. L'article 1^{er} du décret du 19 août 2004 dont il est demandé l'abrogation reprend les termes de la directive du 13 octobre 2003. Tout contrôle du décret conduit de manière indiscutable à un contrôle de la directive. Ajoutons encore que les dispositions de la directive en question, situées en annexe de celle-ci, sont « *précises et inconditionnelles* », puisqu'elles énoncent les activités concernées par les quotas d'émission de gaz à effet de serre. L'interprétation de la directive ne soulève donc aucune difficulté. Ces éléments de fait n'apparaissent pas tous avec la même acuité dans le considérant de principe sur le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires de transposition des directives. Il en résulte que l'identification de la situation concernée est en partie indéterminée pour l'avenir.

Le Conseil d'Etat se réfère au « *contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires* » qui transposent directement une directive qui doit être exercé « *selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles* ». Cette dernière référence commande en conséquence l'exercice particulier du contrôle selon les modalités précédemment exposées. Qu'en est-il si les dispositions de la directive ne sont pas inconditionnelles et précises ? Tout contrôle de

²⁹ Dans l'arrêt du 3 novembre 1999, *Groupe national de défense des porteurs de titres russes*, le Conseil d'Etat refuse toutefois d'examiner la conformité d'un décret reprenant les termes d'un accord international au principe d'égalité (*Leb.*, p. 343). Il n'en reste pas moins que l'on ne sait pas s'il s'agissait du principe constitutionnel d'égalité ou du principe général du droit.

³⁰ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.*, p. 173, voir sur les normes de référence du contrôle les cons. n° 1 à 8 et en particulier le cons. n° 5.

³¹ Les conclusions du commissaire du gouvernement semblent en effet retenir la première interprétation.

constitutionnalité est-il écarté ? Le contrôle est-il exercé selon des modalités classiques, c'est-à-dire sans prendre en compte les nouveaux principes posés³² ? Le contrôle de constitutionnalité spécifique doit-il être exercé après un renvoi préjudiciel en interprétation à la Cour de justice des Communautés européennes ? Le critère du caractère précis et inconditionnel est ambigu. Il est certes pertinent pour que le juge puisse disposer d'un degré de certitude sur l'interprétation d'une disposition d'une directive qu'il doit appliquer, le degré de précision diminuant les risques de difficulté d'interprétation ; il ne l'est plus lorsqu'il s'agit de savoir si la contestation de l'acte réglementaire conduit à une remise en cause de la directive qu'il transpose, appelant des modalités de contrôle particulières. De plus, si ce critère avait quelque intérêt devant le Conseil constitutionnel, parce que ce dernier ne pouvait pas procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg, il le perd devant le Conseil d'Etat qui peut exercer un tel renvoi. Les nouveaux principes établis par le Conseil d'Etat relatifs au contrôle de constitutionnalité d'un acte réglementaire de transposition d'une directive ne concernent que la situation de conflit, indirect, entre la directive et la Constitution. Un tel conflit est cependant sans rapport avec le degré de précision de la directive ; il dépend du lien existant entre le décret et la directive. Un décret peut très bien reprendre mot pour mot les termes d'une directive qui ne sont ni précis ni inconditionnels ; sa confrontation avec une disposition conditionnelle n'en révélerait pas moins un conflit entre le droit communautaire et la Constitution. Ce qu'il est important de savoir ce n'est pas tant le degré de précision de l'énoncé des directives que le lien existant entre le décret et la directive.

