

Conclusions sur : Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres

Mattias Guyomar, Maître des requêtes au Conseil d'Etat ; Commissaire du gouvernement

Dans quelle mesure vous appartient-il de contrôler la constitutionnalité des actes réglementaires de transposition d'une directive ? Telle est la délicate question que pose la présente affaire.

Les parties signataires du protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 se sont engagées, à l'exception des pays en développement, à réduire ou limiter les émissions de gaz à effet de serre par rapport au niveau atteint en 1990 au cours de la période allant de 2008 à 2012. Pour les Etats membres de l'Union européenne, l'objectif est une réduction de 8 % par rapport au niveau de 1990.

Si la Communauté européenne a approuvé le protocole par une décision du 25 mai 2002, il a été décidé de mettre en place une politique communautaire de lutte contre les pollutions sans attendre son entrée en vigueur. Le 13 octobre 2003 est adoptée la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté. Ce dispositif, qui s'inspire du *Clean Air Act* de 1996 par lequel les Etats-Unis ont engagé la lutte contre la pollution atmosphérique, vise au respect des engagements pris en limitant au maximum les atteintes à la compétitivité des entreprises.

Afin de favoriser la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la directive du 13 octobre 2003 établit un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne. Présentons-en sommairement le régime.

Aux termes de l'article 4 de la directive : « Les Etats membres veillent à ce que, à partir du 1^{er} janvier 2005, aucune installation ne se livre à une activité visée à l'annexe I entraînant des émissions spécifiées en relation avec cette activité, à moins que son exploitant ne détienne une autorisation (...) ». Les émissions de gaz à effet de serre sont contingentées.

Chaque Etat membre définit une quantité maximale de quotas et la répartit entre les exploitants sous forme de quotas. L'article 9 de la directive prévoit que, pour la période de trois ans qui débute le 1^{er} janvier 2005, puis pour les périodes de cinq ans suivantes, chaque Etat membre doit élaborer un plan national d'allocation de quotas précisant la quantité totale de quotas qu'il a l'intention d'allouer pour la période considérée. Aux termes de son article 10 : « Pour la période de trois ans qui débute le 1^{er} janvier 2005, les Etats membres allocationnent - c'est-à-dire allouent en français - au moins 95 % des quotas à titre gratuit. Pour la période de cinq ans qui débute le 1^{er} janvier 2008, les Etats membres allocationnent au moins 90 % des quotas à titre gratuit ». En vertu de son article 11, il appartient à chaque Etat membre, sur la base de son plan national d'allocation des quotas, de décider, pour chaque période, de la quantité totale de quotas qu'il allouera et de l'attribution de ces quotas à l'exploitant de chaque installation, une partie de la quantité totale de quotas étant délivrée chaque année.

Aux termes de l'article 6 de la directive, l'autorisation d'émettre des gaz à effet de serre emporte notamment : « e) l'obligation de restituer, dans les quatre mois qui suivent la fin de chaque année civile, des quotas correspondant aux émissions totales de l'installation au cours de l'année civile écoulée (...) ». Si l'exploitant ne restitue pas suffisamment de quotas par rapport au volume réel émis, il verse une amende par quota manquant. Mais il est possible d'en acquérir, l'article 12 de la directive posant le principe selon lequel les quotas peuvent être transférés d'une personne à l'autre dans la Communauté.

Intéressons-nous maintenant aux actes de transposition de cette directive en droit interne.

C'est l'ordonnance du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre qui a procédé à la transposition en droit interne de celles des dispositions de la directive du 13 octobre 2003 qui relèvent du domaine de la loi. Elle a, à cette fin, introduit au chapitre IX du titre II du livre II du code de l'environnement une section 2, intitulée « Quotas d'émission de gaz à effet de serre », comprenant les articles L. 229-5 à L. 229-19, dont les modalités d'application sont renvoyées à un décret en Conseil d'Etat. Cette ordonnance a été ratifiée par l'article 80 de la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004. Le décret du 19 août 2004 relatif au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre - modifié depuis par le décret du 25 février 2005 - a été pris sur ce fondement(1).

Le 12 juillet 2005, la Société Arcelor Atlantique et Lorraine et d'autres entreprises de sidérurgie demandent au président de la République, au Premier ministre, au ministre de l'Ecologie et du Développement durable et au ministre délégué à l'Industrie, à titre principal, l'abrogation de l'article 1^{er} du décret du 19 août 2004 en tant qu'il rend applicable ce décret aux installations du secteur sidérurgique. Ils leur demandent, à titre subsidiaire, l'abrogation des I et II de l'article 4 et de l'article 5 de ce décret. Vous êtes aujourd'hui saisis d'une requête tendant à l'annulation des décisions implicites de rejet qui ont été opposées à ces demandes d'abrogation, en application de votre jurisprudence *Alitalia* (Ass. 3 févr. 1989, Lebon 44) et à ce qu'il soit enjoint aux autorités compétentes de procéder aux abrogations en cause.

L'un des requérants, la société Ugitech, a déclaré, le 22 janvier dernier, se désister purement et simplement de sa requête. Il sera donné acte de ce désistement.

Nous pouvons en venir à l'examen des conclusions principales de la requête.

Les requérants, la société Arcelor, premier producteur d'acier en Europe, et sept de ses filiales françaises, ont intérêt à vous demander d'annuler le refus d'abroger l'article 1^{er} du décret du 19 août 2004 en tant qu'il inclut, dans son champ d'application, les installations du secteur sidérurgique.

C'est l'annexe I de la directive de 2003(2) qui fixe la liste des activités auxquelles elle s'applique. Elle vise notamment, au titre des émissions de dioxyde de carbone, les activités de « production et transformation des métaux ferreux » : les « installations de grillage ou de frittage de minerai métallique, y compris de minerai sulfuré » et les « installations pour la production de fonte et d'acier (fusion primaire ou secondaire) y compris les équipements pour coulée continue d'une capacité de plus de 2,5 tonnes par heure ».

L'article L. 229-5 du code de l'environnement précise que « les dispositions de la présente section s'appliquent aux installations classées rejetant un gaz à effet de serre dans l'atmosphère lorsqu'elles exercent une des activités dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat ».

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

Vous le constatez : la soumission des activités de production et de transformation des métaux ferreux au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre est prévue par l'annexe I de la directive du 13 octobre 2003, dont l'annexe au décret du 19 août 2004 se borne à reprendre, à l'identique, le contenu. Et sur ce point, il n'y a pas de disposition législative qui s'intercale entre la directive et le décret.

En vous demandant d'annuler le refus d'abroger ces dispositions réglementaires de transposition, les requérants portent en réalité le débat contentieux sur la directive communautaire. C'est dans cette mesure que l'examen des différents moyens qu'ils soulèvent appelle certains développements.

Si nous avons porté cette affaire directement devant votre formation de jugement, c'est parce qu'elle pose les délicates questions de l'articulation entre notre ordre juridique interne et l'ordre juridique communautaire et, partant, des relations entre les différentes juridictions chargées de veiller au respect des normes ainsi imbriquées : vous-mêmes, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) mais aussi le Conseil constitutionnel. Or, le juge constitutionnel a profondément renouvelé le cadre des rapports entre droit constitutionnel et droit communautaire dérivé par une jurisprudence récente mais remarquable, engagée par sa décision du 10 juin 2004 et notamment précisée par sa décision du 27 juillet 2006. La décision que vous rendrez sur le présent litige vous conduira à décider des conséquences qu'il vous appartient de tirer, quant à l'étendue de votre contrôle, de cette évolution de jurisprudence.

Il est temps d'en présenter les grandes lignes.

Rappelons que pour la Cour de justice des Communautés européennes, « [...] le droit né du traité ne pourrait [...] en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même [...] (15 juill. 1964, *Costa c/ Enel* Rec. 6/64. 1149). Un Etat membre ne peut donc invoquer, pour se soustraire à ses obligations d'application ou de transposition du droit communautaire dans les délais prescrits, ni ses règles législatives et réglementaires ni même son droit constitutionnel (V. notamment 9 mars 1978 *Simmenthal*). « Le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne pour limiter la portée des dispositions du droit communautaire aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité de ce droit et ne saurait être admis » (17 déc. 1980, *Commission c/ Belgique*, Rec. 149/79. 3881)(3).

Jusqu'à sa décision du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, s'assurait que la loi de transposition d'une directive respectait les règles constitutionnelles(4).

Depuis lors, le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives communautaires revêt, lorsqu'il s'agit de transposer des dispositions précises et inconditionnelles, des modalités spécifiques de deux ordres.

Première série de caractéristiques : le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler la constitutionnalité de la loi de transposition se bornant à tirer les conséquences nécessaires d'une directive communautaire sauf si cette dernière méconnaît le « noyau dur » des règles constitutionnelles - « noyau dur » dont la définition a varié depuis l'origine. Cela résulte de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 - *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* dont nous vous citons le considérant n° 7 : « Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences » ; qu'ainsi, 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 ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne ».

Le fondement de cette solution réside dans la portée que le Conseil constitutionnel a donnée à l'article 88-1 de la Constitution, qui est issu de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992. Selon le Conseil constitutionnel, cette disposition exprime en effet la reconnaissance par le Constituant à la fois de l'acquis communautaire et de la valeur constitutionnelle de la participation de la France à la construction européenne. Pour reprendre les termes du professeur Xavier Magnon(5), le droit communautaire dérivé est désormais placé « sous la couverture constitutionnelle de l'article 88-1 de la Constitution ».

Ainsi que l'explique J.-E. Schoettl, dans son commentaire autorisé de la décision du 10 juin 2004 (LPA 18 juin 2004, n° 122, p. 10) : « le Conseil constitutionnel reconnaît que l'ordre juridique communautaire a été intégré à l'ordre constitutionnel français par les articles 88-1 et suivants de la Constitution. Il accepte par là même de reconnaître la primauté du juge communautaire, seul chargé de faire appliquer les principes communs aux Etats-membres [...] Mais cette acceptation comporte une exception : l'obligation de transposition cesse d'être constitutionnelle (même si elle reste communautaire) lorsque le droit communautaire dérivé heurte de front une disposition expresse et spécifique de notre bloc de constitutionnalité ». Mais comme le souligne J.-E. Schoettl, « la solution adoptée le 10 juin 2004 est limitée aux dispositions inconditionnelles et précises d'une directive [...] Lorsque l'acte communautaire en cause laisse une marge de manoeuvre à la loi, comme c'est normalement le cas pour les directives, le Conseil retrouve la plénitude de sa compétence ».

Cette décision a été fort commentée(6) et parfois critiquée. Bruno Genevois en a fait une exégèse éclairée et sourcilieuse dans son commentaire (Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé, RFDA 2004. 651). Après avoir rappelé que l'obligation de transposer une directive est conventionnelle - en vertu de l'article 249 du traité CE -, il souligne que « si l'on peut admettre, à la suite du Conseil constitutionnel, que l'article 88-1 confère un fondement constitutionnel à l'obligation de transposition des directives, il reste que cette dernière doit, en vertu des termes mêmes du traité CE, intervenir suivant les formes propres au droit national de chaque Etat membre ». Bruno Genevois poursuivait ainsi : « On pourrait s'attendre alors [...] à ce que le Conseil constitutionnel joue un rôle d'aiguilleur. A l'occasion de l'examen de la constitutionnalité d'une loi de transposition, il lui appartient d'en confronter le contenu à la Constitution. En cas de contrariété de la loi au texte constitutionnel, l'obligation de transposition ne pourra être satisfaite qu'au prix d'une révision préalable de la Constitution ».

Constatant que telle n'est pas la position retenue par le Conseil constitutionnel qui a reconnu au droit communautaire dérivé une « immunité constitutionnelle » sous réserve des dispositions expresses de la Constitution, Bruno Genevois précise qu'à son avis, « le critère tiré du caractère explicite ou non de la disposition constitutionnelle en cause n'est guère pertinent(7) alors que la limitation du contrôle à des dispositions constitutionnelles spécifiques, c'est-à-dire des dispositions n'entrant pas dans le champ des prévisions de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, conférerait à la jurisprudence nouvelle une plus grande cohérence ».

Rappelons qu'aux termes dudit article 6 (ex-art. F) : « 1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres. 2. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire [...] ».

Cette jurisprudence a fait l'objet de plusieurs applications qui ont permis au Conseil constitutionnel d'en préciser la portée.

Par sa décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, il a modulé son contrôle du contenu de la loi de transposition selon que les articles critiqués se bornaient ou non à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive communautaire. C'est la confirmation que le caractère nécessaire ou non des dispositions législatives par rapport à celles de la directive est apprécié par le Conseil constitutionnel au regard du caractère précis et inconditionnel de ces dernières - critère retenu par la Cour de justice des Communautés européennes pour reconnaître un effet direct aux directives. Comme le souligne le professeur Xavier Magnon, dans son article précité, ce critère « permet un plus grand degré de certitude quant à l'identification

de l'obligation pesant sur l'Etat ».

Par sa décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, le Conseil constitutionnel a été amené à préciser l'étendue de la « réserve de constitutionnalité » en se déclarant incompétent pour se prononcer, à propos de la loi de transposition de la directive du 6 juillet 1998, sur un moyen tiré de la violation de la liberté d'expression posée à l'article 11 de la Déclaration de 1789 dès lors « 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 ». Cette décision souligne, implicitement mais nécessairement, que la « réserve de constitutionnalité » recouvre les dispositions spécifiques à la Constitution française qui ne trouvent aucun équivalent dans l'ordre juridique communautaire.

Enfin, par sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, le Conseil constitutionnel a apporté deux précisions importantes.

Répondant aux interrogations formulées par Jacques Arrighi de Casanova dans son article « La décision du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes »(8), il a marqué, en contrôlant sans réserve la régularité de la procédure législative, que l'obligation constitutionnelle de transposition des directives était sans incidence sur le respect des règles constitutionnelles de compétence (partage loi/règlement en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution) et de procédure. Ce qui vaut en matière de droits substantiels n'est pas transposable aux règles institutionnelles. Dans l'hypothèse d'une violation de la Constitution pour de tels motifs, en effet, la « contrariété aura une origine exclusivement interne »(9). La censure emportera des conséquences sur le plan communautaire puisqu'elle diffèrera la transposition de la directive mais sans que le contenu de la directive transposée soit remis en cause.

En second lieu, la décision du 27 juillet 2006 précise l'étendue du contrôle de la loi de transposition à raison du contenu de la directive. Comme en écho aux critiques adressées au critère tiré du caractère exprès des dispositions constitutionnelles, le Conseil constitutionnel modifie la formulation de la « réserve de constitutionnalité » en énonçant « 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 ». En d'autres termes, le Conseil constitutionnel ne se reconnaît compétent pour contrôler la constitutionnalité de la loi de transposition qu'au regard des règles du bloc de constitutionnalité national qui sont sans équivalent dans le catalogue communautaire des droits fondamentaux et principes généraux du droit. Le critère tiré des dispositions expresses paraît abandonné au profit de celui tiré des règles spécifiques.

Cette rédaction peut être interprétée à la lumière des propos tenus par le président Mazeaud, lors de son discours de vœux au président de la République en janvier 2005 : « [...] 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 inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme inhérent : crucial et distinctif. Autrement dit : l'essentiel de la République ». Elle puise son inspiration dans les termes de l'article I-5 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe selon lequel l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ».

Ainsi que l'écrit Paul Cassia, dans son commentaire(10) : « l'atout majeur de la décision est de concrétiser ce qui était latent dans la décision du 10 juin 2004 : le Conseil constitutionnel est juge de la constitutionnalité du droit communautaire [...] il ne s'interdit de contrôler la conformité d'une loi de transposition à la Constitution qu'après avoir vérifié que la directive transposée n'est pas contraire aux prescriptions constitutionnelles qui forment le cœur de l'identité française ».

