



Commentaire

Décision n° 2021-906 QPC du 14 mai 2021

M. Dominique A. et autres

(Rétention de précompte en Polynésie française)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 19 février 2021 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 357 du 16 février 2021) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Dominique A. et autres portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 5° de l'article 1^{er} de la loi n° 91-6 du 4 janvier 1991 portant homologation des dispositions prévoyant l'application de peines correctionnelles et de sanctions complémentaires, de délibérations de l'assemblée de la Polynésie française et édictant des dispositions pénales et de procédure pénale applicables en Polynésie française.

Dans sa décision n° 2021-906 QPC du 14 mai 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le renvoi opéré, au sein de ces dispositions, au 2° de l'article 1^{er} du décret n° 57-246 du 24 février 1957 relatif au recouvrement des sommes dues par les employeurs aux caisses de compensation des prestations familiales dans les territoires d'outre-mer et au Cameroun.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

1. – Les compétences propres de la Polynésie française en matière pénale

La Polynésie française est une collectivité d'outre-mer – qualifiée de « *pays d'outre-mer* » par la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004¹ – dont le statut, sous la V^e République, a connu de nombreuses modifications visant à reconnaître, puis à renforcer, l'autonomie de ce territoire.

Si les compétences dévolues à ce titre à la Polynésie française n'ont jamais conduit à lui conférer une compétence à part entière en matière pénale, laquelle est restée, de manière générale, une matière réservée à l'État, un « îlot » de compétences propres

¹ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

lui a néanmoins été reconnu dès 1977 pour la répression des infractions aux actes de son assemblée.

Les conditions de mise en œuvre de ces compétences propres ont évolué avec les statuts successifs de la Polynésie française.

a. – Les compétences antérieures à la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République

* La Polynésie a d'abord relevé de la catégorie des « *territoires d'Outre-mer* » (TOM), créée par l'article 8 de la Constitution du 27 octobre 1946 et initialement maintenue par les articles 72 et 74 de la Constitution du 4 octobre 1958. L'article 74 de la Constitution, dans ses rédactions antérieures à la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, posait alors le principe selon lequel les TOM « *ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République* ». À l'origine, ce même article confiait à la loi ordinaire le soin de définir et modifier cette organisation initiale, après consultation de l'assemblée territoriale intéressée.

C'est sur ce fondement qu'avait été adoptée la loi n° 77-772 du 12 juillet 1977 relative à l'organisation de la Polynésie française, qui reconnaissait pour la première fois, à son article 1^{er}, que ce territoire constitue un TOM bénéficiant « *de l'autonomie administrative et financière* »². Cette loi avait accru les pouvoirs conférés aux institutions territoriales, en particulier ceux de l'assemblée territoriale, organe législatif local, auquel avait été attribuée une compétence de droit commun pour régler par ses délibérations « *les affaires du territoire qui ne relèvent pas de la compétence de l'État ou de celle du Conseil de Gouvernement* »³. Parmi les matières

² Antérieurement, les règles d'organisation des instances polynésiennes et de leurs relations avec l'État étaient définies par l'ordonnance n° 58-1337 du 23 décembre 1958 relative au conseil de gouvernement et à l'assemblée territoriale de la Polynésie française. Celle-ci, après une phase d'instabilité politique, avait restreint les pouvoirs que les instances locales tenaient de la loi n° 56-619 du 23 juin 1956 dite « *loi cadre Defferre* », autorisant le gouvernement à doter les assemblées territoriales d'un pouvoir délibérant élargi et à instituer des conseils de gouvernement chargés d'assurer l'administration des intérêts territoriaux dans les TOM. Dans ce cadre, l'ordonnance du 23 décembre 1958 avait, en particulier, restitué la maîtrise de l'exécutif local au représentant de l'État (Rapport n° 214 [Sénat, 1995-1996] de M. Lucien Lanier, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 février 1996).

³ Article 44 de la loi du 12 juillet 1977. Ce même article énonçait que « *Les compétences précédemment attribuées au territoire ne sont réduites en aucune manière par la présente loi* ». L'article 45 de la même loi précisait que « *Les délibérations prises en application de l'article précédent peuvent intervenir nonobstant toutes dispositions législatives ou réglementaires contraires antérieures à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, mais sous réserve des conventions internationales, de la législation et de la réglementation en matière de code maritime, des dispositions de la loi du 15 décembre 1952, des décrets n° 55-625 et 55-634 du 20 mai 1955, du décret n° 54-1020 du 14 octobre 1954, des lois et règlements sur la répression des fraudes et sur le contrôle des poids et mesures et des codes de déontologie* ».

relevant du domaine de compétence de l'État, définies par l'article 62 de la loi du 12 juillet 1977, figurait notamment le droit pénal.

Cependant, l'article 46 de la loi du 12 juillet 1977 avait expressément prévu la possibilité pour l'assemblée territoriale de Polynésie d'assortir les règlements qu'elle édicte de sanctions pénales. Cette réserve de compétence pénale s'articulait différemment selon qu'il s'agissait de réprimer les infractions aux règlements polynésiens de peines contraventionnelles ou correctionnelles.

Dans le premier cas, l'article 46 énonçait que « *L'Assemblée territoriale a le pouvoir d'édicter des peines d'emprisonnement n'excédant pas le maximum prévu en matière de contraventions de simple police et des peines d'amende n'excédant pas 2000 F ou des peines de l'une ou l'autre espèce, à l'encontre des auteurs d'infractions aux règlements qu'elle édicte* » (premier alinéa). Si la peine d'emprisonnement encourue pour une contravention de police pouvait ainsi être comprise entre un jour et deux mois, conformément à la fourchette alors prévue par l'article 465 de l'ancien code pénal, le maximum de l'amende contraventionnelle fixée localement demeurait en tout état de cause inférieur à celui prévu par l'article 466 de l'ancien code pénal (fixé à 12 000 francs dans la dernière version de cet article).

Dans le second cas, il était prévu que l'assemblée territoriale pouvait « *prévoir l'application de peines correctionnelles mais sous la réserve d'une homologation préalable de sa délibération par la loi ; jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi d'homologation les auteurs des infractions prévues par la délibération sont passibles des peines applicables en métropole aux auteurs de contraventions de la cinquième classe* » (deuxième alinéa).

