

2.1.3

Le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives



**Virginie
RESTINO,**
Avocat associée, Hoche
Société d'Avocats

Le niveau d'intensité normative des directives, c'est-à-dire la mesure dans laquelle elles prédéterminent les normes qui en assurent la transposition en droit interne, n'est pas sans conséquence sur les modalités de contrôle de celles-ci.

En témoigne la décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018¹ par laquelle le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur une loi de transposition d'une directive d'harmonisation minimale, qui comprenait, d'une part, des dispositions tirant les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive et, d'autre part, des dispositions prises dans la marge d'appréciation laissée aux États membres par cette directive. Le Conseil a exercé un contrôle ordinaire sur les secondes, par contraste avec le contrôle singulier opéré sur les premières, commandé par l'exigence constitutionnelle de transposition des directives.

À la lumière de cette décision, cet article présente les particularités du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives. D'une part, l'exigence constitutionnelle de transposition des directives implique que le Conseil contrôle – uniquement *a priori* – la compatibilité de la loi avec les dispositions impératives de la directive qu'elle transpose (V. § 2) ; d'autre part, sauf exception, il ne contrôle pas la conformité de la loi aux autres exigences constitutionnelles (V. § 6). Ce contrôle singulier ne s'exerce, toutefois, que sur les dispositions législatives tirant les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive. Les dispositions législatives transposant les dispositions d'une directive qui n'ont pas cette intensité normative font quant à elles l'objet d'un contrôle ordinaire (V. § 17).

¹ CC, 26 juill. 2018, n° 2018-768 DC, Loi relative à la protection du secret des affaires.

Introduction

1. Pour surmonter l'obstacle de l'unanimité qui entrave l'adoption des directives en matière fiscale, le législateur européen recourt à la méthode de l'harmonisation minimale. Outre des dispositions inconditionnelles et précises, les directives d'harmonisation minimale comprennent des dispositions laissant aux États membres une marge d'appréciation nationale plus ou moins étendue, comportant des facultés, des options et dérogations. Dans le meilleur des cas, cette marge d'appréciation permet aux États d'adopter des normes nationales plus exigeantes - en termes d'harmonisation - que celles procédant strictement des dispositions inconditionnelles et précises de la directive, anticipant peut-être une élévation du plus petit dénominateur commun sur lequel le consensus s'est formé. Mais comme l'indiquait Philippe Durand dans les colonnes du premier numéro de cette revue² à propos de la directive ATAD³, le souci des négociateurs de préserver les spécificités des législations nationales pour parvenir à un accord peut parfois l'emporter sur la cohérence interne, l'intelligibilité et la précision du texte.

Cette différence dans l'intensité normative des dispositions des directives d'harmonisation minimale emporte une différence radicale dans le contrôle que le Conseil constitutionnel exerce sur les dispositions législatives qui en assurent la transposition en droit interne.

Le Conseil constitutionnel déduit de l'article 88-1 de la Constitution une exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives de l'UE⁴ et considère qu'il lui appartient de veiller à son respect⁵. Cela le conduit à exercer un contrôle singulier sur les lois de transposition des directives, aussi bien en contrôle *a priori* qu'en contrôle *a posteriori* : d'une part, sur le fondement de l'exigence de transposition des directives, il contrôle – uniquement *a priori*, la compatibilité de la loi avec la directive qu'elle transpose (I) ; d'autre part, sauf exception, il ne contrôle pas la conformité de la loi aux autres exigences constitutionnelles (II). Ce contrôle singulier ne s'exerce, toutefois, que sur les dispositions législatives tirant les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive. Pour leur part, les dispositions législatives qui ne tirent pas les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, font l'objet d'un contrôle ordinaire (III).

I. L'exigence constitutionnelle de transposition des directives implique de contrôler la compatibilité de la loi avec les dispositions impératives de la directive qu'elle transpose

2. Lorsqu'il est saisi, dans le cadre du **contrôle *a priori***, de dispositions législatives tirant les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, le Conseil constitutionnel contrôle la compatibilité de la loi avec la directive qu'elle transpose⁶ : il vérifie que la loi ne contredit ni les dispositions inconditionnelles de la directive ni son objectif général. Dans le cas contraire, il la censure comme contraire à l'article 88-1 de la Constitution⁷ ou bien la valide au bénéfice de réserves d'interprétation⁸.

