

Master Droit de l'Union européenne
Dirigé par M. le professeur Fabrice Picod et Mme le
professeur Laurence Idot
Année universitaire 2012/ 2013



*La théorie de la directive-écran dans la
mise en œuvre de la question prioritaire
de constitutionnalité*

Pierre-Emmanuel Pignarre
Sous la direction de M. le professeur Fabrice Picod

À mon père,

Remerciements

Je voudrais remercier ma merveilleuse maman pour son soutien et ses conseils éclairés toujours précieux.

Enfin, je veux remercier mon directeur de mémoire, M. le professeur Fabrice Picod pour sa diligente bienveillance tout au long de la rédaction de ce mémoire.

Glossaire des abréviations utilisées

CC : Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'État

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

ibid: ibidem

LPA : Les petites affiches

op. cit. :opus citatum

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TUE : Traité sur l'Union européenne

RTDE : Revue trimestrielle de droit européen

Rec : Recueil de la Cour de justice

Sommaire

Titre I : La théorie de la directive-écran en conflit avec la QPC

Chapitre I : La théorie de la directive-écran « maître » du mécanisme de la QPC

Section I. La primauté affirmée

Section II. La primauté assurée

Chapitre II : La théorie de la directive-écran : une théorie au caractère relatif

Section I. L'exigence constitutionnelle de transposition des directives

Section II. La réserve d'identité constitutionnelle

Titre II : La théorie de la directive-écran en harmonie avec la QPC

Chapitre I : La théorie de la directive-écran et le mécanisme de la QPC dans un rapport didactique

Section I. La saisine concomitante par le juge du filtre de la CJUE et du Conseil constitutionnel

Section II. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice par le Conseil constitutionnel

Chapitre II : Les conséquences d'une harmonie retrouvée

Section I. La théorie de la directive-écran et le mécanisme de la QPC dans un rapport harmonieux au service du dialogue des juges

Section II. Vers un nouveau rôle du Conseil constitutionnel

Introduction générale

« L'Union, si elle est d'abord un projet politique, s'est construite sur le droit, si bien que l'effectivité de ce projet relève d'abord de la responsabilité des juges nationaux »¹.

§1. La genèse de la théorie de la directive-écran

La théorie de la directive-écran, création d'origine doctrinale doit être étudiée à la lumière de ses sources, pour mieux saisir dans quelles conditions elle a été dégagée par le juge constitutionnel.

A. De la théorie de la loi-écran à la théorie de la directive-écran

Théorie de l'écran législatif - Pour proposer une définition complète et exacte de la théorie de la directive-écran, il est nécessaire de se pencher sur ses origines, ou plus exactement sur ses sources d'inspiration. La notion d'écran fait ici directement écho à la théorie de l'écran législatif développée dans la jurisprudence du Conseil d'État par le célèbre arrêt « Arrighi ». Saisi alors d'un recours portant sur la conformité aux lois constitutionnelles de 1875 d'un décret pris en vertu d'une disposition législative, le juge suprême de l'ordre administratif considère « qu'en l'état actuel du droit public français, ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux ² ». Cette formule donna ainsi naissance à la théorie de la loi-écran selon laquelle le juge administratif se refuse de contrôler la constitutionnalité d'un acte réglementaire résultant directement de l'application de la loi, cette dernière faisant alors écran entre la disposition réglementaire et la Constitution. Derrière cette solution, incontestable sur le plan juridique, se cache une autre motivation liée à la conception française de la séparation des pouvoirs. En effet, à travers la souveraineté de la loi, on vise le Parlement qui en est le garant ; ainsi puisque le juge est soumis à la loi, il ne peut en vérifier la conformité à la Constitution³.

¹ J-M SAUVE, « Vingt ans après... l'arrêt Nicolo », Gaz. Pal., 12 février 2009 n° 43, p. 5.

² Conseil d'État, *Arrighi*, 6 novembre 1936, Recueil Lebon, p. 966.

³ J-L. AUTIN, « Le Conseil d'Etat et la constitutionnalité de la loi », Petites affiches, 18 juillet 2006 n° 142, p. 4.

Une telle solution devait aussi être reprise dans l'arrêt « Syndicat général des fabricants de semoules de France »⁴ concernant les lois postérieures aux traités, le juge administratif estimant qu'en pareille situation, la loi devait prévaloir sur les traités de droit international ou sur un acte de droit communautaire dérivé. Cette position se justifiait alors par le fait que faire prévaloir un traité international sur un loi nationale postérieure à ce dernier, reviendrait pour le juge administratif à opérer un contrôle de constitutionnalité de la loi étant donné la supériorité des traités sur les lois, issue de la hiérarchie des normes établie par l'article 55 de la Constitution⁵. Toutefois, la position du Conseil d'État était une première fois remise en cause par la Cour de cassation dans l'arrêt « Société des cafés Jacques Vabre »⁶, par lequel la juridiction suprême de l'ordre judiciaire faisait prévaloir les dispositions du traité de Rome sur les articles législatifs du Code des douanes, pourtant postérieurs au traité instituant la communauté économique européenne. Cette jurisprudence de la Cour de cassation ne devait pas pour autant remettre en cause celle du Conseil d'État, qui réitérait la sienne quelques années plus tard dans un arrêt « Élection des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes »⁷. Toutefois, dans une décision du 3 septembre 1986, le Conseil constitutionnel, venant expliciter sa jurisprudence « IVG » de 1975 estimait « qu'il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives ⁸ » ; en d'autres termes, le contrôle de la supériorité des traités par rapport aux lois ne pouvait s'effectuer dans le cadre du contrôle de constitutionnalité ; ce contrôle par conséquent, relève des juridictions ordinaires sous l'égide de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Il y a donc fort à parier que cette décision du Conseil constitutionnel, institution gardienne de la Constitution, a fortement influencé le juge administratif dans le revirement de jurisprudence qu'il a alors opéré à travers l'arrêt « Nicolo »⁹. Pour la première fois, le juge administratif s'autorisait à opérer un contrôle de compatibilité d'une loi aux stipulations d'un traité, alors même que la loi est postérieure à ce dernier. Cette jurisprudence est donc venue uniformiser le contrôle de conventionnalité des lois, désormais effectué aussi bien devant le juge administratif que judiciaire. Toutefois, si la jurisprudence « Nicolo » semble porter « un coup sévère ¹⁰ » à la théorie de la loi-écran, il ne faut pas en déduire pour autant que « le Conseil d'État ait abandonné l'idée selon laquelle la primauté accordée au traité sur la loi postérieure, en cas de conflit entre ces deux normes,

⁴ CE, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, 1er mars 1968, Recueil, Lebon, p. 149.

⁵ B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », RFDA 2000, n°4, p. 722.

⁶ Cour de cassation, *Société des cafés Jacques Vabre*, Ch. mixte, 24 mai 1975 D. 1975.497.

⁷ CE, *Election des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes*, 22 oct. 1979, n°18437, publié au recueil Lebon.

⁸ CC, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, Cons. 6.

⁹ CE, *Nicolo*, 20 octobre 1970, Recueil Lebon, p. 190.

¹⁰ J-M SAUVE, « Vingt ans après... l'arrêt Nicolo », *op. cit.*, p. 5.

aboutit à l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité. Mais celui-ci n'est qu'indirect. ¹¹».

Ainsi, la théorie de la loi-écran est-elle bien assise dans la jurisprudence administrative, même si elle semble devoir fléchir dès lors qu'est en question la compatibilité de la loi aux traités internationaux; dans sa dimension interne elle garde toute sa vigueur. C'est donc à l'image de la théorie de l'écran législatif pris dans sa dimension interne, -on entend par là l'impossibilité pour le juge administratif de connaître de la constitutionnalité d'un acte réglementaire résultant directement de l'application de la loi-, que va naître, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la notion de théorie de la directive-écran.

B. La théorie de la directive-écran, une création du juge constitutionnel

La naissance de la théorie - Alors que la théorie de la loi-écran était le fruit de la jurisprudence du Conseil d'État, la théorie de la directive-écran va quant à elle apparaître au travers de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il est d'ailleurs important de préciser à ce point de notre développement que le terme « théorie de la directive-écran » ne figure pas de manière explicite dans les décisions du Conseil constitutionnel, il s'agit plutôt d'une construction doctrinale¹² tirée de l'interprétation de la jurisprudence constitutionnelle sur les lois de transposition des directives. On peut dater la naissance de la théorie de la directive-écran dans la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 « Loi pour la confiance dans l'économie numérique ». En l'espèce, les requérants qui contestaient la constitutionnalité de l'article 6 de la loi pour la confiance en l'économie numérique, se voient déboutés, au motif que cet article ne fait que « 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 ¹³». Le cœur de la théorie de la directive-écran se trouve donc ici : en présence d'une loi qui se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union (aussi appelée « loi miroir »), le juge constitutionnel ne peut connaître de la constitutionnalité d'une telle loi car cela reviendrait pour lui à se prononcer indirectement sur la constitutionnalité de la directive ; ce que lui interdit la jurisprudence « Foto-frost »¹⁴ de la Cour de justice. La directive fait donc écran entre la loi de transposition et la Constitution, entravant ainsi le Conseil constitutionnel dans son office constitutionnel. Cette solution fait écho à une autre décision

¹¹ B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *op. cit.*, p. 722.

¹² Pour une première utilisation de ce terme en doctrine, v. B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », D. 2004, n°25, p. 1739.

¹³ Conseil constitutionnel, *Loi pour la confiance en l'économie numérique*, Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, Cons. 9.

¹⁴ CJCE, *Foto-Frost conte Hauptzollmat Lübeck-Ost*, 22 octobre 1987, aff. C-314/85.

du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1997, décision dite « Isoglucose »¹⁵, dans laquelle le juge constitutionnel s'était estimé incompétent pour connaître du contrôle de constitutionnalité des dispositions d'un règlement communautaire considérant que « les répercussions de la répartition des compétences ainsi opérée entre les institutions communautaires et les autorités nationales au regard tant des conditions d'exercice de la souveraineté nationale que du jeu des règles de l'article 34 de la Constitution relatives au domaine de la loi, 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 de finances rectificative pour 1977 soumises à l'examen du Conseil constitutionnel ne sont contraires à aucune règle ni à aucun principe ayant valeur constitutionnelle ¹⁶». Par ailleurs, la construction jurisprudentielle de la théorie de la directive-écran rappelle la position du Conseil d'État et de la Cour de cassation, lorsque ces derniers se déclarèrent incompétents pour opérer un contrôle de conventionnalité d'un décret transposant fidèlement une disposition constitutionnelle¹⁷. Il est à ce titre intéressant de se pencher sur le raisonnement qui fut celui du juge administratif dans l'arrêt « Sarran », dans la mesure où il présente beaucoup de similitudes avec celui retenu par le Conseil constitutionnel pour dégager la théorie de la directive-écran. En l'espèce, les requérants contestaient la conformité des dispositions du décret relatives à la composition du corps électoral aux articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyens, à l'article 3 de la Constitution, mais aussi à divers engagements internationaux de la France. Toutefois, ce décret ne faisait que reprendre l'esprit de l'article 76 de la Constitution en en faisant une exacte application ; le juge administratif a donc considéré qu'opérer un tel contrôle de la conformité du décret aux engagements internationaux de la France, reviendrait pour lui à contrôler une disposition de nature constitutionnelle. Le Conseil d'État se refuse donc à mettre en œuvre ce contrôle estimant que « si l'article 55 de la Constitution dispose que 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 s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ¹⁸». Ainsi étudiée, la théorie de la directive-écran n'apparaît plus comme une création jurisprudentielle soudaine mais bien plus comme un raisonnement réfléchi qui s'appuie une jurisprudence solidement assise aussi bien dans l'ordre judiciaire qu'administratif.

¹⁵ CC, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, son article 6*, Décision n°77-90 DC du 30 novembre 1997.

¹⁶ CC, Décision n°77-90 DC, *ibid*, Cons. 4.

¹⁷ Pour le Conseil d'Etat, voir : CE, *Sarran*, 30 octobre 1998, n°200286 200287, publié au recueil Lebon ; et pour la Cour de cassation, v. Cass. ass. Plén., *Fraisse*, 2 juin 2000, n°99-60.274, Publié au bulletin.

¹⁸ CE, *Sarran*, *op cit.*, Cons. 10.

De plus, toujours dans la décision du 10 juin 2004, les juges de la rue Montpensier vont déduire de l'article 88-1 de la Constitution selon lequel la France participe à l'Union européenne, une exigence constitutionnelle de transposition des directives qui ne saurait fléchir que face à une « disposition expresse de la Constitution ¹⁹ ». Ainsi, « lorsque le législateur national transpose dans le droit national une directive communautaire, il ne fait que répondre à une exigence du droit européen qui s'impose à lui en vertu d'une règle constitutionnelle ²⁰ ». Le juge constitutionnel adopte donc une solution pro européenne, dans laquelle il se refuse à contrôler le droit dérivé de l'Union tout en insistant sur son rôle essentiel dans sa mise en œuvre. En qualifiant la transposition des directives de l'Union dans l'ordre interne « d'exigence constitutionnelle », le juge constitutionnel envoie un message fort au juge de l'Union, il veillera particulièrement à ce que cette obligation soit respectée.

La maturation de la théorie – La décision du 10 juin 2004 va initier un véritable mouvement jurisprudentiel : pas moins de trois décisions²¹ reprendront la formulation selon laquelle « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle ». Cette jurisprudence sur l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ayant provoqué un élan jurisprudentiel, connaîtra une évolution significative, notamment au regard de la théorie de la directive-écran et de son caractère absolu, avec la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006. En effet par sa décision « Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », le juge constitutionnel se reconnaît compétent pour « déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution (...) une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ²² ». L'évolution est donc ici évidente : alors que dans la décision du 10 juin 2004, le juge constitutionnel se refuse à contrôler la conformité à la Constitution des « lois miroirs », il accepte dans sa décision du 27 juillet 2006 de contrôler si une disposition législative est manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer. On est donc passé d'un écran opaque opéré par la directive suite à la décision « Loi pour la confiance en l'économie numérique », puisqu'il interdisait toute intervention du juge constitutionnel ; à un écran que l'on pourrait qualifier de transparent en ce qu'il habilite le Conseil constitutionnel à opérer un contrôle de compatibilité des dispositions législatives avec la directive qu'elles viennent transposer, fût-il limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Cette

¹⁹ CC, Décision n°2004-496 DC, *op. cit.*, Cons. 7.

²⁰ B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne ne s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », *op. cit.*, p. 1739.

²¹ CC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004 ; CC, *Loi relative à la bioéthique*, Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 ; CC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.

²² CC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, Cons. 20.

solution vient donc affirmer le principe du contrôle opéré par le juge constitutionnel concernant les lois de transposition des directives. Ce contrôle dont le principe était déjà affirmé, sera mis en œuvre dans la décision du 30 novembre 2006, par laquelle le juge constitutionnel va pour la première fois censurer certaines dispositions de la loi relative au secteur de l'énergie en estimant que ces dernières sont manifestement incompatibles avec les objectifs d'ouverture à la concurrence fixés par les directives que la loi devait transposer. Ainsi, en quelques mois la jurisprudence a complètement modifié le visage de la théorie de la directive-écran. Il ne s'agit pas d'une théorie au caractère absolu comme la jurisprudence antérieure le laissait deviner, mais plutôt d'une théorie au caractère relatif qui peut connaître certains aménagements. Le juge constitutionnel, s'il justifie la mise en place de ce contrôle par la volonté d'assurer le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, n'en réalise pas moins un contrôle de compatibilité, certes limité, de la loi de transposition avec la directive qu'elle vient transposer. C'est donc une solution très habile par laquelle le juge constitutionnel semble empiéter sur la compétence du juge de l'Union tout en justifiant ce débordement par la volonté d'assurer l'application du droit européen.

De surcroît, il est une autre limitation au caractère absolu de la théorie de la directive-écran qui provient des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Contrairement à l'exception étudiée précédemment, celle tenant à l'identité constitutionnelle française a été clairement affirmée dès 2004 dans la décision « Loi pour la confiance en l'économie numérique ». Si sa dénomination a évolué, passant de la formule « disposition expresse contraire à la Constitution » à l'expression locutoire « règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », les conséquences envisagées ont toujours été les mêmes. Si une loi venant transposer fidèlement une directive était jugée contraire à l'identité constitutionnelle française, le juge constitutionnel retrouverait alors l'entièreté de sa compétence pour censurer une telle loi comme étant inconstitutionnelle. Toutefois, le caractère purement théorique de cette réserve constitutionnelle encore jamais mise en œuvre jusqu'à aujourd'hui nous incite à relativiser sa portée. De plus, il semblerait qu'il faille retenir une interprétation restrictive de cette notion, puisque le juge constitutionnel n'aurait vocation à contrôler que les règles ou principes de valeur constitutionnelle qui ne trouvent aucun écho dans l'ordre juridique de l'Union²³.

La théorie de la directive-écran, ainsi étudiée, nous montre toute l'étendue de sa substance et de sa portée avant l'apparition du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité (ci-après « QPC »). Après le 1er mars 2010, date d'entrée en vigueur de la QPC, vont apparaître des problématiques nouvelles, encore jamais envisagées dans le cadre du contrôle *a priori*. L'une d'entre elles concerne les lois de transposition des directives et plus particulièrement l'hypothèse où le

²³ P. CASSIA, « Le droit communautaire dans et sous la Constitution française », RTDE 2007, n°2, p. 378.

requérant viendrait contester dans le cadre d'une QPC, la constitutionnalité d'une loi transposant correctement une directive.

§2. La confrontation de la théorie de la directive-écran au mécanisme de la QPC

La théorie de la directive-écran va être considérée de manière différente lorsqu'elle sera au cœur de la procédure de la QPC, la CJUE imposant sa conception propre de cette théorie. L'assimilation de la solution du juge européen dans le droit interne n'est toutefois pas sans conséquences, notamment du point de vue du justiciable.

A. Le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité face au caractère préalable de l'examen par la CJUE de la conformité de la directive

La confrontation - Avant même que la question ne se pose devant le juge constitutionnel, la Cour de justice a d'emblée réglé la question, en affirmant dans ses arrêts « Melki » et « Abdeli », au détour d'un *obiter dictum* que « le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive, compétence ayant pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union ²⁴ ». Selon la CJUE, « la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable ²⁵ », face au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité. Dès lors, dans le cadre du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, la jurisprudence « Foto-frost » de la CJUE, semble retrouver la vigueur qu'elle avait perdue quelques années auparavant dans le contentieux relatif à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives. Par ailleurs, quelques semaines auparavant, le juge constitutionnel avait estimé pertinent de préciser dans sa décision du 12 mai 2010, que « le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des « droits et libertés que la Constitution garantit » et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité ²⁶ ». On retourne alors à une conception stricte de la théorie de la directive-écran, guidée cette fois-ci par la CJUE. En effet, selon cette dernière, l'écran opéré par la directive

²⁴ CJUE, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, 22 juin 2010, aff. Jointes, C-188/10 et C-189/10, point n° 54.

²⁵ CJUE, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, *ibid.*, point n°56.

²⁶ CC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, Cons. 19.

dans le cadre du contentieux de la QPC est un écran opaque qui oblige « les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours » ou la « juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité », à interroger le juge de l'Union sur la question de validité de la directive, et ce, préalablement à l'examen de la QPC. On peut donc considérer que, confrontée au mécanisme de la QPC, la théorie de la directive-écran retrouve son sens originel, celui de faire barrage au contrôle de constitutionnalité du juge constitutionnel.

L'assimilation - Une fois la position de la CJUE dégagée à travers l'arrêt « Melki », il faut encore qu'elle soit assimilée par le juge constitutionnel et plus généralement par tous les juges intervenant dans la procédure de la QPC. Puisque la Cour de justice livre uniquement un attendu de principe concernant le sort réservé aux lois de transposition contestées dans le cadre d'une QPC, il revient au juge français d'intégrer la prééminence du contrôle de la CJUE à la procédure de la QPC. Un premier élément de réponse était donné par le Conseil constitutionnel dans le commentaire autorisé de la décision du 17 décembre 2010, dans lequel il était spécifié que dans l'hypothèse d'une double question, le juge constitutionnel pourrait dans un premier temps surseoir à statuer en attendant que la CJUE se prononce sur la question préjudicielle, puis par la suite, statuer au fond au vu de l'arrêt de la Cour de justice²⁷. Une telle solution si elle semble concevable n'en reste pas moins assez complexe à mettre en œuvre et l'on comprend que certains militent pour une saisine préjudicielle de la CJUE par le juge constitutionnel dans pareille hypothèse²⁸. A ce titre, la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel semble créer un climat favorable à la réalisation de cette hypothèse. En effet, par une décision du 4 avril 2013, le juge constitutionnel a, pour la première fois depuis sa création, accepté de poser une question préjudicielle à la CJUE dans le cadre d'une QPC. S'il est vrai que l'affaire en cause ne concernait pas une loi de transposition d'une directive, il est tout de même indéniable que cette décision marque une avancée significative, qui ne peut que conforter ceux qui appelaient de leurs vœux, la saisine par le Conseil constitutionnel de la CJUE, lorsqu'est en cause une loi de transposition d'une directive. De surcroît, une telle saisine par le juge constitutionnel de la Cour de justice répondrait favorablement à l'invitation implicite que lui avait lancée la CJUE au travers de l'arrêt « Melki ». En effet, lorsque la CJUE fait référence aux « juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne », et qu'elle précise ensuite que ces dernières sont « en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre

²⁷ Commentaire de la décision n°2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, cahier n°30, p. 8.

²⁸ V. en ce sens : D. SIMON/ V. MICHEL, « Jurisprudence constitutionnelle », *in* *Ordre juridique de l'Union*, Revue Europe, Mars 2011, p.13.

préjudiciel ²⁹», il ne fait aucun doute qu'une telle formule est un message implicite à l'endroit du Conseil constitutionnel.

Une autre manière d'assimiler la solution de l'arrêt « Melki » dans l'ordre juridique interne, serait d'écarter les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958, modifiées par la loi organique du 10 décembre 2009 et ainsi de faire une application stricte de la jurisprudence « Foto-frost » de la CJUE. Une telle solution, il faut bien l'avouer quelque peu radicale, n'en reste pas moins pertinente puisqu'elle ne fait que reprendre l'attendu de principe de l'arrêt « Melki »³⁰. Il faudrait pour le juge saisi de la QPC portant sur une loi de transposition, s'assurer en amont que la protection assurée par le droit de l'Union est équivalente à celle garantie par la Constitution. Si tel était le cas, il lui appartiendrait alors de requalifier le moyen qui lui est soumis en passant d'un moyen d'inconstitutionnalité à un moyen d'inconventionnalité. Une telle éventualité est en outre rendue encore plus crédible par l'arrêt « Société Arcelor Atlantique »³¹ du Conseil d'État, dans lequel le juge administratif s'est livré à cette recherche de l'équivalence des protections. Il conviendrait donc, à la lumière de cet arrêt, de suivre la même méthode que le juge administratif. Cette solution si elle est moins « douce » et moins respectueuse du droit national que la précédente, n'en reste pas moins une hypothèse tout à fait tangible sur le plan juridique.

Selon la méthode retenue pour assimiler la solution de la CJUE dégagée dans l'arrêt « Melki », les conséquences seront différentes. Il ne faut pas oublier, en effet, que le mécanisme de la QPC permet au requérant, lorsque la procédure aboutit, de voir la disposition législative qu'il a contesté, être abrogée. Tel n'est en revanche pas le cas si l'on retient la seconde méthode d'assimilation, qui exclurait le droit national au profit du droit de l'Union. Dans cette dernière hypothèse, en application de la jurisprudence « Simmenthal »³² de la CJUE, le juge national devra laisser inappliquées les dispositions contraires au droit de l'Union, non les abroger.

B. Les conséquences selon la méthode d'assimilation retenue de la théorie de la directive-écran telle que conçue dans la jurisprudence de la CJUE

La censure par le droit national - Si l'on retenait la première hypothèse, à savoir celle d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice dans le cadre de la QPC, on conserve le cadre procédural de

²⁹ CJUE, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, *op. cit.*, point n°56.

³⁰ Pour retrouver un tel raisonnement voir : F. DONNAT, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », D. 2010, n°26, p. 1646.

³¹ CE, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, 8 février 2007, n°287110, publié au Recueil Lebon.

³² CJCE, *Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. C-106/77.

la QPC. Par conséquent le juge constitutionnel, bien que suspendu à l'arrêt préjudiciel de la CJUE, va tout de même en tirer toutes les conséquences sur le fond de l'affaire et s'il le faut, abroger la disposition législative issue d'une directive contraire au droit de l'Union. Ainsi, le nouvel article 62 alinéa 2 de la Constitution dispose que « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ». A travers cet alinéa le Constituant accorde au juge constitutionnel une triple compétence dans le cadre de la procédure de la QPC : « le droit d'abroger une disposition législative qui méconnaît les droits et libertés garantis par la Constitution ; le choix du moment de cette abrogation ; l'aménagement de la portée de la décision sur les effets que la disposition abrogée a produits³³ ». Compte tenu de l'insécurité juridique que peut entraîner l'abrogation d'une disposition législative, le Conseil constitutionnel a la possibilité de différer dans le temps les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité qu'il prononce ; ainsi détermine-t-il « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause »³⁴. On peut citer à titre d'exemple la décision « M. Daniel W. et autres » concernant la garde à vue, dans laquelle le juge constitutionnel a déclaré les articles 62, 63, 63-1 et 77 du code de procédure pénale et les alinéas 1er à 6 de son article 63-4 contraires à la Constitution, tout en précisant que cette déclaration d'inconstitutionnalité prendrait effet le 1er juillet 2011, soit quasiment un an après la décision du Conseil constitutionnel³⁵. Toutefois, il est important de souligner que les effets *ex nunc* (immédiats ou différés) de l'abrogation de la disposition législative s'imposent *erga omnes*³⁶. On comprend donc bien tout l'enjeu de maintenir le cadre procédural de la QPC, puisqu'il permettrait en conservant le mécanisme de censure offert par le droit interne d'aboutir à une éventuelle décision d'abrogation qui aurait alors un effet *erga omnes*. Si l'on choisit la seconde méthode en revanche, les conséquences seront différentes : à travers la requalification des moyens soulevés devant le juge, on sortirait alors du cadre procédural de la QPC.

La censure par le droit de l'Union - La solution nous est donnée par l'arrêt « Simmenthal » : « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la loi nationale³⁷ ». L'arrêt « Simmenthal » tire les conséquences juridictionnelles du principe de primauté du droit de l'Union exprimé quelques années

³³ P. BLACHER, « QPC : Censure vaut abrogation ! », LPA, 5 mai 2011 n° 89, p. 14.

³⁴ Article 62 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

³⁵ CC, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, article 2.

³⁶ J-E GICQUEL, Fasc. 10 « Constitution du 4 octobre 1958 », JurisClasseur Administratif, point 81.

