



**HAL**  
open science

# Le refus du Conseil constitutionnel de contrôler une directive portant transposition d'une directive communautaire

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. Le refus du Conseil constitutionnel de contrôler une directive portant transposition d'une directive communautaire. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2004, pp.594-598. halshs-01889448

**HAL Id: halshs-01889448**

**<https://shs.hal.science/halshs-01889448>**

Submitted on 6 Oct 2018

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

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

## **Le refus du Conseil constitutionnel de contrôler une loi portant transposition d'une directive communautaire**

**(Décis. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, JO 22 juin 2004, p. 11182 ; RFDA 2004.651, note B. Genevois ; AJDA 2004.1534, note Arrighi de Casanova, note M. Gautier et F. Melleray, chroniques M. Verpeaux et P. Cassia ; D. 2004.1739, point de vue B. Mathieu ; J.-E. Schoettl, Petites affiches, n° 122, 18 juin 2004.10)**

**Rafael Encinas de Munagorri, Professeur à l'Université de Nantes**

**Revue trimestrielle de droit civil, 2004, p. 605.**

« Le droit européen prime désormais sur la Constitution française ». Pareil titre d'un quotidien du soir (Le Monde daté du 17 juin 2004) était destiné à retenir l'attention. Au lendemain des résultats des élections européennes, il était de nature à raviver les cendres encore chaudes des combats entre nationaux « souverainistes » et européens convaincus. Ce titre avait aussi de quoi faire sourire le juriste averti de la complexité des rapports du Conseil constitutionnel avec le droit communautaire.

Il était certes question d'une décision importante : le Conseil constitutionnel n'exerce plus en principe son contrôle sur une loi portant transposition d'une directive communautaire. Que la loi déférée portant transposition de la directive communautaire n° 2000/301/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique ait eu pour objet la confiance dans l'économie numérique (devenue L. n° 2004-575, JO 22 juin 2004, p. 11168), que le problème de constitutionnalité posé ait concerné la conformité des articles relatifs à la responsabilité des hébergeurs au regard de la liberté de communication, des droits de la défense et du droit à un procès équitable ne donnera pas lieu à commentaire (V. J.-E. Schoettl, Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel, Petites affiches, n° 122, 2004.10). Ce qui retient surtout l'attention, c'est le caractère général de la solution : « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire à la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, 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 de l'Union européenne ». Or, en l'espèce, les textes concernés « se bornent 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 de se prononcer ».

Quelle est la signification de cette décision du Conseil constitutionnel ? Comment apprécier sa portée du point de vue des sources du droit ? Répondre à ces questions invite à envisager deux thèmes généraux : le contrôle du Conseil constitutionnel français ; les rapports entre droit interne et droit communautaire. En vérité, ces deux thèmes se nouent en une question épineuse : le Conseil constitutionnel peut-il maintenir l'exercice de son contrôle sur les lois françaises dans le respect des traités du droit communautaire et du droit dérivé qui en est issu ? L'interrogation n'est pas nouvelle (L. Dubouis, Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne, L'Europe et le droit, Mélanges Boulouis, Dalloz, 1991, p. 205) et a donné lieu à de stimulantes confrontations entre « communautaristes » et « constitutionnalistes » pour reprendre le jargon des chapelles académiques (V. H. Gaudin (dir.), Droit constitutionnel, Droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?, Economica/PUAM, 2001, not. rap. introductif C. Blumann). Partir du droit communautaire pour aller vers le droit constitutionnel français n'est pas un mauvais fil directeur pour apprécier la solution du 10 juin 2004.

Selon la Cour de justice des Communautés européennes, « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les membres ont limité, bien que dans des domaines restreints leurs droits souverains » (CJCE 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. p. 1). Enoncée à l'âge d'or du droit communautaire, l'affirmation allait bien vite se traduire sur le plan normatif. « Issu d'une source autonome, le droit né du Traité ne pourrait donc, en raison de sa nature

spécifique originale, se voir judiciairement opposé un texte interne quel qu'il soit » (CJCE 15 juill. 1964, *Costa*, aff. 6/64, Rec. p. 1141). Il fallait entendre, y compris les textes constitutionnels nationaux (CJCE 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1125). Ainsi, un « Etat membre ne saurait exciper de difficultés internes ou de dispositions de son ordre juridique national, même constitutionnel, pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant de directives communautaires » (CJCE 6 mai 1980, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. 102/79, Rec. p. 1473).