En incluant ainsi, dans son contrôle de constitutionnalité, un contrôle de la loi au regard de la directive transposée, le Conseil constitutionnel admet donc, dans ce cas unique, une exception partielle à sa jurisprudence « IVG » selon laquelle « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution »⁹. Il ne s'agit pas d'un contrôle de la compatibilité de la loi avec le droit de l'UE dans son ensemble, mais seulement d'un contrôle de la compatibilité de la loi avec la directive qu'elle transpose.

3. Toutefois, le contrôle de la bonne transposition des directives est **limité à un contrôle de l'erreur manifeste**.

Cette limitation résulte des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce son office. Dans la mesure où l'article 61 de la Constitution lui impose de statuer dans des délais très contraints (un mois, voire huit jours en cas d'urgence), il lui est matériellement impossible de saisir la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle. Il « ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer »¹⁰.

4. En outre, et cela est très important, le contrôle de la bonne transposition de la directive par le Conseil constitutionnel **n'épuise pas le contrôle de conventionnalité**. Dans le considérant de principe du contrôle singulier des lois de transposition¹¹, le Conseil constitutionnel rappelle qu'en tout état de cause, c'est aux juridictions administratives et judiciaires qu'il appartient d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la

2 P. Durand, Réforme de la limitation de la déductibilité des charges financières : l'harmonisation dans la cacophonie : FI 1-2019, n° 5.3.1.

3 Dir. (UE) 2016/1164 du Conseil, 12 juill. 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

4 CC, 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, consid. 7.

5 CC, 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, consid. 20.

6 CC, n° 2006-540 DC préc., consid. 30.

7 CC, 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie, consid. 9.

8 CC, n° 2006-540 DC préc., consid. 37 et 40.

9 CC, 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, consid. 5.

10 CC, n° 2006-540 DC, préc., consid. 20.

11 Par ex., CC, n° 2018-765 DC, préc., consid. 3.

France et, le cas échéant, de saisir la CJUE à titre préjudiciel. Autrement dit, comme le Conseil constitutionnel l'a clairement énoncé dans sa décision n° 2010-605 DC : « *l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements [internationaux et européens] sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution* »¹². Ainsi, par exemple, alors que le Conseil constitutionnel avait déclaré conformes à la Constitution certaines dispositions de l'article 1734 ter du CGI (instituant l'amende de 5 % sanctionnant le défaut de production ou le caractère inexact ou incomplet de l'état de suivi des plus-values en report ou en sursis d'imposition) dans sa décision n° 2017-636 QPC¹³, le Conseil d'État a contrôlé ce même article – y compris, donc, les dispositions déclarées conformes à la Constitution, au regard de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette Convention¹⁴.

5. Le grief tiré de la mauvaise transposition d'une directive n'est **pas invocable en contrôle a posteriori**, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le Conseil constitutionnel juge 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.* »¹⁵.

II. Le contrôle de l'exigence de transposition des directives est, sauf exception, exclusif de celui des autres exigences constitutionnelles

A. Principe

6. Dans la mesure où la loi se borne à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, elle est protégée par une « immunité contentieuse partielle »¹⁶ : le Conseil constitutionnel considère qu'il ne lui appartient pas de la contrôler au regard des exigences

constitutionnelles autres que celle de transposition des directives. Le contenu de la loi étant commandé par la directive, le contrôle de constitutionnalité de la loi conduirait le Conseil constitutionnel à se prononcer indirectement sur la constitutionnalité de la directive, en violation de la jurisprudence de la CJUE qui dénie aux juridictions nationales, y compris constitutionnelles, le pouvoir de déclarer invalide un acte de l'UE¹⁷.

Lorsqu'un principe protégé par la Constitution jouit d'une protection équivalente dans l'ordre juridique de l'UE, le Conseil constitutionnel considère que c'est au juge de droit de l'UE, sous le contrôle de la CJUE, qu'il revient de veiller au respect de ce principe par la directive. Par un effet de translation, « *le conflit entre la Constitution et l'acte de transposition se résorbe en un conflit entre le droit communautaire primaire et la directive* »¹⁸.