³⁷ CJCE, *Simmenthal*, *op. cit.*, point n°21.

auparavant dans l'arrêt « Costa c/ ENEL »³⁸ en venant édicter une règle de conflit verticale permettant au droit de l'Union de trouver sa juste place par rapport aux droits nationaux et internationaux. Appliqué au contentieux portant sur une loi de transposition d'une directive, l'application du droit de l'Union aboutirait donc à l'écartement de la disposition jugée contraire au droit de l'Union. On se situe donc ici bien loin des effets *erga omnes* offerts par une possible déclaration d'inconstitutionnalité émanant du juge constitutionnel. L'avantage non négligeable de cette méthode, réside néanmoins dans son immédiateté. En effet, depuis une jurisprudence récente³⁹, la CJUE semble intransigeante sur la mise en œuvre du principe de primauté du droit de l'Union. Ainsi a-t-elle considéré que la décision du juge constitutionnel allemand visant à maintenir à titre transitoire, pour éviter un éventuel vide juridique, les effets d'une réglementation interne contraire au droit de l'Union, ne saurait faire obstacle à l'obligation du juge national d'écarter une disposition nationale dès lors qu'elle contredirait le droit européen⁴⁰. On peut donc légitimement penser que l'hypothèse d'une censure de la disposition législative contestée par le droit de l'Union, serait pour le particulier tout aussi avantageuse que le mécanisme de sanction *a posteriori* des dispositions législatives nationales, prévu par l'article 61-1 de la Constitution. « Outil d'émancipation du juge national à l'égard des règles procédurales nationales, la jurisprudence « Simmenthal » devient aujourd'hui l'argument de son autonomie envers les juridictions suprêmes et d'une subordination à la Cour de justice ⁴¹».

Annnonce de plan - Comme nous l'avons vu précédemment, la théorie de la directive-écran a connu bien des mutations, notamment au moment de sa confrontation avec la QPC. De la portée de cette théorie, dépend le dialogue des juges au sein de l'Union européenne. Si le juge constitutionnel et le juge de l'Union décident de travailler de concert pour la pleine efficacité du droit de l'Union, alors cette théorie pourra connaître certains aménagements, comme notamment le fait pour le juge constitutionnel de s'autoriser à contrôler le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives. De fait, la théorie de la directive-écran ne sera plus absolue, puisque la loi de transposition fera l'objet d'un contrôle de compatibilité à la lumière des objectifs de la directive, mais elle témoignera d'une réelle collaboration entre le juge de l'Union et le juge constitutionnel, ce dernier devenant en quelques sorte le garant dans l'ordre interne du respect de l'obligation de transposition des directives. Toutefois, comme l'énonce très clairement la décision du 12 mai 2010, « le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des « droits

³⁸ CJCE, *Costa c/ ENEL*, 15 juillet 1964, aff. C-6/64.

³⁹ V. en ce sens : CJCE, *Filipiak*, 10 novembre 2009, aff. C-314/08 ; CJUE, *Winner Wetten*, 8 septembre 2010, aff. C-409/06 ; CJUE, *Elchinov*, 5 octobre 2010, aff. C-173/09 ; CJUE, *Krizan et a.*, 15 janv. 2013, aff. C-416/10.

⁴⁰ CJUE, *Winner Wetten*, 8 septembre 2010, *op. cit.*, point n° 60.

⁴¹ B. BERTRAND, « La jurisprudence Simmenthal dans la force de l'âge – Vers une complétude des compétences du juge national ? », RFDA 2011, n° 2, p. 376.

et libertés que la Constitution garantit » et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité ».

Forte de cet ancrage, la théorie de la directive-écran doit être envisagée sous un angle nouveau lorsqu'elle est confrontée à la QPC, et l'arrêt « Melki » ne fera que confirmer cette impression. En réaffirmant avec force sa jurisprudence « Foto-frost », la Cour de justice semble revenir à une conception stricte de la théorie de la directive-écran. En pareil cas, la directive dresse donc un écran opaque entre la loi de transposition et la Constitution, ce qui oblige « les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne » ou la « juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité » à saisir préalablement la CJUE avant de tirer toutes les conséquences de l'arrêt préjudiciel et de statuer au fond. « Ainsi, le juge de l'Union espère créer un « îlot de primauté absolue » au sein de la jurisprudence française ⁴²».

Face à cet attendu de principe quelque peu péremptoire que nous livre la CJUE, il revient aux juges nationaux de trouver les moyens concrets de sa mise en œuvre. C'est ici que se situe le cœur de notre développement : il s'agit de déterminer comment assimiler dans l'ordre juridique interne la solution issue de l'arrêt « Melki » du 22 juin 2010. En d'autres termes, comment concilier les différentes conceptions de l'écran opéré par la directive, dans la mise en œuvre de la QPC ?

Face à cette interrogation et à la lumière de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel, deux méthodes paraissent concevables pour assimiler dans l'ordre juridique interne l'*obiter dictum* de l'arrêt « Melki ». On peut dans un premier temps envisager la théorie de la directive-écran et le mécanisme de la QPC dans un rapport conflictuel, ce qui supposerait une application stricte de la jurisprudence « Foto-frost », laquelle ne fléchirait que dans l'hypothèse, jusqu'ici toujours prospective, d'une loi de transposition contredisant une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (Titre I). L'on peut proposer, néanmoins, une autre méthode d'assimilation, plus « douce » : par la saisine concomitante du juge constitutionnel et du juge de l'Union, la théorie de la directive-écran et la QPC se trouveront alors dans un rapport harmonieux (Titre II).

⁴² M. HOUSER, « Question prioritaire de constitutionnalité et renvoi préjudiciel : la Cour de justice s'en mêle... sagement », LPA, 24 septembre 2010 n° 191, p. 8.

Titre I : La théorie de la directive-écran en conflit avec la QPC

La théorie de la directive-écran provoque un conflit avec le mécanisme de la QPC en raison de sa primauté sur ce dernier, obligeant la juridiction saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité qui porterait sur une loi de transposition d'une directive à renvoyer préalablement à la Cour de justice pour qu'elle procède à l'examen de la question de la conformité de la directive avec le droit primaire de l'Union. Toutefois, l'application *stricto sensu* de cette théorie telle que conçue dans la jurisprudence de la Cour de justice, n'est pas sans poser problème puisque les délais de jugement de la Cour de Luxembourg sont nettement plus long que ceux du Conseil constitutionnel. Ce dernier trancherait donc la question de la constitutionnalité avant que la Cour ne se penche sur la validité de la directive. Pour remédier à cette situation, le juge administratif ou judiciaire devra donc, en ce cas, purement et simplement écarter les dispositions issues de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et faire une application stricte du droit de l'Union ainsi que de la jurisprudence « Foto-Frost ». Étudiée sous cet angle, la théorie de la directive-écran affirme la primauté opérationnelle du contrôle par la Cour de justice des normes européennes, et éclipse de ce fait le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité⁴³ (Chapitre I).

Une telle solution n'est toutefois envisageable que s'il existe en droit européen une protection équivalente à celle garantie par la Constitution. Si tel n'était pas le cas, parce que serait en cause par exemple « un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France⁴⁴ », le Conseil constitutionnel retrouverait alors son office et serait libre de censurer la loi de transposition de la directive comme étant contraire à la Constitution. Notons par ailleurs que le Conseil constitutionnel, -afin d'assurer de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives-, s'autorise à contrôler les dispositions législatives manifestement incompatibles avec la directive qu'elles ont pour objet de transposer. Même limité à l'erreur manifeste d'appréciation, ce contrôle constitue une atteinte au caractère absolu de la directive-écran, tel qu'envisagé dans l'arrêt « Melki ». A cet égard, la théorie de la directive-écran, dépourvue de caractère absolu, se voit seulement dotée d'un effet relatif (Chapitre II).

⁴³ F. DONNAT, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *op. cit.*, p. 1646.

⁴⁴ CC, Décision n°2006-450 DC, *op. cit.*, Cons. n° 19.

Chapitre I : La théorie de la directive-écran « maître » du mécanisme de la QPC

En ce qu'elle s'oppose au contrôle par le Conseil constitutionnel d'une loi de transposition d'une directive dans le cadre du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, la théorie de la directive-écran prime sur ce dernier. Face au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, la Cour de justice de l'Union européenne affirme le caractère préalable de l'examen par l'Union des normes de droit européen. Cette primauté opérationnelle du contrôle de la Cour de justice sur le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est affirmée dans le cadre de l'arrêt « Melki » (Section I). Au-delà des mots, il convient de voir par ailleurs comment cette primauté affirmée pourra être assurée par les juridictions suprêmes nationales (Section II).

Section I. La primauté affirmée

Afin de bien saisir tous les enjeux de l'arrêt « Melki » réaffirmant la primauté opérationnelle du contrôle de la Cour de justice pour le contrôle des normes européennes, il est nécessaire de se pencher sur les rapports qu'entretiennent le droit de l'Union et les règles constitutionnelles nationales de nature processuelle dans la jurisprudence de la Cour de justice (§1). Ce n'est qu'une fois le contexte jurisprudentiel exposé, que l'analyse de la position de la Cour dans l'arrêt « Melki » prendra alors tout son sens (§2).

§1. L'encadrement de l'autonomie procédurale des États membres par la Cour de justice

L'autonomie procédurale des États membres permet à l'un d'entre eux, en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, d'établir ses propres règles procédurales afin de garantir les droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit européen. Chaque État membre est libre d'organiser comme il le souhaite les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde du droit de l'Union (A). Cependant, la jurisprudence récente de la Cour de justice semble donner à ce principe une portée toute relative, car si l'exécution juridictionnelle décentralisée du droit de l'Union doit respecter l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, les exigences de l'intégration ne sauraient dans le même temps souffrir d'obstacles

excessifs⁴⁵. Ainsi, les règles procédurales nationales relatives au contrôle de constitutionnalité ne pouvant faire obstacle à l'effet utile du droit de l'Union, sont encadrées par la jurisprudence de la Cour de justice (B).

A. Le principe de l'autonomie procédurale des États membres

Une première consécration de ce principe est intervenue en 1976 avec l'arrêt « Comet BV contre Produktschap voor Siegerwassen » dans lequel la Cour affirmait « qu'en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire⁴⁶ ». Il va de soi que la liberté des États membres dans ce domaine n'est pas absolue et il est important que l'exercice de cette autonomie ne soit pas « moins favorable que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité)⁴⁷ ».

Ainsi, par le truchement de ce principe, l'Union veut instituer les juges nationaux comme garants de la primauté de son droit dans leurs ordres juridiques respectifs. On parle ainsi d'office communautaire du juge national. Ce principe est aussi à mettre en relation avec le principe d'effectivité communautaire qui pourrait être de nature à limiter l'autonomie processuelle dont jouissent les États membres. En effet, l'application des règles procédurales nationales ne peuvent avoir pour effet de nuire à la bonne application du droit européen⁴⁸. Il s'agit donc d'une autonomie toute relative qui ne peut s'exercer que dans le strict respect de l'application effective du droit de l'Union. L'autonomie procédurale des États membres est une création du droit de l'Union et doit être aménagée dans le respect de celui-ci. Il est d'ailleurs frappant de noter que la Cour dans sa volonté d'assurer la pleine effectivité du droit de l'Union, enjoint aux États membres de prévoir les voies de droits adéquates voire même à en créer de nouvelles : « Il appartient, dès lors, aux juridictions nationales, de statuer, le cas échéant après renvoi préjudiciel à la Cour, sur la légalité de l'acte national en cause (...) de considérer comme recevable le recours introduit à cette fin, même si

⁴⁵ O. PFEIFFERT, « L'encadrement des règles constitutionnelles par le droit de l'Union européenne », Cahiers de droit européen, 2011, p. 455.

⁴⁶ CJCE, *Comet BV contre Produktschap voor Siegewassen*, 16 décembre 1976, aff. C-45/76, point n°13.

⁴⁷ CJUE, *Byankov*, 4 octobre 2012, aff. C-249/11, point n°69.

⁴⁸ A. GIRAUD, D. TAYAR, « L'autonomie procédurale des États membres à l'épreuve du principe d'effectivité communautaire : la Cour est-elle un arbitre impartial ? », LPA, 4 juillet 2007, n°133, p 8.

les règles de procédure internes ne le prévoient pas en pareil cas⁴⁹». Cette idée se retrouve dans l'arrêt « Unión de Pequeños Agricultores », dans lequel la Cour précise que l'obligation de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective « incombe aux États membres ⁵⁰». En outre, cet encadrement jurisprudentiel ne se limite aux simples règles procédurales, il englobe également les mécanismes de sanction des normes constitutionnelles.

B. L'encadrement jurisprudentiel des contrôles de constitutionnalité nationaux

La Cour de justice semble avoir développé une sorte d'obligation générale selon laquelle « les mécanismes permettant la sanction de la Constitution ne sauraient entraver l'application immédiate, effective et uniforme du droit de l'Union »⁵¹. On trouve une trace de cette idée dès 1978 dans l'arrêt « Simmenthal », dans lequel la Cour explique clairement que le juge national se doit, afin d'assurer le plein effet des normes européennes, de laisser inappliquées toutes dispositions contraires au droit de l'Union sans avoir à demander ou à attendre « l'élimination préalable de celle-ci par voie législative **ou par tout autre procédé constitutionnel**⁵² ». Derrière cet attendu de principe perce l'idée selon laquelle le droit à une protection juridictionnelle effective doit être garanti en toute hypothèse quand bien même la création des mécanismes de sanction de la Constitution ne relèverait pas de la compétence de l'Union.

Toujours dans l'objectif d'assurer une protection juridictionnelle effective au sein de l'Union européenne, le juge se doit d'écarter toute règle procédurale nationale qui aurait pour effet de priver le justiciable de la protection immédiate et effective que les traités lui garantissent et cet impératif ne saurait souffrir d'aucunes exceptions. Ainsi, la Cour a jugé dans l'arrêt « Winner Wetten⁵³» que l'effet d'éviction de la loi nationale contraire au droit national en vertu du principe de primauté ne pouvait être suspendu, même à titre provisoire, pour éviter un éventuel vide juridique. Face à la demande d'une possible atténuation de l'exigence d'immédiateté formulée par l'ensemble des États membres ayant présenté des observations, la Cour répond par le refus de toute application transitoire de la loi nationale même si elle n'écarter pas la possibilité d'admettre à l'avenir une telle solution⁵⁴. De surcroît, en présence d'une norme de rang constitutionnel faisant obstacle au droit à

⁴⁹ CJCE, *Oleificio Borelli / Commission*, 3 décembre 1992, aff. 97/91, point n°13.

⁵⁰ CJCE, *Unión de Pequeños Agricultores*, 25 juillet 2002, aff. C-50/00, point 41.

⁵¹ O. PFEIFFERT, « L'encadrement des règles constitutionnelles par le droit de l'Union européenne », *op. cit.* p. 456.

⁵² CJCE, *Simmenthal*, *op. cit.*, point 24.

⁵³ CJUE, *Winner Wetten*, *op. cit.*

⁵⁴ B. BERTRAND, « La jurisprudence *Simmenthal* dans la force de l'âge. Vers une complétude des compétences du juge national ? », *op. cit.*, p. 369.

un recours effectif prévu par une directive, la Cour a jugé que cette norme, fixant répartition de compétence entre une cour constitutionnelle et un juge ordinaire, devait être écartée par le juge national, agissant alors en sa qualité de juge de droit commun de l'Union⁵⁵. Ainsi, face à une norme de droit dérivé, qui a pour objectif d'assurer la protection juridictionnelle effective que les traités assurent, les règles procédurales nationales fussent-elles de rang constitutionnel, doivent s'effacer.

C'est donc dans un contexte jurisprudentiel très interventionniste que le 22 juin 2010, fut soumise une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne relativement au problème de la compatibilité du mécanisme de la QPC avec le droit de l'Union européenne.

§2. La consécration de la primauté opérationnelle par la Cour de justice : *l'obiter dictum* de l'arrêt « Melki »

L'ensemble des questions étudiées précédemment ont connu une application particulièrement remarquable dans l'arrêt « Melki » de la Cour de justice intervenant sur question préjudicielle de la Cour de cassation qui émettait des doutes sur la compatibilité du mécanisme de la QPC avec le droit européen. L'argumentation de la cour suprême de l'ordre judiciaire français reposait sur l'idée selon laquelle une telle procédure permettait au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle complet de la conformité des lois à l'ensemble du droit de l'Union. Si la Cour de justice a pu accepter sous certaines conditions⁵⁶ le mécanisme du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* français, elle va en revanche et de manière très surprenante, au détour *d'un obiter dictum*, donner son appréciation sur l'hypothèse d'une question prioritaire de constitutionnalité formulée à l'encontre d'une loi de transposition d'une directive. Par ce biais et à l'image du Conseil constitutionnel, la Cour de Luxembourg livre implicitement ce qu'elle entend sous le terme de théorie de la directive-écran.

Il s'agit donc, à la lecture de la solution de l'arrêt « Melki », d'un véritable écran mis en place par la directive qui, se plaçant entre la loi de transposition et la Constitution, empêcherait le Conseil constitutionnel de se saisir d'une telle QPC car cela reviendrait pour lui à faire un examen en appréciation de légalité des actes de droit dérivé de l'Union (A). Par une telle argumentation, la Cour de justice semble opposer au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, le « caractère préalable ⁵⁷ » du contrôle de conformité de la directive avec le droit primaire de l'Union, faisant ainsi d'une question originellement prioritaire, une question obligatoire (B).

⁵⁵ CJCE, *Connect Austria*, 22 mai 2003, aff C-462/99, point 38 à 42.

⁵⁶ CJUE, *Melki et Abdeli*, 22 juin 2010, aff. Jointe C-188/10 et C-189/10, point 57.

⁵⁷ CJUE, *ibid*, point. 56.

A. La théorie de la directive-écran dans la jurisprudence de la CJUE : un écran opaque

La Cour précise dans un premier temps le monopole dont elle dispose pour l'appréciation de la validité des normes de l'Union, à telle enseigne que : la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité « ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union et notamment d'une directive, compétence ayant pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union ⁵⁸». La Cour se situe, ce faisant, dans la droite ligne de sa jurisprudence « Foto-Frost » selon laquelle l'Union est seule compétente pour connaître du contrôle de légalité de ses normes.

La Cour exprime ensuite ses craintes qui tiennent aux effets de la QPC, ces derniers étant susceptibles d'aboutir à l'abrogation de la loi nationale transposant une directive précise et inconditionnelle. La Cour pourrait donc se voir privée « de la possibilité de procéder, à la demande des juridictions du fond de l'État membre concerné, au contrôle de ladite directive ⁵⁹» par rapport au droit primaire de l'Union et à la Charte des droits fondamentaux. Selon certains, « par cette approche, la Cour de justice s'efforce non seulement de faire reconnaître une compétence unique, au nom du principe de la sécurité juridique, en ce qui concerne la constatation de l'invalidité d'un acte de l'Union, mais également de faire déplacer le contrôle du respect des droits fondamentaux nationaux, au nom d'une conception commune de leur protection, incompatible en général avec des systèmes juridiques de protection divergents ⁶⁰».

La Cour poursuit ensuite en expliquant distinctement que la question de la validité de la directive revêt un « caractère préalable », qu'à cet égard, « l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive en cause ⁶¹». Cette référence expresse à la question du délai d'examen des juridictions nationales semble s'adresser directement au Conseil constitutionnel et plus précisément à sa décision n°2006-540 DC. Cette haute instance avait alors estimé que, en raison des délais fixés à l'article 61-1 de la Constitution lui imposant de statuer avant la promulgation de la loi, il ne pouvait « saisir la Cour de justice des communautés européennes de la question préjudicielle prévue

⁵⁸ CJUE, *Melki et Abdeli*, *op. cit.*, point 54.

⁵⁹ CJUE, *ibid.*, point 55.

⁶⁰ A. PLIAKOS, « Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté », *Cahiers de droit européen*, p. 506.

⁶¹ CJUE, *ibid.*, point 56.

par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne⁶²». La Cour de justice porte ainsi selon certains, le « coup de grâce⁶³ » à la loi organique régissant la QPC mais aussi à l'argument de délai trop pressant, utilisé par le Conseil constitutionnel.

L'argumentation développée par la Cour est, de surcroît, -il est important de le souligner-, le fruit d'un *obiter dictum*, En d'autres termes, il s'agit d'une réponse à une question qui n'était pas formulée, du moins de manière explicite. En affirmant ainsi sa position, la Cour de Luxembourg veut montrer qu'elle est la seule à pouvoir apprécier la validité des normes de l'Union, faisant ainsi une juste application de la jurisprudence « Foto-Frost ». Il s'agit en outre d'une réponse au Conseil constitutionnel qui retenait dans ses décisions de 2006⁶⁴ et de 2008⁶⁵, une acception souple de la théorie de la directive-écran, puisqu'il exerçait tout de même un contrôle de conformité des dispositions législatives avec la directive, pareil contrôle fût-il limité à l'erreur manifeste d'appréciation. La Cour de justice vient donc par son arrêt du 22 juin signifier au Conseil constitutionnel la portée de cette théorie : la directive ne saurait être considérée comme constituant un écran transparent mais plutôt un écran opaque faisant obstacle à la transmission en priorité au Conseil constitutionnel d'une QPC à l'encontre d'une loi nationale de transposition d'une directive. Ainsi, dans la conception qu'en retient la Cour de justice la théorie de la directive-écran, à l'image de la théorie de la loi-écran sur laquelle elle se calque, empêche le Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité d'une loi de transposition avec la directive qu'elle vient mettre en œuvre, celle-ci faisant écran entre la loi de transposition et la Constitution.

La solution de l'arrêt « Melki » comprend donc une affirmation très forte, celle selon laquelle la QPC portant sur une loi de transposition d'une directive ne saurait garder son caractère prioritaire ; lorsqu'il est question de l'appréciation de la légalité d'une norme de droit européen, la Cour de justice a la primeur du contrôle. Cette solution est aussi lourde de conséquences : elle fait perdre à la question de constitutionnalité son caractère prioritaire, celle-ci n'est désormais qu'obligatoire.

⁶² CC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société d'information*, Décision 2006-540 DC, 27 juillet 2006.

⁶³ H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », RFDA, juillet-août 2010, p. 675.

⁶⁴ CC, Décision 2006-540 DC, *op. cit.*

⁶⁵ CC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Décision n°2008-564 DC du 19 juin 2008.

B. D'une question prioritaire à une question « obligatoire⁶⁶ »

Il est tout d'abord intéressant pour étudier cette nouvelle dénomination que la Cour donne implicitement à la question de constitutionnalité, de se pencher sur les travaux préparatoires qui ont conduit à l'introduction d'un tel mécanisme dans le système juridique français. Dans le projet de loi arrêté en conseil des ministres, l'article 23 était formulé comme suit : « La juridiction doit en tout état de cause, lorsqu'elle a été saisie de moyens contestant, de façon analogue, la conformité de la disposition à la Constitution et aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier lieu sur la question de constitutionnalité, sous réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution ». La réserve finale émise par les rédacteurs du projet de loi prouve donc que les possibles incompatibilités du système de sanction *a posteriori* de la Constitution avec le droit européen avaient été prises en compte. Cependant, cette prise en considération tout à fait opportune a disparu lors des débats à l'Assemblée nationale, sous le coup d'amendements parlementaires⁶⁷. Les possibles difficultés rencontrées par le mécanisme de la QPC avaient aussi été mises en exergue par la doctrine⁶⁸ qui voyait dans le système un risque de conflit avec le droit de l'Union.

Ainsi, par son arrêt sur question préjudicielle du 22 juin 2010, la Cour de justice dépossède la question de constitutionnalité de son caractère prioritaire lorsqu'elle a pour objet une loi de transposition d'une directive ; pareille question s'efface devant le caractère préalable de l'examen par la Cour de la conformité de cette dernière avec le droit primaire. Cette nouvelle fonction de la QPC avait semble-t-il été anticipée par le Conseil constitutionnel, lequel, dans sa décision du 12 mai 2010, a précisé le sens du terme « priorité ». Le considérant 15 de la décision précise ainsi que rien ne s'oppose à ce que les juridictions administratives ou judiciaires, lorsqu'elles transmettent une QPC, usent de la faculté « de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁶⁹ ». Pour autant, entre la faculté de renvoi à la Cour et l'obligation de renvoi telle que formulée dans l'arrêt « Melki », il y a une différence majeure qui laisse à penser que le Conseil constitutionnel espérait un autre dessein pour le sort des QPC portant sur des lois de transposition

⁶⁶ F. DONNAT, « La Cour de justice et la QPC, chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *op. cit.*, p. 1647.

⁶⁷ P. MANIN, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne », AJDA, mai 2010, p. 1024.

⁶⁸ V. en ce sens : L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, RFDA 2009, p. 787 ; B. GENEVOIS, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*, RFDA 2010.

⁶⁹ CC, Décision n°2010-605 DC, *op. cit.*

de directives, espoir forcément influencé par la conception souple qu'il retient de la théorie de la directive-écran.

Section II. La primauté assurée

Une fois le principe de la primauté opérationnelle du contrôle par la CJUE des normes européennes affirmé, il faut se pencher sur les conditions de sa réalisation car si la Cour de justice pose les grandes lignes de sa conception de la théorie de la directive-écran, elle ne détaille pas pour autant les modalités de sa mise en œuvre qui s'avère, à l'épreuve de la pratique, des plus complexe à concilier avec la loi organique de décembre 2009. En effet, si à la lecture de l'arrêt « Melki », il semble clair que la Cour de justice garde une primauté opérationnelle concernant le contrôle de ses normes. Comment, dès lors, articuler une telle solution dans le contentieux de la QPC en droit français (§1) ? De surcroît, une fois la question préjudicielle transmise en priorité à la Cour de Luxembourg, il convient de se pencher sur l'examen réalisé par cette dernière, de sa teneur comme de ses conséquences (§2).

§1. Les conditions de saisine de la CJUE

Afin de pouvoir procéder à un renvoi préjudiciel préalable, respectant ainsi à la lettre l'interprétation de la Cour de justice dans l'arrêt « Melki », le juge administratif ou judiciaire devra procéder selon un raisonnement en deux temps. Il devra tout d'abord faire une recherche de l'équivalence des protections, c'est à dire regarder si il existe dans le droit de l'Union une protection équivalente à celle accordée par la Constitution (A) puis procéder à une requalification des moyens soulevés devant lui, passant d'un moyen tiré de la contrariété de la loi de transposition avec la Constitution à un moyen provenant de la contrariété de la directive transposée avec le droit primaire de l'Union, on songe, notamment, à la Charte des droits fondamentaux (B)⁷⁰.

A. La recherche préalable de l'équivalence des protections

Pour aider le juge de droit commun dans son office de la recherche préalable de l'équivalence des protections, il est instructif de se référer à l'arrêt « Société Arcelor Atlantique et

⁷⁰ Pour ce raisonnement en deux temps, voir : F. DONNAT, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu » *op.cit.*, p. 1646.

Lorraine et autres » du Conseil d'État, ce dernier fournissant des éléments importants sur cette question (1). Toutefois, cet arrêt date de 2007, soit un an avant l'introduction de la QPC dans le système juridique français ; son apport est donc à relativiser, notamment quant à son adaptation à la jurisprudence de la Cour de cassation (2).

