

Numéro du document : GAJA/17/2009/0116

Publication : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 17e édition 2009, p. 892

Type de document : 116

Décision commentée : Conseil d'Etat, 08-02-2007 n° 287110

Indexation

DROIT COMMUNAUTAIRE

1. Application par le juge national
2. Directive communautaire
3. Transposition
4. Contrôle de constitutionnalité
5. Pouvoir du juge

DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES - TRANSPOSITION - CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE

CE Ass. 8 févr. 2007, SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET **LORRAINE ET AUTRES**

Lebon 55, concl. Guyomar. (RFDA 2007.384, concl. Guyomar ; RTDE 2007.378, concl., note Cassia ; AJ 2007.577, chr. Lenica et Boucher ; DA mai 2007, étude Gautier et F. Melleray ; Europe, mars 2007, p. 5, comm. D. Simon ; JCP 2007.II.10049, note Cassia ; JCP Adm. 2007.2081, note G. Drago ; LPA 28 févr. 2007, comm. Chaltiel ; RTD civ. 2007.80, comm. Encinas de Munagorri ; RMCUE 2007.335, comm. Chaltiel ; JCP Adm. 2007.I.166. § 2 et RJEP 2007.298, obs. Plessix ; RFDA 2007.564, 578, 601 et 789, notes Levade, Magnon, Roblot-Troizier Canedo-Paris ; LPA 8 juill. 2007, note Chrestia ; RTD civ. 2007.299, comm. Rémy-Corlay ; D. 2007.2272, note Verpeaux ; D. 2007.2742, comm. Deumier ; RD publ. 2007.1031, note Roux ; RRJ 2008.255, note Michéa ; Mélanges Gicquel p. 454, comm. Schrameck ; Mélanges Genevois p. 473, comm. Glaser)

Marceau **Long**, *Vice-président honoraire du Conseil d'Etat*
Prosper **Weil**, *Membre de l'Institut ; Professeur émérite à*
l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Guy **Braibant**, *Président de section honoraire au Conseil*
d'État

Pierre **Delvolvé**, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas*
(Paris II)

Bruno **Genevois**, *Président de section du Conseil d'État*

Sur le cadre juridique du litige

Cons. qu'afin de favoriser la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 a établi un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne ; que l'annexe I de la directive fixe la liste des activités auxquelles elle s'applique ; qu'aux termes de son article 4 : « Les Etats membres veillent à ce que, à partir du 1^{er} janvier 2005, aucune installation ne se livre à une activité visée à l'annexe I entraînant des émissions spécifiées en relation avec cette activité, à moins que son exploitant ne détienne une autorisation [...] » ; qu'aux termes de son article 6, l'autorisation d'émettre des gaz à effet de serre emporte notamment : « e) L'obligation de restituer, dans les quatre mois qui suivent la fin de chaque année civile, des quotas correspondant aux émissions totales de l'installation au cours de l'année civile écoulée [...] » ; que l'article 9 de la directive prévoit que, pour la période de trois ans qui débute le 1^{er} janvier 2005, puis pour les

périodes de cinq ans suivantes, chaque Etat membre doit élaborer un plan national d'allocation de quotas précisant la quantité totale de quotas qu'il a l'intention d'allouer pour la période considérée ; qu'aux termes de son article 10 : « Pour la période de trois ans qui débute le 1^{er} janvier 2005, les Etats membres allocationnent au moins 95 % des quotas à titre gratuit. Pour la période de cinq ans qui débute le 1^{er} janvier 2008, les Etats membres allocationnent au moins 90 % des quotas à titre gratuit » ; qu'en vertu de son article 11, il appartient à chaque Etat membre, sur la base de son plan national d'allocation des quotas, de décider, pour chaque période, de la quantité totale de quotas qu'il allouera et de l'attribution de ces quotas à l'exploitant de chaque installation, une partie de la quantité totale de quotas étant délivrée chaque année ; que son article 12 pose le principe selon lequel les quotas peuvent être transférés d'une personne à l'autre dans la Communauté ;

Cons. que l'ordonnance du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre a procédé à la transposition en droit interne de celles des dispositions de la directive du 13 octobre 2003 qui relèvent du domaine de la loi ; qu'elle a, à cette fin, introduit au chapitre IX du titre II du livre II du Code de l'environnement une section 2, intitulée « Quotas d'émission de gaz à effet de serre », comprenant les articles L. 229-5 à L. 229-19, dont les modalités d'application sont renvoyées à un décret en Conseil d'Etat ; qu'a été pris, sur ce fondement, le décret n° 2004-832 du 19 août 2004, modifié par le décret n° 2005-189 du 25 février 2005 ; que, par ailleurs, le plan national d'affectation des quotas d'émission de gaz à effet de serre pour la période 2005-2007 a été approuvé par le décret n° 2005-190 du 25 février 2005 ;

