

La singularisation attendue du droit communautaire au sein de la jurisprudence I.V.G. (brèves réflexions sous la décision du Conseil constitutionnel, n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, C.P.E.)

La jurisprudence C.P.E.¹ aura-t-elle la même destinée que la jurisprudence I.V.G.² ? Une chose est acquise : le mythe du revirement ou de l'infléchissement de la décision du 15 janvier 1975 semble bien devoir se dissiper pour le droit communautaire. La voie de la prise en compte spécifique et indépendante du droit communautaire par rapport au droit international conventionnel classique a été ouverte par la décision du 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique*³. La primauté du droit communautaire ne repose plus sur l'article 55 de la Constitution, mais sur l'article 88-1. Ce nouveau fondement constitutionnel a « autorisé » le Conseil constitutionnel à poser les principes d'un contrôle de constitutionnalité indirect du droit communautaire dérivé, par le biais d'une loi interne de transposition, au regard d'une disposition constitutionnelle « expresse et propre »⁴. Le droit communautaire en vigueur devient ainsi objet du contrôle de constitutionnalité. Une obligation constitutionnelle nouvelle a également été dégagée de l'article 88-1 de la Constitution, selon laquelle « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle »⁵. Une telle exigence avait suscité des interrogations sur la possibilité pour les directives de devenir une norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition⁶. Certes, l'existence d'une obligation constitutionnelle de transposition n'impliquait pas *ipso facto* qu'elle soit sanctionnée par le juge constitutionnel, mais la question avait le mérite de se poser à partir d'un élément tangible. La décision du 30 mars 2006, C.P.E., apporte une réponse qui paraît claire, même si elle résulte d'une interprétation *a contrario* de l'un de ses considérants. Après avoir rappelé l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, le Conseil constitutionnel a jugé 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* »⁷ ; *a contrario*, il serait compétent pour examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive communautaire *qu'elle a pour objet de transposer en droit interne*. La doctrine du Conseil constitutionnel⁸ invite prudemment - le peuple était déjà dans la rue - à partager une telle analyse au parfum révolutionnaire par rapport à la jurisprudence I.V.G. Parfum

¹ C.C., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, C.P.E., JORF, 2 avril 2006, p. 4964.

² C.C., n° 75-54 DC, 15 janvier 1975, I.V.G., RJC-I, p. 30.

³ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, JORF, 22 juin 2004, p. 11182

⁴ Selon les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* : www.conseil-constitutionnel.fr/cahier/cc17/jurisp498.htm.

⁵ Considérant n° 7.

⁶ Voir en particulier : B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *R.F.D.A.*, 2005, p. 660.

⁷ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, précitée, Cons. n° 28 (souligné par nous).

⁸ Les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* en l'occurrence : www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc20/jurisp535.htm

seulement, car la singularisation du droit communautaire au sein de la jurisprudence de 1975 n'a qu'une portée limitée (I) et apparaît par cela même d'une cohérence discutable (II).

I – Une singularisation de portée limitée

La portée de la jurisprudence *I.V.G.* repose sur deux piliers : le caractère « relatif et contingent » du contrôle de conventionnalité et le fait qu'une « loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution »⁹. Chacun de ces arguments est critiquable au point que le Conseil constitutionnel ne les a repris dans aucune des décisions confirmant la portée de la décision du 15 janvier 1975¹⁰. On sait la relativité du premier, notamment pour les traités consacrant des droits fondamentaux, et, concernant le second, que toute violation d'un engagement international est une violation *indirecte* de la Constitution, c'est-à-dire du principe de primauté contenu dans l'article 55 de la Constitution. La position du Conseil constitutionnel résulte d'un choix de politique jurisprudentielle qui le conduit à n'exercer qu'un contrôle de constitutionnalité *direct*, en laissant aux juges de droit commun le soin d'exercer le contrôle de constitutionnalité *indirect* du respect de l'article 55 de la Constitution. La présentation ne saurait être complète sans mentionner brièvement les tempéraments à cette jurisprudence. Le Conseil constitutionnel veille en effet au respect par le législateur du principe de primauté, c'est-à-dire de la règle de conflit contenue dans l'article 55 de la Constitution, la violation de la Constitution est alors *directe*, tel est le cas en particulier si la loi réduit le domaine d'application de cette disposition constitutionnelle¹¹. De manière ponctuelle ensuite, lorsque la Constitution en dispose en ce sens, il vérifie que certaines lois respectent bien certaines normes d'origine externe, tel est le cas, sur le fondement de l'article 88-3 de la Constitution¹², de la loi organique sur le droit de vote et

⁹ C.C., n° 75-54 DC, 15 janvier 1975, *I.V.G.*, précitée, respectivement Cons. n° 4 et 5.