À la possibilité d'édicter ces peines principales, le troisième alinéa de l'article 46 ajoutait celle, pour l'assemblée territoriale, d'assortir également ces infractions « *Sous la réserve prévue à l'alinéa précédent [...] de sanctions complémentaires à prononcer par les tribunaux, dans la limite de celles prévues par la législation et la réglementation métropolitaine pour des infractions de même nature telles que confiscation d'objets utilisés pour les commettre, démolition de construction, retrait de permis de conduire des véhicules, fermeture d'établissements, incapacités professionnelles* ».

La réserve de compétence propre de la Polynésie française se distinguait ainsi par le fait que son assemblée territoriale pouvait directement réprimer les infractions à ses règlements par des peines contraventionnelles dont le quantum était alors plafonné par la loi du 12 juillet 1977, sur le modèle de celui prévu en France métropolitaine.

En matière correctionnelle, si aucun plafond n'était fixé par la loi pour la détermination des peines d'amende ou d'emprisonnement par l'assemblée territoriale, celles-ci ne pouvaient valablement s'appliquer qu'en cas d'homologation préalable de la délibération prise à cet effet par la loi⁴.

* Si, pour renforcer l'autonomie de la Polynésie française, son statut a été redéfini par la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984⁵, la possibilité pour l'assemblée territoriale d'instituer des sanctions pénales et la condition d'une homologation préalable par la loi des peines correctionnelles d'emprisonnement ont été maintenues.

En effet, la loi du 6 septembre 1984, dont l'article 1^{er} énonçait que le territoire de la Polynésie est « *doté de l'autonomie interne dans le cadre de la République* », a réaffirmé le principe d'une compétence générale de la Polynésie française dans toutes les matières qui ne sont pas réservées à l'État par la loi⁶. Le droit pénal figurait à ce titre toujours parmi les matières réservées à l'État, même si le 13^o de l'article 3 de la loi statutaire avait pris soin de préciser que la compétence de l'État s'exerçait sous réserve, notamment, des dispositions de ses articles 64 à 66.

En application de l'article 64, il était ainsi prévu, en matière contraventionnelle, que « *L'assemblée territoriale peut assortir les infractions aux règlements qu'elle édicte de peines d'emprisonnement et d'amendes n'excédant pas le maximum prévu par les articles 465 et 466 du code pénal ou de l'une de ces deux peines seulement et respectant la classification des contraventions prévue par la deuxième partie de ce code. / Le produit de ces amendes est versé au budget du territoire* »⁷.

Dans le prolongement de la loi du 12 juillet 1977, l'article 65 prévoyait quant à lui que « *L'assemblée territoriale peut prévoir l'application de peines correctionnelles, sous réserve d'une homologation préalable de sa délibération par la loi ; jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi d'homologation, les auteurs des infractions prévues par la délibération sont passibles des peines applicables aux auteurs de contraventions de la cinquième classe. / Sous la réserve prévue à l'alinéa précédent, l'assemblée territoriale peut également assortir ces infractions de sanctions complémentaires à prononcer par les tribunaux, dans la limite de celles prévues par la législation et la réglementation pénales pour les infractions de même nature* ».

⁴ Ajoutons que le dernier alinéa de l'article 46 de la loi du 12 juillet 1977 permettait également à l'Assemblée territoriale de réglementer, « *dans la même limite* », le droit de transaction en toutes matières administratives, fiscales, douanières et économiques de sa compétence.

⁵ Loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française.

⁶ Voir l'article 2 de la loi précitée du 6 septembre 1984.

⁷ Une compétence semblable a été ouverte en faveur du conseil des ministres du territoire par l'article 30 de la loi statutaire du 6 septembre 1984.

C'est en application de ce cadre que les dispositions de la délibération n° 89-95 du 26 juin 1989 relatives à l'infraction de rétention de précompte ont été prises, puis homologuées par la loi n° 91-6 du 4 janvier 1991 (cf. *infra*, I.A.2.).

* Le statut de la Polynésie française ayant été jugé inadapté à la veille de l'arrêt définitif des essais nucléaires, des modifications lui ont d'abord été apportées par la loi organique n° 95-173 du 20 février 1995⁸, puis un nouveau statut a été institué par la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996⁹. Le vote d'une loi organique tenait compte, à cet égard, de la modification en ce sens de l'article 74 de la Constitution de 1958 par la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992¹⁰.

Le principe de la compétence de droit commun des institutions polynésiennes a été repris à l'article 5 de la loi organique du 12 avril 1996 et les « *seules matières* » dans lesquelles les autorités de l'État pouvaient intervenir ont été mentionnées à l'article 6, dont le 8° a maintenu dans ce domaine régalien le droit pénal, sous réserve des dispositions des articles 31 et 62 à 64 de cette même loi.

Ce faisant, la loi organique du 12 avril 1996 a confirmé la possibilité pour l'assemblée délibérante locale d'instituer des sanctions pénales en cas d'infraction aux règlements qu'elle édicte¹¹, en modifiant toutefois les conditions d'exercice de cette faculté afin de tenir compte, notamment, de la suppression par le nouveau code pénal (entré en vigueur le 1^{er} mars 1994) des peines privatives de liberté en matière contraventionnelle. Alors que les dispositions des précédentes lois statutaires posaient le cadre applicable respectivement aux peines contraventionnelles et correctionnelles, la loi organique a réaménagé la réserve de compétence de la Polynésie française autour de la distinction entre peines d'amende et peines d'emprisonnement.

S'agissant des peines d'amende, l'article 62 de cette loi organique a prévu que « *L'assemblée de la Polynésie française peut assortir les infractions aux règlements qu'elle édicte de peines d'amendes respectant la classification des contraventions et délits et n'excédant pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par*

⁸ Loi organique n° 95-173 du 20 février 1995 modifiant la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et portant dispositions diverses relatives aux territoires d'outre-mer.

⁹ Loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

¹⁰ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre : « *Des Communautés européennes et de l'Union européenne* ».