Les principes posés par le Conseil d'Etat sont ainsi valables lorsque le décret contient des dispositions qui sont *imposées* par la directive, étant entendu qu'un contrôle de constitutionnalité classique peut-être exercé sans difficulté sur toutes les dispositions du décret qui ne sont pas imposées par la directive. Dans l'arrêt du 8 février 2007, le Conseil d'Etat procède de cette manière sans l'explicitier dans le considérant de principe. Pour être synthétique on dira que « *le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement [la] transposition [des directives] est appelé à s'exercer selon des modalités particulières* », non pas « *dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles* », mais « *dans le cas où les dispositions contestées de l'acte réglementaire sont imposées par la directive transposée* ». Une telle situation se matérialiserait non seulement lorsque le décret reprend les termes de la directive mais également lorsqu'il n'existe aucune liberté quant aux modalités de transposition c'est-à-dire lorsque le décret tire les conséquences nécessaires d'une directive ; toutes les fois où la contestation du décret conduit de manière indirecte à contester la directive. Le Conseil constitutionnel exerce d'ailleurs un contrôle du respect par une directive des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle française lorsque la loi tire « *les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises* »³³. L'identification ainsi opérée par le juge constitutionnel du « véritable » conflit entre la directive et la Constitution, appelant des modalités de contrôle spécifiques, ne résout toutefois pas une situation limite : lorsque la loi tire

³² Les conclusions sur cet arrêt répondent positivement à cette question.

³³ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, précitée, Cons. n° 9.

les conséquences de la directive dont on peine à savoir si elles sont « *nécessaires* » parce que les dispositions de la directive transposées ne sont pas « *inconditionnelles et précises* ». L'absence de caractère inconditionnel et précis profite-t-il à la directive puisque le Conseil constitutionnel ne peut s'assurer par l'exercice d'un renvoi préjudiciel de l'interprétation d'une directive qui soulèverait des difficultés en ce sens ? Dans un tel cas, le juge constitutionnel n'exercerait pas son contrôle³⁴. A envisager d'autres interprétations, on retombe sur les interrogations initialement soulevées à propos de la jurisprudence du Conseil d'Etat, sous réserve de l'impossibilité matérielle du Conseil constitutionnel de procéder à un renvoi préjudiciel en interprétation.

En tout état de cause, il est parfaitement possible qu'à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité d'un acte réglementaire transposant directement une directive, une difficulté d'interprétation naisse à propos de la directive. Imaginons l'hypothèse dans laquelle une disposition d'un acte réglementaire reprend les termes d'une directive et que l'interprétation de ceux-ci soulève une difficulté d'interprétation. Cette difficulté empêche d'apprécier la compatibilité de la directive, soit directement avec un principe constitutionnel, soit indirectement avec le principe communautaire qui en garantit la portée. Il semble que cette situation entre dans le cas de la « *difficulté sérieuse* », énoncée par le Conseil d'Etat, appelant un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. En substance, la Cour de justice des Communautés européennes, saisie d'une telle difficulté d'interprétation, aura à donner une interprétation dans un contexte dans lequel elle sait que, de cette interprétation, dépendra la compatibilité de la directive avec le droit communautaire originaire, qui reprend la portée d'une disposition constitutionnelle, ou avec une disposition constitutionnelle. Le juge communautaire sera en mesure de désamorcer un conflit potentiel entre le droit communautaire et la Constitution ou, au contraire, de le cristalliser.

Précision importante encore, qui commande l'exercice du contrôle, l'acte réglementaire doit transposer « *directement* » la directive. Il ne doit pas exister de loi qui fasse écran entre l'acte réglementaire et la directive de sorte que le contrôle de la directive s'analyse en un contrôle de constitutionnalité de la loi que s'interdit le juge administratif. Les circonstances de l'affaire rappellent que la théorie de la loi écran ne joue que si la contrariété à la Constitution de l'acte réglementaire contesté résulte d'une habilitation précise de la loi. Dans l'arrêt du 8 février une loi est bien présente, mais elle se contente d'autoriser le pouvoir réglementaire à transposer la directive sans aucune autre précision. Seul l'examen du moyen tiré de l'incompétence du pouvoir réglementaire pour procéder à la transposition de la directive aurait pu être concerné par l'écran législatif, les autres moyens pouvant parfaitement être appréciés au fond.