¹⁰ Voir : C.C., n° 77-83 DC, 20 juillet 1977, *Service fait*, RJC-I, p. 50, Cons. n° 6 ; n° 77-92 DC, 18 janvier 1978, *Contre-visite médicale*, RJC-I, p. 57, Cons. n° 3 ; n° 80-116 DC, 17 juillet 1980, *Convention franco-allemande d'entraide judiciaire*, RJC-I, p. 80, Cons. n° 7 ; n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances 1990*, RJC-I, p. 382, Cons. n° 79 ; n° 91-293 DC, 23 juillet 1991, *Accès des étrangers à la fonction publique*, RJC-I, p. 453, Cons. n° 4 et 5 ; n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, *Dispositions fiscales rétroactives*, RJC-I, p. 465, Cons. n° 20 et 21 ; n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, *Urbanisme et construction*, RJC-I, p. 576, Cons. n° 6 ; n° 96-375 DC, 9 avril 1976, *Transferts d'entreprises publiques au secteur privé*, RJC-I, p. 670, Cons. n° 9 ; n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi Réséda*, J.O.R.F., 12 mai 1998, p. 7092, Cons. n° 12 ; n° 98-405 DC, 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, J.O.R.F., 31 décembre 1998, p. 20138, Cons. n° 15 et 34 ; n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, J.O.R.F., 28 juillet 1999, p. 11250, Cons. n° 13 et 16.

¹¹ Décision de principe : C.C., n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Entrée et séjour des étrangers*, RJC-I, p. 281, Cons. n° 5 et 6. Voir également pour une formule synthétique : C.C., n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances 1990*, précitée, Cons. n° 79 ; n° 96-375 DC, 9 avril 1996, *Transferts d'entreprises publiques au secteur privé*, RJC-I, p. 669, Cons. n° 9. Voir pour une formulation à propos des traités communautaires et du droit communautaire dérivé : n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, *Dispositions fiscales rétroactives*, RJC-I, p. 465, Cons. n° 21.

Dans la décision de 1986, la disposition censurée n'envisageait que les conventions ratifiées, et non les conventions approuvées, auxquelles il est fait expressément référence dans l'article 55 de la Constitution. Par ailleurs, elle semblait ne réserver la non-application d'une convention internationale qu'au cas de dénonciation, alors que l'article 55 prévoit d'autres cas de non-application (publication, régularité de la ratification ou de l'approbation, réciprocité). Le domaine d'application de l'article 55 est affecté, il y a, pour le Conseil constitutionnel, violation directe de la Constitution qui lui revient de censurer.

¹² Sans que le Conseil constitutionnel n'ait été en mesure de le faire, le raisonnement soutenu à propos de l'article 88-3 pourrait être transposé à l'article 88-2 de la Constitution. Dans la décision *Indépendance de la banque de France* (C.C., n° 93-324 DC, 3 août 1993, *Indépendance de la Banque de France*, RJC-I, p. 537), une telle perspective a été escamotée car le traité de Maastricht n'était pas encore entré en vigueur.

d'éligibilité des ressortissants communautaires qui est appréciée au regard de l'article 19 du Traité de Maastricht et de la directive du 19 décembre 1994 qui en détermine les modalités d'application¹³. Le droit communautaire a pu également présenter un relief particulier dans l'application du principe d'égalité, une obligation communautaire pouvant justifier d'un point de vue constitutionnel un traitement différencié¹⁴. Plus récemment, dans la décision du 29 décembre 2005, *Loi de finances rectificative pour 2005*¹⁵, le Conseil constitutionnel a protégé l'autorité de chose jugée d'un arrêt en manquement de la Cour de justice des Communautés européennes en censurant une loi qui en méconnaissait délibérément la portée. Le fondement d'une telle solution n'est pas recherché dans le respect dû au droit communautaire, et en particulier dans l'article 88-1 de la Constitution, mais dans le principe de séparation des pouvoirs et la garantie des droits consacrés par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La méconnaissance par le législateur d'une condamnation de la Cour de Luxembourg s'analyse comme une atteinte à l'autorité de chose jugée, elle est assimilée à une validation rétroactive proscrite par la jurisprudence constitutionnelle. Il convient de concéder que l'atteinte à l'autorité de chose jugée concernait également un arrêt du Conseil d'Etat. Le volet communautaire de la décision n'en est pas pour autant discutable. Le Conseil constitutionnel juge en effet que la disposition contestée a pour objet « de priver d'effet (...) l'arrêt (...) de la Cour de justice des Communautés européennes ainsi que la décision (...) du Conseil d'Etat ; qu'il porte dès lors atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à la garantie des droits »¹⁶.

Au regard de cette jurisprudence, quelle singularité est-elle désormais reconnue au droit communautaire ? Du seul point de vue formel, la décision du 30 mars 2006 dissocie les moyens d'inconventionnalité, entre ceux qui relèvent du droit international conventionnel classique et ceux qui se rapportent au droit communautaire. La dissociation s'articule autour des fondements constitutionnels à la primauté de chacune de ces catégories de normes : respectivement l'article 55 et l'article 88-1 de la Constitution. Elle n'emporte pas pour autant des conséquences radicales. Le principe de l'incompétence du Conseil constitutionnel demeure dans les deux situations. Il ne souffre que d'une exception limitée au profit du droit communautaire. Alors que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle », cette dernière n'est sanctionnée devant le juge constitutionnel que s'il est saisi d'une loi de transposition d'une directive. De manière plus précise encore, le Conseil constitutionnel n'examinera la conformité d'une loi à une directive que si la première assure la transposition de la seconde. Ce schéma peut laisser perplexe quant au domaine restreint qu'il concerne, sans que l'on ne puisse y trouver de justification satisfaisante. Le juge constitutionnel

¹³ Il s'agissait en 1998 de l'article 8 B du traité de Maastricht aujourd'hui article 19. Voir : C.C., n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales*, RJC-I, p. 749, Cons. n° 4. Voir également : .C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, RJC-I, p. 506, Cons. n° 28.

¹⁴ Voir : C.C., n° 2005-511 DC, 29 décembre 2004, *Loi de finances pour 2005*, Cons. n° 14, 15 et 21 ; n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Cons. n° 24.

¹⁵ C.C., n° 2005-531 DC, 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2005*.

¹⁶ C.C., n° 2005-531 DC, 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2005, précitée*, Cons. n° 6.

s'est-il senti piégé par l'exigence constitutionnelle de transposition posée dans la décision du 10 juin 2004 ? Il était pourtant parfaitement possible que la sanction de cette exigence, comme c'est le cas pour la sanction du principe de primauté des traités sur la loi, n'appelle pas la compétence du Conseil constitutionnel. L'article 88-1, en tant que fondement constitutionnel au droit communautaire, apparaît pourtant comme devant s'inscrire dans une logique du tout ou rien : soit il impose un contrôle de conformité des lois au droit communautaire, soit il ne modifie en rien les principes de la jurisprudence *I.V.G.* La voie médiane, on y reviendra, peine à convaincre.

Le rattachement du droit communautaire à cette disposition à partir de la décision du 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique*, révèle le choix du juge constitutionnel de le nationaliser. Là où l'article 55 de la Constitution maintient, selon une orientation moniste interniste, les engagements internationaux comme des sources extérieures, seul le principe de primauté étant nationalisé, l'article 88-1 marque une réception constitutionnelle du droit communautaire, proche d'une orientation dualiste, dont les effets sur le contentieux de constitutionnalité n'ont pas été mesurés dans toute leur ampleur. A partir du moment où le droit communautaire n'est plus tout à fait une source externe, qu'il apparaît comme une source externe constitutionnalisée, son régime contentieux tendra à se modifier. L'équation selon laquelle toute violation du droit communautaire emporte violation de l'article 88-1 est plus directe que celle qui consiste à soutenir qu'une méconnaissance d'un traité international est une violation de l'article 55 de la Constitution.

En effet, l'article 88-1 n'est pas un article posant une règle de conflit. Si l'on peut reconnaître, sous les réserves précédemment énoncées, qu'une loi contraire à un traité n'est pas pour autant contraire à la Constitution et que seule la violation du principe de conflit relève de la compétence du juge constitutionnel, la situation est différente avec l'article 88-1. Cette disposition contient un énoncé déclaratif d'ouverture à l'Europe, interprété par le Conseil constitutionnel comme constituant l'ancrage constitutionnel du droit communautaire au sein de l'ordre juridique français. S'il paraît difficile *a priori*, c'est-à-dire sans l'intervention du Conseil constitutionnel, de se lancer dans une recherche de normes susceptibles d'être dégagées de l'énoncé de l'article 88-1 - parce qu'il est déclaratif, il ne saurait en théorie contenir de norme - cette disposition n'en est pas moins un rattachement formel dans la Constitution du droit communautaire. La question communautaire devient une question constitutionnelle alors même qu'elle ne l'était pas auparavant. L'article 55 ne faisait que garantir la primauté du droit communautaire sans lui donner aucune valeur formelle particulière dans l'ordre juridique. La constitutionnalisation explicite du droit communautaire offre de nouvelles perspectives. Toute méconnaissance du droit communautaire tend à s'apparenter à une violation de l'article 88-1 de la Constitution. Avec le choix jurisprudentiel partiel retenu dans la décision *C.P.E.*, la question de sa cohérence se pose.

II- Une singularisation d'une cohérence discutable

Comment justifier que le rattachement formel du droit communautaire à l'article 88-1 n'implique qu'une seule obligation constitutionnelle à la charge du législateur de transposer les directives communautaires ? Il est vrai que le caractère indéterminé de l'énoncé de l'article 88-1 autorise le Conseil constitutionnel à sélectionner les exigences communautaires « constitutionnalisables » ; mais qu'est-ce qui rend cette exigence plus « constitutionnalisable » que les autres ? Le principe de primauté du droit communautaire ne pèse-t-il pas avec la même force sur l'ensemble des normes nationales pour justifier qu'un sort commun lui soit réservé devant le juge constitutionnel ? La distinction entre la loi qui assure la transposition d'une directive et celle qui, tout en n'assurant pas cette transposition, entre dans son domaine d'application n'est pas pertinente. En l'espèce d'ailleurs, il semble que le dispositif contesté s'inscrit dans le « cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail » fixé par la directive. Pourquoi la violation de la directive n'appellerait-elle la compétence du juge constitutionnel que si ce dernier est saisi d'une loi de transposition qui lui est contraire ? Pourquoi une loi qui serait contraire à une directive qu'elle ne transpose pas ou encore une loi qui méconnaîtrait une stipulation d'un traité communautaire, une disposition d'un règlement ou un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes ne connaîtrait-elle pas le même sort ? La seule justification, s'il faut en trouver une, qui limite la solution du Conseil constitutionnel est peut-être à rechercher dans la dynamique générée par la décision du 10 juin 2004. En effet, tout contrôle d'une loi de transposition d'une directive au regard d'une disposition constitutionnelle expresse et explicite impose que soit apprécié le rapport entre la loi et la directive, la première devant être nécessaire à la seconde. De ce rapport de nécessité résulte une étendue plus ou moins importante des normes constitutionnelles de référence du contrôle de la loi : les seules dispositions « expresse et spécifique », si la loi tire « les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive, la loi devient alors transparente ; toutes les dispositions constitutionnelles dans le cas contraire. Dans cette dernière hypothèse, doivent s'ajouter comme norme de référence les dispositions de la directive en question en application de la jurisprudence *C.P.E.* La décision du 30 mars 2006 ne ferait alors que s'inscrire dans la voie ouverte par celle du 10 juin 2004, qui implique une appréciation du rapport entre une directive et la loi qui la transpose lors du contrôle de constitutionnalité de la loi, tout en développant au maximum les conséquences de ce rapport par un contrôle de conformité à la directive de la loi. La complexité du contentieux des lois de transposition en sort en toute hypothèse accrue.

La position du Conseil constitutionnel doit également être confrontée aux exigences communautaires pertinentes. Pour n'envisager que les directives, rappelant les principes de sa jurisprudence *Inter Wallonie*, selon laquelle « pendant le délai de transposition d'une directive, les États membres doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive »¹⁷, la Cour de justice des

¹⁷ C.J.C.E., 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, Aff. C-129/96, Rec. p. I-7411, § 45.

Communautés européennes a récemment précisé de manière explicite qu'il importait peu « à cet égard que la règle en cause du droit national, adoptée après l'entrée en vigueur de la directive concernée, vise ou non la transposition de cette dernière »¹⁸. De manière plus large, faut-il rappeler la jurisprudence *Simmenthal* selon laquelle, dans une formulation récente : « toute juridiction d'un État membre a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère directement aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la législation nationale »¹⁹. Rappelons enfin, que les États membres, lorsqu'il est question de procédures destinées à garantir le respect du droit communautaire, voient leur autonomie procédurale de principe limitée par le *principe d'équivalence* et le *principe d'effectivité*²⁰. La compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la conformité de toutes les lois au droit communautaire pertinent s'appuie sur une solide jurisprudence communautaire, au moins pour ce qui concerne le droit communautaire doté d'un effet direct. Le Conseil constitutionnel peut parfaitement ignorer la jurisprudence de la Cour de Justice mais au détriment de la cohérence juridique de sa jurisprudence et en méconnaissance manifeste des contraintes communautaires énoncées par la Cour de justice des Communautés européennes.

La jurisprudence *C.P.E.* doit enfin être coordonnée avec la décision déjà abordée du 29 décembre 2005, *Loi de finance rectificative pour 2005*. Au regard du fondement sur lequel le Conseil constitutionnel a censuré une loi qui privait d'effet un arrêt en manquement de la Cour de Luxembourg, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'interprétation combinée des deux décisions est ardue. Si le juge constitutionnel s'était appuyé sur l'article 88-1 de la Constitution, on retrouvait alors les principes de la jurisprudence *C.P.E.* Il conviendrait en conséquence d'interpréter cette dernière comme posant les principes d'un contrôle de conformité au droit communautaire, quel qu'il soit, de toutes les lois qui sont spécialement adoptées pour en tirer les conséquences. Relève de cette hypothèse, de manière négative, la loi intervenue précisément pour faire obstacle à un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, comme c'est le cas dans la décision du 29 décembre 2005. Si l'article 55 de la Constitution avait été invoqué, la violation délibérée d'un arrêt de la Cour de Luxembourg aurait pu être considérée comme une violation directe du principe de primauté commandant la compétence du juge constitutionnel. Or, c'est bien l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui a été invoqué, lequel se voit reconnaître des effets extra-territoriaux, l'autorité de chose jugée ne devant pas s'entendre seulement de celles des juridictions nationales mais également d'autres juridictions, internationales ou européennes, dont les arrêts s'imposent à la France. Au regard de ce seul fondement

¹⁸ C.J.C.E., 22 novembre 2005, *Werner Mangold Contre Rüdiger Helm*, Aff. C-144/04, JOC n° 36 du 11.02.2006, p. 10, § 67 et 68. Implicite en ce sens : 8 mai 2003, *ATRAL*, Aff. C-14/02, Rec. p. I-4431, § 58 et 59.

¹⁹ Cour de justice des Communautés européennes, 19 novembre 2002 *Bülent Kurş, né Yüce, et Land Baden-Württemberg*, § 69, voir également, 22 juin 2000, *Eyüp*, Aff. C-65/98, Rec. p. I-4747, point 42, et, par analogie, arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, Rec. p. 629, point 21.

²⁰ Voir par exemple, pour un arrêt récent : C.J.C.E, 16 mars 2006, *Rosmarie Kappeler Contre Schlank & Schick GmbH*, Aff. C-234/04, disponible sur le site de la Cour de justice des Communautés européennes, § 22. Un tel encadrement de l'autonomie procédurale des États membres ne semble toutefois devoir concerner que le droit communautaire doté d'un effet direct.

constitutionnel, la décision du 29 décembre ne semble pas en effet, sur le principe, réserver la solution aux seuls arrêts de la Cour de justice.

En substance, la jurisprudence *C.P.E.* s'inscrit dans un mouvement initié en 2004 d'appropriation constitutionnelle du droit communautaire. Alors qu'un tel mouvement tend à soumettre sur le plan des principes le droit communautaire à la Constitution, il est également susceptible de remettre en cause la jurisprudence *I.V.G.* La constitutionnalisation du droit communautaire ne présente pas qu'un côté obscur, autorisant un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de celui-ci. Elle ouvre potentiellement la voie à l'intégration du droit communautaire dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois. La guerre de Troie n'a pas encore eu lieu, aussi ne risquons-nous aucune prophétie.

Xavier MAGNON
Professeur à l'Université de Perpignan