

Recueil Dalloz 2009 p. 1852

Droit constitutionnel
mars 2008 - décembre 2008

Valérie Bernaud, Maître de conférences à l'Université d'Avignon
Laurence Gay, Chargée de recherches au CNRS, Université Paul Cézanne, Membres de
l'Institut Louis Favoreu-GERJC (UMR 6201)

L'essentiel

L'année 2008, une nouvelle fois riche en décisions constitutionnelles rendues sur le fondement de l'article 61 de la Constitution (14 cette année), a d'abord été l'année d'une révision constitutionnelle d'envergure. Si la ligne éditoriale de cette chronique demeure la présentation des évolutions jurisprudentielles majeures de la période écoulée (à l'exception des quatre premières décisions de 2008 déjà commentées dans le précédent *Panorama*¹), lesquelles concernent en l'occurrence la Charte de l'environnement et le droit du travail, quelques mots peuvent néanmoins être écrits à titre liminaire sur les changements du texte fondamental susceptibles d'intéresser les praticiens.

I - De quelques apports de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 intéressant l'ensemble des branches du droit

Il n'y a pas lieu de rendre compte ici dans sa totalité de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui comprend au total 47 articles (**L. n° 2008-724, 23 juill. 2008**, JO 24 juill., p. 11890), modifiant 40 articles de la Constitution de façon plus ou moins substantielle et lui en ajoutant 9 nouveaux. Seules seront donc mentionnées les modifications dont l'impact est susceptible de concerner toutes les branches du droit, à l'exception des innovations proprement institutionnelles.

Sur le fond, trois points méritent de retenir l'attention.

L'article 1^{er} de la Constitution assigne au législateur l'objectif de favoriser « *l'égal accès des femmes et des hommes [...] aux responsabilités professionnelles et sociales* ». Issu d'un amendement adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, ce nouvel alinéa a pour but de permettre à la loi de réaliser en matière professionnelle ce que la Constitution lui permettait déjà de faire en matière politique, à savoir d'encourager la parité hommes/femmes.

L'article 4 de la Constitution, rédigé de façon presque similaire au précédent, contient désormais un nouvel alinéa en vertu duquel « *la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique des Nations* ». Bien que cette disposition concerne avant tout le fonctionnement de la vie politique, en offrant une protection aux partis, notamment minoritaires, elle doit être mise en relation avec le nouvel alinéa de l'article 34 de la Constitution qui donne plus généralement compétence au législateur pour fixer les règles relatives à « *la liberté, [au] pluralisme et [à] l'indépendance des médias...* ». Cette consécration du pluralisme dans les articles 4 et 34 de la Constitution ne doit pas être perçue de façon restrictive car, au-delà du

simple objectif ou de la question de la répartition des compétences normatives, ce principe consubstantiel à la démocratie se trouve de la sorte conforté sur le fond.

Enfin, on notera la création d'un article 75-1 en vertu duquel « *les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France* ». Sans consacrer un droit fondamental au profit des locuteurs de langues régionales, il offre à ces dernières un cadre constitutionnel protecteur. Ces modifications touchant aux droits fondamentaux risquent cependant de demeurer isolées puisque le *Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution* présidé par Simone Veil (et dont les conclusions ont été rendues en décembre 2008) n'a pas jugé souhaitable que ce dernier soit révisé pour y inclure de nouveaux droits, seule l'adjonction à l'article 1^{er} de la Constitution d'une phrase indiquant que la France « *reconnaît l'égalité de dignité de chacun* » ayant été proposée.

D'autres modifications sont par ailleurs susceptibles d'intéresser les praticiens du droit, même si leur incidence pratique dépendra du vote de lois organiques chargées de les mettre en oeuvre et qui sont toujours en attente.

La première d'entre elles concerne la réforme de l'article 65 de la Constitution, lequel a pour but essentiel d'aménager la composition et la compétence du Conseil supérieur de la magistrature. Très long, il se décompose désormais en quatre parties : les formations compétentes à l'égard des magistrats du siège et du parquet, la discipline des magistrats, la formation plénière et la création d'une nouvelle voie de droit pour les justiciables qui pourront désormais saisir le CSM.

La seconde a trait à la création d'une question préjudicielle de constitutionnalité dans l'article 61-1 de la Constitution. Celui-ci met fin à cinquante années de contrôle uniquement *a priori* des lois en prévoyant que, « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». La question demeure du succès de cette future voie de recours en raison notamment de l'exercice parallèle du contrôle de conventionnalité par les juges ordinaires, sur le fondement de droits et libertés souvent proches de ceux garantis par la Constitution. A cet égard, il est heureux que le projet de loi organique délibéré en Conseil des ministres le 8 avril 2009 donne priorité à la question de constitutionnalité quand la disposition législative est critiquée au regard à la fois de la Constitution et d'engagements internationaux, par des moyens analogues. Rappelons qu'un atout de l'office du juge constitutionnel sera en outre de pouvoir abroger la disposition attaquée, quand les juges ordinaires ne peuvent qu'en écarter l'application au cas d'espèce s'ils constatent sa contrariété au droit international.

L'article 71-1 de la Constitution devrait également contribuer à une meilleure protection des personnes puisqu'il met en place un Défenseur des droits dont la filiation avec le « *Defensor del pueblo* » espagnol paraît évidente. Il aura pour mission générale de veiller « *à la protection des droits et des libertés par les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences* ». Il faut espérer que le législateur organique suive les recommandations du Comité Balladur qui avait conçu ce Défenseur comme devant se substituer à plusieurs autorités administratives indépendantes existantes (notamment le Médiateur de la République) et comme devant se voir reconnaître une fonction à la fois élargie et mieux définie. On sait en effet à quel point la superposition de ces instances et l'enchevêtrement de leurs compétences préjudicient en définitive à leur efficacité.

Enfin, le Conseil économique et social, devenu Conseil économique, social et *environnemental* dans le nouveau titre XI de la Constitution, voit sa composition modifiée, son rôle et ses modes de saisine renouvelés. On retiendra en particulier que le nouvel article 69 de la Constitution consacre un droit de pétition en faveur des citoyens. En outre, la faculté pour le Parlement de consulter le Conseil « *sur tout problème de caractère économique, social ou environnemental* » a été retenue par les deux chambres, afin qu'elles puissent « recueillir

l'avis des représentants des organisations professionnelles et des associations, dans le cadre de leurs activités de prospective et d'évaluation de la législation et des politiques publiques » (J.-J Hyest, Rapport n° 387 fait au nom de la commission des lois du Sénat).

En dehors de la révision constitutionnelle du 28 juillet, deux décisions rendues à propos de la Charte de l'environnement, l'une par le Conseil constitutionnel, l'autre par le Conseil d'Etat, constituent le fait marquant de l'année 2008. Elles apportent d'utiles précisions quant à la question de l'applicabilité juridictionnelle de ce texte.