¹¹ La même compétence étant confirmée, en faveur du conseil des ministres, pour l'édition de sanctions administratives et de peines contraventionnelles par l'article 31 de la loi organique.

les lois et règlements applicables en matière pénale. Elle peut assortir ces infractions de peines complémentaires prévues pour les infractions de même nature par les lois et règlements applicables en matière pénale ». Comme l'avait initié avant elle la loi organique précitée du 20 février 1995¹², l'exigence d'une équivalence de répression maximale lorsque les faits sont punis à la fois localement et à l'échelle nationale a ainsi été posée pour de telles peines encourues à titre principal¹³.

S'agissant des peines d'emprisonnement, l'article 63 a maintenu, dans des termes proches des précédentes lois statutaires, le principe selon lequel *« L'assemblée de la Polynésie française peut assortir les infractions aux règlements qu'elle édicte de peines d'emprisonnement sous réserve d'une homologation préalable de sa délibération par la loi ; jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi d'homologation, seules les peines d'amende et les peines complémentaires éventuellement prévues par la délibération sont applicables »*. Il se déduit néanmoins, d'une part, de la référence au terme « emprisonnement »¹⁴, réservé aux délits par le nouveau code pénal, que de telles peines ne peuvent plus être prononcées en matière contraventionnelle. Il résulte, d'autre part, du nouveau découpage opéré par la loi organique entre les articles 62 et 63 que les peines d'amende, de nature contraventionnelle ou correctionnelle, peuvent dorénavant toutes être instituées par l'assemblée de la Polynésie française, sans nécessité d'une homologation préalable par la loi.

b. – Les compétences organisées par la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française

* La loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République a remplacé, à l'article 74 de la Constitution, la catégorie des TOM par une nouvelle catégorie juridique : les « *collectivités d'outre-mer* » (COM), dont relève la Polynésie française.

En application de cet article, les COM bénéficient d'« *un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République* » (premier alinéa) et qui doit être déterminé par une loi organique, adoptée après un avis de l'assemblée délibérante (deuxième alinéa).

¹² Article 26 modifiant l'article 64 de la loi statutaire du 6 septembre 1984 dont le premier alinéa était ainsi réécrit : *« L'assemblée territoriale peut assortir les infractions aux règlements qu'elle édicte de peines d'amende n'excédant pas celles prévues pour les infractions de même nature par les lois et règlements applicables en matière pénale ou fiscale. En matière pénale, ces peines doivent respecter la classification des contraventions et des délits prévus par le code pénal »*.

¹³ Auparavant, cette exigence n'était prévue que pour l'édition de peines complémentaires.

¹⁴ Déjà introduite par la loi organique du 20 février 1995 à l'article 65 de la loi statutaire du 6 septembre 1984.

Il résulte du troisième alinéa de l'article 74 que les COM restent soumises, comme l'étaient les TOM, au principe de spécialité législative, en vertu duquel les lois et règlements n'y sont applicables que si une mention le prévoit expressément¹⁵.

Selon le quatrième alinéa de cet article, les compétences des COM doivent être déterminées par une loi organique statutaire. Si ces compétences peuvent porter sur des domaines qui, en métropole, relèveraient de la loi, le même alinéa prévoit que « *le transfert de compétences de l'État ne peut porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique* ». Ces matières, au nombre de treize, sont celles constituant le « *sanctuaire* » régalien, selon les termes du rapporteur du projet de loi constitutionnelle, M. René Garrec¹⁶, parmi lesquelles figure notamment le droit pénal¹⁷.

Comme l'indiquait le rapporteur de ce projet de loi, « *Ces compétences sont insusceptibles de transfert sous réserve toutefois des "droits acquis", c'est-à-dire des compétences déjà statutairement exercées par la collectivité considérée à la date d'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle* »¹⁸. Ce sont de telles compétences que préservent, en faveur de la collectivité d'outre-mer, les termes « *sous réserve de celles [les compétences] déjà exercées par elle* » figurant au quatrième alinéa de l'article 74 de la Constitution.

Il s'ensuit que les compétences de la COM fixées par la loi organique statutaire peuvent porter sur toute matière qui avait déjà été transférée à la COM avant la réforme de 2003, ainsi que sur toute autre matière qui ne serait pas réservée à l'État par le quatrième alinéa de l'article 73 de la Constitution¹⁹.

* C'est sur le fondement de l'article 74 de la Constitution, dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, qu'a été adoptée la loi organique

¹⁵ C'est ce qui les distingue notamment des départements et régions d'outre-mer où, en vertu du premier alinéa de l'article 73 de la Constitution, les lois et règlements sont applicables de plein droit.

¹⁶ Rapport n° 27 (Sénat – 2002-2003) de M. René Garrec sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, fait au nom de la commission des lois, déposé le 23 octobre 2002, p. 157.

¹⁷ Les autres matières mentionnées par le quatrième alinéa de l'article 73 sont la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral.

¹⁸ Rapport précité.

¹⁹ En outre, s'agissant des collectivités comme la Polynésie française qui sont dotées de l'autonomie, l'article 74 prévoit la possibilité d'une participation de la collectivité à l'exercice des compétences conservées par l'État. Son onzième alinéa précise en effet que la loi organique détermine les conditions dans lesquelles « *la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'État, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques* ».

n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, précisée par la loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française.

L'article 13 de la loi organique du 27 février 2004 réaffirme l'autonomie de la Polynésie en confirmant la compétence de droit commun de ses instances locales. Il énonce ainsi que « *Les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par l'article 14 et celles qui ne sont pas dévolues aux communes en vertu des lois et règlements applicables en Polynésie française* ». L'État exerce des compétences d'attribution, essentiellement recentrées sur ses missions régaliennes. Celles-ci sont définies à l'article 14 de la loi organique du 27 février 2004, dont le 2° mentionne notamment le droit pénal.

En application de ce nouveau statut, l'organe délibérant local devient l'assemblée de la Polynésie française, au lieu de l'« *assemblée territoriale* », et les actes qu'elle adopte sont dorénavant qualifiés soit de « *lois du pays* », lorsqu'ils interviennent dans le domaine de la loi, soit de délibérations, dans les autres domaines²⁰.

Aux termes de l'article 140 de la loi organique du 27 février 2004, les lois du pays peuvent intervenir dans le champ de compétence de la Polynésie française, tel qu'il est précisé par son article 13, mais aussi dans des matières relevant de la compétence de l'État lorsqu'elles sont prises « *au titre de la participation de la Polynésie française à l'exercice des compétences de l'État dans les conditions prévues aux articles 31 à 36* »²¹.

