

**N° 393099 – French Data Network et autres**  
**N°s 394922-397851 – La Quadrature du Net et autres**  
**N° 397844 – Association Igwan.net**  
**N° 424717 – Société Free Mobile**  
**N° 424718 – Société Free**

**Assemblée**

**Séance du 16 avril 2021**  
**Lecture du 21 avril 2021**

## **CONCLUSIONS**

**M. Alexandre LALLET, rapporteur public**

|  |
|--|
|  |
|--|

---

|  |
|--|
|  |
|--|



Notre réticence ne tient pas à nos qualités de gentleman du droit, vous l'aurez compris.

Ce n'est pas davantage votre positionnement institutionnel qui nous dissuade de mettre en œuvre un tel contrôle, d'autant que vous êtes aussi, dans votre champ de compétence, une cour constitutionnelle.

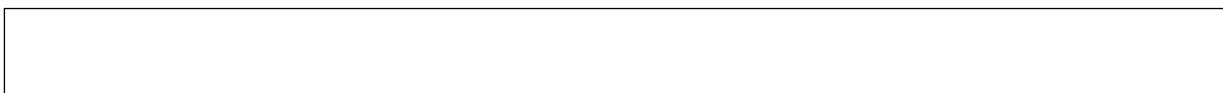
Ce n'est pas non plus la base légale qui manque, à notre avis. L'article 88-1 de la Constitution<sup>81</sup> définit la participation de la République à l'Union européenne comme un choix libre d'exercer certaines de ses compétences avec les autres Etats membres dans le cadre défini par le traité de Lisbonne, c'est-à-dire **dans la limite des compétences dévolues à l'Union**. La délimitation des compétences de l'Union est régie par le principe d'attribution posée à l'article 5 du TUE. En vertu de l'article 13 de ce traité, toute institution de l'Union doit agir « *dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités, conformément aux procédures, conditions et fins prévues par ceux-ci* ». Il serait tout à fait possible de construire un contrôle *ultra vires* sur ces bases. Si une institution de l'Union autre que la Cour de justice méconnaît cette règle, c'est en principe à cette dernière d'y remédier. Mais personne ne peut

---

<sup>79</sup> V. pour une critique virulente de l'arrêt, notamment en ce qu'il prétend imposer son interprétation du droit de l'Union à la Cour de justice : D-U Galetta et J. Ziller, *Les violations flagrantes et délibérées du droit de l'Union par l'arrêt « inintelligible » et « arbitraire » du Bundesverfassungsgericht dans l'affaire Weiss*, RTD Eur. 2020, p.855. V. aussi C. Blumann, *Quelques enseignements de l'arrêt du Bundesverfassungsgericht du 5 mai 2020 sur les fondamentaux du droit de l'Union européenne*, RTD Europe, 2020, p. 889, qui observe que la Cour de Karlsruhe a reproché à la BCE puis à la Cour de justice d'avoir mal appliqué le principe de proportionnalité, qui régit l'exercice des compétences de l'Union, et non le principe d'attribution.

<sup>80</sup> En dépit de l'ambiguïté de la décision *Isoglucose* de 1977 et des débats qui l'ont précédée. Cette décision juge que les répercussions de la répartition des compétences opérée par un règlement communautaire entre les institutions communautaires et les autorités nationales au regard tant des conditions d'exercice de la souveraineté nationale que du jeu des règles de l'article 34 de la Constitution relatives au domaine de la loi « *ne sont que la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France qui sont entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution* ». Selon un commentateur : « *la formule laisse un doute sur ce que pourrait être l'attitude du Conseil au cas où le règlement, ou toute autre décision communautaire, excéderait la compétence de la Communauté et, par suite, la portée de l'engagement international* » (L. Dubouis, *Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne*, Mélanges Boulouis, 1991, p. 205 à 219, spéc. p. 209). Le délibéré au Conseil constitutionnel indique que : « *Pour la rédaction de la décision, il conviendra de faire apparaître qu'il s'agit de l'application pure et simple de traités et non de leur extension* ».

<sup>81</sup> Nous ne croyons pas possible, en revanche, de mobiliser le principe de subsidiarité, auquel l'article 88-6 confère une valeur constitutionnelle, et qui renvoie au principe énoncé à l'article 5 du Traité sur l'Union européenne, qui régit l'exercice (et non la délimitation) des compétences et limite l'intervention de l'Union, dans les compétences partagées, au cas où les objectifs de l'action envisagée seraient mieux atteints au niveau européen qu'au niveau national. Le contrôle *ultra vires* de la Cour de Karlsruhe ne nous paraît d'ailleurs pas fondé sur ce principe, repris à l'article 23 de la Grundgesetz (V. contra : C. Langenfeld, *La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne*, Titre VII, n° 2, avril 2019).



C'est ce que vous faites tant pour les juridictions pénales et civiles, de manière différenciée<sup>83</sup>, que pour le Conseil constitutionnel, en interprétant l'article 62 de la Constitution<sup>84</sup>, ou encore pour les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, dont vous avez défini la portée en droit administratif dans cette formation solennelle<sup>85</sup>. Rien ne justifie de raisonner différemment pour la Cour de justice, qui n'est pas votre Cour suprême.

C'est vous qui avez accepté l'autorité absolue des arrêts annulant ou constatant l'invalidité des actes de droit dérivé, y compris à la demande d'une autre juridiction, nationale ou étrangère, dans la logique de la jurisprudence *Foto-Frost*<sup>86</sup>. C'est encore vous qui, abandonnant votre jurisprudence *ONIC*<sup>87</sup>, avez admis que l'interprétation du traité et des actes de droit dérivé par la Cour de justice s'impose à vous, alors même qu'elle ne fait pas l'objet du renvoi préjudiciel (CE, Ass., 11 décembre 2006, *Société De Groot En Slot Allium BV et a.*, n° 234560, au Rec.). Et c'est vous qui, dans la même décision, en avez fixé des limites, en prenant soin de relever dans une incise que « *la Cour était compétente pour donner [cette interprétation] en vertu du a) et du b) de l'article 234 du traité CE* » : il ne faut pas y voir la trace d'un contrôle *ultra vires*, au sens allemand du terme, mais une délimitation de la portée de l'autorité de la chose jugée par la Cour à l'aune de la compétence d'attribution qui lui est reconnue par les traités. Vous en avez fait application dans ce précédent en rappelant qu'il appartient au juge national, saisi du principal, de qualifier les faits à la lumière de l'arrêt de la

---

<sup>82</sup> Cette force obligatoire n'est formellement affirmée qu'à l'article 91 du règlement de procédure dont la Cour s'est dotée. Mais elle a défini dans ses arrêts la portée de la chose qu'elle juge (CJUE, 15 novembre 2012, *G... et al. c/ S...*, C-456/11, pt. 40 ; CJCE, 1<sup>er</sup> juin 2006, *P & O European Ferries SA et a.*, C-442/03 P et C-471/03 P, pt 44).

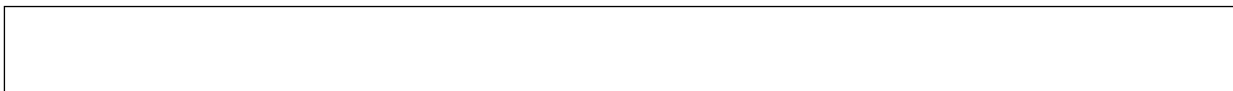
<sup>83</sup> Rappelons au passage que vous avez constamment reconnu cette autorité de la chose jugée aux jugements judiciaires statuant incompétamment (CE, 19 décembre 1924, *Compagnie des phosphates de Constantine*, Rec. ; CE, Ass., 16 mars 1945, *D...*, Rec. p. 93).

<sup>84</sup> Vous jugez que l'autorité de chose jugée attachée aux motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ne s'étend pas à l'interprétation d'une autre loi, même conçue en termes analogues (CE, Section, 22 juin 2007, *L...*, n° 288206, au Rec.).

<sup>85</sup> CE, Assemblée, 30 juillet 2014, *V...*, n° 358564, au Rec.

<sup>86</sup> CE, 1<sup>er</sup> octobre 2015, *Société Melitta France et autres*, n° 373018-373022-373023, aux T.

<sup>87</sup> CE, Section, 26 juillet 1985, *Office national interprofessionnel des céréales*, n° 42204, au Rec.



Cour, dans la logique de sa propre jurisprudence<sup>88</sup>. Alors que celle-ci avait cru pouvoir trancher le litige de fond à votre place, vous avez souverainement effectué ce travail, comme l'explique la chronique cosignée par Claire Landais et prémonitoirement intitulée : « *Ni capitulation, ni rébellion : dialogue* »<sup>89</sup>.

En l'occurrence, cette soupape de compétence ainsi comprise n'est d'aucune utilité : la Cour de justice s'est bien livrée à une interprétation du droit de l'Union à votre demande, comme elle peut et doit le faire. Cela étant, l'élargissement de ce raisonnement au cas où la Cour a conféré à un acte de droit dérivé une portée excédant le champ du droit de l'Union serait tout à fait envisageable conceptuellement.

Ce sont deux autres raisons qui nous conduisent à ne pas vous proposer de le faire aujourd'hui<sup>90</sup>.

La première, sans doute surmontable, tient à la **difficulté de fixer précisément les limites** d'un contrôle *ultra vires* à l'allemande. La logique de l'arrêt *PSPP*, qui consiste à reprocher à la Cour de justice d'avoir incorrectement manié le principe de proportionnalité, ouvre la voie à une remise en cause systématique de ses arrêts pour les motifs les plus variés<sup>91</sup>.

L'argumentation du Gouvernement est révélatrice de cette difficulté. Il nous paraîtrait périlleux de reprocher à la Cour d'avoir fait du hors-piste ici. Il y a bien longtemps que, sans que personne ne s'en émeuve plus, l'interprétation qu'elle donne des actes de droit dérivé est susceptible d'avoir des incidences sur la sécurité nationale, la sécurité publique ou la santé publique. Elle juge constamment que le seul fait qu'une mesure nationale a été prise à ces fins n'entraîne pas l'inapplicabilité du droit de l'Union et ne dispense pas les États membres du

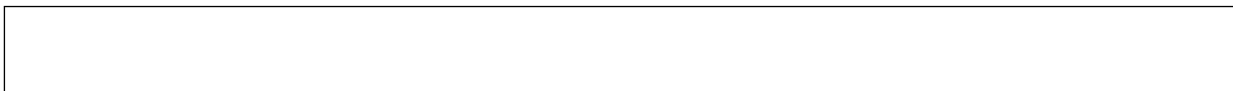
---

<sup>88</sup> CJCE, 13 décembre 1990, *B...*, C-42/90, pt. 6 ; CJCE, 24 octobre 2002, *H...*, C-121/00, pt. 21. V. sur la question : F. Dieu, *Le Conseil d'Etat face à l'autorité des interprétations données par la CJCE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel : une position délicate*, RTD Eur. 2007, p. 473.