V. B.

II - La Charte de l'environnement, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat : contribution au débat sur l'applicabilité juridictionnelle des normes constitutionnelles

La Charte de l'environnement, adoptée par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, n'avait fait l'objet jusqu'à présent que d'applications ponctuelles ; les nombreuses questions suscitées quant à sa portée demeuraient largement irrésolues. Elles sont en partie dissipées par la décision du Conseil constitutionnel du 19 juin 2008 sur la loi OGM (**Cons. const., 19 juin 2008, n° 2008-564 DC**, loi relative aux OGM, JO 26 juin, p. 10228 ; AJDA 2008. 1614, obs. O. Dord  ; RFDA 2008. 1233, obs. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud ). Pour sa part, le Conseil d'Etat a reporté l'examen d'un recours introduit par la commune d'Annecy afin de tenir compte de la position du juge constitutionnel (**CE, ass., 3 oct. 2008, n° 297931, Cne d'Annecy**  ; AJDA 2008. 2166, obs. E. Geffray et S.-J. Liéber  ; RDI 2008. 563, obs. P. Soler-Couteaux  ; RFDA 2008. 1147, concl. Y. Aguila , 1158, obs. L. Janicot , et 1233, obs. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud ). L'on ne s'étonnera donc pas que les affirmations des juges convergent sur deux points. Le premier consiste en l'affirmation de la pleine valeur constitutionnelle de toutes les dispositions de la Charte de l'environnement. Le second réside dans le constat d'une compétence législative élargie en raison de ces dispositions et de celles de l'article 34 de la Constitution. Au-delà, des perspectives plus larges sont tracées quant à l'applicabilité et à la portée de la Charte, devant le juge constitutionnel comme administratif. Il convient de présenter rapidement les deux affaires et les solutions qui leur sont apportées, avant de faire un bilan de l'acquis en résultant mais aussi des questions demeurant en suspens.

A - Problèmes posés et solutions

1 - Devant le Conseil constitutionnel

La loi relative aux OGM était notamment critiquée comme méconnaissant l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif au principe de précaution, et son article 7 en tant qu'il consacre le droit de toute personne d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques. A deux reprises, le Conseil constitutionnel, après avoir cité respectivement ces deux articles, affirme que leurs dispositions « *comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle* » (consid. 18 et 49). C'est clairement signifier à titre liminaire que la nature juridique de ce texte, introduit au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, ne saurait faire de doute. Par ailleurs, bien que son intitulé ne le fasse pas apparaître, la loi examinée va être considérée comme ayant en partie pour objet de transposer des directives communautaires. En application de sa jurisprudence de 2006 (Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, D. 2007. Pan. 1166, spéc. 1167, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino  ; RTD civ. 2006. 791, obs. T. Revet , et 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri  ; X. Magnon, La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois : une exception d'interprétation stricte à la jurisprudence IVG, D. 2006. Chron. 2878  ; C. Castets-Renard, La décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1^{er} août 2006 : une décision majeure, D. 2006. Chron. 2157 ), le Conseil constitutionnel est aussi amené à examiner le grief tiré de l'incompatibilité manifeste de ses dispositions avec les directives communautaires qu'elles ont pour objet de transposer.

Etaient d'abord critiquées les dispositions organisant la coexistence de cultures OGM et de cultures sans OGM au regard de l'article 5 de la Charte selon lequel : « *Lorsque la réalisation*

d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». Les requérants estimaient que le régime défini se contentait de prévenir le risque de dissémination d'OGM dans les cultures voisines, en violation du principe de précaution qui aurait impliqué d'éliminer totalement ce risque. Le Conseil constitutionnel précise en préambule à son contrôle que le législateur ne doit pas méconnaître le principe posé par l'article 5 de la Charte et qu'il doit aussi prendre des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques (consid. 18). Ces deux obligations vont en l'espèce être considérées comme remplies. En premier lieu, la haute juridiction n'estime pas inconstitutionnel que les conditions techniques entourant les cultures d'OGM n'excluent pas la présence accidentelle de ceux-ci dans d'autres productions. En effet, elle relève qu'en amont, des mesures sont prises visant, en application de l'article 7 de la Charte, à interdire la culture en plein champ d'OGM qui, en l'état des connaissances et des techniques, pourraient affecter de manière grave et irréversible l'environnement (notamment en raison d'un régime d'autorisation préalable à ces cultures d'OGM et de l'obligation d'une utilisation confinée des OGM pouvant présenter des dangers ou inconvénients pour l'environnement). Autrement dit, de contamination accidentelle, il ne saurait y avoir que par des OGM dont l'innocuité est *a priori* établie. Par ailleurs, le législateur n'ayant pas méconnu le principe de précaution, il est aussi jugé en second lieu avoir pris les mesures propres à garantir le respect de ce principe par les autres autorités publiques (V. consid. 22).

Les griefs d'atteinte à l'article 7 de la Charte de l'environnement et d'incompatibilité manifeste avec une directive communautaire étaient ensuite articulés à l'encontre de deux articles de la loi déferée. Le premier prévoit l'établissement d'un registre national indiquant la nature et la localisation des parcelles culturales d'OGM. Le Conseil constitutionnel relève que l'article de la directive transposée n'exige pas que le registre comporte des informations relatives aux études et tests préalablement réalisés. L'absence de ces informations ne porte donc pas atteinte, contrairement à ce qu'alléguaient les saisines, à l'article 88-1 de la Constitution. Elle ne dénature pas non plus le droit à l'information consacré par l'article 7 de la Charte de l'environnement. La seconde disposition concerne les informations que les demandeurs d'agréments et d'autorisations d'OGM doivent communiquer à l'autorité administrative. Il était prévu que les demandeurs peuvent revendiquer le caractère confidentiel de certaines informations, et renvoyé à un décret en Conseil d'Etat la fixation de la liste des informations ne pouvant en aucun cas demeurer confidentielles. Le grief d'incompatibilité manifeste avec la directive étant écarté, le Conseil juge en revanche que le législateur a méconnu l'étendue de sa propre compétence. Il en va ainsi en raison de l'article 7 de la Charte qui, confiant à la loi les conditions et limites de l'exercice du droit à participation, ne permet l'intervention du pouvoir réglementaire que pour les mesures d'application de ces conditions et limites. Cette réserve de compétence législative est en l'espèce renforcée par divers alinéas de l'article 34 (détermination par la loi des principes fondamentaux de la préservation de l'environnement, des crimes et délits et des peines qui leur sont applicables ; fixation par la loi des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques). La disposition méconnaissait donc ces différents chefs de compétence en se contentant d'un simple renvoi au décret et « eu égard à l'atteinte portée aux secrets protégés » (consid. 57). Toutefois, l'établissement de la liste des informations ne pouvant en aucun cas demeurer confidentielles est une exigence résultant de la directive. La censure immédiate aurait donc privé de fondement légal des décrets existants et placé la France en situation d'infraction par rapport au droit communautaire, entraînant ainsi « des conséquences manifestement excessives » selon le Conseil constitutionnel. Ce dernier choisit donc de faire prévaloir à titre transitoire l'exigence constitutionnelle de transposition des directives sur le respect de la répartition constitutionnelle des compétences normatives en reportant au 1^{er} janvier 2009 les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Il est précisé que ce délai doit permettre au Parlement de procéder à la correction de l'incompétence négative constatée, ce qui a été fait promptement (V. art. 15, L. n° 2008-757, 1^{er} août 2008, JO 2 août, p. 12361). Au-delà de la nouveauté de la technique décisive et malgré la richesse des questions évoquées, seule une méconnaissance de sa propre compétence par le législateur est finalement relevée. C'est sur ce même terrain que l'arrêt *Commune d'Annecy* du Conseil d'Etat se prononce.

