

SEANCE DU 23 JUILLET 1996

La séance est ouverte à 10 heures, en présence de tous les conseillers, à l'exception de Monsieur DAILLY, excusé.

Monsieur le Président : Nous avons prévu sur deux jours d'examiner différents problèmes ; en particulier nous devons demain examiner le cas de Monsieur TAPIE. Monsieur le Ministre d'Etat qui est rapporteur m'a fait part d'une difficulté importante susceptible de modifier notre ordre du jour. Pour des raisons de commodité, il va rapporter ce matin sur cette difficulté importante.

Monsieur FAURE : Quand on a examiné le dossier de déchéance de Monsieur TAPIE, on a constaté que manquait un élément important, la notification à l'intéressé de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective qui découle de la liquidation judiciaire.

Nous ne savons pas pourquoi cela n'a pas été fait.

Mais le dossier est incomplet. Différentes solutions sont envisageables. J'écarte d'emblée celle qui consiste à rejeter purement et simplement la requête.

Nous pourrions faire comme si la lettre par laquelle le Garde des Sceaux nous a saisis, communiquée à Monsieur TAPIE et à ses avocats, vaut notification.

Au demeurant, Maître LYON-CAEN ne parle pas de cette question dans son mémoire. Juridiquement, c'est très discutable.

Il faut trouver une solution intermédiaire : il y en a une qui irait vite : demander au Garde des Sceaux de notifier à l'intéressé dès aujourd'hui. Mais il y a des délais liés à la notification par lettre recommandée et, d'autre part, il nous faut une nouvelle saisine. Ce peut être une reprise pure et simple de la première, mais je préférerais quelques mots de plus dans la lettre du Garde des Sceaux. Il faudra ensuite communiquer à l'avocat de Monsieur TAPIE. Cela nous reporte au mois de septembre.

Monsieur ABADIE : Qui pourra nous reprocher d'user de cette procédure ?
Personne ne saurait y voir une malignité de notre part.

Monsieur FAURE : Le Président a demandé au Secrétaire général de faire savoir au point de presse de demain que la procédure était bien inscrite à l'ordre du jour du Conseil mais qu'elle n'était pas en l'état.

Monsieur AMELLER : Je me demande pourquoi nous ne nous en tenons pas à la lettre de l'article L.O. 136 du code électoral. Nous ne sommes ici que des greffiers ; est-ce qu'il nous appartient de vérifier tous les éléments de la procédure depuis le début de cette affaire ?

Dans l'affaire LACOUR, nous n'avons pas réagi à l'attitude du Garde des Sceaux qui avait tardé à nous saisir. Je n'arrive pas à comprendre pourquoi nous allons avoir une démarche différente pour l'affaire TAPIE.

Monsieur FAURE : C'est bien parce que nous sommes des greffiers que nous devons vérifier la régularité de la procédure.

Madame LENOIR : Je suis tout à fait d'accord avec le rapporteur. En l'espèce, la déchéance n'est pas acquise. On n'est pas en mesure de constater la déchéance. J'ai une question : est-ce au Garde des Sceaux de notifier ? Comment avons-nous connu cette irrégularité de procédure ?

Monsieur le Président : En principe, ce doit être le parquet compte tenu du rôle spécifique qu'il joue en matière de procédures collectives.

Monsieur FAURE : C'est bien parce que nous savons qu'il y a un vice, que les services ont trouvé, que nous devons résoudre le problème.

Le Garde des Sceaux peut bien procéder à la notification.

Monsieur ROBERT : Je suivrai volontiers la position de Monsieur AMELLER. Nous ne sommes pas compétents pour vérifier la procédure depuis le départ. C'est le problème du Garde des Sceaux, pas le nôtre. Il est vrai que connaissant Monsieur TAPIE, il va aller devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme ; c'est le Garde des Sceaux qui sera en difficulté, pas nous. Politiquement, je suis néanmoins réservé sur l'opportunité de statuer demain.

Monsieur CABANNES : Est-ce sûr que les jugements n'ont pas été notifiés ?

Madame BROUARD : La notification dont fait état l'article 194 de la loi de 1985 sur le règlement et la liquidation judiciaire des entreprises ne se confond pas avec la notification du jugement. Cette obligation de notifier est essentielle ; elle fixe le point de départ de l'incapacité, et partant permet de porter à la connaissance de l'intéressé l'incapacité qui le touche alors que de façon générale, et c'est le cas en l'espèce, le jugement de liquidation ne la mentionne pas dans son dispositif, c'est

une différence avec les jugements rendus en matière pénale qui portent privation des droits civiques.

Monsieur ABADIE : En lisant l'article L.O. 136, il apparaît qu'il comporte deux alinéas, l'un étant relatif à la personne dont l'inéligibilité se révélera. Il faut bien être assuré que l'inéligibilité est révélée, avant de pouvoir statuer sur la déchéance.