<sup>89</sup> AJDA 2007, p. 136.

<sup>90</sup> Etant ajouté que, s'il était envisagé de le faire, il faudrait en toute rigueur adresser à la Cour de justice une nouvelle question préjudicielle. Car loin d'envisager l'éventualité d'un contrôle *ultra vires* dans la décision de renvoi de 2018, les chambres réunies ont au contraire admis l'applicabilité de la directive *e-privacy* en appliquant la jurisprudence *Télé2* sur ce point.

<sup>91</sup> En l'occurrence, par exemple, on pourrait soutenir que la Cour ne pouvait définir dans le menu détail un régime unique de conservation et d'accès aux données de connexion à l'échelle de l'Union, sans ménager d'espace aux législateurs nationaux, alors que le paragraphe 2 de l'article 4 du traité sur l'Union européenne lui fait obligation de respecter « *l'identité nationale* » des États membres, « *inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* ». Certains de ces arrêts traduisent une plus grande prise en considération de ces exigences par la Cour que dans notre affaire. V. pour un exemple typique : CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, C-36/02, dans lequel elle autorise les États membres à interdire l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'homicides en tenant compte du « *niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne* ». V. aussi, à propos de l'interdiction du port des titres de noblesse en Autriche : CJUE, 22 décembre 2010, *S...-W...*, C-208/09, pt. 92-94.



respect nécessaire de ce droit, notamment des libertés de circulation et d'établissement<sup>92</sup>. C'est d'ailleurs précisément la raison pour laquelle l'article 4 du TUE oblige l'Union, y compris la Cour de justice, à respecter « *les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale* » : cette stipulation, qui s'adresse aux institutions de l'Union dans l'exercice de leurs compétences, présuppose nécessairement que leur action puisse avoir un impact sur ces enjeux. Du reste, ces questions régaliennes ne sont pas soustraites de manière générale à la compétence du législateur européen : à titre d'exemple, l'article 83 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) lui permet d'adopter des directives fixant des règles minimales en matière de criminalité transfrontière particulièrement grave, y compris le terrorisme.

La **seconde raison** est plus décisive à nos yeux : **nous ne pensons pas que vous ayez besoin d'une telle innovation**. Votre boîte à outils contient déjà, et d'assez longue date, un instrument adapté à la situation, conçu initialement pour un autre usage et dont vous ne faites pas une utilisation immodérée, mais dont l'assise juridique et la logique nous paraissent incontestables. Il consiste non pas à critiquer la solution de la Cour au regard des règles s'imposant à elle, mais simplement, au stade de sa réception en droit interne, à refuser de la transcrire servilement parce qu'elle se heurte à un obstacle constitutionnel de fond. C'est ce que nous appellerons la « clause de sauvegarde *Arcelor* ». Le Gouvernement vous demande, à titre subsidiaire, d'en faire application. Il nous faut vous en rappeler l'origine et la logique, ce qui demande, hélas, un peu de concentration.

**5.1.** L'article 88-1 de la Constitution consacre, vous le savez, l'existence d'un ordre juridique intégré de l'Union européenne, distinct de l'ordre juridique international, pour reprendre les termes du Conseil constitutionnel que vous avez déjà fait vôtre<sup>93</sup>. Il a explicitement tiré de cet article la reconnaissance du **principe de primauté du droit de l'Union** et l'obligation corollaire pour le législateur de **transposer en droit interne les directives de l'Union comme de respecter les règlements lorsqu'une loi a pour objet d'y adapter le droit interne**<sup>94</sup>. Sans vous référer expressément à la primauté du droit de l'Union, vous avez fait de même, à la suite de la décision *SCEA du Chéneau* du Tribunal des conflits<sup>95</sup>, en jugeant que le **respect du droit de l'Union européenne** constitue une obligation découlant de l'article 88-1, dont il résulte un principe d'effectivité qui implique que le juge national chargé d'appliquer

---

<sup>92</sup> CJCE, 11 novembre 1981, *C...*, C-203/80 ; CJCE, 4 juin 1992, *D...*, C-13/91 et C-113/91 ; CJUE, 4 juin 2013, *ZZ*, C-300/11, pt. 38 ; CJUE, 20 mars 2018, *Commission/Autriche*, C-187/16, pts. 75 et 76 ; CJUE, 2 avril 2020, *Commission/Pologne, Hongrie et République tchèque*, C-715/17, C-718/17 et C-719/17, EU:C:2020:257, points 143 et 170

<sup>93</sup> V. en dernier lieu : CE, Ass., 19 juillet 2019, *Association des américains accidentels*, n° 424216-424217, au Rec.

<sup>94</sup> Cons. const., n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, cons. 2 et 3 ; n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019, cons. 7

<sup>95</sup> TC, 17 octobre 2011, n° 3828-3829, au Rec.



les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité<sup>96</sup>, toute disposition contraire (CE, Section, 23 mars 2012, *Fédération SUD Santé Sociaux*, n° 331805, au Rec.)<sup>97</sup>, et même tout engagement international contraire, à tout le moins à un règlement européen (CE, Ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n° 424216-424217, au Rec.)<sup>98</sup>.

Cette exigence constitutionnelle n'est toutefois pas supérieure aux autres. Sans doute le principe de primauté du droit de l'Union a-t-il été constamment réaffirmé par la Cour de justice<sup>99</sup>, avec de rares tempéraments<sup>100</sup>, avec pour conséquence l'injonction expressément faite au juge national de laisser inappliquée une disposition constitutionnelle contraire au droit

---

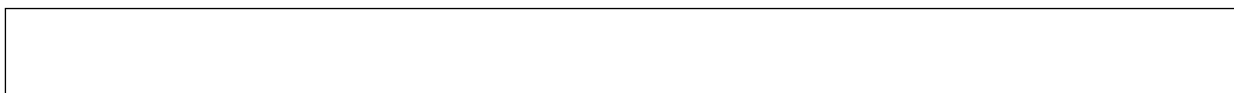
<sup>96</sup> Cette expression est curieuse car le moyen tiré de la contrariété au droit de l'Union n'est pas d'ordre public (CE, 11 janvier 1991, *SA Morgane*, n° 90995, au Rec. ; CE, 28 juillet 1993, *B... et autres*, n° 118717, au Rec.).

<sup>97</sup> Vous aviez auparavant dégagé, sans nuances, une « obligation pour les autorités nationales d'assurer l'application du droit communautaire », que vous aviez d'ailleurs distinguée des « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » (CE, Section, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*, n° 164789;165122, au Rec.).

<sup>98</sup> Cette solution peut sembler comporter une adhérence avec la jurisprudence *Fédération nationale de la libre pensée*. En effet, la primauté du droit de l'Union (sous réserve de la suprématie constitutionnelle) est une exigence constitutionnelle, découlant de l'article 88-1. Par suite, la confrontation de l'engagement international au profit du droit de l'Union pourrait s'analyser comme un contrôle de constitutionnalité de cet engagement. Mais ce serait commettre l'erreur de perspective décrite par Julien Boucher dans ses conclusions sur la décision *K...* : il ne s'agit pas ici d'apprécier la validité d'un traité au regard d'une norme supérieure, mais simplement de définir la norme applicable au litige dont le juge administratif est saisi, à la lumière des exigences constitutionnelles.

<sup>99</sup> Les formulations, elles, ont pu varier : « L'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État membre » (CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, ; CJCE, 5 mars 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93). « Il ne saurait être admis que des règles de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, portent atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union » (CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, aff. C-409/06).

<sup>100</sup> La primauté s'efface ainsi, de manière temporaire, pour l'application de mesures conservatoires exigées par la situation, le temps que la Cour se prononce sur la validité d'un règlement ou d'une directive (CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta*, n° C-465/93), pour respecter le principe de l'autorité de la chose jugée, de sorte qu'une juridiction nationale n'a pas à écarter des règles de procédure internes pour réexaminer ou annuler une décision de justice passée en force de chose jugée, bien qu'elle soit contraire au droit de l'Union (CJCE, 16 mars 2006, *K...*, n° C-234/04, réaffirmée par CJUE, 3 septembre 2009, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze*, C-2/08 ; cette solution a seulement été écartée en matière de compatibilité des aides d'Etat au traité : CJUE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05), ou encore pour prévenir toute violation du principe de légalité des délits et des peines en raison d'un défaut de précision de la loi ou au motif de l'application rétroactive d'une loi pénale plus sévère à des faits antérieurs et des procédures en cours (CJUE, 5 décembre 2017, *MAS, MB*, C-105/14, rendu à la suite d'un bras de fer avec la Cour constitutionnelle italienne dans l'affaire *Tarrico* (V. le savant commentaire d'E. Dubout, *La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel*, RTD Eur. 2018, p. 563). D'une certaine manière, l'absence d'engagement de la responsabilité de l'Etat à raison d'une violation non manifeste du droit de l'Union par une juridiction nationale statuant en dernier ressort peut aussi s'analyser comme une forme de tempérament (CJCE, 30 septembre 2003, *K...*, C-224/01 ; CE, 18 juin 2008, *G...*, n° 295831, au Rec.).





de l'Union<sup>101</sup>. Mais ce qui vaut dans l'ordre européen, du point de vue de la Cour de justice, pour les besoins de la construction du marché intérieur et de la convergence des règles du jeu à l'échelle européenne dont elle a la charge<sup>102</sup>, n'est plus vrai dans l'ordre interne, où, comme l'ont rappelé vos décisions *S... et L...* et *SNIP*<sup>103</sup>, **la norme suprême est la Constitution**. Le Conseil constitutionnel a même jugé que cet article 88-1 confirmait lui-même la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne<sup>104</sup>.