2 - Devant le Conseil d'Etat

L'affaire jugée par l'assemblée du Conseil d'Etat le 3 octobre 2008 trouve son origine dans un recours en annulation de la commune d'Annecy contre un décret de 2006 jugé insuffisamment protecteur du principe de participation en matière environnementale. Ce texte faisait suite à la volonté du Parlement de préciser, pour les communes ayant un lac de montagne d'une superficie supérieure à 1 000 hectares, l'articulation entre les lois montagne et littoral s'appliquant jusqu'alors simultanément à eux. Une loi de 2005 avait ainsi prévu la délimitation par décret, et lac par lac, d'un secteur dans lequel s'appliqueraient seules les dispositions de la loi littoral. Au-delà, prévaudraient seules les dispositions de la loi montagne, moins protectrices de l'environnement. Le décret attaqué précisait la procédure d'édiction des décisions administratives de délimitation de tels secteurs, en la soumettant à enquête publique préalable. La haute juridiction administrative ne se prononce pas sur la violation au fond du principe de participation. A l'instar du Conseil constitutionnel, elle souligne, d'une part, la valeur constitutionnelle de l'ensemble des droits et devoirs définis par la Charte de l'environnement, et, d'autre part, la réserve de compétence législative résultant de l'article 7 de ce texte. En l'espèce, la loi n'a pas défini les conditions et limites de l'information et de la participation du public pour la délimitation des secteurs concernés. En se substituant à elle, le texte attaqué a empiété sur une compétence réservée au législateur par la Constitution. Il est annulé dans son ensemble.

Les secteurs prévus par la loi de 2005 ne pouvant être délimités en l'absence d'une nouvelle intervention du Parlement pour fixer les conditions du droit à participation, le régime plus favorable de la loi littoral continue donc à s'appliquer sur tout le territoire des communes concernées, en sus de la loi montagne. On peut supposer que l'affaire aurait connu une autre issue si l'annulation totale du décret s'était révélée finalement moins protectrice pour l'environnement. Au-delà de l'intérêt ponctuel de la solution, le juge apporte un certain nombre de précisions valables au-delà de l'espèce.

B - Apports et questions en suspens

Comme il a été souligné précédemment, les apports incontestables des deux décisions commentées résident dans l'affirmation de la valeur constitutionnelle de l'ensemble de la Charte de l'environnement et dans celle d'une réserve de loi en la matière. Quant à la nature et à l'intensité du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur le respect des principes de fond de ce texte et à la possibilité de s'en prévaloir devant le juge administratif, ces affaires tracent aussi des perspectives nouvelles, qui appellent cependant nuances ou précisions.

1 - Valeur constitutionnelle de l'ensemble de la Charte de l'environnement et contrôle de la répartition des compétences normatives

Les deux décisions affirment que les dispositions de la Charte de l'environnement invoquées, « *comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans [ce texte]* », et « *à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution* » précise le Conseil d'Etat, « ont valeur constitutionnelle ». Le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'Etat ont donc tiré parti des affaires qui leur étaient soumises pour trancher définitivement et solennellement la question, dans un sens qui ne saurait surprendre. Nous ne nous y attarderons donc pas.

Sur un plan plus technique, l'incompétence négative relevée par le Conseil constitutionnel l'est au regard non seulement de la Charte, mais aussi de l'article 34 de la Constitution. Rappelons en effet que lors de la révision de 2005, ce dernier a été complété de façon à confier au Parlement la détermination des principes fondamentaux « de la préservation de l'environnement ». En la matière, la loi possède donc désormais une compétence première et exclusive, qu'elle ne saurait abdiquer et dans laquelle le pouvoir réglementaire ne saurait s'immiscer. Cette compétence résultant du nouvel alinéa de l'article 34 inclut vraisemblablement la réglementation des principes de fond énoncés dans la Charte, qui figurent à l'évidence parmi les principes fondamentaux de la préservation de l'environnement. En outre, les articles 3 et 4 de ce texte renvoient plus précisément à la loi les « conditions »

de mise en oeuvre des principes de prévention et de réparation, et l'article 7 les mêmes « conditions » mais aussi les « limites » d'exercice des droits à l'information et à la participation. On peut en déduire que la réserve de loi est ici renforcée, l'intervention du Parlement en ces matières devant gagner en profondeur.

La décision du 19 juin 2008 fournit par ailleurs au Conseil constitutionnel l'occasion d'affirmer que l'exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires « *n'a pas pour effet de porter atteinte à la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement telle qu'elle est déterminée par la Constitution* » (consid. 53). Cette précision est nouvelle sous la plume du juge constitutionnel, qui ne présente pas ces règles de compétence comme faisant partie des « règles inhérentes à l'identité constitutionnelle de la France » susceptibles de faire obstacle à l'exigence de transposition. On peut penser que ces dernières correspondent plutôt à des principes de fond (celui de laïcité étant souvent cité en exemple). De plus, le constat de leur méconnaissance par une directive entraînerait l'impossibilité définitive de transposer celle-ci, sauf à ce que le constituant intervienne. A l'inverse, une censure juridictionnelle prononcée sur le terrain des règles constitutionnelles de compétence peut toujours être surmontée grâce à l'intervention de l'autorité compétente, comme au demeurant dans le cas d'espèce.