Or elle n'est révélée que par la notification de l'incapacité. Ce n'est qu'après que nous ferons acte de notaire.

Madame LENOIR : Je suis choquée par la solution qui consisterait à dire qu'une déchéance s'applique alors qu'elle n'est pas révélée.

Quel est le sens de cette notification spécifique de la déchéance liée à l'article 194 de la loi de 1985 sur le règlement et la liquidation judiciaires des entreprises ?

Il est essentiel, d'autant qu'il n'y a plus de peine automatique depuis le nouveau code pénal. La seule survivance, c'est le droit de la faillite et de la liquidation judiciaire personnelle. Cette notification est liée aux droits et libertés, et n'est pas purement formelle.

La compétence du Conseil est liée en ce sens qu'il constate la déchéance ; nous n'avons pas de pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de la sanction ; c'est parce que nous avons compétence liée à l'égard de la sanction que, dans l'affaire LACOUR, j'avais soutenu que nous n'avons pas une grande marge de manoeuvre sur la question du délai mis par le Garde des Sceaux pour nous saisir. Mais nous devons vérifier la régularité du déroulement de la procédure.

Monsieur CABANNES : Le Garde des Sceaux lui-même le reconnaît implicitement dans sa saisine ; je lis : "*... L'article 194... qui dispose que l'incapacité d'exercer une fonction publique élective s'applique à toute personne physique à l'égard de laquelle la liquidation judiciaire a été prononcée, entraîne l'inéligibilité de Monsieur TAPIE*".

Monsieur LANCELOT : Monsieur TAPIE est aujourd'hui frappé d'incapacité. Cependant, cette incapacité prend effet à partir de sa notification. Il est clair que nous ne pouvons pas la constater avec une date de prise d'effet au jour de notre décision ; elle prendra effet au jour de la notification.

Il y a donc une solution intermédiaire que je propose : constater la déchéance qui ne prendra effet qu'au jour où l'incapacité aura été notifiée.

Monsieur FAURE : Ceci n'est pas possible.

Monsieur ROBERT : Nous n'avons pas à vérifier la régularité de toutes les étapes de la procédure. Si des autorités n'ont pas fait leur métier, ce n'est pas notre problème.

Monsieur FAURE : Du fait qu'elles n'ont pas fait leur métier, elles nous empêchent de faire le nôtre.

Monsieur le Président : Quelle est la difficulté majeure ? Il est incontestable que la notification devait être faite et que ce n'est pas le cas ; le Garde des Sceaux en a bien conscience comme cela résulte des entretiens que le Secrétaire général a eu avec la Chancellerie. Sur le plan du droit, nous devons, pour la première fois, faire application de la loi de 1985 et cette application sera regardée à la loupe. C'est une loi qui a des conséquences qui s'apparentent à des conséquences pénales : 5 ans d'incapacité ! Il est évident que les avocats de Monsieur TAPIE visent plus loin. La Cour de Strasbourg sera saisie. Le point d'impact sera la décision du Conseil constitutionnel et nous sommes sur la première ligne.

Nous devons être vigilants dans cette décision. La Chancellerie a reconnu son erreur, et ses services n'excluent pas une saisine de rattrapage, pour éviter le risque d'une condamnation à Strasbourg et aussi pour éviter le risque que le Conseil constitutionnel rejette la requête.

L'article 194 est incontournable. Je trouve qu'il n'est pas superflu de le lire : "*Le jugement qui prononce la faillite personnelle,... emporte l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. L'incapacité s'applique également à toute personne physique à l'égard de laquelle la liquidation judiciaire a été prononcée. Elle prend effet de plein droit à compter de la notification qui en est faite à l'intéressé par l'autorité compétente*".

Nous sommes dans un train qui avance. Il y a, en premier lieu, la décision du tribunal de commerce qui ne dit rien sur l'incapacité ; ensuite, la notification ordinaire de l'incapacité, puis la réalisation de la déchéance par le constat fait par le Conseil constitutionnel de cette incapacité. Nous sommes liés par un processus. De plus, maintenant, la chose se sait. Je trouve qu'il est louable pour le Conseil constitutionnel et ses services d'avoir soulevé cette question du respect de la procédure. Nous ne pouvons pas ignorer cette réalité ni la taire. Il serait très désobligeant de dire au Garde des Sceaux que la saisine est irrégulière. Mais ce n'est pas parce que le Gouvernement nous saisit que nous n'avons aucun contrôle à effectuer ; c'est à ce titre que le Conseil est garant des droits et libertés.

Le Conseil constitutionnel est déjà sous le feu croisé de tous les partis. Alors attention ! Evitons les solutions extrêmes à risques. La proposition de Monsieur LANCELOT est intéressante. Toutefois, je préfère la solution moyenne, celle du rapporteur, à laquelle je suis prêt à souscrire et qui rend nécessaire des contacts

habiles avec la Chancellerie, qui ne doit pas nous accuser de retarder l'affaire TAPIE. De notre côté, nous ne dirons pas qu'elle n'a pas fait son travail ; il faut que nous fassions ensemble quelque chose de convenable ; la notification peut donc être faite maintenant par le Garde des Sceaux.