* Conformément au « *droit acquis* » qu'elle s'était vue reconnaître par les précédentes lois statutaires, la Polynésie française a par ailleurs conservé la possibilité d'assortir les infractions aux règles qu'elle adopte dans son domaine de compétence, de sanctions pénales. Les conditions de mise en œuvre de cette compétence ont été précisées aux articles 20 et 21 de la loi organique du 27 février 2004.

L'article 20 est relatif à la possibilité d'instituer des peines d'amende et des sanctions administratives, notamment en matière fiscale, douanière ou économique. Son

²⁰ Articles 139 et 140 de la loi organique du 27 février 2004.

²¹ C'est sur ce dernier fondement – qui complète le onzième alinéa de l'article 74 de la Constitution – que la loi organique a habilité, par exemple, les autorités polynésiennes à adopter des « *dispositions de droit pénal en matière de jeux de hasard* » (article 31, 2°, de la loi organique) ou à « *participer à l'exercice des missions de police incombant à l'État en matière de surveillance et d'occupation du domaine public de la Polynésie française, de police de la circulation routière, de police de la circulation maritime dans les eaux intérieures de sûreté des installations portuaires et des missions de sécurité publique ou civile* » (paragraphe I^{er} de l'article 34).

premier alinéa prévoit, dans des termes proches de la loi organique du 12 avril 1996, que « *La Polynésie française peut assortir les infractions aux actes prévus à l'article 140 dénommés "lois du pays" ou aux délibérations de l'assemblée de la Polynésie française de peines d'amende, y compris des amendes forfaitaires dans le cadre défini par le code de procédure pénale, respectant la classification des contraventions et délits et n'excédant pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements applicables en matière pénale. Elle peut assortir ces infractions de peines complémentaires prévues pour les infractions de même nature par les lois et règlements applicables en matière pénale* ».

L'article 21 fixe quant à lui les conditions d'exercice de la compétence résiduelle reconnue à la Polynésie française pour l'édiction de peines d'emprisonnement : « *La Polynésie française peut assortir les infractions aux actes prévus à l'article 140 dénommés "lois du pays" de peines d'emprisonnement n'excédant pas la peine maximum prévue par les lois nationales pour les infractions de même nature, sous réserve d'une homologation préalable de sa délibération par la loi. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi d'homologation, seules les peines d'amende et les peines complémentaires éventuellement prévues par la délibération sont applicables* ».

Est donc maintenu le principe d'une homologation préalable par la loi des peines d'emprisonnement prévues par l'assemblée de Polynésie française, qui avait été énoncé dès la loi du 12 juillet 1977 pour l'ensemble des peines correctionnelles, puis recentré sur les peines d'emprisonnement par les lois organiques du 20 février 1995 et du 12 avril 1996.

L'article 21 de la loi organique du 27 février 2004 ajoute cependant une condition substantielle nouvelle, tenant à ce que les peines d'emprisonnement localement instituées n'excèdent pas « *la peine maximum prévue par les lois nationales pour les infractions de même nature* ». L'exigence d'équivalence de répression maximale entre les faits punis localement et nationalement est ainsi rendue applicable à l'ensemble des peines susceptibles d'assortir les infractions aux actes de la Polynésie.

2. – La sanction de la rétention de précompte en Polynésie française

a. – L'institution de peines correctionnelles (les dispositions renvoyées)

* Par la délibération n° 89-95 du 26 juin 1989, et comme l'y autorisait la loi statutaire du 6 septembre 1984 alors en vigueur, l'assemblée territoriale de Polynésie française a décidé d'assortir de sanctions pénales certaines infractions en matière de protection sociale des salariés et de cotisations permettant de la financer.

Ce domaine ne faisant pas partie des matières réservées à l'État, c'est à cette assemblée qu'il revenait de définir les règles applicables localement et elle pouvait prévoir, dans les conditions définies aux articles 64 et 65 de la loi du 6 septembre 1984, de sanctionner pénalement la méconnaissance de ces règles par des peines d'amende ou d'emprisonnement.

L'article 1^{er} de la délibération du 26 juin 1989 a réécrit l'article 1^{er} du décret n° 57-246 du 24 février 1957 relatif au recouvrement de sommes dues par les employeurs aux caisses de compensation des prestations familiales installées dans les territoires d'outre-mer et au Cameroun, afin de réprimer tant le défaut de paiement des cotisations sociales (1^o de l'article 1^{er} du décret du 24 février 1957 modifié) que la rétention de précompte – qui désigne le fait pour l'employeur de ne pas reverser aux organismes d'assurance sociale les cotisations salariales qu'il a prélevé pour elles sur le salaire versé à ses employés – (2^o de ce même article) et les fausses déclarations (3^o du même article).

S'agissant plus précisément de l'incrimination de la rétention de précompte, le 2^o de l'article 1^{er} du décret du 24 février 1957, tel que modifié par la délibération du 26 juin 1989, a prévu que *« L'employeur, qui a retenu par devers lui indûment la contribution des salariés aux assurances sociales précomptée sur le salaire, est passible d'un emprisonnement de 2 mois à 2 ans, et d'une amende de 3.600 FF (65.454 FCP) à 25.000 FF (454.545 FCP), ou de l'une de ces deux peines seulement, sans préjudice de la condamnation par le même jugement et à la requête de la partie civile, au paiement de la somme représentant les cotisations dont le versement lui incombait, augmentée des majorations de retard »*.

Le 2^o de l'article 1^{er} du décret du 24 février 1957 a également prévu, à titre de peines complémentaires, la possibilité pour le tribunal de prononcer pour une durée de cinq mois à cinq ans :

- l'inéligibilité de l'employeur condamné à la chambre de commerce et d'industrie, au tribunal mixte de commerce, à la chambre d'agriculture et d'élevage ;
- son incapacité à faire partie des comités consultatifs constitués auprès du gouvernement.

Enfin, ce même 2^o a aggravé les peines encourues à titre principal en cas de récidive dans le délai de trois ans en prévoyant que la durée de l'emprisonnement pouvait aller de quatre mois à quatre ans et le montant de l'amende être compris entre 7 200 FF (130 909 FCP) à 50 000 FF (909 090 FCP), soit le double des peines encourues, sans préjudice de la condamnation par le même jugement et à la requête

de la partie civile, au paiement de la somme représentant les cotisations dont le versement lui incombait, augmentée des majorations de retard.