³⁴ *Contra* : J.-E. SCHOETTL semble soutenir que, dans une telle situation, le Conseil constitutionnel exercerait un contrôle normal sur la loi. Il suppose que l'absence du caractère inconditionnel et précis d'une directive laisse une marge d'appréciation à l'Etat pour la transposition (*L.P.A.*, 18 juin 2004, n° 122, p. 18). Rappelons une nouvelle fois que les dispositions de loi peuvent reprendre des dispositions de la directives qui ne sont ni précises ni inconditionnelles. Or, dans un tel cas, par l'intermédiaire de la loi c'est bien la directive qui est contestée. On ne voit donc pas pourquoi un contrôle normal serait exercé.

Une dernière question mérite d'être posée : la jurisprudence inaugurée peut-elle être transposée à d'autres actes communautaires susceptibles de donner lieu directement à des actes réglementaires d'application ? Le Conseil d'Etat se réfère à l'obligation constitutionnelle de transposition des directives, qui résulte de l'article 88-1 de la Constitution, ce qui tend à réserver sa jurisprudence à ces seuls types d'acte communautaire. Néanmoins, parce que l'obligation du respect du droit communautaire le concerne dans son ensemble, l'application de cette jurisprudence ne paraît pas devoir être limitée aux seules directives³⁵. N'importe quel acte communautaire de droit dérivé, alors qu'un acte réglementaire en tire directement les conséquences nécessaires dans l'ordre interne, serait susceptible d'être confronté à la Constitution selon les modalités prévues par l'arrêt *Société Arcelor*.

B - Les difficultés

Les difficultés générées par l'exercice du contrôle sont fortes sous l'effet combiné de l'étendue large des normes de référence du contrôle (a) et des conséquences lourdes qu'implique une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité (b).

a) L'étendue des normes de référence du contrôle

La détermination des normes de référence opposables à un acte réglementaire transposant de manière directe une directive communautaire dépend du lien existant entre ces deux actes.

Une première situation, non envisagée de manière explicite par l'arrêt *Société Arcelor*, concerne le *contrôle d'une disposition d'un acte réglementaire qui transpose directement une directive mais qui n'est pas imposée par cette dernière*. Autrement dit, la contestation du décret ne conduit pas à une contestation de la directive, le contrôle du premier est neutre du point de vue communautaire. La disposition de l'acte réglementaire est la traduction de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire accordé par la directive. Le contrôle de constitutionnalité du Conseil d'Etat sera entier dans une telle situation. En plus de toutes les normes constitutionnelles, tous les moyens sont susceptibles d'être invoqués à l'encontre de la disposition du décret. Le contrôle serait « classique » sans emprunter les voies particulières inaugurées avec l'arrêt du 8 février 2007.

Peut-on rattacher à cette première hypothèse les deux premiers moyens examinés par le Conseil d'Etat, avant qu'il énonce le considérant de principe sur le contrôle de constitutionnalité spécifique du décret et qu'il examine les moyens d'inconstitutionnalité ? Dans l'examen de ces moyens, aucune précaution particulière n'est prise par le Conseil d'Etat alors pourtant qu'ils sont invoqués contre l'article 1^{er} du décret et donc contre la directive. Le premier moyen est tiré de l'erreur manifeste d'appréciation du pouvoir réglementaire. Il est écarté dans la mesure où ce

³⁵ Les conclusions sur l'arrêt évoquent en ce sens le cas d'un décret d'application d'un règlement communautaire.

dernier ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation. Le moyen n'est pas irrecevable, il est écarté au fond. Le Conseil d'Etat se permet ainsi d'apprécier un moyen de légalité interne soulevé contre un acte réglementaire de transposition d'une directive. Un tel moyen n'a toutefois de chance d'aboutir que si le contenu de l'acte réglementaire n'est pas dicté par la directive. Si le contenu de cet acte est dicté par la directive, comme en l'espèce, il sera rejeté de manière systématique. Ainsi, seul le décret peut être touché par le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation, en aucun cas la directive. Ce premier moyen doit donc être rattaché à la première hypothèse identifiée.