Venons-en à la seconde série de spécificités du contrôle : le contrôle des lois de transposition des directives a conduit le Conseil constitutionnel à apporter un tempérament à la jurisprudence *Interruption volontaire de grossesse* du 15 janvier 1975 (décis. n° 74-54 DC) selon laquelle il ne lui appartient pas de connaître, au titre du contrôle de constitutionnalité, de la conformité des lois au droit international. Par sa décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, le Conseil précise - c'est l'*a contrario* qui importe - qu'il ne lui appartient pas « lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive communautaire qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne ». La décision précitée du 27 juillet 2006 lui donne l'occasion d'effectuer ce contrôle. Et cette évolution jurisprudentielle trouve son aboutissement avec la censure, par la décision n° 2006-543 du 30 novembre 2006, de certaines dispositions de la loi relative au secteur de l'énergie, comme manifestement incompatibles avec les objectifs d'ouverture à la concurrence fixés par les directives que la loi devait transposer.

L'incompatibilité manifeste de la loi de transposition avec la directive à transposer constitue une méconnaissance de l'obligation constitutionnelle posée à l'article 88-1 de la Constitution qu'il revient au juge constitutionnel de censurer. Le considérant n° 7 explique que si le Conseil constitutionnel se limite à la censure de l'incompatibilité manifeste, c'est parce que « devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, il ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la CE ».

En l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, nous pensons correctement définir le contrôle qu'il

exerce sur une loi transposant les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive communautaire de la manière suivante.

Dès lors que la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle posée à l'article 88-1 de la Constitution, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61, de veiller au respect de cette exigence.

Mais le contrôle qu'il exerce rencontre une double limite.

Le respect de l'article 88-1 de la Constitution ne saurait, en premier lieu, entraîner la violation « d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » ce qui serait le cas si le contenu de la directive à transposer allait à leur rencontre.

En second lieu, le Conseil constitutionnel se limite, à l'occasion du contrôle de la compatibilité de loi qui transpose avec la directive qu'elle transpose, à la censure des incompatibilités manifestes. En d'autres termes, compte tenu de son office, le juge constitutionnel ne considère comme non conformes à l'article 88-1 de la Constitution que les dispositions législatives manifestement incompatibles avec la directive qu'elles ont pour objet de transposer.

Ces modalités particulières du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition appelle, à ce stade de nos conclusions, cinq séries d'observations.

En premier lieu, elles découlent directement, comme nous vous l'avons déjà dit, de la constitutionnalisation de l'obligation de transposer les directives communautaires. C'est en bloc qu'il convient d'appréhender le contrôle qu'exerce le juge constitutionnel. Eu égard à l'article 88-1 de la Constitution, il lui appartient de veiller au respect de l'obligation constitutionnelle de transposition - la vérification que le législateur ne s'est pas soustrait à son devoir de transposition entraîne la censure des éventuelles incompatibilités manifestes - mais ce faisant, il doit également vérifier que la transposition effectuée, conformément aux règles constitutionnelles de compétence et de procédure, ne méconnaît, compte tenu du contenu de la directive, aucune règle ou aucun principe substantiels de valeur constitutionnelle.

En deuxième lieu, il faut reconnaître que la déclaration d'inconstitutionnalité - à raison de la violation d'une norme substantielle - d'une disposition législative nationale qui assure la pure et simple transcription d'une directive - conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer indirectement sur la constitutionnalité de cette directive(11). Et c'est là la raison de « l'auto-limitation du contrôle exercé par le juge constitutionnel », pour reprendre les termes de Bruno Genevois, dans son article précité.

Ce choix de politique jurisprudentielle selon lequel seuls les règles ou principes propres à l'ordre constitutionnel français sont opposables à la transposition d'une directive communautaire, est justifié par J.-E. Schoettl, dans son article précité, dans les termes suivants : « [...] le bon fonctionnement du droit communautaire repose sur la confiance réciproque entre pays membres et organes de l'Union. Contrôler, même indirectement, un acte communautaire dérivé au regard d'un droit fondamental « partagé » par les pays membres de l'Union serait méconnaître la communauté de valeurs qui cimente cette dernière et porter sur les institutions de celle-ci un soupçon inutilement désobligeant ». Il s'ensuit que le juge constitutionnel reconnaît, lorsque l'identité constitutionnelle de la France n'est pas en cause, la primauté du juge communautaire, seul chargé de faire appliquer les principes communs aux Etats-membres(12). Ainsi que le relève O. Dutheillet de Lamothe : « le processus d'intégration communautaire débouche, selon la belle expression de M^{me} Delmas-Marty, sur un « pluralisme ordonné » : pluralisme des ordres juridiques nationaux intégrés dans l'ordre juridique communautaire. Les valeurs nationales propres à chaque Etat-membre marquent la limite de cette intégration ». En d'autres termes, la primauté du droit communautaire, et partant, celle de la Cour de justice, gardienne naturelle des traités, ne remet pas en cause, dans l'ordre interne, la suprématie de la Constitution.

En troisième lieu, nous relevons que cette « réserve de constitutionnalité » est entendue de manière restrictive. Selon les commentateurs autorisés de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel n'entendrait en effet contrôler que les règles ou principes de valeur constitutionnelle qui ne trouvent aucun écho dans l'ordre juridique communautaire(13). Sont évoqués principalement, à ce titre, les articles 1 et 3 de la Constitution, notamment le principe de laïcité ou encore la définition du corps électoral politique(14). En revanche, s'agissant des principes de valeur constitutionnelle possédant leur pendant dans l'ordre juridique communautaire, le Conseil constitutionnel ne ferait pas jouer la « réserve de constitutionnalité » sans rechercher plus avant s'ils revêtent ou non une portée équivalente aux normes de droit interne.

Il s'ensuit, en quatrième lieu, que le contrôle spécifique qu'exerce le Conseil constitutionnel aboutit, sous couvert d'un contrôle de constitutionnalité systématique du droit communautaire dérivé, à renoncer, dans la majeure partie des cas, à contrôler la conformité de la loi à la Constitution. Certes, cet abandon du contrôle ne concerne pas le « noyau dur » du bloc de constitutionnalité. Il est en outre compensé par le contrôle que la Cour de justice des Communautés européennes est à même d'exercer à l'échelle de l'ensemble de la Communauté pour apprécier la validité de la directive. Mais il n'y en a pas moins, dans une certaine mesure, un abandon du contrôle.

Pour terminer, nous constatons en cinquième lieu, que la solution adaptée par le Conseil constitutionnel s'inscrit en harmonie dans un courant de jurisprudence dégagé par un certain nombre de juridictions nationales d'Etats membres de l'Union européenne.

Le Tribunal constitutionnel espagnol a, dans sa déclaration du 13 décembre 2004 statuant sur la conformité à la Constitution du traité établissant une Constitution pour l'Europe, adopté, dans un contexte juridique différent, une position analogue à celle du Conseil constitutionnel(15). Après avoir rappelé que la primauté du droit communautaire est fondée sur l'article 93 de la Constitution espagnole(16), le Tribunal constitutionnel précise que « le transfert constitutionnel que l'article 93 permet a, à son tour, des limites matérielles qui s'imposent au transfert lui-même. Ces limites matérielles - qui ne sont pas expressément exposées dans la disposition constitutionnelle mais qui découlent implicitement de la Constitution comme de la signification essentielle de la disposition elle-même- se traduisent dans le respect de la souveraineté de l'Etat, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans notre Constitution où les droits fondamentaux acquièrent une normativité propre ».

Nous nous attarderons plus longuement sur la jurisprudence des cours constitutionnelles allemande et italienne que le souci d'assurer, dans leur ordre juridique, la protection des droits fondamentaux, a conduit à admettre la primauté du droit communautaire dérivé, sous certaines conditions. Toutes les juridictions européennes ne font pas de même. Le Conseil d'Etat grec a résolu un conflit de normes entre le droit communautaire et une disposition spécifique de sa Constitution en faveur de cette dernière (Ass. 25 sept. 1998, *Katsarou c/ Dihtsa*). De même, la Cour d'arbitrage belge refuse que des règles internationales dont le législateur est indirectement l'auteur priment sur les règles constitutionnelles dont elle est la gardienne (3 févr. 1994, *Ecole européenne*, arrêt n° 12/94).

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, connue sous l'appellation de jurisprudence *Solange* - « aussi longtemps que » - a connu plusieurs étapes qui l'ont conduit à admettre qu'il n'y a pas lieu pour elle de rechercher si un acte de droit dérivé méconnaît les droits garantis par la Constitution aussi longtemps que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes permettra l'exercice d'un contrôle du respect des droits fondamentaux à l'échelon communautaire.

Première étape : par un arrêt du 29 mai 1974 dit *Solange I*, la Cour se déclare compétente pour juger inapplicables, en Allemagne, des actes communautaires qui s'avéreraient incompatibles avec les garanties de droits fondamentaux contenues dans la Loi fondamentale, malgré le principe de la primauté du droit communautaire, aussi longtemps qu'un standard de protection de ces droits équivalant à celui de la Constitution allemande ne serait pas assuré au plan européen.

Douze ans plus tard, par un arrêt du 22 octobre 1986 dit *Solange II* - c'est la deuxième étape, la Cour renverse la proposition : elle décide que, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, qui a développé une protection systématique des droits fondamentaux sur la base des principes généraux du droit, elle n'exercera plus sa juridiction sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé servant de base à un acte allemand aussi longtemps que la Cour de justice assure généralement la protection effective des droits fondamentaux d'une manière équivalente au niveau indispensable exigé par la Loi fondamentale.

La troisième étape est constituée par l'arrêt du 7 juin 2000 dit *Solange III*, qui est intervenu après l'arrêt du 12 octobre 1993 sur la ratification du traité de Maastricht dont il est précisé qu'il ne comporte aucune modification de la jurisprudence antérieure. La Cour s'appuie sur les dispositions de l'article 23 de la Loi fondamentale qui a été introduit par la loi du 21 décembre 1992 : « selon ces dispositions, la République fédérale d'Allemagne participe à la réalisation d'une Europe unie en développant l'Union européenne qui est soumise à des principes démocratiques, juridiques, sociaux et fédératifs ainsi qu'un principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux comparable pour l'essentiel à celle de la *Grundgesetz*. Il n'est pas exigé du droit communautaire européen et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui se fonde sur lui qu'ils offrent une protection de même portée dans les différents secteurs des droits fondamentaux de la *Grundgesetz*. Conformément aux conditions énumérées dans la décision *Solange II*, il est satisfait aux exigences constitutionnelles si la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes garantit en général, face à la puissance publique communautaire, une protection effective des droits fondamentaux qui doit être respectée pour l'essentiel de la même façon que la protection des droits fondamentaux dont la *Grundgesetz* fait un impératif, d'autant qu'elle garantit de façon générale la substance des droits fondamentaux. Cela signifie que même après la décision *Maastricht*, les recours constitutionnels et les renvois préjudiciels effectués par les juridictions continuent d'être d'emblée irrecevables, si leur motivation ne démontre pas que le développement du droit européen, qui comprend la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, se situe en dessous du niveau requis de protection des droits fondamentaux fixé à la suite de la décision *Solange II* ».

La renonciation au contrôle reste donc conditionnelle. Elle repose sur une véritable coopération judiciaire entre la Cour constitutionnelle et la Cour de Luxembourg dont la décision prend le soin de préciser qu'elle « est également compétente en matière de protection des droits fondamentaux des citoyens de la République fédérale d'Allemagne face aux actes de la puissance publique nationale (allemande) pris sur la base du droit communautaire dérivé ». Il s'agit, pour reprendre les termes du professeur Pernice(17), de la « preuve de ce qui peut être une relation de coopération nécessaire entre les juridictions nationales et européennes dans le système multi-niveaux de la

Constitution composée de l'Europe [...] ».

La Cour constitutionnelle italienne a adopté une position légèrement différente. Rappelons qu'en s'appuyant sur l'article 11 de la Constitution du 30 décembre 1947, elle a donné une assise en droit interne à l'ordre juridique communautaire (V. notamment l'arrêt du 8 juin 1984, *Granital*, RTD eur. 1985. 313). Nous nous arrêterons un instant sur l'arrêt du 13 avril 1989 *Société Fragd* (RUDH 1989. 258) dont il est utile de citer les extraits pertinents : « Il est vrai que l'ordre juridique communautaire [...] prévoit un système de protection juridictionnelle large et efficace des droits et des intérêts des particuliers, système dont le recours incident devant la Cour de justice au titre de l'article 177 du traité CEE constitue l'instrument le plus important [...] Mais cela ne signifie pas que la Cour de céans puisse être privée de sa compétence pour vérifier par le contrôle de constitutionnalité de la loi d'exécution si une quelconque disposition du traité, telle qu'elle est interprétée et appliquée par les institutions et les organes communautaires, n'est pas contraire aux principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel ou ne porte pas atteinte aux droits inaliénables de la personne humaine. En définitive, ce qui est extrêmement improbable n'est resté pas moins possible. En outre, il y a lieu de tenir compte du fait qu'au moins d'un point de vue théorique et général, on ne saurait affirmer avec certitude que tous les principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel se retrouvent parmi les principes communs aux ordres juridiques des Etats-membres et sont donc compris dans l'ordre juridique communautaire [...] Et devant une éventuelle violation d'un principe fondamental, on ne saurait invoquer [...] les exigences majeures de l'application uniforme du droit communautaire et de la sécurité du droit ».

Ainsi que l'expose Bruno Genevois, dans son article précité : « Une approche de ce type a le mérite d'éviter que le souci légitime de chaque Etat membre d'assurer le respect des droits fondamentaux garantis par sa Constitution, ne nuise à l'unité nécessaire du droit communautaire. Elle ne désarme pas totalement le juge national qui pourra, dans un cas extrême, sinon entrer en dissidence, du moins, par un renvoi préjudiciel, inciter la Cour de justice à intégrer dans les principes généraux de l'ordre juridique communautaire tel ou tel droit déduit de la tradition constitutionnelle commune aux Etats-membres ». Dans cette perspective, le contrôle juridictionnel qui incombe à la Cour de Luxembourg s'apparente à un transfert de contrôle de constitutionnalité.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au contrôle constitutionnel du droit dérivé s'est bien inspirée des raisonnements tenus dans les autres Etats-membres que résume en ces termes J.-E. Schoettl dans le rapport qu'il a présenté lors de la conférence organisée en septembre 1997 à l'initiative du Conseil constitutionnel(18) : « La construction européenne n'a pas ouvert une brèche dans le dispositif de protection des droits fondamentaux. Celle-ci est seulement, en tant que de besoin, transportée dans le champ communautaire. A la faveur de ce transfert, elle change, il est vrai, de référentiel puisque les normes de référence ne sont plus celles de la Constitution nationale [...] Le changement de référentiel ne devrait pas, estiment les Cours, mettre sérieusement en péril les droits et libertés fondamentaux compte tenu de la communauté de valeurs inspirant nos traditions constitutionnelles ».

C'est à la lumière de ces longs développements qu'il convient, à notre sens, de décider du contrôle qu'il vous revient d'exercer sur les actes réglementaires de transposition des directives communautaires.

Ce n'est pas la première fois que vous êtes amenés à statuer sur la légalité d'un décret de transposition d'une directive et votre contrôle de juge de l'excès de pouvoir ne présente, dans une certaine mesure, guère de difficulté - nous reviendrons sur ces points. S'agissant en revanche du contrôle de constitutionnalité de l'acte de transposition, votre jurisprudence ne correspond pas, en son état actuel, à la position du Conseil constitutionnel(19).