* Conformément à l'article 65 de la loi statutaire du 6 septembre 1984, les peines correctionnelles ainsi prévues par l'assemblée de Polynésie française ne pouvaient être rendues applicables qu'à la condition d'une homologation préalable de la délibération et, dans l'attente de l'entrée en vigueur de la loi d'homologation, les auteurs des infractions prévues par la délibération ne pouvaient être passibles que des peines applicables aux auteurs de contraventions de la cinquième classe²². C'est ce qui a conduit le législateur à homologuer la délibération n° 89-95 du 26 juin 1989 par la loi n° 91-6 du 4 janvier 1991²³.

* Depuis lors, les dispositions de cette loi n'ont été modifiées qu'à la marge, par le décret n° 2005-1611 du 20 décembre 2005 pris pour l'application du statut d'autonomie de la Polynésie française qui, pour tirer les conséquences de la réforme du statut de cette collectivité, a remplacé la référence à l'« *assemblée territoriale de la Polynésie française* » par la référence à l'« *assemblée de la Polynésie française* ».

b. – Les sanctions prévues pour les mêmes faits par la législation nationale

La rétention de précompte est réprimée par les articles L. 244-6 et R. 244-3 du code de la sécurité sociale, tous deux créés par le décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985.

* Dans sa rédaction initiale, l'article R. 244-3 sanctionnait la rétention de précompte « simple » d'une peine d'emprisonnement d'un à deux mois et d'une amende de 5 000 à 10 000 francs ou de l'une de ces peines seulement.

Il a ensuite été modifié par le décret n° 87-801 du 29 septembre 1987, entré en vigueur le 1^{er} octobre 1987, qui a remplacé les peines encourues par la seule référence aux « *peines prévues pour les contraventions de 5^e classe* » (ce qui correspondait à cette époque, en application de l'article R. 25 de l'ancien code pénal, à une amende

²² Cette dernière règle a été rappelée par le 4° de l'article 1^{er} du décret du 24 février 1957 qui dispose : « *Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi d'homologation, les auteurs des infractions correctionnelles seront passibles des peines de la contravention de 5^e classe* ».

²³ Cette homologation, fixée par le 5° de l'article 1^{er} de cette loi, est intervenue à la suite d'un amendement de la commission des lois du Sénat, auquel le Gouvernement a tenté de s'opposer en vain, car de façon tardive, en critiquant le fait que les dispositions pénales dont l'homologation était demandée étaient nombreuses et auraient nécessité, s'agissant en particulier des peines délictuelles, « *de la part du Gouvernement un examen systématique, effectué de concert entre les différents départements ministériels concernés* » (M. Louis Le Pensec, ministre des départements et territoires d'outre-mer, in *Compte-rendu des débats* [Sénat], séance du 17 octobre 1990).

de 2 500 à 5 000 francs inclusivement²⁴ et à un emprisonnement de dix jours à un mois ou l'une de ces deux peines seulement). Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, qui a supprimé toute peine d'emprisonnement en matière contraventionnelle, cela signifie que l'employeur poursuivi pour rétention de précompte « simple » encourt une amende d'un montant maximal de 1 500 euros²⁵.

* En cas de récidive dans un délai de trois ans, l'article L. 244-6 du code de la sécurité sociale prévoyait à l'origine que l'employeur ayant indûment retenu la contribution des salariés aux assurances sociales était puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 3 600 à 60 000 F ou de l'une de ces deux peines.

Avec l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, le quantum des peines encourues a été fixé à deux ans d'emprisonnement au maximum et à une amende de 25 000 francs, ramenée à 3 750 euros en l'an 2000.

De nos jours, la rétention de précompte est donc pénalement sanctionnée en métropole et en Polynésie française mais, en métropole, c'est seulement en cas de récidive que les employeurs encourt une peine d'emprisonnement, alors qu'en Polynésie française, une peine d'emprisonnement est encourue dès la première infraction.

Le tableau ci-dessous récapitule l'évolution comparative des peines encourues pour rétention de précompte en France métropolitaine et en Polynésie française :

	Hors récidive		En récidive	
	<i>France métropolitaine</i>	<i>Polynésie française</i>	<i>France métropolitaine</i>	<i>Polynésie française</i>
À la date de la loi d'homologation du 4 janvier 1991	3 000 à 6 000 F d'amende Dix jours à 1 mois de prison	3 600 à 25 000 F d'amende 2 mois à 2 ans de prison	3 600 à 60 000 F d'amende 2 mois à 2 ans de prison	7 200 à 50 000 F d'amende 4 mois à 4 ans de prison
Aujourd'hui	1 500 € Pas d'emprisonnement	3600 à 25 000 F d'amende 2 mois à 2 ans de prison	3750 € d'amende 2 ans de prison	7 200 à 50 000 F d'amende 4 mois à 4 ans de prison

²⁴ Précisons toutefois que, à la date d'entrée en vigueur de la loi précitée du 4 janvier 1991 ayant homologué les peines applicables au délit de rétention de précompte en Polynésie française, la répression des faits commis pour la première fois en France métropolitaine avait été rehaussée par l'effet d'une modification de l'article R. 25 de l'ancien code pénal fixant les peines encourues pour une contravention de la cinquième classe à une amende de 3000 à 6000 francs et un emprisonnement de dix jours à un mois ou l'une de ces deux peines seulement (modification résultant du décret n° 89-989 du 29 décembre 1989).

²⁵ Article 131-13, 5°, du code pénal.

B. – Origine de la QPC et question posée

* Pour des faits commis entre 2016 et 2018 au préjudice de la caisse de prévoyance sociale de la Polynésie française (pour des montants allant de 3 500 euros environ à 18 000 euros environ), MM. Dominique A., Michel Y. et la société Rotative la dépêche avaient été poursuivis devant le tribunal correctionnel de Papeete du chef de rétention de précompte.