Cons. que la société Arcelor Atlantique et Lorraine et les autres requérants ont demandé le 12 juillet 2005 au président de la République, au Premier ministre, au ministre de l'Ecologie et du Développement durable et au ministre délégué à l'Industrie, à titre principal, l'abrogation de l'article 1^{er} du décret n° 2004-832 du 19 août 2004 en tant qu'il rend applicable ce décret aux installations du secteur sidérurgique et, à titre subsidiaire, celle des I et II de l'article 4 et de l'article 5 de ce décret ; que la présente requête tend à l'annulation des décisions implicites de rejet qui leur ont été opposées et à ce qu'il soit enjoint aux autorités compétentes de procéder aux abrogations en cause ;

Considérant que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ;

Sur les conclusions dirigées contre le refus d'abroger l'article 1^{er} du décret :

Cons. qu'aux termes de l'article 1^{er} du décret du 19 août 2004 : « Le présent décret s'applique 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, au titre de leurs rejets de dioxyde de carbone dans l'atmosphère, à l'exception des installations ou parties d'installations utilisées pour la recherche, le développement et l'expérimentation de nouveaux produits et procédés » ; qu'aux termes du point II-A de l'annexe au décret, sont visées au titre des activités de production et de transformation des métaux ferreux, les « installations de grillage ou de frittage de minerai métallique, y compris de minerai sulfuré » et les « installations pour la production de fonte ou d'acier (fusion primaire ou secondaire), y compris les équipements pour coulée continue d'une capacité de plus de 2,5 tonnes par heure » ;

Cons. que la soumission des activités de production et de transformation des métaux ferreux au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre est prévue par l'annexe I de la directive du 13 octobre 2003, dont l'annexe au décret du 19 août 2004 se borne à reprendre, à l'identique, le contenu ; qu'ainsi qu'il a été dit, la directive exclut la possibilité, pour un Etat membre, de soustraire des activités visées à l'annexe I au champ d'application du système ;

Cons., en premier lieu, que le pouvoir réglementaire ne pouvait donc, en l'espèce, se livrer à aucune appréciation quant au champ d'application du décret ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que celui-ci serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation ne peut qu'être écarté ;

Cons., en deuxième lieu, qu'est invoqué le moyen tiré de ce que l'article 1^{er} du décret méconnaîtrait le principe de sécurité juridique en tant que principe général du droit communautaire ; que, toutefois, la circonstance que les entreprises du secteur sidérurgique ne pourraient prévoir à quel prix elles devront, le cas échéant, acheter des quotas ne saurait caractériser une méconnaissance de ce principe ;

Cons., en troisième lieu, que les sociétés requérantes soutiennent que l'article 1^{er} du décret méconnaîtrait plusieurs principes à valeur constitutionnelle ;

Cons. que si, aux termes de l'article 55 de la Constitution, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous

réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux principes et dispositions à valeur constitutionnelle ; *qu'eu égard aux dispositions de l'article 88-1 de la Constitution, selon lesquelles « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences », dont découle une obligation constitutionnelle de transposition des directives, le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles ; qu'alors, si le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté, il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de 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 ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ;*

Cons. que les sociétés requérantes soutiennent que seraient méconnus le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, dès lors que l'inclusion des entreprises du secteur sidérurgique dans le système les placerait dans une situation où elles seraient contraintes d'acquiescer des quotas d'émission de gaz à effet de serre ; qu'en effet, le taux de réduction des émissions de gaz à effet de serre qui leur est imposé serait supérieur aux possibilités de réduction effective des émissions de gaz à effet de serre dont elles disposent en l'état des contraintes techniques et économiques ;

Cons. que le droit de propriété et la liberté d'entreprendre constituent des principes généraux du droit communautaire ; qu'ils ont, au regard du moyen invoqué, une portée garantissant l'effectivité du respect des principes et dispositions de valeur constitutionnelle dont la méconnaissance est alléguée ; qu'il y a lieu, dès lors, pour le Conseil d'Etat, de rechercher si la directive du 13 octobre 2003, en tant qu'elle inclut dans son champ d'application les entreprises du secteur sidérurgique, ne contrevient pas elle-même à ces principes généraux du droit communautaire ;

Cons. que la seule circonstance que les entreprises du secteur sidérurgique soient incluses dans le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre ne saurait être regardée comme portant atteinte aux principes généraux du droit communautaire qui garantissent le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, dès lors qu'une telle atteinte ne pourrait résulter, le cas échéant, que du niveau de réduction des émissions de gaz à effet de serre assigné à ce secteur dans le cadre du plan national d'allocation des quotas prévu par l'article 8 de la directive et approuvé par un décret distinct du décret contesté ;

