

SEANCE DU 9 AVRIL 1996

La séance est ouverte à 9 h 30, en présence de tous les conseillers, à l'exception de Monsieur Alain LANCELOT qui n'a pas encore prêté serment.

Monsieur le Président ouvre la séance. Il annonce le retard de Monsieur DAILLY qui arrivera dans la matinée.

Monsieur le Président : Je souhaite évoquer des événements qui viennent de se produire.

Le Conseil a été fortement éprouvé par deux disparitions, celle de Monsieur PAOLI, conseiller d'Etat, qui a apporté au Conseil ses compétences, sa mémoire, sa science. Il était indispensable à notre travail et je pense traduire l'unanimité en disant qu'il était une cheville ouvrière indispensable. Nous aurons une pensée pour lui ainsi que pour notre collègue, Marcel RUDLOFF, dont je rappelle qu'il ne sera remplacé que la semaine prochaine. Membre prestigieux de cette institution, il l'avait marquée à l'intérieur et avait diffusé son image à l'extérieur. Nous avons pu voir quelle grande figure républicaine il était en assistant à ses obsèques à Strasbourg. Il nous manque et nous manquera. En souvenir de ces deux personnes, je vous demande d'avoir une pensée pour chacune d'elles.

Quelques dates maintenant. La mise en place de l'Association de cours francophones sera précédée d'une réunion de travail le 23 mai, ici même. Madame et Messieurs, vous êtes conviés à cette réunion et à la petite réception qui la suivra.

Le 6 juin est également une date importante : nous recevons en effet les membres de la Cour de justice et je souhaite que vous soyez présents. La réunion se tiendra à 16 heures, tous les membres de la C.J.C.E. seront présents. Il y aura ensuite une réception à 18 heures.

Nous passons maintenant à l'ordre du jour où vont être examinés deux rapports, tous les deux très importants.

Le premier est relatif à la Polynésie française. Je donne la parole à Monsieur FAURE.

(Monsieur FAURE commence son rapport)

Nous avons été saisis le 15 mars 1996 par le Premier ministre de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française et le 19 mars de la loi ordinaire complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française.

S'agissant de la loi organique, nous sommes saisis sur le fondement des articles 46 et 61 alinéa 1 de la Constitution. En effet, en application de l'alinéa 2 de l'article 74 de la Constitution tel qu'il résulte de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, "Les statuts des territoires d'outre-mer sont fixés

.../...

par des lois organiques qui définissent notamment les compétences de leurs institutions propres et modifiés dans la même forme après consultation de l'assemblée territoriale intéressée.";

S'agissant de la seconde loi, prise conformément aux termes du troisième alinéa de l'article 74 de la Constitution desquels il résulte que les autres modalités de l'organisation particulière des territoires d'outre-mer sont définies et modifiées par la loi après consultation de l'assemblée territoriale intéressée, elle a été déférée par le Premier ministre en application des dispositions de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution.

Il nous appartient, en premier lieu, de vérifier que le texte organique n'a été débattu et soumis au vote de la première assemblée saisie qu'à l'expiration d'un délai de 15 jours après son dépôt. Tel a bien été le cas.

Les projets que nous examinons ont par ailleurs été régulièrement soumis à l'assemblée territoriale de la Polynésie française.

La deuxième vérification qui s'impose à nous est celle du caractère organique des dispositions figurant dans la loi portant statut d'autonomie. Il nous appartiendra ensuite de nous assurer de l'absence de dispositions de caractère organique dans la loi ordinaire.

J'indique immédiatement que la conséquence de cet examen n'est pas la même selon qu'il s'agit du texte portant statut ou du texte complétant ce dernier. En effet, si le fait que le législateur organique empiète sur la compétence du législateur ordinaire n'est pas un motif d'inconstitutionnalité et entraîne seulement le "déclassement" de la disposition en cause, il n'en va pas de même de la présence dans la loi ordinaire d'une disposition de nature organique ; dans ce cas, la disposition litigieuse doit être déclarée contraire à la Constitution comme adoptée selon une procédure non conforme à celle-ci.

C'est la cinquième fois que nous avons à nous prononcer sur la portée de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992. La dernière décision est fort récente puisqu'il s'agit de celle du 6 février 1996, qui portait sur l'examen de la loi organique relative à la date de renouvellement des membres de l'assemblée territoriale de la Polynésie française, texte qui visait à proroger le mandat des membres de l'assemblée territoriale jusqu'au mois de mai 1996 afin justement de permettre aux électeurs polynésiens de se prononcer en ayant connaissance du nouveau statut applicable au territoire.

Jusqu'à l'adoption de cette dernière décision, nous avons retenu une définition assez ferme de la notion d'organicité ; je vous rappelle en effet que nous retenions le critère adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat, et que nous regardions comme organique au sens du deuxième alinéa de l'article 74 de la Constitution non seulement les dispositions qui définissent les

.../...

compétences des institutions propres d'un territoire déterminé mais également les règles essentielles d'organisation et de fonctionnement de ces institutions.

Or dans la décision du 6 février 1996, nous avons quelque peu infléchi cette jurisprudence, retenant le caractère organique des dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement des institutions propres du territoire de la Polynésie française.

Cette nouvelle approche pose une première difficulté d'ordre pratique : le partage entre la loi organique et la loi ordinaire a été établi par le gouvernement en considération de la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel, comme ceci ressort très clairement de l'exposé des motifs du projet du gouvernement ; dès lors, des dispositions que celui-ci a considérées comme relevant du domaine de la loi ordinaire au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 1995, sont susceptibles d'être analysées, au regard de la jurisprudence de février 1996, comme entrant dans le domaine de la loi organique ; la conséquence de cette appréciation serait donc la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions en cause.

La deuxième difficulté est d'ordre juridique : la définition de février 1996 connaît nécessairement des limites d'interprétation qui tiennent au fait que le champ d'intervention imparti à la loi organique a un caractère limitatif, puisqu'aux termes mêmes de l'article 74, alinéa 3, certaines modalités de l'organisation particulière des territoires d'outre-mer relèvent de la loi ordinaire. Le Conseil constitutionnel ne peut méconnaître ce 3ème alinéa de l'article 74, et doit donc veiller au respect du domaine de la loi simple. Or c'est sans doute la définition de l'organicité que nous avons initialement retenue qui paraît la plus apte à conserver un contenu réel à ce domaine. Aussi vais-je vous proposer de retenir cette définition traditionnelle en y ajoutant les modalités selon lesquelles s'exercent sur les institutions propres au territoire les pouvoirs du contrôle de l'Etat, ainsi que les dispositions qui en sont indissociables.

Au regard de cette définition, la quasi totalité des articles de la loi déferée a un caractère organique, à l'exception du titre VII relatif à l'identité culturelle du territoire.

Il apparaît en effet que les dispositions relatives à l'usage et à l'enseignement des langues polynésiennes et à la création d'un collège d'experts en matière foncière ne définissent nullement des règles essentielles d'organisation et de fonctionnement d'une institution propre du territoire.

Si vous en êtes d'accord, nous "déclasserons" donc les articles 115 et 116 qui composent ce titre.

Monsieur le Président : Il me semble nécessaire d'avoir un débat à ce stade afin de savoir comment assouplir notre définition de

.../...

l'organicité pour répondre au problème soumis quant au partage entre la loi organique et la loi ordinaire.

Vous l'avez bien indiqué, c'est un problème ancien qu'il convient au Conseil constitutionnel de préciser. J'ouvre la discussion sur cette question.

Madame LENOIR : La question préalable de la portée de notre jurisprudence sur ce qui est organique et ce qui est loi ordinaire est sans doute essentielle ; je suis d'accord avec notre rapporteur quant à la nécessité de retenir la définition traditionnelle ; toutefois, je pense que la jurisprudence de février 1996 ne constitue pas vraiment un revirement de jurisprudence. En réalité, c'est plus une incertitude de rédaction qu'un revirement de jurisprudence.

D'ailleurs, on peut noter qu'il n'y a pas eu de commentaires sur la décision de 1996. Quelle portée donner à la réforme constitutionnelle de 1992 ? Nous lui avons donné une portée limitée par rapport à la définition de l'organicité et cela me paraît tout à fait justifié.

Monsieur ABADIE : Je suis d'accord avec le rapporteur ; l'existence du 3ème alinéa de l'article 74 de la Constitution signifie bien quelque chose : des données d'organisation des territoires d'Outre-mer vont donc relever de la loi ordinaire ; aussi nous sommes amenés à faire une distinction entre organique et ordinaire qui a un sens effectif. Nous avons une large marge d'appréciation de ce qui est "essentiel" et de ce qui ne l'est pas : c'est à nous de donner la portée que nous voulons à "l'essentiel". Comme le rappelle la doctrine, notamment Monsieur CARCASSONNE : "le doute doit profiter à la compétence organique" pour permettre au Conseil constitutionnel de jouer pleinement son rôle.

Monsieur AMELLER : J'interviens pour manifester mon accord total avec le rapporteur. Je considère qu'il s'agit d'un véritable retour à la jurisprudence de 1995.

Je suis donc ravi de ce retour à une définition traditionnelle.

Monsieur ROBERT : Je suis de l'avis de Monsieur AMELLER. Nous nous sommes trompés en 1996. Attention à ne pas mettre le plus de choses possibles dans la loi organique, au seul prétexte d'avoir un contrôle le plus large possible.

Je suis d'accord avec la rédaction que vous proposez.

Monsieur le Président : Nous sommes tous d'accord. Vous pouvez poursuivre votre rapport.

Pour conclure sur cette question de l'organicité, l'article 13 de la loi ordinaire qui autorise les membres du gouvernement à déléguer leur signature aux responsables des services

.../...

territoriaux et des services de l'Etat, présente indiscutablement un caractère organique. C'est donc une censure qu'il faudra prononcer sur cet article 13, à charge pour le législateur organique de le reprendre dans un texte ultérieur.

Monsieur AMELLER : Je considère que l'exemple cité par le rapporteur devrait nous conduire à dire que la disposition en cause fait au contraire bien partie de la loi ordinaire.

Cette disposition a été enlevée de la loi organique par les députés, sur proposition de Monsieur MAZEAUD. Si on la censure, cela signifie que les autorités compétentes de l'Assemblée nationale se sont trompées. Je ne le pense pas.

Monsieur le Président : Monsieur MAZEAUD est sans doute un excellent juriste mais nous pouvons avoir une position contraire. Nous reviendrons sur cette question ultérieurement.

(Monsieur FAURE reprend son rapport)

Le troisième examen auquel nous allons devoir procéder est celui de la conformité, sur le fond, des dispositions des lois examinées à la Constitution.

Une première question essentielle se pose à nous : le texte organique portant statut qui nous est déféré, s'il se présente comme un texte nouveau, reprend néanmoins de nombreuses dispositions du statut actuel du territoire de la Polynésie française, qui résulte de la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 modifiée, et qui a donné lieu, dans sa version initiale à la décision n° 84-177 DC du Conseil constitutionnel du 30 août 1984, à la décision n° 94-340 DC du 14 juin 1994 pour les modifications introduites par la loi du 21 juin 1994 relative au transfert à l'Etat des compétences en matière pénitentiaire et pour celles résultant de la loi organique n° 95-173 du 20 février 1995, à la décision n° 95-364 DC du 8 février 1995.

Enfin, certaines dispositions de la présente loi organique sont reprises de la loi organique n° 94-1132 du 27 décembre 1994 relative à certaines dispositions législatives des livres Ier et II du code des juridictions financières, sur laquelle le Conseil constitutionnel s'est également prononcé, dans sa décision n° 94-349 DC du 20 décembre 1994.

Or, dans le dispositif de sa décision de 1984, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions statutaires qui lui étaient soumises, à l'exception d'une disposition relative aux incompatibilités. C'était en effet l'époque où -un peu imprudemment peut être- le Conseil accordait une sorte de "label de constitutionnalité" aux dispositions qu'il n'avait pas expressément examinées. Et c'est précisément pour échapper à l'autorité de chose jugée qui s'attache à ces déclarations de conformité que désormais, depuis la décision relative à la loi de finances pour 1988, nous nous bornons à

.../...

affirmer, dans le corps de nos décisions, qu'il n'y a pas lieu de soulever d'office d'autres questions de conformité à la Constitution.

(Monsieur FAURE poursuit son rapport)

Par ailleurs, dans les autres décisions que j'ai citées, le Conseil a déclaré conformes à la Constitution les lois organiques dont il était tenu d'examiner toutes les dispositions.

Nous ne pouvons pas, dans ces conditions, procéder à un nouvel examen de la constitutionnalité des dispositions législatives que le Conseil a ainsi déjà expressément déclarées conformes à la Constitution dans ses décisions antérieures.

Ce serait à la fois juridiquement critiquable et politiquement inopportun. On voit mal, en effet, le Conseil censurer des dispositions d'ores et déjà en vigueur, et rentrées, en quelque sorte, dans les moeurs politiques polynésiennes.

Nous devons cependant veiller à ne pas trop figer notre jurisprudence, à ne pas trop nous "lier les mains" pour l'avenir, en quelque sorte.

Je vous propose donc de renoncer à examiner la conformité à la Constitution :

- des dispositions du statut rédigées en termes strictement identiques à celles du statut déjà déclarées conformes ;

- et des dispositions qui, bien que rédigées un peu différemment, ont le même contenu.

Notre examen portera donc exclusivement :

- sur les dispositions entièrement nouvelles (ou issues de la loi du 12 juillet 1990 qui n'a pas été soumise à l'examen du Conseil constitutionnel) ;

- mais également sur les dispositions dont le contenu est substantiellement modifié par la présente loi.

Je suggère de m'arrêter sur le problème de l'autorité de la chose jugée.

Monsieur le Président : Qu'en est-il donc de l'examen des dispositions du statut que nous examinons par rapport aux décisions antérieures du Conseil constitutionnel sur la Polynésie française ?

Le rapporteur propose à juste titre de considérer comme acquis une opinion déjà émise par le Conseil constitutionnel à la

.../...

condition que le texte soit identique ou ait une portée semblable.

Madame LENOIR : Je considère que la solution proposée est opportune même si elle peut poser quelques problèmes pour l'avenir si elle est posée comme un considérant de principe.