Il faut enfin signaler que le Conseil d'Etat précise pour sa part les modalités d'application dans le temps de la nouvelle répartition entre les domaines de la loi et du règlement résultant de la Charte. En premier lieu, « *les dispositions compétemment prises dans le domaine réglementaire, tel qu'il était déterminé antérieurement, demeurent applicables postérieurement à l'entrée en vigueur [de la Charte], alors même qu'elles seraient intervenues dans un domaine désormais réservé à la loi* ». En effet, rappelait le commissaire du Gouvernement, « *une nouvelle règle de compétence ne vaut que pour l'avenir* » (concl. Y. Aguila sur CE, ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, RFDA 2008. 1156¹). En revanche, depuis l'entrée en vigueur de la Charte, le pouvoir réglementaire doit respecter les réserves de loi résultant de ses articles 3, 4 et 7, ainsi que de l'article 34 de la Constitution. Ainsi, précise le Conseil d'Etat, il ne peut intervenir « *que pour l'application de dispositions législatives [...], que celles-ci soient postérieures à cette date ou antérieures, sous réserve, alors, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les exigences de la Charte* ». Signalons que dans l'arrêt *Commune d'Annecy*, le décret annulé était intervenu sans que le Parlement l'ait expressément prévu. A l'inverse, dans le cas d'un renvoi exprès de la loi, le moyen tiré de l'incompétence du pouvoir réglementaire mettrait en cause la constitutionnalité de celle-ci. On peut penser que la loi déléguant indûment sa compétence à l'autorité administrative, si elle est antérieure à la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, sera considérée par le juge administratif comme implicitement abrogée par cette dernière. La situation est moins claire dans le cas où le texte législatif serait postérieur à la même date. Certes, le nouvel article 61-1 de la Constitution prévoit un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, mais il ne concerne que les dispositions législatives portant « *atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* » (V. *supra*, I). La voie de la question préjudicielle de constitutionnalité ne semble donc pas ouverte quand est seule invoquée la méconnaissance d'une règle de compétence. Les juges pourraient néanmoins en décider autrement dans la mesure où « *la réserve de loi est incontestablement un élément de garantie des droits et libertés constitutionnels* » (E. Carpentier, *Le juge administratif et la Charte constitutionnelle de l'environnement*, RD publ. 2009. 473). Il faut donc attendre pour savoir si les juges ordinaires saisiront le Conseil constitutionnel d'une disposition législative méconnaissant une telle réserve et si le Conseil constitutionnel acceptera l'examen du moyen. En cas de réponses positives, les actes réglementaires pris sur ce fondement pourront eux aussi se voir priver de base légale. Malgré quelques incertitudes, les deux décisions de 2008 tranchent donc nombre de questions relatives à la compétence législative postérieure à la Charte, dans un sens remarquablement convergent. De plus grandes précautions s'imposent quant aux conclusions à en tirer s'agissant de la nature ou l'intensité du contrôle du Conseil constitutionnel sur le respect, non plus des règles de compétence résultant de ce texte, mais de ses principes de fond.

de fond de la Charte de l'environnement

La décision du 19 juin permet de faire application des articles 5 de la Charte, sur le principe de précaution, et 7 sur les droits à l'information et à la participation. Seul ce dernier, comme on l'a vu, comporte un renvoi au législateur. Or, ce renvoi ne semble pas interprété seulement comme instituant une réserve de compétence législative, mais aussi comme justifiant un contrôle de *nature différente* de celui exercé à propos de l'article 5. Quant à ce dernier, en effet, la haute juridiction énonce que ses dispositions « *s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif ; que dès lors, il incombe au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que le législateur n'a pas méconnu le principe de précaution et a pris des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques* » (consid. 18). Le considérant de principe retenu à propos de l'article 7 est différent, le Conseil affirmant qu'il résulte de ses termes mêmes « *qu'il n'appartient qu'au législateur de préciser "les conditions et les limites" dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ; que ne relèvent du pouvoir réglementaire que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur* » (consid. 49). Selon le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, ce dernier, après avoir affirmé l'égalité de valeur constitutionnelle des dispositions de la Charte, précise ainsi leurs « différences de portée juridique » (Cah. Cons. const. 25/2008. 100). Ces différences de portée résultent de « la volonté du constituant » qui tantôt a renvoyé à la loi, tantôt s'est abstenu de le faire, justifiant selon les hypothèses la *nature* différenciée du contrôle juridictionnel (dans le même sens : A. Levade, La décision OGM ou les implicites d'une décision à lire dans son environnement, JCP 2008. 37 ; O. Dord, note AJDA 2008. 1614 ). Pourtant, il ne nous semble pas que les considérants en cause veuillent vraiment dire ce que le Conseil constitutionnel a apparemment entendu leur faire dire...

Reprenons d'abord les affirmations qui concernent l'article 5. Ses dispositions, est-il écrit, « *s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives* » : n'est-ce pas là la conséquence logique de leur valeur constitutionnelle ? L'on conçoit mal un juge soutenant que, bien qu'inscrit dans la Constitution, un principe ne s'impose pas aux pouvoirs publics ou aux autorités administratives ! Autrement dit, la formule est valable pour n'importe quelle disposition constitutionnelle, y compris donc pour l'article 7 de la Charte et l'arrêt *Commune d'Annecy* l'applique au demeurant à ce dernier. Selon le Conseil constitutionnel, le principe de précaution de l'article 5 entraînerait en outre l'obligation en quelque sorte négative du Parlement de ne pas le méconnaître et l'obligation positive de prendre « *des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques* ». Or, l'obligation de ne pas méconnaître un énoncé constitutionnel est une nouvelle fois le corollaire logique de son inscription au plus haut niveau de la hiérarchie des normes... sauf à nier justement son caractère normatif et à considérer que l'on ne peut en déduire aucune prescription minimale au respect de laquelle les autorités infra-constitutionnelles puissent être assujetties. Une nouvelle fois, l'on ne voit pas en quoi l'affirmation différencie vraiment la portée de l'article 5 de celle de l'article 7. Il est peut-être plus difficile en revanche de transposer à ce dernier l'obligation du législateur de prendre des mesures pour assurer son respect par les autres autorités publiques. Le principe de précaution doit en effet impulser une véritable politique publique et le Parlement doit donc définir le cadre d'action des autorités administratives. En matière de droits à l'information et à la participation, le pouvoir réglementaire devra plutôt se contenter de préciser conditions et limites de leur exercice, en complément de la loi. Ce qui ne signifie pas de toute façon que les autorités administratives soient déliées de leur respect... Bref, si différence il y a peut-être ici, elle réside plus dans la signification des deux principes que dans une différence de portée juridique.

Si l'on reprend ensuite le considérant de principe sur l'article 7, on constate qu'il ne comporte en réalité aucune précision sur la signification au fond des droits à information et à participation. Il se contente de rappeler la réserve de compétence législative pour en préciser les conditions et limites d'exercice, le pouvoir réglementaire étant cantonné aux mesures d'application de ces conditions et limites. Cette formule ne fait donc qu'annoncer le nécessaire contrôle de la répartition entre domaines de la loi et du règlement. Une nouvelle fois, elle n'est certes pas parfaitement transposable à l'article 5 car celui-ci ne renvoie pas expressément à la loi les conditions et limites du principe de précaution. Il n'en demeure pas

moins, comme on l'a vu, que la constitutionnalisation de ce principe et l'article 34 de la Constitution plaident aussi en faveur d'une réserve de loi à son égard, qui sera peut-être moins étendue en profondeur que pour les droits à l'information et à la participation.