Cons. que les sociétés requérantes mettent en cause également la méconnaissance du principe à valeur constitutionnelle d'égalité ;

Cons. qu'elles font valoir, tout d'abord, que les entreprises du secteur sidérurgique se trouveraient placées dans une situation différente de celles des autres entreprises soumises au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre et ne pourraient, dès lors, faire l'objet du même traitement ; que, cependant, le principe constitutionnel d'égalité n'implique pas que des personnes se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents ; qu'il suit de là que le moyen ne saurait être utilement invoqué ;

Cons., toutefois, que les sociétés requérantes soutiennent en outre que l'article 1^{er} du décret attaqué méconnaît le principe d'égalité au motif que les entreprises relevant de secteurs concurrents, notamment du plastique et de l'aluminium, et émettant des quantités équivalentes de gaz à effet de serre, ne sont pas assujetties au système d'échange de quotas ;

Cons. que le principe d'égalité, dont l'application revêt à cet égard valeur constitutionnelle, constitue un principe général du droit communautaire ; qu'il ressort de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que la méconnaissance de ce principe peut notamment résulter de ce que des situations comparables sont traitées de manière différente, à moins qu'une telle différence de traitement soit objectivement justifiée ; que la portée

du principe général du droit communautaire garanti, au regard du moyen invoqué, l'effectivité du respect du principe constitutionnel en cause ; qu'il y a lieu, dès lors, pour le Conseil d'Etat, de rechercher si la directive du 13 octobre 2003, en tant qu'elle inclut dans son champ d'application les entreprises du secteur sidérurgique, ne contrevient pas à cet égard au principe général du droit communautaire qui s'impose à elle ;

Cons. qu'il ressort des pièces du dossier que les industries du plastique et de l'aluminium émettent des gaz à effet de serre identiques à ceux dont la directive du 13 octobre 2003 a entendu limiter l'émission ; que ces industries produisent des matériaux qui sont partiellement substituables à ceux produits par l'industrie sidérurgique et se trouvent donc placées en situation de concurrence avec celle-ci ; qu'elles ne sont cependant pas couvertes, en tant que telles, par le système d'échange de quotas de gaz à effet de serre, et ne lui sont indirectement soumises qu'en tant qu'elles comportent des installations de combustion d'une puissance calorifique supérieure à 20 mégawatts ; *que si la décision de ne pas inclure immédiatement, en tant que telles, les industries du plastique et de l'aluminium dans le système a été prise en considération de leur part relative dans les émissions totales de gaz à effet de serre et de la nécessité d'assurer la mise en place progressive d'un dispositif d'ensemble, la question de savoir si la différence de traitement instituée par la directive est objectivement justifiée soulève une difficulté sérieuse* ; que, par suite, il y a lieu pour le Conseil d'Etat de surseoir à statuer sur les conclusions de la requête dirigées contre le refus d'abroger l'article 1^{er} du décret contesté jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée sur la question préjudicielle de la validité de la directive du 13 octobre 2003 au regard du principe d'égalité en tant qu'elle rend applicable le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre aux installations du secteur sidérurgique, sans y inclure les industries de l'aluminium et du plastique ;

Sur les conclusions dirigées contre le refus d'abroger les I et II de l'article 4 et l'article 5 du décret

Cons. qu'il résulte du sursis à statuer sur les conclusions principales des sociétés requérantes prononcé par la présente décision qu'il y a lieu pour le Conseil d'Etat, dans l'attente de la réponse de la Cour de justice des Communautés européennes à la question préjudicielle qui lui est posée, de différer son examen des conclusions de la requête dirigées contre le refus d'abroger les I et II de l'article 4 et l'article 5 du décret du 19 août 2004 ;

Décide :

(sursis à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée sur la question de la validité de la directive du 13 octobre 2003 au regard du principe d'égalité en tant qu'elle rend applicable le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre aux installations du secteur sidérurgique sans y inclure les industries de l'aluminium et du plastique).

Observations

1 L'arrêt *Sarran** du 30 octobre 1998 a affirmé la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne. Sans abandonner cette prise de position, le Conseil d'Etat, avec l'arrêt d'assemblée, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, rendu conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Guyomar, adapte les modalités de sa mise en oeuvre au contrôle qu'il exerce sur les actes réglementaires de transposition d'une directive communautaire.

