

Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne

Fabrice PICOD, *Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas*

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 18 (DOSSIER : CONSTITUTION ET EUROPE) - JUILLET 2005

S'interroger sur la constitutionnalité d'un règlement, d'une directive ou d'une décision adoptée par une institution de l'Union européenne ne paraît pas devoir s'imposer avec la même force aux yeux de tous les juristes de droit public. Les constitutionnalistes les plus vigilants estimeront qu'une telle question doit être posée en vue de s'assurer du respect de la norme suprême. Les juristes, non moins vigilants, qui tiennent le droit communautaire et, désormais, le droit de l'Union européenne pour supérieurs à toute norme de droit national, fût-elle constitutionnelle, n'admettent pas qu'une règle de droit européen puisse être tenue en échec par une règle constitutionnelle de source étatique.

La question de la constitutionnalité des actes adoptés par les institutions des Communautés européennes a longtemps paru devoir rester théorique en France tant en raison des matières régies par les normes susceptibles d'entrer en conflit que des voies d'accès à un tel contrôle.

Soulevée à plusieurs reprises devant les juridictions constitutionnelles allemande et italienne dès la fin des années soixante ⁽¹⁾, la question allait rester figée en France pendant de nombreuses années ⁽²⁾. Le bloc de constitutionnalité étant étendu, à partir de 1971, aux droits de l'homme consacrés par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et par le Préambule de la Constitution de 1946, des risques d'incompatibilité devaient normalement surgir entre les actes des institutions communautaires couvrant un champ d'action élargi et les règles et principes de valeur constitutionnelle. L'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois allait conduire à considérer la question de la constitutionnalité du droit communautaire dérivé de manière réductrice.

Soucieux de renforcer sa légitimité et son autorité, le Conseil constitutionnel allait développer une jurisprudence qui ne paraissait pas favorable aux contrôles croisés consistant à mêler des éléments issus d'ordres juridiques distincts dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois prévu par l'article 61 de la Constitution. Ainsi, dans sa décision *JVG* du 15 janvier 1975, il considérait qu'« une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution » ⁽³⁾. Cette prise de position ne paraissait guère favorable à une confrontation d'un acte de droit communautaire dérivé, en particulier une directive, avec la Constitution à l'occasion d'un recours dirigé contre une loi d'application ou de transposition d'un acte de droit communautaire dérivé.

À plusieurs reprises, la question de la constitutionnalité d'un acte de droit communautaire dérivé a été éludée par le Conseil constitutionnel.

L'appréciation singulière de la loi organique de transposition d'une directive par rapport à la Constitution s'est inscrite dans un contexte particulier tenant notamment à ce qu'il revenait au Conseil constitutionnel, conformément à la volonté du constituant, de s'assurer que la loi organique prévue par l'article 88-3 de la Constitution respectait tant l'article 8-B du traité CE, relatif au droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections municipales, que la directive adoptée par le Conseil de l'Union européenne pour la mise en oeuvre de ce droit ⁽⁴⁾. On ne pouvait guère considérer que cette décision ouvrait une voie de contrôle de constitutionnalité du droit dérivé. Cette décision pouvait en revanche être interprétée comme une manifestation de l'extension du contrôle du Conseil constitutionnel au regard de règles de droit de l'Union et des Communautés européennes auxquelles les articles 88-1 à 88-3 de la Constitution faisaient désormais expressément référence.

L'extension corrélatrice des compétences des Communautés européennes et la création de l'Union européenne en 1992 devaient avoir pour effet d'accroître les hypothèses de contrariété entre les actes de droit dérivé imposant l'adoption d'une loi et les règles et principes de valeur constitutionnelle. Saisi à plusieurs reprises de demandes visant des lois de transposition de directives communautaires, le Conseil constitutionnel s'était abstenu, jusqu'à présent, de prendre clairement position ⁽⁵⁾.

C'est dans sa décision du 10 juin 2004, relative à la *loi pour la confiance dans l'économie numérique* ⁽⁶⁾, que le Conseil constitutionnel a pris, pour la première fois, position sur cette question. Alors que cette loi visait à assurer la transposition de la directive 2000/31/CE, du Parlement et du Conseil, du 8 juin 2000, relative au commerce électronique, les auteurs de la requête s'étaient limités à invoquer des violations de droits et principes tirés du bloc de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a toutefois jugé utile de faire référence, immédiatement après la Constitution et la loi organique le concernant, au traité instituant la Communauté européenne et au traité sur l'Union européenne ainsi qu'à la directive communautaire que la loi visait à transposer.