Le précédent immédiat est celui de la décision de 1989 sur l'amnistie. Le délai qui séparait les décisions du Conseil était d'un an. Ici les délais sont différents puisque nous pouvons remonter à 1984. Au niveau de la rédaction, il ne faut pas se lier les mains.

Monsieur ROBERT : Monsieur le Président, je crois que, quelle que soit la date, quand nous avons, sur la Polynésie française, rendu des décisions de conformité à la Constitution, nous ne pouvons pas les remettre en cause. Mais je suis plus réservé sur le fait de le dire expressément dans un considérant de principe. Est-ce que nous avons intérêt à un tel considérant ? Je suis d'autant plus réservé que, quand je regarde ce que nous avons fait en 1985 et en 1989, nous sommes allés assez loin, mais parce que nous étions saisis et que nous étions tenus de répondre aux requérants. Ici nous n'avons pas de saisissants ; le considérant que nous pourrions mettre nous lierait les mains à nous. Je pense aux décisions à venir sur les libertés publiques. C'est alors que nous aurons à préciser ce qu'est l'autorité de la chose jugée. Je préfère ne pas laisser le considérant de principe dans la présente décision.

Monsieur le Président : J'avais présent à l'esprit ce même raisonnement. Nous risquons d'avoir prochainement des textes où la question de l'autorité de la chose jugée se posera directement.

Monsieur ABADIE : Je suis d'accord avec le Professeur ROBERT. Nous n'avons pas à écrire, dans la décision, comment nous avons conduit notre raisonnement.

Monsieur CABANNES : Je suis dans la ligne du Professeur ROBERT. Il ne faut pas nous lancer dans une discussion abstraite, sans doute passionnante, sur l'autorité de la chose jugée.

Monsieur AMELLER : Rien n'interdit un revirement de jurisprudence. Il me paraît difficile d'énoncer dès le départ un principe intangible.

Monsieur le Président : Cette discussion montre que les opinions se rejoignent. Il faudrait trouver dans la rédaction des expressions plus souples.

Madame LENOIR : Autorité de la chose jugée : personne n'a de doute pour les autorités extérieures auxquelles elle s'impose. Ce qui est mauvais c'est de nous opposer à nous-mêmes l'autorité de la chose jugée.

.../...

(Monsieur FAURE présente son rapport sur l'article 40)

L'ancien statut prévoyait que les autorités de la République pouvaient donner pouvoir au président du Gouvernement pour négocier des accords internationaux dans les domaines de compétence du territoire.

La loi organique innove à cet égard à un double point de vue. Le président du gouvernement pourra désormais non seulement négocier mais également signer des accords, et ces accords pourront également relever du domaine de compétence de l'Etat.

Il s'agit là d'une délégation de compétence importante, on le voit. En effet, s'agissant des traités dits "en forme solennelle", la signature a pour effet d'authentifier le texte issu de la négociation lequel doit ensuite être ratifié. Mais surtout, s'agissant d'accords dits "en forme simplifiée", la signature conclut définitivement l'accord et exprime la consentement de l'Etat à être lié par cet accord. Dans ces conditions, la signature conclut l'accord.

La signature apparaît bien ainsi comme un attribut de la souveraineté nationale et une forme d'exercice de celle-ci.

Cette disposition hautement symbolique est-elle pour autant inconstitutionnelle ? Je ne le pense pas.

La convention de Vienne sur le droit des traités dispose, en son article 7, qu'il suffit pour qu'une personne soit considérée comme représentant un Etat pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un traité, qu'elle produise "les pleins pouvoirs appropriés".

Ainsi, l'autorité qui, au regard du droit constitutionnel national, a compétence pour signer un accord international peut-elle déléguer cette compétence à qui elle veut.

La pratique française est conforme à ce principe et il arrive aux autorités de l'Etat, Président de la République ou Ministre des affaires étrangères selon le cas, de désigner des autorités locales pour signer un accord. Ainsi Monsieur FLOSSE a-t-il récemment signé le traité de RAROTONGA relatif à la dénucléarisation du Pacifique Sud. Encore faut-il -et c'est la réserve que je vous propose- que cette personnalité locale ait reçu pour ce faire des pouvoirs exprès.

Il serait bien sûr souhaitable qu'elle reçoive des pouvoirs distincts pour négocier l'accord puis, une fois le texte arrêté et soumis aux autorités de la République, pour le signer.

Mais là encore il faut savoir que, dans la pratique, il arrive que des pouvoirs soient donnés pour négocier et dans la foulée, signer un accord.

.../...

Nul doute qu'il y a dans ces pratiques une restriction apportée à l'exercice de la souveraineté de l'Etat. Mais il s'agit d'une restriction consentie et donc, selon moi, conforme à la Constitution.

Madame LENOIR : Quelle est la véritable innovation de cette disposition par rapport au droit international classique ?

Monsieur le Président : Habituellement, c'est le ministre des affaires étrangères qui signe. Dans la pratique, il lui arrive d'accorder délégation à une autorité locale pour signer.

Monsieur ABADIE : Il n'y a pas abandon d'une prérogative de souveraineté. C'est seulement une délégation de signature.

(Monsieur FAURE donne lecture de son rapport sur l'article 41)

L'article 41 autorise, quant à lui, le président du gouvernement à négocier et signer des "arrangements administratifs". Il s'agit d'accords le plus souvent négociés et signés sans que des pouvoirs spéciaux soient accordés à cette fin par le ministre des affaires étrangères, dans des domaines pratiques et techniques, par les administrations intéressées généralement pour l'application d'un accord international.

Leur nature juridique est incertaine et le Conseil d'Etat, selon le cas, les regarde soit comme de véritables conventions internationales (arrêt Calvados/Boulard, 18 mars 1981), soit comme de simples actes administratifs soumis à son contrôle (arrêt Consorts Chatelain - 18 juin 1985).

Ici, la rédaction de l'article 41 incline plutôt à penser que le législateur organique se situe dans la première hypothèse, puisqu'il prévoit que ces arrangements seront négociés et signés "dans les conditions définies à l'article 40", c'est-à-dire relatives aux accords internationaux.

Dans ces conditions, je vous propose d'admettre la conformité à la Constitution de l'article 41 de la loi.

Monsieur ROBERT : Je suis d'accord. Ce n'est pas contraire à la Constitution. Mais ce qui me gêne un peu, c'est que la pratique risque de s'instituer d'une délégation trop fréquente, voire permanente.

Monsieur le Président : On peut toujours retirer les pouvoirs !

Monsieur ABADIE : Ce ne peut pas être une délégation générale, permanente et globale. C'est clair.

(Monsieur FAURE donne lecture de son rapport sur l'article 6-7°)

.../...

L'article 6-7° donne compétence à l'Etat en ce qui concerne "les garanties fondamentales des libertés publiques".

Le projet de loi initial faisait plus largement mention, conformément à l'avis du Conseil d'Etat, du "régime juridique des libertés publiques".

Le restriction apportée au cours des débats par le rapporteur de l'Assemblée nationale m'apparaît contraire à la Constitution.

En effet, la jurisprudence de notre Conseil exige, au nom du principe d'indivisibilité de la République, que les conditions essentielles d'exercice des libertés publiques soient les mêmes sur l'ensemble du territoire (voir : DC 84-185 du 18 janvier 1985 sur la liberté d'enseignement ou encore DC 93-329 du 13 janvier 1994).

Au regard de cette jurisprudence, l'expression "garanties fondamentales" accorde semble-t-il trop de latitude aux autorités territoriales pour régler cette matière sensible, et les risques de distorsions entre le régime des libertés publiques en Polynésie française et en métropole apparaissent en conséquence trop importants au regard des exigences de notre jurisprudence.

Dans l'expression "garanties fondamentales" je vous propose donc de censurer le mot "fondamentales".

Si vous me suivez, l'Etat demeurera compétent pour assurer "les garanties des libertés publiques", ce qui apparaît satisfaisant au regard des exigences constitutionnelles.

Monsieur DAILLY : Il pourrait y avoir aussi une discordance entre le territoire de la Polynésie française et les autres territoires !

(Monsieur FAURE lit la suite de son rapport sur l'article 6-7°)

Toujours aux termes de l'article 6-7°, l'Etat est compétent en matière de droit civil sous réserve des dispositions de l'article 28-13° et 14°. L'article 28-13° donne compétence au conseil des ministres pour autoriser à peine de nullité toute opération ayant pour effet le transfert entre vifs d'une propriété immobilière ou de droits sociaux y afférent ainsi que toute cession d'actions de sociétés commerciales dont les biens immobiliers ou participations immobilières constituent 75 % au moins des actifs figurant au bilan, sauf si le bénéficiaire est de nationalité française et domicilié en Polynésie française; l'article 28-14° permet au conseil des ministres d'exercer un droit de préemption au nom du territoire sur les immeubles ou les droits sociaux visés au 13°, sous réserve du versement aux ayants droit du montant de la valeur desdits biens.

La loi du 6 septembre 1984 avait instauré un régime d'autorisation de transferts de propriété immobilière

.../...

substantiellement différent du régime qui figure dans la présente loi organique ; aussi la notion d'autorité de la chose jugée ne peut ici trouver à s'appliquer, ce qui nous amène à examiner la constitutionnalité des dispositions de l'article 28-13°.

Si le droit de disposer, attribut essentiel du droit de propriété, connaît des limitations, qui tiennent notamment aux cas d'inaliénabilité, à l'attribution d'un droit de préemption, fréquent en matière d'urbanisme, à l'expropriation pour cause d'utilité publique, ces limitations répondent à des préoccupations d'intérêt général et sont rigoureusement encadrées par le législateur.

L'autorisation administrative instaurée par le texte examiné va largement au-delà de ces hypothèses ; en effet, il met en place un régime discrétionnaire d'autorisation de certains transferts de propriété, portant sur des biens immobiliers et mobiliers, sans préciser les motifs d'intérêt général sur lesquels le conseil des ministres du territoire devra fonder sa décision d'autoriser ou refuser le transfert, et sans rappeler l'intervention du juge.

Les atteintes ainsi portées au droit de propriété sont telles que je vous propose une censure de l'article 28-13° et de l'article 28-14°, indissociable.

Monsieur AMELLER : J'ai cherché la modification "substantielle". Or c'est à peu près le même texte. Je n'ai vu qu'un simple changement de conjonction de coordination. En quoi réellement la loi organique nouvelle est-elle différente de la loi de 1984 déclarée constitutionnelle sur ce point ?

Mademoiselle BROUARD : Il y a un élargissement très important du champ d'application de l'autorisation qui s'étend désormais...

Monsieur le Secrétaire général : Il y a sur ce point, Monsieur le Président, une difficulté réelle. La disposition de 1984, plus restrictive, a été déclarée conforme à la Constitution. Or elle souffrait de deux causes d'inconstitutionnalité : au regard du principe d'égalité et au regard du droit de propriété. Une censure est-elle encore possible ? Il y a une modification substantielle du champ d'application du texte. On peut penser qu'à l'époque le Conseil constitutionnel a "laissé passer" l'inconstitutionnalité au regard du droit de propriété. Mais aujourd'hui l'atteinte au droit de propriété est d'une ampleur bien supérieure. En revanche, au regard du principe d'égalité, l'inconstitutionnalité est la même.

Dans ces conditions, si vous censurez aujourd'hui, ce ne peut être, de mon point de vue, que sur le premier motif.

Madame LENOIR : Je suis d'accord avec le rapporteur. Cette disposition a été "bénie" à l'époque où, dans le dispositif de ses décisions, le Conseil déclarait conformes à la Constitution

.../...

toutes les dispositions dont il n'avait pas été saisi. Je me sens donc très à l'aise pour censurer l'atteinte aggravée au droit de propriété.

Monsieur le Président : Si on retenait la rupture d'égalité, serait-on en contradiction avec notre décision de 1984 ? Ce n'est pas sûr. Dans la mesure où le champ de l'inégalité est plus important, la violation du principe d'égalité l'est également.

Pourquoi ne pas retenir également ce motif de censure ?

Monsieur ROBERT : Je ne vois pas ce que cela ajouterait... On est aujourd'hui confronté à une atteinte beaucoup plus importante au droit de propriété. Je préfère donc rester sur le terrain de l'ampleur de l'atteinte à ce droit.

Monsieur AMELLER : Pour moi, l'ampleur de l'atteinte au droit de propriété ne modifie en rien la nature de l'inconstitutionnalité. Pour ce qui est du principe d'égalité, ne faut-il pas tenir compte des problèmes spécifiques qui se posent en Polynésie autour de la propriété foncière ?

Monsieur FAURE : La censure que je vous propose présente l'intérêt de ne pas poser de problème de "rétroactivité", de ne pas remettre en cause notre précédente décision. C'est en se basant sur l'élargissement du champ d'application du texte que nous nous appuyons pour censurer.

Monsieur le Président : Monsieur le Secrétaire général, quel est votre avis ?

Monsieur le Secrétaire général : L'autorité de la chose jugée ne pourra certainement pas être invoquée, à l'avenir, à propos, par exemple, de la Corse. Pour qu'il y ait autorité de la chose jugée, il faut que l'objet du texte soit le même. Aujourd'hui, l'objet c'est le statut de la Polynésie française.

Il y a deux arguments de portée inverse :

- on peut penser qu'il est difficile de laisser passer une inconstitutionnalité majeure : l'atteinte au principe d'égalité ;

- mais on peut penser également qu'il ne faut pas mettre le Conseil dans une situation de contrariété explicite vis-à-vis de sa précédente décision.

Madame LENOIR : Je pense que l'atteinte au droit de propriété est d'autant plus caractérisée qu'elle est discriminatoire. C'est ça le plus choquant ! Une incidente sur ce point me paraît nécessaire.

Monsieur le Président : Bon. Les arguments ont été échangés. Poursuivez, Monsieur le rapporteur.

.../...

(Monsieur FAURE poursuit son rapport sur l'article 6-8°)

Une autre difficulté apparaît à l'article 6-8° : il résulte en effet du paragraphe 8 de l'article 6 que les autorités de l'Etat sont notamment compétentes en matière " de procédure pénale à l'exclusion des procédures relatives à la constatation des infractions".

Cette limitation de la compétence de l'Etat en matière de procédure pénale pose difficulté.