Etait contestée la légalité d'un décret pris pour assurer la transposition de la directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. Pour parvenir à une réduction des émissions, la directive fait obligation aux Etats membres de veiller à ce que, à partir du 1^{er} janvier 2005, aucune installation ne se livre à une des activités visées à son annexe I sans que l'exploitant détienne une autorisation. Les émissions de gaz à effet de serre sont contingentées sur la base d'un plan national pluriannuel soumis à la Commission européenne et font l'objet d'une répartition entre les exploitants sous forme de quotas. Un quota équivaut à l'équivalent d'une tonne de dioxyde de carbone. A la fin de chaque année, l'exploitant déclare le volume réel émis et restitue une quantité de quotas correspondant à ce volume. Il est tenu au versement d'une amende par quota manquant sauf à acquérir sur le marché ledit quota.

Une ordonnance du 15 avr. 2004 ratifiée par une loi du 9 déc. 2004 a transposé les dispositions de la directive relevant de la matière législative. Elle a été suivie par un décret du 19 août 2004 qui reprend dans son annexe, l'annexe I de la directive. Figurent au nombre des activités qui ne peuvent plus entraîner d'émission de gaz à effet de serre sans autorisation, la production et la transformation des métaux ferreux et notamment la production de fonte et d'acier.

Après avoir demandé en vain l'abrogation de ce décret sur le fondement de la jurisprudence *Compagnie Alitalia**, la société Arcelor Atlantique et **Lorraine**, important producteur d'acier, a saisi le Conseil d'Etat en invoquant la méconnaissance par le pouvoir réglementaire de plusieurs principes constitutionnels et en particulier du principe d'égalité. Etait critiqué le fait pour le texte de ne pas inclure dans son champ d'application les industries du plastique et de l'aluminium. La société a parallèlement formé un recours contre la directive devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes en s'efforçant de démontrer qu'elle l'affecte individuellement et directement - ce qui conditionne la recevabilité de son action - et en se prévalant de la méconnaissance des principes généraux de l'ordre juridique communautaire. Ainsi que l'a souligné le commissaire du gouvernement, le litige soumis au Conseil d'Etat posait la question de savoir s'il lui appartient de « contrôler la constitutionnalité des actes réglementaires de transposition d'une directive ».

Dans la ligne de la jurisprudence *Sarran** une réponse affirmative était la plus naturelle. La transposition d'une directive dans le droit d'un Etat membre est régie par les règles propres à ce dernier. Si un décret est contraire à un principe constitutionnel, il encourt normalement la censure du juge de la légalité. Mais ce n'est pas cette solution, du moins dans sa généralité, que retient l'arrêt commenté.

Le commissaire du gouvernement a convaincu le Conseil d'Etat de reprendre à son compte une jurisprudence du Conseil constitutionnel qui déduit de l'article 88-1 de la Constitution une obligation constitutionnelle de transposition des directives, elle-même assortie de réserves.

A partir de ces prémisses ont été définies des modalités de contrôle de la mesure nationale de transposition des directives respectueuses tant de cette exigence constitutionnelle que de l'ordre juridique communautaire. Une telle approche, concrétisée dans un considérant de principe, n'épuise cependant pas toutes les questions que soulève l'arrêt.

I. - Des références constitutionnelles renouvelées

2 Sur le plan constitutionnel, la construction européenne a pendant longtemps été exclusivement régie par les dispositions de la Constitution applicables à l'ensemble des traités.

L'introduction dans l'ordre juridique national du traité de Paris créant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) puis du traité de Rome instituant la Communauté économique européenne (CEE) a été rendue possible, selon la doctrine des formations administratives du Conseil d'Etat, par les dispositions du 15^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes desquelles « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Une fois ces traités introduits dans l'ordre interne, leur autorité est supérieure à celle des lois suivant les termes, sous la IV^e République de l'article 28 de la Constitution et, sous la V^e République, de l'article 55.

La loi constitutionnelle du 25 juin 1992, rendue nécessaire par l'introduction en

droit interne du traité de Maastricht sur l'Union européenne, a inséré dans le texte de la Constitution des dispositions propres à la construction européenne sous la forme d'un titre XV intitulé « Des communautés européennes et de l'Union européenne ». Les dispositions incluses dans ce titre visaient essentiellement à lever les obstacles d'ordre constitutionnel à la ratification du traité de Maastricht mis en évidence par le Conseil constitutionnel dans sa décision *n° 92-308 DC du 9 avril 1992* (Lebon 55 ; GDCC, 12^e éd., 2003, p. 778). Mais, à la suite d'un amendement parlementaire, elles comportent aussi un article 88-1 aux termes duquel « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constitués d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

Considéré pendant longtemps comme un simple article introductif destiné, suivant l'un de ses rédacteurs, le député A. Lamassoure, à éviter que l'Europe ne fasse son entrée dans la Constitution « par la petite porte », l'article 88-1 a servi de fondement à une jurisprudence du Conseil constitutionnel qui constitue le fil directeur de la jurisprudence *société Arcelor*.