L'examen de la demande a conduit le Conseil constitutionnel à déclarer quelques dispositions d'un article de la loi contraires à la Constitution sans qu'une telle déclaration n'affecte la validité de la directive que la loi visait à transposer. S'agissant des dispositions qui découlaient directement de la directive, il a considéré que ces dispositions se bornaient à « tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du 1 de l'article 14 de la directive susvisée sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer »⁽⁷⁾. On aurait pu voir dans ce considérant une application de la théorie de la « directive-écran », mais il apparaît que la directive ne fera pas toujours écran au contrôle dans la mesure où le Conseil constitutionnel réserve le cas dans lequel il pourrait être fait obstacle à l'exigence constitutionnelle de transposition d'une directive « en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution »⁽⁸⁾.

Le Conseil constitutionnel aura l'occasion de réitérer cette affirmation dans plusieurs décisions du mois de juillet 2004⁽⁹⁾ et ainsi de forger une jurisprudence à laquelle il s'est référé dans sa récente décision du 19 novembre 2004⁽¹⁰⁾.

Un tel contrôle pourrait, selon nous, présenter un risque d'altération du contrôle de constitutionnalité des lois (I) et créer une nouvelle brèche dans la recherche d'unité du droit de l'Union européenne (II).

I. Un risque d'altération du contrôle de constitutionnalité des lois

On sait que le contrôle de constitutionnalité des lois prévu par l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, a été conçu de manière non restrictive par le Conseil constitutionnel si l'on considère les sources du droit prises en considération, en particulier les lois organiques⁽¹¹⁾, et les techniques utilisées, en particulier les réserves d'interprétation⁽¹²⁾. Cela étant, le Conseil constitutionnel a tenu à souligner que l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas « un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen »⁽¹³⁾. Telle est l'étendue du contrôle de constitutionnalité des lois prévu par la Constitution.

En envisageant d'examiner si les dispositions d'une loi de transposition « se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive et en émettant une réserve de constitutionnalité se rapportant à « une disposition expresse contraire de la Constitution »⁽¹⁴⁾, le Conseil constitutionnel ouvre la voie à une altération du contrôle de constitutionnalité tel qu'il l'avait conçu.

En ce qui concerne la première opération, consistant à se demander si la loi de transposition dépasse ou non le cadre des obligations imposées par la directive, elle pourrait conduire à vérifier indirectement la compatibilité de la loi avec la directive⁽¹⁵⁾. Certes, la référence à l'article 88-1 de la Constitution qui, selon lui, impose, entre autres, la transposition en droit interne des directives communautaires devrait lui permettre de ne pas étendre formellement le bloc de constitutionnalité. Toutefois, le contrôle qu'il sera amené à effectuer, au même titre qu'une juridiction ordinaire qui vérifie, conformément aux exigences de la Cour de justice⁽¹⁶⁾, que la loi de transposition applicable dans un litige est ou non compatible avec la directive invoquée, conduit non seulement à une banalisation de son office mais également à une extension de sa mission.

En ce qui concerne le second élément, consistant en une réserve de constitutionnalité, il peut conduire le Conseil constitutionnel à se demander si la directive que la loi vise à transposer n'enfreint pas une disposition expresse de la Constitution. Outre la maladresse de la formulation retenue qui laisse planer une ambiguïté certaine⁽¹⁷⁾, on peut regretter que le Conseil constitutionnel ait à se livrer à ce type d'appréciation dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois prévu par l'article 61 de la Constitution, dans la mesure où son contrôle se déplace, la loi n'étant plus que l'instrument qui permet de déclencher son contrôle.

Mais il y a plus grave : la prise de position du Conseil constitutionnel vient heurter la jurisprudence de la Cour de justice qui a tenté de préserver l'unité du droit de l'Union européenne.

II. Une nouvelle brèche dans la recherche d'unité du droit de l'Union européenne

Loin de nier la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes en ce qui concerne l'appréciation de validité du droit dérivé, le Conseil constitutionnel en a rappelé le principe mais a assorti ce dernier d'une réserve dite de constitutionnalité qui en affaiblit considérablement la portée.

En indiquant qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Constitution, « il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne »⁽¹⁸⁾, le Conseil constitutionnel laisse entendre qu'il pourrait exercer un contrôle de la validité de la loi de transposition et ainsi de la directive communautaire dont elle tire les conséquences nécessaires dès lors que

cet ensemble se heurte à une disposition expresse de la Constitution.

Une telle prise de position va à l'encontre d'une jurisprudence constante de la Cour de justice qui s'est efforcée de préserver l'unité du droit communautaire en veillant à ce que, d'une part, d'autres instances ne déclarent l'invalidité de ce droit, issu d'« un ordre juridique propre »⁽¹⁹⁾, indépendamment d'une appréciation de la Cour de justice en ce sens, et que, d'autre part, la validité du droit communautaire ne puisse pas être appréciée par rapport au droit national.