Je vous rappelle que cette rédaction a été introduite par amendement, afin, selon Monsieur BIGNON le rapporteur à l'Assemblée nationale (J.O. débats A.N., p. 479) de "donner une portée statutaire à l'article 14 de la loi du 4 janvier 1991 portant l'homologation des dispositions prévoyant l'application des peines correctionnelles et de sanctions complémentaires, de délibérations de l'assemblée territoriale de Polynésie française et édictant des dispositions pénales et de procédure pénale applicables en Polynésie française".

Plusieurs remarques s'imposent :

- en premier lieu, la formulation retenue par le projet de loi va d'évidence au-delà de l'objectif affirmé lors des débats, puisque le texte voté a pour effet d'exclure, purement et simplement, de la compétence de l'Etat les procédures relatives à la constatation des infractions aux réglementations territoriales, alors que l'article 14 précité permet seulement à des agents assermentés du territoire de la Polynésie française de constater par procès-verbal toutes infractions aux réglementations édictées par le territoire lorsqu'ils appartiennent à une administration chargée de contrôler la mise en oeuvre de ces réglementations, ce dans le respect des règles de procédure pénale prises en application de l'article 34 de la Constitution ;

- en second lieu, peut-on admettre qu'une telle partie de la procédure pénale échappe à la compétence de l'Etat au regard des règles de valeur constitutionnelle ?

La procédure pénale touche aux grands principes de l'ordre social, aux libertés publiques ; c'est pour cette raison que le législateur organique a entendu la maintenir dans les compétences dévolues à l'Etat.

Dans cette matière, la constatation de l'infraction est un élément essentiel : c'est l'inévitable trait d'union entre l'infraction et la sanction.

Il est fondamental que ce soit l'Etat qui détermine les autorités qui, à côté des officiers et agents de police judiciaire, sont susceptibles d'avoir des pouvoirs de police judiciaire, ainsi que les règles de procédure applicables à la constatation des

.../...

infractions, étant rappelé que des mesures limitant la liberté individuelle sont susceptibles d'être prises. La censure que j'envisage n'interdira pas au demeurant au territoire d'avoir des agents spécialement habilités, compétents pour constater les infractions aux réglementations territoriales, ce dans le respect des règles procédurales fixées par le législateur ; en effet, je vous indique qu'en application de la loi du 2 janvier 1996 d'habilitation relative à l'extension et à l'adaptation de la législation en matière pénale applicable aux territoires d'outre-mer, est intervenue l'ordonnance n° 96-268 du 28 mars 1996 portant actualisation des dispositions législatives de procédure pénale applicables dans les territoires d'outre-mer, qui introduit un article 809-II dans le code de procédure pénale ayant exactement cet objet.

Monsieur le Président : Qui est d'accord avec cette censure partielle ?

(Tout le monde)

Monsieur le Président : Très bien, poursuivez.

(Monsieur FAURE lit la suite de son rapport sur l'article 7)

L'article 7 reconnaît à l'Etat et au territoire un droit de propriété sur leur domaine public et leur domaine privé.

Le 3ème alinéa de cet article est une des dispositions les plus novatrices du projet de loi.

Il transfère en effet au territoire la quasi totalité du domaine public maritime à l'exclusion des emprises aujourd'hui affectées à l'exercice des compétences de l'Etat (défense nationale) et "sous réserve des droits des tiers" (les propriétaires justifiant d'un titre antérieur à 1866 se voient en effet encore reconnaître par les tribunaux civils un droit de propriété sur des portions du rivage de la mer ou des lagons.

Désormais, le domaine public maritime du territoire comprendra :

1° le sol et le sous-sol des eaux intérieures, dont les rades et les lagons

2° les rivages de la mer, le sol et le sous-sol des eaux territoriales lesquels ont toujours appartenu au domaine public de l'Etat.

Sont exclus, on le voit, les "eaux sur-jacentes" c'est-à-dire la colonne d'eau qui, en droit international, est insusceptible d'appropriation.

Cette question de la propriété de la "colonne d'eau" a donné lieu à un vif débat et à une suspension de séance devant l'Assemblée

.../...

nationale, Monsieur Gaston FLOSSE souhaitant la voir inclure dans le domaine public du territoire.

Il s'est cependant rendu aux arguments juridiques du ministre et du rapporteur. Le souci de Monsieur FLOSSE était en effet que le territoire ait toute latitude pour autoriser l'exploitation des fermes perlières et celles du phosphate, latitude qui lui est laissée par le 4ème alinéa du même article.

Ce transfert du domaine public maritime de l'Etat au territoire apparaît comme un geste politique majeur.

Pose-t-il un problème de constitutionnalité ? Je ne le pense pas.

Il pouvait certes en poser au regard du principe de souveraineté et d'indivisibilité du territoire.

Mais il convient de ne pas confondre domanialité et souveraineté. Les prérogatives de souveraineté de l'Etat s'exercent de toute évidence sur l'ensemble du territoire de Polynésie, y compris sur les eaux territoriales, quel qu'en soit le propriétaire.

La loi du 26 décembre 1971 relative à la délimitation des eaux territoriales françaises, applicable aux TOM en vertu de son article 5, dispose expressément en son article 1er alinéa 3 : "La souveraineté de l'Etat français s'étend à l'espace aérien ainsi qu'au lit et au sous-sol de la mer dans la limite des eaux territoriales".

C'est un problème politique. C'est pour cette disposition que la loi a été faite.

Monsieur ROBERT : Je pense qu'il n'y a pas de problème de constitutionnalité. Mais il faudrait muscler la réserve sur le respect des prérogatives de souveraineté de l'Etat.

Monsieur le Président : Nous sommes tous d'accord pour dire qu'il y aurait matière à censure, et qu'il n'y en aura pas !

(Monsieur FAURE lit son rapport sur le titre II)

Cet article, intitulé "Des institutions du territoire", comprend les articles 8 à 90.

Le chapitre 1er est relatif au gouvernement de la Polynésie française et à son président; il précise les règles de composition et de formation du gouvernement.

Il découle des articles 9 et 11 que le président du gouvernement du territoire est élu par l'assemblée de la Polynésie française et qu'il nomme les ministres.

Le groupe socialiste de l'Assemblée nationale dans ses observations concernant la loi organique, a fait valoir que ces

.../...

articles, desquels il résulte que les ministres, qui disposent de pouvoirs importants, ne sont pas élus par "l'organe délibérant du territoire, émanation du suffrage universel", seraient contraires à l'article 72 de la Constitution, en vertu duquel les collectivités territoriales de la République "s'administrent librement par des conseils élus".

Ces arguments ne paraissent pas devoir être retenus; il résulte en effet de la décision du Conseil constitutionnel 87-241 D.C du 19 janvier 1988 rendue sur la loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie, que "pour s'administrer librement, le territoire doit, dans les conditions qu'il appartient à la loi de définir, disposer d'une assemblée délibérante élue dotée d'attributions effectives"; or tel est bien le cas en l'espèce.

Je n'ai rencontré dans ce titre II aucune difficulté avant celle posée par l'article 25-25°, et vous prendrez connaissance du contenu des articles 1er à 25 lors de la lecture du projet de décision.

Monsieur le Président : Nous retenons cette proposition.

(Monsieur FAURE donne lecture de son rapport sur l'article 25-25°)

L'article 25-25° autorise le conseil des ministres du territoire à "désigner les services chargés de recueillir les déclarations d'association". Je vous propose de censurer purement et simplement cette disposition qui ne figurait pas dans le projet de loi initial et est issue d'un amendement.

L'Etat est seul compétent, on l'a vu, pour "garantir les libertés publiques". Plus précisément, et je reprends là notre considérant de principe, "le principe de libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles de l'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent des décisions de collectivités territoriales, et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire".

Or, en vertu de la loi du 1er juillet 1901, la déclaration préalable d'une association est l'acte fondateur de cette association. Elle lui donne la capacité juridique, c'est-à-dire les moyens de fonctionner (possibilité d'ester en justice, de recevoir des dons, percevoir des cotisations, acheter des immeubles etc...). C'est donc bien une condition essentielle d'exercice de la liberté d'association, principe fondamental reconnu par les lois de la République, dont la réglementation ne peut être déléguée aux autorités territoriales.

C'est également l'analyse du Conseil d'Etat dans son arrêt : Haut-Commissaire de la République de Nouvelle-Calédonie du 29 avril 1994.

.../...

J'ajoute que le Gouvernement a renoncé à défendre sur cette question, estimant sans doute la censure inéluctable.

Monsieur le Président : Sur la liberté d'association ?

Monsieur AMELLER : Le ministre a lui-même admis devant le Parlement que cette disposition était inconstitutionnelle... Mais je n'arrive pas à comprendre pourquoi la simple désignation d'un service revêt une telle importance. C'est un problème de pure administration !

Monsieur FAURE : Rien n'empêche le territoire de désigner une autorité située dans l'atoll le plus éloigné !

Monsieur le Président : Il n'y aura plus de compétence retenue par l'Etat. C'est là le problème. Ce ne peut pas être le gouvernement de la Polynésie qui prend ce type de décision.

Monsieur AMELLER : Mais, dans les faits, il y a bien aujourd'hui désignation d'autorités locales pour recueillir les déclarations d'association !

Monsieur le Secrétaire général : Oui, mais la compétence de désignation demeure à l'Etat. S'il s'aperçoit qu'il y a un problème, il lui appartient de revenir sur cette désignation. J'ajoute que le Conseil d'Etat, dans son arrêt d'assemblée du 29 avril 1994, a été très ferme sur ce point...

Monsieur le Président : ... et sur conclusions contraires de son commissaire du gouvernement que nous aimons bien : Madame DENIS-LINTON ! C'est donc que le Conseil d'Etat a pris une décision mûrement réfléchie.

Monsieur ROBERT : Je me suis posé le même problème. Mais, à la réflexion, il appartient bien à l'Etat de désigner les autorités. Sinon ce pourrait être n'importe qui et n'importe où !

Monsieur AMELLER : Et quand je pense qu'on laisse passer les casinos !

Monsieur FAURE : Non. Nous verrons cette question un peu plus loin.

Monsieur le Président : Poursuivez, Monsieur le rapporteur.

(Monsieur FAURE présente son rapport sur l'article 31)

Au nombre des pouvoirs reconnus au conseil des ministres de la Polynésie française figure celui d'assortir les infractions aux réglementations qu'il édicte, dans les matières relevant de sa compétence, de sanctions administratives ainsi que de peines contraventionnelles n'excédant pas le maximum prévu pour des infractions de même nature par les lois et règlement applicables en matière pénale.

.../...

Il résulte des débats que la référence ainsi faite à la matière pénale doit s'entendre comme visant les textes en vigueur en métropole.

Il m'a paru nécessaire de mentionner expressément l'objet de cette référence, que vous retrouverez d'ailleurs à l'article 62, s'agissant du pouvoir reconnu à l'assemblée territoriale d'édicter des peines d'amende et peines complémentaires afin d'assurer le respect des réglementations qu'elle édicte.

Monsieur le Président : C'est une pure interprétation. Poursuivez, Monsieur le rapporteur.

(Monsieur FAURE lit son rapport sur l'article 32)

L'article 32 prévoit dans certaines matières la consultation obligatoire du conseil des ministres. Une question se pose à l'article 32-4°.

Le statut de 1984 prévoyait que le Conseil des ministres devait être consulté en matière de contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers, y compris pour la délivrance de visas pour un séjour supérieur à 3 mois.

La loi organique reprend cette procédure de consultation obligatoire mais crée, à cet effet, une commission consultative paritaire (comportant pour moitié des représentants de l'Etat et pour moitié des représentants du territoire).

Il peut paraître surprenant que les autorités de l'Etat soient ainsi tenues de consulter celles du territoire dans un domaine de prérogatives aussi régaliennes que la police des étrangers et, surtout, que la délivrance de visas. On sait, en effet, que le Conseil d'Etat reconnaît au ministre des affaires étrangères ou à son représentant un pouvoir discrétionnaire en la matière, un refus de visa pouvant se fonder sur des motifs tenant à l'ordre public par exemple, motifs souvent très politiques (arrêt Aykan 10 mars 1992).

Toutefois, dès lors que les autorités compétentes (le Haut commissaire ou le consul, selon le cas) ne sont pas liés par l'avis ainsi rendu, une telle consultation ne me paraît pas contraire à la Constitution.

Nous retrouvons une question de droit pénal à l'article 65.

Monsieur le Président : Très bien.

Monsieur ROBERT : Un mot là-dessus quand même. Tout cela est bien vague. On ne sait pas de quoi va être saisi ce comité ni selon quelle procédure. Il faudrait préciser que l'avis de ce comité n'a aucune autorité !

.../...

Monsieur le Président : Si je lis bien le texte, il prévoit une double consultation : du conseil des ministres et du comité. Cela fait beaucoup de consultations !

Madame LENOIR : Je suis assez sensible à ces arguments. Nous avons sur les comités consultatifs en matière de libertés publiques une jurisprudence assez récente (cf. décision sur la vidéosurveillance).

Monsieur le Président : Il faudrait en faire une réserve ! Il faudrait dire : "à condition que...".

Monsieur FAURE : Mais le texte le dit ! C'est purement consultatif !

Monsieur le Président : Je crois qu'on peut conserver cette rédaction. Poursuivons.

(Monsieur FAURE présente la suite de son rapport)

Nombreux ensuite, jusqu'à l'article 65, sont les articles directement repris du statut de 1984 ; les articles nouveaux ne posent quant à eux pas de problème de constitutionnalité particulier.

Je vous rappelle simplement que vous retrouverez à l'article 62 la réserve déjà proposée à l'occasion de l'examen de l'article 31.

Cet article donne compétence à l'assemblée de la Polynésie française pour déterminer, "dans le respect de la législation applicable en Polynésie française en matière de jeux de hasard", certaines règles applicables à ces jeux, en particulier les circonstances dans lesquelles ils peuvent être offerts au public.

La rédaction de cette disposition mérite d'être éclairée, car si la présente loi met fin en quelque sorte au monopole de l'Etat en matière de jeux, -le Conseil d'Etat, il convient de le rappeler, ayant en effet indiqué à l'occasion de deux décisions, que la réglementation des jeux, sous l'empire du statut de 1984, relevait de la seule compétence de l'Etat- elle laisse toutefois une sphère de compétences à l'Etat ; parmi celles-ci, figure la matière pénale qu'il est nécessaire de rappeler expressément. Un tel rappel est au demeurant en cohérence avec les dispositions de l'ordonnance n° 96-267 du 28 mars 1996 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal dans les territoires d'outre-mer.