7. Le Conseil constitutionnel a néanmoins réservé trois exceptions à l'immunité contentieuse des dispositions législatives qui tirent les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de directives.

B. Exceptions

1° L'identité constitutionnelle de la France

8. La première exception est fondée sur l'existence d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

9. En **contrôle a priori**, le Conseil constitutionnel juge que « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* »¹⁹. Cette notion vise une disposition propre à l'ordre juridique français qui ne trouverait pas d'équivalent dans les droits fondamentaux protégés par le droit de l'UE originaire et opposables aux actes de droit dérivé. Cette première exception est le contrepoint de l'immunité contentieuse : lorsqu'un droit fondamental est protégé dans l'ordre juridique de l'UE, le contrôle de son respect, par la directive, incombe au juge du droit de l'UE ; en revanche, lorsqu'un droit fondamental n'est protégé que par l'ordre juridique interne, le Conseil constitutionnel en contrôle le respect par la loi de transposition.

Le Conseil constitutionnel procède à ce contrôle d'office²⁰.

Jusqu'à présent, il n'a identifié aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Mais

12 CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, consid. 13.

13 CC, 9 juin 2017, n° 2017-636 QPC, Sté Edenred France (Amende sanctionnant le défaut de production ou le caractère inexact ou incomplet de l'état de suivi des plus-values en sursis ou report d'imposition).

14 CE, 4 déc. 2017, n° 379685, Sté Edenred France : RJF 18 n° 284, concl. É. Crépey C 284 ; Dr. fisc. 2018, n° 15, comm. 256, concl. É. Crépey, note J.-L. Pierre.

15 CC, n° 2010-605 DC, préc., consid. 19.

16 P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, E. Oliva, A. Roux, Grandes décisions du Conseil constitutionnel : Dalloz, 2016, thème n° 19, n° 9.

17 CJCE, 22 oct. 1987, C-314/85, Foto Frost, pt 15.

18 F. Lenica et J. Boucher, Le juge administratif et le statut constitutionnel du droit communautaire dérivé : AJDA 2007, n° 11, p. 577.

19 CC, n° 2006-540 DC, préc., consid. 19.

20 CC, 17 déc. 2010, n° 2010-79 QPC, Kamel D. (Transposition d'une directive), consid. 2 et 4. Dans cette décision, saisi de griefs tirés de la méconnaissance du principe de dignité de la personne, qui découle du Préambule de la Constitution de 1946, et de la méconnaissance de l'article 66-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne les examine pas et relève que les dispositions contestées ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

il a d'ores et déjà jugé que ni la liberté d'expression et de communication²¹, ni la liberté d'entreprendre²², ni l'égalité devant la loi²³ ne répondent à cette qualification, dans la mesure où ces principes sont protégés par le droit originaire de l'UE.

Le Conseil d'État a adopté une logique analogue pour le contrôle de constitutionnalité des règlements de transposition des directives²⁴.

10. En contrôle *a posteriori*, ce grief est invocable²⁵. Toutefois, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France n'a été identifié, la reconnaissance du caractère opérant du grief n'a qu'une portée théorique.

2° La répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement

11. La deuxième exception est fondée sur la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et réglementaire, telle qu'organisée principalement par la combinaison des articles 34 et 37 de la Constitution.

12. En contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel considère ainsi que l'exigence de transposition des directives « n'a pas pour effet de porter atteinte à la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement telle qu'elle est déterminée par la Constitution »²⁶. Dès lors que le contrôle de la nature du véhicule normatif employé pour procéder à la transposition ne conduit pas le Conseil constitutionnel à se prononcer sur la conformité de la directive à la Constitution, l'article 88-1 de la Constitution n'implique pas qu'il renonce à contrôler le respect du domaine de la loi par la loi de transposition.

13. Le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur l'opérance de ce grief en **contrôle *a posteriori***.

Dans le cadre du contrôle *a posteriori* ordinaire, ce grief est invocable seulement si l'incompétence négative affecte, par elle-même, un droit ou une liberté que la Constitution garantit²⁷.

Compte tenu de l'immunité contentieuse dont jouissent les lois de transposition, on pourrait concevoir que le Conseil constitutionnel admette l'opérance du grief si l'incompétence négative affecte par elle-même une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Toutefois, pour les mêmes raisons qu'évoquées ci-dessus, cette construction n'aurait, en tout état de cause, qu'une portée théorique.