Les juridictions nationales ou communautaires ne gardent pas moins leurs compétences respectives. Si les « juridictions nationales ... ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires » (CJCE 22 oct. 1987, *Foto-Frost*, Rec. p. 4199), de manière réciproque la Cour de justice « n'a pas compétence pour annuler les actes législatifs ou administratifs d'un des Etats membres » (CJCE 16 déc. 1960, *Humblet*, aff. 6/60, Rec. p. 1125). La validité d'une directive est donc appréciée par la Cour de justice des Communautés européennes, celle des actes portant sa transposition en droit interne, par les juridictions nationales. La compétence des juridictions internes est donc préservée, en particulier celle des cours constitutionnelles. Reste à chacune de délimiter l'étendue de son contrôle de manière appropriée (V. Cah. Cons. const. n° 4).

D'après la conception moniste retenue en France, les normes internationales sont directement intégrées en droit interne (La norme internationale en droit français, Etude du Conseil d'Etat, Doc. fr. 2000, p. 24-25). Leur application ne résulte pas d'un mécanisme de réception spécifique car l'ordre juridique interne et international ne font qu'un du point de vue des normes applicables, de même d'ailleurs que l'ordre communautaire. Toutefois, selon cette conception, l'ordre juridique interne reste celui de référence : c'est le monisme avec primauté étatique. Elle s'oppose au monisme avec primauté internationale ou encore, ce qui est différent, à la primauté du droit communautaire (D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3<sup>e</sup> éd. 2001, n° 323). Raisonner à partir de la conception retenue par les juges français conduit à affirmer que le droit international produit ses effets sur le fondement du droit national, conformément aux règles posées dans le titre VI de la Constitution française intitulé « Des traités et accords internationaux ». On pourrait dire de même du droit communautaire, à la différence près que, depuis la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, il a suscité l'adoption d'un titre XV de la Constitution française : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne ».

Quel est le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les lois nationales portant transposition d'une directive communautaire ? La décision du 10 juin 2004 le précise. Elle s'inscrit dans une évolution par laquelle le Conseil constitutionnel a, depuis sa création en 1958, tracé par touches successives les frontières de son contrôle. Le problème des normes de référence du contrôle de constitutionnalité mérite d'être distingué de celui des actes contrôlés par le Conseil constitutionnel.

Pour les normes de référence, il faut partir d'une évidence : le Conseil constitutionnel contrôle la conformité d'un acte à la Constitution. L'affirmation serait une lapalissade si le Conseil s'était tenu au texte de la Constitution du 4 octobre 1958. Toutefois, par sa fameuse décision du 16 juillet 1971, le Conseil a intégré parmi les normes de référence la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946 (L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 19). Ce bloc de constitutionnalité comprend aussi, par renvoi, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République auquel le Préambule fait référence, ou encore les objectifs de valeur constitutionnelle et les lois organiques (F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 28<sup>e</sup> éd. 2003, p. 772).

Disposant d'une autorité supérieure à celle des lois en vertu de l'article 55 de la Constitution, les traités et accords internationaux régulièrement approuvés ou ratifiés auraient pu être intégrés au bloc de constitutionnalité. Par une décision du 15 janvier 1975 (décis. n° 74-54 DC, Rec. p. 19), le Conseil constitutionnel en a décidé autrement : « une loi contraire à un Traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution » et « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ». Ce refus de contrôle fut justifié pour l'essentiel par l'impossibilité de vérifier le respect de la condition de réciprocité posée à l'article 55 de la Constitution. Il laissait ainsi le champ libre à la Cour de cassation (Civ. 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, D. 1975.497, concl. A. Touffait

; obs. crit. F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd. t. 1, 2000, n° 2) et au Conseil d'Etat (CE Ass. 20 oct. 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190, concl. Frydman, D. 1990.135, note P. Sabourin ; pour son application à une directive communautaire, V. N. Molfessis, RTD civ. 2000.194) pour exercer ce contrôle dit de conventionnalité, c'est-à-dire de conformité de la loi au Traité, contrôle alors exercé par voie d'exception et non par voie d'action et pouvant conduire à écarter l'application de la loi nationale au profit d'une règle internationale ou communautaire.