S'agissant des articles suivants, je vous indique seulement que l'article 68, qui ne pose au demeurant aucun problème de constitutionnalité, est un article assez novateur notamment en ce qu'il prévoit la transmission à l'assemblée territoriale des actes communautaires liés à la décision d'association des pays et territoires d'outre-mer à la C.E.E. J'ai seulement pris soin de faire apparaître dans la décision que cette transmission est

.../...

totalemeut distincte de la consultation du Parlement prévue par l'article 88-4 de la Constitution.

Vous voyez, Monsieur AMELLER, on ne laisse rien passer !

Monsieur AMELLER : Je pensais à l'article 28-2° !

Monsieur FAURE : Mais il est précisé justement : dans les conditions prévues à l'article 65 !

Monsieur AMELLER : C'est bon.

(Monsieur FAURE poursuit son rapport sur l'article 71)

Cet article permet à la commission permanente de l'assemblée de la Polynésie française de régler, entre les sessions, par ses délibérations les affaires qui lui sont renvoyées par l'assemblée ou le gouvernement lorsque celui-ci en a déclaré l'urgence ; en outre, la commission permanente émet des avis sur les textes pour lesquels la consultation de l'assemblée territoriale par l'Etat est prévue.

Je rappelle en premier lieu que l'appréciation de l'urgence doit se faire sous le contrôle du juge administratif : c'est là une première réserve.

Cette consultation ne saurait par ailleurs concerner les avis prévus à l'article 74 de la Constitution, lesquels relèvent de la compétence exclusive de l'assemblée territoriale ; aussi, je vous propose une stricte réserve d'interprétation, afin d'éviter qu'une délégation de pouvoirs soit faite à la commission permanente pour les avis demandés en application de l'article 74 de la Constitution.

Le titre III intitulé "du développement de la Polynésie" comporte un article unique l'article 91 qui crée une commission paritaire de concertation ; il n'appelle aucune remarque particulière.

Il en est de même du titre IV relatif au délégué du gouvernement et à l'action de l'Etat et du titre V consacré aux dispositions budgétaires et comptables qui sont pour l'essentiel reprises de la loi organique du 27 décembre 1994 déjà déclarée conforme à la Constitution.

SUR LE TITRE VI : il est relatif au tribunal administratif de Papeete, et pose des problèmes de constitutionnalité.

Monsieur le Président : Très bien. Poursuivez sur l'article 113, Monsieur le Rapporteur.

(Monsieur FAURE poursuit son rapport)

.../...

Le partage de compétence entre l'Etat, le territoire et les communes est -cette loi en témoigne- complexe, et donne lieu à un contentieux abondant.

Certains jugements du tribunal administratif de Papeete ont fait à cet égard grand bruit. Bien que ces jugements aient la plupart du temps été confirmés en appel, les autorités du territoire ont souhaité que ces litiges soient désormais portés directement devant le Conseil d'Etat.

C'est ce que prévoyait le projet de loi initial. Mais l'Assemblée nationale, dans le louable souci de préserver le double degré de juridiction, a préféré une procédure complexe dont la constitutionnalité est plus que douteuse.

Ce premier alinéa de l'article 113 prévoit que les recours pour excès de pouvoir formés contre les actes pris en application des délibérations de l'assemblée territoriale devront, à peine de forclusion, avoir été introduits dans le délai de quatre mois suivant la publication de la délibération attaquée. Lorsqu'ils présentent à juger une question de répartition de compétence entre l'Etat, le territoire et les communes.

Une telle disposition met à mal le "droit au recours" consacré par le Conseil constitutionnel (cf. par exemple : décision n° 93-325 DC du 13 août 1993) et expressément rattaché à l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la décision du 21 janvier 1994. Aux termes de cet article 16 : "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution". Il n'y a pas en effet de "garantie des droits" sans droit à un juge (ou à un tribunal) devant lequel faire valoir ces droits.

Madame LENOIR : Très bien !

Monsieur le Président : C'est un discours révolutionnaire ! Nous sommes devant la Convention !

(Monsieur FAURE donne la suite de son rapport)

Ce droit au recours ne saurait cependant revêtir un caractère absolu. Il suppose qu'en principe il ne puisse être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction.

La décision du 21 janvier 1994 que je viens de citer a admis qu'était conforme à la Constitution dans le contentieux de l'urbanisme une limitation dans le temps de l'exception d'illégalité tirée de vices de forme ou de procédure des documents d'urbanisme dès lors que l'exception était limitée à certains actes d'urbanisme et, surtout, qu'étaient exceptés les vices de forme et de procédure les plus graves.

.../...

Ici l'atteinte apparaît beaucoup plus grave.

En effet, il suffit que la décision individuelle d'application d'une délibération intervienne plus de quatre mois après la publication de la délibération de l'assemblée pour que le justiciable soit privé de tout droit au recours. Par ailleurs cette forclusion intervient lorsqu'est invoquée la forme d'illégalité la plus grave, l'incompétence.

On comprend certes que le législateur ait souhaité conférer une certaine "stabilité juridique" aux délibérations de l'assemblée territoriale. Mais une telle préoccupation ne saurait justifier une atteinte aussi substantielle au "droit au recours".

Je vous propose en conséquence de censurer cette disposition. J'ajoute que le risque d'une telle censure a été maintes fois évoqué pendant le débat parlementaire. Elle ne surprendra donc guère.

Le deuxième alinéa de l'article 113, qui impose au tribunal administratif de Papeete de solliciter l'avis du Conseil d'Etat sur les questions de partage de compétences, et l'article 114 qui instaure une procédure de consultation du tribunal par les autorités du territoire me paraissent conformes à la Constitution.

Monsieur ROBERT : Je me demande si ce n'est pas un peu pompier de rappeler l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ? Pourquoi ne pas nous borner à invoquer les droits de la défense ?

Madame LENOIR : Je soutiens au contraire cette rédaction. J'étais rapporteur sur la décision de 1994 et je ne vois pas pourquoi nous n'invoquerions pas aujourd'hui l'article 16.

Les droits de la défense, c'est autre chose. Le droit au recours, ou droit à un tribunal, est garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Si nous ne retenions pas ce droit, nous encourrions des condamnations à Strasbourg.

(Monsieur FAURE lit la suite de son rapport sur le titre VII et l'article 115)

SUR LE TITRE VII : il est relatif à l'identité culturelle du territoire et, outre les questions d'organicité déjà examinées, il pose sur le fond des questions de constitutionnalité.

ARTICLE 115 : le premier alinéa de l'article 115 dispose : "le Français étant la langue officielle, la langue tahitienne et les autres langues polynésiennes peuvent être utilisées", rédaction bien maladroite, il faut en convenir :

- que signifie en effet l'expression : "langue officielle" ?

.../...

- les langues polynésiennes "peuvent" être utilisées. Certes. Mais dans quelles situations ? A côté ou à la place du français ?

Une réserve dite "neutralisante" s'impose donc.

Le conseil doit en effet veiller à la conformité de cette disposition avec le premier alinéa de l'article 2 de la Constitution aux termes duquel : "la langue de la République est le français", et donc apprécier la portée de la révision constitutionnelle de 1992.

Les travaux parlementaires sont de peu de secours à cet égard. Cette disposition, on le sait, est le fait, d'un amendement de Monsieur DENIAU et le débat devant les deux assemblées, de caractère très général, révèle seulement la volonté du législateur de mettre un barrage constitutionnel à l'expansion continue de la langue anglaise.

Quant à la décision de notre Conseil du 29 juillet 1994 relative à la loi dite "loi Toubon", elle a pour l'essentiel sanctionné l'inconstitutionnalité, au regard du droit à la libre communication des pensées et des opinions, de l'usage obligatoire de certains termes ou expressions définis par voie réglementaire - un "français officiel" en quelque sorte - dans les services de radio-télévision.

Mais cette décision ne dit pas grand chose sur ce qu'on pourrait appeler "le domaine minimum obligatoire" où l'usage du français, langue de la République, est requis.

Sans doute la "langue de la République" est-elle avant tout celle de tous les citoyens, la langue commune du peuple français et non pas seulement celle des institutions de la République. "La République, tout le monde en est d'accord, ce n'est pas seulement l'administration" a affirmé le ministre de la culture devant l'Assemblée nationale le 3 mai 1994. Mais le nouvel article 2 de la Constitution n'a pas seulement des vertus incantatoires. Il crée de mon point de vue des obligations particulières pour les administrations et les services publics (et ce au sens large du terme : administration de l'Etat et des collectivités locales ; services publics reconnus par la loi et non seulement services publics dits "constitutionnels").

Une autre question se pose : faut-il imposer l'usage du français aux services seuls ou bien également aux usagers ? Le Conseil d'Etat a récemment tranché cette dernière question par l'affirmative :

- arrêt KERRAIN du 10 juin 1991 : les documents adressés à l'administration doivent être rédigés en français sinon l'absence de réponse ne fait pas naître une décision implicite de rejet.

.../...

- arrêt LE DIGOU du 15 avril 1992 : l'administration des postes est en droit de refuser d'acheminer une correspondance dont l'adresse n'est pas rédigée en français.

Je vous propose donc d'admettre que l'usage du français s'impose également aux usagers dans leurs relations avec les administrations et avec les services publics.

Quant aux deuxième et troisième alinéas de l'article 115, ils sont relatifs à l'enseignement des langues polynésiennes dans les écoles maternelles et primaires ainsi que dans les établissements du second degré.

Il convient d'assortir ces dispositions des mêmes réserves d'interprétation que dans la décision DC n° 91-290 sur l'enseignement de la langue corse. Cet enseignement ne saurait revêtir un caractère obligatoire ni soustraire les élèves scolarisés dans les établissements du territoire aux droits et obligations applicables à l'ensemble des usagers des établissements qui assurent le service public de l'enseignement ou sont associés à celui-ci.

Voilà pour l'examen de la loi organique.

(Monsieur FAURE procède à la lecture du projet de décision)

Monsieur AMELLER : Pourquoi mentionner les derniers textes qui ont modifié la Constitution ?

Monsieur le Secrétaire général : Ceci est directement lié à la rédaction retenue sur l'autorité de la chose jugée.

Monsieur le Président : Nous nous prononcerons donc ultérieurement sur l'opportunité de supprimer la mention des lois constitutionnelles.

J'ouvre la discussion sur la rédaction du considérant relatif à l'autorité de la chose jugée.

Monsieur ROBERT : Ce considérant n'est pas nécessaire, pas plus que le suivant ; nous pouvons passer directement à ce qui suit sur le fait qu'il n'y aura pas lieu d'examiner la constitutionnalité des dispositions déjà examinées par le Conseil constitutionnel. Il faut aussi trouver un autre titre à la partie.

Monsieur le Président : Le nouveau titre peut être : "SUR LES PRECEDENTES DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL RELATIVES AU STATUT DE LA POLYNESIE FRANÇAISE" ; nous supprimons donc dans les visas les lois constitutionnelles.

Monsieur DAILLY : Je suis d'autant plus d'accord que je bloquai sur la formule de la page 3.

.../...

Monsieur ROBERT : Sur l'article 40, je souhaite une rédaction plus ferme sur les délégations des pouvoirs de négocier et signer les traités.

Monsieur le Président : La notion de révocation ne figure pas dans le projet.

Monsieur le Secrétaire général : Je comprends l'idée de la réserve de la révocation des pouvoirs, mais je trouve la formule trop brutale.

Monsieur le Président : Nous sommes en train de rajouter à la loi. Restons plutôt à cette rédaction, d'autant que la pratique des relations internationales a ce même effet.

Monsieur ABADIE : Sans revenir sur le point discuté tout à l'heure, sur l'article 28, 13° et 14°, je veux introduire une modification et faire apparaître qu'il y a une différence entre les catégories de bénéficiaires des transactions. Pourquoi ne pas faire apparaître la distinction faite entre les bénéficiaires potentiels ? Ceci permettrait d'éviter de dire que le Conseil constitutionnel n'a pas vu la rupture d'égalité en 1984.

Madame LENOIR : Je vais tout à fait dans le sens de Monsieur ABADIE, car dès lors que l'on soulève l'inconstitutionnalité de l'article, et si l'on veut ménager l'avenir, il faut évoquer la rupture d'égalité entre les Français domiciliés en Polynésie française et les autres.

Monsieur ROBERT : On veut maintenant récupérer l'argument tiré de la rupture d'égalité que nous n'avons pas pris en 1984 ! Nous n'en avons pas besoin.

Monsieur le Président : Nous allons voter sur cette question.

(Tous les membres du Conseil, sauf un (Monsieur AMELLER), votent pour la censure en tant que le droit de propriété est atteint de façon substantielle ; tous les membres, sauf un (Monsieur ABADIE), votent pour le texte du rapporteur sur l'absence de nécessité d'aborder la rupture d'égalité).

Monsieur AMELLER : Je suis contre la censure de la disposition du 25° de l'article 28.

L'auteur de l'amendement est Monsieur HUEST, dont on sait bien qu'il est attaché aux libertés publiques.

Monsieur le Président : C'est un argument que vous avez déjà utilisé concernant Monsieur MAZEAUD !

Monsieur ROBERT : Sur le 4° de l'article 32, je souhaite muscler la réserve, pour bien montrer qu'en aucun cas l'avis n'est décisionnel.

Monsieur DAILLY : Je suis favorable à cet amendement rédactionnel.

Monsieur le Président : Nous en resterons à la rédaction initiale qui est très claire.

Monsieur ROBERT : Sur l'article 113 de la loi organique, je suis simplement réservé sur la mention faite de l'article 16 de la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

Monsieur ROBERT ^{Faire} : Le titre VII relatif à l'identité culturelle touche à la culture de deux façons : par la langue et par la terre (mise en place d'un collège d'experts en matière foncière) !

(Monsieur le Président met au vote le projet de décision sur la loi organique. Le vote est acquis à l'unanimité).

En ce qui concerne en dernier lieu la loi ordinaire, elle ne pose aucun autre problème d'inconstitutionnalité que celui du caractère organique de son article 11 que j'ai déjà évoqué.

Cette disposition doit donc être censurée comme adoptée au terme d'une procédure non conforme à la Constitution.

Voilà, j'en ai fini.