Nous pensons donc que par les deux considérants de principe de la décision du 19 juin 2008, le Conseil constitutionnel n'explicite pas en réalité une différence de portée entre les articles 5 et 7 de la Charte ni consécutivement ne justifie des contrôles au fond *de nature différente* à leur égard. Il exerce en revanche des contrôles *d'intensité variable*, ce qui ne ressort pas du considérant 49 mais du considérant suivant où il est conclu à *l'absence de dénaturation* du droit à l'information. Ces termes indiquent un contrôle restreint du respect au fond de l'article 7, alors qu'un contrôle que l'on peut qualifier de normal est exercé sur le respect au fond de l'article 5 (caractère approprié des mesures prises par le législateur pour assurer le principe de précaution et en garantir le respect par les autres autorités publiques). Encore faut-il mentionner avec le professeur Roblot-Troizier que « *l'intensité du contrôle ne saurait être fonction de la répartition des compétences normatives* ». Ainsi, « *le contrôle de la constitutionnalité peut être restreint alors même que le législateur n'a pas de compétence exclusive de mise en oeuvre : seul le caractère inachevé de la norme constitutionnelle doit avoir des conséquences sur l'intensité du contrôle de constitutionnalité* » (note RFDA 2008. 1233, spéc. 1238 .

Selon nous, trois propositions permettent en définitive de résumer le contrôle exercé en l'espèce par le Conseil constitutionnel sur les deux dispositions invoquées de la Charte de l'environnement, et susceptible de l'être à l'égard de l'ensemble de ce texte. Première proposition : en raison du nouvel alinéa de l'article 34 de la Constitution, le législateur détient une compétence première pour réglementer tous les principes proclamés dans la Charte. A l'inverse de l'article 5, l'article 7 renvoie en outre expressément au Parlement les « conditions et limites » de l'exercice des droits à l'information et à la participation, ce qui semble induire une réserve de loi plus étendue et justifier en conséquence un contrôle plus poussé sur la profondeur de l'intervention législative. Deuxième proposition : la décision met en oeuvre un contrôle normal sur le respect au fond du principe de précaution, et un contrôle restreint sur celui du droit à l'information, ce qui ressort, non du considérant 49, mais du considérant 50. Ce constat est largement indépendant du premier. En effet, la moindre intensité du contrôle au fond relativement à l'article 7 tient au « caractère inachevé » de ce dernier, pour reprendre l'expression de M^{me} Roblot-Troizier, caractère inachevé dont le renvoi à la loi qu'il comporte n'est qu'un indice. Troisième proposition, découlant des deux précédentes : l'article 7 présente bien une « dualité d'objet » puisqu'étant à la fois « *une disposition de fond et une disposition de répartition des compétences* » (RFDA préc. 2008. 1238) et dans ces deux branches, il est susceptible de fonder deux contrôles distincts de la part du juge constitutionnel. Ce dernier, en se limitant dans le considérant 49 présenté comme de principe, à rappeler la répartition des domaines respectifs de la loi et du règlement, a semblé réduire cet article 7 à une règle de compétence. Des auteurs en ont ainsi déduit que le contrôle le concernant portait uniquement « *sur le respect de la distribution des compétences* » (D. Rousseau et P.-Y. Gahdoun, Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2008, RD publ. 2009. 243). Or, un contrôle au fond du respect du droit à l'information est bien exercé par le juge constitutionnel, à propos de la non inclusion par le Parlement des tests et études préalables à l'autorisation des OGM parmi les informations devant figurer sur le registre national. En jugeant que cette exclusion ne dénature pas le droit à l'information, le Conseil prend parti sur une signification du principe selon laquelle celui-ci n'oblige pas à mettre à la disposition du public toutes les informations détenues par les autorités. C'est d'ailleurs bien l'existence dans l'article 7 d'un principe de fond, qui a un contenu minimal, une substance propre indépendamment et préalablement à sa mise en oeuvre législative, qui conduit le commissaire du Gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune d'Annecy*, à plaider pour son opposabilité au pouvoir réglementaire. Toutefois, le Conseil d'Etat l'applique pour sa part dans sa branche répartition des compétences normatives, si bien qu'il est difficile de trancher catégoriquement quant à la reconnaissance par cette juridiction de l'applicabilité au fond de la Charte de l'environnement devant le juge administratif.

l'environnement

L'arrêt *Commune d'Annecy* reprend à titre liminaire la formule du Conseil constitutionnel selon laquelle les dispositions de la Charte « *s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs* ». On peut y voir l'indice d'une volonté du juge administratif de veiller, pour ce qui le concerne, au respect de ces dispositions, y compris de fond, par les autorités administratives. L'affirmation demeure néanmoins très générale et n'éclaire pas à quelles conditions les normes constitutionnelles peuvent être invoquées devant lui et si elles peuvent toutes l'être de façon identique. C'est plutôt dans les conclusions de Yann Aguila que l'on trouve une réponse à ces interrogations. Le commissaire du Gouvernement affirme en effet que tout principe constitutionnel a vocation à être appliqué par le juge ordinaire. Pour cela, il établit une distinction entre sanction d'un droit subjectif et contrôle de compatibilité d'une norme générale avec une autre. Ainsi, l'imprécision d'un énoncé constitutionnel, ou le renvoi à la loi auquel il procède, peut faire obstacle à ce qu'en soit déduit un véritable droit, applicable dans un contentieux subjectif (concl. préc., p. 1153). En revanche, ces mêmes caractéristiques ne s'opposent pas à ce que l'énoncé soit utilisé dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir contre un acte réglementaire (*ibid.*). Par conséquent, tous les principes de fond de la Charte, même imprécis, et même quand ils renvoient à la loi comme l'article 7, peuvent servir de normes de référence pour le contrôle d'un acte réglementaire, à condition qu'aucune loi ne fasse écran. Si Yann Aguila cite certains arrêts allant déjà en ce sens, il serait faux néanmoins de faire de cette distinction une clé de lecture pertinente de toute la jurisprudence administrative relative aux droits et libertés constitutionnels. Des arrêts du Conseil d'Etat rejettent ainsi tout grief tiré de la violation de certains principes, en général du Préambule de 1946, quels que soient l'objet du recours et la nature du contentieux en cause (par ex., CE 27 sept. 1985, *Association France Terre d'Asile* ; 9 juill. 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police* ; 28 déc. 2005, *Préfet de Haute Savoie*). La solution proposée par Yann Aguila, consistant à reconnaître l'applicabilité de toute norme constitutionnelle dans un contentieux objectif, si elle devait être généralisée, constituerait donc bien une nouveauté. On signalera que le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, lequel a de longue date reconnu cette applicabilité, représente un puissant argument en faveur de cette évolution. Contentieux objectif de normes par excellence, le contentieux constitutionnel démontre depuis de nombreuses années la possibilité d'user comme norme de référence de tout principe constitutionnel, fut-il imprécis, pour veiller à ce qu'il ne soit pas manifestement violé et/ou privé de garanties légales.