C'est à l'occasion de cette procédure qu'ils avaient soulevé une QPC ainsi formulée :
« *L'article 1^{er}, 5^o, de la loi 91-6 du 4 janvier 1991, qui a homologué les peines correctionnelles prévues par la délibération n° 89-95 du 26 juin 1989 de l'Assemblée territoriale de Polynésie française portant modification, notamment, de l'article 1^{er} du décret n° 57-246 du 24 février 1957 relatif au recouvrement de sommes dues par les employeurs aux caisses de compensation des prestations familiales installées dans les territoires d'outre-mer contrevient-il aux dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel la loi est la même pour tous, qu'elle protège ou qu'elle punisse, en raison du non respect du principe d'égalité devant la loi pénale en ce qu'il prévoit une peine d'emprisonnement pour rétention de précompte dès la première infraction en Polynésie française alors qu'une telle peine n'est encourue en métropole qu'en cas de récidive ?* ».

Par jugement du 3 novembre 2020, le tribunal correctionnel de Papeete avait ordonné la transmission de cette QPC à la Cour de cassation.

* Par son arrêt précité du 16 février 2021, la Cour de cassation avait jugé que cette question présentait un caractère sérieux au motif que « *Le fait que, pour la même infraction de rétention de précompte, une peine d'emprisonnement soit encourue en Polynésie française dès la première infraction alors qu'elle ne l'est pas sur le territoire métropolitain, est susceptible de porter atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant la loi tel que ce principe est mis en œuvre par l'article 21 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française* ». Elle l'avait dès lors renvoyée au Conseil constitutionnel.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – Les questions préalables

* La Cour de cassation avait renvoyé au Conseil constitutionnel le 5° de l'article 1^{er} de la loi précitée du 4 janvier 1991, sans préciser la version de cet article applicable au litige à l'origine de la QPC. Il revenait donc au Conseil constitutionnel de la déterminer lui-même. Conformément à sa jurisprudence habituelle, il a jugé que « *La question prioritaire de constitutionnalité doit être considérée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée* » (paragr. 1).

Compte tenu de la date à laquelle avaient été commis les faits reprochés aux requérants, le Conseil a considéré qu'il était saisi du 5° de l'article 1^{er} de la loi du 4 janvier 1991 dans sa rédaction résultant du décret précité du 20 décembre 2005.

* Les requérants soutenaient que ces dispositions, en homologuant l'article 1^{er} de la délibération du 26 juin 1989 à l'origine des peines correctionnelles pour les faits de rétention de précompte commis en Polynésie française, portaient atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale dans la mesure où elles instituaient, selon eux, une différence de traitement injustifiée entre les employeurs de Polynésie française, à l'encontre desquels pouvait être prononcée une peine d'emprisonnement en cas de rétention de précompte dès la première infraction, et ceux soumis à la législation nationale qui, pour les mêmes faits, n'encouraient une peine d'emprisonnement qu'en cas de récidive. Or, selon les requérants, cette différence de traitement n'était justifiée ni par une spécificité de la situation des employeurs de Polynésie française par rapport à ceux soumis à la législation nationale, ni par le principe de spécialité législative.

Dans la mesure où la critique des requérants tendait ainsi, à travers l'article 1^{er} de la loi du 4 janvier 1991, à remettre en cause l'homologation de certaines dispositions du décret du 24 février 1957 (le 2° de son article premier, relatif aux peines applicables à la rétention de précompte) tel que modifié par l'article 1^{er} de la délibération du 26 juin 1989, le Conseil constitutionnel a estimé que la QPC ne portait pas sur le 5° de l'article 1^{er} de cette loi qui avait homologué cette délibération dans son ensemble, mais sur le seul « *renvoi opéré, au sein du 5° de l'article 1^{er} de la loi du 4 janvier 1991, au 2° de l'article 1^{er} du décret du 24 février 1957* » (paragr. 4).

L'intérêt de cette restriction « par renvoi », à laquelle le Conseil a déjà recouru à

plusieurs reprises²⁶, est de lui permettre de répondre précisément à la question qui lui est posée sans statuer sur la constitutionnalité des autres dispositions qui n'étaient pas contestées en l'espèce et qui pourraient, le cas échéant, faire l'objet d'autres QPC.

B. – La jurisprudence constitutionnelle relative au principe d'égalité devant la loi pénale

* Le principe d'égalité devant la loi pénale trouve, comme le principe d'égalité en général, son fondement exclusivement dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Il a pour champ d'application principal la loi pénale elle-même, c'est-à-dire la loi qui définit les incriminations, désigne leurs auteurs, fixe les conditions d'engagement de la responsabilité ainsi que les peines encourues. Dans ce domaine, qui se rapproche de la nécessité et de la proportionnalité des peines, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est plus restreint que celui qu'il opère notamment en matière d'égalité devant la justice ou dans les procédures. Le Conseil juge ainsi que « *Le principe d'égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente* »²⁷. Ceci ouvre au législateur une large marge d'appréciation pour distinguer les comportements susceptibles d'être réprimés en fonction de leurs éléments constitutifs.

Pour autant, le Conseil y apporte une limite : « *la loi pénale ne saurait, pour une même infraction, instituer des peines de nature différente, sauf à ce que cette différence soit justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi* »²⁸. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel en la matière est plus rigoureux que celui qu'il met en œuvre pour le principe plus général d'égalité devant la loi, puisqu'il exclut que le législateur puisse déroger à l'égalité devant la loi pénale pour un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi établissant la différence de traitement²⁹.

²⁶ Voir notamment la décision n° 2019-782 QPC du 17 mai 2019, *Mme Élise D. (Déductibilité de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune des dettes du redevable à l'égard de ses héritiers ou de personnes interposées)*, paragr. 7, et en dernier lieu la décision n° 2020-880 QPC du 29 janvier 2021, *M. Pascal J. (Révocation d'un avantage matrimonial en cas de divorce)*, paragr. 4.

²⁷ Voir en dernier lieu la décision n° 2021-896 QPC du 9 avril 2021, *M. Alain P. (Infractions d'outrage et d'injure publique)*, paragr. 10. Pour des exemples antérieurs, voir notamment les décisions n° 80-125 DC du 19 décembre 1980, *Loi relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs*, cons. 3, et n° 2010-612 DC du 5 août 2010, *Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale*, cons. 6.