Si, en vertu de l'article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », vous n'êtes en revanche pas tenus par l'interprétation que le Conseil constitutionnel donne de la Constitution. Il serait donc juridiquement envisageable que vous ne tiriez aucune conséquence de l'évolution jurisprudentielle que nous venons de vous décrire. Mais nous n'envisageons pas une telle hypothèse. Des considérations de convenance et de réalisme politique nous conduisent en effet à vous proposer de vous inspirer, tout en l'adaptant à votre position institutionnelle, de la solution retenue par le juge constitutionnel.

Ce ne sont pas seulement vos relations avec l'aile Montpensier du Palais-Royal qui sont en cause. Ce sont aussi les rapports entre notre droit interne et le droit communautaire et, partant, ceux entre la juridiction administrative et la Cour de Luxembourg qui sont en jeu. Toute divergence avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière risquerait d'être perçue, à tort ou raison, comme une position de défiance envers le juge communautaire. Ce serait d'autant plus dommageable que vos relations avec la Cour de justice sont aujourd'hui apaisées - votre jurisprudence est en parfaite harmonie avec les arrêts *CILFIT* du 6 octobre 1982 et *Foto-Frost* du 22 octobre 1987 - et que vous n'hésitez pas à conférer leur pleine portée aux procédures institutionnalisées de coopération comme en témoigne votre récente décision *Société De Groot en Slot Allium B. V. et autre* (Ass. 11 déc. 2006) par laquelle, abandonnant votre décision *Office national interprofessionnel des céréales* (Sect. 26 juill. 1985. 233), vous avez jugé « qu'alors même qu'elle ne faisait pas l'objet du renvoi préjudiciel, l'interprétation du traité et des actes communautaires que la Cour était compétente pour donner en vertu du a et du b de l'article 234 du TCE s'impose au Conseil d'Etat ».

Alors que se développe en Europe, comme nous l'avons vu, un mouvement général de coopération judiciaire entre les cours suprêmes nationales et la Cour de justice des Communautés européennes, il serait en outre hasardeux de faire, sur ce point, cavalier seul. Particulièrement emblématique de cette tendance est l'arrêt fort remarqué de la Cour européenne des droits de l'homme (Gr. Ch. 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yönlü Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, n° 45036/98). Par cet arrêt, la Cour de Strasbourg devant laquelle était mise en cause l'Irlande à raison d'une mesure nationale d'application d'un règlement communautaire après une interprétation préjudicielle de la Cour de justice a reconnu « une présomption réfragable de conformité [à la Convention européenne] au bénéfice de la Communauté » pour reprendre les termes du professeur Jean-Paul Jacqué, dans son commentaire : « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence *Solange II* de la Cour européenne des droits de l'homme ». Le raisonnement tenu par la Cour européenne est le suivant : « Si l'on considère que l'organisation offre une protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion. Pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste [...] » (§ 26). Après avoir vérifié la portée des garanties matérielles offertes par l'ordre juridique communautaire et l'efficacité des mécanismes de contrôle mis en place pour assurer leur respect, la Cour de Strasbourg en déduit « que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque, équivalente à celle assurée par le mécanisme de la Convention » (§ 165). Enfin, la Cour s'assure que la présomption en question n'a pas été renversée en l'espèce. Comme le relève le professeur Jacqué, « l'arrêt *Bosphorus* conduit *de facto* à soumettre l'Union européenne au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme par l'intermédiaire de la mise en cause de la responsabilité d'un Etat membre » mais pour ce faire, « la Cour a sacrifié aux exigences de l'intégration européenne en créant un système de présomption d'équivalence de la protection ». Ainsi que l'explique le professeur Sudre, dans son commentaire (JCP 2005. I. 1760), le juge européen, inspiré par la jurisprudence *Solange II*, énonce une « présomption de conventionnalité » fondée sur la « figure de protection équivalente » qui n'est pas une protection identique mais une protection comparable.

Vous l'avez compris, près de vingt ans après que Bruno Genevois a prôné, depuis ce pupitre, le « dialogue des juges », nous récusons toute solution qui risquerait d'être regardée comme engageant, à l'échelon de la Communauté européenne, « la guerre des juges ».

Ceci dit, nous ajoutons aussitôt que ces considérations de politique jurisprudentielle rejoignent notre conviction la plus profonde.

Celle-ci s'enracine dans les conséquences normatives et juridictionnelles qu'il convient, à notre sens, de tirer de la participation de la France aux Communautés européennes et à l'Union européenne.

Il serait inutile de rappeler en ce lieu notre hiérarchie des normes. Mais le raisonnement que nous allons développer et dont nous nous efforcerons de vous convaincre du bien-fondé tient tout entier dans la suprématie absolue des règles et principes de valeur constitutionnelle. Or, le respect de cette suprématie passe, dans une certaine mesure, par la reconnaissance de la primauté du droit communautaire.

Mais quelle mesure ? C'est toute la question.

La portée de votre contrôle d'un acte réglementaire de transposition d'une directive est liée à la place qu'occupe, dans notre hiérarchie des normes, le droit communautaire dérivé.

Aux termes de l'article 249 du TCE (ex-art. 189) : « Pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au présent traité, le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis [...] La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. [...] ».

En droit interne, le droit communautaire dérivé s'impose avec la force du droit international. Dans la ligne de votre jurisprudence *Nicolo* (Ass. 20 oct. 1989. 190), vous avez reconnu, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, la supériorité des directives sur les lois même plus récentes (Ass. 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, Lebon 80)(20). Ainsi que l'expliquait Martine Laroque, dans ses conclusions sur cette affaire : « dès lors que l'autorité juridique des engagements internationaux résulte de l'article 55 de la Constitution, sans qu'il soit fait de distinction entre les catégories de traités ou d'engagements internationaux qui en sont la conséquence et que le législateur ait ou non participé directement à leur élaboration, à leur ratification ou leur approbation, il n'y a pas lieu de faire une différence entre le traité lui-même et la norme internationale qui en est dérivée ».

La portée des directives a été définie par votre décision *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit* (Ass. 22 déc. 1978, Lebon 524) par laquelle vous avez jugé, faisant une interprétation stricte de l'ancien article 189 du traité, que « si ces directives lient les Etats membres « quant au résultat à atteindre » et si, pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des Etats membres aux directives qui leur sont destinées, ces autorités restent seules compétentes pour décider de la forme à donner

à l'exécution des directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne »(21). Mais sans qu'elle ait été abandonnée, l'évolution de votre jurisprudence qui reconnaît aux directives, même non transposées, une portée de plus en plus large, fait que la décision *Cohn-Bendit* n'a plus guère d'incidence concrète. A la suite de vos décisions *Fédération française des sociétés de protection de la nature* (7 déc. 1984, Lebon 409) et *Compagnie Alitalia* (3 févr. 1989 préc.), vous avez jugé que toute règle de droit interne, écrite ou non, incompatible avec les objectifs d'une directive, cesse de s'appliquer à l'expiration du délai de transposition (Ass. 6 févr. 1998, *Tête*, Lebon 30 ; RFDA 1998. 407, concl. H. Savoie). Par ailleurs, la responsabilité de l'Etat est engagée par la mise en application de dispositions législatives incompatibles avec les orientations d'une directive (2^e arrêt dit des tabacs du 28 février 1992).

Nous vous invitons aujourd'hui à suivre le Conseil constitutionnel pour juger que découle des dispositions précitées de l'article 88-1 de la Constitution une obligation constitutionnelle de transposition des directives. L'autorité de ces dernières et leur place dans la hiérarchie des normes résultent non seulement de l'article 55 de la Constitution mais aussi de ces dispositions. Dès lors qu'il incombe au juge administratif de s'assurer, dans les limites de sa compétence, du respect des dispositions à valeur constitutionnelle, il vous revient de veiller au respect de cette exigence particulière qui traduit la spécificité du droit communautaire au sein du droit international.

C'est à l'aune de ce double fondement constitutionnel qu'il vous appartient de contrôler la légalité des actes réglementaires de transposition des directives.

Avant de détailler la grille de contrôle que nous vous préconisons d'adopter, deux précisions doivent être faites.

Nous ne traiterons aujourd'hui que de l'hypothèse, qui est celle de l'espèce, d'un acte réglementaire assurant directement cette transposition. En présence d'une loi s'interposant entre la directive et le décret de transposition, les modalités de votre contrôle seraient en effet différentes, ne serait-ce que parce que les dispositions législatives feraient écran à votre contrôle de constitutionnalité.

Nous n'envisagerons également que les cas où le pouvoir réglementaire a transposé des dispositions de la directive qui sont, contrairement à la lettre de l'article 249 du TCE, précises et inconditionnelles. Dans l'hypothèse où la directive laisse aux Etats membres le choix des moyens à retenir pour atteindre les objectifs qu'elle leur assigne, les modalités de votre contrôle ne sont en rien affectées. Ainsi que l'affirme Claire Landais et Frédéric Lénica, dans leur chronique de votre décision *Société Techna et autres* (Sect. 27 oct. 2006, RFDA 2007. 265 ; ADJA 2006. 2385) : « On peut penser notamment que si les Etats membres se voient octroyer une marge de manoeuvre réelle dans leur exercice de transposition, le vecteur retenu est susceptible, dans le large espace normatif qui lui est concédé, de rencontrer des normes de nature diverse, extérieures au seul domaine régi par la directive, ainsi accessibles sous la seule réserve du principe d'indépendance des législations, à un contrôle de légalité ».

Il en va différemment lorsque la directive comporte des dispositions précises et inconditionnelles. Le recours à ce critère, que nous empruntons au Conseil constitutionnel, peut surprendre(22). En effet, il ne sert habituellement qu'à identifier, dans le contenu de la directive, les dispositions qui sont d'effet direct et n'a aucune incidence sur l'obligation de transposition. Il n'en reste pas moins vrai que face à de telles dispositions précises et inconditionnelles, la marge dont disposent théoriquement les Etats membres au regard du contenu de la directive disparaît. Dès lors que le contenu de l'acte réglementaire de transposition épouse exactement, comme il se doit de le faire, celui de la directive transposée, le débat contentieux porte, sous couvert de la contestation de la légalité interne de l'acte de droit interne, sur la substance même de l'acte communautaire. Ce n'est que dans une telle hypothèse de parfaite coïncidence entre le décret et le droit dérivé que votre contrôle appelle des modalités particulières(23).

Ce contrôle est fonction de la hiérarchie des normes et de la place qu'y occupe la directive qui constitue, comme nous venons de le voir, l'objet indirect du débat contentieux.

Il s'ensuit que ne peuvent être utilement invoqués les moyens qui seraient tirés de la violation de normes qui se trouvent situées, dans la hiérarchie, en dessous du droit communautaire dérivé. Nous ne sommes pas pour autant disposés à reconnaître que, dans une telle hypothèse, le pouvoir réglementaire se trouve en situation de compétence liée vis-à-vis des organes communautaires. En l'état de votre jurisprudence, une telle compétence liée entraînerait l'inopérance de tous les moyens, y compris de légalité externe. Or, nous verrons dans un instant que ces moyens restent bel et bien opérants.

Il n'empêche : dans la mesure où l'acte attaqué se borne à reprendre exactement certaines dispositions de la directive, celles-ci ne sauraient être indirectement contestées au regard de normes qui leur sont inférieures. C'est pourquoi la rédaction de votre décision précitée *Techna* ; qui écarte au fond le moyen dirigé contre le décret de transposition d'une directive et tiré de la violation de la loi du 3 février 1940, est incomplète. Comme le relevaient fort pertinemment dans leur chronique précitée les commentateurs autorisés de votre jurisprudence : « en pur droit, et conformément aux principes les mieux établis, le motif [...] aurait dû être assorti d'un en tout état de cause préservant la rédaction retenue de tout *a contrario* fâcheux ».

C'est bien le sens de votre jurisprudence. Vous écarterez comme inopérants les moyens tirés de la violation de dispositions législatives et articulés à l'encontre des dispositions réglementaires - ou du refus de les abroger - qui se bornent à rendre applicables en droit interne la norme prescrite par une directive (V. par exemple 10 juill. 2006, *Association pour l'interdiction des véhicules inutilement rapides*, Lebon 336 ; 2 oct. 2006, *Association Les jardiniers de la Mer*, n° 277722).

En revanche peuvent être utilement soulevés tous moyens invoquant la méconnaissance de normes qui sont situées, dans notre hiérarchie, au-dessus des directives.

Il en va ainsi, en premier lieu, des moyens tirés de la violation du droit communautaire originaire ou des principes généraux du droit communautaire. Les modalités d'examen de tels moyens, qui sont généralement présentés dans le cadre d'une exception d'invalidité de la directive dont l'acte attaqué assure la transposition et doivent dès lors être traités dans le cadre de la jurisprudence *Foto-Frost*, ne présentent pas de caractéristiques particulières. Nous ne nous y attarderons donc pas.

Selon nous seraient également opérants les moyens éventuellement tirés de la violation d'autres engagements internationaux de la France. Nous pensons en particulier à l'invocation d'une méconnaissance de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. A notre connaissance, la question n'est pas tranchée par votre jurisprudence (V. notamment 13 oct. 2003, *Mutuelle générale des employés et cadres*, qui réserve la question par un « en tout état de cause »). Certes, il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de se prononcer sur le bien-fondé des stipulations d'un engagement international ou sur sa validité au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France (8 juill. 2002, *Commune de Porta*, Lebon 260). Mais, comme nous allons tenter de vous le démontrer, dans un instant, un sort spécifique doit être réservé au droit dérivé par rapport aux traités. Il vous appartiendra d'en décider, le moment venu, éventuellement en vous inspirant de la jurisprudence *Bosphorus* de la Cour de Strasbourg. La question peut être aujourd'hui réservée.

Sont opérants, en second lieu, les moyens tirés de la méconnaissance du bloc de constitutionnalité.

Dans quelle mesure convient-il de contrôler la constitutionnalité des actes réglementaires de transposition des directives ?

La question se pose en des termes purs dans notre affaire en l'absence de tout écran législatif.

Il en va, selon nous, du respect de la suprématie de la Constitution qui constitue à la fois le sommet de notre pyramide normative et la clef de voûte de notre édifice institutionnel(24).

La suprématie de la Constitution dans l'ordre interne a été affirmée avec force par votre décision *Sarran et Levacher* (Ass. 30 oct. 1998, Lebon 368 ; RFDA 1998. 1081, concl. C. Maugué) : « si, aux termes de l'article 55 de la Constitution, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »(25). Les termes retenus ne réservant pas un sort particulier au droit communautaire, vous avez ensuite précisé que la suprématie de ce dernier ne saurait prévaloir, dans l'ordre interne, sur la Constitution (3 déc. 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, Lebon 624).

Cette suprématie des principes et dispositions à valeur constitutionnelle a pour conséquence qu'il vous incombe de vous assurer, dans les limites de votre compétence, de leur respect.

Quelles sont ces limites ?

Confirmant votre jurisprudence *Sieur Arrighi* (Sect. 6 nov. 1936, Lebon 966), vous avez jugé, après avoir rappelé « que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution et que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation », « qu'il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application » (5 janv. 2005, *M^{lle} Deprez et Baillard*, Lebon 1 ; RFDA 2005. 56, comm. B. Bonnet).