Le second moyen est plus problématique. Il est tiré de la méconnaissance par l'article 1^{er} du décret du principe de sécurité juridique « *en tant que principe général du droit communautaire* ». Le Conseil d'Etat rejette également le moyen au fond en exerçant de cette manière un contrôle de la conformité de la directive à un principe général du droit communautaire. Il se trouve en conséquence dans la situation de l'arrêt *Foto-Frost* qui l'oblige, en cas d'incompatibilité présumée, à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité à la Cour de justice des Communautés européennes. La première hypothèse du contrôle n'est pas concernée ici puisqu'il s'agit de contrôler la légalité communautaire d'une directive, et non du décret, les modalités d'un tel contrôle étant explicitées dans le considérant suivant. Il semble donc que l'examen d'un tel moyen impose au Conseil d'Etat de ne l'apprécier au fond que si la légalité communautaire est respectée et, dans le cas contraire, de renvoyer la question à la Cour de justice des Communautés européennes. Cette situation particulière de contrôle direct de légalité communautaire amène à s'interroger sur une autre situation plus délicate encore : l'éventuel contrôle de conventionalité « classique » du décret et donc de la directive. Le Conseil d'Etat se reconnaîtrait-il compétent pour apprécier la conventionalité d'une directive ? Cette situation a été résolue dans l'arrêt *Commune de Porta* par la négative, le juge refusant de contrôler la conformité d'un traité à un autre traité, nul doute que cette solution serait transposée au contrôle de conventionalité d'une directive³⁶.

La seconde hypothèse à envisager concerne *le contrôle du décret dans l'une de ses dispositions qui est imposée par la directive*. Deux catégories de moyens doivent être distinguées selon qu'ils conduisent à un contrôle classique ou un contrôle spécifique. Les moyens tirés de l'incompétence ou du vice de procédure et, plus largement, les moyens de légalité externe³⁷ à l'acte commandent l'exercice d'un contrôle classique. L'origine communautaire de la disposition n'a aucune importance car ce n'est pas le droit communautaire qui est en question, mais seul l'acte qui procède à sa transposition. Le contrôle est neutre du point de vue communautaire, comme dans la première hypothèse de contrôle, il suffit que le même acte soit adopté de manière régulière pour que l'application du droit communautaire ne soit plus entravée. Cette première série de moyens semble devoir concerner aussi bien des dispositions constitutionnelles que d'autres dispositions, et notamment législatives, comportant des règles de compétence ou de procédure. Les moyens

³⁶ Le commissaire du gouvernement réserve la position du Conseil d'Etat sur cette question.

³⁷ Voir en ce sens les conclusions sur l'arrêt.

soulevés au fond impliquent en revanche un contrôle spécifique dont les modalités ont déjà été exposées. Ce contrôle amène deux séries de normes de référence : les règles ou principes communautaires qui garantissent de manière effective une disposition constitutionnelle ou les règles ou principes constitutionnels eux-mêmes.

L'utilisation de la première série de normes de référence peut conduire à une difficulté sur l'interprétation de la règle ou du principe communautaire censé reprendre la portée d'une disposition constitutionnelle. Dans une telle situation, on peut très bien concevoir un renvoi préjudiciel à la Cour de justice « neutre » par rapport à l'appréciation éventuelle de l'équivalence du principe communautaire avec le principe constitutionnel. Il suffirait de demander à la Cour de justice des Communautés européennes si une règle ou un principe communautaire peut-être interprété comme signifiant telle ou telle chose, étant entendu que l'interprétation demandée du principe permettrait d'en retenir une interprétation qui garantisse l'effectivité du principe constitutionnel. La Cour de Luxembourg serait dans une situation d'arbitre. Elle serait en mesure d'annihiler ou au contraire de concrétiser le conflit susceptible de se matérialiser devant le juge administratif entre la norme communautaire et la Constitution.