²⁸ Décisions n° 2013-328 QPC du 28 juin 2013, *Association Emmaüs Forbach (Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale)*, et n° 2011-161 QPC du 9 septembre 2011, *Mme Catherine F., épouse L. (Sanction de la rétention de précompte des cotisations sociales agricoles)*, cons. 3.

²⁹ Décisions n° 2011-161 QPC et 2013-328 QPC précitées.

* D'une manière générale, les censures sur le fondement de l'égalité devant la loi pénale ou sur celui d'égalité devant la loi, en matière pénale, demeurent rares, le Conseil reconnaissant au législateur un large pouvoir d'appréciation en la matière, à l'instar de ce qu'il juge pour le principe de nécessité des peines.

Il a ainsi jugé que ne méconnaissent pas ce principe :

– l'aggravation de la destruction du bien d'autrui lorsqu'elle porte sur des cultures d'OGM, compte tenu notamment des destructions répétées de ces cultures et du risque accru de destruction consécutif à la création d'un registre national rendant public leur nature et leur localisation³⁰ ;

– des dispositions faisant bénéficier d'une immunité pénale les ascendants, descendants et conjoints d'une personne sans l'étendre aux frères et sœurs ainsi qu'aux concubins³¹. Le Conseil a jugé de même s'agissant de l'immunité pénale bénéficiant aux consommateurs de drogue suivis dans le cadre d'une politique particulière de réduction des risques et des dommages en direction des usagers de drogues (« *salles de consommation à moindre risque* »)³² ;

– une différence territoriale de répression des sévices aux animaux selon qu'il existe ou non une « *tradition locale ininterrompue* »³³ ;

– une différence, dans la possibilité de créer ou non de nouvelles arènes, entre les courses de taureaux et les combats de coq, dès lors qu'il s'agit de pratiques distinctes par leur nature³⁴.

Dans ces différentes décisions, la différence de répression trouvait sa justification dans une différence de situation (risque plus élevé de destruction des cultures OGM, acceptabilité locale des courses de taureaux ou distinction entre les courses de taureau ou les combats de coq), établie le cas échéant en prenant en compte l'objectif poursuivi (nécessité de concilier la prise en compte à titre humanitaire de situations

³⁰ Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 33 à 36.

³¹ Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, cons. 12 et 13.

³² Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. 28 à 30.

³³ Décision n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrída Europe et autre (Immunité pénale en matière de courses de taureaux)*, cons. 5.

³⁴ Décision n° 2015-477 QPC du 31 juillet 2015, *M. Jismy R. (Incrimination de la création de nouveaux gallodromes)*, cons. 1 à 4.

juridiquement protégées et la volonté de ne pas faciliter l'immigration clandestine pour l'immunité pénale des proches en ligne directe).

* Dans plusieurs autres décisions, le Conseil a pu considérer que n'étaient pas justifiées par une différence de situation au regard de l'infraction réprimée :

– les différences de répression pénale (qualification contraventionnelle ou délictuelle) portant sur la contrefaçon sur internet, selon qu'elle est commise ou non au moyen d'un logiciel de pair à pair³⁵ ;

– les différences très fortes de répression (soit cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende, soit une peine de 5 000 euros d'amende) entre, d'une manière générale, la fraude aux prestations d'aide sociale et des infractions de fraude spécifique portant sur certaines de ces prestations³⁶. Le Conseil en a jugé de même pour la répression du non-respect des délais de paiement, qui était punie de 15 000 euros d'amende et d'une sanction administrative d'un montant cinq fois supérieur (et égale à 375 000 euros pour une personne morale) en vertu du même article L. 441-6 du code de commerce³⁷.

Concernant plus spécifiquement la rétention par un employeur de la cotisation ouvrière précomptée sur le salaire, dans sa décision n° 2011-161 QPC du 9 septembre 2011, le Conseil constitutionnel a jugé inconstitutionnelles les différences de répression que le législateur avait prévues selon que cette infraction était commise par un agriculteur (délit puni de trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende en vertu de l'article L. 725-21 du code rural et de la pêche maritime) ou un autre employeur (contravention de cinquième classe hors le cas de récidive, conformément à l'article R. 244-3 du code de la sécurité sociale).

Il a plus précisément jugé *« qu'ainsi, pour une même infraction, les employeurs agricoles et les autres employeurs sont soumis à une procédure, à un quantum de peine, à des règles de prescription, à des règles en matière de récidive, à des conséquences pour le casier judiciaire et à des incapacités consécutives à la condamnation différents ; que cette différence de traitement, qui n'est pas justifiée par une différence de situation des employeurs agricoles et des autres employeurs au regard de l'infraction réprimée, n'est pas en rapport direct avec l'objet de la loi ; que, par suite, la loi pénale a institué une différence de traitement injustifiée entre*

³⁵ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 65.

³⁶ Décision n° 2013-328 QPC du 28 juin 2013 précitée, cons. 6.

³⁷ Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. 74.

les auteurs d'infractions identiques »³⁸.

Le Conseil a ainsi pris en compte le fait que la différence de traitement ne reposait pas sur des différences de situations du point de vue de l'infraction sanctionnée et a considéré, comme le souligne le commentaire, que l'inconstitutionnalité de la différence de traitement ne reposait pas seulement sur une différence injustifiée de quantum des peines encourues, mais aussi sur le régime de la répression³⁹.

* Enfin, le Conseil constitutionnel s'est prononcé à plusieurs reprises sur la compétence conférée à la Polynésie en matière pénale.

Dans sa décision n° 95-364 DC du 8 février 1995⁴⁰, il a déclaré conformes à la Constitution, sans motivation particulière, les articles 26 et 27 de la loi organique n° 95-173 du 20 février 1995 modifiant la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et portant dispositions diverses relatives aux territoires d'outre-mer qui prévoyaient la possibilité pour la Polynésie d'instituer, pour les infractions à ses réglementations, des peines d'amende n'excédant pas celles prévues pour les infractions de même nature par les lois et règlements applicables en matière pénale et fiscale et des peines d'emprisonnement sous la réserve d'une homologation préalable par le législateur.