De même, vous considérez qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de se prononcer sur le moyen tiré de ce qu'un traité méconnaîtrait des principes constitutionnels (V., s'agissant de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 8 juill. 2002, *Commune de Porta* précitée qui s'inscrit dans la ligne de votre décision Ass. 18 déc. 1998 *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI « Haselaecker »*, Lebon 483, qui ouvre le contrôle de la régularité de la procédure d'introduction du traité dans l'ordre interne en réservant celui de la conformité du contenu du traité au texte constitutionnel). Si l'arrêt *Sarran* juge que l'application de la loi constitutionnelle ne saurait être écartée au regard des engagements internationaux souscrits par la France, « rien n'indique que le Conseil d'Etat ait entendu sur un plan général se faire juge de la conformité d'un traité à la Constitution » comme le souligne le commentaire de l'arrêt au GAJA (n° 106, 15^e éd.). C'est donc fort logiquement que vous écarterez comme inopérant un moyen d'inconstitutionnalité soulevé à l'encontre de dispositions

réglementaires qui se bornent à reprendre les stipulations d'une convention internationale (V., s'agissant dans les deux cas d'un moyen tiré de la violation du principe d'égalité, Sect. 13 mars 1964, *Vassile*, Lebon 179 ; 3 nov. 1999, *Groupement national de défense des porteurs des titres russes*, Lebon 343). Mais vous ne vous interdisez pas d'interpréter la portée d'un engagement international conformément à un principe de valeur constitutionnelle (Ass. 3 juill. 1996, *Koné*, Lebon 255 ; V., pour l'application d'un règlement communautaire à la lumière des exigences constitutionnelles, CE, réf., 3 juin 2005, *Olziibat*, Lebon T. 920).

Plusieurs fondements sont avancés pour justifier votre incompétence pour contrôler, même indirectement, la constitutionnalité des traités à raison de leur contenu. Il est parfois soutenu qu'il s'agit d'actes de gouvernement. Dans l'hypothèse où le traité a été reçu en droit interne par une loi, celle-ci ferait écran au contrôle de constitutionnalité. Est également avancé le respect de la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi, dont le Conseil constitutionnel a jugé qu'elle figurait au nombre des règles du droit public international auxquelles la République se conforme en vertu du 14^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (décis. n° 92-308 DC du 9 avr. 1992). A tous ceux-là, nous ajoutons le motif tiré que l'article 54 confie le soin au Conseil constitutionnel de vérifier, avant sa ratification ou son autorisation, qu'un engagement international ne comporte pas une clause contraire à la Constitution. L'existence d'un autre juge chargé de ce contrôle vous dispense, sinon vous empêche, de l'exercer.

Nous pensons en revanche que vous restez dans les limites de votre compétence en vous assurant de la constitutionnalité des actes de droit dérivé à l'occasion de recours dirigés contre les actes réglementaires qui en assurent la transposition.

Cette conviction que, ce faisant, vous n'excéderez pas votre office, repose sur deux fondements.

Le premier fondement tient à l'ancrage constitutionnel que constitue l'article 88-1. Il vous incombe en effet de veiller au respect de l'obligation constitutionnelle de transposition des directives qui en découle en votre qualité de juge des actes réglementaires de transposition. Mais cette obligation n'est pas absolue : elle ne s'impose qu'à deux conditions. La directive à transposer doit d'abord respecter l'ordre juridique communautaire - c'est la première condition, qui tient à sa validité. Elle doit également respecter le bloc de constitutionnalité dans la mesure où l'exigence constitutionnelle de transposition n'emporte, par elle-même, aucune habilitation générale à méconnaître les règles de fond de valeur constitutionnelle - c'est la seconde condition, qui tient à sa constitutionnalité. Si l'article 88-1 avait par avance couvert d'éventuelles dérogations à d'autres règles constitutionnelles, les révisions de la Constitution postérieures à son adoption n'auraient pas été utiles. En d'autres termes, la transposition d'une directive ne constitue une obligation constitutionnelle que si et dans la mesure où elle respecte, dans son contenu, les règles et principes de valeur constitutionnelle. La hiérarchie des normes implique nécessairement que les directives respectent les normes qui leur sont supérieures.

Le second fondement tient à ce que, contrairement à la constitutionnalité des traités et des lois, il n'existe pas, dans notre ordre juridictionnel interne, de juge chargé de s'assurer de la constitutionnalité des directives à l'occasion de leur transposition directe par le pouvoir réglementaire. C'est pourquoi nous pensons qu'il vous appartient d'exercer ce contrôle, à l'instar de ce que fait le Conseil constitutionnel lorsque la transposition est assurée par le législateur.

La similitude de vos missions respectives justifie que vous vous inspiriez des modalités de son contrôle. Mais la spécificité de votre position institutionnelle, par rapport à la sienne, impose que vous les adaptiez aux caractéristiques de votre intervention.

Si vous nous suivez, vous jugerez qu'il résulte des dispositions combinées des articles 55 et 88-1 de la Constitution que le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement la transposition des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive est appelé à s'exercer selon des modalités particulières.

Nous distinguerons le contrôle de la légalité externe de l'acte réglementaire attaqué de celui de sa légalité interne.

En effet, le contrôle des règles de compétence, de forme et de procédure ne se trouve en rien affecté. Il est en effet de jurisprudence constante que les mesures prises par les autorités nationales pour assurer l'application des normes internationales doivent toujours être édictées dans le respect des règles de compétence et de procédure de droit interne (V. notamment Sect. 7 juill. 1978, *Jonquières d'Oriola*, Lebon 300 et s'agissant d'une règle communautaire 30 juill. 2003, *Association « Avenir de la langue française »*, Lebon 347 ; 27 juill. 2006, *Association « Avenir de la langue française »* précité)(26). Votre décision précitée *Société Techna* le confirme, de manière fort orthodoxe sur ce point, en examinant, après que la validité de la directive dont le décret attaqué assurait la transposition eut été reconnue par la Cour de justice, sur renvoi préjudiciel, les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure au terme de laquelle le décret attaqué a été adopté et de l'incompétence du pouvoir réglementaire pour prendre de telles mesures.

Les modalités particulières de contrôle concernent en revanche l'examen des moyens de légalité interne qui seraient tirés de la méconnaissance d'un principe ou d'une disposition de valeur constitutionnelle.

Nous vous invitons à vous inspirer de la démarche retenue par le Conseil constitutionnel et à procéder, à la faveur de l'examen des moyens d'inconstitutionnalité dont vous serez saisis, au transport du bloc de constitutionnalité français vers l'ordre juridique communautaire. Cette opération de translation, qui conduira à ce que votre contrôle de constitutionnalité s'effectue, pour partie, sous le timbre du droit communautaire, est inédite dans votre jurisprudence(27). Elle repose sur une triple justification.

Elle répond en premier lieu à un souci de logique juridique. Dès lors que l'obligation constitutionnelle de transposition ne s'impose qu'à raison des directives qui sont valides, il convient de rechercher prioritairement à régler la contestation indirecte de l'acte de droit dérivé au regard de l'ordre juridique communautaire. La question de la constitutionnalité d'une directive ne saurait se poser que si celle-ci est valide.

Elle vise en deuxième lieu à éviter tout doublon dans le contrôle juridictionnel. Dans l'hypothèse où le principe constitutionnel dont la méconnaissance est invoquée correspond à un principe général du droit communautaire, l'opération de translation écarte, de manière préventive, le risque que deux juges se prononcent successivement, voire simultanément, sur ce qui constitue, en substance, la même question, sans certitude absolue que leurs réponses convergent.

En troisième lieu, l'unicité du contrôle ainsi garantie constitue le gage de l'unité du droit et de son application uniforme, particulièrement souhaitable lorsque est en cause un acte de droit communautaire.

Vous pourriez hésiter à procéder à ce qui s'apparente, à première vue, à une communautarisation partielle du droit constitutionnel français. Les trois séries de considérations qui suivent sont de nature à dissiper les craintes qui pourraient tenir, d'une part, à un abaissement du niveau de protection et, d'autre part, à un abandon de souveraineté juridique.

En premier lieu, nous considérons, comme nous vous l'avons déjà dit, que ces modalités particulières de contrôle trouvent leur fondement dans la participation de la France aux Communautés et à l'Union européenne qui est consacrée constitutionnellement par l'article 88-1 et, partant, dans l'inscription de notre ordre juridique au sein de l'espace communautaire. Dans sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil constitutionnel a affirmé qu'en adoptant l'article 88-1, « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ».

Dans cette perspective, il convient de souligner l'importance des principes qui sont communs aux deux ordres juridiques. Cela tient à la fois à l'article 6 du TCE(28) et à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg(29).

Ce faisant, vous ne consentez donc à aucun transfert de souveraineté juridique.

La deuxième série de considérations tient à la nature du critère que nous vous proposons de retenir pour procéder au basculement d'un ordre juridique à l'autre. Rappelons que le Conseil constitutionnel renonce à l'exercice de son contrôle au profit du juge communautaire hormis si sont en cause des règles inhérentes à notre identité constitutionnelle.

Pour notre part, nous préférons un autre critère plus adapté à votre contrôle. Nous ne croyons pas qu'il vous appartienne nécessairement, statuant au contentieux, de définir, au détour de l'examen d'un moyen, ce qu'est ou n'est pas l'identité constitutionnelle de notre pays. Nous vous proposons 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 par le juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué.

La démarche que nous vous invitons à retenir consiste donc à subordonner l'opération de translation de notre ordre juridique interne à l'ordre juridique communautaire à l'existence d'une équivalence des protections. Il s'agit d'une démarche concrète, qui part du moyen tel qu'il est invoqué, et qui confronte, en l'état actuel des jurisprudences (celles du Conseil constitutionnel et la vôtre d'une part, celle de la Cour de justice des Communautés européennes de l'autre), les niveaux de protection qui sont respectivement offerts.

Cette opération comportera deux étapes.

Il vous faudra tout d'abord vérifier si le principe ou la règle de valeur constitutionnelle possède ou non un équivalent à l'échelon communautaire. C'est la recherche du caractère spécifique à notre ordre constitutionnel de la norme invoquée. S'il n'existe aucun équivalent, l'opération s'arrête. Sinon, il convient de passer à la seconde étape qui consiste à vérifier si la règle ou le principe communautaire possèdent, au regard du moyen invoqué, une portée garantissant l'effectivité du respect des principes et dispositions de valeur constitutionnelle dont la méconnaissance est alléguée.

Dans l'affirmative, vous ne devrez vous prononcer qu'au regard de cette règle ou de ce principe général du droit communautaire, en vous assurant de la conformité à ceux-ci de la directive dont le décret assure la transposition.

Ce basculement dans l'ordre juridique communautaire se traduira par la requalification du moyen(30). Là où seul le droit constitutionnel était invoqué, vous procéderez, après vous être assurés de l'équivalence des protections, à une forme de « substitution de base légale » du moyen. Mais ce changement de norme de référence se justifie par le détour juridique qui vous est imposé en vous amenant à vous prononcer indirectement sur un acte de droit dérivé alors que vous êtes saisis d'un acte de droit français. Autant que faire se peut, vous procéderez à ce déplacement du contrôle et la contestation de la constitutionnalité du décret de transposition débouchera sur une appréciation de la validité de la directive au regard de l'ordre juridique communautaire.

Cette démarche, concrète et systématique, se rapproche de celle effectuée par la Cour constitutionnelle italienne dans la jurisprudence *Fragd*. Elle s'apparente également à celle que l'Assemblée générale consultative du Conseil d'Etat a retenue dans son avis du 26 septembre 2002 (EDCE n° 54, p. 192). Dans cet avis, l'Assemblée générale a estimé que l'introduction en droit français de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen appelait au préalable une révision constitutionnelle après avoir recherché vainement si le principe de valeur constitutionnelle de prohibition de l'extradition pour les infractions à caractère politique pouvait être rattaché à un principe général du droit communautaire de portée identique.

Notre troisième série de considérations tient à ce que la démarche que nous vous proposons vous permet d'exercer votre contrôle juridictionnel dans tous les cas. Vous resterez toujours, quoi qu'il en soit, compétents pour statuer sur les moyens invoqués. Mais le conflit de normes auxquels vous serez confrontés appellera deux modes de résolution différents.

Dans l'hypothèse d'une équivalence des protections -le droit communautaire devant être au moins aussi protecteur que le droit constitutionnel français-, vous examinerez le moyen, dans les conditions prévues par l'article 234 du TCE, en faisant application de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes *Foto-Frost* (22 oct. 1987, 314-85, Rec. 4199). En l'absence de difficulté sérieuse quant à la validité de la directive, vous serez compétents pour écarter le moyen sans renvoi préjudiciel (18 sept. 1998, *Société Demesa*, Lebon 335). En revanche, dans le cas où la validité de la directive vous semblerait douteuse « eu égard au caractère sérieux de la contestation soulevée », vous procéderez au renvoi préjudiciel (22 avr. 1988, *Assemblée Générale des producteurs de blé*, Lebon 151). Une telle délégation du contrôle, que vous exercerez *in fine* après la réponse fournie par la Cour de Luxembourg, est parfaitement justifiée par le souci d'une application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des Etats-membres. C'est l'une de vos particularités par rapport au Conseil constitutionnel que de pouvoir saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Cette faculté procédurale conforte, parce qu'elle permet d'éviter tout angle mort juridictionnel, le choix d'adopter la logique du contrôle du Conseil constitutionnel. L'éventuelle communautarisation du débat constitutionnel ne nuit en effet en rien à l'efficacité de votre contrôle.

Si le critère que nous vous invitons à retenir est plus exigeant que celui adopté par le juge constitutionnel, c'est aussi parce qu'il vous conduit, le cas échéant, à saisir le juge communautaire. Il vous appartient dès lors de vérifier au préalable que le litige se pose dans des termes comparables, dans les deux ordres juridiques, sauf à prendre le risque de renvoyer à la Cour de justice une question impertinente.

Dans l'hypothèse inverse - est en cause un principe spécifique à notre bloc constitutionnel ou bien un principe commun dont la portée en droit interne est spécifique à la France -, il n'y a pas lieu de procéder à l'opération de translation. C'est au regard de la règle ou du principe de droit interne que vous procéderez au contrôle indirect de la constitutionnalité de la directive. Ce faisant, vous serez amenés à confronter deux normes de valeur constitutionnelle : l'obligation de transposition, d'une part, et la règle de fond que le respect de celle-ci serait susceptible de méconnaître. Dans le cas où le moyen serait fondé, il vous reviendra d'annuler l'acte de transposition. Ce faisant, vous ferez provisoirement obstacle à la transposition de la directive, plaçant par là même la France en situation de manquement. Mais c'est la conséquence, théoriquement imparable, de la suprématie de la Constitution dans notre ordre interne. Et nous ne concevons pas que vous renonciez à être les garants de son respect.

Pour audacieuse qu'elle puisse paraître, la grille de contrôle que nous vous invitons à adopter aujourd'hui nous semble raisonnable. Il est temps désormais d'en faire application à la requête dont vous êtes saisis.

Le premier moyen est tiré de l'erreur manifeste d'appréciation à avoir inclus les entreprises de sidérurgie dans le champ d'application du décret litigieux. Mais comme nous vous l'avons dit, la soumission des activités de sidérurgie au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre est prévue par l'annexe I de la directive du 13 octobre 2003, dont l'annexe au décret du 19 août 2004 se borne à reprendre, à l'identique, le contenu. Or, la directive exclut la possibilité, pour un Etat membre, de soustraire des activités visées à l'annexe I au champ d'application du système. Le pouvoir réglementaire ne pouvant donc, en l'espèce, se livrer à aucune appréciation quant au champ d'application du décret, le moyen tiré de ce que celui-ci serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation ne peut qu'être écarté (V. pour un raisonnement de ce type votre décision précitée *Association Les jardiniers de la Mer*).

Il est ensuite soutenu que l'article 1^{er} du décret méconnaîtrait le principe de sécurité juridique. Ce deuxième moyen fait référence au droit communautaire. Si les requérants avaient invoqué le principe de sécurité juridique de droit

interne que vous avez consacré par votre décision *KPMG* (Ass. 24 mars 2006, Lebon 154 ; RFDA 2006. 463, concl. Y. Aguila, F. Moderne, p. 483), vous auriez été nécessairement amenés à vous prononcer sur la valeur de ce principe. Conformément à ce que nous vous avons dit, le moyen n'aurait en effet été opérant que si le principe invoqué est de valeur constitutionnelle. Vous n'aurez pas à trancher cette question aujourd'hui dans la mesure où le moyen tel qu'il est soulevé est doublement opérant : la situation litigieuse est en effet régie par le droit communautaire et la sécurité juridique constitue un principe général du droit communautaire que ne doivent pas méconnaître les actes de droit dérivé.