A. - L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

3 De la jurisprudence du Conseil constitutionnel, marquée principalement par trois décisions, la décision *n° 2004-496 DC du 10 juin 2004* concernant la loi sur l'économie numérique (Lebon 101 ; v. n° 102.7), la décision *n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004* relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe (Lebon 173 ; GDCC 14^e éd., p. 852) et par la décision *n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006* rendue à propos de la loi sur le droit d'auteur (Lebon 88 ; LPA, 14, 15 et 16 août 2006, note Schoettl ; RFDC 2006, n° 68, p. 837, note Chaltiel ; Europe, oct. 2006, obs. D. Simon ; D. 2006. 2157, note Castets-Renard ; D. 2006. 2878, note Magnon ; DA 2006, n° 155, note Cassia et Saulnier-Cassia ; LPA 22 août 2006, note Mathieu ; RTD. civ. 2006. 791, note Revet ; LPA 4 déc. 2006, note L. Janicot ; JCP 2007.II.10066, note Verpeaux ; RTD civ. 2007.80, note Encinas de Munagorri ; RFDC 2007. 100, note Charpy), trois enseignements peuvent être tirés.

1. - L'article 88-1 de la Constitution n'est pas une simple disposition d'introduction du titre XV. Il emporte à tout le moins deux conséquences.

a) Suivant les termes de la décision *n° 496 DC* : « *La transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* ». Selon la même décision il ne pourrait y être fait obstacle, « qu'en raison d'une disposition expresse contraire de 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 sur l'Union européenne ».

Rappelons que selon l'article 6, paragraphe 2, du traité de Maastricht, l'Union européenne « respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales..., et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

La décision *n° 496 DC* déduit de l'exigence de transposition qu'il n'appartient pas en principe au Conseil constitutionnel de se prononcer sur les griefs d'inconstitutionnalité argués à l'encontre de dispositions législatives qui « se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive

».

b) De son côté, la décision n° 505 DC énonce que par l'article 88-1 « le constituant a consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ».

2. - Le juge constitutionnel ne tire pas cependant des conséquences à caractère général et absolu tant de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives que de l'existence de l'ordre juridique communautaire.

a) S'agissant de l'ordre juridique communautaire, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 505 DC, limité la portée de l'article 1-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, aux termes duquel ladite Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci « priment le droit des Etats membres ». Pour ce faire, il a jugé que l'article 1-6 trouvait une limite dans les dispositions de l'article 1-5 en vertu desquelles l'Union respecte l'égalité des Etats membres devant la Constitution ainsi que « leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ».

b) L'exigence constitutionnelle de transposition des directives trouve elle aussi une limite en cas « de disposition expresse contraire de la Constitution » française, suivant la terminologie de la décision n° 496 DC, à laquelle la décision n° 540 DC du 27 juillet 2006 a substitué une autre formule : la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France sauf à ce que le constituant y ait consenti ».

Selon les commentateurs autorisés, la réserve de constitutionnalité doit s'entendre comme visant une disposition spécifique à l'ordre juridique français n'ayant pas son équivalent dans les droits fondamentaux garantis par le droit communautaire originaire (traités instituant l'Union européenne et les Communautés européennes) et opposables au droit communautaire dérivé (règlements, directives).

3. - Après avoir conféré un ancrage constitutionnel à la transposition des directives, le Conseil constitutionnel s'est estimé à même, depuis sa décision n° 540 DC du 27 juillet 2006, de censurer une disposition de loi transposant une directive communautaire contraire à cette dernière sous la réserve qui vient d'être indiquée de l'absence d'atteinte à une règle ou à un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». En outre, compte tenu de l'impossibilité pratique dans laquelle se trouve le juge constitutionnel de saisir d'un renvoi préjudiciel la Cour de justice, la même décision relève qu'il ne saurait déclarer non conforme à l'article 88-1 qu'une disposition législative « manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ».

B. - La prise en compte de cet apport par le Conseil d'Etat

4 1. - Pour recommander à l'assemblée du contentieux d'adopter la lecture faite par le Conseil constitutionnel de l'article 88-1 de la Constitution, le commissaire du gouvernement a invoqué plus spécialement deux séries d'arguments.

a) Un premier argument a été tiré de ce que la déclaration d'inconstitutionnalité, pour des motifs touchant à une norme substantielle, d'une disposition législative nationale qui assure la pure et simple transcription d'une directive aurait conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer « indirectement » sur la constitutionnalité de cette directive. Ce faisant, et alors que les normes de référence peuvent être en substance les mêmes quant aux droits et libertés en cause, le contrôle, bien

qu'indirect, méconnaîtrait la communauté de valeurs qui cimente l'Union européenne.

b) M. Guyomar n'a pas manqué non plus de souligner que la solution adoptée par le Conseil constitutionnel était en harmonie avec un courant de jurisprudence dégagé par plusieurs juridictions d'Etats membres de l'Union européenne et en particulier les juges constitutionnels allemands et italiens.