La seconde série de moyens se caractérise par son étendue. En effet, n'importe quelle disposition constitutionnelle, sans aucune restriction, peut être opposée au droit communautaire. Cependant, il n'y aura de conflit « constitutionnel » véritable que si le principe constitutionnel invoqué est spécifique à la France ou s'il ne connaît pas une protection suffisante au niveau communautaire par l'intermédiaire d'une règle ou d'un principe communautaire. Doit-on dans ce cas se satisfaire de la seule limitation du contrôle par son caractère subsidiaire ou doit-on déplorer qu'une autre restriction à l'exercice du contrôle ne concerne pas l'étendue des normes de référence ? Pourquoi le Conseil d'Etat n'a-t-il pas, par exemple, réservé son contrôle de constitutionnalité véritable qu'aux seuls règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ? La modestie l'a peut-être conduit à refuser de s'engager dans l'identification des règles ou principes qui caractérisent l'identité française. Le Doyen FAVOREU aurait pu regretter qu'une telle modestie ne soit pas de mise lorsqu'il s'est agi pour le Conseil d'Etat de dégager un principe fondamental reconnu par les lois de la République, non seulement à partir de conventions internationales³⁸ mais également dans le cas où il existe une disposition expresse dans la Constitution sur laquelle s'appuyer³⁹. Identifier un principe fondamental reconnu par les lois de la République ne revient certes pas à désigner l'identité française, sauf bien entendu pour le principe de laïcité reconnu par le Conseil d'Etat comme un principe fondamental et dont on peut penser qu'il participe de cette identité française telle qu'elle résulte de l'article 1^{er} de la Constitution⁴⁰. En opportunité, retenir les

³⁸ Principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel « l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique » : C.E., Ass., 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, précité. Voir également pour mesurer les conséquences inattendues d'un tel principe : C.E., Ass. gén., avis précité du 26 septembre 2002 sur la décision cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen, précité.

³⁹ Reconnaissance du principe de laïcité en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République : C.E., 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré*, *Leb.*, p. 170 ; 30 novembre 2001, *Pons*, Req. 219605.

⁴⁰ *Ibid.*

seuls principes et règles inhérents à l'identité française aurait permis de réduire les cas d'exercice effectif du contrôle de constitutionnalité alors qu'est en cause le principe de primauté du droit communautaire. De plus, se référer à de tels principes permettait de rattacher l'exercice du contrôle à l'article I-5 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui reconnaît que l'Union respecte « l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que *leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* »⁴¹.

D'un point de vue juridique, il ne semble pas possible de reconnaître de manière générale l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel sur le contrôle des directives imposant au juge administratif de se référer à l'identité constitutionnelle de la France. Pour qu'il y ait un cas d'autorité de chose jugée⁴² sur cette question, il faudrait que le Conseil d'Etat soit saisi de la conformité à la Constitution d'un décret procédant à la transposition directe d'une directive sur habilitation d'une loi, elle-même de transposition de cette directive, alors que cette loi a été contrôlée par le Conseil constitutionnel au regard de l'identité constitutionnelle, sans être censurée. Dans un tel cas, pour le moins complexe, le cas d'école par excellence, le contrôle de constitutionnalité du décret devrait être écarté en application de l'autorité de la chose jugée, la déclaration de conformité à la Constitution de la loi s'étendant à la directive qui a été contestée sans succès par rapport à l'identité constitutionnelle française. A défaut d'autorité de chose jugée susceptible de s'imposer au Conseil d'Etat, la cohérence de l'ordre juridique, comme la volonté de limiter les risques potentiels de conflit avec l'ordre juridique communautaire, plaident pour que la jurisprudence du Conseil constitutionnel soit suivie et que le véritable contrôle de constitutionnalité ne soit exercé qu'au regard de l'identité constitutionnelle de la France. L'insaisissable « dialogue des juges » produit des résultats différenciés selon les juges concernés.

b) Les conséquences de la censure éventuelle

Les conséquences d'une censure d'un décret transposant directement les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive sont quelque peu excessives. Devra-t-on réviser la Constitution à chaque fois qu'un acte réglementaire révélera une incompatibilité ponctuelle du droit communautaire avec la Constitution ? Aucune procédure communautaire n'est en effet prévue pour désamorcer un tel conflit. Les termes du débat sont trop connus pour qu'ils soient rappelés ici. Les conséquences pratiques ne sont-elles pas trop lourdes ? Elles ne sauraient, il est vrai, dicter la solution du Conseil d'Etat. Elles auraient pu au moins le conduire à limiter les hypothèses potentielles de conflits en faisant jouer la norme d'habilitation de l'article 88-1 qui

⁴¹ Souligné par nous.