Ce principe général du droit communautaire (CJCE 4 juill. 1973, *Westzicher*, aff. 1/73 ; 25 janv. 1979, *Racke*, aff. 98/78) est « surtout destiné à protéger les particuliers contre des modifications de la règle de droit qui, même si elles sont légales, sont à ce point brutales que leurs conséquences sont inévitablement choquantes » pour citer Jean-Pierre Puissechet (*in* « Vous avez dit confiance légitime ? » Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996).

Nous n'avons aucun doute pour vous proposer d'écarter le moyen : la seule circonstance invoquée à savoir que les entreprises du secteur sidérurgique ne pourraient prévoir à quel prix elles devront, le cas échéant, acheter des quotas ne saurait en effet caractériser une méconnaissance de ce principe.

Les sociétés requérantes soutiennent ensuite que l'article 1^{er} du décret méconnaîtrait plusieurs principes à valeur constitutionnelle : le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et le principe d'égalité. Si vous nous avez suivi, l'examen de ces moyens implique que vous recherchiez s'il existe, dans l'ordre juridique communautaire, des principes similaires et de portée équivalente. Cette analyse doit s'effectuer, rappelons le, au regard des moyens tels qu'ils sont formulés et de l'argumentation concrète des requérants.

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

En l'espèce, l'analyse ne nous retiendra guère longtemps.

Nous relevons en premier lieu que le droit de propriété et la liberté d'entreprendre constituent des principes généraux du droit communautaire. Avant sa consécration par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux, la jurisprudence communautaire n'ignorait pas l'existence et la protection du droit de propriété (V. pour un rappel récent 10 juill. 2003, *Booker Aquaculture LTD*). S'agissant de la liberté d'entreprendre, nous relevons que si le principe n'en est pas énoncé en tant que tel dans le traité, la Cour fait figurer parmi les droits fondamentaux « le libre exercice de l'activité économique » (V. notamment 14 mai 1974, *Nold* ; 27 sept. 1979, *SPA Eridania*). En outre, la liberté d'entreprise est consacrée à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux ce qui nous conforte alors même qu'elle est dépourvue de portée contraignante.

Nous constatons en deuxième lieu que ces deux principes ont, au regard du moyen invoqué, une portée garantissant l'effectivité du respect des principes et dispositions de valeur constitutionnelle dont la méconnaissance est alléguée.

Tel est d'abord le cas du principe de propriété- il en irait différemment si était invoquée, dans une requête, le droit des propriétés publiques qui ne trouve pas d'équivalent en droit communautaire. Dans son arrêt du 13 décembre 1979 *Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz*, la Cour affirme en effet que le droit de propriété est garanti dans l'ordre communautaire conformément aux conceptions communes aux constitutions des Etats-membres reflétées également par le premier protocole joint à la Convention européenne des droits de l'homme.

S'agissant de la liberté d'entreprendre, le professeur Laurence Idot écrit : « Etroitement liée au principe de libre circulation dans ses diverses composantes, la liberté d'entreprendre a néanmoins une portée encore plus large que celui-ci. La Cour de justice y rattache en particulier les deux piliers du droit privé que sont la propriété et la liberté contractuelle ».

Nous en déduisons qu'il y a lieu, de procéder à la requalification des moyens et de rechercher, pour apprécier la constitutionnalité du décret litigieux, si la directive du 13 octobre 2003, en tant qu'elle inclut dans son champ d'application les entreprises du secteur sidérurgique, ne contrevient pas elle-même à ces principes généraux du droit communautaire.

Ne nourrissant aucun doute sérieux sur ces questions, nous vous proposons d'écarter vous-mêmes ces moyens, sur le terrain du droit communautaire. En effet, la seule circonstance que les entreprises du secteur sidérurgique soient incluses dans le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre ne saurait être regardée comme portant atteinte aux principes généraux du droit communautaire qui garantissent le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, dès lors qu'une telle atteinte ne pourrait résulter, le cas échéant, que du niveau de réduction des émissions de gaz à effet de serre assigné à ce secteur dans le cadre du plan national d'allocation des quotas

prévu par l'article 8 de la directive et approuvé par un décret distinct du décret contesté. En d'autres termes, les requérantes invoquent les principes en cause de manière prématurée.

Le dernier moyen est tiré de la méconnaissance du principe d'égalité à valeur constitutionnelle. Il comporte deux branches que nous examinerons successivement. Là encore, il convient de partir du moyen tel qu'il est formulé.

La première branche du moyen est tirée de ce que les entreprises du secteur sidérurgique se trouveraient placées dans une situation différente de celles des autres entreprises soumises au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre et ne pourraient, dès lors, faire l'objet du même traitement, celles-là utilisant le charbon comme matière première là où celles-ci l'emploient comme combustible. Vous écarterez cette branche comme inopérante. Rappelons en effet que le principe constitutionnel d'égalité n'implique pas que des personnes se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents (Ass. 28 mars 1997, *Société Baxter et autres*, Lebon 114).

Nous n'ignorons pas qu'en revanche, le principe général du droit communautaire d'égalité comporte de telles implications⁽³¹⁾. Il pourrait sembler paradoxal qu'au moment où vous vérifiez que les conditions de la translation de notre bloc de constitutionnalité à l'ordre juridique communautaire sont remplies, vous n'en tiriez aucune conséquence. Cette façon de procéder est pourtant fort orthodoxe. Comme nous vous l'avons expliqué, la requalification du moyen dépend de la façon dont il est formulé. Dès lors que les requérantes, qui auraient pu utilement invoquer sur ce point la méconnaissance des règles communautaires, se bornent à faire référence au principe constitutionnel d'égalité, c'est au regard de ce principe et de la portée qu'il revêt aujourd'hui dans votre jurisprudence et celle du Conseil constitutionnel qu'il convient de définir les limites du débat contentieux. L'enjeu de notre démarche consiste à apprécier si et dans quelle mesure il y a lieu de transporter la contestation de notre ordre juridique interne à l'ordre juridique communautaire. Mais encore faut-il qu'il y ait quelque chose à transporter. En d'autres termes, le moyen doit être opérant en droit interne pour pouvoir être requalifié. Toute autre façon de faire, pour séduisante qu'elle puisse paraître, consisterait à attirer, à la faveur d'une opération qui n'a pas cet objet, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg dans le bloc de constitutionnalité. Nous nous y refusons : l'imbrication des deux ordres juridiques n'implique pas leur totale fusion.

La seconde branche du moyen est en revanche opérante. Les sociétés requérantes soutiennent en effet que l'article 1^{er} du décret contesté méconnaît le principe d'égalité au motif que les entreprises relevant de secteurs concurrents, notamment du plastique et de l'aluminium, et émettant des quantités équivalentes de gaz à effet de serre, ne sont pas assujetties au système d'échange de quotas.

Nous pouvons donc rechercher si les conditions de la translation sont réunies.

Le premier point ne présente aucune difficulté : le principe d'égalité constitue bien un principe général du droit communautaire (V. notamment 8 oct. 1980, *Überschär*). Le deuxième guère davantage : il ressort en effet de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que la méconnaissance de ce principe peut notamment résulter de ce que des situations comparables sont traitées de manière différente, à moins qu'une telle différence de traitement soit objectivement justifiée (19 oct. 1977, *Ruckdeschel c/ Hauptzollamt Hamburg St Annen*). Nous en déduisons que la portée du principe général du droit communautaire garantit, au regard du moyen invoqué, l'effectivité du respect du principe constitutionnel en cause. En réalité, le droit communautaire va, sur ce point, plus loin que notre droit interne (V. l'article d'Anastasia Iliopoulou sur « Le principe d'égalité et de non-discrimination » - contribution au « Droit administratif européen » à paraître chez Bruylant).

Si vous nous suivez, vous rechercherez, toujours à l'effet de vous prononcer sur le moyen qui est articulé à l'encontre du refus d'abroger l'article 1^{er} du décret litigieux, si la directive du 13 octobre 2003, en tant qu'elle inclut dans son champ d'application les entreprises du secteur sidérurgique, ne contrevient pas au principe général du droit communautaire d'égalité.

Cette dernière question est autrement délicate.

Il ressort en effet des pièces du dossier que les industries du plastique et de l'aluminium émettent des gaz à effet de serre identiques à ceux dont la directive du 13 octobre 2003 a entendu limiter l'émission. Il apparaît également que ces industries produisent des matériaux qui sont partiellement substituables à ceux produits par l'industrie sidérurgique et se trouvent donc placées en situation de concurrence avec celle-ci. Or, elles ne sont pas couvertes, en tant que telles, par le système d'échange de quotas de gaz à effet de serre, et ne lui sont indirectement soumises qu'en tant qu'elles comportent des installations de combustion d'une puissance calorifique de combustion supérieure à 20 MW.

Si nous ne nourrissons guère de doute sur ce dernier moyen, c'est uniquement pour reconnaître l'existence d'une discrimination. Mais la différence de traitement ainsi instituée par la directive est-elle objectivement justifiée?

En défense, il est soutenu que la décision de ne pas inclure immédiatement, en tant que telles, les industries du plastique et de l'aluminium dans le système a été prise en considération de leur part relative dans les émissions totales de gaz à effet de serre et de la nécessité d'assurer la mise en place progressive d'un dispositif

d'ensemble(32).

Nous savons que la protection de l'environnement constitue un objectif d'intérêt général qui peut être qualifié d'objectif essentiel de la Communauté (V. notamment CJCE 13 sept. 2005, *Commission c/ Conseil de l'Union européenne*). Mais cela est-ce suffisant pour justifier une telle différence de traitement ?

En droit interne, vous admettez que la mise en oeuvre progressive d'une réglementation ne porte pas atteinte au principe d'égalité si elle est justifiée par les difficultés pratiques qu'entraînerait une application générale immédiate (Sect. 13 oct. 1967, *Peny*, Lebon 365 ; 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonneuve et Millet*, Lebon 330). A notre connaissance, la Cour admet que les institutions communautaires puissent procéder par étapes à l'harmonisation des législations et n'exige dès lors qu'une suppression progressive des mesures nationales s'opposant à cette harmonisation (29 févr. 1984, *Rewe-Zentral AG*, aff. 37/83, Rec. 1229, point 20 ; 17 juin 1999, *Société Critouridienne de distribution*, C-166/98, Rec. I-3791, point 26 ; 13 mai 1997, *RFA c/ Parlement européen et Conseil*, C-233/94, Rec. I-2405, point 43). Mais un tel raisonnement est-il transposable à la mise en oeuvre d'une nouvelle réglementation ?

Vous l'aurez compris, nous estimons que la question que pose ce dernier moyen soulève une difficulté sérieuse. Nous vous invitons dès lors à saisir la Cour de justice des Communautés européennes, en application de l'article 234 du TCE, de la question préjudicielle de la validité de la directive du 13 octobre 2003 au regard du principe d'égalité(33) en tant qu'elle rend applicable le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre aux installations du secteur sidérurgique, sans y inclure les industries de l'aluminium et du plastique et de surseoir à statuer sur les conclusions de la requête jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée.

Le renvoi préjudiciel auquel vous procéderez, si vous nous suivez, et auquel ne fait pas obstacle la procédure, actuellement pendante, introduite par la société Arcelor devant le Tribunal de première instance, appelle deux brefs commentaires. Il prouve, en premier lieu, que la construction que nous venons d'échafauder n'a rien de théorique. Dès sa première application, vous témoignerez en effet de votre absence de réserve à mettre en pratique cette nouvelle forme de coopération juridictionnelle. En second lieu, ce renvoi contribuera à l'efficacité de votre contrôle juridictionnel. Par votre intermédiaire, la délicate question du respect du principe d'égalité sera en effet portée directement devant la Cour de justice. La solution qu'elle adoptera au regard du droit communautaire vaudra pour l'ensemble des Etats membres, ce qui est loin d'être négligeable compte tenu de l'importance des enjeux économiques qui sont en cause.

Si vous nous avez suivi, vous différerez l'examen des conclusions présentées à titre subsidiaire à raison du sursis à statuer sur les conclusions principales.

Avant de terminer ces longues conclusions, nous voudrions ajouter deux dernières séries de considérations.

La solution que nous venons de vous présenter répond aux exigences du dialogue des juges dans le cadre duquel nous avons d'emblée inscrit nos réflexions. S'inspirant directement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, tout en l'adaptant à votre office, elle s'en approprie les prémisses essentielles et la logique d'ensemble. Cette convergence, s'agissant de la définition de notre hiérarchie des normes, est plus que nécessaire. Elle participe également, de manière harmonieuse, au concert des cours suprêmes nationales qui cherchent toutes, dans le respect de leurs traditions respectives, à ce qu'à l'imbrication des droits constitutionnels et du droit communautaire corresponde une efficace et loyale coopération des juridictions. Elle confirme enfin, et contribuera à renforcer, la confiance qui marque désormais vos relations fonctionnelles avec la Cour de justice des Communautés européennes.

Le rôle d'aiguilleur que nous vous invitons à remplir afin de résoudre le conflit de normes qui vous est soumis correspond enfin à la conception que nous avons de votre mission. Là où seraient mis en cause des règles ou principes constitutionnels qui, sans équivalents dans l'ordre juridique communautaire, correspondent au génie juridique propre à notre pays, prenant vos responsabilités et mettant la puissance publique devant les siennes(34), vous veillerez au respect strict de notre Constitution. Mais là où en revanche règles et principes coïncident, le partage de souveraineté juridictionnelle auquel vous consentirez contribuera, de manière fort opportune, à ce que les juridictions nationales et la juridiction européenne puissent se relayer et se compléter efficacement pour assurer le nécessaire respect d'un espace juridique désormais partagé.

Par ces motifs, nous concluons à ce qu'il soit donné acte du désistement de la requête de la société Ugitech ; à ce qu'il soit sursis à statuer sur la requête de la société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée sur la question de la validité de la directive du 13 octobre 2003 au regard du principe d'égalité en tant qu'elle rend applicable le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre aux installations du secteur sidérurgique sans y inclure les industries de l'aluminium et du plastique et au renvoi de cette question à la Cour de justice des Communautés européennes.

(1) Par ailleurs, le plan national d'affectation des quotas d'émission de gaz à effet de serre pour la période 2005-

2007 a été approuvé par le décret n° 2005-190 du 25 février 2005.

(2) Cette directive a été modifiée par une directive du 27 octobre 2004 qui n'a pas affecté son champ d'application sur le point en litige.

(3) V. également 11 janv. 2000, *Kreil*, C-285/98, Rec. I-60.

(4) Dans un cas au moins, le Conseil constitutionnel a été amené à censurer partiellement une loi portant transposition d'une directive (V. décis. n° 94-348 DC du 3 août 1994).

(5) Dans son étude : « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire » in J.-Cl. Europe août-sept. 2004, p. 6

(6) V. notamment, J. Arrighi de Casanova, La décision du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes, AJDA 2004. 1534 ; P. Cassia, Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française, RFDA 2005. 465 ; J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, Actualité du droit communautaire, AJDA 2004. 2261.

(7) V. également en ce sens O. Dupéré, Le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. Lectures croisées par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, RFDC 2005. 61.

(8) AJDA 2004. 1534, préc.

(9) X. Magnon, dans son article précité.

(10) Dr. adm. oct. 2006. 31

(11) Le texte déféré est, derrière l'apparence d'une loi nationale, substantiellement un acte communautaire.

(12) Cette solution doit être rapprochée de la décision n° 77-90 DC du 30 décembre 1977 par laquelle le Conseil constitutionnel, saisi du projet de loi de finances rectificatives, avait refusé d'exercer un quelconque contrôle sur le règlement communautaire du 17 mai 1977.