1. L'arrêt « Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres » du Conseil d'État comme point de départ

Afin de comprendre dans quelles conditions cette recherche d'équivalence des protections pourrait s'effectuer, il est opportun d'étudier l'arrêt « Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres ⁷¹ » du Conseil d'État dans lequel se posait déjà la question de savoir si la juridiction suprême de l'ordre administratif était compétente pour connaître de la constitutionnalité d'un décret reprenant directement les dispositions d'une directive précise et inconditionnelle. Selon le Conseil d'État, cette recherche d'équivalence des protections s'effectue comme suit : « 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 ⁷² ». Si tel est le cas, il appartient alors au juge 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 ». Si l'exercice d'un tel contrôle ne soulève pas de difficultés sérieuses, alors le Conseil d'État pourra lui-même écarter le moyen en sa qualité de juge de droit commun de l'Union européenne. En revanche, dans l'hypothèse inverse, il sera tenu de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Comme le fait très bien remarquer le Professeur Xavier Magnon, par cette solution « le Conseil d'État retient sa compétence tout en encadrant son exercice ⁷³ ».

En agissant ainsi, le Conseil d'État semble s'inscrire parfaitement dans la jurisprudence « Unión de Pequeños Agricultores » qui encourageait les requérants à amener les juridictions nationales « à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles ⁷⁴ » pour les questions d'appréciation de validité, garantissant ainsi le respect de la légalité européenne ⁷⁵. De

⁷¹ CE, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *op. cit.*

⁷² CE, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *op. cit.*, Considérant n°11.

⁷³ X. MAGNON, « La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'État », RFDA, mai-juin 2007, p. 579.

⁷⁴ CJCE, *Unión de Pequeños Agricultores*, *op. cit.*, point 40.

⁷⁵ X. MAGNON, *ibid.*, p. 581.

plus, la haute juridiction administrative va au-delà de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, puisqu'elle va jusqu'à s'interroger sur l'équivalence même des protections entre droit européen et droit national, estimant qu'il est nécessaire de poser une question préjudicielle en appréciation de la validité de la directive par rapport au principe d'égalité bien que ce dernier soit reconnu en tant que principe général du droit communautaire⁷⁶. On passe ainsi d'une « subsidiarité épouvantail » à une « subsidiarité sanctionnée », avec la vérification effective que l'acte objet du contrôle est conforme au principe communautaire qui garantit la portée d'un principe constitutionnel⁷⁷. En somme, le Conseil d'État rejette les deux premiers moyens mettant en cause la validité de la directive au regard du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre ; mais pris d'un doute sérieux sur sa compatibilité avec le principe d'égalité, il saisit la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle. Il applique donc rigoureusement les modalités du contrôle qu'il a définies précédemment.

2. Vers une adaptation de cette solution à la QPC

Si l'arrêt « Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres » constitue une grille de lecture intéressante des rapports entre droit européen et droit national, cette solution est intervenue en février 2007, époque à laquelle le mécanisme de la QPC n'avait pas encore été mis en place ; sa portée est donc à relativiser. On peut néanmoins faire un parallèle entre la décision « Arcelor » et la théorie de l'écran législatif transparent, et ainsi déduire de la décision du Conseil d'État « que l'existence d'une disposition législative servant de fondement à un acte administratif d'exécution du droit communautaire ne fait pas obstacle au contrôle de constitutionnalité du droit communautaire, lorsque la disposition législative se borne à habiliter l'administration à poursuivre la mise en conformité du droit français au droit communautaire et ne contient en elle-même aucune disposition de fond⁷⁸».

Toutefois, ce raisonnement ne vaut que pour l'ordre administratif. Il est donc intéressant de se poser la question de sa compatibilité avec la jurisprudence de la Cour suprême de l'ordre judiciaire.

La Cour de cassation dans un arrêt du 2 juin 2000 « Pauline Fraisse⁷⁹ », affirme que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux

⁷⁶ A. LEVADE, « Constitution et transposition des directives communautaires - Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », RFDA, mai-juin 2007, p. 566.

⁷⁷ X. MAGNON, *ibid.*, p. 582.

⁷⁸ P. CASSIA, « Le droit communautaire dans et sous la Constitution française », *op. cit.*, p. 378.

⁷⁹ Cass, ass. plén, Pauline Fraisse, 2 juin 2000, n°99-60.274, Publié au bulletin.

dispositions de valeur constitutionnelle. Cependant, à la différence de la jurisprudence « Sarran ⁸⁰» du Conseil d'État, la Cour de cassation semble réserver cette primauté constitutionnelle aux engagements internationaux classiques, puisqu'elle précise que le fait Mlle Fraisse ait été inscrite sur les listes électorales pour les élections en cause n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire. Par ce biais la Cour se réserve la possibilité d'adopter une autre position lorsque serait en jeu le droit européen. Si l'on appréhende le problème sous cet angle, il faut là encore tempérer l'influence de la solution « Arcelor » sur la QPC, compte tenu de l'incertitude qui pèse autour de la position du juge judiciaire.

Enfin, il est un autre doute qui pèse sur la transposition de la solution « Arcelor » à celle dictée par la Cour de justice dans l'arrêt « Melki », c'est celui d'un éventuel contrôle par cette dernière du contrôle de l'équivalence des protections effectué par les juges nationaux. Ce qui est évoqué, en d'autres termes, c'est la possibilité d'un contrôle du contrôle. En effet, les juges nationaux agissant en tant que juges de droit commun de l'Union, sont soumis à l'autorité de la plus haute juridiction de l'ordre européen, il est dès lors tout à fait concevable que celle-ci remette en cause l'examen de l'équivalence des protections exercé par le juge national. Cette hypothèse est d'autant plus concevable, lorsqu'on se penche sur *l'obiter dictum* de l'arrêt « Melki » dans lequel la Cour semble n'admettre aucune exception à la jurisprudence « Foto-Frost ». Dès lors, on peut se demander si même en l'absence de difficultés sérieuses, la Cour permettrait à une juridiction nationale de statuer sur le moyen tiré de la contrariété d'une loi de transposition d'une directive à la directive elle-même.

B. La requalification des moyens par le juge national

Une fois la recherche d'équivalence des protections effectuée par le juge national, il lui appartiendra alors, dans un deuxième temps, et en cas de succès dans la première phase du raisonnement, de requalifier le moyen qui lui est soumis, passant ainsi d'un moyen d'inconstitutionnalité à un moyen d'inconventionnalité. Cette requalification est d'autant plus nécessaire que le contrôle des actes de transposition des directives de l'Union exercé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt « Arcelor » ou par le Conseil constitutionnel depuis sa décision du 10 juin 2004⁸¹, pour aussi spécifique qu'il soit, n'en reste pas moins un contrôle de constitutionnalité, en ce qu'il consiste en un contrôle de conformité de l'acte de transposition aux normes constitutionnelles de

⁸⁰ CE, *Sarran*, *op. cit.*

⁸¹ CC, Décision n°2004-496, *op. cit.*

référence⁸². Pour opérer cette requalification, le juge devra reformuler une QPC à destination du Conseil constitutionnel en une question préjudicielle à l'adresse de la Cour de justice. De surcroît, toujours dans l'hypothèse d'une stricte transposition de la jurisprudence « Arcelor », cette requalification des moyens aboutissant à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice ne se justifierait qu'en présence de difficultés sérieuses. *A contrario*, s'il apparaît que la loi de transposition est par évidence conforme au droit primaire de l'Union, le juge pourrait purement et simplement écarter le moyen. Est-il alors envisageable qu'une loi de transposition d'une directive soit à l'évidence inconventionnelle ? Il faudrait alors qu'elle méconnaisse de manière grossière une norme de droit primaire ou encore un principe général du droit de l'Union, et qu'en outre, cette méconnaissance soit tellement évidente qu'elle rendrait tout renvoi préjudiciel à la Cour de justice inutile. Mais là encore on peut se poser la question de savoir si un tel contrôle ne serait pas de nature « à porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union ⁸³ ». Il convient ici de répondre par la négative, en ce sens que rien n'interdit au juge national d'examiner la validité d'un acte et d'écarter le grief. En revanche, dès que le juge estime que ce grief pourrait être accueilli, il a l'obligation de saisir la Cour à titre préjudiciel⁸⁴. L'élément décisif devient alors le caractère sérieux de la difficulté car c'est lui qui conditionne le renvoi préjudiciel.

La difficulté sérieuse pourrait s'analyser en un problème d'appréciation de la compatibilité de la norme objet du contrôle avec la directive, rendant de ce fait la juridiction nationale incompétente, conformément à la jurisprudence « Foto-Frost ». La notion de difficulté sérieuse a été explicitée puis concrétisée dans l'arrêt « Arcelor », lorsque le Conseil d'État avait estimé que la directive 2003/87/CE⁸⁵ pourrait être en contrariété avec le principe d'égalité tel que garanti par le droit de l'Union. Ainsi, le Conseil d'État met en œuvre la méthode qu'il a lui-même dégagée : le principe constitutionnel d'égalité trouvait bien son équivalent dans le droit de l'Union mais la question de la conformité de la directive avec ce principe posait à la juridiction administrative une difficulté sérieuse, l'obligeant ainsi à surseoir à statuer en attendant que la Cour tranche le problème par question préjudicielle. En substance, le Conseil d'État considère que la justification de la différence de traitement résultant de la décision de ne pas inclure les industries du plastique et de l'aluminium dans le système d'échange de quotas de gaz à effet de serre au sein de la communauté européenne constitue une « difficulté sérieuse ». A cet égard, « 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 1er du

⁸² A. LEVADE, « Constitution et transposition des directives communautaires - Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires » *op.cit.*, p. 569.

⁸³ CJUE, *Melki et Abdeli*, *op. cit.*, point 54.

⁸⁴ J-P. JACQUE, « Droit institutionnel de l'Union européenne », Cours Dalloz, 7^{ème} éd., p. 741.

⁸⁵ Directive n°2003/87/CE du Parlement et du Conseil du 13 octobre 2003 sur le système d'échange de quotas de gaz à effet de serre dans la communauté européenne.

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 plastique⁸⁶».

§2.L'examen exercé par la CJUE

Une fois que la juge a requalifié le moyen, il peut saisir la Cour de justice à titre préjudiciel pour que celle-ci se prononce sur la validité de la directive par rapport au droit primaire de l'Union et à sa charte des droits fondamentaux. La Cour va alors procéder, en application de la jurisprudence « Foto-Frost » à l'appréciation de la validité de ses normes (A), une appréciation qui conditionnera l'issue du litige dans lequel la loi de transposition de la directive est contesté (B).

A. La teneur du contrôle de la CJUE

Le contrôle en appréciation de validité exercé par la Cour de justice en application de la solution de l'arrêt « Melki » s'effectue dans le cadre d'une saisine préjudicielle par le juge national donnant à ce contrôle une dimension particulière (1). Une fois le contexte exposé, il convient de s'interroger sur la teneur du contrôle en tant que tel.

1. Une acception large du recours préjudiciel

Le principe fut posé en 1987 avec l'arrêt « Foto-Frost » dans lequel la Cour affirme que les juridictions nationales « n'ont pas le pouvoir de déclarer invalide un acte des institutions communautaires ⁸⁷». Une solution en grande partie motivée par l'exigence d'uniformité du droit communautaire, qualifiée de « particulièrement impérieuse ⁸⁸». L'idée est donc d'éviter des divergences entre les juridictions des États membres concernant la validité des actes communautaires, préservant ainsi l'unité de l'ordre juridique de l'Union. Ce principe ne souffre aucune exception, et la Cour refuse même que les juridictions nationales se prononcent sur la

⁸⁶ CE, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *op. cit.*, Considérant n°19.

⁸⁷ CJCE, *Foto-Frost conte Hauptzollmat Lübeck-Ost*, *op. cit.*, point n°15.

⁸⁸ CJCE, *Foto-Frost conte Hauptzollmat Lübeck-Ost*, *ibid*, point n°15.

validité d'un acte de l'Union, lorsqu'elle a déjà déclaré invalides des dispositions correspondantes d'un acte comparable⁸⁹.

De plus, la Cour a une acception large de la recevabilité des questions préjudicielles ; elle estime que même en l'absence d'éléments d'extranéité dans une situation purement interne, la réponse à la question préjudicielle pourrait être utile pour la juridiction de renvoi. Ainsi même si « il ressort du dossier que tous les éléments des litiges au principal sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre », l'interprétation sollicitée par la juridiction de renvoi pourrait être *utile* à l'issue du litige ; cette souplesse dans la recevabilité des renvois préjudiciels étant analysée par certains comme une façon pour la Cour d'entretenir « son indistinction récurrente entre recevabilité d'une question préjudicielle et champ d'application spatiale du droit de l'Union ⁹⁰ ». Tous ces arrêts sont autant d'arguments à l'encontre de la décision du Conseil d'État dans l'arrêt « Arcelor » qui ne prévoit le renvoi préjudiciel qu'en cas de difficultés sérieuses ; il y a donc fort à parier que la Cour, concernant une QPC portant sur une loi de transposition d'une directive n'accepterait pas que le juge national procède à son office, sous le prétexte que la question ne soulève pas de difficultés sérieuses.

2. Le contrôle exercé

Le contrôle auquel va se livrer la Cour de justice sera le même que celui qu'elle a vocation à exercer dans le cadre du recours en annulation : elle apprécie la légalité de la directive, mise en cause indirectement par la contestation devant le juge national de sa loi de transposition. Le référé de ce contrôle est précisé au point 55 de l'arrêt « Melki ». Il s'effectuera par rapport « aux exigences du droit primaire et notamment des droits reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Tout acte de droit européen se doit de respecter les traités mais pas seulement, les principes généraux du droit de l'Union, les traités conclus par l'Union, la législation tout comme les mesures d'exécution et les décisions individuelles sont aussi une cause d'invalidité de l'acte lorsqu'il y est dérogé. Si donc la directive venait à violer les traités ou tout acte relatif à leur application, elle serait déclarée invalide.

Une fois ce contrôle exercé, les conséquences divergeront selon l'appréciation que la Cour fera de la validité ou de l'invalidité de l'acte.

⁸⁹ CJCE, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV contre Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, 6 décembre 2005, aff. C-461/03.

⁹⁰ V. MICHEL, « Directive « services » et concession des activités de recouvrement des recettes fiscales locales », *Revue Europe* n°7, Juillet 2012, comm. 275.

B. Les conséquences du contrôle

Deux cas de figure sont à prendre en compte selon que la Cour de justice fait une déclaration d'invalidité de la directive (1) ou bien, à l'opposé, reconnaît la conformité de la directive avec le droit primaire de l'Union (2).

1. L'invalidité de la directive

Si la Cour déclare la directive invalide parce que contraire aux traités ou à tout acte relatif à leur application, le juge national devra en tirer les conséquences en écartant du litige la loi de transposition contestée. Une telle déclaration d'invalidité aura également pour conséquence de rendre désuète la question de constitutionnalité qui se verrait alors vidée de son objet. En effet, si la directive est déclarée non conforme au droit primaire de l'Union, la loi de transposition transposant fidèlement le contenu de celle-ci l'est aussi forcément. La question de la constitutionnalité de la loi de transposition n'a donc plus lieu d'être. La juridiction à l'origine de la saisine préjudicielle est en outre liée « avec autorité de la chose jugée⁹¹ » par l'arrêt rendu par la Cour, ce qui signifie que de la solution de la Cour dépend l'issue du litige puisque le juge national devra suivre l'interprétation de celle-ci.

Si le contrôle exercé par la Cour en appréciation de validité est le même que celui qu'elle exerce dans le cadre du recours en annulation, les effets d'une constatation d'invalidité diffèrent de ceux attachés à l'arrêt d'annulation. L'acte objet de la déclaration d'invalidité n'est pas annulé et ne disparaît pas de l'ordre juridique européen comme dans le cadre du recours en annulation. Toutefois la Cour précise que « les juridictions nationales sont entièrement fondées, à tirer, pour les affaires dont elles sont saisies, les conséquences découlant d'un arrêt d'invalidité rendu par la Cour dans un litige entre d'autres parties⁹² ». Il s'agit donc, pour les juridictions nationales comme pour les institutions de l'Union, de tirer les conséquences de l'illégalité de l'acte, ce qui *in fine*, se rapproche des effets attachés aux arrêts d'annulation. L'effet *erga omnes* des arrêts préjudiciels opposable à tous, oblige, par analogie avec les effets d'un arrêt d'annulation, les institutions de l'Union à remédier à l'illégalité de l'acte⁹³. Quant aux effets liés à la rétroactivité de l'illégalité constatée, ils ne produisent de conséquences que dans le litige à propos duquel la question préjudicielle a été posée.

⁹¹ CJCE, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co*, 5 mars 1986, aff. C-69/85, point n°13.

⁹² CJCE, *International Chemical corporation*, 13 mai 1981, aff. C-66/80, point n°15.

⁹³ J-P. JACQUE, *op. cit.*, p. 744.

2. La conformité de la directive au droit primaire de l'Union

Si la directive est déclarée valide car conforme au droit primaire de l'Union européenne, la loi de transposition, par symétrie, sera pour sa part déclarée conforme à la Constitution compte tenu de l'équivalence des protections entre la Constitution et le droit européen dont se sera assuré le juge de renvoi avant la saisine préjudicielle. Les effets sont les mêmes que ceux attachés à un arrêt préjudiciel en constatation d'invalidité, à ceci près que les implications sur le droit européen seront moins nombreuses, les institutions ne devant pas prendre acte d'une déclaration de validité.

Chapitre II : La théorie de la directive-écran: une théorie au caractère relatif

La théorie de la directive-écran, telle qu'envisagée et conçue dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a pas un caractère absolu mais plutôt un aspect relatif. Il est possible de fixer la naissance de cette théorie au 10 juin 2004, lorsque dans sa décision « Loi pour la confiance dans l'économie numérique », le Conseil constitutionnel considère que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle⁹⁴». Afin d'assurer le respect de cette exigence, le Conseil constitutionnel, saisi dans les délais prévus à l'article 61 de la Constitution, ne saurait saisir la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle. Il exerce à ce titre un contrôle de compatibilité des dispositions législatives manifestement incompatibles avec la directive qu'elles ont pour objet de transposer. La directive ne fait donc pas totalement écran entre la loi de transposition et la Constitution puisque le Conseil constitutionnel s'autorise un contrôle, -quoique limité à l'erreur manifeste d'appréciation-, des dispositions législatives avec la directive qu'elles ont pour objet de transposer (Section I).

Le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, formulé une réserve à cette exigence constitutionnelle de transposition des directives. On songe ici à l'hypothèse où la loi de transposition irait à « l'encontre d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France⁹⁵». En pareille occurrence, le Conseil constitutionnel retrouverait la plénitude de sa compétence et pourrait sanctionner la loi de transposition dans le cadre d'un contrôle plein et entier, cette dernière méconnaissant l'identité constitutionnelle de la France. Envisagée comme tel, la théorie de la directive-écran n'est plus atténuée mais balayée par l'identité constitutionnelle française, laquelle redonne aux Sages de la rue Montpensier toute l'étendue de leur compétence (Section II).

Section I. L'exigence constitutionnelle de transposition des directives

Depuis sa décision du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel a, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle de 1992, déduit qu'il ressortait de la lecture de cet article, une exigence constitutionnelle de transposition des directives. La garantie de cette exigence devant s'effectuer par un contrôle des dispositions législatives manifestement contraires avec la directive qu'elles transposent, l'écran opéré par la directive entre la loi de transposition et la Constitution n'est donc plus absolu et doit être qualifié de transparent (§1). Une fois la teneur de

⁹⁴ CC, Décision n°2004-496 DC, *op. cit.*, Cons. n°7.

⁹⁵ CC, Décision n°2006-450, *op. cit.*, C. n°19.

cette exigence constitutionnelle exposée, il importe de la confronter au mécanisme de la QPC afin d'étudier les rapports qu'elle entretient avec ce dernier (§2).

§1. Vers un écran transparent

Dès lors que l'écran opéré par la directive est qualifié de transparent, il apparaît nécessaire de définir ce que recouvre exactement cette notion de transparence (A) pour mieux comprendre la teneur du contrôle de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives (B).

A. La notion de transparence

En remontant aux origines, -au droit administratif et à la théorie de la loi-écran en l'occurrence-, il devient plus aisé d'appréhender, à l'image de la théorie de la directive-écran, la notion d'écran transparent. « La logique de l'écran transparent (...) conduit le Conseil d'État à admettre la contestation de la constitutionnalité des dispositions d'un acte réglementaire qui ne résultent pas de la volonté du législateur⁹⁶ ». Si la loi établit un écran transparent, la confrontation de l'acte administratif avec la Constitution est rendu possible. Le juge peut vérifier la constitutionnalité d'un acte réglementaire pris sur le fondement d'une disposition législative qui ne constitue qu'une habilitation. Il faut donc que le vice soit imputable directement à l'acte attaqué, qu'il ne résulte pas de l'application de la loi. S'il provenait de l'application de la loi, le requérant devrait invoquer, par le biais d'une QPC⁹⁷, l'inconstitutionnalité de la disposition législative dont l'acte réglementaire est issu.

Selon certains, la loi souveraine faisant écran au contrôle du juge est une expression de l'idée selon laquelle la souveraineté parlementaire prime sur la souveraineté du peuple. A travers la théorie de l'écran législatif transparent, « c'est le noble visage d'une norme constitutionnelle qui apparaît forcément à travers l'écran de la loi qui devrait rester transparent pour permettre de voir le véritable acteur de l'ordre juridique : le peuple à travers son acte premier, la Constitution⁹⁸ ». Cette analyse pertinente doit cependant être relativisée et mise en perspective avec les réalités juridiques actuelles, notamment avec le mécanisme de la QPC. Grâce à cette dernière, le requérant peut contester une disposition législative contraire à la Constitution ; la souveraineté du peuple se trouve alors sur le même plan que la souveraineté parlementaire, la loi pouvant aussi être contestée par le requérant

⁹⁶ B. MATHIEU, « Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'État. A propos des arrêts rendus par le Conseil d'État les 14 et 16 avril 2010 », JCP éd., G, n° 17, 26 Avril 2010, 465.

⁹⁷ M. QUYOLLET, Fasc. 1405 « Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) », JurisClasseur administratif, point. 60.

⁹⁸ W. SABETE, « L'écran de la loi et la figure de la Constitution. Réflexions sur le moyen inopérant tiré de la contrariété d'une décision administrative à la Constitution », D. 1997, p. 287.

ordinaire dans le cadre du contrôle *a posteriori*.

B. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel

Dès lors que l'obligation de transposition des directives européennes dans l'ordre juridique interne est qualifiée d'exigence constitutionnelle par le Conseil éponyme, il est nécessaire de s'attarder sur cette notion afin d'envisager les conséquences d'une telle dénomination sur la jurisprudence de celui-ci et plus généralement sur l'ordre juridique français (1). Une fois cette précision effectuée, il conviendra de s'intéresser au contrôle qu'implique la qualification d'exigence constitutionnelle (2).

1. La notion d'exigence constitutionnelle

Une exigence constitutionnelle peut être définie comme un objectif pouvant être légitimement poursuivi par le législateur. Aussi, en qualifiant de la sorte la transposition des directives européennes, le Conseil constitutionnel met cet impératif au même niveau que d'autres, tout aussi importants au sein de la République française, comme par exemple la protection de l'ordre public. La liste des exigences constitutionnelles est très variée et peut recouvrir des libertés d'inspiration sociale telles que le droit de grève⁹⁹ ou bien encore des libertés individuelles comme le respect à la vie privée¹⁰⁰, la liberté d'aller et venir¹⁰¹ ainsi que la liberté du mariage¹⁰². En qualifiant l'obligation de transposition des directives dans l'ordre interne d'exigence constitutionnelle, le Conseil constitutionnel montre ainsi toute la particularité du droit européen dans l'ordre juridique interne, droit qui se distingue du droit international classique. Une telle qualification consacre aussi une véritable approche pro européenne de la juridiction siégeant au Palais royal, qui fut élaborée sous la présidence de Monsieur Pierre Mazeaud. L'établissement de cette jurisprudence, inclut de ce fait, indiscutablement une dimension difficilement dissociable des personnes qui le composent¹⁰³.

Si les exigences constitutionnelles précédemment énumérées viennent consacrer des droits et libertés fondamentaux, il en est d'autres, érigées comme telles par le Conseil constitutionnel pour

⁹⁹ CC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007, Cons. n°15.

¹⁰⁰ CC, *Loi de finance rectificative pour 1999*, Décision n°98-405 DC, du 29 décembre 1998, Cons. n°62.

¹⁰¹ CC, Décision n°86-216 DC, *op. cit.*, Cons. n°14.

¹⁰² CC, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Décision n°99-419 DC, du 9 novembre 1999, Cons. n°63 et 70.

¹⁰³ Idée développée par Madame Anne Levade, lors d'une conférence sur « L'identité constitutionnelle et les droits fondamentaux » le mercredi 20 mars 2013 à l'institut de droit comparé de l'Université Paris II Panthéon-Assas.

limiter ces mêmes droits fondamentaux. On pense ici au principe de sauvegarde de l'ordre public¹⁰⁴ ou encore au principe de lutte contre la fraude fiscale¹⁰⁵. Il s'ensuit que les exigences constitutionnelles constituent un ensemble de normes fondamentales s'inspirant des droits fondamentaux qui contribuent à les garantir ou les limiter. Cependant, si toutes les exigences constitutionnelles « sont bien des normes juridiques, la réciproque est fautive¹⁰⁶».

En outre, la notion d'exigence constitutionnelle est strictement encadrée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel afin de s'assurer de son respect. Ainsi, pour la première fois dans une décision du 29 juillet 1986 « Loi portant réforme du régime juridique de la presse », le Conseil constitutionnel explique que, si il est à tout moment loisible pour le législateur statuant en vertu de l'article 34 de la Constitution de modifier les textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant le cas échéant, d'autres dispositions, « l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel¹⁰⁷». En application de cette jurisprudence seront donc invalidées les dispositions législatives qui pourraient priver ces exigences constitutionnelles de garanties légales¹⁰⁸. On peut déduire du terme « garanties légales des exigences constitutionnelles » que si « les différents termes composant la formule sont *a priori* distincts (...), ils constituent en réalité une notion homogène¹⁰⁹».

2. Un contrôle limité

Dans sa décision du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel tire les conséquences de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives reconnue durant l'été 2004, en contrôlant en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, si les dispositions législatives en cause sont manifestement contraires à la directive qu'elles transposent. Ce faisant, le Conseil constitutionnel s'assure du respect de cette exigence par le législateur. Quelques mois plus tard, le 30 novembre 2006, le Conseil confirme, à nouveau, sa jurisprudence sur la transposition des directives de l'Union et pour la première fois censure partiellement une loi ayant vocation à transposer une directive¹¹⁰ en estimant que les dispositions de l'article 17 de la loi « méconnaissent manifestement

¹⁰⁴ CC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Décision n°93-325 DC, du 13 août 1993, Cons. 87.

¹⁰⁵ CC, *Loi de finance rectificative pour 2001*, Décision n°2001-457 DC, du 27 décembre 2001, Cons. 6.

¹⁰⁶ T. DUBUT, « Le juge constitutionnel et les concepts », <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC7/DubutFXT.pdf>

¹⁰⁷ CC, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Décision n°86-210 DC du 29 juillet 1986, Cons. n°2.

¹⁰⁸ V. CC, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, Décision n°2003-485 DC du 4 décembre 2003.

¹⁰⁹ G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », RFDC, 2005/2, n°62, p. 258.