La Cour constitutionnelle allemande a admis qu'aussi longtemps que la jurisprudence de la Cour de justice permettrait l'exercice d'un contrôle du respect des droits fondamentaux à l'échelon communautaire, il n'y aurait pas lieu pour elle de rechercher si un acte de droit dérivé méconnaît les droits garantis par la Constitution allemande (7 juin 2000, RTDE 2001.1, note Grewe).

La Cour constitutionnelle italienne reconnaît la suprématie du droit communautaire sous la seule réserve de la sauvegarde des « principes suprêmes » de l'ordre juridique italien hissés par elle à un niveau supraconstitutionnel (cf. arrêt n° 232 du 13 avr. 1989, *Société Fragd*, RUDH 1989. 258). Cette dernière décision offre également l'intérêt de mettre en évidence qu'il n'y a pas nécessairement coïncidence entre les principes fondamentaux d'un ordre juridique national et les principes généraux de l'ordre juridique communautaire.

2. - Tout en invitant le Conseil d'Etat à suivre le Conseil constitutionnel « pour juger que découle des dispositions... de l'article 88-1 de la Constitution une obligation constitutionnelle de transposition des directives » et à s'inspirer « des modalités de son contrôle », M. Guyomar n'en a pas moins relevé que la spécificité de la position institutionnelle du Conseil d'Etat imposait que des adaptations soient apportées.

Pour l'essentiel, il s'agit « à la faveur de l'examen des moyens d'inconstitutionnalité » invoqués à l'encontre de la mesure nationale de transposition, de procéder « au transport du bloc de constitutionnalité français vers l'ordre juridique communautaire ». Cette « opération de translation » doit conduire à ce que le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil d'Etat sur l'acte réglementaire de transposition « s'effectue, pour partie, sous le timbre du droit communautaire ».

II. - Les modalités de contrôle de l'acte réglementaire de transposition

Dans la ligne de l'approche recommandée par le commissaire du gouvernement, l'arrêt commenté décrit dans un considérant de principe les modalités du contrôle de l'acte réglementaire de transposition d'une directive en faisant le départ entre les responsabilités exercées en propre par le juge administratif et la part de contrôle qu'il réserve au juge communautaire.

A. - L'office du juge administratif

5 Trois composantes du contrôle relèvent exclusivement du juge administratif français.

1. - Il s'agit tout d'abord du contrôle portant sur la *légalité externe* de l'acte de transposition. A cet égard, l'arrêt énonce que « le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté ».

Une telle solution est conforme à une jurisprudence bien établie selon laquelle les mesures prises par les autorités nationales pour assurer l'application des normes internationales auxquelles la France a adhéré doivent être édictées dans le respect des règles de répartition des compétences en droit interne (CE Sect. 7 juill. 1978,

Jonquères d'Oriola, Lebon 300 ; RD publ. 1979. 546, concl. Rougevin-Baville). S'il y a obligation de transposition, elle ne crée pas pour autant de situation de compétence liée. Les autorités nationales doivent se conformer aux règles de compétence et de procédure, quand bien même pourrait-il en résulter un retard de transposition.

2. - Suivant les termes de l'arrêt : « le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires... est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des *dispositions précises et inconditionnelles* » d'une directive.

Il s'ensuit par un raisonnement *a contrario* que les modalités traditionnelles de contrôle subsistent toutes les fois que la directive laisse aux autorités nationales une marge d'appréciation, sous la forme d'options ouvertes ou lorsqu'il est procédé par la directive à une harmonisation minimale ménageant la possibilité de mesures nationales complémentaires.

3. - Même dans le cas où la transposition porte sur des « dispositions précises et inconditionnelles », le contrôle de constitutionnalité continuera de s'exercer selon les modalités de droit commun lorsque le principe constitutionnel dont la violation est alléguée n'a pas son équivalent dans le droit communautaire originaire.

L'arrêt est formel : « s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner *directement* la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

B. - La compétence exercée de concert avec le juge communautaire

6 L'originalité de l'arrêt réside dans le recours par le Conseil d'Etat à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice pour qu'elle apprécie la validité de la directive au regard du droit communautaire originaire toutes les fois que le principe constitutionnel dont la violation est invoquée a son équivalent dans l'ordre juridique communautaire. Il s'agit moins de placer le débat sur le terrain de la hiérarchie des normes entre droit d'origine interne et droit communautaire que de faire en sorte qu'un seul juge soit compétent lorsque les deux droits coïncident. D'où la démarche en deux temps décrite par l'arrêt et mise en oeuvre par lui : recherche préalable d'une équivalence de contenu des droits en cause ; dans l'affirmative, définition des missions respectives du juge communautaire et du juge national.