(13) Cette exception au consentement donné par le Constituant à la transposition du droit communautaire peut être justifiée par la règle *specialia generalibus derogant*.

(14) Selon J.-E. Schoettl, la méconnaissance par le droit communautaire dérivé d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France relève d'hypothèses qui devraient rester très rares en pratique.

(15) V. l'article du professeur Moderne, RFDA 2005. 43. V. également Ana Santamaria Dacal, Ratification du traité instituant une Constitution pour l'Europe en Espagne, Supplément de la lettre de la fondation Robert Schuman n° 195, 17 janv. 1995.

(16) Aux termes duquel : « Une loi organique pourra autoriser la conclusion de traités par lesquels est attribué à une organisation ou institution internationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution. Il appartient aux Cortes générales ou au Gouvernement, selon les cas, de garantir l'exécution de ces traités et des résolutions émanant des organismes internationaux ou supranationaux qui bénéficient de ce transfert de compétences ».

(17) Dans son article « Les bananes et les droits fondamentaux : la Cour constitutionnelle allemande fait le point » in Cah. dr. eur. 2001. 427.

(18) Cah. Cons. const. 1998, n° 4.

(19) La décision *Association « Avenir de la langue française »* (27 juill. 2006, Lebon 379) ne tranche pas la question qui vous est aujourd'hui posée. Le conflit entre l'article 2 de la Constitution et le droit communautaire ne se pose pas dans la mesure où l'obligation constitutionnelle d'usage du français ne n'impose pas dans les relations de droit privé qui étaient seules en litige.

(20) Comme l'écrivait Yves Galmot, dans son commentaire de la décision *Nicolo* (CJEG mars 1990) : « laisser le droit dérivé hors de l'habilitation de l'article 55 de la Constitution reviendrait à faire sortir de cette habilitation la majeure partie du traité lui-même, car le droit dérivé tient son autorité vis-à-vis des droits nationaux des diverses dispositions du traité [...] ».

(21) Et vous en avez déduit que « quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des Etats membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces Etats à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel ».

(22) V. notamment sur ce point le commentaire du professeur Denys Simon, L'obscurité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires, Europe, oct. 2006.

(23) Il en irait de même s'agissant d'un décret d'application d'un règlement communautaire.

(24) « Dans l'ordre interne, tout procède de la Constitution [...] toutes les règles juridiques applicables sur le territoire de l'Etat procèdent de la Constitution soit qu'elles figurent explicitement ou implicitement dans celle-ci, soit qu'elles soient contenues dans les actes édictés suivant les procédures et conformément aux règles de compétence prévues par la Constitution : conventions internationales, lois et règlements ». R. Abraham *in* « Droit international, droit communautaire et droit français », Hachette, 1989.

(25) La Cour de cassation a fait de même dans sa décision du 2 juin 2000 *Pauline Fraisse*. Pour sa part, le Conseil constitutionnel a réaffirmé, dans sa décision du 19 novembre 2004 relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe, que la Constitution française se place « au sommet de l'ordre juridique interne ».

(26) V. également en ce sens Sect. 8 mars 1983, n° 332941.

(27) Elle s'apparente néanmoins à des techniques qui vous sont familières. Vous n'hésitez ainsi pas, lorsque la portée des exigences qui en découlent est analogue, à traiter indifféremment des moyens invoquant certaines stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme et ceux invoquant certains principes généraux du droit.

(28) Dont il faut rappeler que le 2 prévoit que « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire [...] ».

(29) Ajoutons en outre que l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux introduit un « effet cliquet » par rapport aux constitutions des Etats membres et à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

(30) Requalifier un moyen n'équivaut pas à le soulever d'office. Notre raisonnement n'écorne en rien la jurisprudence *Morgane* (Sect. 11 janv. 1991, Lebon 9).

(31) V. notamment *Racke c/ Hauptzollamt Mainz*.

(32) V. sur ce point l'exposé des motifs de la directive.

(33) Nous relevons que si la Cour de justice estimait devoir apprécier, pour répondre à votre question, le respect du principe d'égalité sous ses deux angles, rien ne lui interdirait de se saisir de la branche du moyen que vous avez écartée en amont comme inopérante. Et si elle estimait devoir répondre sur ce point, vous seriez également tenus par sa réponse dans cette mesure, en application de votre décision précitée *Société De Groot en Slot Allium B. V. et autre*.

(34) Parmi les voies qui sont envisageables pour éviter à la France d'être en manquement, nous évoquerons la renégociation de la directive et la révision de la Constitution.

Conseil d'État, Assemblée, 8 février 2007, n° 287110, SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE

Vu la requête, enregistrée le 15 novembre 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE, dont le siège est Immeuble La Pacific, 11-13, cours Valmy, La Défense 7, à Puteaux (92800), la SOCIETE SOLLAC MEDITERRANNEE, dont le siège est Immeuble La Pacific, 11-13, cours Valmy, la Défense 7, à Puteaux (92800), la SOCIETE ARCELOR PACKAGING INTERNATIONAL, dont le siège est Immeuble La Pacific, 11-13, cours Valmy, la Défense 7, à Puteaux (92800), la SOCIETE UGINE et ALZ FRANCE, dont le siège est Immeuble La Pacific, 11-13, cours Valmy, la Défense 7 à Puteaux (92800), la SOCIETE INDUSTRIE LOIRE, dont le siège est Immeuble La Pacific, 11-13, cours Valmy, la Défense 7, à Puteaux (92800), la SOCIETE CREUSOT METAL, dont le siège est Immeuble La Pacific, 11-13, cours Valmy, La Défense 7, à Puteaux (92800), la SOCIETE UGITECH, dont le siège est Immeuble La Pacific, 11-13, cours Valmy, La Défense 7, à Puteaux (92800), la SOCIETE IMPHY ALLOYS, dont le siège est Immeuble La Pacific, 11-13, cours Valmy, la Défense 7, à Puteaux (92800) et la SOCIETE ARCELOR, dont le siège est 19, avenue de la Liberté, à Luxembourg (2930), représentées par leurs dirigeants en exercice ; la SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE et autres demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir les décisions implicites, acquises les 18, 15, 15 et 19 septembre 2005, nées du silence gardé par le Président de la République, le Premier ministre, le ministre de l'écologie et du développement durable et le ministre délégué à l'industrie sur leur demande tendant à l'abrogation à titre principal, de l'article 1^{er} du décret n° 2004-832 du 19 août 2004 pris pour l'application des articles L. 229-5 à L. 229-19 du code de l'environnement et relatif au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, en tant qu'il rend applicable ce décret aux installations du secteur sidérurgique, et, à titre subsidiaire, des articles 4.I, 4.II et 5 de ce décret ;

2°) d'enjoindre aux autorités administratives compétentes d'abroger, à titre principal, l'article 1^{er} du décret n° 2004-832 du 19 août 2004 en tant qu'il le rend applicable aux installations du secteur sidérurgique et, à titre subsidiaire, les articles 4.I, 4.II et 5 de ce décret, dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'arrêt à intervenir, en application de l'article L. 911-1 du code de justice administrative ;

3°) à tout le moins, de surseoir à statuer sur les conclusions principales de la requête des sociétés requérantes, dans l'attente que le tribunal de première instance des Communautés européennes se prononce sur la validité de la directive 2003/87/CE, du Parlement européen et du Conseil, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne, en ce qu'elle a inclus dans son champ d'application le secteur sidérurgique ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat, le versement d'une somme de 10 000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu, enregistré le 22 janvier 2007, l'acte par lequel Maître Cossa, avocat de la SOCIETE UGITECH, déclare se désister purement et simplement de la requête ;

Vu la Constitution, notamment son Préambule et ses articles 55 et 88-1 ;

Vu la directive 96/61/CE du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrée de la pollution ;

Vu la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61 du Conseil ;

Vu le code de l'environnement ;

Vu le décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977 pris pour l'application de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement ;

Vu le décret n° 2004-832 du 19 août 2004 pris pour l'application des articles L. 229-5 à L. 229-19 du code de l'environnement et relatif au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, modifié par le décret n° 2005-189 du 25 février 2005 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Bertrand Dacosta, Maître des Requêtes,

- les observations de M^e Cossa, avocat de la SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE et autres,
- les conclusions de M. Mattias Guyomar, Commissaire du gouvernement ;

Sur les conclusions présentées pour la SOCIETE UGITECH :

Considérant que le désistement de la SOCIETE UGITECH est pur et simple ; que rien ne s'oppose à ce qu'il en soit donné acte ;

Sur le cadre juridique du litige :

Considérant qu'afin de favoriser la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 a établi un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne ; que l'annexe I de la directive fixe la liste des activités auxquelles elle s'applique ; qu'aux termes de son article 4 : « Les Etats membres veillent à ce que, à partir du 1^{er} janvier 2005, aucune installation ne se livre à une activité visée à l'annexe I entraînant des émissions spécifiées en relation avec cette activité, à moins que son exploitant ne détienne une autorisation () » ; qu'aux termes de son article 6, l'autorisation d'émettre des gaz à effet de serre emporte notamment : « e) l'obligation de restituer, dans les quatre mois qui suivent la fin de chaque année civile, des quotas correspondant aux émissions totales de l'installation au cours de l'année civile écoulée () » ; que l'article 9 de la directive prévoit que, pour la période de trois ans qui débute le 1^{er} janvier 2005, puis pour les périodes de cinq ans suivantes, chaque Etat membre doit élaborer un plan national d'allocation de quotas précisant la quantité totale de quotas qu'il a l'intention d'allouer pour la période considérée ; qu'aux termes de son article 10 : « Pour la période de trois ans qui débute le 1^{er} janvier 2005, les Etats membres allocationnent au moins 95 % des quotas à titre gratuit. Pour la période de cinq ans qui débute le 1^{er} janvier 2008, les Etats membres allocationnent au moins 90 % des quotas à titre gratuit » ; qu'en vertu de son article 11, il appartient à chaque Etat membre, sur la base de son plan national d'allocation des quotas, de décider, pour chaque période, de la quantité totale de quotas qu'il allouera et de l'attribution de ces quotas à l'exploitant de chaque installation, une partie de la quantité totale de quotas étant délivrée chaque année ; que son article 12 pose le principe selon lequel les quotas peuvent être transférés d'une personne à l'autre dans la Communauté ;

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

Considérant que la SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE et les autres requérants ont demandé le 12 juillet 2005 au Président de la République, au Premier ministre, au ministre de l'écologie et du développement durable et au ministre délégué à l'industrie, à titre principal, l'abrogation de l'article 1^{er} du décret n° 2004-832 du 19 août 2004 en tant qu'il rend applicable ce décret aux installations du secteur sidérurgique et, à titre subsidiaire, celle des I et II de l'article 4 et de l'article 5 de ce décret ; que la présente requête tend à l'annulation des décisions implicites de rejet qui leur ont été opposées et à ce qu'il soit enjoint aux autorités compétentes de procéder aux abrogations en cause ;

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

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

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

Considérant que la soumission des activités de production et de transformation des métaux ferreux au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre est prévue par l'annexe I de la directive du 13 octobre

2003, dont l'annexe au décret du 19 août 2004 se borne à reprendre, à l'identique, le contenu ; qu'ainsi qu'il a été dit, la directive exclut la possibilité, pour un Etat membre, de soustraire des activités visées à l'annexe I au champ d'application du système ;

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

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

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

Considérant que si, aux termes de l'article 55 de la Constitution, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux principes et dispositions à valeur constitutionnelle ; qu'eu égard aux dispositions de l'article 88-1 de la Constitution, selon lesquelles « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences », dont découle une obligation constitutionnelle de transposition des directives, le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles ; qu'alors, si le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté, il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ; qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ;

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

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

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

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

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

doivent être soumises à des régimes différents ; qu'il suit de là que le moyen ne saurait être utilement invoqué ;

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

Considérant que le principe d'égalité, dont l'application revêt à cet égard valeur constitutionnelle, constitue un principe général du droit communautaire ; qu'il ressort de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que la méconnaissance de ce principe peut notamment résulter de ce que des situations comparables sont traitées de manière différente, à moins qu'une telle différence de traitement soit objectivement justifiée ; que la portée du principe général du droit communautaire garanti, au regard du moyen invoqué, l'effectivité du respect du principe constitutionnel en cause ; qu'il y a lieu, dès lors, pour le Conseil d'Etat, de rechercher si la directive du 13 octobre 2003, en tant qu'elle inclut dans son champ d'application les entreprises du secteur sidérurgique, ne contrevient pas à cet égard au principe général du droit communautaire qui s'impose à elle ;

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

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

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

Décide :

Article 1^{er} : Il est donné acte du désistement de la requête de la SOCIETE UGITECH.

Article 2 : Il est sursis à statuer sur la requête de la SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE, de la SOCIETE SOLLAC MEDITERRANNEE, de la SOCIETE ARCELOR PACKAGING INTERNATIONAL, de la SOCIETE UGINE et ALZ FRANCE, de la SOCIETE INDUSTRIEEL LOIRE, de la SOCIETE CREUSOT METAL, de la SOCIETE IMPHY ALLOYS et de la SOCIETE ARCELOR jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée sur la question de la validité de la directive du 13 octobre 2003 au regard du principe d'égalité en tant qu'elle rend applicable le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre aux installations du secteur sidérurgique sans y inclure les industries de l'aluminium et du plastique. Cette question est renvoyée à la Cour de justice des Communautés européennes siégeant à Luxembourg.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE, à la SOCIETE SOLLAC MEDITERRANNEE, à la SOCIETE ARCELOR PACKAGING INTERNATIONAL, à la SOCIETE UGINE et ALZ FRANCE, à la SOCIETE INDUSTRIEEL LOIRE, à la SOCIETE CREUSOT METAL, à la SOCIETE UGITECH, à la SOCIETE IMPHY ALLOYS, à la SOCIETE ARCELOR, au Premier ministre, au ministre de l'écologie et du développement durable, au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ainsi qu'au président de la Cour de justice des Communautés européennes.