Monsieur le Président : Merci, Monsieur le rapporteur, pour cet excellent rapport. Y-a-il une observation de caractère général ?

Monsieur DAILLY : Pourquoi a-t-on changé de formule dans nos décisions ? Depuis quand ?

Monsieur le Secrétaire général : Ce que le Conseil a voulu éviter depuis 1988 et, systématiquement depuis 1993, c'est d'accorder une sorte de "brevet de constitutionnalité" aux dispositions dont il n'avait pas été expressément saisi. Seul le considérant dit "balai" a été maintenu, aux termes duquel : "il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution".

Le Conseil constitutionnel a renoncé à l'article 2 du dispositif qui déclarait auparavant conformes à la Constitution les autres dispositions de la loi.

Dans ces conditions, il n'y a plus désormais de "brevet de constitutionnalité" décerné par le Conseil constitutionnel.

Je rappelle que s'agissant, notamment, des lois de finances, le Conseil ne peut avoir la certitude, compte tenu des délais dans lesquels il est enserré, d'avoir procédé à un examen exhaustif de la constitutionnalité du texte. Il lui arrive également de vouloir ignorer certains cavaliers budgétaires.

Monsieur ABADIE : Je veux exprimer un regret. Il s'agit de la politique fiscale qui a été abandonnée en 1984 au territoire.

.../...

Cela risque de créer des problèmes constitutionnels... et, à l'avenir, communautaires.

Le Traité de Rome, lui-même, a admis que la politique fiscale relève de la souveraineté de chaque Etat.

Monsieur le Président : Nous allons procéder à la lecture de la décision.

(Monsieur FAURE donne lecture de la décision)

Monsieur AMELLER : Contrairement à notre rapporteur, je considère que l'article 13 n'est pas une règle essentielle d'organisation et de fonctionnement d'une institution propre du territoire.

Madame LENOIR : Dans le contexte actuel, c'est quelque chose qui touche bien à l'organisation des compétences et à la responsabilité de ceux qui exercent ces compétences.

Monsieur FAURE : Finalement, je ne soutiens plus le caractère organique de la disposition en cause. Je me rallie à la position exprimée par Monsieur AMELLER.

(Monsieur le Président soumet le projet de décision au vote. Celui-ci est adopté par 6 voix pour et 2 voix contre : Messieurs AMELLER et FAURE)

(La séance est suspendue à 14 heures. Elle est reprise à 15 h 15)

Monsieur le Président : La parole est à Monsieur ABADIE pour rapporter sur la loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

Monsieur ABADIE : Monsieur le Président, mes chers collègues,

La loi qui nous est déférée a été adoptée par le Parlement le jeudi 28 mars au soir. Nous en avons été saisis par 60 sénateurs le lundi 1er avril dans la soirée. Le Gouvernement souhaitait que le Conseil se prononce rapidement. Il n'a pas déclaré l'urgence conscient de la difficulté pour nous de tenir dans les huit jours du fait du week-end pascal. Mais nous l'avons assuré que nous ferions vite. Cela n'a pas été facile et avec le Secrétaire général et le service juridique, son chef notamment, nous avons dû faire une course contre la montre pour arriver à établir un projet vendredi en fin de matinée, alors que le mardi, nous avons reçu le Secrétariat général du Gouvernement et que des mémoires nous sont parvenus jusqu'à la fin de la semaine. J'adresse donc mes compliments à tous les collaborateurs du Conseil. Le plan que je suivrai sera le suivant :

- quelques mots sur la nature et la structure de la loi ;

.../...

- l'examen des 2 articles spécialement déférés par les auteurs de la saisine, c'est-à-dire les articles 47-87 ;

- l'examen des 2 articles sur lesquels notre attention a été appelée par des contributions officieuses dites de la "porte étroite" ;

- enfin l'examen de 3 articles qui méritaient une analyse plus approfondie car ces articles étaient susceptibles de receler une inconstitutionnalité flagrante.

Nous sommes donc aujourd'hui saisis d'un texte volumineux qui s'est considérablement enflé au cours de la procédure législative, passant de 52 à 99 articles d'inégale importance et d'objet très différent : c'est une "loi du genre" qui modifie jusqu'à 17 codes. Elle comprend avant tout les mesures économiques et fiscales de relance, annoncées par le Gouvernement au début de l'hiver dernier, avant même que d'avoir été votées... et soumises à l'examen du Conseil constitutionnel.

A ces mesures s'ajoute un dispositif tendant à tirer les conséquences de la décision d'annulation du Conseil sur les transmissions d'entreprises. Après avoir tenté d'adopter un amendement qui avait pour objet d'adapter -de manière d'ailleurs discutable- le contenu de l'article 9 de la loi de finances aux exigences posées par le Conseil, le Parlement a finalement retenu une mesure de portée beaucoup plus large sur les transmissions anticipées : donations-partage, donations simples et donations à un enfant unique. J'ai établi un tableau sur ces modifications qui ne soulèvent pas, au demeurant, de problème constitutionnel.

Modification du régime des donations

Elle consiste dans une majoration des taux de réduction des droits associés à ce régime.

		du 1er avril 1996 au 31 décembre 1997		à partir du 1er janvier 1998	
			Taux Actuel		Taux Actuel
moins de 65 ans	Donations-partage et donations aux enfants uniques	- 35 %	- 25 %	- 35 %	- 25 %
		- 35 %	0	- 35 %	0
		- 25 %	0	- 25 %	0
	Donations simples				
65 - 75 ans	Donations-partage et donations aux enfants uniques	- 35 %	- 15 %	- 25 %	- 15 %
		- 35 %	0	- 25 %	0
		- 25 %	0	- 15 %	0
	Donations simples				

Ce ne sont d'ailleurs pas elles qui font l'objet de la saisine qui nous a été adressée le 1er avril par Monsieur Claude ESTIER et soixante autres de ses collègues sénateurs. Ceux-ci soulèvent l'inconstitutionnalité des deux articles 47 et 87-I, relatifs respectivement aux "privatisations par décret" et à "la validation des tableaux d'amortissement accompagnant les offres de prêts bancaires". J'aborderai donc tout d'abord ces deux articles.

L'article 47 a pour objet d'autoriser la privatisation par voie réglementaire d'entreprises appartenant au secteur public, dites de premier rang, c'est-à-dire dans lesquelles l'Etat détient directement plus de la moitié du capital, répondant à certaines conditions de taille et de chiffre d'affaires. Ce faisant il modifie les critères établis en la matière par la loi du 2 juillet 1986 aux termes de laquelle sont approuvés par la loi les transferts au secteur privé de la propriété des entreprises dont l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social ou qui sont entrées dans le secteur public en application d'une disposition législative tandis que relèvent du pouvoir réglementaire le transfert au secteur privé des autres entreprises publiques ou l'ouverture minoritaire du capital d'entreprises de "premier rang".

L'article 47, voté sans modification par les deux assemblées précise que ne relèveront de la loi, outre le transfert des entreprises entrées dans le secteur public au terme d'une disposition législative, que celui des entreprises dont l'Etat détient directement et majoritairement le capital à condition que leurs effectifs (filiales incluses) soient supérieurs à mille personnes ou que leur chiffre d'affaires consolidé avec celui des filiales dépasse un milliard de francs. Inversement, relèveront désormais de l'autorité administrative le transfert au secteur

.../...

privé des entreprises publiques de premier rang, mais à condition qu'elles réunissent les deux critères, c'est-à-dire un chiffre d'affaires inférieur à un milliard de francs et des effectifs inférieurs à mille personnes. Douze entreprises seront concernées :

SOCIETES DETENUES DIRECTEMENT ET MAJORITAIREMENT PAR L'ETAT
DONT LES EFFECTIFS SONT INFERIEURS A 1000 SALARIES ET DONT LE
CHIFFRE D'AFFAIRES EST INFERIEUR A 1 MILLIARD DE FRANCS

	EFFECTIF	CA (1994)
BCEOM, SOCIETE FRANÇAISE D'INGENERIE	460	305
CENTRE MEDICAL DE CURE CLIMATIQUE D'ALTITUDE "LES NEIGES"	177	52
COMPAGNIE FRANÇAISE POUR LE DEVELOPPEMENT DES FIBRES TEXTILES (CFDT)	230	257
COMPAGNIE FRANÇAISE DE NAVIGATION RHENANE (CFNR)	500	373
DCI (ex COGEPAG)	70	24
ORKEM	2	ns
S.A. CESIA	35	21
SCI DU DOMAINE DE GRAND LIEU	3	ns
SEM AMGT ET GESTION DU MARCHÉ D'INTERET NATIONAL DE PARIS LA VILLETTE (SEMVI)	50	ns
SEM AMGT ET GESTION DU MARCHÉ D'INTERET NATIONAL DE REGION PARISIENNE (SEMMARIS)	199	456
SOCIETE FINANCIERE DE RADIODIFFUSION (SOFIRAD)	30	2
SOCIETE CONCESS. FR. POUR CONSTRUCTION ET EXPLOITATION TUNNEL MT BLANC (STRMB)	270	684

Elles ne représentent qu'un effectif total de 2 600 personnes et un chiffre d'affaires de 1,890 milliard de francs alors que l'ensemble des entreprises publiques de "premier rang" regroupe plus d'1,5 million de salariés et a un chiffre d'affaires de 1 276 milliards de francs.

A noter que le paragraphe II de l'article 47 maintient pour les entreprises concernées, par dérogation aux règles normalement applicables aux transferts au secteur privé par voie administrative, la procédure de privatisation dont relèvent les entreprises dont le transfert doit être approuvé par la loi. En particulier, la commission de privatisation devra se prononcer sur la valeur de l'entreprise, et dans le cas des opérations hors marché, sur le choix de l'acquéreur et les conditions de cession. Si une telle exception n'était pas prévue, la procédure

.../...

applicable serait celle instituée par l'article 21 de la loi du 6 août 1986 : déclaration préalable au ministre chargé de l'économie et approbation tacite de ce dernier sans intervention systématique de la commission de privatisation.

Les requérants, prétendant s'appuyer sur la décision du Conseil constitutionnel n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, en déduisent que si aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'impose que le transfert du secteur public au secteur privé obéisse, pour chaque catégorie, à des règles rigoureusement identiques, celles-ci doivent, par contre, être les mêmes dès lors que les opérations en cause s'inscrivent dans le cadre de l'une ou de l'autre de ces deux catégories. Ils estiment que la taille des entreprises ne saurait constituer un critère pertinent et que dès lors qu'une entreprise appartient au secteur public de premier rang, sa privatisation doit ressortir à la compétence de législateur. Cette argumentation ne saurait être accueillie et cet article ne paraît pas poser de problème constitutionnel.

En effet, si aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les transferts de propriété d'entreprises du secteur public ou secteur privé, ceci ne signifie pas que ce soit à la loi d'opérer systématiquement toutes les privatisations d'entreprises. La jurisprudence du Conseil est à cet égard d'une parfaite clarté. Dans sa grande décision sur les nationalisations de 1982 (n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 p. 18) il a explicitement considéré que "si l'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé, il n'impose pas que toute opération de transfert du secteur public au secteur privé soit directement décidée par le législateur mais qu'il lui appartient de poser pour de telles opérations des règles dont l'application incombera aux autorités ou organes désignés par lui. En revanche, sont contraires à la Constitution des dispositions qui attribuent en la matière aux seuls organes des sociétés nationales un pouvoir discrétionnaire d'appréciation et de décision soustrait à tout contrôle et d'une telle étendue que ces dispositions ne satisfont pas aux exigences de l'article 34".

Dans sa décision sur la loi de privatisation de 1986 (n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, p. 61), il a confirmé cette jurisprudence en rappelant que "l'article 34 de la Constitution n'impose pas que toute opération impliquant un transfert du secteur public au secteur privé soit directement décidée par le législateur. Il lui appartient de poser des règles dont l'application incombera aux autorités ou aux organes qu'il désigne sans que puisse cependant être attribué aux seuls organes des entreprises concernées un pouvoir discrétionnaire d'appréciation et de décision soustrait à tout contrôle et d'une étendue excessive". C'est à cette occasion qu'il a précisé qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'impose au législateur de prévoir des modalités de transfert identiques entre les entreprises dans lesquelles l'Etat détient directement

.../...

une partie du capital social et les autres entreprises, y compris celles où la majorité des participations directes ou indirectes appartient à l'Etat ou aux autres personnes publiques.

Mais ce n'est pas parce qu'aucun principe constitutionnel n'impose de prévoir des modalités de transfert identiques pour les entreprises publiques de premier rang et pour les autres et que des règles différentes peuvent donc être établies selon ce critère, que toutes les entreprises appartenant à une catégorie -en l'occurrence les entreprises publiques de premier rang- doivent, elles, être traitées de façon identique comme le soutiennent les requérants. En relevant en 1986 la distinction opérée entre les entreprises publiques de premier rang et les autres, le Conseil se bornait à décrire le mécanisme mis en place par le législateur et n'en tirait aucune conséquence impérative quant à la répartition des privatisations devant être opérées par la loi et celles pouvant l'être par voie réglementaire.

Au contraire, comme l'a à nouveau rappelé le Conseil en 1988 (n° 87-232 DC du 7 janvier 1988), "si l'article 34 de la Constitution attribue compétence au législateur pour fixer les règles concernant "les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé", il ne lui impose, par lui-même, aucune modalité particulière pour la réalisation de ce transfert". Le Conseil a seulement souligné que "dans l'exercice de la compétence qu'il tient de cet article, le législateur ne saurait méconnaître aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle".

Tel ne semble pas être le cas ici. En prévoyant que pourront être transférées au secteur privé par voie réglementaire, des entreprises de premier rang remplissant à la fois des conditions de taille et de chiffre d'affaires et en maintenant pour ces entreprises les procédures applicables aux transferts prononcés par la loi -notamment l'intervention obligatoire de la commission de privatisation-, le législateur a au contraire institué des critères et des règles précis qui ne sont contraires à aucune principe constitutionnel.

J'ajoute qu'il convient de s'assurer qu'aucune des entreprises dont la privatisation par voie réglementaire est envisagée ne constitue un "service public constitutionnel", auquel cas sa privatisation serait impossible, car contraire au 9ème alinéa du préambule de 1946 qui dispose que "Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité". De notre décision des 25 et 26 juin 1986, on peut en effet déduire qu'est interdit le transfert au secteur privé d'une entreprise exploitant un service dont l'existence et le fonctionnement sont exigés par la Constitution. Par précaution, je vous suggère de le mentionner dans une sorte de réserve d'interprétation, destinée au juge administratif.