1. - La vérification du point de savoir s'il y a identité de contenu entre la norme constitutionnelle et le droit communautaire originaire (traités institutifs y compris les principes généraux de l'ordre juridique communautaire) est décrite par l'arrêt en ces termes : « il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de 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 ».

A ce titre, l'arrêt constate que plusieurs principes constitutionnels dont la violation est alléguée, à savoir le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et le principe d'égalité, constituent également des « principes généraux du droit communautaire » ayant la même valeur que les traités fondateurs.

2. - Une fois ce recensement effectué, l'arrêt définit les tâches incombant respectivement au juge administratif français et au juge communautaire.

« Il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du

décret de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme » à la règle ou au principe général du droit communautaire.

Deux éventualités peuvent alors se présenter :

- « en l'absence de difficulté sérieuse », il revient au juge administratif « d'écarter le moyen invoqué » ; c'est ce que décide l'arrêt s'agissant respectivement des moyens tirés de la violation du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre ;

- dans le cas contraire, c'est-à-dire si le juge administratif a un doute sérieux sur la conformité de la directive au regard des principes généraux de l'ordre communautaire, il lui incombe de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle.

Le renvoi à titre préjudiciel est, au demeurant, une obligation pour le juge national en raison de l'exclusivité de la compétence de la Cour de justice pour déclarer invalide un acte de droit dérivé (CJCE 22 oct. 1987, *Foto Frost*, Lebon 4099) alors que le juge national peut écarter, de son propre chef, un grief d'invalidité non pertinent.

C'est en fonction de ces principes que le Conseil d'Etat a saisi, à titre préjudiciel, la Cour de Luxembourg de l'appréciation de la validité de la directive au regard du principe d'égalité. En effet, si la production d'acier est soumise à la directive, tel n'est pas le cas des industries plastiques et de l'aluminium, alors que ces industries émettent des gaz à effet de serre et produisent des matériaux qui sont partiellement substituables à ceux produits par l'industrie sidérurgique.

III. - Les prolongements de la jurisprudence

Dès l'intervention de l'arrêt, il est apparu que la solution qu'il adopte à propos d'actes internes transposant des directives était applicable aux décisions cadres prévues par le traité sur l'Union européenne dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

D'autres implications ont été mises en évidence par une nouvelle décision du Conseil d'Etat rendue à propos du contrôle de conventionnalité de mesures nationales de transposition d'une directive et par les suites données à la question préjudicielle posée à la Cour de Justice dans l'affaire *Arcelor*.

A. - L'extension de la jurisprudence Arcelor au contrôle de conventionnalité

7 Le mode de raisonnement qui sous-tend la jurisprudence *Arcelor* a été étendu, moins d'un an après, au contrôle de conventionnalité de la loi lorsque ce dernier interfère avec le contrôle du droit communautaire dérivé par rapport au droit originaire (CE Sect. 10 avr. 2008, *Conseil national des barreaux*, Lebon 129, concl. Guyomar ; RFDA 2008.575, concl., 608, comm. Roblot-Troizier, 711, note Labayle et Mehdi ; AJ 2008.1085, chr. Boucher et Bourgeois-Machureau ; JCP 2008.II.10125, note Tinière ; DA 2008, n° 83, comm. M. Gautier ; D. 2008.2322, note Cutajar ; RTD civ. 2008.444, comm. Deumier ; RJEP juill. 2008, p. 19 et RGDIP 2008.695, note Azoulai).

A l'occasion d'un pourvoi dirigé contre des mesures réglementaires de transposition d'une directive, était contestée au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, aussi bien la directive que la loi de transposition.

Il s'agit de la directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001, dite « deuxième directive antiblanchiment » qui a imposé aux Etats membres de mettre en place un dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux comportant pour certains professionnels une double obligation : celle de déclarer spontanément à l'autorité chargée de la lutte contre le blanchiment les faits pouvant être l'indice d'une telle opération (déclaration

de soupçons) et celle de répondre aux demandes d'information formulées par cette autorité.

Une application sans nuance de ces dispositions à la profession d'avocat était susceptible de porter atteinte au secret professionnel protégé aussi bien par le Code pénal que par la Convention européenne des droits de l'Homme. Peuvent être invoqués de ce chef, et son article 8 relatif au respect de la vie privée pour ce qui est des activités de conseil de l'avocat, et son article 6 sur le droit à un procès équitable, en ce qui concerne le rôle de représentation en justice de l'avocat.

Le Conseil d'Etat a accepté d'exercer son contrôle sur chacun de ces points.