Il convient d'observer que les voies d'accès à la Cour de justice et, désormais, au Tribunal de première instance des Communautés européennes en vue d'un contrôle de la légalité des actes communautaires sont nombreuses et variées : recours en annulation, recours en carence, recours en responsabilité, exception d'illégalité⁽²⁰⁾ ... De surcroît, leur efficacité ne saurait être sérieusement mise en doute⁽²¹⁾. On a certes fréquemment observé, et souvent à juste titre, que ces voies de droit étaient insuffisamment accessibles aux individus lorsqu'il s'agissait de contester des actes normatifs de l'Union européenne⁽²²⁾. Il reste que les individus sont souvent en mesure de saisir une juridiction nationale laquelle dispose du pouvoir de soumettre à la Cour de justice, sur le fondement de l'article 234 du traité CE, des questions d'appréciation de validité des actes des institutions de l'Union européenne.

Lorsque la contestation a lieu devant une juridiction nationale, celle-ci peut être tenue d'interroger la Cour de justice, sur renvoi préjudiciel, d'une question d'appréciation de validité de l'acte communautaire de droit dérivé, cette appréciation étant opérée par rapport aux principes généraux de droit et aux dispositions des traités institutifs, autrement dit par rapport aux seules sources de droit communautaire. Bien que l'article 234 du traité CE n'impose une obligation de renvoi qu'aux juridictions dont les décisions sont insusceptibles de recours en droit national, la Cour de justice a ajouté à cette obligation prescrite une obligation générale qui pèse sur toutes les juridictions nationales, en leur refusant le pouvoir de se prononcer sur l'invalidité d'un acte communautaire⁽²³⁾. Les juridictions nationales ne sont pas pour autant incompétentes pour examiner les moyens d'invalidité. Elles peuvent les rejeter mais ne peuvent pas, de leur propre autorité, les accueillir. En cas de doute, elles sont tenues de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel. Cette jurisprudence trouve une justification dans la nécessité de préserver l'unité de l'ordre juridique communautaire⁽²⁴⁾.

C'est la même exigence d'unité de l'ordre juridique communautaire qui a conduit la Cour de justice à considérer, dès 1970, que « l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État »⁽²⁵⁾. La Cour a souligné avec fermeté que le droit né du traité ne pouvait se voir opposer des règles de droit national, fussent-elles de nature constitutionnelle, « sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base de la Communauté elle-même »⁽²⁶⁾. Après s'être engagée très clairement dans la voie de la protection des droits fondamentaux, la Cour a rappelé avec force que la question relative à une atteinte à de tels droits par un acte d'une institution ne pouvait être appréciée « autrement que dans le cadre du droit communautaire lui-même » et que « l'introduction de critères d'appréciation particuliers, relevant de la législation ou de l'ordre constitutionnel d'un État membre déterminé, du fait qu'elle porterait atteinte à l'unité matérielle et à l'efficacité du droit communautaire, aurait inéluctablement pour effet de rompre l'unité du marché commun et de mettre en péril la cohésion de la Communauté »⁽²⁷⁾.

Il apparaît dès lors clairement que la position du Conseil constitutionnel est en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice dans la mesure où elle est susceptible de remettre en cause, certes indirectement, la validité de la directive⁽²⁸⁾.

(1) V. notamment à ce sujet C. Walter, « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *RD publ.* 1997, n° 5, pp. 1285 et s. et M. De Dominicis et A. Natali, *Il percorso costituzionale italiano dell'ordinamento comunitario*, Napoli, Editoriale scientifica, 2001.

(2) V. notamment L. Dubouis, « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *Mélanges Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 205 et s., puis « Le contrôle de compatibilité des décisions de l'Union européenne avec la Constitution française », in *Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 331 et s.; P. Gaïa, « Le contrôle de constitutionnalité des normes communautaires », in H. Gaudin (dir.), *Droit constitutionnel. Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001, pp. 39 et s.

(3) Cons. const., n° 74-54 DC, *Rec.* 19, cons. 5.

(4) Cons. const., n° 98-400 DC, *Rec.* 251, cons. 4.

(5) V. notamment, après 1992, Cons. const., n° 94-348 DC, du 3 août 1994, *RJCI*, p. 602 ; Cons. const., n° 96-383 DC, du 6 nov. 1996, *RJCI*, p. 686.

(6) Cons. const., n° 2004-496 DC, *JORF* du 22 juin 2004, p. 11182.