¹¹⁰ Loi visant à transposer les directives n°2003/54 et 2003/55 sur l'ouverture à la concurrence du marché de l'énergie avant le 1er janvier 2007.

l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz naturel fixé par les directives précitées, que le titre premier de la loi déferée a pour objet de transposer ; qu'il y a lieu, dès lors, de déclarer contraires à l'article 88-1 de la Constitution les II et III des nouveaux articles 66 et 66-1 de la loi du 13 juillet 2005 susvisée¹¹¹». Le contrôle exercé par le juge constitutionnel se limite ici à un examen de l'incompatibilité manifeste de la loi qui lui est soumise avec les objectifs de la directive qu'elle veut transposer. En cas d'absence de méconnaissance manifeste de la directive, le Conseil constitutionnel ne se prononce pas sur la validité de la loi de transposition au regard de la directive ; un tel examen reviendra aux juridictions administratives ou judiciaires, procédant, alors, au contrôle de conventionnalité. Il ne faut pas se méprendre et bien comprendre que le contrôle exercé par le juge est un contrôle de constitutionnalité rendu possible par le fait que l'obligation de transposition des directives a été élevé au rang d'exigence constitutionnelle.¹¹²

Il est intéressant de noter qu'à ce stade de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la frontière entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité n'est plus aussi claire qu'elle le fut au lendemain de la décision « IVG ¹¹³ ». Le Conseil constitutionnel, habilement, écarte le contrôle de conventionnalité, prérogative des juges du fond, tout en se gardant la possibilité d'un contrôle de la loi de transposition par rapport à la directive. Cette solution qui peut paraître quelque peu « hybride », tend en réalité à renforcer considérablement le dialogue des juges. Ce contrôle est par ailleurs strictement encadré et le Conseil ne saurait examiner la « compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive communautaire qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne¹¹⁴ ».

Le contrôle ainsi exercé montre, de surcroît, toute la spécificité du droit de l'Union dans l'ordre juridique français. Lorsque le juge constitutionnel affirme avec fermeté que les griefs tirés de la violation de la convention internationale du travail n°158 ne peuvent qu'être écartés car « 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 ¹¹⁵ », il examine en revanche très attentivement si la loi qui lui est soumise a vocation à transposer une directive de l'Union, mettant ainsi le droit européen sur un piédestal.

¹¹¹ CC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Décision n°2006-543 du 30 novembre 2006, Cons. 9.

¹¹² A. LEVADE, « Constitution et transposition des directives communautaires - Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *op. cit.*, p. 569.

¹¹³ CC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975.

¹¹⁴ CC, *Loi pour l'égalité des chances*, Décision n°2006-535 du 30 mars 2006, Cons. 28.

¹¹⁵ CC, Décision n°2006-535, *ibid*, Cons. 27.

§2. La confrontation de l'exigence constitutionnelle au mécanisme de la QPC

Le principe est clair, il a été affirmé par le juge constitutionnel dans sa décision du 12 mai 2010 : « Le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des « droits et libertés que la Constitution garantit » et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité ¹¹⁶» (A). Si l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne peut être avancée dans le cadre d'une QPC, il est en revanche pertinent d'envisager l'invocabilité du défaut de transposition d'une directive comme moyen subsidiaire (B).

A. Un moyen exclu du champ d'action de la QPC

L'exigence constitutionnelle de transposition des directives est exclue du champ de la QPC car elle n'affecte pas les droits et libertés garantis par la Constitution. Le Conseil veut signifier par là qu'une exigence constitutionnelle, aussi importante soit-elle, n'en n'est pas pour autant créatrice de droits pour les particuliers qui ne peuvent pas l'invoquer dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité. En d'autres termes, le justifiable ne peut invoquer une directive européenne et plus largement le respect du droit de l'Union dans le cadre d'une QPC, une telle prérogative s'exerçant devant les juridictions administratives ou judiciaires dans le cadre du contrôle de conventionnalité garanti par l'article 55 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel montre ainsi que le contrôle de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne peut s'effectuer que dans le cadre de la saisine *a priori* prévue par l'article 61 de la Constitution. Par ce biais, il semble adresser un message fort à ceux qui voudraient voir dans sa jurisprudence antérieure, une assimilation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. « Cette jurisprudence sur l'exigence de transposition des directives n'a donc pas pour effet de remettre en cause l'incompétence du Conseil constitutionnel pour connaître de la compatibilité des lois avec le droit international et avec le droit communautaire en particulier ¹¹⁷». Cette jurisprudence qui sépare strictement les deux types de contrôle a été élaborée, -la remarque n'est pas neutre-, sous une présidence différente, celle de Monsieur Jean-Louis Debré en poste depuis le 5 mai 2007, reprenant ainsi l'idée développée en amont selon laquelle, la composition du Conseil influe grandement sur les décisions qu'il rend. La position du juge constitutionnel sera par la suite confirmée dans la décision QPC du 17 décembre 2010 « Kamel D. », dans laquelle il n'est même pas fait référence à l'exigence

¹¹⁶ CC, Décision n°2010-605, *op. cit.*, Cons. 19.

¹¹⁷ Commentaire de la décision n°2010-605 du 12 mai 2010, Les cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n°29, p. 11.

constitutionnelle de transposition des directives dans une décision d'une brièveté remarquable (seulement quatre considérants). Le commentaire autorisé des Cahiers du Conseil constitutionnel donne une explication détaillée de cette solution qui reprend le considérant 19 de celle du 12 mai 2010 excluant l'exigence constitutionnelle de transposition des directives du champ de la QPC. Dans la décision annotée du 9 juin 2011¹¹⁸, les raisons d'une telle exclusion par le Conseil sont clairement expliquées. « Cette jurisprudence, née alors que l'introduction du contrôle a posteriori n'était pas à l'ordre du jour, est le fruit de compromis. Elle est «relativisée» par la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui ne peut donner lieu au contrôle de l'exigence constitutionnelle de transposition d'une directive ¹¹⁹».

Cette solution, reprise dans la décision du Conseil constitutionnel du 3 février 2012 « M. Mohamed Alki B », confirme sa position en instrumentalisant la notion d'exigence constitutionnelle de transposition des directives afin de maintenir dans l'ordre juridique français une loi incompatible avec la « directive retour¹²⁰». En l'espèce, la Cour de cassation avait renvoyé le 23 novembre 2011 au Conseil constitutionnel une QPC sur l'article L-621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile selon lequel un étranger qui se serait maintenu en France « au-delà de la durée autorisée par son visa, sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 euros ». QPC d'autant plus singulière que la Cour de justice de l'Union européenne, peu avant et dans un arrêt « El-Dridi », avait considéré comme contraire à la « directive retour » une réglementation qui prévoyait une peine d'emprisonnement aux ressortissants d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié¹²¹. Cette position ayant été confirmée en décembre 2011¹²² par la Cour de justice, le juge constitutionnel avait donc des indices clairs laissant penser que la législation française était en désaccord avec la « directive retour ». Toutefois, reprenant fidèlement sa position antérieure, le Conseil rejette le moyen tiré du défaut de compatibilité de la loi française avec la directive 2008/115/CE, considérant que l'article L-621-1 du CESEDA est conforme au principe constitutionnel de nécessité des peines ; estimant ensuite et relativement aux conséquences à donner à la jurisprudence de la Cour de justice, qu'il s'agit d'un contrôle de conventionnalité relevant de l'office des juges administratifs et judiciaires¹²³. L'exigence constitutionnelle de transposition des directives aurait pu permettre un tel contrôle, mais le Conseil se refusant à l'intégrer au mécanisme de la QPC, cet office revient aux juges du fond.

¹¹⁸ CC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, Décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011.

¹¹⁹ Commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel de la décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011, p. 26.

¹²⁰ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier.

¹²¹ CJUE, *El-Dridi*, 28 avril 2011, aff. C61-11, points 43/44.

¹²² CJUE, *Achughbadian*, 6 décembre 2011, aff. C-329-11, point 50.

¹²³ CC, *M. Mohamed Alki B*, Décision n°2011-217 du 3 février 2012, Cons. 3.

On peut donc logiquement déduire de cette solution que « le Conseil constitutionnel évite de se prononcer en se réfugiant dans sa jurisprudence classique sur la distinction entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle d'eurocompatibilité¹²⁴».

B. Le défaut de transposition comme moyen subsidiaire

Puisque le grief tiré de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives n'a pu être reçu dans l'affaire « M. Mohamed Akli B. » car ne faisant pas partie des droits et libertés tels que garantis par la Constitution dans le cadre de l'article 61-1, ne pourrait-on imaginer que le moyen tiré du défaut de transposition puisse affecter les droits et les libertés nécessaires à la mise en œuvre de la QPC, notamment en ce que la loi mal transposée maintient la faculté de prononcer des sanctions d'emprisonnement manifestement inconvencionnelles¹²⁵?

Le défaut de transposition, en application de la jurisprudence « Francovich », nuit à la pleine efficacité du droit de l'Union puisque les particuliers n'ont pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits ont été lésés par une violation du droit européen¹²⁶. Le défaut de transposition peut conduire, par ailleurs, à engager la responsabilité de l'État dans le cadre d'un recours en manquement comme ce fut notamment le cas dans l'affaire « Francovich ». Au cas d'espèce, la législation française sur le séjour irrégulier des étrangers, en ce qu'elle transpose mal la directive 2008/115/CE, empêche les justiciables de se prévaloir correctement du droit de l'Union et par conséquent les prive d'un éventuel droit à réparation. Il est alors évident qu'un tel défaut de transposition affecterait les droits et libertés tels que garantis par l'article 61-1 de la Constitution. Dès lors que l'on examine de près la motivation de la solution du Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 février 2012, on s'aperçoit ainsi qu'elle est des plus fragiles et l'on peut penser que le refus de faire entrer l'exigence constitutionnelle de transposition des directives dans le champ d'action de l'article 61-1 de la Constitution correspond à une volonté appuyée de séparer contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité.

¹²⁴ D. SIMON, « « Directive-retour » et sanction pénale du séjour irrégulier – Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 février 2012 refuse de censurer la loi française », *Revue Europe* n°3, Mars 2012, repère 3.

¹²⁵ Pour suivre ce raisonnement, v. D. SIMON, *op.cit.*, *Revue Europe* n°3, Mars 2012

¹²⁶ CJCE, *Francovich et Bonifaci c/ Italie*, 19 novembre 1991, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, point 39.

Section II. La réserve d'identité constitutionnelle

Dans le même temps qu'il élevait l'obligation de transposition des directives au rang d'exigence constitutionnelle, le Conseil développait au sein de la même décision¹²⁷, la notion novatrice de réserve d'identité constitutionnelle. Si l'exigence constitutionnelle de transposition des directives atténue l'effet écran de la directive en ce qu'elle permet un contrôle *a minima* du Conseil, la réserve d'identité constitutionnelle est, quant à elle, beaucoup plus imposante puisqu'elle aboutirait, si elle était mise en cause, à écarter purement et simplement le pouvoir de contrôle du juge de l'Union au profit du juge constitutionnel. Dans cette hypothèse, la directive ne fait plus du tout écran, elle est balayée pour sauvegarder l'identité constitutionnelle française. Ainsi, dans le cas d'une QPC portant sur une loi de transposition d'une directive qui affecterait l'identité constitutionnelle de la France, le caractère préalable de l'examen par la Cour de justice de la validité de ses normes s'effacerait pour permettre au juge constitutionnel d'effectuer un contrôle de constitutionnalité, cette fois-ci complet, de la loi de transposition.

La notion d'identité constitutionnelle peut être abordée de deux manières différentes : à travers une approche théorique, tout d'abord, pour comprendre ce qu'elle recouvre réellement (§1), via une approche jurisprudentielle, ensuite, lorsque pareille notion est confrontée au mécanisme de la QPC (§2).

§1. Approche théorique : Les contours de la notion d'identité constitutionnelle

L'approche théorique de l'identité constitutionnelle conduit à apprécier la genèse, l'évolution de la notion au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (A), de sa découverte jusqu'à son affermissement. Le flou qui entoure la signification exacte de cette notion, suggère, ensuite, de mettre en exergue le caractère spécifique qu'elle revêt dans l'ordre juridique français (B).

A. La genèse de l'identité constitutionnelle française

La notion d'identité constitutionnelle a connu bien des mutations depuis sa découverte en juin 2004. Quelle que peu balbutiante lors de sa naissance (1), elle fut par la suite précisée et confirmée au fil de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (2).

¹²⁷ CC, Décision n°2004-496 DC, *op. cit.*

1. La naissance du concept

Le concept d'identité constitutionnelle voit le jour dans la décision « Loi pour la confiance dans l'économie numérique » lorsque le Conseil constitutionnel déclare pour la première fois que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle **à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution** ¹²⁸». Il est intéressant de noter que le terme « identité constitutionnelle » n'est pas encore présent ; quoique sous-entendu à travers la formulation du juge constitutionnel, ce dernier ne parle pas d'une notion précise mais bien d'un ensemble de dispositions expresses prévues par la Constitution. Il précisera par la suite « qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel », de s'assurer de la conformité de la directive avec le droit primaire de l'Union. Par une interprétation *a contrario* on peut logiquement déduire qu'en présence d'une disposition expresse contraire de la Constitution, il reviendra au Conseil d'exercer un contrôle de constitutionnalité des directives¹²⁹. C'est la naissance de ce qu'on appellera plus tard la réserve d'identité constitutionnelle française, faisant par la suite des adeptes, notamment en Allemagne où la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a développé un raisonnement similaire dans sa décision sur le Traité de Lisbonne¹³⁰.

Concernant la notion de disposition expresse contraire à la Constitution, le commentaire des Cahiers constitutionnels sous la décision du 10 juin 2004 nous précise qu'il s'agit « non d'une construction jurisprudentielle, mais d'un énoncé constitutionnel explicite, ancré dans le « bloc de constitutionnalité »¹³¹». La notion de disposition expresse contraire de la Constitution semble renvoyer à des règles spécifiquement françaises qui ne figureraient pas dans les constitutions des autres pays. Immédiatement vient à l'esprit le principe de laïcité spécificité française, inscrit dans la Constitution nationale. Cependant le terme « dispositions expresses » semble renvoyer à une disposition écrite, dès lors nombre de principes parmi lesquels le principe de continuité des services publics ne pourraient figurer au sein de cette réserve constitutionnelle. Un tel raisonnement fut, au demeurant, suivi par le juge constitutionnel dans la décision « Loi relative aux communications

¹²⁸ CC, Décision n°2004-496 DC, *op. cit.*, Cons. 7.

¹²⁹ X. MAGNON, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Revue Europe* n°8, Août 2004, Étude 9.

¹³⁰ BverfG, *Lisbonne*, 30 juin 2009. La notion d'identité constitutionnelle a été dégagée pour la première fois le 30 juin 2009, lors de la décision « Lisbonne », dans laquelle le tribunal fédéral allemand se déclare investi de la responsabilité de veiller au respect, par les organes de l'Union européenne, de l'« *identité constitutionnelle allemande, telle qu'elle est exprimée par l'article 79, § 3 de la Loi fondamentale* ».

¹³¹ Cahiers du Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, Cahier n°17, p. 6.

électroniques et aux services de communication audiovisuelle¹³²», les requérants invoquant la liberté d'entreprendre, principe déduit de l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen mais non contenu explicitement dans la Constitution. En l'absence de disposition constitutionnelle expresse, le Conseil constitutionnel s'est ainsi déclaré incompétent pour connaître du contrôle de constitutionnalité d'une loi de transposition qui « se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et explicites » d'une directive. L'expression locutoire « dispositions expresses contraires de la Constitution » marque donc une distinction au sein du bloc de constitutionnalité entre les principes d'origine textuelle et les principes à valeur constitutionnelle découverts par le juge, distinguant ainsi « les normes écrites, traduisant la volonté explicite du constituant, des normes non-écrites, exprimant une volonté implicite révélée par le juge au terme d'une lecture audacieuse de la Constitution¹³³». Dans la décision du 29 juillet 2004 « Loi relative à la bioéthique », le Conseil affina encore la notion en refusant d'accueillir le grief tiré de l'inconstitutionnalité de la loi avec le principe de libre communication, au motif que « cette liberté est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ¹³⁴». Il a précisé, ce faisant, que les dispositions expresses devaient être spécifiques à la Constitution française.

2. L'affermissement de la notion

C'est par l'intermédiaire de sa décision « Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », que le Conseil constitutionnel a donné à la notion de réserve constitutionnelle une nouvelle dénomination. La transposition d'une directive de l'Union ne saurait, considère-t-il, 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 consenti¹³⁵**».

La première observation que l'on peut formuler à l'encontre de cette nouvelle définition, est qu'elle élargit considérablement la réserve de constitutionnalité dégagée en 2004. Il s'agit de la même idée mais formulée autrement afin d'élargir son champ d'action. Un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France n'est pas une disposition expresse de la Constitution et n'implique donc pas une disposition écrite. Alors que le considérant 17 de la décision du 27 juillet

¹³² CC, Décision n°2004-497, *op. cit.*

¹³³ J-P. KOVAR, « Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, loi relative au secteur de l'énergie) », *Revue Europe* n° 2, Février 2007, étude 2.

¹³⁴ CC, Décision n°2004-498 DC, *op. cit.*, Cons. 6.

¹³⁵ CC, Décision n°2006-540 DC, *op. cit.*, Cons. 19.

2006 sur l'exigence constitutionnelle de transposition des directives s'adresse au législateur, le considérant 18, quant à lui, concerne le Conseil constitutionnel lui-même ainsi que le contrôle qu'il doit exercer pour veiller au respect de cet exigence ; contrôle toutefois limité par le fait que la transposition d'une directive ne peut aller à l'encontre d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française. La décision n°2006-540 précise par ailleurs que la potentielle incompatibilité avec un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française ne serait pas rédhibitoire, elle peut être au contraire assimilée par une révision de la Constitution. Ainsi, soit la primauté du droit de l'Union doit fléchir devant l'identité constitutionnelle française, soit elle prime sur cette dernière et nécessite alors une révision constitutionnelle. Le juge constitutionnel par la formule « sauf à ce que le constituant y ait consenti », se réserve une « soupape de sécurité » pour permettre, le cas échéant, d'assurer la primauté du droit de l'Union. Derrière l'identité constitutionnelle, première exception à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, se cacherait ainsi le devoir pour le juge de maintenir une réserve de constitutionnalité face à la primauté du droit de l'Union tant que le constituant ne l'a pas relevé de son office, créant ainsi une sorte d'exception à l'exception¹³⁶.

Ajoutons que par la décision du 30 novembre 2006¹³⁷, le juge constitutionnel met en exergue toute la force de cette notion d'identité constitutionnelle qui prime sur l'exigence constitutionnelle de transposition des directives. Cela est d'autant plus remarquable que le Conseil constitutionnel se refuse traditionnellement à établir une hiérarchie entre les composantes du bloc de constitutionnalité¹³⁸. L'identité constitutionnelle a donc une place à part dans l'ordre juridique français.

B. Le contenu de l'identité constitutionnelle

La notion d'identité constitutionnelle tient donc une place importante dans le contrôle de constitutionnalité exercé par le juge constitutionnel, particulièrement lorsque celui-ci s'intéresse aux lois de transposition des directives de l'Union. Toutefois cette notion, érigée en gardienne de l'héritage constitutionnel français, semble assez floue et il convient d'apprécier ce qu'elle contient exactement pour mieux en saisir la portée. Selon certains, l'évolution de la notion d'identité constitutionnelle n'a pas permis de mieux en définir les contours, remplaçant une « formule ambiguë par une formule obscure (...) au prix d'une atteinte à la primauté et à l'uniformité

¹³⁶ J. FERRON, « *In varietate concordia* Étude du système institutionnel de l'Union européenne sous l'angle procédural », RTDE 2012, p. 594.

¹³⁷ CC, Décision n°2006-543, *op. cit.*

¹³⁸ J-P. KOVAR, *op. cit.*, Revue Europe n° 2, Février 2007, étude 2.

d'application du droit communautaire¹³⁹».

Le commentaire de la décision du 27 juillet 2006 nous apporte une première précision sur la notion d'identité constitutionnelle. Elle renverrait à des règles inhérentes à notre ordre constitutionnel mises en exergue par la jurisprudence de l'été 2004 ainsi que par l'article I-5 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe selon lequel « l'Union respecte l'identité nationale des États membres inhérente à leur structures fondamentales politiques et constitutionnelles »¹⁴⁰. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'étant jamais entré en vigueur, il faut se référer à l'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne qui reprend la formulation en des termes identiques : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leur structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Il importe néanmoins de s'interroger sur le fait de savoir si l'identité nationale correspond à l'identité constitutionnelle telle que développée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il semble que l'identité nationale telle que comprise dans l'esprit des traités, renvoie plutôt à une autonomie procédurale et institutionnelle des États membres. Dans cette logique, le respect de l'identité nationale, s'analyse en un respect des structures constitutionnelles des États membres et non en un respect de leurs dispositions constitutionnelles.

Concernant le contenu à proprement parler de l'identité constitutionnelle française, le commentaire de la décision n°2008-564¹⁴¹ nous apporte des éclaircissements en citant à titre d'exemple le principe de laïcité¹⁴². Sa présence dans le préambule de la Constitution de 1946 tout comme à l'article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958, en font sans doute un des principes qui caractérise au mieux l'identité constitutionnelle française. Aussi, pour découvrir d'autres principes, composant cette identité constitutionnelle, faudrait-il poursuivre le même raisonnement et pouvoir ajouter à cette liste le principe d'égalité ou bien encore la notion de service public tels que conçus en droit français.

§2. Approche jurisprudentielle : L'identité constitutionnelle face à la QPC

L'identité constitutionnelle confrontée à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et plus précisément aux décisions concernant la QPC, apparaît comme le seul moyen pour le juge constitutionnel de faire échec à la compétence de principe du juge de l'Union relativement à

¹³⁹ D. SIMON, « L'obscur clarté de jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », Europe n° 10, Octobre 2006, alerte 42.

¹⁴⁰ Cahiers du Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, Cahier n° 21, p. 3-4.

¹⁴¹ CC, Décision n°2008-564 DC, *op. cit.*

¹⁴² Cahiers du Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n°2008-564 DC du 19 juin 2008, Cahiers n°25, p. 8.

l'appréciation de la validité des directives européennes. La décision du 12 mai 2010 expose clairement qu'en présence d'une disposition législative qui se borne à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, le principe est celui de la compétence exclusive de la Cour de justice de l'Union européenne. Ce principe connaît toutefois une exception lorsque cette transposition serait contraire « à une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». Il est donc indispensable de tirer les conséquences d'une telle solution, notamment au regard de la théorie de la directive-écran. Au travers de ce considérant de principe, il faut comprendre, semble-t-il, que si la transposition venait à affecter l'identité constitutionnelle française, la directive ne ferait alors plus écran entre la loi de transposition et la Constitution, balayant *de facto* la compétence de principe du juge de l'Union au profit du juge constitutionnel. Envisagée comme tel, la réserve d'identité constitutionnelle apparaît comme une logique défensive du juge constitutionnel, qui cherche à préserver l'héritage constitutionnel français (A). Néanmoins si cette réserve d'identité constitutionnelle semble jouir d'une place à part dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en ce qu'elle remet implicitement en cause le principe de primauté du droit de l'Union, il s'agit d'une notion purement prospective qui n'a jamais été mise en œuvre ; sa portée est donc à relativiser (B).

A. La réserve d'identité constitutionnelle face à la QPC : une logique défensive

La réserve d'identité constitutionnelle, confrontée au mécanisme de la QPC apparaît comme un mécanisme de défense redoutable du point de vue du juge constitutionnel, d'abord, en ce qu'il peut, par ce biais, s'assurer de la sauvegarde de l'héritage constitutionnel français (1), du point de vue du justiciable, ensuite, qui voit là un moyen supplémentaire à sa disposition pour contester la validité d'une loi de transposition dans le cadre d'une QPC (2).

1. La réserve d'identité constitutionnelle dans l'esprit du juge constitutionnel

Notons à titre liminaire, que si le Conseil constitutionnel écarte l'exigence constitutionnelle de transposition des directives du champ d'action de la QPC, il maintient en revanche la réserve d'identité constitutionnelle à son égard. La décision du 12 mai 2010 reprend ainsi de manière explicite la formule dégagée en juillet 2006 selon laquelle la transposition d'une directive de l'Union

ne saurait affecter l'identité constitutionnelle française. Il s'agit bien, à travers cette formulation, d'une stratégie de défense mise en place par les juges de rue Montpensier ancrés dans l'idée que la primauté du droit de l'Union ne saurait porter atteinte aux principes spécifiques à l'identité constitutionnelle de la France, de tels principes lui permettant de retrouver une sorte de souveraineté constitutionnelle. C'est ce qu'a clairement exprimé l'ancien président du Conseil de Constitutionnel Monsieur Pierre Mazeaud lors de ses vœux au Président de la République le 3 janvier 2005 à l'occasion desquels il déclarait que « le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler ici de tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme " inhérent " : crucial et distinctif. Autrement dit: l'essentiel de la République¹⁴³». Par-delà ces propos, comment se traduit de manière concrète, c'est à dire du point de vue du justiciable, cette réserve d'identité constitutionnelle ?

2. La réserve d'identité constitutionnelle du point de vue du justiciable

Une fois l'attendu de principe explicité, comment ce dernier va-t-il se traduire dans le contentieux relatif à la QPC ? Une telle solution semblerait consacrer la possibilité pour le requérant de poser une éventuelle QPC sur une loi de transposition d'une directive se bornant à tirer les conséquences de celle-ci de manière précise et inconditionnelle, au motif que celle-ci méconnaîtrait l'identité constitutionnelle française. Dès lors, en application de sa jurisprudence, le Conseil devrait effectuer un contrôle de constitutionnalité de la loi de transposition puisque serait en cause une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française. Puisque la loi de transposition serait transparente en ce sens qu'elle transpose fidèlement la directive, le Conseil constitutionnel réaliserait alors un contrôle de la directive de l'Union par rapport à la Constitution. Par conséquent, la réserve d'identité constitutionnelle, si elle était invoquée à l'appui d'une QPC portant sur une loi de transposition d'une directive, serait en totale contradiction avec la jurisprudence « Foto-Frost » de la Cour de justice. La procédure de la QPC aboutissant en cas de succès à l'abrogation de la disposition législative, il faudrait édicter une nouvelle loi de transposition, solution qui paraît invraisemblable si la précédente loi de transposition qualifiée de transparente a été censurée parce que méconnaissant l'identité constitutionnelle de la France. Force est donc de constater que la transposition en droit interne ne serait plus possible tant que l'Union n'aurait pas modifié la directive en cause, créant dès lors une situation de vide juridique.

On pourrait envisager que le juge constitutionnel diffère l'abrogation pour des raisons évidentes de
¹⁴³ Vœux du Président du Conseil constitutionnel M. Pierre Mazeaud au Président de la République. Discours prononcé le 3 janvier 2005 à l'Élysée, Cahiers du Conseil constitutionnel n°18, Juillet 2005.

sécurité juridique, mais resterait toujours le problème initial de l'incompatibilité de la directive avec la Constitution. Le juge constitutionnel envoie ainsi un message fort à la Cour de justice, si cette dernière détient l'exclusivité de l'interprétation des traités, le Conseil constitutionnel est en revanche seul interprète de la Constitution.