En définitive, si le Conseil constitutionnel a étendu les normes de référence du bloc de constitutionnalité, il s'est limité aux seules normes de droit interne, à l'exclusion des textes internationaux, y compris du droit européen, alors même que la condition de réciprocité n'est pas requise pour l'application du droit communautaire ou celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette solution ne contribue guère à la cohérence du contrôle de constitutionnalité et reste souvent contestée (V. M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd. 2000, p. 45.) Fondée sur l'article 88-1 de la Constitution, la décision du 10 juin 2004 ne remet pourtant pas en cause cette délimitation des normes de références.

S'agissant du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, il importe de se référer au texte de la Constitution. L'article 54 prévoit la singulière question de la constitutionnalité des traités. « Si le Conseil constitutionnel ... a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ». La règle est astucieuse et permet de prévenir une éventuelle contrariété de la Constitution à des engagements internationaux à venir. De deux choses l'une : soit les gouvernants renoncent à l'adoption du traité ou s'efforcent de le renégocier, soit ils entendent l'adopter mais doivent alors entreprendre une révision de la Constitution. Dans ce cas, la Constitution est donc révisée pour devenir conforme aux traités ! Par une décision du 9 avril 1992, le Conseil constitutionnel a ainsi déclaré certaines stipulations du Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 non conforme à la Constitution, ce qui allait emporter révision de cette dernière, par l'insertion d'un nouveau titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne ». En revanche, l'article 54 de la Constitution ne permet d'exercer aucun contrôle sur les actes non soumis à ratification, en particulier le droit dérivé de l'Union européenne, règlements ou directives communautaires. Cette situation a pu sembler paradoxale : si les traités originaires pouvaient être déférés au Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54, il n'en allait pas de même du droit dérivé. A tel point que MM Mazeaud et Pasqua, alors députés RPR, avaient déposé en 1996 une proposition de révision constitutionnelle prévoyant la possibilité de déférer un projet d'acte communautaire au Conseil constitutionnel, dans les mêmes conditions que celles prévues par l'article 54 Constitution pour les engagements internationaux.

L'article 61 de la Constitution prévoit un contrôle obligatoire sur les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires et un contrôle facultatif sur les autres lois. Ces dernières ne concernent pas le seul droit interne. En premier lieu, le Conseil constitutionnel a considéré, par une interprétation prétorienne, qu'il pouvait s'agir, de lois autorisant la ratification ou l'approbation d'un engagement international (décis. n° 76-71 DC du 30 déc. 1976, Rec. p. 15). En second lieu, les lois nationales peuvent porter sur les modalités d'application d'un règlement communautaire ou sur la transposition d'une directive. Dans ce premier cas, le Conseil constitutionnel avait déjà eu l'occasion de décider que « les répercussions de la répartition des compétences ainsi opérée entre les institutions communautaires et les autorités nationales ... ne sont que la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France qui sont entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution ; que, dans ces conditions les dispositions de la loi ... ne sont contraires à aucune règle ni aucun principe ayant valeur constitutionnelle » (décis. n° 77-90 DC du 30 déc. 1977, Rec. p. 44 ; P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs*, 1978.187). Dans le second cas, c'est-à-dire celui de la transposition d'une directive, le Conseil constitutionnel reprend, dans sa décision du 10 juin 2004, une analyse comparable quoique fondée sur l'article 88-1 de la Constitution résultant de la révision constitutionnelle du 25 juillet 1992.