La loi organique du 12 avril 1996 ayant repris les mêmes dispositions, le Conseil constitutionnel a confirmé leur conformité à la Constitution dans sa décision n° 96-373 du 9 avril 1996 sans motivation particulière⁴¹. Dans cette décision, il a validé des dispositions prévoyant que l'assemblée de la Polynésie française peut assortir les infractions aux règlements qu'elle édicte de peines d'amende et de peines complémentaires n'excédant pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements applicables en matière pénale en indiquant, par une réserve d'interprétation, que cette référence doit s'entendre comme visant les textes applicables en métropole⁴².

³⁸ Décision n° 2011-161 QPC du 9 septembre 2011, *Mme Catherine F., épouse L. (Sanction de la rétention de précompte des cotisations sociales agricoles)*, cons. 6.

³⁹ Le commentaire évoque à cet égard le fait que « la matière délictuelle et l'existence d'une peine privative de liberté induisent des pouvoirs de contraintes particuliers dans l'enquête, des règles de prescription, des conséquences pour le casier judiciaire, des règles particulières en matière de récidive et des incapacités consécutives à la condamnation qui n'existent pas en matière contraventionnelle ».

⁴⁰ Décision n° 95-364 DC du 8 février 1995, *Loi organique modifiant la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et portant dispositions diverses relatives aux territoires d'outre-mer*, cons. 22.

⁴¹ Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 62.

⁴² *Ibid*, cons. 64.

Dans sa décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004 relative à la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur les compétences répressives accordées à la Polynésie française par les articles 20 à 22 de cette loi, dont résulte notamment la possibilité pour cette collectivité d'assortir les infractions aux actes de son assemblée de peines d'emprisonnement n'excédant pas la peine maximum prévue par les lois nationales pour les infractions de même nature, sous réserve d'une homologation préalable de sa délibération par la loi.

Dans cette décision, le Conseil a jugé « que ces compétences, à l'exception des sanctions administratives, portent sur des matières dont le quatrième alinéa de l'article 74 interdit le transfert lorsque cette compétence n'était pas déjà exercée par la collectivité d'outre-mer ; qu'en l'espèce, elles étaient déjà exercées par la Polynésie française en vertu des articles 31, 62 et 63 de la loi organique du 12 avril 1996 susvisée ; qu'elles n'affectent pas les conditions essentielles d'exercice des libertés publiques du fait du renvoi qui est opéré aux limites fixées par la législation analogue applicable en métropole et, s'agissant des dispositions fixant des peines d'emprisonnement, de l'homologation préalable par le législateur de telles dispositions ; que, par suite, les articles 20 à 22 ne portent pas atteinte à l'égalité devant la loi pénale et sont conformes à la Constitution »⁴³.

C. – L'application à l'espèce

* Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé le cadre général du contrôle qu'il opère sur le fondement du principe d'égalité devant la loi pénale, en vertu duquel le législateur, s'il peut toujours opérer une différenciation entre des agissements de nature différente, « *ne saurait, pour une même infraction, instituer des peines de nature différente, sauf à ce que cette différence soit justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi* » (paragr. 5).

Le Conseil s'est ensuite référé à l'article 74 de la Constitution, qui intéresse plus spécifiquement les collectivités d'outre-mer et dont le quatrième alinéa prévoit, en particulier, que les compétences transférées par l'État à ces collectivités ne peuvent porter sur des matières « régaliennes » telles que le droit pénal, sauf si de telles compétences étaient déjà exercées par elles avant la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 (paragr. 6).

⁴³ Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 39.

Il a alors constaté qu'« *À cet égard, la Polynésie française, qui relève de la catégorie des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution, disposait déjà, avant la modification du quatrième alinéa de cet article par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 mentionnée ci-dessus, d'une compétence dans cette matière l'autorisant notamment à sanctionner la méconnaissance de ses actes par des peines d'emprisonnement* » (paragr. 7). Le Conseil a ensuite observé que cette compétence avait été maintenue postérieurement à la révision constitutionnelle puisqu'« *En application de l'article 21 de la loi organique du 27 février 2004 mentionnée ci-dessus, la Polynésie française peut assortir les infractions aux lois du pays adoptées par son assemblée "de peines d'emprisonnement n'excédant pas la peine maximum prévue par les lois nationales pour les infractions de même nature, sous réserve d'une homologation préalable de sa délibération par la loi" »* (même paragr.).

* Le Conseil ayant posé le cadre des normes encadrant l'exercice par la Polynésie française de la compétence pénale qui avait été mise en œuvre ici, il devait dès lors apprécier si la différence de traitement opérée par les dispositions contestées entre les employeurs soumis à la législation polynésienne et ceux qui sont soumis à la législation nationale respectait bien le principe d'égalité devant la loi pénale.

S'attachant aux seules peines d'emprisonnement qui faisaient l'objet des dispositions homologuées par la loi du 4 janvier 1991, le Conseil a relevé que l'employeur ayant commis l'infraction de rétention de précompte pour la première fois s'expose, au regard de la législation polynésienne, à une peine d'emprisonnement d'une durée comprise entre deux mois et deux ans. En cas de récidive dans le délai de trois ans, cette peine est portée à un emprisonnement d'une durée comprise entre quatre mois et quatre ans (paragr. 8).

En comparaison, il résulte de la législation nationale que, pour la même infraction, l'employeur qui commet pour la première fois l'infraction de rétention de précompte est passible uniquement d'une amende d'un montant maximal de 1 500 euros, tandis qu'en cas de récidive dans un délai de trois ans, il encourt notamment une peine d'emprisonnement de deux ans (paragr. 9).

Au regard de ces éléments, le Conseil a dès lors constaté que « *les dispositions contestées ont pour effet d'instituer, pour la même infraction, une peine d'emprisonnement alors que la législation nationale n'en prévoit pas lorsque les faits sont commis pour la première fois et, en cas de récidive, une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à celle prévue par la législation nationale* » (paragr. 10). Il en a conclu que « *Cette différence de traitement, qui n'est pas justifiée par une différence de situation entre les employeurs, n'est pas en*

rapport direct avec l'objet de la loi » et a jugé que, dans ces conditions, le principe d'égalité devant la loi avait été méconnu et que les dispositions contestées devaient être déclarées contraires à la Constitution (même paragr.).

S'agissant, pour finir, des effets dans le temps de la décision, le Conseil a considéré qu'aucun motif ne justifiait de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité et que celle-ci était donc applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date (paragr. 12).