Conseil d'État

N° 347870

Publié au recueil Lebon

6ème et 1ère sous-sections réunies

M. Raphaël Chambon, rapporteur
Mme Suzanne Von Coester, rapporteur public
FOUSSARD ; ROUVIERE, avocat

lecture du jeudi 6 décembre 2012
REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu, 1° sous le n° 347870, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 25 mars et 15 avril 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société Air Algérie, dont le siège est au 1, place Maurice Audin à Alger (16000), Algérie ; la société Air Algérie demande au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal, d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté du ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement du 26 janvier 2011 relatif à l'intégration des activités aériennes d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre ;

2°) à titre subsidiaire, d'une part, de constater qu'il existe un doute sérieux quant à la validité de la directive 2008/101/CE du 19 novembre 2008, d'autre part, de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle relative à la validité de la directive 2008/101/CE au regard de l'ensemble des engagements internationaux et règles de droit communautaire invoqués dans la requête et de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur la question et, enfin, d'annuler l'arrêté attaqué ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu, 2° sous le n° 347871, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 25 mars et 15 avril 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société Air Algérie, dont le siège est au 1, place Maurice Audin à Alger (16000), Algérie ; la société Air Algérie demande au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal, d'annuler pour excès de pouvoir le décret n° 2011-90 du 24 janvier 2011 portant intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre ;

2°) à titre subsidiaire, d'une part, de constater qu'il existe un doute sérieux quant à la validité de la directive 2008/101/CE du 19 novembre 2008, d'autre part, de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle relative à la validité de la directive 2008/101/CE au regard de l'ensemble des engagements internationaux et règles de droit communautaire invoqués dans la requête et de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur la question et, enfin, d'annuler le décret attaqué ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....
Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la Constitution ;

Vu la convention relative à l'aviation civile internationale, signée à Chicago le 7 décembre 1944 ;

Vu la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 et le protocole signé à Kyoto le 11 décembre 1997 ;

Vu l'accord franco-algérien du 16 février 2006 relatif aux services de transport aérien ;

Vu le traité sur l'Union européenne ;

Vu le traité sur la Communauté européenne, devenu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 ;

Vu la directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 ;

Vu le code de l'aviation civile ;

Vu le code de l'environnement ;

Vu l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 ;

Vu l'ordonnance n° 2010-1232 du 21 octobre 2010 ;

Vu la loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 ;

Vu l'arrêt C-366/10 du 21 décembre 2011 de la Cour de justice de l'Union européenne ;

Vu l'ordonnance n° 345190 du 29 avril 2011 du Conseil d'Etat ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Raphaël Chambon, Maître des Requêtes,

- les observations de Me Foussard, avocat de la Société Air Algérie, et de Me Rouvière, avocat de l'International Air Transport Association (I.A.T.A),

- les conclusions de Mme Suzanne von Coester, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à Me Foussard, avocat de la Société Air Algérie, et à Me Rouvière, avocat de l'International Air Transport Association (I.A.T.A) ;

1. Considérant que les requêtes n° 347870 et 347871 de la Société Air Algérie présentent à juger des questions semblables ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur la recevabilité de l'intervention de " International Air Transport Association " :

2. Considérant que " International Air Transport Association ", dont l'objet social est de " représenter et servir les compagnies aériennes ", a intérêt à l'annulation du décret attaqué ; qu'ainsi, son intervention au soutien de la requête n° 347871 est recevable ;

Sur les textes applicables et le cadre juridique du litige :

3. Considérant qu'afin de favoriser la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 a établi un système d'échange de quotas d'émission dans l'Union européenne ; que cette directive a été transposée par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004, qui a ajouté au chapitre IX du titre II du livre II du code de l'environnement une section 2 intitulée " Quotas d'émission de gaz à effet de serre " et composée des articles L. 229-5 à L. 229-19 ;

4. Considérant qu'en vertu de ces dispositions, depuis le 1er janvier 2005, toute installation réalisant l'une des activités mentionnées à l'annexe I de la directive 2003/87/CE et rejetant dans l'atmosphère certains gaz à effet de serre lorsqu'elle exerce cette activité doit posséder une autorisation délivrée à cet effet par les autorités compétentes ; que les autorités accordent l'autorisation si elles considèrent que l'exploitant de l'installation est en mesure de surveiller et de déclarer les émissions ; que l'autorisation contient notamment l'obligation de restituer, au cours des quatre premiers mois de chaque année, les quotas correspondant aux émissions totales de l'année précédente ; qu'au début de chaque période, les Etats affectent un volume donné de quotas aux exploitants des

installations ; qu'à la fin de chaque période, les exploitants doivent restituer le nombre de quotas correspondant à leurs émissions de dioxyde de carbone ; que les quotas sont transférables et négociables ; que les États membres mettent aux enchères l'intégralité des quotas qui ne sont pas délivrés à titre gratuit ;

5. Considérant que la directive 2008/101/CE du 29 novembre 2008 a modifié la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, en créant à cette fin un chapitre II, intitulé " aviation ", qui se compose des articles 3 bis à 3 octies ; que les dispositions de ce chapitre s'appliquent à l'allocation et à la délivrance de quotas pour les activités aériennes ; que, selon l'annexe I de la directive modifiée, constituent des activités aériennes au sens de la directive et soumises au système qu'elle institue à compter du 1er janvier 2012 les " vols au départ ou à l'arrivée d'un aéroport situé sur le territoire d'un Etat membre soumis aux dispositions du traité ", à l'exclusion de certains vols tels que les vols militaires effectués par les avions militaires et les vols effectués exclusivement aux fins de travaux de recherche scientifique ;

6. Considérant que l'ordonnance du 21 octobre 2010 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement a procédé à la transposition en droit interne de celles des dispositions de la directive du 29 novembre 2008 qui relèvent du domaine de la loi ; qu'elle a, à cet effet, modifié plusieurs articles de la section " Quotas d'émission de gaz à effet de serre " du chapitre IX du titre II du livre II de la partie législative du code de l'environnement ; que le décret du 24 janvier 2011 portant intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre a précisé les modalités d'application des dispositions des articles L. 229-5 à L. 229-18 du code de l'environnement, modifiées par l'ordonnance du 21 octobre 2010, spécifiques aux activités aériennes ; qu'il a, à cet effet, créé une sous-section relative au " Système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre appliqué aux exploitants d'aéronef " au sein de la section 2 du chapitre IX du titre II du livre II de la partie réglementaire du code de l'environnement, sous-section composée des articles R. 229-37-1 à D. 229-37-10 ;

7. Considérant que la société Air Algérie demande l'annulation du décret du 24 janvier 2011 portant intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre ainsi que de l'arrêté ministériel du 26 janvier 2011 relatif à l'intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre pris pour l'application de l'article L. 229-6 du code de l'environnement ;

Sur les conclusions dirigées contre le décret du 24 janvier 2011 :

En ce qui concerne l'annulation par voie de conséquence :

8. Considérant que l'ordonnance du 21 octobre 2010 a été ratifiée par l'article 1er de la loi du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne et que, par une ordonnance en date du 29 avril 2011, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a constaté qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur la requête tendant à son annulation ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le décret du 24 janvier 2011 devrait être annulé par voie de conséquence de l'annulation de l'ordonnance du 21 octobre 2010 ne peut qu'être écarté ;

En ce qui concerne la méconnaissance de principes constitutionnels :

9. Considérant que la société Air Algérie soutient que la directive 2008/101/CE et les actes qui la transposent méconnaissent les principes à valeur constitutionnelle du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre, au motif que l'inclusion des entreprises du secteur aérien dans le système des quotas d'émission de gaz à effet de serre aurait une incidence financière importante sur les compagnies et que les sanctions encourues sont lourdes, pouvant aller jusqu'à l'interdiction de toute activité dans le ciel de l'Union européenne ;

10. Considérant que, s'il appartient au juge administratif, saisi, à l'encontre d'un décret assurant directement la transposition de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe à valeur constitutionnelle, de rechercher, le cas échéant, s'il existe une règle ou un principe général de droit communautaire qui, eu égard à sa nature et 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 d'un principe constitutionnel, et, dans l'affirmative, 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 de droit constitutionnel, les motifs d'inconstitutionnalité allégués en l'espèce concernent non des dispositions réglementaires assurant directement la transposition de la directive de 2008, mais des dispositions réglementaires qui se bornent à réitérer les dispositions législatives transposant cette directive, mettant ainsi directement en cause la conformité à la Constitution de ces dispositions législatives ; que la conformité de dispositions législatives à des principes constitutionnels ne saurait être contestée devant le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, en dehors de la procédure prévue à l'article 61-1 de la Constitution ; que s'il appartient également au juge administratif de vérifier que les mesures prises pour l'application de la loi de transposition n'ont pas elles-mêmes méconnu ces principes, la requérante ne critique aucune disposition du décret qui ne se serait pas bornée à réitérer une règle définie par

les dispositions législatives précitées ; qu'ainsi, le moyen tiré de la méconnaissance de principes constitutionnels doit être écarté ;

En ce qui concerne la méconnaissance de l'accord franco-algérien du 16 février 2006 :

11. Considérant que la société Air Algérie soutient que les dispositions législatives issues de l'ordonnance du 21 octobre 2010 et sur le fondement desquelles a été pris le décret attaqué méconnaissent les stipulations des articles 3, 6 et 10 de l'accord relatif aux services de transport aérien entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire, signé le 16 février 2006 ;

12. Considérant, en premier lieu, que l'article 3 de cet accord stipule que : " 1. Chaque Partie contractante a le droit de désigner par écrit à l'autre Partie contractante un ou plusieurs transporteurs aériens aux fins d'exploitation des services agréés sur les routes spécifiées. Ces désignations sont faites par la voie diplomatique ; / 2. Dès réception d'une désignation effectuée par l'une des Parties contractantes conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article et sur demande du transporteur aérien désigné présentée dans la forme et selon les modalités prescrites, les autorités aéronautiques de l'autre Partie contractante accordent dans les délais les plus brefs les autorisations d'exploitation appropriées, à condition : (...) / c) Que le transporteur aérien désigné soit à même de satisfaire aux conditions prescrites au titre des lois et règlements normalement et raisonnablement applicables en matière de transport aérien international par la Partie contractante qui examine la ou les demandes conformément aux dispositions de la Convention (...) " ; qu'aux termes du paragraphe 1 de l'article 6 du même accord : " Les lois, règlements et procédures d'une Partie contractante relatifs à l'entrée sur son territoire ou à la sortie de son territoire des aéronefs assurant des services aériens internationaux, ou à l'exploitation et à la navigation de ces aéronefs durant leur séjour sur son territoire, s'appliquent aux aéronefs du ou des transporteurs aériens désignés de l'autre Partie contractante et sont appliqués à ces aéronefs à l'entrée sur le territoire, à la sortie du territoire ou pendant le séjour sur le territoire de la première Partie contractante " ; qu'eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à leur contenu et à leurs termes, ces stipulations n'ont pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; qu'elles doivent, par suite, être reconnues d'effet direct ;

13. Considérant que la société Air Algérie soutient que les dispositions de l'article L. 229-5 du code de l'environnement incluant dans le champ d'application du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre les exploitants d'aéronefs rejetant un gaz à effet de serre dans l'atmosphère au cours de tout vol à l'arrivée ou au départ d'un aéroport situé sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne méconnaissent les stipulations précitées des articles 3 et 6 de l'accord franco-algérien dès lors qu'elles imposent les charges et obligations découlant du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre au-delà du territoire français ; que, cependant, les dispositions législatives contestées sont destinées à assurer la transposition de la directive 2008/101/CE du 29 novembre 2008 procédant à l'intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, qui fait partie des lois et procédures applicables en France ; que ces dispositions n'ont pas pour effet de s'appliquer en tant que telles à des vols internationaux empruntant, en survol, le territoire des Etats membres de l'Union ou celui d'Etats tiers, lorsque de tels vols ne sont pas à l'arrivée ou départ d'un aéroport situé sur le territoire d'un Etat membre ; que seuls les exploitants d'aéronefs exploitant une ligne aérienne commerciale à l'arrivée ou au départ d'aéroports situés sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne sont soumis au système d'échange de quotas ; que, dès lors, en prévoyant leur application aux exploitants d'aéronefs immatriculés dans un Etat membre ou dans un Etat tiers lorsque ces aéronefs effectuent un vol au départ ou à l'arrivée d'un aéroport situé sur le territoire de l'un des Etats membres, les dispositions législatives en cause n'ont, en tout état de cause, pas méconnu le principe de la territorialité de l'application des règles de droit énoncé par les stipulations précitées des articles 3 et 6 de l'accord franco-algérien du 16 février 2006 ;

14. Considérant, en second lieu, que l'article 10 du même accord stipule que : " 1. A l'entrée sur le territoire d'une Partie contractante, les aéronefs exploités aux fins de services aériens internationaux par le ou les transporteurs aériens désignés de l'autre Partie contractante, leur équipement normal, leurs carburants et lubrifiants, (...) sont, à titre temporaire, en attente de leur réexportation et sur la base de la réciprocité, admis en exemption de tous droits de douane, restrictions à l'importation, impôts réels, taxes sur le capital, droits d'inspection, droits d'accise et droits ou redevances analogues perçus par les autorités nationales ou locales, à condition que ces équipements et fournitures restent à bord de l'aéronef. / 2. Sont également exemptés, sur la base de la réciprocité, des impôts, droits, frais d'inspection et redevances mentionnés au paragraphe 1 du présent article, à l'exception des redevances basées sur le coût des services rendus : / (...) c) Les carburants (...) introduits ou fournis sur le territoire d'une Partie contractante pour être utilisés à bord d'un aéronef d'un transporteur aérien désigné d'une Partie contractante assurant des services aériens internationaux, même si ces fournitures sont destinées à être utilisées sur une partie du trajet effectuée au-dessus du territoire de la Partie contractante dans laquelle ils sont pris à bord " ; qu'eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à leur contenu et à leurs termes, ces stipulations doivent elles aussi être reconnues d'effet direct ;

15. Considérant que la société Air Algérie soutient que l'obligation imposée aux transporteurs aériens algériens

désignés d'acquitter le prix des quotas nécessaires à leur approvisionnement en carburant est incompatible avec l'exemption garantie par les stipulations de l'article 10 de l'accord franco-algérien ; que, toutefois, si, selon l'article L. 229-7 du code de l'environnement, les exploitants d'aéronefs doivent restituer un nombre de quotas égal au total de leurs émissions de l'année civile précédente, lesquelles sont calculées en fonction de leur consommation de carburant pour tous leurs vols relevant du champ d'application de la directive 2008/101/CE ainsi que d'un facteur d'émission, il n'existe pas, pour autant, de lien direct entre la quantité de carburant détenue ou consommée par un aéronef et la charge pécuniaire incombant à l'exploitant d'un tel aéronef dans le cadre du fonctionnement du système d'échange de quotas institué par les dispositions législatives en cause ; que le coût incombant à cet exploitant et résultant de la quantité de quotas à restituer, laquelle est calculée notamment sur la base de la consommation de carburant, dépend non pas directement du nombre de quotas qui doivent être restitués, mais du nombre de quotas initialement alloués à cet exploitant ainsi que de leur prix sur le marché lorsque l'acquisition de quotas supplémentaires s'avère nécessaire pour couvrir les émissions de cet exploitant ; qu'il suit de là que, à la différence d'un droit, d'une taxe ou d'une redevance frappant la consommation de carburant, le système mis en oeuvre ne permet nullement d'arrêter, sur la base d'une assiette et d'un taux définis à l'avance, un montant devant être dû par tonne de carburant consommé pour l'ensemble des vols réalisés sur une année civile ; que, par suite, les dispositions législatives en cause n'instituent pas une forme de prélèvement obligatoire pouvant être regardée comme constituant un droit de douane, une taxe ou une redevance sur le carburant détenu ou consommé par les exploitants d'aéronefs ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que ces dispositions législatives méconnaîtraient les stipulations précitées de l'article 10 de l'accord franco-algérien du 16 février 2006 doit, en tout état de cause, être écarté ;

En ce qui concerne la méconnaissance de la convention de Chicago :

16. Considérant que la société Air Algérie soutient que les dispositions législatives issues de l'ordonnance du 21 octobre 2010 méconnaissent les stipulations de la convention relative à l'aviation civile internationale signée à Chicago le 7 décembre 1944 qui énoncent le principe de la souveraineté complète et exclusive de chaque Etat contractant sur son propre espace aérien ;

17. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 1er de cette convention à laquelle l'Union européenne n'est pas partie : " Les États contractants reconnaissent que chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire " ; que selon son article 11 : " Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les lois et règlements d'un État contractant relatifs à l'entrée et à la sortie de son territoire des aéronefs employés à la navigation aérienne internationale, ou relatifs à l'exploitation et à la navigation desdits aéronefs à l'intérieur de son territoire, s'appliquent, sans distinction de nationalité, aux aéronefs de tous les Etats contractants et lesdits aéronefs doivent s'y conformer à l'entrée, à la sortie et à l'intérieur du territoire de cet Etat " ;

18. Considérant que les stipulations précitées de l'article 1er de la convention de Chicago sont dépourvues d'effet direct dès lors qu'elles ont pour objet exclusif de régir les relations entre Etats ; qu'en revanche, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité, ainsi qu'à leur contenu et à leurs termes, les stipulations précitées de l'article 11 de cette convention, qui n'ont pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers, sont d'effet direct ;