**Il en résulte que le droit de l'Union n'est pas soustrait au respect de la Constitution.** S'agissant du droit primaire, c'est le Conseil constitutionnel qui s'en assure, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 54. S'agissant des actes de droit dérivé de l'Union, la difficulté tient au rôle particulier dévolu par les traités à la Cour de justice de l'Union dans le contrôle de leur validité, et au risque de contrariétés de jurisprudence. Le contrôle de constitutionnalité a donc été adapté dans ses modalités, afin d'assurer le plus harmonieusement possible l'intégration de l'ordre juridique européen à l'ordre interne. Ce contrôle fait l'objet d'une **délégation européenne, assortie d'une clause de sauvegarde**.

Pour la bonne compréhension de ce qui suit, il faut rappeler que le contrôle de légalité suppose de confronter une disposition-source à la norme de référence invoquée par le requérant. Cette disposition-source n'est pas toujours l'acte formellement attaqué. Si un acte administratif ou une loi critiqué se borne à réitérer ou à tirer les conséquences nécessaires d'une norme supérieure<sup>105</sup>, c'est cette dernière qui doit être regardée comme la disposition réellement en débat<sup>106</sup>. C'est **l'original qui se cache derrière la copie**. Un peu comme s'il

<sup>101</sup> V. pour une telle injonction : CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, aff. C-462/99.

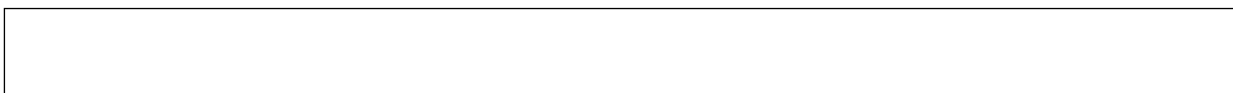
<sup>102</sup> Sous réserve des modestes tempéraments que la cour elle-même y apportés (V. *infra*).

<sup>103</sup> CE, Assemblée, 30 octobre 1998, *S... et L... et autres*, n° 200286-200287, au Rec. ; CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, n° 226514, au Rec. La Cour de cassation a repris la logique de l'arrêt *S... et L...*, tout en semblant réserver le cas de l'Union européenne (Cass. Ass. Plén, 2 juin 2000, *F...*, Bull Ass. Plén, n° 4, p. 7).

<sup>104</sup> Const. Const., n° 2012-653 DC du 9 août 2012.

<sup>105</sup> Ce qui ne peut être le cas que si cette norme est inconditionnelle.

<sup>106</sup> Ce qui peut conduire à écarter le moyen de légalité comme inopérant si la norme invoquée s'avère d'un rang inférieur à la « disposition-source » ainsi identifiée ou lorsqu'elles sont d'un niveau égal - en jugeant que l'une a entendu déroger à l'autre - à quelques exceptions près. Il en va ainsi des règles de forme et procédure que l'administration a pu se prescrire à elle-même par une disposition de même rang (V. en dernier lieu : CE, 11 octobre 2017, *Syndicat éducation populaire – UNSA*, n° 403855, aux T. dans la ligne de CE, Assemblée, 19 mai 1983, *Club sportif et familial de la Fève et autre*, n°s 23127-23181-23182, au Rec.), de la confrontation entre deux engagements internationaux, qui se résout conformément au mode d'emploi issu de votre décision d'Assemblée *K...* du 23 décembre 2011 (n° 303678, au Rec.), et de celle de deux règles issues du droit de l'Union soulevant une difficulté sérieuse, ce qui vous oblige à en saisir la Cour de justice de l'Union européenne afin de déterminer laquelle des deux doit prévaloir. A l'inverse, lorsque la norme invoquée reste supérieure à la « disposition-source », vous écarterez le moyen comme irrecevable lorsque vous estimez ne pas être compétent pour procéder à la confrontation. Tel est le cas du contrôle de constitutionnalité des lois - c'est le fameux « écran législatif », et de celui des engagements internationaux de la France - c'est le « traité-écran » - expression



était reproché à un agent d'accomplir un acte qu'il a consigné expresse d'exécuter : dans ce cas, il faut adresser ses récriminations au supérieur hiérarchique.

Lorsqu'une loi se borne à tirer les conséquences nécessaires d'un règlement auquel elle adapte le droit interne, ou de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive qu'elle a pour objet de transposer, la disposition-source, celle qui est réellement visée, c'est donc ce règlement ou cette directive. Et lorsqu'un requérant soutient devant le Conseil constitutionnel qu'une telle loi est contraire à la Constitution, il l'invite donc à se faire juge de la conformité de ce règlement ou de cette directive à la Constitution. Dans ce cas, après s'être assuré que la loi a été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution, qu'elle n'est pas manifestement incompatible avec le règlement ou la directive – ce dont il résulterait une méconnaissance de l'article 88-1, et que le législateur n'est pas resté en-deçà de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution, il s'en remet en principe, pour le respect des exigences constitutionnelles de fond, au contrôle des juges du droit de l'Union que sont les juridictions administratives et judiciaires et la Cour de justice. Autrement dit, le contrôle de constitutionnalité ne disparaît pas, mais il est, dans cette mesure, transporté dans l'ordre juridique européen et placé *in fine* sous la bonne garde de la Cour de Luxembourg<sup>107</sup>. Le policier constitutionnel renvoie le plaignant vers le gendarme communautaire, pour autant qu'ils appliquent les mêmes règles.

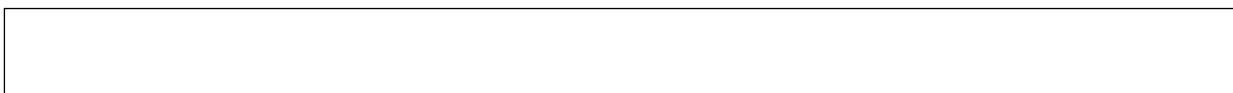
Car telle est bien sûr la limite de cette forme de sous-traitance du contrôle de constitutionnalité : lorsqu'est en cause **une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France**<sup>108</sup> - autrement dit lorsqu'une norme constitutionnelle<sup>109</sup> n'a

---

rappelée par Julien Boucher dans ses conclusions sur l'affaire *K...* (cette incompétence vaut non seulement lorsque l'acte attaqué est le décret de publication de l'engagement international, mais aussi lorsqu'il se borne à tirer les conséquences nécessaires de cet engagement international : V. par ex. la décision *Association des américains accidentels*). Echappe également à votre compétence l'invalidation du droit dérivé de l'Union au regard du droit primaire, dont la Cour de justice a le monopole – toute difficulté sérieuse en la matière devant lui être renvoyée.

<sup>107</sup> La jurisprudence rendue à propos de l'article 88-2 relatif au mandat d'arrêt européen, qui a donné lieu à un renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la CJUE afin de déterminer si la décision-cadre guidait la plume du législateur ou si elle lui laissait une marge d'appréciation permettant d'y loger un contrôle de constitutionnalité, ne s'explique que par la rédaction très particulière de cette disposition constitutionnelle. Le Constituant s'en est expressément remis aux actes pris par l'Union européenne dans ce domaine. On peut du reste se demander s'il n'y aurait pas place également, en la matière, pour la réserve de l'identité constitutionnelle de la France, dès lors que le consentement donné par le Constituant peut difficilement s'interpréter comme un blanc-seing absolu.

<sup>108</sup> Initialement, la clause de sauvegarde était limitée aux « *dispositions expresses contraires de la Constitution* » (décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 7). Mais il ressort du commentaire autorisé de cette décision que cette notion renvoyait à une norme constitutionnelle écrite propre à la Constitution française (JE Schoettl, *Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel*, Les Petites Affiches, n° 122, 18 juin 2004). Si la condition du caractère écrit a été abandonnée par la suite, cette décision jetait déjà les bases de la jurisprudence actuelle.



pas d'homologue européenne, le Conseil constitutionnel s'assure de son respect par la loi donc, en réalité, par la directive<sup>110</sup>. C'est sous cette réserve, que les tables analytiques de jurisprudence du Conseil constitutionnel dénomment « **clause de sauvegarde** », que l'article 88-1 peut être regardé comme consacrant le principe de primauté du droit de l'Union, selon les termes de sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004<sup>111</sup>.

Concrètement, cela signifie que **le Conseil constitutionnel s'autorise à laisser inappliqué le droit de l'Union, dans des cas résiduels<sup>112</sup> et qu'il n'a d'ailleurs jamais illustrés<sup>113</sup>**. Ce faisant, il a adopté ce qui est un quasi standard européen, puisque de nombreuses autres cours constitutionnelles ont mis en place un filet de sécurité comparable, souvent connu sous le nom de « théorie des contre-limites »<sup>114</sup>. Cette soupape, disons-le, n'est pas l'instrument d'un repli

---

<sup>109</sup> Sans qu'on sache très bien, en l'état de sa jurisprudence, si cette norme doit revêtir une importance particulière au sein du bloc de constitutionnalité. La notion d'« identité constitutionnelle », à laquelle la doctrine rattache couramment la forme républicaine du gouvernement ou le principe de laïcité, pourrait le laisser entendre.

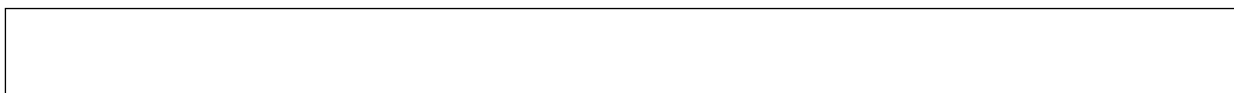
<sup>110</sup> Cons. const. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 17 à 20 ; n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010. Il en va différemment, bien entendu, si le constituant y a consenti. Initialement, le Conseil constitutionnel avait jugé que la directive pouvait être tenue en échec par une disposition expresse contraire de la Constitution (Cons. const., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004). De même, le Conseil constitutionnel, saisi au titre de l'article 54 de la Constitution des stipulations d'un accord international qui doit être signé tant par l'Union européenne que par chacun des États membres de celle-ci, mais qui relève d'une compétence exclusive de l'Union européenne, limite son contrôle au respect d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (Cons. const., 31 juill. 2017, n° 2017-749 DC).

<sup>111</sup> C'est ce qui explique d'ailleurs que le Conseil constitutionnel n'ait pas estimé nécessaire une révision de la Constitution préalablement à la ratification de feu le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

<sup>112</sup> Le commentaire aux cahiers de la décision du 19 novembre 2004 indique que la « *porte constitutionnelle* » a été ouverte aux « *neuf dixièmes* » à la réception immédiate du droit communautaire dans l'ordre juridique interne.