On peut se demander si la proposition de Yann Aguila concernant l'applicabilité de tous les principes de fond de la Charte de l'environnement dans un contentieux objectif est compatible avec les prises de position antérieures du Conseil d'Etat vis-à-vis de ce texte. Un arrêt remarqué de 2006, *Association eaux et rivières de Bretagne*, affirmait en particulier « *que, lorsque des dispositions législatives ont été prises pour assurer la mise en oeuvre des principes énoncés aux articles 1, 2 et 6 de la Charte de l'environnement [...], la légalité des décisions administratives s'apprécie par rapport à ces dispositions [...]* ». Autrement dit, une loi étant venue mettre en oeuvre les principes constitutionnels, s'interpose entre ceux-ci et les actes administratifs qui ne peuvent plus être contrôlés qu'au regard de la loi. Il convient de rappeler que les articles de la Charte en cause dans cette espèce ne renvoient pas expressément au Parlement les conditions de leur mise en oeuvre ; la prise de position paraissait donc générale et valoir *a fortiori* pour ceux des articles qui prévoient explicitement l'*interpositio legislatoris*. L'affirmation de cet arrêt mérite d'être discutée, en distinguant, en particulier, deux hypothèses.

La première hypothèse est celle où le grief d'atteinte à la Charte par l'acte réglementaire met en réalité en cause la constitutionnalité de la loi. Le juge administratif pourrait conclure à l'abrogation implicite par la Charte d'une loi antérieure à l'entrée en vigueur de cette dernière ; depuis la révision de 2008, il pourra désormais poser une question préjudicielle au Conseil constitutionnel si la loi est postérieure. Dans les deux cas, le texte législatif peut donc être déclaré inconstitutionnel et l'acte réglementaire jugé dépourvu de base légale.

La seconde hypothèse est celle où l'inconstitutionnalité alléguée représente un vice propre au décret. Par sa généralité, le considérant de l'arrêt *Association eaux et rivières de Bretagne*

semblait bien nier l'opérance du moyen fondé sur la violation de la Charte. Des commentateurs autorisés qualifiaient la solution d'« audacieuse » (C. Landais et F. Lenica, AJDA 2006. 1584, spéc. 1586) dans la mesure où la loi, n'étant pas mise en cause, constitue alors un écran transparent qui ne fait normalement pas obstacle au contrôle de constitutionnalité de l'acte réglementaire par le juge administratif. Yann Aguila rappelle cet argument et plaide donc pour qu'à l'avenir, un tel contrôle soit donc exercé dans cette hypothèse (concl. préc., p. 1155). La solution qu'il propose, si elle était retenue, devrait donc aboutir à renverser la jurisprudence de 2006 sur ce point.

L'arrêt de 2006 ne se prononçait pas, enfin, sur le cas d'un grief tiré de la violation de la Charte de l'environnement en l'absence de loi de mise en oeuvre de celle-ci. Or, il s'agirait à nouveau d'un vice propre de l'acte réglementaire attaqué. La proposition de Yann Aguila de reconnaître l'applicabilité de tout principe constitutionnel dans un contentieux objectif devrait donc conduire à admettre l'opérance du moyen reposant sur la violation de la norme constitutionnelle, que celle-ci renvoie ou non expressément à la loi. En effet, comme il a été vu précédemment à propos de l'article 7 de la Charte sur le droit à l'information, un tel renvoi à la loi ne signifie pas que l'énoncé se réduise à une règle de répartition des compétences (V. *supra*, 2) ; il comporte aussi un principe de fond, au respect duquel le juge administratif peut soumettre le pouvoir réglementaire, quand bien même il paraît difficile d'en déduire un droit subjectif. La généralisation de cette solution reviendrait elle aussi sur une partie de la jurisprudence administrative, celle précédemment signalée qui dénie toute possibilité d'application, dans un contentieux objectif comme subjectif, de principes constitutionnels devant être précisés par le Parlement.

En définitive, les conclusions de Yann Aguila se résument en une simple proposition : tout principe constitutionnel doit pouvoir être utilisé pour le contrôle de compatibilité d'une norme générale, son éventuelle imprécision ayant pour seule conséquence que les risques d'en constater la violation par cette norme seront plus faibles. Autrement dit, qu'une loi de mise en oeuvre existe ou pas, que cette loi soit prévue ou non par la disposition de la Charte de l'environnement invoquée, le vice propre à l'acte réglementaire tiré de la violation de cette disposition devrait toujours pouvoir être examiné au fond par le juge administratif. Ayant fait état de cette proposition, le commissaire du Gouvernement proposait de reprendre en conséquence la formule employée en juin par le Conseil constitutionnel selon laquelle les dispositions de la Charte « *s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs* ». La présence de cette formule dans l'arrêt *Commune d'Annecy* ne permet toutefois pas d'affirmer catégoriquement que le Conseil d'Etat a entendu adhérer en tous points aux conclusions, l'annulation du décret intervenant sur le terrain de la répartition des compétences normatives, sans que le grief d'atteinte au fond du droit à la participation ait par conséquent à être examiné. L'évolution reste donc à confirmer, pour la Charte de l'environnement, comme pour tous les principes constitutionnels.

L. G.

III - La jurisprudence relative au droit du travail : confirmations et inflexions

La matière sociale a encore été particulièrement à l'honneur en 2009 puisque quatre décisions la concernent directement. L'une d'elles ayant été commentée dans la chronique précédente, seules les deux décisions du 7 août 2008 (**Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC** relative à la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, D. 2008. Actu. lég. 2064) et n° 2008-569 DC relative à la loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire, D. 2008. Actu. Lég. 2064 ; AJDA 2008. 2410, obs. M. Verpeaux) et celle du 11 décembre 2008 (**Cons. const., 11 déc. 2008, n° 2008-571 DC**, relative à la loi de financement de la sécurité sociale, AJDA 2008. 2368) donneront ici lieu à commentaire.

A - Les salariés mis à disposition

L'épineux problème des salariés mis à disposition était de retour dans la jurisprudence constitutionnelle en 2008. Tandis que la jurisprudence judiciaire s'évertue depuis nombre

d'années à trouver une solution en leur faveur, le législateur est lui aussi intervenu parallèlement à plusieurs reprises. Ses deux précédentes tentatives visant à exclure du décompte des effectifs de l'entreprise d'accueil les salariés intervenant en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de services avaient néanmoins été censurées par le Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2006-535 DC (Décis. 30 mars 2006, D. 2007. Pan. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; AJDA 2006. 1961, obs. C. Geslot ; RDI 2007. 66, obs. P. Dessuet ; RTD civ. 2006. 314, obs. J. Mestre et B. Fages), pour méconnaissance de la procédure législative, et n° 2006-545 DC (Décis. 28 déc. 2006, JO 31 déc., p. 20320 ; D. 2007. Pan. 1166, nos obs. ; RDT 2007. 84, obs. A. Lyon-Caen, et 120, obs. E. Serverin), pour violation de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, lequel « a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés ». Le Conseil en avait déduit « que, s'il était loisible au législateur, notamment pour éviter ou restreindre les situations de double vote, de ne pas conférer à l'ensemble des travailleurs mis à disposition d'une entreprise la qualité d'électeur pour désigner les délégués du personnel et les représentants des salariés à son comité d'entreprise, il ne pouvait, sans méconnaître le huitième alinéa du Préambule de 1946, limiter le corps électoral aux seuls salariés qui lui sont liés par un contrat de travail » (consid. 30).