Sur le premier, il a déduit de l'article 6 § 2 du traité sur l'Union européenne, selon lequel l'Union respecte les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme, en tant que principes généraux du droit communautaire, qu'il lui appartient de rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux ainsi garantis. Dans l'exercice de ce contrôle, « *il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écartier le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle* ».

Sur le second point (contrariété de la loi de transposition à la Convention), « *il appartient au juge administratif, de s'assurer d'abord que la loi procède à une exacte transposition des dispositions de la directive* » et, si tel en est le cas, « *le moyen tiré de la méconnaissance de ce droit fondamental par la loi de transposition ne peut être apprécié que selon la procédure de contrôle de la directive elle-même* ».

Ainsi, comme dans l'affaire *Arcelor*, le contrôle associe étroitement le juge national et la Cour de Justice.

Le Conseil d'Etat a pu cependant faire l'économie d'un renvoi préjudiciel en se référant à l'interprétation de la directive, compatible avec les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme, donnée par la Cour de Justice des Communautés européennes par un arrêt du 26 juin 2007 (*Ordre des barreaux francophones et germanophones*, aff. 305/05, Lebon I.5305) rendu sur renvoi de la Cour constitutionnelle belge.

B. - Les effets du contrôle

8 Les effets du contrôle ne sont pas les mêmes selon qu'il y a ou non un renvoi préjudiciel.

1. - *En cas de renvoi préjudiciel à la Cour de justice* la solution du litige pendant devant le juge administratif, sera fonction de la position adoptée par le juge communautaire.

a) Si ce dernier conclut à l'absence d'invalidité de l'acte de droit dérivé au regard du droit communautaire originaire, le juge administratif ne pourra qu'écartier les moyens d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité ayant le même contenu que le traité.

Il en a été ainsi dans l'affaire *Arcelor*. La Cour de justice a estimé qu'eu égard au pouvoir d'appréciation du législateur communautaire, à la possibilité pour lui de procéder à une « approche par étapes », à la « complexité et à la nouveauté » du système des quotas de gaz avec effet de serre et au souci de ne pas en perturber « la faisabilité administrative » dans sa phase initiale, la directive n'était pas contraire au principe d'égalité (CJCE gr. ch. 16 déc. 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine* aff. 127/07 ; RJEP 2009, n° 22, note Donnat ; Europe févr. 2009, n° 56, note D. Simon). Le

Conseil d'Etat n'a pu que tirer les conséquences de cette analyse en rejetant le pourvoi de la société *Arcelor* (CE 3 juin 2009).

b) Si la directive est déclarée en tout ou partie invalide, l'acte réglementaire de transposition sera annulé ou déclaré illégal par la voie de l'exception pour violation du principe constitutionnel dont le contenu est identique à celui de la norme communautaire qui a été transgressée.

c) Entre ces deux hypothèses extrêmes peuvent se présenter des cas intermédiaires :

- déclaration d'invalidité de la directive par la Cour justifiée par une règle propre à l'ordre juridique communautaire ;

- interprétation de la directive par la Cour de justice dans un sens conforme aux normes de droit s'imposant à elle, comme cela s'est produit pour la « deuxième directive antiblanchiment » ;

- déclaration d'invalidité de la directive avec un effet différé dans le temps, pour permettre par exemple aux autorités communautaires de se conformer au principe d'égalité (v. nos obs. sous l'arrêt *Association AC !**).

2. - *En l'absence de renvoi préjudiciel*, il ne devrait pas y avoir normalement de difficulté lorsque le juge administratif estime qu'aucun des moyens invoqués n'est fondé.

Si l'acte de transposition est illégal, les effets de l'arrêt d'annulation dépendront du contenu de l'acte annulé et des motifs de la censure.

a) Si l'annulation repose sur un motif de légalité externe, la transposition se trouvera différée jusqu'à l'intervention d'un texte de droit interne conforme aux règles de compétence et de procédure précédemment méconnues.

b) Si l'annulation porte sur un texte réglementaire transposant une disposition non inconditionnelle de la directive, il appartiendra à l'autorité nationale compétente de réexaminer la situation, en abandonnant, si besoin est, une option ouverte par la directive mais qui s'avère contraire au droit national.

c) Le cas le plus délicat est celui où l'annulation serait motivée par le non-respect d'une exigence constitutionnelle spécifique. Une révision constitutionnelle pourrait supprimer une telle exigence ou y déroger à moins que la France obtienne des autorités communautaires que la directive soit renégociée pour être mise en harmonie avec son droit national.

En définitive, l'arrêt commenté illustre la façon dont le Conseil d'Etat entend maintenir son contrôle sur les actes des autorités administratives dans le cadre d'un univers juridique multipolaire.