Selon certains, néanmoins, la portée de la réserve d'identité constitutionnelle est à relativiser. Lorsque le Conseil estime « que le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des « droits et libertés que la Constitution garantit », cela signifierait que les moyens invoqués à l'appui d'une QPC seraient irrecevables dès lors qu'ils porteraient sur une loi de transposition. On ne pourrait donc envisager un moyen tiré de la non-conformité de la loi de transposition à une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. On « peut donc en conclure qu'une QPC ne peut pas être utilement posée si l'on se borne à prétendre que la loi de transposition est incompatible avec une directive¹⁴⁴». Beaucoup plus crédible en revanche, serait le cas d'une QPC à propos de laquelle le requérant établirait simultanément la contrariété de la loi de transposition avec l'identité constitutionnelle française ainsi qu'avec les droits et libertés que la Constitution garantit¹⁴⁵.

B. La réserve d'identité constitutionnelle : une notion purement prospective

Si cette réserve d'identité constitutionnelle semble redoutable en ce qu'elle va à l'encontre du principe de primauté du droit européen, elle reste cependant une notion purement théorique qui n'a encore jamais été mise en œuvre (1) ; à ce titre sa portée est donc toute relative. Par ailleurs, si l'identité constitutionnelle française reste une notion purement prospective, il est une autre réserve que le juge constitutionnel pourrait mettre en avant, lorsque une directive n'est pas suffisamment précise et inconditionnelle (2).

1. Une réserve encore jamais mis en œuvre

Si les exemples de décisions où cette réserve d'identité constitutionnelle a déjà été explicitée dans le cadre d'une QPC par le Conseil constitutionnel ne manquent pas¹⁴⁶, on ne compte en revanche encore aucune décision dans lesquelles le juge constitutionnel a censuré une loi de transposition comme étant contraire à l'identité constitutionnelle française. On peut d'ailleurs

¹⁴⁴ P. MANIN, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne – Un bilan provisoire », AJDA 2010, p. 2188.

¹⁴⁵ P. MANIN, *ibid*, p. 2188.

¹⁴⁶ Voir CC, Décision n°2010-605, *op. cit* et Décision n°2010-79, *op. cit*.

légitimement penser que c'est l'essence même de cette réserve d'identité constitutionnelle que de rester purement prospective. Dès le mois de décembre 2006, à l'occasion d'un colloque consacré à « l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transpositions des directives », le président alors en exercice du Conseil espérait que cette réserve restât « purement théorique¹⁴⁷ ». On peut aussi penser que la mise en œuvre d'une telle réserve serait de nature à remettre en cause le droit européen et son intégration dans l'ordre juridique français car celui-ci serait contraire aux règles constitutionnelles spécifiques à la France, solution qui troublerait l'ordre juridique et politique. Si dans son intervention de 2006, le président alors en exercice du Conseil constitutionnel, Monsieur Pierre Mazeaud, espérait que les hypothèses de mise en œuvre de cette réserve seraient rares, « il faut en déduire que (celles-ci) s'avéreront juridiquement (ou politiquement) introuvables¹⁴⁸ ».

Une mise en œuvre de cette réserve n'est pas totalement à exclure cependant, notamment du fait du mouvement jurisprudentiel engagé par la Cour constitutionnelle allemande. Avec les décisions « Maastricht » et « Lisbonne », la Cour de Karlsruhe s'était reconnue le « pouvoir du dernier mot » en vertu duquel elle se réserverait le droit de juger en dernier ressort du respect, par les organes de l'Union européenne, du principe des compétences d'attribution inscrit dans les traités fondateurs de l'Union européenne. Si à l'image du Conseil constitutionnel, la Cour constitutionnelle allemande n'a jamais mis en œuvre ce contrôle, à partir de la décision « Honeywell » du 6 juillet 2010, cependant, elle va accepter un recours sur la légitimité des positions adoptées par la jurisprudence européenne dans plusieurs décisions récentes et, plus particulièrement, dans l'arrêt « Mangold » de 2005. La Cour procède pour la première fois à un contrôle du principe d'attribution des compétences de l'Union européenne afin de vérifier si cette dernière n'a pas outrepassé ses compétences. Ainsi, même en l'absence de censure de l'Union, la Cour constitutionnelle allemande a exercé un contrôle du principe d'attribution des compétences transférées à l'Union, exercice normalement réservé à la Cour de justice. Si la portée de cette jurisprudence sur celle du Conseil constitutionnel est à relativiser notamment parce qu'elle ne vient pas censurer le droit de l'Union en vertu de l'identité constitutionnelle allemande, elle initie tout de même un mouvement souverainiste qui pourrait encourager le Conseil constitutionnel à mettre en œuvre la réserve d'identité constitutionnelle.

¹⁴⁷ P. MAZEAUD, « L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transpositions des directives », Colloque organisé à Venise le 16 décembre 2006. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20061215.pdf

¹⁴⁸ S. PINON, « L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution. Regard sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. », RTDE 2008, n°2, p 263.

2. Vers une autre réserve constitutionnelle : l'hypothèse d'une directive non suffisamment précise et inconditionnelle

Le principe est affirmé dans la décision du 10 juin 2004 : le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour connaître des lois de transpositions qui « se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive de l'Union. Par une interprétation *a contrario* de la jurisprudence du Conseil, on peut en déduire que dans le cas d'une loi de transposition qui irait au-delà des prescriptions de la directive ou encore qui viendrait transposer des dispositions pas suffisamment précises ou inconditionnelles d'une directive, le Conseil constitutionnel retrouverait sa pleine compétence pour exercer le contrôle de constitutionnalité de la loi de transposition.

Du point de vue du requérant qui agirait dans le cadre d'une QPC sur une loi de transposition d'une directive, il pourrait alors invoquer un de ces deux moyens ; à savoir mettre tout d'abord en cause directement la loi de transposition elle-même en ce qu'elle outrepasserait l'obligation de transposition parce qu'allant au-delà de ce que la directive demande ou bien encore contester la loi de transposition en ce qu'elle ne viendrait pas transposer des dispositions suffisamment précises et inconditionnelles de la directive et ainsi mettre indirectement cette dernière en question. S'il s'avère que l'on se situe dans un des deux cas de figure précédemment énumérés, gageons, toujours dans une appréciation *a contrario* de la jurisprudence du Conseil, que le juge constitutionnel procédera alors à un contrôle de constitutionnalité complet de la loi de transposition.

Titre II : La théorie de la directive-écran en harmonie avec la QPC

La théorie de la directive-écran est en harmonie avec le mécanisme de la QPC, lorsqu'on envisage une autre solution que celle envisagée précédemment. Elle consisterait pour le juge administratif ou judiciaire saisi d'une QPC sur une loi de transposition d'une directive, à poser la question de la constitutionnalité de la loi conformément à la loi organique du 10 décembre 2009, et à concomitamment saisir la Cour de justice de la question de validité de la directive. Les deux mécanismes se situent dans un rapport didactique, en ce sens que si la possible saisine concomitante du Conseil constitutionnel et de la CJUE semble préserver les intérêts de chacun, la Cour de justice occupe toujours un rôle prépondérant dans ce nouveau rapport. Une autre solution consisterait pour le Conseil constitutionnel, lorsque le juge du filtre n'aurait pas jugé utile de saisir la CJUE d'une question préjudicielle, à saisir lui-même la Cour de justice d'un recours préjudiciel en appréciation de validité de la directive. Si une telle hypothèse paraissait inconcevable il y a encore quelques mois, elle semble aujourd'hui des plus crédible à la lumière de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel. La Cour de justice, à la façon d'un maître envers son élève, va guider le juge constitutionnel dans l'appréciation de la constitutionnalité de la loi de transposition d'une directive. On ne situe donc plus dans un rapport conflictuel mais plutôt dans un dialogue harmonieux bien qu'un des deux protagonistes soit placé sur un piédestal (Chapitre I).

Néanmoins, pour qu'une telle solution soit compatible avec le caractère préalable de l'examen de la question de la validité de la directive par la CJUE, il faudrait, soit que le Conseil constitutionnel se déclare incompétent au motif que cela reviendrait pour lui à contrôler la validité de la directive, soit qu'il sursoit à statuer en attendant la réponse que la CJUE donnera à la question préjudicielle en appréciation de validité de la directive. Cette possibilité, si elle met la théorie de la directive-écran en harmonie avec le mécanisme de la QPC, constitue tout de même un risque d'atteinte au pouvoir d'appréciation souverain du Conseil constitutionnel (Chapitre II).

Chapitre I : La théorie de la directive-écran et le mécanisme de la QPC dans un rapport didactique

Deux hypothèses caractérisent ce rapport didactique : l'une déjà envisagée par la jurisprudence, et l'autre purement prospective mais qui pourrait bien devenir réalité compte tenu de l'actualité jurisprudentielle. Dans le premier cas, il est fait référence à la saisine concomitante par le juge du fond de la CJUE et du Conseil constitutionnel (Section I). Dans le second cas, en revanche il faut envisager que le Conseil constitutionnel, alors saisi d'une QPC portant sur une loi de transposition, accepte de poser une question préjudicielle à la Cour de justice concernant la validité de la directive que la loi vient transposer. Dans cette dernière occurrence, si le juge du fond ou juge du filtre avait estimé auparavant non pertinent un éventuel renvoi préjudiciel à la CJUE, la QPC serait alors transmise au seul Conseil constitutionnel qui poserait lui-même la question préjudicielle à la Cour de justice. Une telle hypothèse a pris beaucoup d'envergure si l'on en juge à l'aune de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel¹⁴⁹ (Section II).

Section I. La saisine concomitante par le juge du filtre de la CJUE et du Conseil constitutionnel

Le cas d'une saisine concomitante par le juge du fond, de la CJUE et du Conseil constitutionnel est une hypothèse envisagée dès décembre 2010 par le Conseil constitutionnel dans le commentaire autorisé de sa décision du 17 décembre 2010. Dans l'hypothèse d'une « double question, le Conseil pourrait, dans un premier temps, attendre que la CJUE se soit prononcée sur la question préjudicielle avant, au besoin en ayant sursis à statuer, de le faire sur la QPC. Dans un second temps il statuerait au fond au vu de l'arrêt de la Cour ¹⁵⁰». Néanmoins, une telle situation appelle deux types de remarques ; la première est relative au rôle décisif joué par le juge du filtre puisqu'il est le seul à décider de la pertinence du renvoi préjudiciel (§1), la seconde a trait au Conseil constitutionnel et à sa position ambiguë dans ce mécanisme de double question (§2).

¹⁴⁹ CC, M. Jeremy F. [*Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne*], Décision n°2013-314P QPC du 4 avril 2013.

¹⁵⁰ Commentaire de la décision n°2010-79 QPC du 17 décembre 2010, M. Kamel D., Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, cahier n°30, p. 8.

§1. Le rôle décisif du juge du filtre

Afin de mieux comprendre la place prépondérante qu'occupe le juge du filtre dans l'hypothèse d'une QPC portant sur une loi de transposition, il faut d'abord se pencher dans un premier temps sur la notion de filtre au sein de la procédure de la QPC (A), pour ensuite voir toute l'importance du juge du fond qui par son appréciation souveraine va décider de la pertinence d'un éventuel renvoi préjudiciel (B).

A. La notion de filtre

Le juge du filtre est celui qui est chargé en vertu de l'ordonnance du 7 novembre 1958 de filtrer les QPC qui lui sont transmises par les juridictions du fond afin d'éviter l'engorgement du Conseil constitutionnel. On désigne sous cette appellation les deux cours suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire : le Conseil d'État et la Cour de cassation. L'article 23-5 de l'ordonnance précise que « le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». Le rôle de filtrage de la Cour de cassation et du Conseil d'État consiste à ne transmettre au Conseil constitutionnel que les questions présentant un intérêt suffisant en raison de leur caractère nouveau et sérieux. On assiste donc à un double mécanisme de filtrage, par les juges *a quo* tout d'abord, qui doivent s'assurer que les trois conditions de l'article 23-2 sont bien réunies, puis par les cours suprêmes ensuite, qui doivent, avant toute transmission au Conseil constitutionnel, s'assurer que la QPC a un caractère nouveau et sérieux. Le dernier mot revient donc toujours aux cours suprêmes qui, elles seules, décident en leur qualité de juges du filtre de la transmission de la question au juge constitutionnel¹⁵¹. Ce rôle de filtre est d'autant plus important qu'une fois la QPC transmise au Conseil constitutionnel, ce dernier n'a pas compétence pour remettre en cause l'appréciation que la Cour de cassation ou le Conseil d'État ont fait de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958¹⁵². Ainsi, dans sa première décision QPC, le juge constitutionnel a distingué clairement les rôles dévolus à chacun dans la procédure et « délégué au

¹⁵¹ G. LECUYER, Fasc 32 : « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit des affaires », JCL Commercial, Introduction, point 3.

¹⁵² CC, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, Décision n°2010-1 QPC du 28 mai 2010, Cons. 6.

juge de renvoi la tâche de définir les termes du litige ¹⁵³».

Ce rôle de filtre exercé par les deux cours suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire est d'une importance capitale au regard des statistiques sur la QPC délivrées par le Conseil constitutionnel. Au premier janvier 2012, le Conseil constitutionnel comptait 1022 dossiers adressés par le Conseil d'État et la Cour de cassation : 798 dossiers de non-renvoi (soit 78 %) et 224 dossiers de renvoi (soit 22 %)¹⁵⁴. Seulement 22% des QPC adressées aux juridictions suprêmes sont transmises au juge constitutionnel, ce qui donne une idée du travail réalisé par ces juges du filtre qui sont les garants du bon fonctionnement de la procédure de la QPC.

B. Un juge maître du destin de la QPC

Lorsqu'on envisage une saisine simultanée de la CJUE et du Conseil constitutionnel par le juge administratif ou judiciaire, celle-ci n'est possible que si ces derniers jugent un tel renvoi préjudiciel à la Cour de justice, pertinent. Les juges du filtre détiennent là un pouvoir non négligeable puisqu'ils vont, par leur décision de renvoi ou de non renvoi, considérablement influencer sur l'issue du litige et par là même sur le sort imparté au requérant. Afin de bien saisir la marge de manœuvre dont dispose le juge du filtre, il convient de se pencher non seulement sur les faits de l'espèce de la décision « Kamel D. » du Conseil constitutionnel mais encore et surtout sur la décision du Conseil d'État dans cette même affaire, écartant l'hypothèse d'un renvoi préjudiciel à la CJUE.

Monsieur Kamel D demandait au Conseil d'État le renvoi d'une QPC au juge constitutionnel en estimant que l'article L-712-2 du CESEDA qui énumère les cas dans lesquels la protection subsidiaire n'est pas accordée, était contraire à l'article 66-1 de la Constitution selon lequel nul ne peut être condamné à la peine de mort. Le Conseil d'État accueille le moyen, estimant que, s'il s'est déjà prononcé sur la conformité de l'article L-712-2 à la Constitution, il ne s'est en revanche jamais prononcé sur la conformité de ce même article avec l'article 66-1 de la Constitution issu de la loi constitutionnelle du 23 février 2007. A cet égard, donc, le moyen avait un caractère nouveau ; la QPC pouvait être valablement transmise au Conseil constitutionnel. En revanche, sur le moyen avancé par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (agissant au soutien de la requête

¹⁵³ S-J LIEBER/ D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », AJDA 2010, p.1360.

¹⁵⁴ Conseil constitutionnel, « Février 2012 : La QPC au 1er janvier 2012 - quelques chiffres », Statistiques disponibles sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/fevrier-2012-la-qpc-au-1er-janvier-2012-quelques-chiffres.104659.html>

de Mr. Kamel D.) tiré de l'inconventionnalité de l'article 17 de la directive n°2000/83/CE¹⁵⁵ dont l'article L.712-2 est l'exacte transposition, avec le droit de l'Union, le Conseil d'État estime qu'il résulte « clairement des dispositions de cette directive, qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet de conduire les États membres à prévoir des cas dans lesquels un demandeur d'asile, auquel la protection subsidiaire serait refusée, devrait être reconduit dans un pays où il pourrait être exposé à la peine de mort ou à des traitements contraires au principe de dignité de la personne humaine ¹⁵⁶». Le juge du filtre estime que l'objectif de la directive n'est pas compatible avec le problème soulevé à l'occasion du litige et qu'il n'y a donc pas lieu de demander à la CJUE de statuer sur la compatibilité de la directive avec le droit de l'Union. On se situe ici dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Or conformément à la jurisprudence « CILFIT » un tel refus ne peut être justifié que dans trois conditions : « La question soulevée n'est pas pertinente, ou la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour, ou l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ¹⁵⁷». Il paraît incontestable que l'on se situe dans la première hypothèse, à savoir que le juge administratif a jugé un tel renvoi non pertinent. Néanmoins, la motivation à ce refus apportée par le Conseil d'État est pour le moins lapidaire et on peut s'interroger sur le point de savoir si cette décision de refus est suffisamment motivée. En effet, si la Commission venait à considérer que ce refus est constitutif d'une violation à l'obligation de renvoi du juge national, elle pourrait, en application de la jurisprudence de la Cour de justice, mettre en œuvre un recours en constatation de manquement à l'égard de l'État de ressort de la juridiction. C'est ce qu'elle a affirmé dans l'arrêt « Köbler » du 30 septembre 2003¹⁵⁸, la Cour de justice précisant qu'elle considérait comme une violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union, la violation de l'obligation de renvoi et que celle-ci était de nature à engager la responsabilité de l'État devant les juridictions nationales.

De surcroît, au regard de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH), il est possible de douter de la viabilité d'une décision de non renvoi telle que celle dégagée par le Conseil d'État. Dans un arrêt du 20 septembre 2011, la CEDH a estimé que, si les juridictions suprêmes peuvent refuser de transmettre un renvoi préjudiciel à la CJUE, elles ne peuvent en revanche se soustraire aux exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant un procès équitable. Si donc l'article 6§1 de la

¹⁵⁵ Directive n°2000/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale et relatives au contenu de ces statuts.

¹⁵⁶ CE, 8 octobre 2010, Décision n°338505, Publiée au Recueil Lebon.

¹⁵⁷ CJCE, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la Santé*, 6 octobre 1982, aff. C-283/81, point 21.

¹⁵⁸ CJCE, *Köbler*, 30 septembre 2003, aff C-224/01.

CEDH ne garantit pas un droit au renvoi préjudiciel, il met en revanche à la charge des juridictions internes « une obligation de motiver au regard du droit applicable, les décisions par lesquelles elles refusent de poser une question préjudicielle, et ce, d'autant plus lorsque le droit applicable n'admet un tel refus qu'à titre d'exception ¹⁵⁹». Cet arrêt serait donc de nature à limiter la marge de manœuvre du juge du filtre lorsque lui est soumise une demande de question préjudicielle ; il est loisible de penser qu'une motivation comme celle que le Conseil d'État nous offre dans l'affaire « Kamel D. » apparaisse comme trop lacunaire et puisse entrer en contradiction avec la jurisprudence de la CEDH.

§2. Le rôle effacé du Conseil constitutionnel

Lorsqu'est envisagée la saisine concomitante par le juge du filtre, une place doit être accordée au rôle exercé par le Conseil constitutionnel dans ce mécanisme. Une lecture constructive de l'arrêt « Melki » nous amène à penser que, dans l'hypothèse d'une saisine concomitante, le Conseil constitutionnel devrait d'abord prononcer un sursis à exécution en attendant l'arrêt préjudiciel de la CJUE, avant de statuer au fond en tirant les conséquences de l'appréciation de cette dernière (A). Il s'ensuit que la saisine simultanée de la CJUE et du Conseil constitutionnel place le juge de la constitutionnalité dans une position de faiblesse, ce dernier devant attendre l'appréciation de la Cour de Luxembourg, qui tient alors la destinée de la QPC entre ses mains, pour ensuite se prononcer sur le fond de l'affaire (B).

A. L'office du juge constitutionnel

Dans le cas d'une saisine concomitante, l'exigence posée par l'arrêt « Melki » est celle d'une obligation de saisine de la CJUE « préalable » à toute décision sur la constitutionnalité. Compte tenu des délais de trois mois dans lesquels la procédure de la QPC est enfermée, il y a tout d'abord fort à parier qu'en cas de saisine concomitante de la CJUE et du Conseil constitutionnel, la Cour de justice statue selon la procédure accélérée, afin que le juge constitutionnel puisse, dans les délais qui lui sont impartis tirer les conséquences de l'arrêt préjudiciel et statuer sur la QPC. Pour mettre en œuvre une telle procédure, il faut que « les circonstances invoquées établissent l'urgence

¹⁵⁹ CEDH, *Ullens de Shooten et Rezabek c. Belgique*, 20 septembre 2011, point 60.

extraordinaire de statuer sur la question posée à titre préjudiciel¹⁶⁰». Si jamais la Cour n'accédait pas à la demande de procédure accélérée, le Conseil constitutionnel devrait, comme il l'indique dans son commentaire sous la décision « Kamel D. » du 17 décembre 2010, « au besoin » surseoir à statuer.

Une fois l'arrêt de la Cour de justice rendu, le Conseil devra donc en tirer toutes les conséquences, puis statuer sur la QPC au vu de l'arrêt de la CJUE. Il serait d'ailleurs logique à ce titre, que le juge constitutionnel prononce un sursis à exécution de la décision de la Cour lui laissant ainsi le temps de tirer tous les enseignements de la position de la Cour de justice¹⁶¹. Ce sursis à exécution viserait l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice. Voilà qui inaugurerait un usage inédit du sursis à exécution réservé jusqu'ici aux juridictions du fond et qui serait pour la première fois mis en œuvre par le Conseil constitutionnel. Remarquons, que, au cours de la même procédure, le Conseil constitutionnel devra surseoir à statuer, c'est à dire surseoir au moment où l'affaire est en état d'être jugée, puis prononcer un sursis à exécution au moment de la mise en œuvre des voies d'exécution. C'est tout de même une procédure assez originale que celle où parce que le juge du filtre saisit la CJUE et que celle-ci n'engage pas la procédure accélérée, le Conseil constitutionnel sera dans l'obligation de surseoir à statuer.

B. La Cour de justice sur un piédestal

La saisine concomitante de la CJUE et du Conseil constitutionnel par le juge du filtre, si elle présente l'avantage d'être une solution plus respectueuse du droit national¹⁶², n'en place pas moins le juge constitutionnel dans une position de faiblesse face à la Cour de justice. La QPC, dès lors qu'elle porte sur une loi de transposition d'une directive ne dépend plus du pouvoir d'appréciation du Conseil constitutionnel mais plutôt de celui de la CJUE ; le juge de la constitutionnalité n'interviendra qu'à la fin de la procédure pour tirer les leçons de l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice. Il devient en quelque sorte le bras articulé au niveau national de la CJUE ; il est lié par l'appréciation de cette dernière et doit même s'approprier de nouveaux mécanismes procéduraux pour être en conformité avec elle. L'assimilation par le Conseil constitutionnel des mécanismes du sursis à statuer ou encore du sursis à exécution, encore inédite, aurait au moins le mérite de le rapprocher, de par ses nouvelles attributions, d'une juridiction de droit de commun.

¹⁶⁰ Article 104 bis alinéa 1 du règlement de procédure de la CJUE

¹⁶¹ D. SIMON/ V. MICHEL, « Jurisprudence constitutionnelle », in *Ordre juridique de l'Union*, Revue Europe, Mars 2011, p.13.

¹⁶² F. DONNAT, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt imprévisible et imprévu », *op. cit.*, p. 1647.

Dans l'hypothèse d'une saisine simultanée, la théorie de la directive-écran et le mécanisme de la QPC se trouvent dans un rapport harmonieux puisqu'ils ne s'excluent pas l'un l'autre ; mais ce rapport bien qu'harmonieux pourrait vite devenir déséquilibré de par la place prépondérante qu'occupe la CJUE dans ce dialogue. Par ailleurs, dans le cas d'une saisine concomitante à l'initiative du juge du filtre, le juge constitutionnel est simple spectateur de la procédure, jusqu'à en devenir presque étranger. Il serait à ce titre souhaitable que le Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi à juge unique accepte de poser lui-même une question préjudicielle à la Cour de justice lorsque lui et adressée une QPC portant sur une loi de transposition.

Section II. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice par le Conseil constitutionnel

Comme nous l'avons vu précédemment, le juge du filtre occupe une place importante dans le cas d'une saisine concomitante de la CJUE et du Conseil constitutionnel ; mais qu'advierait-il dans l'hypothèse où ce même juge décidait de ne pas poser de question préjudicielle à la CJUE ? Cette situation s'est notamment présentée dans la décision « Kamel D. ». Le juge constitutionnel s'était alors borné à prononcer un non-lieu pour éviter un éventuel conflit de jurisprudence avec la CJUE. Il refuse, ce faisant, d'accroître sa collaboration avec la Cour de justice en ne posant pas lui-même une question préjudicielle à cette dernière. L'objet de cette section est donc, à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013, d'étudier dans quelle mesure, le juge constitutionnel pourrait saisir lui-même la CJUE d'un recours préjudiciel en appréciation de validité de la directive lorsqu'il est saisi à juge unique d'une QPC portant sur une loi de transposition.

Avant d'envisager la décision charnière du 4 avril 2013, il est nécessaire d'étudier la position antérieure du Conseil constitutionnel, c'est à dire celle du refus d'être assimilé à une juridiction de droit commun et donc d'opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice (§1). Ce n'est qu'une fois que la position antérieure du juge constitutionnel sur le renvoi préjudiciel aura été exposée que la décision du 4 avril prend tout son sens et peut être qualifiée de revirement de jurisprudence, puisque pour la première fois le Conseil constitutionnel va poser une question préjudicielle à la Cour de justice (§2).

§1. La position du Conseil constitutionnel jusqu'à la décision du 4 avril 2013

Le postulat du Conseil constitutionnel vis à vis du renvoi préjudiciel à la Cour de justice était des plus clairs : il se refusait à renvoyer toutes questions préjudicielles à la Cour de Luxembourg (A), et ceci même lorsque d'autres Cours constitutionnelles acceptaient d'engager une telle procédure (B).

A. Le refus catégorique du renvoi préjudiciel à la Cour de justice

Le refus du Conseil constitutionnel trouvait essentiellement deux justifications, d'une part parce qu'en tant que juge constitutionnel, il n'était pas de sa compétence de connaître du contrôle de conventionnalité et d'autre part parce que la mise en œuvre de cette procédure aurait constitué un obstacle insurmontable au regard des délais imposés par l'article 61 de la Constitution. Ainsi dans sa décision du 27 juillet 2006, le juge constitutionnel estimait que « devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne¹⁶³ ». C'est d'ailleurs ces mêmes délais de l'article 61 qui justifiaient que le juge constitutionnel puisse effectuer un contrôle de compatibilité manifeste de la disposition législative avec la directive qu'elle venait transposer. Une position similaire était adoptée dans la décision du 17 décembre 2010 concernant le contrôle *a posteriori*, lorsque le juge constitutionnel se déclarait incompétent pour connaître d'une QPC sur une loi qui tirait les conséquences d'une disposition inconditionnelle et précise d'une directive, un tel office revenant au juge de l'Union, « saisi le cas échéant à titre préjudiciel ». Il s'agit donc d'un refus implicite, l'examen de la validité de la directive ne peut être effectué que par le juge de l'Union, mais sa saisine relève des juridictions du fond, en application de la jurisprudence « IVG ». Le commentaire de la décision du 17 décembre 2010 nous apporte plus de précisions sur la position du juge constitutionnel. Selon l'annotateur, le Conseil d'État ou la Cour de cassation pourraient saisir simultanément la Cour de justice d'une question préjudicielle et le Conseil constitutionnel d'une QPC ; le Conseil pourrait surseoir à statuer en attendant la décision de la Cour de justice pour enfin statuer au fond au vu de l'arrêt de cette dernière¹⁶⁴. Si le refus d'opérer un

¹⁶³ CC, Décision 2006-540 DC *op. cit.*

¹⁶⁴ Commentaire de la Décision n°2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D., op. cit.*, p. 8.

renvoi préjudiciel n'est pas exprimé de manière expresse comme dans la décision du 27 juillet 2006, la saisine de la Cour de justice par le Conseil constitutionnel en personne n'est jamais envisagée, que ce soit dans la décision ou dans le commentaire de celle-ci.