.../...

Monsieur le Président : Pas d'observations... Bien, Monsieur ABADIE, vous pouvez continuer.

Monsieur ABADIE : L'article 87 a été introduit par un amendement du rapporteur à l'Assemblée nationale. Il a pour objet de valider, sous certaines conditions, les prêts immobiliers consentis jusqu'au 31 décembre 1994 dans la mesure où ils seraient contestés sur le fondement d'un non-respect de l'article L. 312-8 du code de la consommation. Ce dernier, qui résulte d'une codification de l'article 5 de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, a déterminé les indications que doit comporter une offre de prêt immobilier.

Ainsi, en vertu du 2° de l'article L. 312-8, l'offre de prêt doit préciser "la nature, l'objet, les modalités du prêt, notamment celles qui sont relatives aux dates et conditions de mise à disposition des fonds ainsi qu'à l'échéancier des amortissements".

A deux reprises, le ministre de l'économie et des finances a, dans le cadre de réponses à des questions écrites, donné son interprétation de ces dispositions. Mais alors qu'en 1981, il se bornait, en s'en tenant à une application stricte de la loi, à indiquer que le prêteur se devait de préciser pour chaque échéance, le montant du capital amorti, le montant des intérêts à payer pour la période et le montant des primes accessoires, il estimait en 1982 que "sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, le prêteur pouvait se contenter d'indiquer d'une part "le montant global des échéances annuelles ainsi que le montant de la dette en capital de l'emprunteur à la fin de chaque période annuelle et d'autre part, le montant total des intérêts et le montant total des frais accessoires qui auront été payés après complet amortissement".

Certains établissements de crédit ont fondé leur pratique sur cette seconde réponse allant dans le sens d'un allègement de leurs obligations.

Or, cette interprétation a été infirmée par deux arrêts de la Cour de cassation des 16 mars et 20 juillet 1994. La Cour a jugé que l'échéancier des amortissements devait être joint à l'offre préalable et préciser "pour chaque échéance, la part de l'amortissement du capital par rapport à celle couvrant les intérêts". Le second arrêt de la Cour ajoutait que le non-respect de ces dispositions était sanctionné "non seulement par la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur, mais encore par la nullité du contrat de prêt".

Evoquant les risques financiers encourus par le système bancaire du fait de cette jurisprudence, et la "menace" de procès intentés par des emprunteurs aux seules fins de faire annuler leur contrat de prêt ou qui tenteraient de renégocier leurs contrats dans des conditions avantageuses, Monsieur AUBERGER a proposé à

.../...

l'Assemblée un amendement validant les offres de prêts remplissant les critères énoncés par la réponse ministérielle de 1982.

Au cours de la navette, certains se sont émus de ce qui pouvait apparaître comme un cadeau aux banques et un voile pudique jeté sur un préjudice causé à de nombreux petits emprunteurs. C'est ainsi que Monsieur A. RICHARD a soutenu au Sénat une exception d'irrecevabilité, en mettant en outre en cause le manque de transparence et de concertation ayant présidé à l'adoption de la mesure.

Pour sa part, le rapporteur au Sénat, tout en soulignant l'importance des sommes financières en jeu -plus de 2 000 milliards de francs- sans toutefois en apporter la preuve, a souligné deux difficultés :

- la première tenant à la rédaction retenue par l'Assemblée nationale qui aurait été inopérante en ce qu'elle visait des échéances annuelles alors que les prêts à la consommation ou au logement ne comportent pas cette périodicité ;

- la seconde, surtout, résultant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et qui devait conduire à s'interroger sur le motif d'intérêt général d'une telle validation : l'intérêt du système bancaire pouvant-il lui être assimilé ?

Aussi bien, la commission des finances et le Sénat à la suite ont-ils préféré rejeté l'article non sur le fond, définitivement, mais afin de trouver au cours de la commission mixte paritaire une rédaction convenable.

Réunie le 27 mars dernier, la commission mixte paritaire a adopté un article disposant que, sous réserve des décisions passées en force de chose jugée, les offres de prêts émises avant le 31 décembre 1994 -date à laquelle les banques avaient pu prendre connaissance et tiré les conséquences des arrêts de la Cour de cassation- sont réputées régulières dès lors qu'elles ont indiqué le montant des échéances de remboursement du prêt, leur périodicité, leur nombre ou la durée du prêt ainsi, le cas échéant, que les modalités de leurs variations. Dans un paragraphe II, l'article précise qu'en revanche, à l'avenir, l'offre de prêt comprendra un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts, cette disposition ne concernant toutefois pas les prêts à taux variables.

A l'appui de leur saisine, dirigée contre le seul I de l'article 87, les sénateurs socialistes soulèvent plusieurs motifs d'inconstitutionnalité.

Tout d'abord, cet article porterait une grave atteinte au principe de la séparation des pouvoirs : non seulement il conduirait au rejet de la plupart des recours actuellement

.../...

pendant devant la juridiction judiciaire, mais il interdirait aux justiciables s'estimant lésés par une mauvaise application de la loi de 1979, de faire valoir utilement leurs droits devant la juridiction judiciaire. L'intervention du législateur contreviendrait au surplus aux articles 6-1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme qui disposent notamment que "lorsqu'un tribunal est saisi d'un litige qui oppose un individu à l'Etat à propos de droits et obligations de caractère civil, le législateur ne peut intervenir pour résoudre ce conflit spécifique et empêcher les tribunaux d'exercer effectivement leurs fonctions".

En second lieu, l'article 87 porterait atteinte au principe de non-rétroactivité des sanctions pénales et des sanctions ayant le caractère d'une punition, d'une part parce que les sanctions pénales prévues par la loi de 1979, lorsque le prêteur ne l'a pas respectée, ne pourront pas être appliquées ; d'autre part parce que la déchéance du droit aux intérêts -véritable peine selon les requérants- ne pourra pas être prononcée par le juge du fait de la validation.

En troisième lieu, et je souligne d'emblée qu'il s'agit là du grief le plus susceptible de retenir l'attention, l'article 87 procéderait à une validation ne reposant sur aucun motif d'intérêt général : les conséquences dommageables pour les banques qui justifieraient l'intervention de la mesure seraient loin d'être établies. D'ailleurs, à supposer même qu'elles le soient, il faudrait qu'elles prennent des proportions telles qu'elles affectent l'ensemble du système bancaire. Or si celui-ci connaît des difficultés, elles ne sont pas dues aux prêts immobiliers.

En définitive, ce n'est nullement un intérêt général particulièrement digne d'intérêt que le législateur cherche à défendre, mais des intérêts particuliers qui ne concernent même pas l'ensemble de la profession bancaire, concluent les requérants sur ce point.

Enfin, ils invoquent de "multiples atteintes au principe d'égalité" ; d'une part entre les usagers, selon qu'ils ont bénéficié ou non d'une "application complète" de la loi, ou selon qu'ils ont souscrit un contrat de prêt avant le 1er janvier 1995 ou qu'ils en souscriront un à l'avenir ; d'autre part entre les établissements bancaires eux-mêmes, selon qu'ils ont ou non respecté la loi, ce qui revient à sanctionner indirectement ceux qui s'y sont conformés.

Un certain nombre de ces arguments ne méritent guère qu'on s'y attarde. Il en va ainsi de ceux relatifs à la séparation des pouvoirs. On sait que, dans une décision de 1980, le Conseil a considéré que pour peu qu'il ne soit pas porté atteinte aux décisions des juridictions elles-mêmes -et cette condition est respectée-, le législateur pouvait, par la voie de dispositions rétroactives, et pour des motifs d'intérêt général -nous y

.../...

reviendrons-, modifier les règles que le juge a pour mission d'appliquer. Quant aux articles de la Convention européenne des droits de l'homme, ils sont doublement inapplicables. D'une part, le Conseil a maintes fois jugé qu'il ne lui appartenait pas d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un accord international et la Convention n'a pas valeur constitutionnelle ; d'autre part, à supposer même qu'on lui reconnaisse une telle valeur et que le Conseil se reconnaisse compétent pour examiner la conformité d'une loi à ses stipulations -ce qui n'est certes pas dans mes intentions-, le moyen des requérants serait sans portée car il ne s'agit pas ici d'un litige opposant des individus à l'Etat, mais des personnes privées entre elles.

Il en va également ainsi du moyen tiré de la méconnaissance de la règle de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Ce moyen manque en fait. D'une part l'article 87 n'a pas pour objet de faire rétroagir des sanctions pénales. A supposer même qu'on entre, par hypothèse d'école, dans la logique des requérants, l'article aurait un effet exactement inverse puisqu'il conduirait à ce que les sanctions "pénales" -pour les banques qui n'ont pas fourni d'échéancier- ou "civiles" -la déchéance du droit aux intérêts- -mais je répète qu'il ne s'agit pas de cela ici- ne puissent plus être prononcées.

Il en va ainsi enfin du traditionnel moyen relatif à l'atteinte au principe d'égalité.

Le Conseil a maintes fois déjà écarté un tel moyen, présenté à l'encontre de dispositions rétroactives (décisions n° 86-223 DC du 29 décembre 1986 ; n° 87-228 DC du 26 juin 1987 ; n° 88-250 DC du 29 décembre 1988). Il est, en effet, de la nature même de telles dispositions que soient traités différemment ceux dont les litiges ont été tranchés par les juridictions avant l'intervention du législateur, et ceux dont les instances sont encore pendantes ou n'ont pas été introduites. Il y va du respect de l'interdiction faite au législateur de censurer les décisions des juridictions et d'enfreindre la séparation des pouvoirs.

Quant aux autres atteintes au principe d'égalité, dont je vous rappelle qu'il n'interdit pas les différences de traitement par le législateur pourvu qu'elles soient en rapport direct avec l'objet de la loi, il résulte ici nécessairement de l'objet même de la loi, d'une part que les emprunteurs qui n'ont pas bénéficié au moment de l'offre de prêt des dispositions relatives à l'échéancier des amortissements se trouveront placés dans la même situation que ceux qui en ont bénéficié, d'autre part que les banques se trouveront au regard de ces dispositions dans la même situation qu'elles les aient ou non respectées.

Reste le problème de l'intérêt général.

Comme je le soulignais à l'instant, le principe de séparation des pouvoirs qui interdit au législateur de censurer les décisions des juridictions, de leur adresser des injonctions et de se

.../...

substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence ne s'oppose pas à ce que, dans l'exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions rétroactives, le législateur modifie les règles que le juge a mission d'appliquer, à condition qu'il le fasse pour des motifs d'intérêt général.

Ces considérations sont à la base de la jurisprudence relative aux validations législatives, le motif d'intérêt général constituant un élément indispensable à la "validité de la validation".

Encore faut-il vérifier la légitimité de l'intérêt général en cause. On sait qu'en ce domaine, le Conseil s'est montré d'une particulière prudence et s'est longtemps interdit de qualifier l'intérêt général.

Il a toutefois estimé que le seul intérêt financier de l'Etat ne saurait constituer en lui-même un intérêt général propre à justifier une validation. C'est ce qui ressort clairement de la décision du 28 décembre 1995 sur la loi de finances pour 1996 (n° 95-369 DC). En l'espèce, vous vous en souvenez, le Conseil a déclaré contraire à la Constitution un article validant des titres de perception d'une redevance versée au budget annexe de l'aviation civile dans le seul intérêt financier de ce dernier -l'équilibre du budget annexe n'étant en tout état de cause pas menacé-, en considérant qu'il ne répondait pas à un but d'intérêt général : "eu égard aux sommes concernées et aux conditions générales de l'équilibre financier du budget annexe de l'aviation civile qui n'étaient pas susceptibles d'être affectées en l'espèce, la seule considération d'un intérêt financier lié à l'absence de remise en cause des titres de perception concernés ne constituait pas un motif d'intérêt général autorisant le législateur à faire obstacle aux effets d'une décision de justice déjà intervenue et le cas échéant d'autres à intervenir".

Mais, dans le cas présent, il ne s'agit pas d'une validation d'un acte administratif, mais d'un document de nature contractuelle, au demeurant de droit privé. La disposition législative contestée peut donc s'apparenter à une modification de contrats en cours. Or, là encore, un motif d'intérêt général est requis, comme l'a jugé le Conseil en 1989 (n° 89-254 DC, 4 juillet 1989).

"En inscrivant la sûreté au rang des droits de l'homme, l'article 2 de la Déclaration de 1789 n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution" (n° 89-254 DC, 4 juillet 1989, cons. 12, p. 41). Le Conseil s'est également appuyé sur le fait que des lois avaient pu, antérieurement à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946, fixer pour des motifs d'intérêt général des règles s'appliquant à des contrats en cours, pour considérer que la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait

.../...

être regardée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République (ibid, cons. 13).

Plus récemment, à l'occasion de l'examen de la loi sur l'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, le Conseil a estimé qu'il est loisible au législateur de "modifier, d'abroger et de compléter des dispositions qu'il a antérieurement prises, dès lors qu'il ne méconnaît pas des principes ou des droits de valeur constitutionnelle et il a considéré que le fait que de telles modifications entraînent des conséquences sur des conventions en cours conclues en application de dispositions législatives antérieures n'est pas en lui-même de nature à entraîner une inconstitutionnalité", mais il a pris soin de rappeler que le législateur doit agir "dans un but d'intérêt général" (n° 94-358 DC, 26 janvier 1995).