En 2008, certains articles de la *loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* sont revenus sur les modalités de calcul des effectifs et les conditions de vote et d'éligibilité des salariés mis à disposition. Le VII de l'article 3 de la loi déferée, en particulier, modifie le 2° de l'article L. 1111-2 du code du travail pour intégrer au calcul des effectifs de l'entreprise les salariés mis à sa disposition par une entreprise extérieure à la condition nouvelle qu'ils soient présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an. Le VIII du même article crée quant à lui un nouvel article L. 2314-18-1 qui, s'agissant des élections des délégués du personnel, précise que pour les salariés mis à disposition, la condition de présence dans l'entreprise utilisatrice est de douze mois continus pour être électeur et de vingt-quatre mois continus pour être éligible. Les salariés mis à disposition qui remplissent ces conditions choisissent d'exercer leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou l'entreprise utilisatrice. Le IX, enfin, crée un nouvel article L. 2324-17-1 qui fixe des règles identiques pour les élections au comité d'entreprise. Pour les parlementaires auteurs des saisines, ce nouveau dispositif était inconstitutionnel. Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas fait droit à leurs arguments.

Au terme d'un contrôle restreint, le juge constitutionnel a rejeté le grief tiré de la méconnaissance des principes de participation et d'égalité. Reprenant le considérant de principe de la décision n° 2006-545 DC, il a considéré que « le législateur a entendu préciser [la] notion d'intégration à la communauté de travail afin de renforcer la sécurité juridique des entreprises et des salariés ; qu'il a prévu, à cet effet, des conditions de présence continue dans les locaux de l'entreprise, fixées respectivement à douze et vingt-quatre mois, pour que les salariés mis à disposition puissent être électeurs ou éligibles dans l'entreprise où ils travaillent ; que ces dispositions ne sont entachées d'aucune erreur manifeste d'appréciation ; que, si le législateur a précisé que ces salariés devraient exercer leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice, c'est afin d'éviter ou de restreindre des situations de double vote ; qu'ainsi, les critères objectifs et rationnels fixés par le législateur ne méconnaissent pas les exigences du huitième alinéa du Préambule de 1946 », faisant en outre une application classique du principe d'égalité pour rejeter le grief dénonçant une rupture d'égalité entre les salariés d'une même entreprise. En retrait par rapport à la décision de 2006, celle de 2008 suscite en outre un certain étonnement dans la mesure où, pour déclarer conforme à la Constitution l'article 3 de la loi, le juge a qualifié les nouveaux délais de 12 et 24 mois fixés par la loi de « critères objectifs et rationnels », alors qu'ils ne sont objectivement ni raisonnables, ni cohérents au regard d'autres durées figurant dans le code du travail !

Si la question des salariés mis à disposition paraît désormais réglée, le législateur ayant enfin obtenu gain de cause devant le Conseil constitutionnel, la bataille reste en revanche ouverte avec la Cour de cassation. Cette dernière acceptera-t-elle de se soumettre à la nouvelle loi ?

Rien n'est moins sûr au regard des récents arrêts rendus par elle...

B - Le contingent annuel d'heures supplémentaires

L'article 18 de la *loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* avait, quant à lui, pour objet de confier à la convention d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, à la convention de branche ou, à défaut, au décret, le soin de déterminer le contingent annuel des heures supplémentaires ainsi que la durée, les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà de ce contingent annuel. Ses dispositions supprimaient, en second lieu, pour les entreprises de plus de vingt salariés, le repos compensateur pour les heures supplémentaires accomplies à l'intérieur du contingent annuel. Elles permettaient, en troisième lieu, qu'une convention ou un accord collectif au niveau de l'entreprise ou, subsidiairement, de la branche, d'une part, prévoie une telle compensation et, d'autre part, autorise le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires ainsi que des majorations par un repos compensateur équivalent. Elles supprimaient enfin les obligations d'informer l'inspecteur du travail de l'accomplissement des heures supplémentaires dans la limite du contingent et d'obtenir son autorisation pour les heures supplémentaires accomplies au-delà de cette limite.

A l'égard de ce dispositif, les requérants dénonçaient en particulier une incompétence négative du législateur. Confirmant une jurisprudence ancienne, le Conseil constitutionnel a tout d'abord rappelé, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution et de l'alinéa 8 du Préambule, le caractère subsidiaire du décret par rapport à l'accord collectif pour préciser les modalités d'application de la loi, avant de censurer certaines dispositions de l'article 18 pour incompétence négative du législateur. En effet, dans la mesure où la loi maintenait l'obligation d'une contrepartie en repos pour les heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel, il incombait au législateur d'exercer pleinement sa compétence sans pouvoir l'abandonner ni à la négociation collective, ni subsidiairement au décret. En l'espèce, les dispositions contestées supprimaient tout encadrement de la durée minimale de la contrepartie en repos obligatoire ainsi que les conditions dans lesquelles elle devait être prise « *alors que, par ailleurs, le seuil de déclenchement de cette obligation de repos n'est pas lui-même encadré par la loi* » (consid. 15). En conséquence, « *le législateur n'a pas défini de façon précise les conditions de mise en oeuvre du principe de la contrepartie obligatoire en repos et a, par suite, méconnu l'étendue de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution* » (consid. 15). Dans la foulée, le Conseil constitutionnel a censuré la référence faite à « *la durée de la contrepartie* » qui figurait parmi les matières qui avaient désormais vocation à être réglementées par accord collectif ou décret, dans la mesure où cette « *durée* » constituait l'ultime « *garantie légale* » présente dans la loi.

C - Négociation collective et liberté contractuelle

La première phrase du IV de l'article 18 de la *loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* disposait que « *Les clauses des conventions et accords conclus sur le fondement des articles L. 3121-11 à L. 3121-13 et L. 3121-17 du code du travail (...) dans leur rédaction antérieure à la publication de la présente loi restent en vigueur au plus tard jusqu'au 31 décembre 2009* ».

Le Conseil constitutionnel, soulevant d'office le moyen, a fait une application classique de sa jurisprudence relative à la liberté contractuelle. Fondant son raisonnement sur les articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et le huitième alinéa du Préambule de 1946, il a jugé « *que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant* », avant de prononcer une censure de la disposition litigieuse. Le basculement du niveau des négociations collectives de la branche à l'entreprise recherché par le Gouvernement ne constituait pas, en effet, un motif d'intérêt général suffisant pour que soient remis en cause des centaines d'accords collectifs. Le juge n'a cependant pas totalement ruiné la volonté du Gouvernement puisqu'il a conclu sa décision en précisant « *qu'en l'absence de la première phrase de ce IV, les dispositions de son I s'appliquent immédiatement et permettent la négociation d'accords d'entreprise nonobstant*

l'existence éventuelle de clauses contraires dans des accords de branche ».