Le contexte¹⁶⁵ dans lequel la Cour de cassation avait transmis au Conseil constitutionnel la QPC relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, aurait pu être l'occasion pour le juge constitutionnel de poser une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg sur la compatibilité de la législation française avec la « directive retour ». Il n'en n'a rien été et le Conseil constitutionnel a au contraire refusé de censurer la loi française.

B. Une position fragilisée par l'attitude des autres Cours constitutionnelles européennes

La posture du Conseil constitutionnel consistant à refuser de saisir la Cour de justice sur la base de l'article 267 TFUE, doit également être mise en relief au sein du contexte européen dans lequel plusieurs Cours constitutionnelles avaient déjà engagé une telle procédure. C'était notamment le cas de la Cour constitutionnelle autrichienne qui usait de ce recours en vue obtenir l'interprétation du droit de l'Union afin de trancher les litiges pendants devant elle¹⁶⁶, tout comme la Cour constitutionnelle belge qui, lorsqu'elle estimait que les dispositions de l'Union n'étaient pas suffisamment claires¹⁶⁷, se reconnaissait le droit de saisir la Cour de justice.

L'attitude de la Cour constitutionnelle italienne mérite d'être étudiée de manière plus approfondie. Elle pourrait présenter des similitudes avec celle du Conseil constitutionnel. Dans le système juridique italien, le contrôle de constitutionnalité des lois s'exerce par voie incidente ; il suppose que le requérant soulève un moyen d'inconstitutionnalité devant le juge ordinaire. Mais la situation italienne présente des similitudes troublantes avec la situation française, lorsqu'est envisagée l'articulation entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Dans l'hypothèse où le juge serait saisi à la fois d'une question de conventionnalité et d'une question de constitutionnalité, il doit, en premier lieu, saisir le juge de l'Union. La primauté du droit de l'Union était certes assurée par les juridictions de droit commun, mais la Cour constitutionnelle se refusait toujours à saisir la Cour de Luxembourg à titre préjudiciel ; ce qui se rapprochait beaucoup de la

¹⁶⁵ V. *supra* A. « Un moyen exclu du champ de la QPC »

¹⁶⁶ Renvoi préjudiciel en interprétation des règles de concurrence dans le cadre du contentieux administratif. V. CJCE, *Adria-Wien Pipeline*, 8 nov. 2001, aff. C-143/99.

¹⁶⁷ Était en cause le régime national de sécurité sociale, et le juge constitutionnel belge a demandé à la Cour si les dispositions du traité relatives au statut du citoyen européen et à la libre circulation des travailleurs étaient contraires à ce régime. V. CJCE, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, 1er avr. 2008, aff. C-212/06.

position du juge constitutionnel français. En 2008 cependant, alors qu'elle devait connaître de la constitutionnalité d'une loi régionale, la Consulta a opéré un revirement de jurisprudence et accepté de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en interprétation des dispositions du traité relatives aux aides d'État ainsi qu'à la libre prestation des services¹⁶⁸. Toutefois cette saisine préjudicielle est strictement encadrée et reste réservée aux cas de saisine du juge constitutionnel par voie principale ; en présence d'un moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi dans le cadre d'une action par voie incidente, seul le juge *a quo* a compétence pour en connaître. Là encore le strict encadrement de la saisine préjudicielle par la Cour constitutionnelle italienne n'est pas sans rappeler la décision du 4 avril 2013, dans laquelle le Conseil constitutionnel soumet la saisine préjudicielle de la Cour de justice à des conditions strictes. Ainsi, peut-on légitimement penser que le revirement jurisprudentiel de la Cour constitutionnelle italienne, de par la similitude du visage de son contentieux constitutionnel avec le mécanisme de la QPC, a influencé le juge constitutionnel français au moment de trancher la question de la saisine préjudicielle de la Cour de justice.

§2. La brèche ouverte par la décision du 4 avril 2013

La décision du Conseil constitutionnel n°2013-314P QPC marque un tournant majeur dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans la mesure où celui-ci va, pour la première fois, saisir le juge de l'Union d'une question préjudicielle en interprétation des dispositions de la décision cadre n°2002/585/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen. Il s'agit d'une décision totalement novatrice qui suit un mouvement général des Cours constitutionnelles européennes désormais plus enclines à se soumettre au droit de l'Union (A). Toutefois, si cette décision est intervenue dans le cadre du contrôle *a posteriori* de l'article 61-1 de la Constitution, elle ne portait pas sur une loi de transposition d'une directive. Il est alors intéressant de se pencher sur la possibilité d'un tel renvoi préjudiciel dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel serait saisi d'une QPC portant sur une loi de transposition ; il s'agira, en somme, de confronter cette solution à la théorie de la directive-écran (B).

A. Une décision novatrice

Une première lecture de la décision du 4 avril 2013 nous amène à voir qu'au-delà de l'évolution jurisprudentielle majeure causée par la saisine à titre préjudiciel de la Cour de justice par

¹⁶⁸ CJCE, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, 17 nov. 2009, aff. C169/08.

le Conseil constitutionnel, ce dernier a enfermé cette saisine dans des conditions strictes (1). Une seconde lecture de cette décision, en référence à la jurisprudence antérieure du Conseil peut laisser deviner qu'il s'agit, à travers ce revirement jurisprudentiel, d'une réappropriation par le juge constitutionnel du contrôle de conventionnalité (2).

1. Un renvoi préjudiciel strictement encadré

On se souvient que dans le cadre du contrôle *a priori* de l'article 61 de la Constitution, le motif qui justifiait le refus du juge constitutionnel d'opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice trouvait sa source dans les délais dans lesquels la décision devait être rendue, à savoir un mois maximum. Dans le cadre de la procédure de la QPC, le Conseil constitutionnel dispose d'un délai supérieur, à savoir trois mois et c'est ce qui semble être ici l'élément décisif. « Considérant que, compte tenu du délai de trois mois dans lequel le Conseil constitutionnel est tenu, en application de l'article 23-10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, d'examiner la question prioritaire de constitutionnalité, (...) il y a lieu de demander la mise en œuvre de la procédure d'urgence prévue par l'article 23 bis du protocole n° 3 au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶⁹». En demandant à la CJUE de statuer selon la procédure d'urgence, le Conseil constitutionnel restreint son champ d'action quant aux possibilités de saisine à titre préjudiciel, car en application de l'article 23 bis du protocole n°3 au TFUE, la procédure d'urgence prévue par le règlement de procédure est limitée aux renvois préjudiciels relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En posant comme élément décisif de la saisine à titre préjudiciel, le respect du délai de trois mois ouvert par la procédure de la QPC, le juge constitutionnel exclut *de facto* la possibilité d'une saisine sur la base de l'article 267 TFUE dans le cadre du contrôle *a priori*, dans la mesure où il dispose seulement d'un délai de un mois pour se prononcer lorsqu'il est saisi en vertu de l'article 61 de la Constitution. Les similitudes avec la position de la Cour constitutionnelle italienne étudiée plus haut transparaissent dans la mesure où le Conseil constitutionnel ne généralise pas la possibilité de la saisine de la Cour de justice mais au contraire la restreint au seul cadre de la QPC. Le dualisme mis en place par la décision du 4 avril 2013 est comparable au système dit de « double voie » (« *doppio binario* ») en Italie, dans lequel la saisine à titre préjudiciel de la Cour de justice par la Cour constitutionnelle ne peut se faire que par voie principale ; la question préjudicielle portant sur la conventionnalité de la loi dans le cadre d'une

¹⁶⁹ CC, Décision n°2013-314P QPC, *op. cit.*, Cons. n°8.

action par voie incidente relevant du seul juge *a quo*¹⁷⁰.

Il est important, par ailleurs, de rappeler que la procédure d'urgence réclamée par le Conseil constitutionnel n'est pas de droit ; en vertu de l'article 104 ter §1 alinéa 4 du règlement de procédure de la CJUE, « la décision de soumettre un renvoi à la procédure d'urgence est prise par la chambre désignée, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu ». Il est donc en théorie possible que la Cour n'accède pas à la demande du juge constitutionnel français. Un refus en pratique serait, en revanche, difficilement concevable à un double égard : du point de vue juridique, un refus porterait une atteinte considérable au dialogue des juges reconstruit par la décision du 4 avril 2013 ; du point de vue politique, constituerait une défiance envers l'État français et son système *a posteriori* de contrôle de constitutionnalité. Au-delà de la symbolique en vertu de laquelle le Conseil constitutionnel a recours pour la première fois au mécanisme de l'article 267 TFUE, le virage amorcé par le juge constitutionnel reste tout de même très ténu, puisque encadré et limité pour l'instant à la seule procédure de la QPC. La portée de cet arrêt n'est toutefois pas à négliger notamment au regard de la jurisprudence antérieure des juges de la rue Montpensier relativement à l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.

2. La réappropriation par le juge constitutionnel du contrôle de conventionnalité

En acceptant de recourir au mécanisme préjudiciel de l'article 267 TFUE, le Conseil constitutionnel semble envoyer un message fort : il n'est plus étranger au contrôle de conventionnalité de la loi. Depuis la jurisprudence « IVG », cette haute instance avait strictement séparé contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, estimant qu'une loi contraire à un traité n'était pas forcément contraire à la Constitution. Deux exceptions à cette séparation stricte des deux contrôles ont néanmoins vu le jour. La première est intervenue dans la décision du 20 mai 1998, alors que le Conseil constitutionnel avait accepté de contrôler la conformité de la loi organique sur l'exercice par les citoyens de l'Union du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales avec le Traité sur l'Union européenne. Ce contrôle exceptionnel de conventionnalité résultant « de la volonté même du constituant¹⁷¹ » au travers de l'article 88-3 de la Constitution. La

¹⁷⁰ K. ROUDIER, « L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire : Le dialogue direct entre les juges finalement instauré », VIIe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC Paris 25-27 septembre 2008. Source : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/RoudierTXT.pdf>

¹⁷¹ CC, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994*, Décision n°98-400 DC du 20 mai 1998, Cons. 4.

seconde provient de la décision du 27 juillet 2006, lorsque le Conseil, en vertu de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives s'est reconnu compétent pour connaître de la compatibilité manifeste de la loi avec la directive qu'elle vient transposer. Un tel contrôle devait être mis en œuvre quelques mois plus tard pour censurer la loi relative au secteur de l'énergie comme méconnaissant « manifestement l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz naturel » fixé par les directives 2003/54/CE et 2003/55/CE. Si ces deux décisions constituent des exceptions à la règle, elles n'en demeurent pas moins isolées par rapport au contexte de la décision du 4 avril 2013 ; la première présentant un caractère tout à fait exceptionnel du fait des circonstances de l'espèce et la seconde n'étant, en vertu de la décision du 12 mai 2010, pas applicable à la procédure de la QPC. C'est dire si la décision n°2013-314P QPC constitue un événement irréductible dans la vie de la QPC depuis sa « naissance » le 1er mars 2010.

Il semble à présent que, dès que les délais le lui permettent, le juge constitutionnel se réserve la possibilité d'opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice et donc par ce biais de se réapproprier le contrôle de conventionnalité. La logique qui avait présidé depuis la décision « IVG » (en application de laquelle le droit international restait en dehors du bloc de constitutionnalité afin de préserver la souveraineté nationale), est ainsi totalement rompue. La seule limite à une assimilation des deux contrôles par le Conseil constitutionnel paraît désormais n'être qu'une question de délais. C'est une approche totalement pro européenne qui est développée par les juges de la rue Montpensier dans le cadre du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité. « Désormais, des juges constitutionnels saisissent eux-mêmes la Cour sur la base de l'article 267 TFUE : l'occurrence d'une question préjudicielle tend à devenir un élément processuel du contentieux constitutionnel¹⁷²».

Cependant, -et c'est le cœur de notre étude-, pourrait-on envisager un tel renvoi préjudiciel dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel serait saisi d'une QPC portant sur une loi de transposition d'une directive ? Dans quelle mesure la décision du 4 avril 2013 et la théorie de la directive-écran pourraient-elles cohabiter ? Telles sont les interrogations à élucider.

B. La décision du 4 avril 2013 et la théorie de la directive-écran

La décision rendue au début du mois d'avril 2013 est un signal positif envoyé à la Cour de justice dans la mesure où elle atteste de la volonté du juge constitutionnel de collaborer avec cette dernière; pour autant le renvoi préjudiciel opéré par le Conseil ne portait pas sur une loi de

¹⁷² O. PEIFFERT, « L'encadrement des règles constitutionnelles par le droit de l'Union européenne », *op. cit.* p. 463.

transposition d'une directive. Il importe donc dans un premier temps de se poser la question de l'adaptation de la décision du 4 avril 2013 à une QPC portant sur une loi de transposition (1), puis dans un second temps de s'interroger sur les retentissements d'une telle transposition, catalyseur d'harmonie entre la théorie de la directive-écran et la QPC (2).

1. Vers une transposition de la décision « Jeremy F. » à la théorie de la directive-écran telle qu'envisagée au sein de la QPC

Plusieurs arguments peuvent être développés à l'encontre comme au soutien de la transposition de la décision du 4 avril 2013. Il est un argument de taille qui irait tout d'abord à l'encontre d'une transposition de la saisine préjudicielle lorsqu'est présentée au juge constitutionnel une QPC portant sur une loi de transposition d'une directive, c'est l'interprétation développée dans le commentaire de la décision du 4 avril 2013. En effet, si l'hypothèse d'une saisine simultanée de la CJUE et du juge constitutionnel dans le cadre d'une QPC portant sur une loi de transposition est définie comme « une orientation qui finaliserait le dialogue des juges », celle d'une saisine unique par le Conseil d'État ou la Cour de cassation du Conseil constitutionnel qui par la suite saisirait la Cour d'un recours en appréciation de validité de la directive par voie préjudicielle, n'est, quant à elle, même pas évoquée¹⁷³. La solution privilégiée semble être celle de la saisine préjudicielle par les juges du fond lorsqu'est en cause la validité d'une directive, le juge constitutionnel se bornant à vérifier que la loi de transposition ne contrevient pas aux règles ni aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Ainsi dans la décision « Kamel D. », le juge du filtre (en l'occurrence le Conseil d'État) avait jugé inutile un renvoi préjudiciel à la CJUE ; le juge constitutionnel pouvait alors saisir cette opportunité pour poser lui-même une question préjudicielle à la CJUE. Mais il n'en n'a rien été et ce dernier a prononcé un non-lieu pour se préserver de l'hypothèse où la Cour de justice viendrait censurer la directive dont est issue la loi nationale¹⁷⁴. Autre élément qui pourrait aller à l'encontre d'une saisine préjudicielle, c'est la teneur de la question préjudicielle. En effet, le renvoi préjudiciel opéré par le juge constitutionnel dans la décision du 4 avril 2013 est un renvoi en interprétation ; or dans le cas où le Conseil constitutionnel est saisi d'une QPC portant sur une loi de transposition, il devrait opérer un renvoi en appréciation de validité de la directive que la loi viendrait transposer.

Plusieurs éléments semblent en revanche plaider en faveur d'une transposition de cette

¹⁷³ Commentaire de la décision n°2013-314P QPC du 4 avril 2013 *M. Jeremy F.*, p.19.

¹⁷⁴ Commentaire de la décision n°2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, *op. cit.*, p. 8.

saisine préjudicielle à une QPC portant sur une loi de transposition d'une directive. Un premier argument consisterait à dire que, dès qu'il existe un cadre procédural commun constitué de lois émanant de l'initiative étatique ou de lois venant transposer une directive de l'Union, les premières comme les secondes doivent subir le même traitement à partir du moment où les unes et les autres sont contestées dans le cadre d'une QPC. En refusant d'opérer un renvoi préjudiciel dès lors que la QPC porterait sur une loi de transposition d'une directive, le juge constitutionnel pourrait en effet laisser croire que certains droits et libertés garantis par la Constitution sont mieux protégés que d'autres, selon qu'ils trouvent leur origine dans le droit national ou dans le droit de l'Union. De plus, la saisine préjudicielle ne pouvant s'opérer que selon la procédure préjudicielle d'urgence, il faudrait selon l'article 23 bis du Protocole n°3 au TFUE sur le statut de la CJUE, que la loi contestée dans le cadre de la QPC vienne transposer une directive de l'Union relative à l'espace de liberté de sécurité et de justice. L'Union étant très prolixue dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, l'hypothèse de voir le Conseil constitutionnel confronté à la constitutionnalité d'une loi transposant une directive relative à l'espace L/S/J, opérer un renvoi à la Cour de justice d'une question préjudicielle, est hautement probable ; mais encore faut-il pour cela qu'il soit saisi à juge unique.

2. Le renvoi préjudiciel, vecteur d'une harmonie retrouvée entre la théorie de la directive-écran et la QPC

Le renvoi préjudiciel par le Conseil constitutionnel à la CJUE en appréciation de validité de la directive dont est issue la loi nationale soumise à son contrôle dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution, aurait pour effet de placer la théorie de la directive-écran et la QPC dans un rapport singulièrement harmonieux puisque seraient conciliés le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité transmise en priorité au Conseil constitutionnel et le caractère préalable de l'examen des normes de l'Union par la Cour de justice saisie à titre préjudiciel pendant que le juge constitutionnel surseoirait à statuer en attendant la position de cette dernière. La compatibilité de cette hypothèse avec l'arrêt « Melki » est fondamentale, il faut donc la confronter avec celui-ci pour interroger sa viabilité.

Au point 56 de l'arrêt « Melki », la Cour évoque deux exigences pour le renvoi préjudiciel en appréciation de validité de la directive. Ce renvoi doit être effectué par les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne « à moins que

la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même saisie la Cour de justice sur la validité de cette directive ». Un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de la directive par le juge constitutionnel à la CJUE est donc tout à fait envisageable ; il répondrait même à l'invitation implicite que la Cour de justice semble adresser en ces termes au juge constitutionnel français dans ce même arrêt : « les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel¹⁷⁵ ». Or, aussi bien le commentaire de la décision du 17 décembre 2010 que celui de la décision du 4 avril 2013, n'évoquent que la seconde hypothèse développée par la CJUE, à savoir celle de la saisine simultanée par les juridictions du fond du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice.

Analysée sous cet angle, la position du Conseil constitutionnel est donc plus en phase avec l'esprit de la décision « IVG », même si elle reste ambivalente, en ce sens qu'au sein d'une même procédure, certaines QPC (celles portant sur les lois de transpositions des directives) ne pourront faire l'objet d'un renvoi préjudiciel que s'il émane des juridictions du fond, quand d'autres pourront émaner du juge constitutionnel. Nul doute qu'un renvoi préjudiciel exercé par le Conseil sera traité avec beaucoup plus d'attention qu'un renvoi préjudiciel émanant d'une juridiction du fond. Ce mécanisme envisagé par le Conseil constitutionnel apparaît donc assez complexe, d'où l'encouragement prodigué par la doctrine à ce qu'il procède lui-même au renvoi préjudiciel en appréciation de validité de la directive dont est issue la loi nationale qu'il doit contrôler dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution¹⁷⁶.

¹⁷⁵ CJUE, *Melki*, *op. cit.* Point n°56.

¹⁷⁶ D. SIMON/ V. MICHEL, « Jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, Revue Europe, Mars 2011, p.13.

Chapitre II : Les conséquences d'une harmonie retrouvée

Le rapport didactique envisagé comporte deux séries d'analyse. La première d'entre elles intervient lorsqu'une QPC relative à une loi de transposition d'une directive est portée devant le juge du filtre, ce dernier ayant alors la possibilité de saisir simultanément la CJUE d'une question préjudicielle et le Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité originelle. En ce cas, le juge constitutionnel saisi de la QPC devra surseoir à statuer en attendant l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice pour en tirer les conséquences et statuer au fond sur la question de constitutionnalité qui lui est soumise. Le second type de situations se rencontre lorsque le juge du filtre, toujours en charge d'une QPC portant sur une loi de transposition, estime inutile d'opérer un renvoi préjudiciel et transmet la QPC au Conseil constitutionnel qui se trouve alors saisi à juge unique. Cette situation s'est notamment présentée dans la décision du 17 décembre 2010 « Kamel D. », dans laquelle le juge constitutionnel s'est borné à vérifier que la loi de transposition n'était pas contraire à l'identité constitutionnelle de la France avant de prononcer un non-lieu pour éviter tous risques de divergences jurisprudentielles au cas où la CJUE viendrait à censurer la directive en cause. Dans ce cas précis, un renvoi préjudiciel par le Conseil constitutionnel pourrait être envisagé, ce qui simplifierait une procédure « inutilement compliqué(e) »¹⁷⁷.

Dans les deux branches de l'alternative susvisées, le rapport didactique est à l'avantage de la Cour de Luxembourg qui tient entre ses mains la destinée de la QPC. Le Conseil constitutionnel devant tirer les conséquences de la position de la CJUE, est lié par son appréciation. Ce lien renoué avec entre la Cour de justice et le Conseil constitutionnel, s'il tend à renforcer considérablement le dialogue des juges dans l'Union (Section I), pourrait quelque peu dénaturer la fonction originelle du juge constitutionnel qui endosserait alors un rôle nouveau pour lui (Section II).

Section I. La théorie de la directive-écran et le mécanisme de la QPC dans un rapport harmonieux au service du dialogue des juges

Que l'on envisage l'hypothèse d'une saisine concomitante par le juge du filtre de la CJUE et du Conseil constitutionnel ou que l'on imagine le cas d'une saisine préjudicielle par le juge de constitutionnel de la CJUE, on se situe dans les deux cas dans une situation d'échange, de collaboration entre les juges de Luxembourg et ceux de la rue Montpensier. Ce rapport, bien que didactique, n'en est pas moins harmonieux, et tend par la même à renforcer le dialogue des juges

¹⁷⁷ D. SIMON, V. MICHEL, « Jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.* p. 13.

dans l'Union (§1). Il ne faudrait pas toutefois se méprendre sur les intentions de la Cour de justice comme sur celles du Conseil constitutionnel, si une telle solution semble devoir être privilégiée, c'est aussi parce qu'elle a le mérite de préserver les intérêts de chacun (§2).

§1. Une solution qui favorise le dialogue des juges

Le dialogue des juges ici envisagé comporte aussi bien une dimension transnationale –on songe aux rapports entre le juge constitutionnel et le juge de l'Union-, qu'une dimension purement interne, sont comprises sous ce vocable les relations entre les cours suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire et le Conseil constitutionnel. A ce titre, la QPC, dès son introduction dans l'ordre juridique français, a suscité de nombreux débats, dans l'ordre interne d'abord, avec l'arrêt de la Cour de cassation en date du 16 avril 2010, au niveau de l'Union ensuite, à l'occasion de l'arrêt de la Cour de justice du 22 juin 2010 dans les affaires jointes « Melki » et « Abdeli ». Cette controverse autour de la QPC, qualifiée par certains de « tohu-bohu ¹⁷⁸», a contribué à rendre ses premiers pas difficiles (A). Cette situation s'est néanmoins trouvée apaisée en raison de l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle dont la décision du 4 avril 2013 a constitué l'aboutissement, en sorte que « le paysage un instant troublé par la nouveauté s'ordonne, tel un jardin à la française ¹⁷⁹» (B).

A. Des débuts difficiles

La QPC, entrée en vigueur le 1er mars 2010 a d'abord été source de conflit dans l'ordre juridique interne, notamment entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel (1), avant d'être adoubée par le juge de l'Union, à certaines conditions cependant (2).

1. La confusion dans l'ordre interne

La saga judiciaire qu'a connue le paysage juridique français au printemps 2010 commence avec l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010. Dans cet décision, la cour suprême de l'ordre judiciaire va, par le truchement d'un raisonnement critiqué et critiquable et contrairement aux conclusions de l'avocat général Domingo, poser une question préjudicielle à la CJUE, afin de

¹⁷⁸ M. DOMINGO, « Tohu-bohu autour de la QPC », *Gaz.Pal.*, Recueil Mai-Juin 2010, p. 1537.

¹⁷⁹ H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *op. cit.*, p. 659.

savoir si la QPC ne contredirait pas le principe de primauté du droit de l'Union¹⁸⁰ au motif qu'elle priverait les juridictions du fond et la Cour de cassation de la faculté de saisir la CJUE à titre préjudiciel, après la mise en œuvre d'une telle procédure. Le développement de la Cour de cassation était pour le moins lacunaire, puisqu'il se limitait à reprendre les moyens soulevés par les parties au principal, (lesquelles soutenaient que le contrôle complet par le Conseil constitutionnel de la conformité de l'article 78-2 du code de procédure pénale alinéa 4 avec la Constitution serait en contradiction avec le droit de l'Union et notamment la jurisprudence « Simmenthal »)¹⁸¹. Pareille question préjudicielle pouvait être interprétée comme traduisant une certaine « méfiance ¹⁸²» de la part des juges du quai de l'horloge envers la QPC, quand d'autres y voyaient une interrogation légitime guidée par la volonté de clarifier l'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité¹⁸³.

En résumé, « l'émotion suscitée par ce renvoi peut s'expliquer, non pas parce que la question de la compatibilité avec le droit de l'Union de ce mécanisme ne méritait pas d'être posée, mais parce qu'elle ne méritait certainement pas de l'être ainsi ¹⁸⁴».

Quelques semaines plus tard, dans une décision du 12 mai 2010¹⁸⁵, le juge constitutionnel saisi dans le cadre du contrôle *a priori* a profité de l'opportunité que lui offrait les auteurs de la saisine, sûrement guidés dans leur intentions, pour réaffirmer avec vigueur sa jurisprudence « IVG » sur la séparation stricte entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Il s'est refusé, ce faisant, à contrôler la conformité d'une loi nationale avec le droit européen. Le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le cadre de la procédure de la QPC n'aurait par conséquent aucune incidence sur le contrôle de conventionnalité, prérogative du juge ordinaire¹⁸⁶. Une telle solution allait être en partie reprise quelques jours plus tard par le Conseil d'État dans un arrêt « Rujovic »¹⁸⁷, estimant que la QPC ne faisait pas obstacle à l'application du droit de l'Union puisque le juge ordinaire restait libre de saisir la Cour de justice à l'issue de la procédure de la QPC ou lorsque l'urgence le commande pendant cette même procédure, pour faire cesser tout effet contraire éventuel au droit de l'Union. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que cette solution dégagée dans le premier considérant de la décision, n'a aucun rapport avec la question posée aux

¹⁸⁰ CJCE, *Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. C-106/77, point 16.