Dans le cas qui nous est soumis à travers l'article 87, nous devons nous demander si l'intérêt financier du système bancaire qu'il convient d'apprécier - combien de contrats sont concernés ? Quelle est l'ampleur véritable des sommes en jeu ? - est ou non constitutif d'un intérêt général. A cette première question, à laquelle il est difficile d'apporter une réponse positive, quand on sait que l'intérêt financier de l'Etat lui-même n'est pas constitutif en tant que tel d'un intérêt général, il faut en adjoindre une seconde sur les conséquences potentielles de la jurisprudence de la Cour de Cassation. Sont-elles de nature à porter atteinte à l'intérêt général, en mettant en cause l'équilibre économique du système bancaire dans son ensemble et partant, en nuisant au système de crédit au logement des particuliers ? Le Gouvernement et le législateur le soutiennent : "Ce n'est pas seulement la menace pesant sur les établissements de crédit qui nous a déterminés à agir, mais plutôt celle pesant, par voie de conséquence, sur les futurs emprunteurs (a déclaré le rapporteur du Sénat). Les établissements auraient vu, en effet, leurs actifs dégradés par les agences de notation et auraient dû provisionner les risques d'annulation des prêts et du remboursement des intérêts. Risque réel puisque ces établissements n'ont pas, pour la plupart, respecté la loi telle que l'a interprétée la Cour de cassation, et que l'encours de crédit au logement des particuliers était de 2 153 milliards de francs en septembre 1995. Il est évident que des emprunteurs, pas nécessairement parmi les plus modestes, se seraient engouffrés dans la brèche pour échapper au paiement de leurs intérêts. Ce risque aurait été payé par les accédants à la propriété de demain : "l'intérêt général commandait donc d'agir", a conclu Monsieur LAMBERT.

Interrogé par votre rapporteur, le Gouvernement lui a fourni une fiche, dont vous avez eu copie, présentant, en termes parfois apocalyptiques, les risques que ferait courir l'absence de validation pour l'économie du pays. Les ménages, informés de la question par la publicité donnée aux travaux parlementaires risqueraient de multiplier les contentieux, même après

.../...

remboursement des emprunts, pour peu que le délai de prescription ne soit pas écoulé (5 ans).

A noter, pour aller dans ce sens, que l'important différentiel de taux d'intérêt entre ceux pratiqués actuellement et ceux auxquels ont emprunté bon nombre de particuliers il y a quelques années, ne peut qu'inciter ces derniers à engager des contentieux. Diverses officines spécialisées se proposent, semble-t-il, d'ores et déjà de les y aider.

Il est tout cas de mon devoir de vous communiquer les chiffres avancés :

- 9 millions d'emprunteurs sont potentiellement concernés ;

- le montant des intérêts pouvant être mis en cause est de 2 200 milliards ; ce dernier chiffre est à rapprocher du chiffre d'affaires annuel de toutes les banques : 350 milliards de francs et de leur résultat net : 4 à 15 milliards par an ;

- enfin, même si le risque de contentieux ne portait que sur 10 % des contrats en cours, cela entraînerait la mise en faillite de presque toutes les banques, car elles sont entre elles liées par le marché interbancaire.

Certes, on peut légitimement avoir quelques doutes sur la portée réelle des quelques décisions de justice intervenues jusqu'à présent. Il n'est par exemple pas certain que cette jurisprudence soit confirmée ; seule la lère chambre civile de la Cour de cassation s'est à ce jour prononcée. Il n'est pas certain non plus, contrairement aux propos alarmistes tenus ici ou là, qu'autant d'emprunteurs se lanceraient dans des contentieux nécessitant des montages juridiques complexes, pour reconventionner leurs prêts.

Mais nous n'avons pas, au Conseil constitutionnel, les moyens et la compétence pour contester ces chiffres et leurs conséquences et aucune étude les contredisant ne nous a été fournie, même par les saisissants. Nous ne sommes donc pas fondés à en douter et nous devons bien tenir compte des observations du Gouvernement, notamment des observations officielles, qui seront publiées au Journal officiel. En termes juridiques, une fois l'intérêt général constaté, il ne nous appartient pas d'apprécier l'adéquation de la mesure prise -la validation- à l'intérêt général en cause, sauf erreur manifeste d'appréciation.

Enfin, nous devons tenir compte, d'une certaine bonne foi dans la façon dont les banques ont appliqué la loi.

L'intention du législateur a légitimement pu paraître peu claire aux parties en présence. En effet, la loi de 1979 (article L. 321-8 du code de la consommation) dispose que "l'offre de prêt... précise les modalités du prêt relatives... à l'échéance

.../...

des amortissements", sans plus. Dans deux réponses ministérielles, d'ailleurs contradictoires, le Gouvernement a tenté d'apporter des précisions, au demeurant peu applicables car elles méconnaissent la structure habituelle des prêts immobiliers. On conçoit que les banques aient pu "errer" et se soient appuyées sur l'interprétation la plus favorable, de surcroît donnée par l'administration. La validation de cette interprétation, à laquelle procède l'article 87, s'inscrit donc dans un contexte particulier, et on peut considérer qu'il y va de l'intérêt général d'empêcher la multiplication des contentieux fondés sur la méconnaissance d'une loi ayant donné cours à des interprétations divergentes. D'ailleurs, on doit souligner que le dispositif adopté valide les seules offres de prêt ayant été assorties d'informations pertinentes sur le montant des échéances de remboursement du prêt, leur périodicité, leur nombre ou la durée du prêt et, le cas échéant, les modalités de leurs variations. Ainsi, d'éventuelles irrégularités sur le calcul du coût total du crédit, sur le volume des intérêts ou sur le niveau du taux effectif global ne sont bien évidemment pas couvertes. En outre, et il convient de s'en féliciter, le II de l'article 87 -qui ne nous est pas déféré- consacre clairement, pour l'avenir, la jurisprudence de la Cour de cassation. Pour l'ensemble de ces raisons, je vous suggère d'admettre la constitutionnalité de cet article, mais en prenant bien soin de souligner que nous n'avons pas un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement et qu'il ne nous appartient pas, sauf erreur manifeste d'appréciation, de nous prononcer sur l'effectivité des risques économiques qu'engendrerait l'absence de validation.

Monsieur le Président : Je vous remercie pour cet exposé très complet. Qui veut ouvrir le débat ? Madame LENOIR ?

Madame LENOIR : Je ne reprendrai pas tout ce qui a été dit mais on oublie que les arguments catastrophistes qui sont avancés trahissent une certaine gêne. Il s'agit de réduire à néant une jurisprudence d'une juridiction "raisonnable" qui a pris sa décision en deux temps en mars et en décembre. C'est seulement en décembre qu'elle a attaché à sa jurisprudence la conséquence de la nullité des prêts.

J'observe qu'alors on vient, dans la décision sur la Polynésie, d'affirmer le droit au recours, on prive ici par une validation la portée même de ce droit au recours.

Il a fallu deux ans aux banques pour se "réveiller", c'est surprenant. De plus, tous les organismes de crédit n'ont pas eu ce comportement, par exemple, ce n'est pas le cas de "La Poste". En outre, le débat parlementaire a été curieux : amendement d'un parlementaire et non du Gouvernement, sagesse de ce dernier sur l'amendement, rejet dans un premier temps au Sénat....

Enfin, ce que vous proposez est surprenant et novateur au regard de notre jurisprudence sur les validations : on admettrait pour

.../...

la première fois une validation des actes de droit privé, de nature contractuelle. J'ajoute que notre jurisprudence de décembre 1995 sur la loi de finances, à votre rapport, ouvrait d'autres perspectives sur l'intérêt général.

Il s'agit simplement ici de satisfaire le système bancaire. Or, les banques ne peuvent pas jouer sur tous les tableaux : les avantages de la privatisation et l'intervention du législateur pour les préserver contre le moindre risque.

D'ailleurs si les particuliers arrivent à renégocier leurs prêts, cela ne pourra qu'encourager au développement de la consommation, ce qui va dans le sens de la loi DDOEF !

Quant aux réponses ministérielles, contradictoires de surcroît, tout le monde sait leur absence de valeur juridique.

Je suis donc hostile à la validation et favorable à une censure de l'article 87-I.

Monsieur ROBERT : Je comprends les scrupules de Monsieur ABADIE, mais je n'ai pas été entièrement convaincu par sa démonstration. Certes les trois premiers arguments des saisissants ne valent rien. Mais pour l'intérêt général, nous n'avons aucune preuve. Nous n'avons que les arguments qui nous sont donnés à l'appui des thèses gouvernementales. Nous sommes dans le brouillard. Nous sommes en face de deux décisions successives de la Cour de cassation que nous devons sérieusement prendre en considération. On ne doit pas se laisser intoxiquer par des chiffres catastrophistes énoncés sans preuve.

Monsieur DAILLY : Je comprends la gêne de Madame LENOIR mais j'approuve les conclusions de notre rapporteur. Le système bancaire vient d'échapper à un krach général grâce à la sagacité du Président du tribunal de commerce de Paris et la faillite d'Eurotunnel est également susceptible de conduire à des conséquences dramatiques pour le système bancaire. C'est pourquoi l'ancien Président du Conseil constitutionnel, Monsieur BADINTER, a dû être désigné comme mandataire ad hoc ! Nous ne devons donc pas raisonner en dehors des faits, des réalités. Il y a un risque, tout le monde est d'accord, mais ce qu'on ne connaît pas, c'est son ampleur. Doit-on aller ici contre la volonté des élus du peuple ou se ranger à deux décisions d'une juridiction aussi haute soit-elle ? J'ai ici l'impression que l'intérêt général est bien en cause.

Monsieur AMELLER : Je partage entièrement l'avis de Monsieur DAILLY et je remercie le rapporteur de son exposé. C'est bien ici l'intérêt de la Nation qui est en jeu. N'ajoutons pas la panique bancaire à la panique de la vache folle.

Monsieur ROBERT : Il ne faut pas s'appuyer sur des scandales passés. Ce n'est pas à nous, tout de même, de prendre en compte les erreurs des banques pour justifier une telle mesure !

.../...

Monsieur AMELLER : Si on nous qualifie de "sages", c'est justement de prendre ce genre de risques en compte.

Monsieur FAURE : J'ai écouté le rapporteur avec intérêt et j'ai apprécié son exposé nuancé. Au point de la discussion et en tenant compte des informations apportées par notre collègue DAILLY, le devoir nous commande de suivre le rapporteur.

Monsieur CABANNES : Je souscris sans réserve aux conclusions du rapporteur qui a fait une bonne analyse.

La Cour de cassation n'est pas juge de l'intérêt général mais de l'ordre public. Il s'agit d'ailleurs d'une jurisprudence de la 1ère chambre civile, chambre non spécialisée en la matière. Nous ne devons pas prendre le risque de refuser la validation décidée par le législateur.

Monsieur le Président : J'ai également éprouvé un certain gêne en étudiant ce dossier. En définitive, nous devons seulement nous demander si le texte qui nous est déféré est conforme à la Constitution. A partir de là, bien des arguments militent dans le sens de la censure. On a bien le sentiment qu'il s'agit ici de répondre aux préoccupations du secteur bancaire... Mais il est clair que toute la question est celle de l'intérêt général et de savoir si les conséquences de la décision de la Cour de cassation comportent des risques pour l'intérêt général.

Or, les informations dont nous disposons ne nous donnent pas une certitude quant à la réalité des risques encourus. Et nous n'avons pas les moyens de le savoir plus. S'il y a doute, et c'est le cas, il doit ici bénéficier au législateur. A moins qu'on puisse retarder notre décision...

Monsieur le Secrétaire général : La saisine date du 1er avril, notre prochaine réunion du 3 mai est trop éloignée pour qu'on puisse y inscrire cette affaire.

Monsieur le Président : Bien, nous allons procéder à un vote sur le sens de la décision.

La proposition du rapporteur recueille six voix pour, 1 voix contre (Madame LENOIR) et 1 abstention (Monsieur ROBERT).

Madame LENOIR : C'est un cas où nous pourrions utilement entendre les parties pour nous faire une opinion.

Monsieur le Président : Peut-être avez-vous raison. Mais dans le cas présent, ce n'est pas possible. Monsieur ABADIE, pouvez-vous donner lecture de la décision ?

(Monsieur ABADIE lit le projet de décision et s'arrête à la fin de l'article 47)

.../...

Monsieur AMELLER : Je suis un peu gêné par la formule "services "exigés" par la Constitution". Est-ce une formule habituelle ?

Monsieur le Secrétaire général : Oui, on la trouve déjà dans la décision de 1986.

Monsieur le Président : Bon, on la conserve. Qui est pour le projet de décision sur cet article ?

(Il est adopté à l'unanimité)

(Monsieur ABADIE reprend la lecture jusqu'à la fin de l'article 87)

Monsieur ROBERT : Sommes-nous forcés de dire qu'il n'y a pas "d'effectivité" des risques ? Tout le débat repose sur cette question.

Madame LENOIR : Je propose de remplacer le mot "effectivité" par celui d'importance.

Monsieur FAURE : Ne vaudrait-il pas mieux écrire : "qu'il aurait "pu" entraîner des risques" ?

Monsieur ABADIE : Non, la formule de Monsieur FAURE affaiblit notre démonstration.

Monsieur DAILLY : Qu'il "entraînerait" plutôt qu'"aurait entraîné".

Monsieur ABADIE : Je propose de mettre "activité économique générale" et de substituer "risques considérables" à "risques importants" ainsi que "l'importance" à "l'effectivité" des risques encourus.

Monsieur le Président : C'est à la fois du "Salomon" et du "Ponce-Pilate"...

Qui est pour le projet de décision, sous réserve d'autres inconstitutionnalités soulevés d'office... mais il ne semble pas que ce soit le cas ?

(Le projet est adopté par 6 voix contre une (Madame LENOIR) et une abstention (Monsieur ROBERT))

Monsieur ABADIE : Voyons maintenant les 2 articles signalés par des contributions officieuses. Nous n'avons pas bien sûr à évoquer de telles contributions dans notre décision. Nous n'aurions à soulever d'office des articles que si leur inconstitutionnalité était flagrante. Ce n'est pas le cas.

a) les articles 89 à 92 sur l'urbanisme commercial

.../...

La question a défrayé la chronique et si le Président du conseil national du commerce a adressé au Conseil un volumineux dossier sur le sujet, il ne m'a pas paru que les articles 89 à 92, relatifs à l'Urbanisme commercial encourent la censure du juge constitutionnel. En effet, la liberté d'entreprendre est une liberté, on le sait, susceptible d'être réglementée. Le juge constitutionnel n'accepterait évidemment pas une interdiction générale, absolue et définitive. Mais il ne s'agit pas ici de cela. L'article 89, pour une durée de six mois, tend tout d'abord à ramener à 300 m² (contre 1 000 m² ou 1 500 m² actuellement) le seuil au-delà toute création de magasin -construction nouvelle ou transformation- est soumise à autorisation. Il a en second lieu pour objet de geler les demandes d'autorisation pour les opérations concernées. Contrairement à ce qu'une lecture hâtive du mémoire du Conseil national du commerce pourrait laisser croire, cette disposition ne s'applique pas à l'interdiction "pure et simple, générale et absolue de créer un commerce dès lors qu'il occuperait une superficie supérieure à 300 m²". D'abord le gel est limité dans le temps, ensuite il ne concerne que le commerce de détail, enfin et surtout il laisse toute latitude à la liberté d'entreprendre en dessous de 300 m².