<sup>113</sup> L'Assemblée générale du Conseil d'Etat a en revanche rattaché à l'identité constitutionnelle de la France le droit d'asile constitutionnel, dans un avis non public mais [mis en ligne sur le site du GISTI](#) (avis portant sur l'application de la notion de « pays tiers sûr »).

<sup>114</sup> Dans le cadre de son contrôle du respect de l'identité constitutionnelle (*Identitätskontrolle*), la Cour constitutionnelle fédérale allemande se reconnaît la faculté de confronter aussi bien un acte réglementaire qu'un acte individuel, pris en vertu du droit de l'Union, aux normes intangibles limitativement énumérés au troisième alinéa de l'article 79 de la même Loi fondamentale et auxquels même une révision constitutionnelle ne pourrait déroger, selon la clause dite d'éternité : l'organisation fédérale, la participation des Länder à la législation nationale, le respect de la dignité humaine ou encore le principe de démocratie, dont découle notamment le droit pour chaque citoyen de faire respecter la souveraineté nationale, notamment la souveraineté budgétaire de l'Allemagne, en interdisant aux autorités allemandes de procéder à des transferts de compétences ou de prendre des décisions qui videraient de sa substance le processus démocratique à l'échelon national du fait de l'approfondissement de l'intégration européenne. En Espagne, la primauté du droit de l'Union s'entend sous réserve de sa compatibilité avec les principes fondamentaux de l'Etat social et démocratique de droit établi par la Constitution nationale (déclaration n° 1/2004 du 13 décembre 2004 du tribunal constitutionnel espagnol). En Italie, la théorie des « contre-limites » met en échec la primauté du droit de l'Union dans le cas où seraient violés les principes fondamentaux de l'ordonnement constitutionnel italien ou les droits inaliénables de la personne humaine (Cour constitutionnelle, 18 décembre 1973, n° 183 ; 22 octobre 2014, n° 238, concernant l'affaire



nationaliste, d'un réflexe idéologique de souveraineté ou d'une fierté juridictionnelle mal placée : elle est d'abord un outil pour faire respecter la norme fondamentale dont tout procède, y compris le choix de l'Etat de participer à la construction européenne ; et elle est aussi une garantie d'efficacité du dialogue des juges, sur la base d'un rapport de forces équilibré<sup>115</sup>.

Vous vous êtes directement inspiré de cette jurisprudence constitutionnelle pour bâtir, il y a près de quinze ans maintenant, la « clause de sauvegarde *Arcelor* »<sup>116</sup>.

Dans cette affaire, vous étiez saisi d'un moyen critiquant la conformité à la Constitution d'un décret transposant les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive. Le débat portait donc sur la constitutionnalité de la directive elle-même, qui était la disposition-source. Dans une telle configuration, vous examinez s'il existe une règle ou un principe du droit de l'Union qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété par la jurisprudence de la Cour de justice, garantit par son application l'effectivité du respect de l'exigence constitutionnelle invoquée. Si une telle règle existe, le contrôle de constitutionnalité est « transporté » dans l'ordre juridique de l'Union : cela vous conduit, en cas de difficulté sérieuse, à poser à la Cour de justice la question de savoir si la directive est conforme à cette norme européenne d'effet équivalent. Si tel est le cas, alors la directive est aussi présumée conforme à la Constitution et le moyen dirigé contre le décret qui la transpose fidèlement doit être écarté. A l'inverse, si l'ordonnement juridique européen ne contient pas de norme équivalente, vous procédez à un examen de constitutionnalité classique qui peut aboutir à annuler le décret, c'est-à-dire à laisser la directive inappliquée<sup>117</sup>. Vous avez, par la suite, discrètement transposé ce raisonnement à l'acte réglementaire qui se borne à adapter le droit national à un règlement européen, à l'instar de ce que fait le Conseil constitutionnel<sup>118</sup>. **Vous**

---

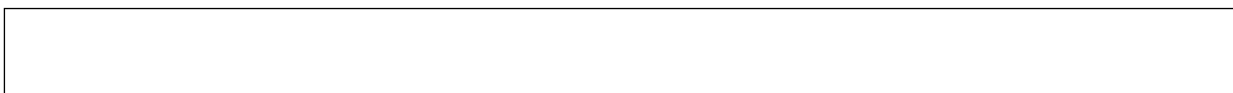
*Taricco* qui a finalement conduit la Cour de justice à adapter sa jurisprudence : CJUE, 8 septembre 2015, aff. C-105/14). Le Conseil d'Etat grec a quant à lui affirmé la supériorité de la Constitution sur le droit de l'Union (CE n° 3242/2004 du 16 novembre 2004). A l'époque où le Royaume-Uni était encore membre de l'Union européenne, la Cour suprême estimait elle aussi que le *Bill of rights*, qui se rattache à l'identité constitutionnelle britannique, devrait primer sur le *European Communities Act*, qui incorporait en droit britannique les traités européens (V. l'arrêt *HS2 c/ Secrétaire d'Etat au transport* [2014] UKSC 3).

<sup>115</sup> V. pour cette présentation l'intéressant article de Jean-Paul Jacqué, *La Cour de justice de l'Union européenne et la théorie des contre limites*, <http://www.droit-union-europeenne.be/432984946>.

<sup>116</sup> CE, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110, au Rec. Vous avez tiré toutes les conséquences de la jurisprudence constitutionnelle en matière de QPC : en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, il n'appartient pas au Conseil d'Etat de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC dirigée contre des dispositions législatives se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive (CE, 14 septembre 2015, *Société Notre famille.com*, n° 389806, aux T.).

<sup>117</sup> Vous avez par la suite réitéré ce mode d'emploi, en abandonnant au passage, très logiquement, la référence à l'article 55 de la Constitution : CE, 7 février 2020, *Confédération paysanne et autres*, n° 388649, au Rec.

<sup>118</sup> V. *a contrario* : CE, 8 juillet 2020, *Association de défense des ressources marines et Fédération nationale de*



**vous reconnaissez donc vous aussi la faculté de mettre à l'écart un règlement ou une directive, et la jurisprudence de la Cour de justice qui l'accompagne le cas échéant.**

**Vous observerez que la clause de sauvegarde que vous avez alors aménagée est plus large<sup>119</sup> que celle du Conseil constitutionnel, en tous les cas telle qu'il l'a appliquée jusqu'à présent.** En effet, vous ne vous contentez pas de vérifier que la norme constitutionnelle invoquée trouve son pendant formel dans l'ordre juridique européen, comme le font vos voisins de Montpensier<sup>120</sup>. Au-delà de « l'identité nominale », vous vous assurez d'une « équivalence réelle »<sup>121</sup> : la **portée** qui lui est conférée par la Cour de justice, en l'état de sa jurisprudence, doit être comparable à celle qui lui est donnée en droit national. C'est logique : ce qui compte, en la matière comme pour le contrôle de constitutionnalité des lois « *telles qu'interprétées* » par les juridictions compétentes, c'est la portée réelle d'une norme. S'il existe un décalage, s'il n'y a plus superposition des règles constitutionnelle et européenne, le contrôle autonome de constitutionnalité trouve de nouveau à s'appliquer pour « ce qui dépasse »<sup>122</sup>.

**5.2.** Il ne vous aura pas échappé que la configuration procédurale du présent litige n'est pas celle de la décision *Arcelor*.

---

*la plaisance et des pêches en mer*, n° 428271-428276-429018-429469, aux T. Cette décision juge aussi logiquement que, lorsque le décret intervient dans le cadre de la marge d'appréciation de l'Etat, et non pour la transposition de stipulations ou dispositions inconditionnelles, le contrôle de constitutionnalité du décret s'effectue normalement.

<sup>119</sup> Vous n'êtes pas allé, en revanche, jusqu'à consacrer la méthodologie de l'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat du 26 septembre 2002, *Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen*, n° 368.282, Rapport public 2003, p. 192) consistant à vérifier qu'une décision-cadre à transposer (ou une directive) ne comporte pas de dispositions contraires à la Constitution ou à des principes de valeur constitutionnelle, mettant en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portant atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

<sup>120</sup> V. à propos du respect de la vie privée : n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 7 et 8 ; pour le principe d'égalité et la liberté d'entreprendre (n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, cons. 12 et 38 à 40).

<sup>121</sup> Nous empruntons ces notions au très intéressant article de M. Blanquet, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, In : *La Constitution européenne de la France*, Dalloz.

<sup>122</sup> Vous observerez, à cet égard, que la Cour de justice a elle-même posé des limites à cette logique du « mieux-disant ». Non seulement elle n'admet pas que les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive puissent être mises à l'écart sur le fondement d'une Constitution nationale, comme vous l'envisagez. Mais même lorsque le droit de l'Union laisse aux Etats membres une certaine marge de manœuvre dans sa mise en œuvre, elle considère qu'un Etat membre ne peut appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des actes de droit dérivé par la législation et la réglementation nationales, que si cette application ne compromet pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union, ce qui tend à faire des droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union à la fois des planchers et des plafonds (CJUE, 26 février 2013, *A...-F...*, C-617/10, pt 29 et *M...*, C-399/11, pts 55 et s. ; V. aussi CJUE, 24 septembre 2019, *Google*, C-507/17, pt. 72).



Les requérants ne critiquent nullement la constitutionnalité des dispositions réglementaires litigieuses, ni celles de la loi où se loge, on l'a dit, l'obligation de conservation – ce qu'il n'aurait pu faire, dans ce second cas, que par la voie d'une QPC<sup>123</sup>. Ils soulèvent exclusivement des moyens d'inconventionnalité, principalement contre la loi. Et **c'est le défendeur qui oppose à ces moyens une exception d'inconstitutionnalité**, visant les engagements européens dont les requérants se prévalent. C'est, trivialement, une défense antimissile : loin de reprocher quoi que ce soit à la loi, l'Etat vous demande de l'appliquer telle qu'elle est, au motif que la norme européenne qui la vise - le missile – serait elle-même contraire à la Constitution. Ce n'est donc pas la conformité à la Constitution de la loi qui est en cause<sup>124</sup>, ce qui poserait un problème de loi-écran, mais bien celle de la directive e-privacy et du RGPD. Vous êtes donc convié à opérer le même contrôle de constitutionnalité adapté que dans l'affaire *Arcelor*.