⁴² Nous tenons ici pour acquis que l'autorité de chose jugée du Conseil constitutionnel concerne non seulement le dispositif de la décision, ce qui est incontestable, mais également, selon la jurisprudence du juge constitutionnel (C.C., n° 62-18 L, 16 janvier 1962, *Loi d'orientation agricole*, Rec., p. 31, Cons. n° 1), les motifs qui en constituent le fondement nécessaire, ce qui est discutable. Le juge de droit commun, comme toute autorité d'application de la loi, est tenu de respecter dans cette étendue la décision du Conseil constitutionnel lorsqu'il applique la loi sur laquelle ce dernier s'est prononcé. S'il applique une autre loi, le juge est libre de suivre ou de ne pas suivre la jurisprudence du Conseil constitutionnel, on se réfère à une *autorité de chose interprétée*.

pouvait couvrir certaines contrariétés à la Constitution. L'existence de risques de contrariété entre les normes communautaires et les normes constitutionnelles est inhérente à la coexistence des ordres juridiques auxquelles elles se rapportent. Il eut été plus raisonnable, tout en préservant le point de vue national exclusif dans lequel se sont inscrites les juridictions nationales, de considérer que la plupart des contrariétés sont couvertes par l'article 88-1 et que ce n'est que dans des cas limites que le contrôle de constitutionnalité sera exercé.

La volonté de tirer toutes les conséquences de la primauté constitutionnelle, qui semble être l'élément décisif sur lequel repose la solution du Conseil d'Etat, ne doit pas faire oublier que celle-ci n'allait pas de soi. Le juge administratif peut très bien affirmer que la Constitution prime sur le droit communautaire sans pour autant sanctionner son respect par le droit communautaire. En outre, en s'engageant dans une telle voie, il n'était pas tenu de sanctionner le respect de toutes les normes constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel consacre la primauté de la Constitution sur le droit communautaire mais il ne se reconnaît compétent que pour contrôler le respect par les directives des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle française. Cette réduction de l'étendue des normes de référence du contrôle permet de limiter les risques de conflit potentiel et, surtout, de s'inscrire dans la logique de l'article 88-1 qui fournit une couverture constitutionnelle au droit communautaire. Cette disposition, si l'on reconnaît qu'elle sert de fondement au droit communautaire, ne peut être interprétée que comme permettant que le droit communautaire en vigueur⁴³ puisse déroger à d'autres dispositions constitutionnelles. Dans l'exercice éventuel d'un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé, un équilibre doit être préservé entre deux types de normes constitutionnelles, la norme constitutionnelle de couverture, l'article 88-1, sur laquelle repose la primauté du droit communautaire, et les autres dispositions constitutionnelles susceptibles d'être invoquées à l'encontre du droit communautaire. Reconnaître qu'il est possible d'opposer de manière effective toutes les normes constitutionnelles au droit communautaire conduit à annihiler l'habilitation constitutionnelle de l'article 88-1. Or, la portée de cette habilitation, et plus largement celle du titre XV de la Constitution, revient à permettre que le droit communautaire en vigueur déroge à certains principes constitutionnels. En 1992, le pouvoir de révision constitutionnelle a en effet choisi la voie des révisions adjonction, en introduisant des dispositions constitutionnelles dérogoires aux autres dispositions constitutionnelles pour permettre la ratification du Traité de Maastricht dont certaines de ses stipulations avaient été déclarées contraires à la Constitution par le juge constitutionnel. Quelle peut être alors la portée dérogoire autorisée au droit communautaire par l'article 88-1 si toutes les normes constitutionnelles peuvent lui être opposées ? On pourra objecter que la portée dérogoire ne concerne pas tant l'article 88-1, à l'énoncé déclaratif, mais plutôt les articles 88-2 et 88-3 qui prévoient pour chaque domaine concerné la possibilité de dérogation à la Constitution pour le droit communautaire. Il n'en demeure pas moins, qu'au-delà des révisions ponctuelles intervenues tardivement par rapport au