(7) Cons. 9.

(8) Cons. 7.

- (9) Cons. const., n° 2004-497 DC du 1^{er} juill. 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, cons. 18, *JORF* du 10 juill. 2004, p. 12506 ; Cons. const., n° 2004-498 DC du 29 juill. 2004, *Loi relative à la bioéthique*, cons. 4, *JORF* du 7 août 2004, p. 14077 ; Cons. const., n° 2004-499 DC du 29 juill. 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, cons. 7, *JORF* du 7 août 2004, p. 14087.
- (10) Cons. const., n° 2004-505 DC du 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, septième visa, *JORF* 24 nov. 2004, p. 19885.
- (11) V. en premier lieu, Cons. const., n° 60-8 DC, du 11 août 1960, cons. 3, *Rec.* 25.
- (12) V. notamment, Cons. const., n° 80-127 DC, des 19 et 20 janv. 1981, cons. 64, *Rec.* 15, puis Cons. const., n° 84-181 DC, des 10 et 11 oct. 1984, cons. 51, *Rec.* 73.
- (13) Cons. const., n° 80-127 DC, des 19 et 20 janv. 1981, cons. 12, *Rec.* 15.
- (14) Cons. const., n° 2004-496 DC, *op. cit.*
- (15) Concernant une telle hypothèse de vérification, v. A. Levade, « Les Sages ne disent pas ce qu'on voudrait leur faire dire ! », *Le Figaro* 18 juin 2004, p. 12 ; B. Mathieu, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », *D.* 2004, n° 25, pp. 1739 et s., spéc. p. 1740 ; M. Gautier et F. Melleray, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *AJDA* 26 juill. 2004, pp. 1537 et s., p. 1539 ; J. Roux, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *RD publ.* 2004, n° 4, pp. 912 et s., spéc. p. 922 ; P.-Y. Monjal, « La Constitution, toute la Constitution, rien que le droit communautaire... », *Les petites affiches* 12 août 2004, pp. 16 et s., spéc. p. 19 ; B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFD adm.* juill.-août 2004, pp. 651 et s., spéc. p. 661.
- (16) CJCE, 1^{er} févr. 1977, *Nederlandse Ondernemingen*, aff. 51/76, *Rec.* 113, point 24 ; CJCE, 5 avr. 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.* 1629, point 23.
- (17) V. à ce sujet les interrogations de J. Arrighi de Casanova, « La décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes », *AJDA* 26 juill. 2004, pp. 1534 et s., spéc. p. 1537 ; M. Verpeaux, « Contrôle de la loi transposant une directive communautaire », *Dr. adm.* août-sept. 2004, pp. 27 et s., spéc. p. 29 ; M. Gautier et F. Melleray, *op. cit.*, p. 1540 ; J. Roux, *op. cit.*, p. 928 ; B. Genevois, *op. cit.*, p. 658.
- (18) Cons. const., n° 2004-496 DC, *op. cit.*, cons. 7.
- (19) Selon l'expression consacrée à partir de l'arrêt *Costa*: CJCE, 15 juill. 1964, *Costa*, aff. 6/64, *Rec.* 1141, spéc. p. 1158.
- (20) Respectivement ar. 230, 232, 235 et 241 du traité CE.
- (21) V. notamment H. G. Schermers et D. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, The Hague, Kluwer, 6^e éd., 2002.
- (22) V. notamment sur l'ensemble du problème P. Cassia, *L'accès des personnes physiques et morales au juge de la légalité des actes communautaires*, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », Paris, Dalloz, 2002.
- (23) CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, *Rec.* 4199, points 14-15 ; CJCE, 15 avr. 1997, *Bakers of Nailsea*, aff. C-27/95, *Rec.* I-1847.
- (24) CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, *Rec.* 4199, points 16-17.
- (25) CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* 1125, point 3 ; CJCE, 17 oct. 1989, *Dow Chemical Ibérica et a. c/ Commission*, aff. jointes 97/87 à 99/87, *Rec.* 3165, point 38. V. également, selon une formulation quasi identique, CJCE, 8 oct. 1986, *Keller*, aff. 234/85, *Rec.* 2897, point 7.
- (26) CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* 1125, point 3. V. ultérieurement, dans des termes identiques, CJCE, 21 mai 1987, *Albako*, aff. 249/85, *Rec.* 2345, point 14.
- (27) CJCE, 13 déc. 1979, *Hauer*, aff. 44/79, *Rec.* 3727, point 14.
- (28) *Contra*, B. Genevois, *op. cit.*, p. 661, qui observe que le Conseil ne se prononce ni directement, ni indirectement sur la validité de la directive.