¹⁸¹ O. PEIFFERT, « L'encadrement des règles constitutionnelles par le droit de l'Union européenne », *op. cit.* p. 458.

¹⁸² D. ROUSSEAU, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? », *Gaz. Pal. Recueil Mars-Avril 2010*, p. 867.

¹⁸³ J. BIANCARELLI/G. BARRAUD, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : un faux pas dans le dialogue des juges », *LPA*, 26 mai 2010, n°104, p. 4.

¹⁸⁴ F. DONNAT, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *op. cit.* p. 1640.

¹⁸⁵ CC, Décision n°2010-605 DC, *op. cit.*

¹⁸⁶ J-B. PERRIER, « La CJUE et la question prioritaire de constitutionnalité : entre primauté et priorité », *LPA*, 30 août 2010, n°172, p. 13.

¹⁸⁷ CE, *Rujovic*, 14 mai 2010, n°312305.

juges administratifs, chargés de rechercher si la loi française, les articles L. 711-1 et L. 721-2 du CESEDA, en l'occurrence, était conforme aux dispositions de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Il s'agit donc d'un véritable *obiter dictum* du Conseil d'État, vraisemblablement animé par la volonté de mettre sa jurisprudence en accord avec celle des juges de l'autre aile du Palais Royal. Face à cette confusion sur le plan interne, la position de la CJUE sur les questions préjudicielles qui lui avaient été transmises par la Cour de cassation était donc très attendue.

2. La tentative d'apaisement par le juge de l'Union

Dans son arrêt « Melki » du 22 juin 2010, la Cour de justice a approuvé le mécanisme de contrôle *a posteriori* des dispositions législatives à la Constitution, mais sous certaines conditions. Toutefois, cette approbation montre un certain assouplissement de la jurisprudence « Simmenthal », preuve aussi que le juge de l'Union sait faire des concessions pour entretenir des rapports harmonieux avec les Cours constitutionnelles nationales. Ainsi la QPC n'est pas contraire au droit de l'Union dès qu'elle laisse les juridictions nationales libres : -de saisir à tous moments, même à l'issue de la procédure de la QPC, la CJUE d'une question préjudicielle ;- d'adopter toutes mesures nécessaires à garantir la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'Union ; -de laisser inappliquée à l'issue de la procédure la disposition nationale en cause si elle est contraire au droit de l'Union¹⁸⁸. Dans la volonté très diplomatique de nourrir le dialogue des juges, la Cour de justice laisse aussi le soin aux juridictions françaises de vérifier par elles-mêmes si les trois conditions cumulatives, indispensables à la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union, sont réunies.

La Cour de cassation va tirer les conséquences de l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice et confronter les dispositions de la loi organique du 10 décembre 2009 aux trois exigences imposées par le juge de l'Union. Le résultat est sans appel, dans la mesure où cette loi ne permet pas à la Cour de cassation de prendre des mesures provisoires ou conservatoires afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire garantie par le droit de l'Union, la QPC n'est pas compatible avec le droit de l'Union. Dans son arrêt du 29 juin 2010, la Cour de cassation se voit dans l'obligation de laisser « inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité ¹⁸⁹». L'ordonnance du 7 novembre 1958 est de plus doublement inconstitutionnelle, en ce qu'elle ne prévoit pas un sort particulier aux litiges dans lesquels serait contestée une loi de transposition d'une directive, particularité mise en exergue par la

¹⁸⁸ CJUE, *Melki et Abdeli*, *op. cit.*, point 57.

¹⁸⁹ Cass., ass. plén., 29 juin 2010, Req. n°10-40.001.

CJUE, on s'en souvient, au détour d'un *obiter dictum* aux points 54 à 56 de l'arrêt « Melki »¹⁹⁰. C'est de cette absence de solutions que se sont développées, notamment sous l'influence de la doctrine, des solutions alternatives qui permettraient de concilier la position de la Cour dégagée dans l'arrêt « Melki » et la procédure de la QPC. Ces solutions énumérées précédemment créent toutes deux un climat propice au dialogue des juges, et ce, que l'on envisage la saisine concomitante par le juge du filtre de la CJUE et du Conseil constitutionnel comme l'hypothèse d'un renvoi préjudiciel par le juge constitutionnel. Si donc le dialogue des juges a connu des débuts difficiles depuis l'introduction de la QPC en mars 2010, il tend depuis lors à s'améliorer avec l'émission de solutions toujours plus conciliatrices.

B. Un avenir prometteur

Que l'on envisage l'hypothèse d'une saisine concomitante par le juge du filtre comme le cas d'un renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la CJUE, on se situe dans les deux cas, dans une perspective d'échange et non de rupture, ce qui laisse augurer d'un avenir plutôt prometteur des rapports entre les juges, sur le plan transnational ou sur le plan interne. La théorie de la directive-écran et la QPC n'ont plus vocation à s'exclure l'un l'autre mais plutôt à fonctionner main dans la main.

Comme nous l'envisagions précédemment dans l'arrêt « Melki », on peut considérer que la Cour retient une conception stricte de la théorie de la directive-écran ; un juge constitutionnel ne saurait dans le cadre d'une procédure incidente de constitutionnalité apprécier la conformité d'une disposition nationale transposant fidèlement une directive de l'Union, à la Constitution ; cet office revient à la CJUE exclusivement. La directive fait ici un écran opaque. Il a donc fallu adapter la procédure de la QPC à cette solution, ce qui a nécessité une meilleure collaboration entre les juges nationaux et ceux de l'Union. Ainsi, le 7 février 2011 avait lieu à Luxembourg la première rencontre officielle entre la Cour de justice de l'Union européenne et une délégation du Conseil constitutionnel dans laquelle a été évoquée, entre autres considérations, le sujet épineux de la QPC face au droit de l'Union et à son principe de primauté¹⁹¹. L'allocution de Monsieur Hubert Haenel, membre du Conseil constitutionnel, après cette rencontre est pour le moins décevante, notamment au regard de la QPC et plus précisément relativement aux QPC portant sur les lois de transposition des directives. Aucune idée novatrice n'est avancée puisque l'allocution se contente de reprendre

¹⁹⁰ P. CASSIA/ E. SAULNIER-CASSIA, « La QPC peut-elle être prioritaire ? », D. 2010, n°26, p. 1637.

¹⁹¹ D. SIMON, « « Les sommets juridictionnels » : un moment fort du « dialogue des juges » ? », Revue Europe n°3, Mars 2011, repère 3.

mot pour mot la solution dégagée dans le commentaire sous la décision du 17 décembre 2010¹⁹². Il convient toutefois, de ne pas sous-estimer la portée symbolique de cette rencontre, car elle marque une nouvelle étape dans le dialogue des juges, illustré par la volonté d'entretenir une réelle collaboration de la part des deux juridictions. Le fait même que le Conseil constitutionnel envisage qu'il soit possible pour lui de surseoir à statuer dans l'hypothèse où il serait saisi concomitamment avec la CJUE par le juge du filtre, est tout à fait novateur dans sa jurisprudence et montre donc sa volonté d'établir un climat apaisé dans ses relations avec le juge de l'Union.

Par ailleurs, la décision du 4 avril 2013 dans laquelle le Conseil constitutionnel accepte pour la première fois de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, semble aussi marquer un tournant important dans le dialogue des juges. Si l'on admet que ce renvoi préjudiciel serait opéré par le juge constitutionnel dans le cadre d'une QPC portant sur une loi de transposition d'une directive, le dialogue des juges serait ici à son apogée ce qui contribuerait à améliorer considérablement la lisibilité du contentieux de la QPC lorsqu'est en cause une loi de transposition d'une directive. Cependant la question de la transposition de la solution du 4 avril 2013 aux rapports entre la théorie de la directive-écran et la procédure de la QPC reste entière, même s'il n'est pas négligeable que le juge constitutionnel ait ouvert une brèche qui n'a pas fini d'alimenter la doctrine. Le dialogue des juges semble avoir un avenir prometteur, la complexité de la question forçant en quelque sorte la collaboration. « Ici comme ailleurs, la communication et le dialogue prennent le pas sur des rapports de force dépassés ¹⁹³».

§2. Une solution qui préserve les intérêts de chacun

Si la théorie de la directive-écran et la QPC envisagées dans un rapport didactique contribuent à reconstruire un dialogue des juges quelque peu endommagé par les débuts hésitants de la QPC, la relation qu'elles sont susceptibles d'entretenir comporte un autre avantage, celui de préserver les intérêts de chaque ordre juridique. Ainsi, la CJUE et sa jurisprudence « Foto-frost » sont protégés (A), tout comme la QPC qui, si elle se trouve domptée, conserve tout de même toute sa substance (B).

¹⁹² H. HAENEL, « Contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne », Journée de travail à la Cour de justice de l'Union européenne, 7 février 2011, IV. « L'introduction de la QPC confirme cet état du droit ». Source : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2011/haenel-07022011.pdf

¹⁹³ H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *op. cit.*, p. 659.

A. Une solution en accord avec la jurisprudence « Foto-frost »

Selon la formule de l'arrêt « Melki » reprenant à son compte l'esprit de la solution de l'arrêt « Foto-frost », « une procédure incidente de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union ». On peut donc estimer que si la Cour a semblé infléchir sa jurisprudence « Simmenthal » en validant sous certaines conditions la procédure de QPC, elle a su dans le même temps renforcer sa jurisprudence « Foto-frost » face à la multiplication des jurisprudences constitutionnelles relatives au contrôle des lois de transposition des directives¹⁹⁴. Qui plus est, en se prononçant au détour d'un *obiter dictum* sur une question qui ne lui était pas soumise, la Cour de justice veut reprendre la main et fixer elle-même le cadre du dialogue qu'elle souhaite développer avec les juges internes. Le dialogue des juges qui résulte donc de l'arrêt « Melki » concernant le contrôle constitutionnel des lois de transposition des directives a donc tous les aspects d'un « dialogue imposé¹⁹⁵ ». On peut aussi voir à travers la solution de l'arrêt « Melki » une interprétation constructive des deux mécanismes procéduraux européen et national qui, bien qu'elle ait tendance à minimiser le caractère prioritaire de la QPC, a le mérite de faire coexister renvoi préjudiciel et QPC.

Toutefois aussi conciliateur fut-il, l'arrêt « Melki » n'a pas résolu pas la question de l'assimilation d'une telle solution en droit interne, dans la procédure de la QPC. Aussi, a-t-il fallu faire preuve d'imagination pour adapter la QPC avec les exigences du droit de l'Union. A ce titre, les deux hypothèses développées précédemment, semblent en tous points compatibles avec la position de la CJUE, puisque la Cour de justice saisie d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de la directive, garderait sa compétence pour invalider un acte de l'Union.

Par ailleurs, si le rapport didactique envisagé préserve les intérêts du droit de l'Union et plus particulièrement la jurisprudence « Foto-frost », il a aussi le mérite d'être une solution plus respectueuse du droit national.

¹⁹⁴ X MILLET, « Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC », Rev. Dr. public et de la sc. politique en France et à l'Étranger, 1er novembre 2010, n°6, p. 1730.

¹⁹⁵ D. SARMIENTO, « L'arrêt *Melki* : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française », RTDE 2010, p. 588.

B. Une solution respectueuse du droit national

Dans la première partie de ce travail a été envisagée l'hypothèse d'une exclusion pure et simple du mécanisme de la QPC afin de satisfaire les exigences posées par la CJUE dans l'arrêt « Melki ». La question posée était de savoir si le juge du filtre devait requalifier le moyen d'inconstitutionnalité en moyen d'inconventionnalité et opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg. Cette solution si elle représente une alternative envisageable pour satisfaire aux obligations découlant de la primauté du droit européen, n'en n'est pas moins restrictive pour le droit national qui se voit purement et simplement éclipsé. Dans l'hypothèse d'une saisine concomitante par le juge du filtre ou encore dans celle d'une saisine par le juge constitutionnel de la CJUE, les intérêts nationaux seraient alors préservés et la QPC garderait toute sa substance. Si la QPC perd son caractère prioritaire devant le caractère préalable de l'examen par la CJUE de la validité de la directive, la procédure reste en vigueur et c'est le Conseil constitutionnel, bien que lié par l'appréciation de la Cour de justice qui aura le dernier mot. Par conséquent dans la deuxième hypothèse envisagée donnant lieu à un rapport didactique entre le juge de l'Union et le juge constitutionnel, la compatibilité du mécanisme de la QPC au regard du droit européen est assurée, « au prix sans doute d'une requalification de ce caractère lorsque est en cause le droit de l'Union ¹⁹⁶ ». Mieux vaut cependant connaître quelques modifications procédurales qu'une exclusion totale.

Section II. Vers un nouveau rôle du Conseil constitutionnel

Si le rapport didactique étudié précédemment a pour avantage de placer la théorie de la directive-écran et le mécanisme de la QPC dans une harmonie relative, il suppose, de par les modifications procédurales qu'il implique, que le Conseil constitutionnel renonce à une partie de son indépendance ; il se trouve, en effet, suspendu à l'arrêt préjudiciel de la CJUE. Dans l'hypothèse d'une saisine concomitante par le juge du filtre de la Cour de justice et du juge constitutionnel tout d'abord, ce dernier se voit obligé d'adopter une nouvelle approche dans ses relations avec le juge de l'Union, puisqu'il devra surseoir à statuer en attendant l'arrêt de celui-ci, fait totalement novateur dans sa jurisprudence (§1). Dans le cas d'une saisine de la CJUE à titre préjudiciel par le Conseil constitutionnel ensuite, la nouveauté est plus criante encore, puisque le juge constitutionnel, clôturant le débat autour de la nature juridictionnelle du Conseil des Sages, assimile, pour la

¹⁹⁶ F. DONNAT, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *op. cit.*, p. 1647.

première fois, les mécanismes contentieux du droit de l'Union, (§2).

§1. La théorie de la directive-écran dans le mécanisme de la QPC, vecteur d'une nouvelle approche par le juge constitutionnel

L'hypothèse qui nous retient est celle envisagée par le Conseil constitutionnel dans les commentaires de ses décisions du 17 décembre 2010¹⁹⁷ et 4 avril 2013¹⁹⁸ : il faut imaginer que le juge du filtre saisisrait concomitamment le juge de l'Union et le juge constitutionnel, ce dernier se trouvant suspendu à l'arrêt préjudiciel de la CJUE, devrait alors surseoir à statuer, fait totalement novateur dans sa jurisprudence. La mise en harmonie de la théorie de la directive-écran et de la QPC amène ainsi le juge constitutionnel à adopter une nouvelle approche de ses relations avec le juge de l'Union, marquant par là même la spécificité accordée au droit de l'Union dans l'ordre juridique interne (A), spécificité qui force le Conseil constitutionnel à assimiler des méthodes procédurales nouvelles (B).

A. Une nouvelle approche imposée par la spécificité du droit de l'Union

Le principe est posé par la décision du 19 novembre 2004 dans laquelle le Conseil constitutionnel affirme la place spécifique du droit de l'Union dans l'ordre juridique national. Il ressort de l'article 88-1 de la Constitution « que le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international¹⁹⁹ ». C'est cette même spécificité qui a conduit le juge constitutionnel à qualifier l'obligation de transposition des directives en droit interne, d'exigence constitutionnelle²⁰⁰, puis à mettre en œuvre un contrôle de cette même exigence²⁰¹. Toutefois, se refusant à assimiler les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, le Conseil constitutionnel avait précisé dans sa décision du 12 mai 2010, que le contrôle de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne pouvait se faire que dans le cadre du contrôle *a priori*, excluant *de facto* cette jurisprudence du champ de la QPC. On pouvait dès lors s'interroger pour savoir si le principe de spécificité du droit de l'Union subsistait au sein de la procédure de la QPC. Le Conseil constitutionnel semblait en avoir une approche très prudente, notamment lorsqu'il expliquait que l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, fruit d'un compromis, se trouvait

¹⁹⁷ CC, Décision n°2010-79 QPC, *op. cit.*

¹⁹⁸ CC, Décision n°2013-314P QPC, *op. cit.*

¹⁹⁹ CC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, Cons. 11.

²⁰⁰ CC, Décision n°2004-496 DC, *op. cit.*

²⁰¹ CC, Décision n°2006-540 DC, *op. cit.*

« relativisée » par l'introduction de la QPC²⁰².

Néanmoins, lorsqu'il envisage de surseoir à statuer dans l'hypothèse où il serait saisi concomitamment avec la CJUE par le juge du filtre, le juge constitutionnel montre la place particulière qu'occupe le droit de l'Union dans l'ordre juridique national et surtout dans le mécanisme de la QPC. Une telle hypothèse ne peut s'envisager en présence d'un traité de droit international classique ; mais le droit européen occupe une place tellement importante dans l'ordre de la hiérarchie des normes et celui des transferts de souveraineté que le juge constitutionnel conçoit différentes hypothèses pour se trouver en conformité avec lui. Sous l'impulsion de la doctrine, cette spécificité du droit de l'Union a même été prise en considération dans les travaux préparatoires à l'Assemblée nationale et au Sénat avec l'insertion dans le dispositif de la QPC de la formule suivante : « La juridiction doit en tout état de cause, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant de façon analogue, la conformité de la disposition à la Constitution et aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur la question de constitutionnalité, sous réserve le cas échéant des exigences résultant de l'article 88-1 de la constitution ». Cette formule aussi qualifiée de clause européenne, aurait permis de lever tous les doutes sur la hiérarchie effective entre droit de l'Union et droit constitutionnel ; elle a malheureusement été abandonnée au moment de l'adoption du texte, justement en raison des doutes qu'elle venait semer²⁰³.

B. L'assimilation de nouvelles méthodes procédurales par le Conseil constitutionnel

La mise en harmonie de la théorie de la directive-écran et de la QPC implique que le juge constitutionnel sursoit à statuer afin de tirer toutes les conséquences de l'arrêt préjudiciel de la CJUE (sollicité par le juge du filtre), fait totalement inédit dans sa jurisprudence.

Il est tout d'abord nécessaire de faire quelques rappels élémentaires sur le sursis à statuer. En vertu de l'article 378 du code de procédure civile, « la décision de sursis suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine », mais ce « sursis à statuer ne dessaisit pas le juge ²⁰⁴ ». En application de cet article, le Conseil constitutionnel verrait la procédure de QPC intentée devant lui, suspendue pour le « temps ou jusqu'à la survenance de l'élément qu'elle détermine ». Dans notre cas d'espèce, la procédure de la QPC serait donc

²⁰² A. JAUREGUIBERRY, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle a posteriori », RTDE 2013, n°1, p. 10.

²⁰³ J. DUTHEIL de LA ROCHERE, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. La porte étroite », RTDE 2010, n°3, p. 577.

²⁰⁴ Article 379 du code de procédure civile.

suspendue le temps que la CJUE se prononce sur la question préjudicielle. Il est intéressant ici de faire un parallèle entre la situation de dépendance du Conseil constitutionnel envers la Cour de justice et le principe de primauté de la procédure criminelle sur la procédure civile en droit interne. En droit français, le juge civil, tenu de respecter la règle du sursis à statuer et de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, ne peut décider librement des suites civiles d'une décision répressive. Bien plus, il doit attendre que la poursuite pénale se termine pour ensuite se mettre en accord avec ce résultat²⁰⁵. Cette situation fait donc fortement écho à la position dans laquelle se trouverait le Conseil constitutionnel si il était amené à surseoir à statuer le temps que la CJUE se prononce sur la validité d'une directive de l'Union. Il ne pourrait se décider librement sur les suites à donner à la QPC qui lui serait alors soumise et devrait tirer toutes les conséquences de l'arrêt préjudiciel avant de se mettre en accord avec lui.

§2. L'apport de la décision du 4 avril 2013

Est étudiée ici la deuxième hypothèse, confortée par la décision du 4 avril 2013, à savoir celle d'une saisine par le juge constitutionnel de la CJUE à titre préjudiciel, lorsqu'il serait en présence d'une QPC portant sur une loi de transposition d'une directive. Il apparaît ici évident qu'une telle saisine par le juge constitutionnel change considérablement le rôle de l'institution gardienne de la Constitution tout comme le visage du contentieux de la QPC, parce qu'elle met fin, tout d'abord, à une controverse doctrinale concernant la question de savoir si le Conseil constitutionnel constitue ou non une juridiction (A) ; parce qu'elle tend fortement, ensuite, à améliorer le contentieux de la QPC lorsque est en cause une loi de transposition d'une directive (B).

A. La fin du débat sur le Conseil constitutionnel et sa qualité de juridiction

Avant la décision du 4 avril 2013, avait lieu en doctrine un débat sur la qualité juridictionnelle du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel pouvait-il sur la base de l'article 267 TFUE, poser une question préjudicielle à la CJUE, laquelle était subordonnée à la condition de provenir d'une « juridiction d'un des États membres » ? Un tel débat a pris une dimension toute particulière depuis l'entrée en vigueur de la QPC. Cette dernière ayant vocation à toucher toutes les branches du droit, chaque praticien du droit a été amené à connaître de cette procédure et, partant, de s'intéresser au Conseil constitutionnel ainsi qu'à sa légitimité en tant que

²⁰⁵ V. TELLIER, « En finir avec la primauté du criminel sur le civil ! », Rev. sc. crim. 2009, n°4, p. 797.

juridiction²⁰⁶. La controverse portait essentiellement sur la condition d'indépendance propre à toute juridiction et qui pourrait faire défaut au Conseil constitutionnel, notamment du fait de sa composition. Il est ici fait référence aux membres de plein droit que sont les anciens présidents de la République, qui peuvent en leur qualité d'ancien chef d'Etat, siéger au Conseil des sages. Une autre controverse concernait l'appellation du Conseil constitutionnel, véritable exception dans le paysage juridictionnel européen. Face à cette polémique qui portait en grande partie sur la dénomination de l'institution gardienne de la Constitution, le Sénat avait proposé un amendement²⁰⁷, pour substituer au vocable « Conseil constitutionnel » celui de « Cour constitutionnelle ». Cet amendement était en partie motivé par le fait que dans ce domaine encore, la France faisait exception puisque toutes les juridictions constitutionnelles européennes étant dénommées : soit « Cour constitutionnelle » soit « tribunal constitutionnel », l'appellation actuelle du Conseil des sages pouvait être source de malentendus ou de confusions. Un autre argument développé à l'appui de cet amendement consistait à dire que l'introduction d'un mécanisme de sanction *a posteriori* de la Constitution renforçait considérablement la nature juridictionnelle du Conseil et qu'en conséquence une nouvelle dénomination était la bienvenue²⁰⁸. Néanmoins, « le poids des conservatismes ajouté sans doute à l'indifférence au droit comparé, sans compter certaines considérations extra juridiques, ont conduit à rejeter ce changement d'appellation, sans que les arguments présentés par Mme la Garde des Sceaux, selon lesquels le Conseil constitutionnel exerce aussi des fonctions consultatives et constitue une « institution originale », ne puissent convaincre en quoi que ce soit²⁰⁹».

Si la question de la dénomination du Conseil constitutionnel reste au cœur du débat, il apparaît qu'à travers son action, le juge constitutionnel se comporte comme une juridiction. On pense bien évidemment à la décision du 4 avril 2013 par laquelle le Conseil a pour la première fois opéré un renvoi préjudiciel à la CJUE. Si donc la question de l'appellation formelle ne semble pas encore être résolue²¹⁰, le Conseil constitutionnel, par son action substantielle, clôtura le débat sur sa nature juridictionnelle.

²⁰⁶ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Les qualités d'une Cour constitutionnelle : retour sur la dénomination du Conseil constitutionnel et contestation de son caractère juridictionnel en comparaison avec le cas de la Belgique », Source : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/stefaniniTD4.pdf>

²⁰⁷ Amendement adopté par le Sénat en première lecture lors de sa séance du 24 juin 2008.

²⁰⁸ Argument soulevé par M. le Sénateur Robert BADINTER, *ex* Garde des Sceaux, lors des débats au Sénat.

²⁰⁹ A. ROUX, « Le nouveau Conseil constitutionnel. - Vers la fin de l'exception française ? », JCP éd., G, n°31, 30 juillet 2008, I, 175.

²¹⁰ Le président du Conseil constitutionnel, M. Jean-Louis Debré, s'est officiellement positionné en faveur de la dénomination « Cour constitutionnelle », V. en ce sens : « Question prioritaire de constitutionnalité. Premiers bilans », Actes du colloque du 26 novembre 2010 organisé par l'Institut Louis Favoreu et la communauté du Pays d'Aix, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, PUAM 2011, 104 p.

B. Vers une meilleure lisibilité du contentieux de la QPC

Pour bien saisir l'amélioration que représenterait une saisine par le juge constitutionnel de la CJUE, l'étude des conséquences que peut produire une non saisine de sa part, tant sur le contentieux lui-même que sur les droits du requérant, peut s'avérer fructueuse. On se référera, pour cela, au seul exemple que l'on possède, dans lequel le juge constitutionnel, alors en position idéale pour opérer un renvoi préjudiciel, a refusé de le faire. On pense bien évidemment à la décision du 17 décembre 2010 « Kamel D. », dans laquelle le juge du filtre avait jugé inopportun d'opérer un renvoi préjudiciel à la CJUE et avait donc saisi uniquement le Conseil constitutionnel d'une QPC. Ce dernier avait prononcé un non-lieu pour se préserver du cas où la CJUE censurerait la directive dont sont issues les dispositions législatives sujettes alors à son contrôle. Mais appliquer au cas d'espèce, le non-lieu prononcé par le Conseil constitutionnel et refuser de procéder à un renvoi préjudiciel ne semblent pas jouer en faveur du requérant²¹¹. Le non-lieu prononcé a eu pour effet de rejeter la QPC formulée par Monsieur Kamel D., et de valider la décision de la Cour nationale du droit d'asile par laquelle il se voyait se refuser sa demande d'asile en France. Néanmoins, en vertu de l'arrêt de la CEDH rendu à son propos, les autorités françaises ont interdiction de le renvoyer sur le territoire algérien car « du fait de l'intérêt qu'il peut représenter pour les services de sécurité algériens, M. Daoudi pourrait faire l'objet, à son arrivée en Algérie, de méthodes ou de procédés pouvant être regardés comme des traitements inhumains ou dégradants²¹² ». La Cour européenne des droits de l'Homme estime donc que « dans les circonstances particulières de l'espèce, des faits sérieux et avérés justifient de conclure à un risque réel de voir le requérant subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention s'il était renvoyé en Algérie²¹³ ». Si dans les circonstances de l'espèce, l'arrêt de la CEDH confère au requérant une sorte de protection subsidiaire, on peut légitimement s'interroger sur l'issue d'une affaire qui n'aurait pas été portée auparavant devant la CEDH. Elle pourrait bien avoir des conséquences potentiellement dramatiques si le ressortissant était renvoyé sur son territoire d'origine. Il est donc beaucoup plus judicieux pour le Conseil constitutionnel de procéder au renvoi préjudiciel afin que la CJUE se prononce au plus vite sur la question de la validité de la directive et que cela ne prive pas, le cas échéant, le requérant d'une protection juridictionnelle à laquelle il aurait droit.