Vous pourriez être gêné, il est vrai, par un effet « à rebours » de ce contrôle de constitutionnalité, lorsqu'est en cause une loi, et non un décret. En écartant une directive au motif qu'elle priverait de garanties une exigence constitutionnelle spécifique, vous donneriez à penser, de façon présomptueuse, que le législateur ne pourrait, sans méconnaître la Constitution, faire le choix, ultérieurement, d'appliquer cette directive.

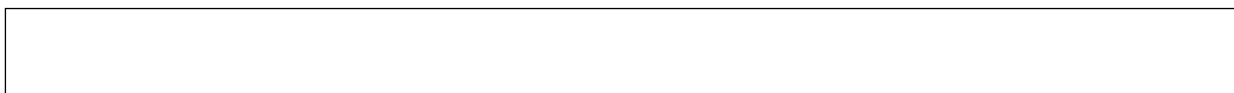
Ce serait là, à notre avis, commettre une erreur de perspective.

Ce qui vous est demandé par les requérants, dans cette configuration, c'est de mettre à l'écart une législation existante sur le fondement du droit dérivé de l'Union. Et c'est l'exercice de ce contrôle de conventionnalité qui, en évinçant la loi, pourrait conduire à priver de garantie les exigences constitutionnelles tels que vous les interprétez et qui s'imposent à vous. En refusant d'appliquer le droit dérivé dans une telle hypothèse, vous ne dites rien de ce que le législateur pourrait faire ou non à l'avenir au regard de la Constitution. Ce n'est pas votre rôle. Vous vous bornez, pour ce qui vous concerne, à affirmer que la Constitution ne vous permet pas de faire droit au moyen d'inconventionnalité. C'est, en d'autres termes, une « contre-limite » de votre propre office. Vous disposez naturellement d'une entière latitude pour l'introduire. A

---

<sup>123</sup> L'écran législatif joue aussi lorsque le décret se borne à tirer les conséquences nécessaires de la loi (CE, 6 décembre 2012, *Société Air Algérie*, n° 347870-347871, au Rec.). Cette décision porte sur le cas de la transposition législative de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive. Mais la solution vaut *a fortiori* lorsque la loi est le fruit d'un pouvoir d'appréciation de l'Etat membre. Dans ce cas, il faut, pour le requérant, soulever un moyen d'inconventionnalité de la loi, pour ce qui concerne les droits et libertés garantis par le droit de l'Union (et s'il s'agit d'une transposition de directive inconditionnelle ou une adaptation à un règlement, il faudra soutenir que l'acte de droit dérivé, où se loge réellement la disposition litigieuse, est contraire au droit primaire) et une QPC, pour ce qui concerne l'identité constitutionnelle de la France, à supposer qu'elle renferme bien un droit ou une liberté – ce qui devrait le plus souvent être le cas.

<sup>124</sup> On imagine d'ailleurs assez mal l'Etat soulever ici une QPC, sauf à rechercher audacieusement une forme de validation de son argumentation par le Conseil constitutionnel en vue de fragiliser la critique de conventionnalité élevée par les requérants.





défaut de dispositions précises dans la Constitution, c'est vous, en effet, qui définissez les conditions et limites du contrôle de conventionnalité. Vous n'avez pas eu besoin d'une autorisation constitutionnelle expresse pour adopter la décision *Nicolo* et donner son plein effet à l'article 55 de la Constitution. Vous n'en avez pas besoin non plus pour suivre notre proposition et donner son plein effet au reste de la Constitution.

Nous ne croyons pas, en outre, que cette construction se heurte à un quelconque **problème de compétence**, à tout le moins en l'espèce. Rappelons que vous vous refusez en principe à contrôler la conformité des engagements internationaux de la France à la Constitution (CE, Ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, n° 327663 et autres, au Rec.<sup>125</sup>). Vous vous efforcez seulement d'en donner l'interprétation la plus conforme à la Constitution, dans la limite de ce qu'autorise la lettre du texte et en tenant compte de l'intention de son auteur<sup>126</sup>.

Vous avez surmonté la difficulté dans *Arcelor*, en acceptant le principe du contrôle de constitutionnalité d'une directive à la Constitution, comme vous y invitait Mattias Guyomar. Ce dernier avançait à cette fin deux motifs :

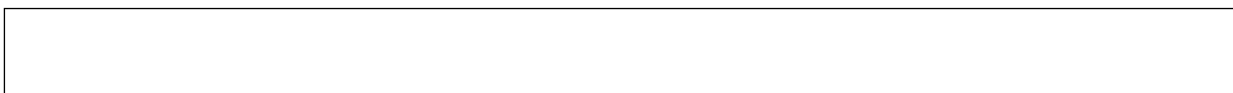
- d'une part, « *la transposition d'une directive ne constitue une obligation constitutionnelle que si et dans la mesure où elle respecte, dans son contenu, les règles et principes de valeur constitutionnelle* » : cet argument, tiré de la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne, est généralisable : ce n'est pas seulement la transposition d'une directive qui constitue une exigence constitutionnelle, c'est plus largement son respect. Or la directive comme le règlement ne sont « respectables » que s'ils respectent eux-mêmes le bloc de constitutionnalité<sup>127</sup> ;

---

<sup>125</sup> V. aussi CE, Ass., 23 décembre 2011, *K...*, n° 303678, au Rec. Cette incompétence vaut non seulement lorsque l'acte attaqué est le décret de publication de l'engagement international, mais aussi lorsqu'il se borne à tirer les conséquences nécessaires de cet engagement international (V. par ex. la décision *Association des américains accidentels*). Il faut bien avouer que les justifications théoriques de l'angle mort qui en résulte sont fragiles (pour leur présentation : D. Botteghi et S-J. Lieber, *De deux questions de droit international public et d'une question de procédure contentieuse*, AJDA 2010, p. 1635). Elle ne peut en tous les cas être trouvée dans la seule règle *Pacta sunt servanda*, dont découlerait une forme d'immunité juridictionnelle des engagements antérieurement souscrits, puisqu'il est admis qu'un engagement international doit être laissé inappliqué s'il est contraire à un règlement européen (V. la même décision *Association des américains accidentels*). Il en résulte d'ailleurs, paradoxalement, que le droit de l'Union est mieux garanti que le droit constitutionnel, comme c'était le cas de manière générale avant la mise en place de la QPC. A notre avis, le seul argument recevable est celui qui tire de la Constitution, notamment de son article 54, la volonté du constituant de ne pas investir le juge administratif de la mission de contrôler la conformité des traités à la Constitution.

<sup>126</sup> Dans son article de référence sur le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi (RFDA 2002, p. 877), le Président Genevois ne hiérarchise pas les techniques d'interprétation téléologique (intention du législateur) et d'interprétation conforme aux normes supérieures, même s'il relève que la seconde occupe une place croissante dans le raisonnement du juge administratif.

<sup>127</sup> On se gardera toutefois de donner trop de portée à cet argument : en allant jusqu'au bout de cette logique, il



le second argument est qu'« *il n'existe pas, dans notre ordre interne, de juge chargé de s'assurer de la constitutionnalité des directives à l'occasion de leur transposition directe par le pouvoir réglementaire* » : ce constat, décisif, est transposable au cas dans lequel la disposition réglementaire attaquée est prise pour l'application d'une loi. C'est à tout le moins certain lorsque, comme ici<sup>128</sup>, la directive ou le règlement n'impose pas au législateur de modifier le droit national, mais se borne à lui ouvrir une faculté - encadrée. Le Conseil constitutionnel, qu'il soit saisi de la loi dans le cadre de son contrôle *a priori* ou en QPC, ne contrôle pas la conventionnalité d'une telle loi ; il n'est pas amené à confronter la loi à l'acte de droit dérivé. Par conséquent, il n'est jamais conduit à vérifier que cet acte de droit dérivé ne se heurte pas lui-même à la Constitution<sup>129</sup>. A l'occasion d'un litige portant sur la légalité d'un décret pris pour l'application d'une telle loi, vous êtes bien les seuls à pouvoir vous assurer qu'en écartant cette loi en raison de sa contrariété avec une directive ou un règlement, vous ne privez pas du même coup de garantie une exigence constitutionnelle spécifique.

Une dernière difficulté, propre à l'espèce, mérite d'être mentionnée sur ce point : c'est la question de savoir si vous ne vous heurtez pas à un « traité-écran ». Comme on l'a dit, la Cour de justice a ici interprété la directive *e-privacy* et le RGPD « à la lumière de la Charte des droits fondamentaux ». Cette méthode d'interprétation pèse d'un poids particulier dans notre affaire, car on est enclin à croire que les auteurs de ces textes n'avaient jamais envisagé que leur créature puisse leur échapper à ce point. En témoigne d'ailleurs la position de la Commission européenne et de 15 gouvernements devant la Cour, tendant à ce qu'elle abandonne ou tempère la jurisprudence *Télé2*. De même, la censure de la directive de 2006 dans l'arrêt *Digital Rights Ireland* sur le fondement de la Charte donne du crédit à l'idée que son mode d'emploi serait en réalité l'ombre portée de la Charte, c'est-à-dire d'un traité. La

---

faudrait aussi considérer que l'obligation de respecter les traités, qui découle du principe *Pacta sunt servanda* issu du 14<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de 1946, et la supériorité de leur autorité sur celle des lois, conférée par l'article 55 de la Constitution, ne valent que sous réserve de leur conformité à la Constitution, ce qui vous conduirait à effectuer ce contrôle et à abandonner la jurisprudence *Fédération nationale de la libre pensée...*

<sup>128</sup> L'article 15 de la directive e-privacy se borne à ouvrir une faculté de dérogation aux Etats-membres.

<sup>129</sup> La même conclusion devrait être tirée, à notre avis, pour une loi ayant pour objet de transposer une directive (que ses dispositions soient précises et inconditionnelles ou non) ou d'adapter le droit interne à un règlement. Certes, dans ce cadre, le Conseil constitutionnel exerce, au stade du contrôle *a priori*, un contrôle de l'incompatibilité manifeste entre la loi et l'acte de droit dérivé, sur le fondement de l'article 88-1. Et dans ce cadre, le Gouvernement pourrait tout à fait se prévaloir de la méconnaissance de l'identité constitutionnelle de la France par la directive. Mais ce contrôle résiduel ne s'exerce plus au stade de la QPC, car l'obligation de transposition des directives découlant de l'article 88-1 n'est pas au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit (Cons. const., n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010). Et cette configuration est théorique : la difficulté constitutionnelle surgira le plus souvent au stade aval de l'interprétation de la directive ou du règlement par la CJUE, et non dès son adoption par le législateur européen, souvent avec l'accord de la France.