Toutefois, la solution est à la fois plus audacieuse et plus prudente. L'audace, si l'on ose dire, c'est de maintenir l'éventualité d'un contrôle en présence d'une disposition expresse de la directive qui serait contraire à la Constitution. Elle est confirmée par le juge constitutionnel pour le droit communautaire de la position adoptée par le Conseil d'Etat (CE Ass. 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et*

*autres*, Rec. p. 190 ; M. Long *et al.* Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd. 2001, n° 103 ; RTD civ. 1999.232, obs. N. Molfessis), puis par la Cour de cassation (Ass. plén. 2 juin 2000, *Fraïsse*, Bull. Ass. plén. n° 4 ; R. Libchaber, RTD civ. 2000.673 ; D. 2000.865, note B. Mathieu et M. Verpeaux et chron. B. Beignier et S. Mouton) pour le droit international et la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans l'ordre juridique interne, la Constitution est la reine des sources. La prudence, c'est de poser le principe d'une absence de contrôle de la loi nationale lorsqu'elle se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de la directive communautaire. Elle est reconnue par le juge constitutionnel d'une spécificité des lois portant transposition exacte des directives communautaires. Le contrôle exercé sur les sources formelles du droit interne subit l'influence du droit communautaire matériel.

Sur le plan pratique, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi n'aurait d'ailleurs pas pour effet de paralyser l'application de la directive. Passé le délai prévu, ces dernières ont un effet direct : « dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent comme étant du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées ; à défaut de mesures d'application prises dans les délais » (CJCE 19 nov. 1991, *Francovitch*, aff. C-6/90, Rec. p. 5357). Quant à un éventuel conflit de normes, « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » (CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. p. 629).

Dans deux journaux datés du 17 juin, les premières réactions à la décision du 10 juin 2004 ont souligné tantôt le renforcement du contrôle du Conseil constitutionnel (A. Levade, *Le Figaro*) tantôt son atténuation (B. Mathieu, *Le Monde*) au profit de la construction communautaire. A la recherche d'une intégration des normes communautaires dans l'ordre juridique français s'oppose la logique inverse d'une intégration des normes françaises dans l'ordre juridique communautaire. Le Conseil constitutionnel s'efforce de concilier les deux, du côté de l'ordre juridique interne bien sûr ! Si les principes restent saufs, le contrôle se transforme. Par analogie avec la théorie de la loi écran (qui vise à justifier l'absence de contrôle par le Conseil d'Etat de la constitutionnalité des actes administratifs pris en application d'une loi), le second commentateur a pu évoquer la théorie de la « directive-écran » (D. 2004.1739) - qui permettrait de justifier l'absence de contrôle par le Conseil constitutionnel d'une loi nationale transposant une directive communautaire). L'analogie est séduisante, du moins si l'on souhaite reconnaître l'incidence du droit communautaire sur l'étendue du contrôle de constitutionnalité. Il n'est cependant pas certain qu'elle réponde à la conception que se fait le Conseil constitutionnel de son contrôle.

Dans le registre des théories *ad hoc*, on pourrait tout aussi bien proposer la théorie du domaine juridictionnel réservé : les juridictions établissent une répartition des compétences afin de conserver au mieux le monopole, ou du moins la maîtrise, des normes dont elles assurent le respect. A chacun son pré carré, ce qui n'exclut pas les tentatives d'empiétements ou les replis stratégiques. En bon joueur sur l'échiquier des contrôles juridictionnels, le Conseil constitutionnel a pris une position de défense qui peut servir d'attaque. Il en résulte un agencement subtil plutôt qu'un schéma simpliste dominé par la hiérarchie des normes. Il importe d'insister sur un point : les questions de primauté ne prennent sens qu'à partir d'un ordre juridique de référence. Un mouvement d'intégration réciproque des ordres juridiques nationaux et communautaire ne s'opère pas moins, sauf à concevoir l'Europe comme une construction juridique transnationale (F. Ost, *De la pyramide au réseau ?*, Publ. Facultés Univ. Saint-Louis, 2002, p. 65) qui ne pourrait être pensé juridiquement sur le mode d'un Etat.