Quant au 2° de l'article 89, il ne peut être sérieusement contesté puisqu'il se borne, là encore pour six mois, à aménager le régime d'autorisation préalable en ce qui concerne les extensions de magasins -toute extension de plus de 300 m² sera soumise à autorisation de la commission départementale de l'équipement commercial- et à l'élargir aux changements de secteur d'activité d'un commerce de détail de plus de 300 m² ou de tout magasin non-alimentaire de plus de 1 500 m². L'atteinte à la liberté d'entreprendre, d'ailleurs de portée plus limitée, peut aisément être justifiée par des considérations d'intérêt général dont le législateur a voulu tenir compte : lutter contre la disparition du petit commerce, la désertification, préserver le tissu urbain aussi bien que rural etc...

Monsieur AMELLER : Et sur le droit de propriété ?

Monsieur ABADIE : Mais il n'est pas atteint, le mémoire en parle mais développe en fait le seul problème de la liberté d'entreprendre.

Monsieur le Président : Bien, d'autres problèmes ?

Monsieur ABADIE :

b) L'article 57

Il tend à valider une ordonnance du président du tribunal administratif de Limoges désignant les membres de la commission d'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique de la section Arveyres-Saint-Julien-Puy-Lavèze de l'autoroute A 82, ce qui représente une distance totale de 288 kms. Cette ordonnance -dont je vous rappelle qu'il s'agit d'un acte administratif et

.../...

non juridictionnel- est en effet entachée d'incompétence car le code de l'expropriation prévoit que la désignation des membres de la commission est de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel doit prendre place la plus grande partie de l'ouvrage. En l'espèce, il s'agissait du tribunal administratif de Bordeaux mais si le président du tribunal administratif de Limoges a été conduit à se prononcer, c'est qu'il a été saisi par le préfet de la Corrèze, dont le département accueillera la plus grande partie de l'ouvrage. Voici un exemple des conséquences d'un certain enchevêtrement des ressorts de compétences entre les juridictions, les départements et les régions.

Monsieur le Président : Je suis sensible à cette affaire. On attend depuis tellement longtemps la construction d'une telle autoroute... mais ne se substitue-t-on pas à la juridiction d'appel ?

Monsieur ABADIE : Non, elle n'est pas encore saisie... mais il y a un risque qu'elle le soit...

Monsieur le Président : Bon, vous pouvez poursuivre. De toute façon, nous se souleverons pas d'office un tel article.

Monsieur ABADIE : J'en viens maintenant aux derniers développements de ce rapport. Ils concernent 3 articles dont on pouvait se demander légitimement s'ils ne recelaient pas des inconstitutionnalités flagrantes. Ma réponse est négative, mais comme des fiches ont été fournies à leur sujet, à ma demande, par le Gouvernement et que vous les avez eues, j'en parlerai mais le plus brièvement possible.

a) L'article 3 a pour effet de permettre aux sociétés civiles professionnelles d'opter pour l'impôt sur les sociétés alors que leurs membres étaient jusqu'alors imposables à l'I.R., c'est-à-dire de passer d'un impôt progressif à un impôt proportionnel. On pourrait s'interroger sur une telle faculté au regard de notre jurisprudence CSG (N) 93-320 DC du 21 juin 1993) dont on peut déduire que l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen impose que ne soit pas remis en cause le caractère progressif du montant de l'imposition globale du revenu des personnes physiques. Mais on peut considérer que l'imposition globale sur le revenu de ces personnes groupant l'impôt sur le revenu personnel initial et leur part d'impôt sur les sociétés reste bien progressive.

Il n'y a donc pas lieu de soulever d'office cette question, que nous pourrions bien avoir à connaître de nouveau, lors d'une modification de notre système fiscal.

Monsieur CABANNES : Il s'agit, si je comprends bien, de questions que vous vous posez à vous-même et auxquelles vous apportez vos propres réponses.

.../...

Monsieur ABADIE : Certes, mais je le dis, nous aurons à en reparler.

b) L'article 71, adopté subrepticement par amendement au Sénat, au petit matin et sans débat, vise à valider les titres de perception afférents aux droits de voirie prévus à l'article L. 2213-6 du code général des collectivités territoriales -il s'agit de droits ayant pris la succession d'un droit sur les balcons et constructions en saillie- émis avant l'entrée en vigueur de la loi par les communes, pour peu qu'ils n'aient pas fait l'objet de décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée.

Dans la pratique, il s'agirait de valider des titres de perception émis par quelques villes, et surtout celle de Paris pour laquelle leur probable annulation entraînerait un manque à gagner d'environ 200 millions de francs, si bien sûr tous les intéressés intentaient une action.

Un contentieux est actuellement pendant devant la juridiction administrative mais son issue laisse peu de doutes dans la mesure où le Conseil d'Etat dans un arrêt du 5 mai 1993 -commune de Montrouge c/social- a considéré qu'une commune ne peut pas assujettir à des droits de voirie le propriétaire d'un immeuble en raison de façades et de baies qui n'empiètent pas sur la voie publique.

Quoiqu'il en soit, la validation proposée répond bien à un intérêt général qui est de ne pas prendre de retard, pour des raisons de procédure, dans l'échéancier de la construction de l'autoroute. En outre, il est à souligner que la désignation du président du tribunal administratif de Limoges n'a pas nui au but de la procédure prévue par le code de l'expropriation qui est de traiter équitablement les régions concernées. Il a en effet désigné deux commissaires-enquêteurs par département. A noter surtout que l'article 57 se limite à valider l'ordonnance en tant que sa légalité serait mise en cause pour incompétence de son auteur. Sur le fond, elle reste bien évidemment attaquable. Il ne s'agit donc pas, par ce biais, de passer outre le contrôle du juge sur un tel acte.

L'article 71 vise donc à valider les titres de perception pour des raisons tirées du seul intérêt financier de la collectivité locale concernée et, pour élevé qu'il soit, le montant sur lequel est susceptible de porter les contentieux ne constitue toutefois qu'une faible part des recettes de la ville en question. On peut donc s'interroger sur le motif d'intérêt général d'une telle validation. Toutefois cet article n'est pas contesté et l'ampleur des sommes en jeu n'est, dans l'absolu, pas négligeable. On peut considérer que "l'intérêt général" réside dans la difficulté et le coût d'opérer des restitutions sur les 4 dernières années à une multitude de copropriétés ou de propriétaires de sommes souvent minimes et d'effectuer, sur des états individuels dressés entre 1926 et 1974, un recensement immeuble par immeuble de ce qui relève des empiètements sur la voie publique et de ce qui

.../...

relève des saillies et de retrouver les ayants-droits. Aussi bien ne vous proposerai-je pas de soulever d'office l'inconstitutionnalité de cet article.

c) Il en va de même, enfin, en ce qui concerne l'article 77 qui a pour objet de résoudre les difficultés d'ordre juridique relatives à la répartition du produit de la contribution sociale de solidarité à la charge des sociétés et notamment de valider la répartition opérée de 1980 à 1994.

Le produit de la contribution sociale de solidarité était initialement réservé aux seuls régimes d'assurance maladie et vieillesse des artisans, commerçants et professions libérales.

Les arrêtés de répartition pris jusqu'à 1991 ont désigné comme bénéficiaires diverses caisses : la CANAM, la CANCAVA, l'ORGANIC, etc..., en fonction de leurs besoins de trésorerie.

La totalité de la contribution n'étant pas distribuée, une réserve s'est progressivement constituée, qui atteignait à la fin de 1991 10 milliards de francs.

La loi de finances pour 1992 a élargi le champ des bénéficiaires à d'autres régimes sociaux, notamment le BAPSA.

Ce dernier régime et la CAMAVIC ont effectivement bénéficié des répartitions de 1992 et 1993. Toutefois, ces répartitions ont été établies avec l'objectif prioritaire d'apurer les déficits comptables des régimes qui avaient bénéficié de la contribution jusqu'en 1991.

Or, la répartition pour les années 1980 à 1986, effectuée par deux arrêtés interministériels pris en 1987 et 1988, a été annulée par le tribunal administratif de Paris, par un jugement en date du 4 juillet 1990, au motif que les décrets relatifs à la CSSS ne fixaient aucun critère de répartition, contrairement à la lettre de la loi.

Un décret du 19 décembre 1991 a alors réparti directement le produit de la contribution pour les exercices 1980 à 1991, reprenant la répartition annulée pour les années 1980 à 1986. Mais un arrêt du Conseil d'Etat a annulé ce décret, considérant qu'il avait été pris "sans qu'aient été préalablement édictées les dispositions réglementaires [relatives au mode de répartition] et sans faire figurer le régime d'assurance vieillesse des professions libérales parmi les bénéficiaires".

Le Gouvernement a alors, par un décret du 9 décembre 1993, prévu une affectation prioritaire du produit de la CSSS à la couverture des déficits comptables des régimes qui en avaient bénéficié avant le 31 décembre 1991 (CANAM, ORGANIC et CANCAVA) puis une attribution du solde éventuel aux autres régimes des non salariés au prorata des acomptes de compensation démographique perçus pour l'année en cours (régimes de retraite des cultes et des

.../...

agriculteurs). Ces règles ont été appliquées pour les années 1992 à 1994.

Mais à nouveau, dans un arrêt rendu le 9 décembre 1994, le Conseil d'Etat a partiellement annulé ce décret au motif qu'"il ne pouvait se borner à créer deux catégories de régimes bénéficiaires sans qu'ait été au préalable fixée la procédure de répartition".

C'est pourquoi le II de l'article 77 propose de valider la répartition opérée de 1980 à 1994 ou plus exactement les conséquences des textes annulés, c'est-à-dire les sommes attribuées aux régimes bénéficiaires de la CSSS.

Interrogé par votre rapporteur, le Gouvernement soutient que cette validation répond bien à un motif d'intérêt général, en tant que son absence affecterait le fonctionnement du service public de la sécurité sociale. "Les sommes définitivement acquises aux termes de la loi -qui représentent un total de 103 milliards de francs- ont permis le financement de prestations de sécurité sociale. Faute d'une validation, le vide juridique devant lequel se trouvent les régimes concernés depuis l'arrêt du 9 décembre 1994, les exposerait aux conséquences d'un nouveau contentieux. Les régimes seraient dans l'incapacité de les restituer en totalité (même sans actualisation), leurs actifs totaux étant bien inférieurs aux montants en jeu (4 milliards d'actifs mobilisables, au 31 décembre 1995, pour les régimes "prioritaires"). Ils seraient dès lors dans l'incapacité de servir les prestations".

Je vous rappelle que si l'intérêt financier ne saurait constituer en lui-même un motif d'intérêt général, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 13 janvier 1994 (n° 93-331 DC, Rec. p. 21), a admis qu'un article, ayant pour but de valider des décisions des caisses régionales d'assurance maladie fixant la tarification des accidents du travail, visait à éviter pour l'Etat "un coût de remboursement élevé qui ne pourrait être couvert que par le relèvement, inopportun dans la conjoncture actuelle, des cotisations sociales à la charge des employeurs ... et répondait ainsi à un but d'intérêt général".

Mais en amont même du motif d'intérêt général, on peut se demander si la validation constituait bien le seul moyen juridique satisfaisant de mettre un terme au problème de la répartition de la CSSS. Si tel n'était pas le cas on pourrait en effet considérer, quoique la jurisprudence ne paraît pas définitivement arrêtée en la matière, que le législateur devait se garder de la solution de facilité de la validation et laisser l'autorité réglementaire appliquer une méthode plus respectueuse des décisions de justice.

Quoiqu'il en soit, là encore à la demande de votre rapporteur, le Gouvernement a produit des explications détaillées visant à

.../...

démontrer que la validation était rendue nécessaire par l'absence d'autre solution.

Ainsi nous est-il expliqué qu'aucun autre moyen juridique ne permettrait de répartir rétroactivement les sommes considérées d'une manière qui n'affecte pas les ressources présentes des régimes concernés ou que les solutions proposées par le commissaire du Gouvernement dans ses conclusions sur le second arrêt du Conseil d'Etat : retenir un principe de compensation démographique et des critères complémentaires permettant d'en proportionner l'effet, sont difficilement quantifiables au niveau du décret. Et en tout état de cause, la motivation des arrêts du Conseil d'Etat ne permet pas d'en déduire une conséquence certaine, assurant à l'administration qu'elle se trouve dans le cas où il lui est permis de déroger au principe de non-rétroactivité des actes administratifs pour tirer les conséquences nécessaires d'une annulation contentieuse.

Dans ces conditions, il n'est guère envisageable de soulever d'office l'inconstitutionnalité de la validation opérée par l'article 77.

Monsieur le Président : Je suis impressionné par le nombre de ces validations. Je voudrais pas que le Conseil constitutionnel devienne une machine à valider.

Monsieur AMELLER : A valider les validations...

Monsieur le Président : Oui. Je suis réservé lorsqu'il s'agit de contrecarrer les décisions des plus hautes juridictions du pays.

Madame LENOIR : Je suis comme vous irritée par ces validations, qui sont un signe de laxisme de l'Etat et d'une certaine "maladministration". Pour y remédier, il serait souhaitable d'intégrer les principes de la sincérité juridique et la confiance légitime évoquées par la dernière "porte étroite", celle de Monsieur MARTIN LAPRADE, au nom de la Société Générale.

(Monsieur ABADIE donne lecture du dernier considérant et du dispositif)

Monsieur DAILLY : Il faudrait mettre dans le dispositif, dans un article 2, qu'il n'y a pas lieu de soulever d'office d'autres problèmes de constitutionnalité.

Monsieur CABANNES : Si "il n'y a pas lieu", on ne le met pas dans le dispositif, précisément.

Monsieur le Président : Qui est pour l'ensemble de la décision ?

(Elle est adoptée par 6 voix pour, 1 contre (Madame LENOIR) et 1 abstention (Monsieur ROBERT))

(La séance est levée à 17 h 30)