Cour indique d'ailleurs, au point 109 de sa décision d'octobre dernier, qu'en adoptant la directive *e-privacy*, le législateur de l'Union a « *concrétisé* » les droits garantis par les articles 7 et 8 de la Charte.

Pour autant, elle n'énonce pas que cette directive et le RGPD se borneraient à tirer les conséquences nécessaires de la Charte. Elle se contente de les interpréter dans le sens le plus conforme à celle-ci. Nous ne croyons donc pas que la disposition-source se trouverait dans la Charte elle-même et que vous soyez ainsi conduit à confronter un traité à la Constitution<sup>130</sup>.

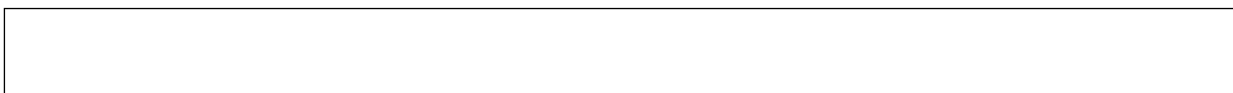
La configuration de l'espèce appelle en conséquence la mise en œuvre d'un contrôle de même nature que celui qui a été imaginé dans *Arcelor* :

- il y a lieu d'examiner d'abord s'il existe, dans le droit de l'Union, une norme d'effet équivalent à la règle constitutionnelle invoquée par le défendeur. Le cas échéant, il vous faudrait y confronter l'acte de droit dérivé. C'est ce que vous feriez, d'ailleurs, si le défendeur soulevait plus directement une exception d'invalidité de la directive invoquée au regard du droit primaire ;
- et, dans la négative, vous devez confronter la directive et le règlement, tels qu'interprétés par la Cour, à cette règle constitutionnelle spécifique et, le cas échéant, écarter le droit de l'Union.

Il va de soi que la mise en œuvre de cette clause de sauvegarde ne peut être qu'exceptionnelle, parce que le respect du droit de l'Union constitue aussi une exigence constitutionnelle, on l'a dit, et parce que vous ne pouvez ignorer qu'elle expose la France à une action en manquement voire à une crise politique. Nous vous invitons à respecter quelques lignes directrices dans cet exercice.

---

<sup>130</sup> En tout état de cause, nous pensons qu'il y aurait place dans ce cas pour un aménagement de votre jurisprudence *Fédération nationale de la libre pensée* afin de vous assurer que la portée effective que la jurisprudence de la Cour de justice confère à une stipulation des traités ne contredit pas la Constitution. Contrairement aux juridictions nationales, qui doivent donner une interprétation des traités conformes à la Constitution, et notamment faire leur la lecture que le Conseil constitutionnel a pu en donner dans le cadre de son contrôle pré-ratification, le cas échéant, la Cour de justice est libre de sa lecture du droit primaire. Or comme l'indiquait le commentaire aux cahiers de la décision du Conseil constitutionnel de 2004 sur la Constitution pour l'Europe, si la Charte des droits fondamentaux n'appelait aucune révision constitutionnelle, « *il est (...) clair que toute interprétation jurisprudentielle future des Cours de Luxembourg ou de Strasbourg allant au-delà des dispositions de la Charte ou restreignant la portée de ses clauses de limitation particulières ou générales conduirait à altérer les données au vu desquelles s'est prononcé le Conseil constitutionnel pour arriver à la conclusion que la deuxième partie du traité n'appelait pas de révision* ». Le Conseil constitutionnel ne pouvant pas se faire justice lui-même puisqu'il ne peut être saisi postérieurement à la ratification, personne d'autre que vous ne pourrait y remédier, nous semble-t-il. Nous laissons ces dernières élucubrations à l'usage des générations futures.



En premier lieu, vous devez faire un usage raisonnable de la condition **d'équivalence des protections**, lorsqu'une norme est formellement protégée constitutionnellement et conventionnellement. Il faut concevoir les prises de position de la Cour de justice dans l'interprétation et l'application des textes comme formant un tableau, pointilliste ou abstrait, à distance duquel vous devez vous tenir pour en saisir l'impression d'ensemble. Vous devez vous satisfaire de ce qu'une exigence est garantie « *en général* » et « *pour l'essentiel de la même façon* », pour reprendre la formulation de la cour de Karlsruhe<sup>131</sup>. On perçoit bien le risque d'un glissement vers une équivalence toujours plus concrète et précise, qui consisterait à examiner pour chaque affaire si le résultat auquel est parvenu la Cour de justice sur le fondement du droit de l'Union correspond précisément à celui qui découle des normes constitutionnelles selon votre propre analyse. Vous autoriseriez le défendeur à rediscuter systématiquement du bien-fondé de ses arrêts devant vous<sup>132</sup>. Il en résulterait une forme de **relativisme juridique permanent**, où ce qu'on croyait acquis à l'aune d'un droit pourrait toujours être rediscuté sur le fondement d'un autre. Vous ouvririez la boîte de Pandore de l'insécurité juridique, de l'imprévisibilité des règles, et, de là, de l'ineffectivité des droits et de tous ces maux juridiques qui rongent déjà nos sociétés et la compétitivité de notre économie. Cette retenue que nous préconisons ne doit naturellement pas vous interdire de mettre en évidence une différence de cadre d'analyse, et pas seulement d'appréciation, derrière une solution unique dont les effets vous paraîtraient aberrants – un peu comme une dénaturaison en cassation peut être le révélateur d'une erreur de droit.

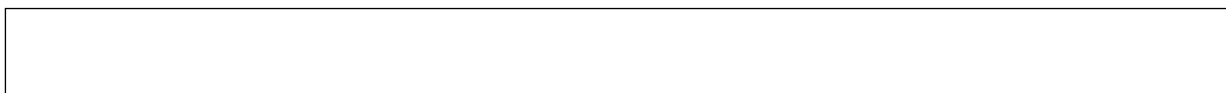
En deuxième lieu, vous devez, pour autant que la lettre du droit dérivé et les énonciations des arrêts de la Cour vous le permettent, **privilégier une logique de conciliation par leur interprétation conforme aux exigences constitutionnelles**. C'est toujours cette voie que vous privilégiez en présence d'un conflit entre normes supérieures. Le constat d'échec du dialogue des juges, nous dirions même, désormais, du concert des juges, ne peut être qu'une solution de dernier recours<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> BVerfG, 7 juin 2000, *Solange III*, 2 BvL 1/97, RTDE, 2001, p. 155.

<sup>132</sup> S'agissant par exemple du droit au déréférencement des contenus sur les moteurs de recherche, qui conduit à mettre en balance le respect de la vie privée, d'un côté, et la liberté d'expression et d'entreprendre, de l'autre, vous pourriez, saisi d'un moyen de défense en ce sens, être amené à définir des règles du jeu différentes de celles que la Cour de justice a dégagées, et non plus seulement à appliquer la jurisprudence européenne au cas particulier qui vous est soumis, ce qui est votre rôle normal de juge de droit commun du droit de l'Union.

<sup>133</sup> Nous pensons que vous disposez d'une certaine marge d'interprétation des arrêts préjudiciels. L'article 104 du règlement de procédure de la Cour de justice exclut, dans sa relation avec les juridictions de renvoi, l'application de l'article 158 qui prévoit qu'en cas de difficulté sur le sens et la portée d'un arrêt ou d'une ordonnance, il appartient à la Cour de l'interpréter. Dans le cadre du mécanisme préjudiciel, le paragraphe 2 de l'article 104 confie aux juridictions nationales le soin d'apprécier si elles s'estiment suffisamment éclairées par une décision préjudicielle. Si ce n'est pas le cas, il convient de saisir à nouveau la Cour. C'est donc le juge national qui doit au premier chef porter une appréciation.



En troisième lieu, nous pensons que vous ne pouvez actionner la clause de sauvegarde, en dernier recours, que si vous êtes **saisi d'un moyen en ce sens**. Il est vrai que le débat porte sur l'applicabilité du droit dérivé invoqué, plutôt que sur sa validité. Or il appartient en principe au juge de déterminer d'office la norme applicable au litige dont il est saisi. Mais ce principe ne vaut pas pour le jeu des exceptions, lorsqu'elles ne sont pas elles-mêmes d'ordre public<sup>134</sup>. C'est tout le sens de la vénérable jurisprudence *SA Morgane* en matière d'inconventionnalité de la loi : alors même qu'est en cause l'applicabilité au litige de la loi, vous ne soulevez pas d'office sa contrariété à un engagement international ou européen. Nous ne voyons pas la logique qu'il y aurait à secourir d'office un défendeur qui s'abstiendrait de lancer la contre-attaque constitutionnelle contre un moyen d'inconventionnalité du requérant. En dépit de son importance, le débat de constitutionnalité n'a jamais été, en lui-même, d'ordre public devant le juge de l'excès de pouvoir<sup>135</sup>. Par ailleurs, il nous semble matériellement difficile de contrôler d'office la conformité à la Constitution de tout acte de droit dérivé invoqué, le cas échéant interprété par tout arrêt préjudiciel. Il est préférable de laisser le défendeur prendre l'initiative et la responsabilité d'ouvrir ce débat délicat, par une argumentation qui se devra d'être circonstanciée et solidement étayée, comme en l'espèce.