⁴³ La portée dérogoire ne vaut, de toute évidence, que pour le droit communautaire en vigueur, sous peine d'annihiler la portée de l'article 54 de la Constitution qui institue un contrôle de constitutionnalité *a priori* des engagements internationaux.

développement de la construction communautaire, l'article 88-1 constitue un appui constitutionnel autorisant le droit communautaire en vigueur à déroger à toutes les dispositions constitutionnelles qui ont été méconnues, au moins avant 1992, sans que la procédure de l'article 54 n'ait été mise en œuvre ou sans qu'elle n'ait abouti à une révision constitutionnelle. Contrairement à l'article 55 de la Constitution, l'article 88-1 ne contient pas une norme de conflit, posant le critère de résolution du conflit entre la loi et un engagement international, mais une norme d'habilitation, il est le fondement dans l'ordre interne du droit communautaire. Lorsque le choix de rattacher le droit communautaire à l'article 88-1 est fait, la portée de ce rattachement conduit à donner à cette disposition une fonction d'habilitation. Il est regrettable que le Conseil d'Etat n'ait pas suivi une telle orientation.

Le Conseil d'Etat, en tirant les conséquences ultimes de sa jurisprudence sur la primauté de la Constitution sur le droit communautaire et en suivant l'orientation du Conseil constitutionnel dans la décision du 10 juin 2004, se reconnaît compétent pour contrôler la constitutionnalité d'un acte réglementaire qui procède directement à la transposition de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive. L'arrêt du 8 février 2007 apparaît ainsi comme la conséquence de l'arrêt *Nicolo* qui reconnaît un fondement constitutionnel à la primauté du droit communautaire, mais également comme un reflux. Après avoir pendant près de dix-huit ans exercé un contrôle de conventionalité sur les lois et depuis plus de cinquante ans sur les actes réglementaires, le Conseil d'Etat s'autorise désormais un contrôle de constitutionnalité des directives communautaires. Ces deux types de contrôle ne sont pas sans entretenir de forts liens entre eux. Devant le Conseil constitutionnel, le principe d'un contrôle indirect des directives par l'intermédiaire des lois de transposition⁴⁴ a précédé de peu la reconnaissance de sa compétence propre pour contrôler la conformité d'une loi à la directive qu'elle a pour objet de transposer⁴⁵. En outre, l'exercice de ce dernier contrôle de régularité communautaire exige un contrôle préalable de la conformité de la directive avec les règles ou les principes inhérents à l'identité constitutionnelle. Ainsi, le contrôle du respect d'une directive communautaire par le législateur impose la vérification préalable du respect par cette directive de l'identité constitutionnelle de la France⁴⁶. Le contrôle de « conventionalité » suppose un contrôle de constitutionnalité préalable. Il n'est donc admissible que s'il est certain que son exercice ne conduit pas à sanctionner le respect d'un principe ou d'une règle contraire à la Constitution. Et si devant le Conseil d'Etat l'ultime conséquence de l'arrêt *Nicolo* se trouvait-elle là ? *Quod principi placuit legis habet vigor*.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Perpignan

⁴⁴ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique*, précitée.

⁴⁵ De manière implicite : C.C., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *C.P.E*, *JORF*, 2 avril 2006, p. 4964. ; de manière explicite : C.C., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, précitée.

⁴⁶ C.C., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, précitée, Cons. n° 19.