21 CC, 29 juill. 2004, n° 2004-498 DC, Loi relative à la bioéthique, consid. 6. – CC, n° 2018-768 DC, préc., § 10.

22 CC, n° 2018-768 DC, préc., consid. 12.

23 CC, n° 2018-768 DC, préc., consid. 38.

24 CE, ass., 8 févr. 2007, n° 287110, Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et a. : AJDA 2007, n° 11, p. 577..

25 CC, n° 2010-79 QPC, préc., consid. 3.

26 CC, 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, consid. 53.

27 CC, 18 juin 2012, n° 2012-254 QPC, Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO (Régimes spéciaux de sécurité sociale), consid. 3.

3° Le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

14. La troisième exception est fondée sur l'objectif de valeur constitutionnelle (OVC) d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

15. En contrôle *a priori*, dans sa décision n° 2018-768 DC²⁸, le Conseil constitutionnel a récemment admis cette exception. Elle constitue une évolution de sa jurisprudence, comme le souligne le commentaire officiel de cette décision : « *Avant la présente décision, le Conseil constitutionnel jugeait, en cas de grief tiré de la méconnaissance de cet objectif, qu'il n'y avait pas lieu pour lui d'examiner ce grief dès lors qu'il était dirigé à l'encontre de dispositions législatives se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne. [CC 13 mars 2014, n° 2014-690 DC, Loi relative à la consommation, cons. 28 à 32]* »

16. Le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur l'opérance de ce grief en **contrôle *a posteriori***.

Dans le cadre du contrôle *a posteriori* ordinaire, le Conseil constitutionnel juge de manière constante que la méconnaissance de cet OVC ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une QPC²⁹.

On pourrait concevoir que le Conseil constitutionnel retienne le même raisonnement dans le cas d'une QPC portant sur des dispositions législatives tirant les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive.

III. Ce contrôle singulier ne s'applique qu'aux dispositions législatives tirant les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive

17. Puisant leur justification dans le fait que la loi se borne à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive et limitant très significativement le contrôle de constitutionnalité, l'exigence de transposition des directives et le contrôle singulier qui en découle ont un champ d'application strictement limité.

18. Le grief tiré de la mauvaise transposition des directives est inopérant à l'encontre d'une loi qui ne transpose pas une directive. En conséquence, le **Conseil constitutionnel refuse**

28 CC, n° 2018-768 DC, préc., consid. 4.

29 CC, 22 juill. 2010, n° 2010-4/17 QPC, Alain C. et a. (Indemnité temporaire de retraite outre-mer), consid. 9.

d'examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne.

Pour chaque disposition critiquée, il vérifie si elle tire les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive et ajuste son contrôle en conséquence. Par exemple, saisi de la loi relative aux organismes génétiquement modifiés, il a refusé d'examiner le grief tiré de l'incompatibilité de son article 2 avec la directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire des organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, en considérant que cet article 2 ne transposait pas ladite directive³⁰. Il a, en revanche, procédé à ce contrôle pour l'article 10 de la loi³¹, considérant implicitement que cet article tire les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive.

19. Les dispositions législatives, mêmes figurant dans une loi de transposition, qui ne tirent pas les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ne sont pas couvertes par l'immunité contentieuse et font l'objet d'un contrôle ordinaire. Il en va ainsi :

> des dispositions d'une loi qui « surtransposent » la directive au-delà de son champ d'application. La décision n° 2015-726 DC en est l'illustration. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel était saisi de dispositions de la loi de finances rectificative pour 2015 transposant la directive 2011/96/UE du 30 novembre 2011³² telle que modifiée par la directive 2015/121/UE du Conseil du 27 janvier 2015. Certaines dispositions de la loi tiraient les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive sur les distributions de bénéfices entre filles et mères dans des situations transfrontalières intracommunautaires ; d'autres étendaient le régime de la directive au-delà de son champ d'application, à des situations soit purement internes soit transfrontalières extracommunautaires ; le Conseil constitutionnel a relevé :

– à l'égard des premières, qu'elles « se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles des 2 et 3 de l'article 1^{er} de cette directive, qui ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » ; il a en déduit qu'« il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer sur les dispositions contestées lorsqu'elles régissent ces distributions » (consid. 7) ;