Enfin, lorsque le Conseil constitutionnel saisit lui-même la CJUE, il participe à une meilleure uniformisation du contentieux de la QPC. Si dans les deux hypothèses le résultat est le

²¹¹ D. SIMON/ V. MICHEL, « Jurisprudence constitutionnelle », *op.cit.*, p. 13.

²¹² CEDH, *Daoudi c/ France*, 3 décembre 2009, n°19576/08, point 71.

²¹³ CEDH, *Daoudi c/ France*, *op. cit.*, point 72.

même puisque le juge constitutionnel devra surseoir à statuer, il semblerait plus logique qu'il doive suspendre sa procédure suite à une décision qui émane de son propre chef et non de celui du juge du filtre.

Conclusion

En somme, selon que l'on se place du point de vue du juge de l'Union ou de celui du juge constitutionnel la théorie de la directive-écran est envisagée différemment. Pour le premier, dès lors que le requérant dans le cadre d'une QPC vient contester une loi transposant fidèlement une directive (« loi miroir »), le conseil ne peut en connaître qu'après avoir au préalable interrogé la CJUE sur la question de la validité de la directive. Dans l'esprit du juge européen, la directive dresse un écran opaque qui vient faire échec au contrôle par le juge constitutionnel de la loi de transposition de la directive. Tel n'est pas, en revanche, la position des Sages de la rue Montpensier, qui dans le cadre du contrôle *a priori*, ont prévu certains aménagements à cet écran opéré par la directive ; on songe par exemple au contrôle de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives dégagé par la décision du 27 juillet 2006 ou bien encore à la réserve dite d'identité constitutionnelle dégagée pour la première fois dans la décision du 10 juin 2004. Néanmoins cette conception de la théorie de la directive-écran devait fléchir dans le cadre du contrôle *a posteriori* lorsque, dans sa décision du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel affirma que « le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des « droits et libertés que la Constitution garantit » et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité ²¹⁴». Ainsi dans le cadre de procédure de la QPC, la conception de la théorie de la directive-écran à retenir est celle explicitée par l'arrêt « Melki » : « le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive, compétence ayant pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union ²¹⁵».

Une fois la définition de la théorie de la directive-écran explicitée, encore faut-il l'intégrer au système procédural interne du contrôle incident de constitutionnalité. Si au travers des développements précédents, plusieurs hypothèses d'assimilation ont été envisagées, l'actualité jurisprudentielle récente semble privilégier une solution en particulier, celle de la saisine préjudicielle de la CJUE, soit par le juge du filtre, soit par le Conseil constitutionnel lui-même.

Concernant la saisine préjudicielle par le juge du filtre, la CJUE avait déjà affirmé dans

²¹⁴ CC, Décision n°2010-605 DC, *op. cit.*, Cons. n°19.

²¹⁵ CJUE, *Melki*, *op. cit.*, point n°54.

l'arrêt « Melki » que cette saisine pouvait s'opérer même à l'issue de la procédure de la QPC; il s'agissait même de l'une des trois conditions de la compatibilité de la législation française avec le droit de l'Union. Cette position devait par la suite être réaffirmée avec vigueur dans l'arrêt « Krizan » du 15 janvier 2013, dans lequel la Cour a estimé que, s'agissant du droit de l'Union, un juge national pouvait ne pas respecter la position d'une cour constitutionnelle : « l'article 267 TFUE doit être interprété en ce sens qu'une juridiction nationale, telle que la juridiction de renvoi, a l'obligation de saisir d'office la Cour d'une demande de décision préjudicielle alors même qu'elle statue sur renvoi après la cassation de sa première décision par la juridiction constitutionnelle de l'État membre concerné et qu'une règle nationale lui impose de trancher le litige en suivant la position juridique exprimée par cette dernière juridiction²¹⁶». A l'évidence, une telle solution concerne aussi la procédure française de contrôle incident de constitutionnalité qu'est la QPC²¹⁷.

Quant à la saisine préjudicielle de la CJUE par le Conseil constitutionnel encore souhaitée par la doctrine il y a quelques mois, elle est devenue réalité début avril lorsque le juge constitutionnel a accepté pour la première fois de poser une question préjudicielle à la CJUE concernant le mandat d'arrêt européen²¹⁸. Si la question de la transposition de cette saisine à une QPC portant sur une « loi miroir » reste entière, il n'en reste pas moins qu'elle initie un mouvement en sa faveur. Corrélativement, la Cour de justice, dans l'arrêt préjudiciel « Jeremy F. » rendu le 30 mai 2013, a accueilli favorablement cette initiative du juge constitutionnel français en acceptant le recours à la procédure préjudicielle d'urgence réclamé par ce dernier comme étant justifié par les circonstances de l'espèce²¹⁹ ; la cour de Luxembourg a, ce faisant, montré sa volonté de collaborer avec le Conseil constitutionnel pour approfondir le dialogue des juges au sein de l'Union.

Par sa jurisprudence récente, et notamment l'arrêt « Krizan », la Cour de justice a ainsi voulu envoyer un message fort aux cours constitutionnelles nationales qui restent libres de mettre en place des contrôles incidents de constitutionnalité ; mais dès lors qu'est en jeu le droit de l'Union, la saisine préjudicielle de la CJUE devient une « obligation ». Il apparaît donc assez logique que face à cette jurisprudence, dans un souci de sécurité juridique et de meilleure lisibilité du contentieux, le Conseil constitutionnel ait décidé de procéder lui-même au renvoi préjudiciel garantissant ainsi une certaine uniformité du contentieux de la QPC.

²¹⁶ CJUE, *Krizan et a.*, 15 janv. 2013, aff. C-416/10, point n°73.

²¹⁷ F. PICOD, « Un juge national peut ne pas respecter la position d'une cour constitutionnelle s'agissant du droit de l'Union », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 5, 28 Janvier 2013, p. 119.

²¹⁸ CC, Décision n°2013-314P QPC, op. Cit.

²¹⁹ V. en ce sens : CJUE, *Jeremy F.*, 30 mai 2013, aff. C/-168/13 PPU, point n°28 à 32.

Bibliographie

I. Ouvrages

- A. BERRAMDANE/ J. ROSSETTO, « Droit de l'Union européenne », Cours Ed. 2010, Lextenso éditions, 595 p.
- M. DISANT, « Droit de la question prioritaire de constitutionnalité », Coll. Lamy Axe Droit 420 p.
- J-P. JACQUE, « Droit institutionnel de l'Union européenne », Cours Dalloz, 7^{ème} édition, 786 p.

II. Articles

- J-L. AUTIN, « Le Conseil d'Etat et la constitutionnalité de la loi », Les Petites affiches, 18 juillet 2006 n° 142, pp. 3-8.
- B. BERTRAND, « La jurisprudence Simmenthal dans la force de l'âge – Vers une complétude des compétences du juge national ? », RFDA mars-avril 2011, n° 2, pp. 367-376.
- J. BIANCARELLI/G. BARRAUD, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : un faux pas dans le dialogue des juges », LPA, 26 mai 2010, n°104, pp. 4-8.
- P. BLACHER, « QPC : Censure vaut abrogation ! », LPA, 5 mai 2011 n° 89, pp 14-17.
- L. BURGORGUE-LARSEN, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, RFDA 2009, n°4, pp. 787-799.
- P. CASSIA, « Le droit communautaire dans et sous la Constitution française », RTDE 2007, n°2, pp. 378-426.
- P. CASSIA/ E. SAULNIER-CASSIA, « La QPC peut-elle être prioritaire ? », D. 2010, n°26, pp. 1636-1637.
- M. DOMINGO, « Tohu-bohu autour de la QPC », Gaz.Pal., Recueil Mai-Juin 2010, p. 1537.
- F. DONNAT, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », D. 2010, n°26, pp. 1640-1647.
- J. DUTHEIL de LA ROCHERE, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit

européen. La porte étroite », RTDE 2010, n°3, pp. 577-587.

- J. FERRON, « *In varietate concordia* Étude du système institutionnel de l'Union européenne sous l'angle procédural », RTDE 2012, n°3, pp. 594-598.
- B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », RFDA 2000, n°4, pp. 715-724.
- B. GENEVOIS, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori* », RFDA 2010, n°1, pp. 1-14.
- J-E GICQUEL, Fasc. 10 « Constitution du 4 octobre 1958 », JurisClasseur Administratif.
- A. GIRAUD, D. TAYAR, « L'autonomie procédurale des États membres à l'épreuve du principe d'effectivité communautaire : la Cour est-elle un arbitre impartial ? », LPA, 4 juillet 2007, n°133, pp 8-13.
- M. HOUSER, « Question prioritaire de constitutionnalité et renvoi préjudiciel : la Cour de justice s'en mêle... sagement », LPA, 24 septembre 2010 n° 191, pp. 5-9.
- A. JAUREGUIBERRY, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », RFDA 2013, n°1, pp. 10-24.
- J-P. KOVAR, « Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, loi relative au secteur de l'énergie) », Revue Europe n° 2, Février 2007, étude 2.
- H. LABAYLE, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », RFDA, juillet-août 2010, pp. 659-677.
- G. LECUYER, Fasc 32 : « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit des affaires », JCL Commercial.
- A. LEVADE, « Constitution et transposition des directives communautaires - Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », RFDA, mai-juin 2007, pp. 564-577
- S-J LIEBER/ D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », AJDA 2010, pp. 1355-1365.
- X. MAGNON, « La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'État », RFDA, mai-juin 2007, pp. 578-589.
- X. MAGNON, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », Revue Europe n°8, Août 2004, Étude 9, pp. 6-12.
- P. MANIN, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne », AJDA, mai 2010, pp. 1023-1029.

- B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », D. 2004, n°25, pp. 1739-1744.
- B. MATHIEU, « Les débuts prometteurs de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'État. A propos des arrêts rendus par le Conseil d'État les 14 et 16 avril 2010 », JCP éd., G, n° 17, 26 Avril 2010, 46.
- V. MICHEL, « Directive « services » et concession des activités de recouvrement des recettes fiscales locales », Revue Europe n°7, Juillet 2012, comm. 275, pp. 22-23.
- X MILLET, « Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC », Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 1er novembre 2010, n°6.
- G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », RFDC, 2005/2, n°62, p. 258.
- J-B. PERRIER, « La CJUE et la question prioritaire de constitutionnalité : entre primauté et priorité », LPA, 30 août 2010, n°172, p. 13.
- O. PFEIFFERT, « L'encadrement des règles constitutionnelles par le droit de l'Union européenne », Cahiers de droit européen, 2011, pp. 433-470.
- F. PICOD, « Un juge national peut ne pas respecter la position d'une cour constitutionnelle s'agissant du droit de l'Union », La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 28 Janvier 2013 ,pp. 118-119.
- S. PINON, « L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution. Regard sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. », RTDE 2008, n°2, pp. 263-288.
- A. PLIAKOS, « Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté », Cahiers de droit européen, pp. 487-514.
- M. QUYOLLET, Fasc. 1405 « Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) », JurisClasseur administratif.
- D. ROUSSEAU, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? », Gaz. Pal. Recueil Mars-Avril 2010, pp. 867-869.
- A. ROUX, « Le nouveau Conseil constitutionnel. - Vers la fin de l'exception française ? », JCP éd., G, n°31, 30 juillet 2008, I, 175, pp. 48-54
- J-M SAUVE, « Vingt ans après... l'arrêt Nicolo », Gaz. Pal., 12 février 2009 n° 43, pp. 5-10.
- W. SABETE, « L'écran de la loi et la figure de la Constitution. Réflexions sur le moyen inopérant tiré de la contrariété d'une décision administrative à la Constitution », D. 1997, n°23, pp. 287-291

- D. SARMIENTO, « L'arrêt *Melki* : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française », RTDE 2010, pp. 588-598.
- D. SIMON, « « Directive-retour » et sanction pénale du séjour irrégulier – Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 février 2012 refuse de censurer la loi française », *Revue Europe* n°3, Mars 2012, repère 3, pp. 1-2.
- D. SIMON, « L'obscur clarté de jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe* n° 10, Octobre 2006, alerte 42, pp. 2-3.
- D. SIMON, « « Les sommets juridictionnels » : un moment fort du « dialogue des juges » ? », *Revue Europe* n°3, Mars 2011, repère 3, p.49.
- D. SIMON/ V. MICHEL, « Jurisprudence constitutionnelle », *in* *Ordre juridique de l'Union*, *Revue Europe*, Mars 2011, pp. 12-13
- V. TELLIER, « En finir avec la primauté du criminel sur le civil ! », *Revue de science criminelle* 2009, n°4, pp. 797-816.
- Cahiers du Conseil constitutionnel, Commentaires des décisions du 12 mai 2010, du 17 décembre 2010 et du 4 avril 2013, source : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

III. Jurisprudence

A. Jurisprudence française

Conseil constitutionnel

- CC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975.
- CC, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Décision n°86-210 DC du 29 juillet 1986.
- CC, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986
- CC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Décision n°93-325 DC, du 13 août 1993.
- CC, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, son article 6*, Décision n°77-90 DC du 30 novembre 1997.
- CC, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections*

municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994, Décision n°98-400 DC du 20 mai 1998.

- CC, *Loi de finance rectificative pour 1999*, Décision n°98-405 DC, du 29 décembre 1998.
- CC, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Décision n°99-419 DC, du 9 novembre 1999.
- CC, *Loi de finance rectificative pour 2001*, Décision n°2001-457 DC, du 27 décembre 2001.
- CC, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, Décision n°2003-485 DC du 4 décembre 2003.
- CC, *Loi pour la confiance en l'économie numérique*, Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004
- CC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004.
- CC, *Loi relative à la bioéthique*, Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004.
- CC, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.
- CC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004.
- CC, *Loi pour l'égalité des chances*, Décision n°2006-535 du 30 mars 2006
- CC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006.
- CC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Décision n°2006-543 du 30 novembre 2006, Cons. 9.
- CC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007.
- CC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Décision n°2008-564 DC du 19 juin 2008.
- CC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010
- CC, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, Décision n°2010-1 QPC du 28 mai 2010.
- CC, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010
- CC, *Kamel D.*, Décision n°2010-79 QPC du 17 décembre 2010.
- CC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, Décision n°2011-631 DC

du 9 juin 2011.

- CC, *M. Mohamed Alki B*, Décision n°2011-217 du 3 février 2012.
- CC, *M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne]*, Décision n°2013-314P QPC du 4 avril 2013.

Conseil d'État

- Conseil d'État, *Arrighi*, 6 novembre 1936, Recueil Lebon, p. 966.
- CE, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, 1er mars 1968, Recueil, Lebon, p. 149.
- CE, *Nicolo*, 20 octobre 1970, Recueil Lebon, p. 190.
- CE, *Election des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes*, 22 oct. 1979, n°18437, publié au recueil Lebon.
- CE, *Sarran*, 30 octobre 1998, n°200286 200287, publié au recueil Lebon.
- CE, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, 8 février 2007, n°287110, publié au Recueil Lebon.
- CE, *Rujovic*, 14 mai 2010, n°312305, publié au Recueil Lebon.
- CE, 8 octobre 2010, n°338505, publié au Recueil Lebon.

Cour de cassation :

- Cour de cassation, Ch. Mixte, *Société des cafés Jacques Vabre*, 24 mai 1975 D. 1975.497.
- Cour de cassation, ass. Plén., *Fraisse*, 2 juin 2000, n°99-60.274, Publié au bulletin.

B. Jurisprudence européenne

CJCE/ CJUE :

- CJCE, *Costa c/ ENEL*, 15 juillet 1964, aff. C-6/64 : Rec. CJCE 1964, p. 1141.
- CJCE, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen*, 16 décembre 1976 , aff. C-45/76 : Rec. CJCE 1976, p. 2043

- CJCE, *Simmenthal*, 9 mars 1978, aff. C-106/77 : Rec. CJCE 1978, p. 629
- CJCE, *International Chemical corporation*, 13 mai 1981, aff. C-66/80 : Rec. CJCE 1981, p. 1191.
- CJCE, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la Santé*, 6 octobre 1982, aff. C-283/81 : Rec. CJCE 1982, p. 3415
- CJCE, *Foto-Frost conte Hauptzollmat Lübeck-Ost*, 22 octobre 1987, aff. C-314/85 : Rec. CJCE 1987, p. 4199.
- CJCE, *Oleificio Borelli / Commission*, 3 décembre 1992, aff. C-97/91 : Rec. CJCE 1992, I, p. 6313.
- CJCE, *Adria-Wien Pipeline*, 8 nov. 2001, aff. C-143/99 : Rec. CJCE 2001, I, p. 8365.
- CJCE, *Unión de Pequeños Agricultores*, 25 juillet 2002, aff. C-50/00 : Rec CJCE 2002, I, p. 6677.
- CJCE, *Connect Austria*, 22 mai 2003, aff C-462/99 : Rec. CJCE 2003, I, p. 5197.
- CJCE, *Köbler*, 30 septembre 2003, aff C-224/01 : Rec. CJCE 2003, I, p. 10239.
- CJCE, *Filipiak*, 10 novembre 2009, aff. C-314/08:Rec. CJCE 2009, I, p. 11049.
- CJCE, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, 17 nov. 2009, aff. C169/08: Rec. CJCE 2009, I, p. 10821.
- CJUE, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, 22 juin 2010, aff. Jointes, C-188/10 et C-189/10 : Rec. CJUE 2010, I, p. 5667.
- CJUE, *Winner Wetten*, 8 septembre 2010, aff. C-409/06 : Rec. CJUE 2010, I, p. 8015.
- CJUE, *Elchinov*, 5 octobre 2010, aff. C-173/09 : Rec. CJUE 2010, I, p. 8889.
- CJUE, *El-Dridi*, 28 avril 2011, aff. C-61-11:Rec. CJUE 2011, I, p. 3015.
- CJUE, *Achughbavian*, 6 décembre 2011, aff. C-329/11, non encore publié.
- CJUE, *Byankov*, 4 octobre 2012, aff. C-249/11, non encore publié.
- CJUE, *Krizan et a.*, 15 janv. 2013, aff. C-416/10, non encore publié.
- CJUE, *Jeremy F.*, 30 mai 2013, aff. C/-168/13 PPU, non encore publié.

Cour européenne des droits de l'homme :

- CEDH, *Daoudi c/ France*, 3 décembre 2009, n°19576/08.

- CEDH, *Ullens de Shooten et Rezabek c. Belgique*, 20 septembre 2011.

IV. Documents officiels

- Directive n°2003/87/CE du Parlement et du Conseil du 13 octobre 2003 sur le système d'échange de quotas de gaz à effet de serre dans la communauté européenne.
- Directive n°2000/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale et relatives au contenu de ces statuts.
- Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants des pays tiers en séjour irrégulier.

V. Conférences/ colloques

- Conférence du Professeur M. Guillaume DRAGO : Conférence d'actualité de l'IEJ "Pierre Raynaud" de Paris II, "Regards sur l'actualité": le lundi 11 février 2013, à 19h00: « La QPC et le juge ordinaire » par M. le Professeur Guillaume DRAGO, Professeur à l'Université Paris 2 - Panthéon-Assas, en l'amphi I du Centre Assas, 92 rue d'Assas, Paris 6ème.
- Conférence du Professeur M. Anne LEVADE : « L'identité constitutionnelle et les droits fondamentaux » le mercredi 20 mars 2013 à l'institut de droit comparé de l'Université Paris II Panthéon-Assas, 28 rue Saint Guillaume, Paris 7e.
- Journée de travail à la Cour de justice de l'Union européenne d'une délégation du Conseil constitutionnel, le 7 février 2011, autour du thème « Contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne ». Intervention de M. Hubert Haenel, membre du Conseil constitutionnel depuis le 12 mars 2010 : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2011/haenel-07022011.pdf
- VIIe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC Paris 25-27 septembre 2008. Intervention de K. ROUDIER, « L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire : Le dialogue direct entre les juges finalement instauré », Source : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/RoudierTXT.pdf>
- Colloque sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives organisé à Venise le 16 décembre 2006. Intervention du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, source : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20061215.pdf
- Colloque du 26 novembre 2010 autour du thème « Question prioritaire de constitutionnalité.

Premiers bilans », organisé par l'Institut Louis Favoreu. Actes du colloque : Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, PUAM 2011, 104 p.

VI. Sources internet

Contributions sur internet :

- M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Les qualités d'une Cour constitutionnelle : retour sur la dénomination du Conseil constitutionnel et contestation de son caractère juridictionnel en comparaison avec le cas de la Belgique », Source : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/stefaniniTD4.pdf>
- T. DUBUT, « Le juge constitutionnel et les concepts – Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », Source: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC7/DubutTXT.pdf>
- Statistiques sur la QPC au 1er janvier 2012, source : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/fevrier-2012-la-qpc-au-1er-janvier-2012-quelques-chiffres.104659.html>

Institutions européennes :

www.curia.europa.eu

http://ec.europa.eu/index_fr.htm

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

<http://www.droitconstitutionnel.org/> (site de l'association française de droit constitutionnel)

Base de données en ligne :

www.dalloz.fr

www.lamyline.fr

www.lextenso.fr

www.lexisnexis.fr

Table des matières

Glossaire des abréviations utilisées.....	p.4
Sommaire.....	p.5
Introduction générale.....	p.6
Titre I : La théorie de la directive-écran en conflit avec la QPC.....	p.18
Chapitre I : La théorie de la directive-écran « maître » du mécanisme de la QPC.....	p.19
Section I : La primauté assurée.....	p.19
§1 : L'encadrement de l'autonomie procédurale des États membres par la Cour de justice.....	p.19
A. Le principe de l'autonomie procédurale des États membres.....	p.20
B. L'encadrement jurisprudentiel des contrôles de constitutionnalité nationaux.....	p.21
§2. La consécration de la primauté opérationnelle par la Cour de justice : <i>l'obiter dictum</i> de l'arrêt « Melki ».....	p.22
A. La théorie de la directive-écran dans la jurisprudence de la CJUE : un écran opaque.....	p.23
B. D'une question prioritaire à une question « obligatoire».....	p. 25
Section II : La primauté affirmée.....	p.26
§1. Les conditions de saisine de la CJUE.....	p. 26
A. La recherche préalable de l'équivalence des protections.....	p.26
1. L'arrêt « Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres » du Conseil d'État comme point de départ.....	p.27
2. Vers une adaptation de cette solution à la QPC.....	p.28
B. La requalification des moyens par le juge national.....	p.29
§2.L'examen exercé par la CJUE.....	p.31
A. La teneur du contrôle de la CJUE.....	p.31

1. Une acception large du recours préjudiciel.....	p.31
2. Le contrôle exercé.....	p.32
B. Les conséquences du contrôle.....	p.33
1. L'invalidité de la directive.....	p.33
2. La conformité de la directive au droit primaire de l'Union.....	p.34
Chapitre II : La théorie de la directive-écran : une théorie au caractère relatif.....	p. 35
Section I. L'exigence constitutionnelle de transposition des directives.....	p.35
§1. Vers un écran transparent.....	p.36
A. La notion de transparence.....	p.36
B. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel.....	p.37
1. La notion d'exigence constitutionnelle.....	p.37
2. Un contrôle limité.....	p.38
§2. La confrontation de l'exigence constitutionnelle au mécanisme de la QPC.....	p.39
A. Un moyen exclu du champ d'action de la QPC.....	p.39
B. Le défaut de transposition comme moyen subsidiaire.....	p.42
Section II. La réserve d'identité constitutionnelle.....	p.43
§1. Approche théorique : Les contours de la notion d'identité constitutionnelle.....	p.43
A. La genèse de l'identité constitutionnelle française.....	p.43
1. La naissance du concept.....	p.44
2. L'affermissement de la notion.....	p.45
B. Le contenu de l'identité constitutionnelle.....	p.46
§2. Approche jurisprudentielle : L'identité constitutionnelle face à la QPC.....	p.47
A. La réserve d'identité constitutionnelle face à la QPC : une logique défensive.....	p.48
1. La réserve d'identité constitutionnelle dans l'esprit du juge constitutionnel.....	p.48
2. La réserve d'identité constitutionnelle du point de vue du justiciable.....	p.49
B. La réserve d'identité constitutionnelle : une notion purement prospective.....	p.50

1. Une réserve encore jamais mis en œuvre.....	p.50
2. Vers une autre réserve constitutionnelle : l'hypothèse d'une directive non suffisamment précise et inconditionnelle.....	p.52
Titre II : La théorie de la directive-écran en harmonie avec la QPC.....	p.53
Chapitre I : La théorie de la directive-écran et le mécanisme de la QPC dans un rapport didactique.....	p.54
Section I. La saisine concomitante par le juge du filtre de la CJUE et du Conseil constitutionnel.....	p.54
§1. Le rôle décisif du juge du filtre.....	p.55
A. La notion de filtre.....	p.55
B. Un juge maître du destin de la QPC.....	p.56
§2. Le rôle effacé du Conseil constitutionnel.....	p.58
A. L'office du juge constitutionnel.....	p.58
B. La Cour de justice sur un piédestal.....	p.59
Section II. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice par le Conseil constitutionnel.....	p.60
§1. La position du Conseil constitutionnel jusqu'à la décision du 4 avril 2013.....	p.61
A. Le refus catégorique du renvoi préjudiciel à la Cour de justice.....	p.61
B. Une position fragilisée par l'attitude des autres Cours constitutionnelles européennes.....	p.62
§2. La brèche ouverte par la décision du 4 avril 2013.....	p.63
A. Une décision novatrice.....	p.63
1. Un renvoi préjudiciel strictement encadré.....	p.64
2. La réappropriation par le juge constitutionnel du contrôle de conventionnalité.....	p.65
B. La décision du 4 avril 2013 et la théorie de la directive-écran....	p.66
1. Vers une transposition de la décision « Jeremy F. » à la théorie de la directive-écran telle qu'envisagée au sein de la QPC.....	p.67
2. Le renvoi préjudiciel, vecteur d'une harmonie retrouvée entre la théorie de la directive-écran et la QPC.....	p.68

Chapitre II : Les conséquences d'une harmonie retrouvée.....	p.70
Section I. La théorie de la directive-écran et le mécanisme de la QPC dans un rapport harmonieux au service du dialogue des juges.....	p.70
§1. Une solution qui favorise le dialogue des juges.....	p.71
A. Des débuts difficiles.....	p.71
1. La confusion dans l'ordre interne.....	p.71
2. La tentative d'apaisement par le juge de l'Union.....	p.73
B. Un avenir prometteur.....	p.74
§2. Une solution qui préserve les intérêts de chacun.....	p.75
A. Une solution en accord avec la jurisprudence « Foto-frost ».....	p.76
B. Une solution respectueuse du droit national.....	p.77
Section II. Vers un nouveau rôle du Conseil constitutionnel.....	p.77
§1. La théorie de la directive-écran dans le mécanisme de la QPC, vecteur d'une nouvelle approche par le juge constitutionnel.....	p.78
A. Une nouvelle approche imposée par la spécificité du droit de l'Union.....	p.78
B. L'assimilation de nouvelles méthodes procédurales par le Conseil constitutionnel.....	p.79
§2. L'apport de la décision du 4 avril 2013.....	p.80
A. La fin du débat sur le Conseil constitutionnel et sa qualité de juridiction.....	p.80
B. Vers une meilleure lisibilité du contentieux de la QPC.....	p.82
Conclusion.....	p.84
Bibliographie.....	p.86
Table des matières.....	p.95