19. Considérant, en deuxième lieu, que la requérante soutient que l'assujettissement au système de quotas d'émission de l'ensemble des compagnies aériennes dont les aéronefs circulent sur le territoire de l'Union européenne, y compris pour les parties de vols se situant en dehors du territoire de l'Union européenne, méconnaît le principe de la souveraineté des Etats sur leur espace aérien garanti par les stipulations citées ci-dessus des articles 1er et 11 de la convention de Chicago ; que, cependant, d'une part, il résulte de ce qui a été dit au point 18 que les stipulations de l'article 1er de cette convention ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de la requête, d'autre part, ainsi qu'il a été dit au point 13, que les dispositions législatives dont l'incompatibilité avec la convention est dénoncée ne contiennent aucune règle extraterritoriale et ne portent pas atteinte à la souveraineté des Etats tiers sur leur espace aérien ; qu'il est constant que le système d'échange de quotas d'émission respecte l'interdiction des discriminations à l'encontre d'aéronefs en raison de leur Etat d'appartenance, posée par les stipulations de l'article 11 de la convention ; que, par suite, le moyen tiré de ce que les dispositions législatives en cause méconnaîtraient les stipulations des articles 1er et 11 de la convention de Chicago doit, en tout état de cause, être écarté ;

20. Considérant, en troisième lieu, que l'association " International Air Transport Association " soutient, dans son intervention, que les dispositions législatives issues de l'ordonnance du 21 octobre 2010 méconnaissent également les stipulations des articles 15 et 24 de la convention de Chicago, qui prohibent respectivement les taxes de transit et les redevances sur le carburant ;

21. Considérant qu'aux termes de l'article 15 de la convention de Chicago, relatif aux " Redevances d'aéroport et droits similaires " : " Tout aéroport situé dans un Etat contractant et ouvert aux aéronefs de cet Etat aux fins d'usage public est (...) également ouvert dans des conditions uniformes aux aéronefs de tous les autres Etats

contractants. (...) / Les taxes qu'un Etat contractant peut imposer ou permettre d'imposer pour l'utilisation des aéroports et facilités pour la navigation aérienne par les aéronefs de tout autre Etat contractant ne doivent pas être plus élevées : / a) Pour ce qui est des aéronefs qui ne sont pas employés à des services aériens internationaux réguliers, que les droits acquittés par ses aéronefs nationaux de même classe assurant des services similaires ; / b) Pour ce qui est des aéronefs employés à des services aériens internationaux réguliers, que les droits acquittés par ses aéronefs nationaux employés à des services internationaux similaires. / (...) Aucun Etat contractant n'imposera de droits, frais ou autres taxes uniquement en raison du droit de transit ou d'entrée, au-dessus du territoire ou sur celui-ci, ou de sortie hors de celui-ci d'un aéronef quelconque d'un Etat contractant, ou des personnes ou biens se trouvant à bord " ;

22. Considérant que, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité, ainsi qu'à leur contenu et à leurs termes, ces stipulations sont d'effet direct ; que, toutefois, s'il est soutenu que l'achat de quotas d'émission ne correspond à aucun service rendu par les services aéroportuaires et doit être regardé comme une taxe de transit prohibée par les stipulations précitées, il résulte de ce qui a été dit ci-dessus qu'aucun transporteur aérien n'aura à payer de droits uniquement pour l'entrée, la sortie ou le transit sur le territoire de l'Union européenne ;

23. Considérant qu'aux termes de l'article 24 de la convention de Chicago, relatif aux " Droits de douane " : " a) Tout aéronef effectuant un voyage à destination ou en provenance du territoire d'un autre Etat contractant, ou à travers ledit territoire, est temporairement admis en franchise de droits, dans les conditions prévues par les règlements douaniers de cet Etat. Les carburants (...) se trouvant à bord d'un aéronef d'un Etat contractant, à son arrivée sur le territoire d'un autre Etat contractant et se trouvant encore à bord dudit aéronef lors de son départ de ce territoire, sont exonérés des droits de douane, frais de visite ou autres droits et taxes similaires imposés par l'Etat ou les autorités locales (...) " ;

24. Considérant que, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité, ainsi qu'à leur contenu et à leurs termes, ces stipulations sont elles aussi d'effet direct ; que, toutefois, contrairement à ce qui est soutenu, il résulte de ce qui a été dit au point 15 que les dispositions législatives en cause n'instituent nullement une forme de prélèvement obligatoire pouvant être regardée comme un droit de douane, une taxe ou une redevance sur le carburant détenu ou consommé par les exploitants d'aéronefs ;

25. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de ce que les dispositions législatives en cause méconnaîtraient les stipulations précitées des articles 15 et 24 de la convention de Chicago doit, en tout état de cause, être écarté ;

En ce qui concerne la méconnaissance de la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et du protocole de Kyoto :

26. Considérant que la société Air Algérie soutient que la directive 2008/101/CE, transposée par l'ordonnance du 21 octobre 2010 et le décret attaqué, méconnaîtraient les stipulations de la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 et du protocole à cette convention signé à Kyoto le 11 décembre 1997, qui posent le principe d'une action concertée des parties contractantes et de la prise en compte des spécificités des pays en voie de développement et renvoient au cadre de l'Organisation de l'aviation civile internationale la mise en oeuvre et l'extension d'un système de quotas d'émission de gaz à effet de serre au secteur du transport aérien ;

27. Considérant, d'une part, que l'Union européenne - et avant elle la Communauté économique européenne - est partie à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et au protocole de Kyoto ; qu'en vertu de l'article 216 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lorsque des accords internationaux sont conclus par l'Union, les institutions de l'Union sont liées par de tels accords et, par conséquent, ceux-ci priment les actes de l'Union ; qu'il s'ensuit que la validité d'un acte de l'Union peut être affectée par l'incompatibilité de cet acte avec de telles règles du droit international ; que les stipulations d'un traité international ne peuvent toutefois être utilement invoquées aux fins de l'examen de la validité de l'acte du droit de l'Union que si, d'une part, la nature et l'économie de la convention en question n'y font pas obstacle et si, d'autre part, elles apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, dès lors qu'elles comportent une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur ;

28. Considérant, d'autre part, qu'il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive d'un accord international conclu par l'Union, de rechercher si la directive est compatible avec ces stipulations ; que si, afin d'assurer une interprétation uniforme du droit de l'Union, la Cour de Justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer si les stipulations d'une convention internationale par laquelle l'Union est liée ont un contenu inconditionnel et suffisamment précis pour pouvoir être invoquées en justice, cette compétence doit s'entendre sous réserve que la question posée soit déterminante pour la solution du litige que la juridiction nationale doit trancher et qu'elle présente une difficulté sérieuse ; qu'en l'absence de difficulté sérieuse sur ce point, il appartient donc au Conseil d'Etat statuant au contentieux, saisi d'un

moyen mettant en cause la validité d'un acte de l'Union au regard d'une convention internationale à laquelle l'Union est partie, d'apprécier lui-même l'effet direct des stipulations en cause ; que, dans le cas contraire, il lui appartient de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; qu'enfin, dans l'hypothèse où il reconnaît lui-même que les stipulations invoquées sont d'effet direct, il revient au juge administratif, en l'absence de doute sérieux sur la validité de la directive, d'écarter le moyen invoqué, ou, au contraire, en cas de doute sérieux, de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle afin qu'elle se prononce sur la validité de cette directive ;

29. Considérant, en premier lieu, que la société requérante invoque le paragraphe 2 de l'article 2 du protocole de Kyoto aux termes duquel : " Les Parties visées à l'annexe I cherchent à limiter ou réduire les émissions de gaz à effet de serre non réglementés par le Protocole de Montréal provenant des combustibles de soute utilisés dans les transports aériens (...), en passant par l'intermédiaire de l'Organisation de l'aviation civile internationale (...) " ; que, cependant, ainsi que l'a jugé la Cour de Justice de l'Union européenne, statuant sur la question préjudicielle qui lui avait été soumise par la décision du 22 juillet 2010 de la High Court of Justice of England and Wales, par l'arrêt C-366/10 du 21 décembre 2011, Air Transport Association of America et autres, ces stipulations ne sauraient être considérées comme revêtant un caractère inconditionnel et suffisamment précis de manière à engendrer pour le justiciable le droit de s'en prévaloir en justice en vue de contester la validité de la directive 2008/101/CE ;

30. Considérant, en second lieu, que la société requérante invoque le paragraphe 2 de l'article 3 de la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, relatif aux principes à appliquer par les parties à la convention, qui stipule que : " Il convient de tenir pleinement compte des besoins spécifiques et de la situation spéciale des pays en développement Parties, notamment de ceux qui sont particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatiques, ainsi que des Parties, notamment des pays en développement Parties, auxquelles la Convention imposerait une charge disproportionnée ou anormale " ; qu'elle invoque également le paragraphe 4 du même article, aux termes duquel : " Il convient que les politiques et mesures destinées à protéger le système climatique contre les changements provoqués par l'homme soient adaptées à la situation propre de chaque Partie ", et le paragraphe 1 de l'article 4 de cette convention relatif aux engagements des parties, qui mentionne les " responsabilités communes mais différenciées " des parties à la convention ; que, cependant, il résulte clairement de ces stipulations qu'eu égard à leur contenu, qui n'édicte aucune obligation claire et précise et qui nécessite des mesures d'application, elles ne sauraient, sans qu'il soit besoin de poser, en l'absence de toute difficulté sérieuse sur ce point, une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne, être regardées comme revêtant un caractère inconditionnel et suffisamment précis de manière à engendrer pour le justiciable le droit de s'en prévaloir en justice en vue de contester la validité de la directive 2008/101/CE ;

31. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Air Algérie ne peut utilement soutenir que la directive 2008/101/CE méconnaîtrait les stipulations précitées de la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et du protocole à cette convention signé à Kyoto le 11 décembre 1997 ;

En ce qui concerne la méconnaissance de principes généraux du droit de l'Union européenne :

32. Considérant que la société Air Algérie soutient que la directive 2008/101/CE et les actes qui la transposent méconnaissent plusieurs des principes généraux du droit de l'Union européenne ; qu'elle se prévaut, en particulier, de la méconnaissance des principes de confiance légitime, d'égalité, de libre concurrence et de proportionnalité ;

33. Considérant qu'il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive de principes généraux du droit de l'Union européenne, de rechercher si la directive est conforme à ces principes ; qu'il lui revient, en l'absence de doute sérieux sur la validité de la directive, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle afin qu'elle se prononce sur la validité de la directive ;

34. Considérant, en premier lieu, que, dans sa communication du 27 septembre 2005 relative à la réduction de l'impact de l'aviation sur le changement climatique, la Commission européenne a préconisé l'intégration de l'aviation au système d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre ; que le Conseil européen des 15 et 16 décembre 2005 s'est déclaré favorable à cette solution et s'est félicité que la Commission ait l'intention de présenter, avant la fin de 2006, une proposition législative en ce sens ; que la Commission a rendu publique sa proposition de directive le 29 novembre 2006 ; que la directive 2008/101/CE a été adoptée le 19 novembre 2008 ; que celle-ci a prévu que les obligations pesant sur le secteur aérien entreraient en vigueur le 1er janvier 2012 ; qu'au regard de la procédure suivie pour adopter la directive 2008/101/CE et à la date d'entrée en vigueur des obligations qu'elle fixe pour le secteur aérien, la société Air Algérie ne peut sérieusement soutenir que les institutions de l'Union européenne auraient fait naître chez l'opérateur économique qu'elle est des espérances fondées s'agissant de l'absence d'intégration du secteur aérien au système d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre et qu'un opérateur économique prudent et avisé n'aurait pas été en mesure de prévoir

l'intégration opérée par la directive en cause ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la directive 2008/101/CE méconnaîtrait le principe de confiance légitime doit être écarté ;

35. Considérant, en deuxième lieu, que contrairement à ce qui est soutenu, la directive 2008/101/CE n'institue pas de différence de traitement entre les compagnies aériennes placées dans une situation comparable, toutes les compagnies qui assurent des vols au départ ou à destination de l'Union européenne étant soumises au même traitement ; que la circonstance que la directive pèse davantage sur les compagnies qui exercent l'essentiel de leur activité sur le territoire de l'Union européenne ne saurait être regardée comme l'institution d'une différence de traitement de situations comparables ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la directive méconnaîtrait le principe d'égalité ou porterait atteinte à la libre concurrence doit être écarté ;

36. Considérant, enfin, que le principe de proportionnalité figurant au nombre des principes généraux du droit de l'Union européenne et affirmé par l'article 5 du traité sur l'Union européenne exige que les moyens mis en oeuvre par une disposition du droit de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation concernée et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre ; qu'il n'appartient pas au juge chargé d'apprécier le respect de ce principe de déterminer si la mesure arrêtée dans tel domaine était la seule ou la meilleure possible, seul le caractère manifestement inapproprié de celle-ci par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre pouvant affecter la légalité de cette mesure ; qu'en l'espèce, la société Air Algérie n'est pas fondée à soutenir que l'inclusion du secteur aérien dans le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre selon les modalités définies par la directive va manifestement au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de protection de l'environnement poursuivi ; que, par suite, doit être écarté le moyen tiré de ce que la directive 2008/101/CE méconnaîtrait le principe de proportionnalité ;

37. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, que les moyens mettant en cause la validité de la directive 2008/101/CE au regard des principes généraux du droit de l'Union européenne ne peuvent qu'être écartés ;

38. Considérant, par suite, que les conclusions de la société Air Algérie dirigées contre le décret du 24 janvier 2011 doivent être rejetées ;

Sur les conclusions dirigées contre l'arrêté du 26 janvier 2011 :

39. Considérant, en premier lieu, que dès lors que la présente décision rejette sa requête dirigée contre le décret du 24 janvier 2011, la société Air Algérie n'est pas fondée à soutenir que l'arrêté du 26 janvier 2011 doit être annulé par voie de conséquence de l'annulation de ce décret ; qu'elle ne l'est pas davantage, pour les motifs déjà énoncés au point 8, à soutenir que cet arrêté doit être annulé par voie de conséquence de l'annulation de l'ordonnance du 21 octobre 2010 ;

40. Considérant, en second lieu, que les autres moyens de la requête de la société Air Algérie dirigée contre l'arrêté du 26 janvier 2011 sont sans incidence sur sa légalité dès lors que les dispositions contestées de cet arrêté, qui s'appliquent aux obligations particulières des exploitants d'aéronef mentionnés à l'article L. 229-5 du code de l'environnement en matière de surveillance, de déclaration et de vérification de leurs émissions de gaz à effet de serre ou de leurs données d'activité en termes de tonnes-kilomètres et se bornent pour l'essentiel à renvoyer aux dispositions pertinentes de la décision 2009/339/CE de la Commission européenne du 16 avril 2009, modifiant la décision 2007/589/CE du 18 juillet 2007 en vue d'ajouter des lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions et des données relatives aux tonnes-kilomètres liées aux activités aériennes, ne reprennent pas les dispositions critiquées par ces moyens de la directive 2008/101/CE, de l'ordonnance du 21 octobre 2010 et du décret du 24 janvier 2011 ;

41. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Air Algérie n'est pas non plus fondée à demander l'annulation de l'arrêté attaqué ;

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

42. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, verse à la société Air Algérie les sommes que celle-ci demande au titre des frais qu'elle a exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens ; que, l'auteur d'une intervention n'étant pas partie à l'instance, ces dispositions font également obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées sur leur fondement par l'" International Air Transport Association " ;

D E C I D E :

Article 1 : L'intervention de l'" International Air Transport Association " est admise.

Article 2 : Les requêtes de la société Air Algérie sont rejetées.

Article 3 : Les conclusions de l'" International Air Transport Association " présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société Air Algérie, à l' " International Air Transport Association ", au Premier ministre et à la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie.