



HAL
open science

Le contrôle de constitutionnalité des lois non conformes aux directives communautaires

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. Le contrôle de constitutionnalité des lois non conformes aux directives communautaires. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2007, 01, pp.80. halshs-02248037

HAL Id: halshs-02248037

<https://shs.hal.science/halshs-02248037v1>

Submitted on 15 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le contrôle de constitutionnalité des lois non conformes aux directives communautaires

Rafael Encinas de Munagorri
(publié à la Revue trimestrielle de droit civil, 2007, p. 80)

(Décis. n° 2006-540 du 27 juill. 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JO 3 août 2006, p. 11541 ; Cah. Cons. const. 2006 (21). 13 ; D. 2006. 2157, obs. C. Castets-Renard; RFDC 2006. 837, comm. F. Chaltiel ; Dr. adm. oct. 2006. 31, note P. Cassia et E. Saulnier-Cassia ; LPA 4 déc. 2006, obs. L. Janicod ; LPA 14-16 août 2006, note J.-E. Schoettl ; Europe, 2006, n° 10, p. 2, D. Simon. V. aussi sous l'angle du droit des biens, Th. Revet, RTD civ. 2006. 791)

Depuis son refus d'exercer un contrôle de conventionnalité des lois (décis. n° 74-54 DC du 15 janv. 1975, IVG, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, L. Favoreu et L. Philip, 13e éd., Dalloz, 2005, n° 22), c'est-à-dire de vérifier la conformité des lois aux traités et accords internationaux, le Conseil constitutionnel peine à donner cohérence à sa jurisprudence. D'un côté, il reconnaît, en vertu de l'article 55 de la Constitution, la supériorité du droit international sur le droit interne. De l'autre, il refuse de déclarer contraires à la Constitution, des lois qui ne respecteraient pas ce principe de primauté.

Ce refus du Conseil constitutionnel d'exercer un tel contrôle a pu être qualifié de « très contestable » (M.-A. Cohendet, Droit constitutionnel, 3e éd., 2006, p. 99), en particulier lorsque l'application du traité et de l'accord international n'est pas susceptible de donner lieu à une réserve de réciprocité. Aucun obstacle juridique ne s'oppose pourtant alors à ce qu'une norme de niveau supérieur puisse trouver application devant les juridictions internes, y compris devant le Conseil constitutionnel.

Les traités et accords du droit communautaire ne font pas ici exception Il faut cependant ajouter que la primauté du droit dérivé repose sur une source autonome (V. infra, arrêt Costa). C'est notamment le cas des directives communautaires dont la transposition en droit interne résulte, précisément, d'une exigence communautaire. Dans l'ordre juridique communautaire, il est exclu qu'une disposition nationale, fut-elle constitutionnelle, puisse y faire obstacle.

En toute logique, la solution ne devrait pas être différente dans l'ordre juridique interne. Du reste, si la Constitution française a fait place, depuis la loi du 25 juin 1992, à un titre XV intitulé Des Communautés européennes et de l'Union européenne (art. 88-1 s.), c'est pour permettre la ratification des accords de Maastricht. Que les délégations de souverainetés consenties aux communautés européennes aient été constitutionnalisées acquiert pourtant une signification singulière auprès des tenants d'une conception moniste avec primauté étatique (La norme internationale en droit français, Etude du Conseil d'Etat, 2000, p. 24-25). Loin d'être une répercussion de la primauté communautaire au niveau constitutionnel, elle serait le signe de la primauté de la Constitution française au regard du droit communautaire. Entre les sensibilités souverainistes et communautaristes, les lectures restent divergentes (comp. à propos de la présente décision P. et E. Cassia et D. Simon).

Toujours est-il que si le vent souffle, c'est bien du côté du droit communautaire. Sa primauté a été reconnue aussi bien par les juridictions de l'Union européenne, que par les juridictions internes.

Nombre de lois françaises ne sont que des transpositions de directives communautaires. Nos étudiants l'ignorent trop souvent. Ces directives communautaires ne sont pas de vagues sources d'inspiration. Elles font partie intégrante de notre droit positif. Les lois nationales subissent leur influence. Le Parlement français est désormais lié, quand bien même il voudrait résister à ce mouvement (en ce sens R. Libchaber, RTD civ. 2000. 194 à propos de CE 3 déc. 1999; RFDA 2000. 59, concl. Lamyet 664 avec les notes Favoreu, de Béchillon et Carcassonne; AJDA 2000. 120, chron. Guyomar et Collin, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 15e éd., n° 109 ; D. 2000. 272, note Toulemonde).

L'exigence de transposition des directives communautaires en droit interne a été précisée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la loi du 1er août 2006 portant transposition de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001. Même s'il subsiste encore des incertitudes sur l'étendue du contrôle, les normes de références du Conseil constitutionnel ne se limitent plus au seul droit national, elles s'étendent désormais aux directives communautaires.

L'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne d'une directive communautaire

Une décision, rendue le 10 juin 2004 (décis. n° 2004-496 DC, Loi sur la confiance dans l'économie numérique, V. les nombreux commentaires cités par F. Chaltel, op. cit., note 9 ; les réf. citées et nos obs. RTD civ. 2004. 606), a formulé pour la première fois cette exigence. Le considérant de principe, souvent repris par la suite dans d'autres décisions, comprend trois éléments : le rappel de l'article 88-1 de la Constitution (en vertu duquel la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne) ; sa conséquence assortie d'une limite, « qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse de la Constitution » ; l'affirmation, hors de cette dernière hypothèse, de la compétence du juge communautaire, excluant donc par principe celle du Conseil constitutionnel.

L'exigence constitutionnelle de transposition apparaît pourtant sur le mode négatif d'une absence de contrôle au regard des lois portant transposition exacte des directives communautaires (les lectures les plus perspicaces de la décision avait certes pu voir déjà au-delà, D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 7e éd., 2006, p. 205). Et si une exception était prévue, ce n'était qu'en présence d'une disposition expresse de la Constitution contraire. Autrement dit, une lecture restrictive de la décision aurait pu conduire à penser que le Conseil constitutionnel n'était pas disposé à exercer, par lui-même, un contrôle de conformité d'une loi à une directive communautaire.

Quel est l'apport de la décision du 27 juillet 2006 ? En quoi le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les lois portant transposition d'une directive communautaire a-t-il été précisée ? La motivation reprend des éléments précédents : le fondement de l'article 88-1 est rappelé, de même que la formule selon laquelle « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle ». Toutefois, le contrôle est soumis à une double limite. En premier lieu, « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». En second lieu, ne pouvant saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, le Conseil constitutionnel « ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer » (cons. n° 20). Pour le dire autrement : toute loi manifestement incompatible avec la directive communautaire qu'elle pour objet de transposer s'expose à la censure du Conseil constitutionnel. Ce ne fut pas le cas en l'espèce.

Pour autant, l'exigence constitutionnelle de transposition intervient ici sur un mode positif. Le Conseil constitutionnel considère désormais qu'il lui revient de contrôler la conformité des lois de transposition aux directives communautaires. Ce contrôle est certes conçu sur un mode minimal qui rappelle, dans son idée, celui de dénaturation, ou plus exactement celui d'une « erreur manifeste de transposition ». Toutefois le tournant jurisprudentiel ne fait plus guère de doute (B. Mathieu, Le droit communautaire fait son entrée au Conseil constitutionnel, LPA 22 août 2006). Le Conseil constitutionnel intègre désormais les directives communautaires parmi les normes de référence du bloc de constitutionnalité.

Etendue du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition et normes de références

Le contrôle de constitutionnalité des lois portant transposition d'une directive communautaire se présente sous deux aspects.

Un contrôle de souveraineté semble pouvoir s'exercer lorsque la loi méconnaît une règle ou un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». Cette nouvelle formule, plus floue encore que celle de « disposition expresse de la Constitution » utilisée dans la décision de 2004, laisse au Conseil constitutionnel la plus grande marge de manoeuvre, puisqu'il lui reviendra d'en préciser le contenu. Quelle est ici la norme de référence, sinon des règles et principes indéterminées laissées à la discrétion des neuf sages ? Si la nouvelle formule semble ouvrir des ressources argumentatives susceptibles de paralyser le droit communautaire, elle permet surtout au Conseil constitutionnel de garder la face, ou plus exactement de se draper dans sa superbe souverainiste, tout en ployant sous la pression du droit communautaire. En sollicitant à outrance les classiques français, certains préféreraient, puisqu'il est question de source, évoquer La Fontaine, et comparer le Conseil constitutionnel à un roseau qui plie mais ne rompt pas. L'avenir dira si la formule « d'identité constitutionnelle de la France » méritait d'être prise au sérieux.

Un contrôle de conventionnalité, ou si l'on préfère de communautarité (les deux mots sont affreux) peut intervenir lorsque la loi « est manifestement incompatible » à la directive communautaire qu'elle a pour objet de transposer. La nouveauté de la décision réside dans ce contrôle. Là est le tournant jurisprudentiel. Reste que l'appréciation du degré d'incompatibilité requis entre une loi et une directive communautaire s'annonce délicate. De plus, qu'est-ce qui justifie, comme cela semble être le cas, que le contrôle de constitutionnalité soit restreint à des directives inconditionnées et précises ?

En l'état de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel pourrait maintenir son refus d'exercer un contrôle, soit lorsque la loi de transposition est l'exacte transposition d'une directive communautaire (V. décis. du 10 juin 2004 préc.), soit lorsqu'elle est sa transposition inexacte, mais de manière non manifeste (subtile ?), ce qui requiert alors l'interprétation de la Cour de justice.

Si Conseil constitutionnel exerce un contrôle de conformité des lois de transposition aux directives communautaires, ce n'est pour l'heure, que dans une hypothèse bien précise. Aller plus loin serait le conduirait à exercer un contrôle de conformité des lois au droit communautaire, sinon même à remettre plus largement en cause sa jurisprudence IVG de 1975.

Vers une cohérence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ?

Le Conseil constitutionnel est maître de ses décisions, sinon de sa jurisprudence. La prise de position inaugurale, qui nous importe ici, est celle du refus d'exercer un contrôle de conventionnalité. Citons pour mémoire deux passages fameux de la décision déjà mentionnée du 15 janvier 1975 : « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution », et « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de

la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ». Cette position a été jusqu'à présent maintenue dans ses grandes lignes, y compris à l'égard du droit européen (Conseil de l'Europe et Droit communautaire), pourtant applicable sans réserve de réciprocité, comme il a été rappelé. L'introduction en 1992 d'un nouveau titre XV à la Constitution (art. 88-1 s.) n'a pas infléchi cette jurisprudence à l'égard du droit communautaire.

Ainsi, le Conseil constitutionnel n'examine pas la conformité d'une loi à une directive communautaire qu'elle n'aurait pas pour objet de transposer (décis. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. n° 28). Plus encore, même au sein d'une loi portant transposition d'une directive, certaines dispositions peuvent être considérées comme n'ayant pas cet objet et échapper ainsi au contrôle constitutionnel de conventionnalité (V. cons. 72 decis. du 27 juill. 2006). En revanche, en cas de contrôle, le Conseil constitutionnel ne semble plus hésiter à formuler des réserves d'interprétation par référence au contenu de la directive (ibid., cons. n° 37, 40 et 50).

Le péril d'un contrôle de constitutionnalité « fractionné » invite de nouveau à se demander si le moment n'est pas venu d'abandonner la jurisprudence issue de la décision du 15 janvier 1975 (B. Genevois, Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision du 15 janvier 1975, Cah. Cons. const. 1999, n° 7 ; du même auteur, à propos de la décision du 10 juin 2004, Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé, RFDA 2004. 651). L'avantage serait d'éviter d'entrer dans une casuistique difficile à justifier et de retrouver une cohérence plus à même d'asseoir l'autorité du Conseil constitutionnel au regard des juridictions internes et communautaires.

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat exercent un contrôle de conventionnalité des lois, suite au refus du Conseil constitutionnel d'y procéder, et comme sur sa sollicitation (Civ. 24 mai 1975, Jacques Vabre, D. 1975. 497, concl. A. Touffait ; obs. crit. F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 11e éd., t. 1, n° 2 ; CE Ass. 20 oct. 1989, Nicolo, Lebon 190, concl. Frydman, D. 1990. 135, note P. Sabourin et chron. R. Kovar).

Les juges de l'ordre judiciaire écartent ainsi, par voie d'exception, des dispositions internes légales et réglementaires contraires aux textes internationaux (ce qui irrite parfois le pouvoir exécutif, V. autre entrée, p. 64 s.). Bénéficiant de surcroît d'un statut spécifique, le droit communautaire est appliqué par les juges de manière courante, qu'il s'agisse du droit originaire des traités ou du droit dérivé, pour l'essentiel formé par les règlements et directives communautaires (G. Le Tallec, La Cour de cassation et le droit communautaire, in Mél. Boulouis, 1991, p. 363 ; G. Canivet, Le droit communautaire et le droit national, ou comment un demi siècle d'application du droit communautaire a libéré le juge française de deux siècles de soumission à la loi interne, in Le droit communautaire et les métamorphoses du droit, Strasbourg, 2003, p. 81).

Les juges administratifs ont, eux aussi, reconnu la primauté des directives communautaires : les actes réglementaires contraires sont illégaux et doivent être abrogés (CE Ass. 3 févr. 1989, Compagnie Alitalia, Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, n° 95) ; les décrets d'application contraires à une directive communautaire n'ont pas de base légale (CE Ass. 28 févr. 1992, Sa Rothmans International France, Lebon 80 ; D. 1992. 207, chron. R. Kovar; RFDA 1992. 425, note L. Dubouis; AJDA 1992. 329, chron. C. Maugüé et R. Schwartzet 210, concl. M. Laroque; RTD com. 1992. 600, obs. G. Orsoniet CE, 3 déc. 1999, V. supra).

Des incertitudes peuvent certes surgir lors de l'interprétation d'une directive communautaire, mais la faculté de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des communautés européennes (art. 234 du Traité CE) est entrée les moeurs juridictionnelles.

La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet peut-elle contribuer à unifier l'interprétation des juridictions nationales ? Il est permis d'en douter. D'une part, comme l'indique un commentaire

autorisé : « la décision du Conseil concluant à l'absence « d'erreur de transposition manifeste » est rendue sans préjudice de la position des juridictions nationales et de celle de la CJCE quant à la conformité de la loi examinée au droit communautaire originaire et dérivé » (Cah. Cons. const. op. cit., 2006. 15). La solution ne favorise guère l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel (art. 62 de la Const.) auprès des juridictions internes. D'autre part, le Conseil constitutionnel formule des réserves d'interprétation à l'égard de la directive communautaire, favorisant ainsi une lecture constitutionnelle que ne peuvent ignorer les juridictions nationales (CE 8 févr. 2007, n° 287110, Société Arcelor Atlantique et Lorraine). Dans l'ensemble, cette position en demi-teinte ne brille ni par sa simplicité, ni par sa clarté. La cohérence du Conseil constitutionnel est sans doute à venir.

La Cour de justice des Communautés européennes ne peut avoir qu'une piètre opinion de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (F. Picod, *Le contrôle de constitutionnalité des actes dérivé de l'Union européenne*, Cah. dr. const. 2005, n° 18, p. 144). Le principe de primauté du droit communautaire résulte d'une série d'arrêts dont les principales étapes sont connues. Dès 1964, le ton est donné : « Issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposé un texte interne quel qu'il soit » (CJCE 15 juill. 1964, Costa, aff. 6/64, Rec. 1141). C'était inclure les textes constitutionnels nationaux (CJCE 17 déc. 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, Rec. 1125). Ainsi, un « Etat membre ne saurait exciper de difficultés internes ou de dispositions de son ordre juridique national, même constitutionnel, pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant de directives communautaires » (CJCE 6 mai 1980, Commission c/ Royaume de Belgique, aff. 102/79 Rec. 1473). Du reste, ce ne sont pas seulement les textes, mais les décisions jurisprudentielles qui sont prise en compte. Et faute pour le juge national de respecter le droit communautaire, la responsabilité de l'Etat peut être engagée (CJCE 30 sept. 2003, aff. C-224/01, Köbler, Rec. 10239 ; CJCE 13 juin 2006, aff. C-173/03, Traghetti del mediterraneo, obs. P. Remy-Corlais, RTD civ. 2006. 728).

De plus, si le Conseil constitutionnel venait un jour à exercer son contrôle pour censurer une loi de transposition, soit contraire à l'identité constitutionnelle de la France, soit manifestement incompatible avec la directive, la décision pourrait avoir une portée réduite. La censure n'aurait pas pour conséquence de paralyser l'application des directives communautaires elles-mêmes. Passé le délai prévu, ces dernières ont un effet direct : « dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent comme étant du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées ; à défaut de mesures d'application prises dans les délais » (CJCE 19 nov. 1991, Francovitch, aff. C-6/90, Rec. 5357).

Au total, la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble avancer à reculons dans une évolution qui correspond pourtant à l'évolution des sources du droit français. Pour le meilleur et pour le pire, le droit communautaire tend à devenir notre droit interne. Plutôt que de cultiver l'art des palinodies jurisprudentielles, une voie de sortie serait d'abandonner le refus de principe adopté dans la décision du 15 janvier 1975, ou du moins d'assumer le revirement d'un contrôle constitutionnel de conformité des lois françaises au droit communautaire.