– à l'égard des secondes, « que, lorsqu'elles régissent les distributions de dividendes par des sociétés établies en France à des sociétés établies en France et les distributions de dividendes transfrontalières réalisées avec des États non membres de l'Union européenne, les dispositions du 3^e du B et du neuvième alinéa du c) du 2^e du C du paragraphe I de l'article 29 ne procèdent pas à la transposition de la directive du 30 novembre 2011 ». Il en

a déduit « qu'il y a donc lieu pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur les dispositions contestées lorsqu'elles régissent ces distributions » (consid. 8).

> des **dispositions prises dans la marge d'appréciation laissée aux États membres par une directive d'harmonisation minimale**. Dans sa décision n° 2018-768 DC, le Conseil constitutionnel a examiné la loi relative à la protection du secret des affaires, qui transpose la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016, dont plusieurs dispositions confèrent aux États membres des marges de manœuvre leur permettant d'aller au-delà des exigences minimales prescrites par ses dispositions inconditionnelles et précises : « l'article 1^{er} de la directive du 8 juin 2016 prévoit que « Les États membres peuvent, dans le respect des dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, prévoir une protection des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites plus étendue que celle qui est requise par la présente directive, sous réserve du respect d'un certain nombre de principes fixés par la directive elle-même. Sans dispenser les États membres de l'Union européenne de leur obligation de transposer les dispositions résultant de cette directive, cet article 1^{er} leur confère une marge d'appréciation pour prévoir des dispositions complémentaires renforçant la protection du secret des affaires. »³³. Fort de ce constat, le Conseil constitutionnel a exercé un contrôle ordinaire sur ces dispositions : « Dès lors, il appartient au Conseil constitutionnel de se prononcer sur le grief tiré de ce que le législateur aurait méconnu la liberté d'entreprendre [...] »³⁴. Le contrôle de constitutionnalité des dispositions d'un règlement de transposition d'une directive prises dans la marge d'appréciation laissée aux États membres par la directive obéit à la même logique : « les modalités traditionnelles de contrôle subsistent toutes les fois que la directive laisse aux autorités nationales une marge d'appréciation sous la forme d'options ouvertes ou lorsqu'il est procédé par la directive à une harmonisation minimale ménageant la possibilité de mesures nationales complémentaires. »³⁵ ;

> des **dispositions de la loi de transposition qui « ajoutent » à la directive en fixant des conditions ou mesures non prévues par cette dernière**.

20. Ainsi, sur le plan des principes, la délimitation des bornes du champ d'application du contrôle singulier des lois de transposition des directives est claire.

En pratique, cette délimitation peut en revanche s'avérer délicate à tracer. Il n'est pas toujours évident d'apprécier si une loi tire les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive. Il ne suffit pas qu'une loi « recopie » les passages d'une directive pour bénéficier de l'immunité contentieuse, encore faut-il que les dispositions de la directive soient à la fois inconditionnelles et précises.

Cette qualification, qui est déterminante pour la nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, peut nécessiter

30 CC, n° 2008-564 DC, préc., consid. 31.

31 CC, n° 2008-564 DC, préc., consid. 46 et 47.

32 Dir. 2011/96/UE, 30 nov. 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil.

33 CC, n° 2018-768 DC, préc., consid. 14.

34 Ibidem.

35 M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative : Dalloz, 21e éd., 2017, thème n° 107, n° 5-2.

d'interpréter la portée de la directive. C'est ainsi qu'il a interrogé, une fois, la CJUE à titre préjudiciel avant de statuer sur une QPC portant sur un article du code de procédure pénale pris pour la transposition d'une décision-cadre de l'UE en matière de mandat d'arrêt européen³⁶ qui jouit, sur le fondement de l'article 88-2 de la Constitution, d'une immunité contentieuse comparable à celle qui résulte de son article 88-1.