D - L'exercice du droit de grève

Alors que la *loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire* a depuis sa publication donné lieu à de nombreux contentieux traités au cours de l'automne 2008 par les juges administratifs des référés, le Conseil constitutionnel, quelques mois auparavant, n'a pas jugé ce texte contraire à la Constitution.

Plusieurs griefs étaient soulevés à l'encontre des articles 2 à 5 qui disposent, entre autres, que tout enfant scolarisé dans une école maternelle ou élémentaire publique ou privée sous contrat bénéficie gratuitement d'un service d'accueil lorsque ces enseignements ne peuvent lui être délivrés en raison de l'absence imprévisible de son professeur et de l'impossibilité de le remplacer, tout enfant scolarisé profitant par ailleurs de ce service en cas de grève. Les requérants faisaient valoir, d'une part, que l'instauration d'un service d'accueil dans les écoles ne participait pas du principe de continuité du service public de l'enseignement et ne pouvait donc autoriser une limitation du droit de grève des enseignants et, d'autre part, que les conditions dans lesquelles le droit de grève des enseignants était appelé à s'exercer étaient excessivement restrictives et de nature à entraver son exercice.

Au terme d'un raisonnement quelque peu artificiel, le juge est tout d'abord parvenu à rattacher le service d'accueil à la continuité du service public de l'enseignement en se fondant sur l'alinéa 13 du Préambule de 1946, jugeant *« qu'en instituant un droit d'accueil des enfants scolarisés (...) le législateur a entendu créer un service public »*, et que *« si ce dernier est distinct du service public de l'enseignement »*, il lui est malgré tout *« directement associé et contribue à sa continuité en permettant, le cas échéant, aux personnels enseignants présents dans les circonstances envisagées de continuer à assurer leur enseignement sans avoir à s'en détourner pour assurer l'accueil des enfants dont les enseignants sont absents »* (consid. 7). Ensuite, aux parlementaires qui contestaient l'allongement du délai minimal entre la décision de déclencher une grève et son déclenchement effectif, le Conseil constitutionnel a opposé une jurisprudence développée dans la décision du 16 août 2007, dans laquelle il avait admis que l'allongement du délai de 5 à 13 jours se justifiait par l'organisation de négociations préalables favorables à la garantie du service public, pour rejeter le grief et conclure *« que les dispositions du 1°, du 2° et du 3° du II de l'article L. 133-2 du code de l'éducation résultant de l'article 3 de la loi portent de cinq à treize jours le délai maximal qui peut être imposé entre le moment où l'organisation syndicale notifie à l'autorité administrative les motifs pour lesquels elle envisage un mouvement collectif et le début d'un éventuel mouvement de grève ; que ce délai est destiné à permettre d'abord une négociation effective susceptible d'éviter la grève, puis, le cas échéant, l'organisation d'un accueil des élèves pendant le temps scolaire ; que ce délai n'apporte pas de restriction injustifiée aux conditions d'exercice du droit de grève »*.

A l'égard de l'article 5 de la loi qui, dans le but de permettre aux communes d'organiser un service d'accueil, prévoit que tout enseignant souhaitant participer à un mouvement de grève doit le faire connaître au préalable à l'autorité administrative et ajoute que l'Etat et les organisations syndicales qui ont procédé à la notification d'un préavis de grève peuvent s'entendre sur *« les modalités selon lesquelles ces déclarations préalables sont portées à la connaissance de l'autorité administrative »*, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation. Statuant sur le fondement de l'alinéa 6 du Préambule et suivant sa jurisprudence très protectrice de la liberté des travailleurs à l'égard des syndicats, le juge a souligné que l'accord entre ces dernières et l'Etat *« ne saurait conduire à ce que la transmission de ces déclarations soit assurée par les organisations syndicales ni avoir pour effet d'entraver la liberté de chaque enseignant de décider personnellement de participer ou non à la grève »*. Le droit de grève demeure donc en France un droit individuel d'exercice collectif.

E - Le régime de la mise à la retraite

C'est dans l'article 90 de la *loi de financement de la sécurité sociale pour 2009* que la question de la prolongation de l'activité des seniors au-delà de 65 ans a été traitée par le législateur. Déférant cette dernière au Conseil constitutionnel, les requérants soutenaient que cette disposition ne pouvait figurer dans une telle loi. Le juge leur a donné tort dans la décision n° 2008-571 DC.

L'article en cause supprimait à compter du 1^{er} janvier 2010 la possibilité pour un employeur de mettre d'office en retraite un salarié de 65 ans, « *la décision du passage de l'activité à la retraite [relevant] désormais du seul choix du salarié quel que soit son âge ce qui permettra à ceux qui le souhaitent de prolonger leur activité professionnelle et de bénéficier de la surcote* » (exposé des motifs).

Le juge constitutionnel confronté à un article 90 essentiellement centré sur la prolongation de l'activité des seniors et modifiant des dispositions de la première partie du code du travail relative aux « *relations individuelles de travail* », aurait parfaitement pu se laisser convaincre par les auteurs de la saisine, en considérant à leur instar que cette disposition avait davantage place dans une loi ordinaire que dans une loi de financement de la sécurité sociale. Il a pourtant considéré que « *la prolongation d'une activité salariée au-delà du temps nécessaire pour obtenir une pension de retraite à taux plein se traduit par un effet direct sur les dépenses comme sur les recettes des régimes obligatoires de base [et] peuvent figurer dans une loi de financement de la sécurité sociale* » (consid. 18).

L'argumentation des requérants dénonçant au fond l'inconstitutionnalité de l'article 90 n'a pas davantage prospéré devant le juge. Ceux-ci soutenaient qu'il contrevenait à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 en n'assortissant pas la possibilité de reculer l'âge de la mise à la retraite d'office d'une condition tenant à la pénibilité des tâches exercées. Ils faisaient en outre valoir qu'en édictant une règle uniforme, le législateur négligeait les différences de situations existant entre les individus, selon leur état de santé et la pénibilité de leur métier, méconnaissant de la sorte le principe d'égalité devant la loi. Aucun des deux arguments n'a emporté la conviction du Conseil constitutionnel. Le premier argument n'avait pas davantage séduit ce dernier en 2003 à l'égard de la loi portant réforme des retraites. Par ailleurs, la mise en place par l'article 90 de la LFSS d'un mécanisme *volontaire* de prolongation de l'activité au-delà de 65 ans ôtait à la démonstration des parlementaires une grande partie de son intérêt, rien ne contraignant le salarié à poursuivre son activité contre son gré. Ces dispositions ne créant, enfin, « *aucune différence de traitement entre les salariés* », le juge a rejeté le troisième et dernier grief, tout en rappelant que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » (consid. 20).

V. B.

Mots clés :

CONSTITUTION ET POUVOIRS PUBLICS * Panorama 2009