En quatrième lieu, vous ne devez, le cas échéant, écarter le droit de l'Union que **dans la stricte mesure du nécessaire**. Vous devez en effet veiller à respecter autant que possible le principe de coopération loyale figurant à l'article 4 du Traité sur l'Union européenne, en vous abstenant de toute décision susceptible de « *mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union* ». A nos yeux, toutefois, cette expression est plus circonscrite que celle de méconnaissance du droit de l'Union : elle peut vous servir de guide pour apprécier le principe et la portée de la « dérogation » que vous vous autorisez à pratiquer<sup>136</sup>. En l'occurrence, par exemple, les objectifs poursuivis par l'Union à travers la directive *e-privacy* consistent à unifier le marché intérieur des services de communications électroniques en respectant un standard élevé de protection de la vie privée ; son considérant 14 précise que « *L'harmonisation devrait être limitée aux exigences nécessaires pour garantir que la promotion et le développement de nouveaux services et réseaux de communications électroniques entre États membres ne sont pas entravés* »<sup>137</sup>. Nous ne voyons pas bien en quoi

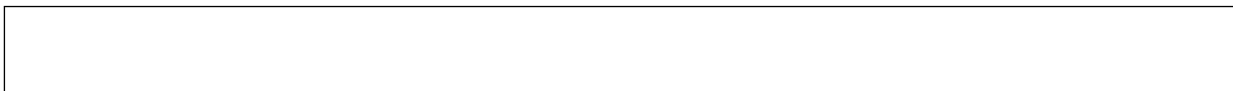
---

<sup>134</sup> V. aussi, à propos de la subdélégation illégale du pouvoir réglementaire : CE, 17 novembre 2010, *Société Arthus Consulting*, n° 320827, aux T.

<sup>135</sup> Il l'est par exception, s'agissant de l'incompétence du pouvoir réglementaire intervenant dans le domaine de la loi.

<sup>136</sup> On rappellera au passage que le Danemark et l'Irlande bénéficient de clauses d'*opt-out* dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, sans qu'à notre connaissance, la construction européenne s'en soit trouvée compromise.

<sup>137</sup> Ce considérant 14 précise : « *Il convient d'harmoniser les dispositions législatives, réglementaires et techniques adoptées par les États membres en ce qui concerne la protection des données à caractère personnel, de la vie privée et des intérêts légitimes des personnes morales dans le secteur des communications électroniques afin d'éviter de créer des obstacles au marché intérieur des communications électroniques* »



le droit français constituerait une entrave au développement des réseaux et services, d'autant que la compensation dont bénéficient les opérateurs permet de prévenir toute distorsion de concurrence. Et l'obligation de conservation des données n'a, depuis vingt ans, jamais été identifiée comme une entrave à la liberté de circulation et d'établissement des personnes, pas même celle des terroristes.

Enfin, vous ne devez pas perdre de vue que votre légitimité de juge national n'est pas supérieure à celle du juge européen, et faire preuve en conséquence de retenue dans la confrontation entre l'acte de droit dérivé et les exigences constitutionnelles invoquées en défense. Sans exiger une incompatibilité manifeste, vous devez disposer d'une **certitude suffisante** pour vous autoriser à écarter le droit de l'Union, plutôt que de laisser cette responsabilité soit au constituant, soit au législateur européen, soit encore, si nécessaire, aux Etats membres en tant que parties aux traités.

\*

**5.3.** Si l'on adopte ce cadre de référence, il y a lieu d'examiner si les normes invoquées en l'espèce par le Gouvernement font l'objet en droit de l'Union d'une **protection équivalente** à celle que leur accorde la Constitution. Sont en jeu la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire<sup>138</sup>, l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public, notamment celle des atteintes à la sécurité des personnes et des biens et la lutte contre le terrorisme<sup>139</sup>, et l'objectif de recherche des auteurs d'infractions<sup>140</sup>, notamment pénales.

5.3.1. La plupart du temps, le Conseil constitutionnel mobilise les objectifs de valeur constitutionnelle à titre de justifications des atteintes portées à l'exercice de droits ou de libertés constitutionnellement garantis<sup>141</sup>, comme le font usuellement les juridictions européennes. Mais c'est parce que le débat contentieux se présente le plus souvent ainsi devant lui.

Contrairement à ce qu'on lit parfois, ces objectifs ne sont pas dépourvus d'autonomie normative et ils peuvent, à eux seuls, fonder des censures, comme les principes constitutionnels<sup>142</sup>. Les exemples sont multiples, tant dans la jurisprudence du Conseil

---

*conformément à l'article 14 du traité ».*

<sup>138</sup> Cons. const., n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, cons. 20 ; n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016, cons. 20 à 23.

<sup>139</sup> Cons. const., n° 2020-805 DC du 7 août 2020.

<sup>140</sup> Cons. const., n° 2004-492 DC Du 2 mars 2004.

<sup>141</sup> V. parmi d'innombrables exemples : Cons. const., n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, cons. 78 ; n° 2014-420/421 QPC, cons. 9.

<sup>142</sup> Comme l'indique P. de Montalivet dans son article consacré aux objectifs de valeur constitutionnelle publié



constitutionnel<sup>143</sup> que dans la vôtre, à propos par exemple de l'objectif d'intelligibilité de la norme<sup>144</sup>. Même si les objectifs liés à la sécurité n'en offrent pas d'illustration explicite, à notre connaissance<sup>145</sup>, la même logique doit prévaloir. Le Conseil constitutionnel a du reste qualifié la sauvegarde de l'ordre public d'« exigence constitutionnelle »<sup>146</sup> et jugé qu'elle « implique notamment que soit assurée la protection des personnes »<sup>147</sup>. Dans la même logique, il a fait obligation au législateur de fixer les « règles appropriées » tendant à la réalisation de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique<sup>148</sup>. Nous relevons par ailleurs que le Conseil constitutionnel ne se borne pas à examiner si une loi élargissant les pouvoirs de coercition ou d'investigation des autorités administratives ou judiciaires ne porte pas une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée : il s'assure que le législateur n'a pas opéré une « conciliation manifestement déséquilibrée » entre le droit au respect de la vie privée et ces objectifs (V. précisément à propos de l'accès administratif aux données de connexion par les services de renseignement : n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 51 à 53, 55 et 56)<sup>149</sup>. Cette formulation n'exclut nullement que le déséquilibre manifeste puisse résulter des insuffisances de la loi pour garantir la sécurité. S'il prenait fantaisie au législateur de dépénaliser le meurtre ou le viol, nous doutons fort que le Conseil constitutionnel ne trouverait rien à y redire. Cette obligation d'agir existe aussi dans votre jurisprudence : vous exigez de l'autorité investie du pouvoir de police qu'elle prenne toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public<sup>150</sup>. Il y a bien

---

aux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 20 de juin 2006, « le Conseil constitutionnel considère que le législateur est soumis à l'interdiction de méconnaître les objectifs, ce qui signifie qu'il ne doit pas adopter de dispositions allant à leur encontre. Ainsi, chaque objectif implique certaines interdictions pesant sur le législateur. Contrairement à certaines affirmations doctrinales, le Conseil sanctionne la violation des objectifs, confirmant leur juridicité ».

<sup>143</sup> Il en va ainsi, par exemple, de l'objectif de pluralisme des quotidiens d'information politique et générale (n° 86-210 DC du 29 juillet 1986) ou de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005).

<sup>144</sup> V. par exemple : CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young Audit et autres*, n° 288460-288465-288474-288485, au Rec.). Sur ce dernier sujet, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à notre article en hommage au Président Störn, *Le droit simple*, in *La scène juridique : harmonies en mouvement*, Dalloz, 2019.

<sup>145</sup> Vous semblez hésiter sur l'opérance du moyen tiré de la méconnaissance des objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, que vous avez déjà écarté au fond, « en tout état de cause » (CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712, 265248, 265281 et 265343, au Rec.).

<sup>146</sup> V. par exemple la décision du Conseil constitutionnel n°2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. 64.

<sup>147</sup> Cons. const., n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, cons. 17

<sup>148</sup> Cons. const. 22 janvier 1990, n° 89-269 DC. Dans sa décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 (cons. 9), il a exigé du législateur qu'il assure la garantie des objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de respect de la liberté d'autrui.

<sup>149</sup> A propos de la saisie de données informatiques : Cons. const., n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016, cons. 7 à 13 ; ou encore : n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, cons. 25 ; n° 2010-55 QPC, 18 octobre 2010, cons. 6 ; n° 2003-467 du 13 mars 2003, cons. 27.

<sup>150</sup> CE, Assemblée, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727, au Rec.



longtemps<sup>151</sup> que vous contrôlez, sans texte exprès, la légalité des refus d'édicter des mesures de police nécessaires à la préservation de l'ordre public<sup>152</sup> et que vous réparez les préjudices nés de la carence de l'autorité de police, dans le cadre, désormais, d'un régime de faute simple<sup>153</sup>.

La normativité des objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions s'impose d'autant plus qu'ils sont constamment regardés par le Conseil constitutionnel comme « *nécessaires à la sauvegarde de principes et de droits de valeur constitutionnelle* »<sup>154</sup>. Il a même pu juger que, sans l'ordre public, « *l'exercice des libertés ne saurait être assuré* »<sup>155</sup>. Car à travers eux, c'est tout le corpus des droits fondamentaux qui est en jeu<sup>156</sup>. Le débat qui vous est soumis aujourd'hui n'est donc pas tant un conflit entre liberté et sécurité qu'un conflit interne au droit au respect de la vie privée : ce droit est directement atteint par la conservation et, plus encore, l'accès aux données par les autorités administratives et judiciaires ; mais il serait également en péril si les forces de sécurité ne disposaient plus des moyens d'exercer leurs missions, car, alors, votre vie privée pourrait être piétinée en toute impunité, par les criminels et les délinquants, les vrais.

C'est ce qu'exprime parfaitement la Déclaration de 1789 : on sait qu'une « *société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée (...) n'a point de constitution* », selon son article 16 ; on connaît moins son article 12 selon lequel « *la garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique* ». Il en découle nécessairement que cette dernière doit disposer des moyens d'exercer cette mission<sup>157</sup>, moyens non seulement financiers – comme le prévoit explicitement l'article 13 de la Déclaration - mais aussi juridiques et opérationnels.

---

<sup>151</sup> Sur la question de la date de naissance de cette obligation, nous renvoyons au très intéressant article de F. Melleray, *L'obligation de prendre des mesures de police initiale*, AJDA 2005, n° 2, p. 71. Plutôt qu'à l'arrêt *Lemonnier* ou à la décision *Doublet*, il propose de rattacher cette obligation au pouvoir de substitution du préfet posé à l'origine par l'article 99 du 5 avril 1884.

<sup>152</sup> CE, 8 juillet 1992, *Ville de Chevreuse*, n° 80775, au Rec.

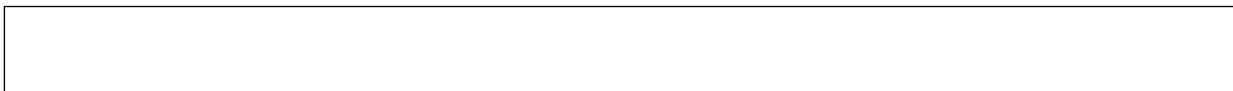
<sup>153</sup> CE, 28 novembre 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, n° 238349, au Rec.