36 CC, 4 avr. 2013, n° 2013-314P QPC, 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). - CC, 14 juin 2013, n° 2013-314 QPC, Jeremy F. (Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen). Était contesté l'article 695-46 du code de procédure pénale (CPP), issu de l'article 17 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 assurant la transposition des articles 27 et 28 de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres. Il était notamment fait grief à l'article 695-46 de méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif, protégé par l'article 16 de la Déclaration de 1789, en excluant tout recours contre la décision de la chambre de l'instruction sur une demande aux fins soit d'étendre les effets du mandat européen à d'autres infractions, soit d'autoriser la remise de la personne à un État tiers. Or le Conseil a estimé qu'il n'était pas évident de déterminer si l'exclusion de tout recours découlait impérativement des articles 27 et 28 de la décision-cadre ou si elle procédait d'un choix du législateur. Dans le premier cas, l'immunité découlant de l'article 88-2 de la Constitution, s'agissant du mandat d'arrêt européen, faisait échec au contrôle de conformité aux autres exigences constitutionnelles, comme l'immunité découlant de l'article 88-1 s'agissant des directives. Dans le second cas, le Conseil constitutionnel exerçait un contrôle ordinaire sur l'article 695-46. Dans sa décision n° 2013-314P QPC, le Conseil constitutionnel a donc, pour la première fois de son histoire, saisi la CJUE d'une question préjudicielle sur ce point et a sursis à statuer dans l'attente de la décision de la CJUE. Celle-ci ayant jugé pour droit que l'exclusion de tout recours contre la décision de la chambre de l'instruction n'était pas commandée par la décision-cadre, le Conseil constitutionnel a contrôlé l'article 695-46 du CPP au regard du droit à un recours juridictionnel effectif et l'a censuré pour méconnaissance de ce droit dans sa décision n° 2013-314 QPC du 14 juin 2013.

Conclusion

21. En définitive, l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel révèle une **frontière subtile, au sein du contrôle du respect des droits fondamentaux par les lois de transposition des directives, entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité.**

En cas d'équivalence de protection des droits fondamentaux par le droit primaire de l'UE, un recours constitutionnel contre des dispositions tirant les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive est très largement dépourvu d'intérêt. Compte tenu de la translation du contrôle des droits fondamentaux du bloc de constitutionnalité vers le droit primaire de l'UE, c'est contre la directive elle-même que d'éventuels griefs doivent être dirigés devant le juge du droit de l'UE. Dans ce cas, le champ du contrôle de constitutionnalité est très résiduel (contrôle de l'erreur manifeste dans la transposition de la directive ; incompétence négative ; OVC d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi).

Mais les autres dispositions des lois de transposition sont pleinement justiciables du contrôle de constitutionnalité. Après s'être assuré qu'elles ne sont pas impérativement commandées par la directive qu'elles transposent, le Conseil constitutionnel exerce sur elles un contrôle ordinaire. Tel pourrait par exemple être le cas de dispositions telles que celles de l'article 34 de la loi de finances pour 2019, mentionnées par Philippe Durand dans son article précité en introduction, qui mettent en œuvre des clauses optionnelles de l'article 4 de la directive ATAD, relatif à la règle de limitation de la déduction des intérêts.

V. RESTINO ■

Annexe

Synthèse du contrôle de constitutionnalité singulier exercé sur les dispositions législatives tirant les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive

Griefs	Contrôle <i>a priori</i>	Contrôle <i>a posteriori</i>	Observations
Mauvaise transposition de la directive	Invocable (contrôle limité à l'erreur manifeste)	Non invocable	Même si le grief tiré de la mauvaise transposition a été écarté et qu'en conséquence la loi a été déclarée conforme à la Constitution, sa compatibilité avec le droit de l'UE demeure contrôlable, par la voie de l'exception, dans le cadre du contrôle de conventionnalité exercé par le juge judiciaire ou le juge administratif
Autres griefs de constitutionnalité (sous réserve des trois exceptions mentionnées ci-dessous)	Non invocables	Non invocables	La méconnaissance de droits fondamentaux par la loi de transposition se niche dans la directive elle-même, dont la validité est contestable devant la CJUE, par la voie de questions préjudicielles
1 ^{re} exception : règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France	Invocable	Invocable	À cette date, aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France n'a été identifié
2 ^e exception : incompétence négative	Invocable	Non encore jugé ; pourrait être considéré comme invocable si l'incompétence négative affectait, par elle-même, une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France	Même observation
3 ^e exception : OVC d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi	Invocable	Non encore jugé ; pourrait être considéré comme non invocable en lui-même	