<sup>154</sup> Cons. const., n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016. On trouve aussi dans de nombreuses décisions une référence à la « protection » de principes et de droits de valeur constitutionnelle (V. par ex. : n° 2012-652 DC du 22 mars 2012).

<sup>155</sup> Cons. const., 25 janvier 1985, n° 85-187 DC.

<sup>156</sup> Selon P. de Montalivet (op. cit.) : « *Les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas des droits mais des buts assignés par la Constitution au législateur, qui constituent des conditions objectives d'effectivité des droits fondamentaux constitutionnels. Ils découlent des droits et libertés et servent à en déterminer la portée exacte. Ils servent moins à les limiter qu'à les protéger. La « clef d'interprétation » des objectifs réside ainsi dans l'effectivité des droits et libertés* ».

<sup>157</sup> Le Conseil constitutionnel n'a pas explicité la portée de cette disposition autrement qu'en interdisant la délégation de compétences de police administrative générale à des personnes privées (Cons. const., n°2011-625 DC du 15 mars 2011, cons. 18 ; n° 2017-637 QPC du 16 juin 2017, cons. 4 et 5).





Soyons clair : notre propos ne consiste pas à dégager prétoriquement un **droit constitutionnel à la sécurité** qu'on ne trouve ni dans notre Constitution écrite, contrairement à nombre d'autres<sup>158</sup>, ni dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, au titre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Du point de vue constitutionnel, vous avez le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de votre santé<sup>159</sup>, vous avez aussi le droit à la sécurité matérielle<sup>160</sup>, notamment à la sécurité sociale<sup>161</sup>, et dans une certaine mesure à la sécurité juridique<sup>162</sup>, mais le « *droit fondamental* » à la sécurité n'est proclamé, modestement, que par l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure<sup>163</sup>. Vous n'y voyez donc pas une liberté fondamentale qu'il vous appartiendrait de protéger en référence à la liberté<sup>164</sup>. Et le Conseil constitutionnel a de son côté jugé que l'objectif de sauvegarde de l'ordre public ne pouvait en lui-même être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité<sup>165</sup>.

Pour autant, cet objectif est parfaitement invocable en combinaison avec le ou les droits ou libertés garantis par la Constitution qu'il vise à protéger, comme le droit au respect de la vie privée ou la sauvegarde de la dignité de la personne humaine, qui protège le droit à la vie<sup>166</sup>. En outre, et surtout, le fait qu'une personne ne puisse se prévaloir d'un tel objectif à l'occasion d'un contentieux individuel n'enlève rien aux obligations qu'il fait peser sur le législateur, sur le pouvoir réglementaire, et sur vous-même, dans le cadre de votre contrôle de conventionnalité.

### 5.3.2. Il reste à déterminer si le droit de l'Union garantit l'effectivité du respect des exigences constitutionnelles ainsi comprises.

---

<sup>158</sup> V. A. Vidal-Naquet, *La sécurité en droit constitutionnel : non-dit ou non-être ?*, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02112622/document>.

<sup>159</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Charte de l'environnement.

<sup>160</sup> 11<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de 1946.

<sup>161</sup> Le droit à la protection sociale est garanti par la Constitution (Cons. const., n° 86-225 DC, 23 janvier 1987, cons. 16 et 17).

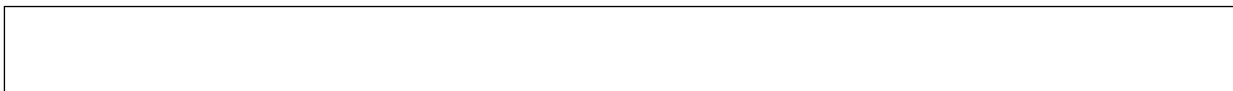
<sup>162</sup> Art. 16 de la Déclaration de 1789 tel qu'interprété par la décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 (cons. 21 à 23). Les tables analytiques évoquent directement la sécurité juridique.

<sup>163</sup> Qui codifie l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. Y est aussi affirmé le devoir de l'Etat d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens.

<sup>164</sup> JRCE, 20 juillet 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, n° 236196, au Rec.

<sup>165</sup> Cons. const., 17 octobre 2014, n° 2014-422 QPC. Le Conseil refuse ainsi d'ouvrir la voie à un pur recours en carence du législateur sur ce point, comme il en existe dans d'autres systèmes juridiques (V. sur ce point le commentaire de l'article L. 111-1 du code de la sécurité intérieure édité par Dalloz, citant l'exemple du Portugal).

<sup>166</sup> Cons. const., n° 2017-632 QPC, 2 juin 2017, cons. 4 et 6.



Il faut rendre cette justice à la Cour de Luxembourg : alors qu’initialement, elle ne voyait dans la lutte contre le terrorisme<sup>167</sup> et la criminalité grave<sup>168</sup> que des objectifs d’intérêt général pouvant justifier des limitations aux droits fondamentaux, de même que la protection de la sécurité publique contribuant à la protection des droits et libertés d’autrui<sup>169</sup>, son arrêt du 6 octobre 2020 énonce, en s’inspirant explicitement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme<sup>170</sup>, que le droit au respect de la vie privée et familiale peut créer dans le chef des Etats certaines **obligations positives** d’agir pour lutter efficacement contre les infractions qui la menacent, en particulier pour les mineurs et les autres personnes vulnérables<sup>171</sup>. Mais ces obligations sont conçues de manière étroite et résiduelle : en pratique, la Cour ne nous semble les faire jouer ici qu’en ce qui concerne les adresses IP, lorsqu’elle entend préserver les capacités opérationnelles de lutte contre la pédopornographie. Et son arrêt montre que ces obligations positives ne sont pas d’une nature distincte des objectifs d’intérêt généraux : elles constituent de simples facteurs de limitation de l’exercice des droits fondamentaux. Pour les raisons théoriques et psychologiques que nous avons essayé d’identifier précédemment, elle néglige largement que l’incapacité de l’Etat à lutter contre les menaces qui pèsent sur lui et sa population est elle aussi de nature à compromettre purement et simplement l’exercice de ces mêmes droits<sup>172</sup>. Comme nous allons nous efforcer de le montrer, le mode d’emploi auquel elle est parvenue le démontre clairement, à nos yeux.

Au fond, notre conviction est que, structurellement, le droit de l’Union ne peut pas accorder à la sauvegarde de la sécurité nationale et à la recherche des auteurs d’infractions le même niveau de garantie que la Constitution – et cette conviction s’étend, bien entendu et presque *a fortiori*, à l’exigence constitutionnelle de « nécessaire libre disposition de la force armée »,

---

<sup>167</sup> CJUE, 3 septembre 2008, *K... et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, pt. 363.

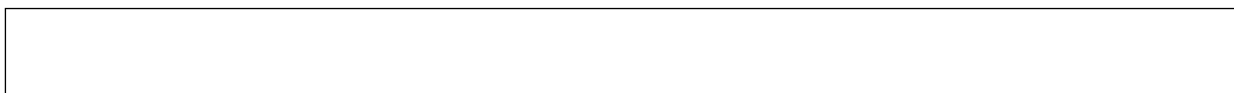
<sup>168</sup> CJUE, 23 novembre 2010, *T...*, C-145/09, pts 46-47.

<sup>169</sup> CJUE, gr. ch., 26 juillet 2017, avis 1/15, *Projet d’accord entre le Canada et l’Union européenne sur le transfert et le traitement de données des dossiers passagers*, point 149.

<sup>170</sup> A propos de l’article 8 de la Convention protégeant la vie privée, la Cour européenne a jugé à plusieurs reprises que « *une dissuasion effective contre des actes graves mettant en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée appelle des dispositions pénales efficaces* », le cas échéant de la part du législateur (CEDH, 2 décembre 2008, *K.U c/ Finlande*, n° 2872/02, pt. 45).

<sup>171</sup> Pt. 126

<sup>172</sup> Dans ses conclusions sur l’affaire *LQDN et autres*, l’avocat général Campos Sánchez-Bordona indique d’ailleurs que « *On pourrait profiter de l’opportunité offerte par les présentes demandes de décision préjudicielle pour proposer plus clairement la recherche d’un équilibre entre, d’une part, le droit à la sécurité et, d’autre part, le droit à la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel. Cela permettrait d’éviter les critiques selon lesquelles les seconds seraient favorisés au détriment du premier* ». Mais il ne conclut pas réellement sur ce point, ajoutant même que « *si la préservation du principe de confidentialité des données est primordiale dans une société démocratique, l’importance de la sécurité au sein de cette société ne doit pas être sous-estimée* » (c’est nous qui soulignons). Cette formulation témoigne bien de la hiérarchisation des priorités. La Cour ne nous semble de toute façon pas avoir réellement donné suite à l’idée de rééquilibrage évoquée.





même si ce n'est pas le sujet du jour<sup>173</sup>. D'une part, parce que l'article 4 du TUE prévoit que la responsabilité de la sécurité nationale relève des seuls Etats membres. D'autre part, parce que ce même article se borne à prescrire à l'Union de **respecter** « *les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale* ». **Respecter n'est pas garantir**. La Cour se doit de tenir compte de ces considérations lorsqu'elle apprécie la proportionnalité de l'ingérence – c'est ce qu'elle a fait ici, en particulier en aménageant une soupape pour la sauvegarde de la sécurité nationale - mais elle n'en est pas la gardienne<sup>174</sup>. C'est le juge national, qui plus est lorsqu'il se nomme Conseil d'Etat, qui doit veiller à ce que soit assurée la sauvegarde de la sécurité nationale et de la sécurité publique, sans laquelle, à terme, il n'y a tout simplement plus d'Etat. Assumons le raccourci jusqu'au bout : s'il n'y a plus d'Etat, il n'y a plus d'Etat membre, donc il n'y a plus de construction européenne, non plus<sup>175</sup>. On rappellera au passage à celles et ceux qui nous suspecteraient de souverainisme que les autorités nationales ne contribuent pas seulement à la sécurité de la France. Ils jouent un rôle-clé dans celle de l'Europe et au-delà, tant à travers les mécanismes de coopération policière et judiciaire qu'en luttant elle-même contre une criminalité qui ne respecte aucune frontière.

\*