Nous retrouverons ensuite un dossier en bonne et due forme. C'est une solution qui suppose le concours de tous.

Monsieur LANCELOT : Je voudrais revenir sur une chose. L'article 194 est mieux rédigé que d'autres mais il recèle un très grave problème : il n'y a pas de délai pour la notification. Il ne serait pas mauvais que nous alertions la Place Vendôme pour dire qu'il y a là un certain problème.

Monsieur AMELLER : Comme chacun ici, je rends particulièrement hommage aux services qui ont bien fait de soulever le problème ; mais c'est maintenant à nous de prendre une décision. On va s'engager dans chaque affaire dans un processus sans fin. J'en reste à ma solution première. Comment être certain qu'il n'y a pas quelque part une erreur dans une formalité quelconque ?

Cette notification ne me paraît pas être un élément capital.

Madame LENOIR : Sur les délais, on a l'air de découvrir comment fonctionne la justice. Les jugements ne sont pas notifiés dans l'heure. Ici, si on a dissocié la notification du jugement lui-même et celle de l'incapacité, c'est parce que l'autorité judiciaire doit porter à la connaissance de l'intéressé les conséquences qui s'attachent à la faillite.

Monsieur ROBERT : Je suis prêt à me rallier à la solution du rapporteur mais avec un certain nombre de garanties. Je persiste à dire que ce n'est pas notre rôle de vérifier si en amont le travail a été bien fait.

De plus, il y a un risque ; c'est qu'il n'y a peut-être pas eu d'inadvertance de la part de la Chancellerie : c'est peut-être la volonté de la Chancellerie de ne pas notifier l'incapacité.

Le risque est que l'on nous fasse porter le chapeau pour dire que l'on retarde la déchéance de Monsieur TAPIE. Alors, je veux être certain qu'il y aura sans délai notification de la Chancellerie.

Monsieur le Secrétaire général : J'ai avisé dès vendredi soir le Directeur adjoint du cabinet du Garde des Sceaux qui découvrait le problème ; hier matin, il envisageait de notifier à Atlanta où se trouve Monsieur TAPIE actuellement, l'incapacité qui le vise.

L'affaire a été évoquée par le Directeur de cabinet lui-même qui m'a joint hier soir ; il a commencé par m'indiquer qu'il ne considérait pas comme substantielle la notification ; il a ensuite évolué et il a évoqué la possibilité de faire une notification rapide mais plus à Atlanta pour éviter une utilisation médiatique. L'idée est donc de notifier l'incapacité Rue des Saint-Pères.

J'ai évoqué avec le Directeur de cabinet deux problèmes :

1° attendre le plein effet de la notification qui est réputée opérée au premier avis de passage, si l'intéressé ne retire pas l'avis dans les 15 jours, mais qui ne prend effet qu'à la date de son retrait si l'intéressé la retire dans le délai de 15 jours. Il convient donc que ce délai soit observé.

2° Il n'est pas certain que le Conseil constitutionnel se satisfasse d'une simple régularisation, une nouvelle saisine pouvant lui paraître nécessaire.

Le Directeur de cabinet m'a demandé de le tenir informé de ce que souhaite le Conseil.

Monsieur FAURE : La notification n'a jamais eu lieu. Je suppose que c'est pour faire durer la procédure. C'est bien la faute du Garde des Sceaux. Il faut le dire dans le point de presse qui sera fait demain.

Monsieur LANCELOT : Il serait heureux que la notification ait lieu avant le point de presse.

Monsieur le Secrétaire général : Je suis demandeur d'instructions précises du Conseil sur ce que je dois dire demain.

Je suggère au Conseil une formule intermédiaire entre la présentation complète de l'information (secret de l'instruction) et une information trop nébuleuse. Je propose de dire trois choses :

- 1° le Conseil avait inscrit à son ordre du jour le cas TAPIE ;
- 2° l'affaire n'est pas en l'état compte tenu de l'absence de certaines pièces ;
- 3° il a été demandé au Garde des Sceaux de compléter la procédure.

Je crois nécessaire de faire cette intervention même en l'absence de question des journalistes.

Monsieur le Président : Je mets au vote sur l'ensemble des solutions ainsi proposées, en particulier sur la troisième solution proposée par le rapporteur, à

.../...

savoir la notification par le Garde des Sceaux de l'incapacité et une saisine nouvelle.

Votent POUR : Messieurs DUMAS, ABADIE, CABANNES, FAURE, Madame LENOIR, Messieurs ROBERT et LANCELOT

Vote CONTRE : Monsieur AMELLER

Monsieur le Président : Nous passons maintenant à la loi sur la réglementation des télécommunications. Monsieur LANCELOT, vous avez la parole.

Monsieur LANCELOT : La loi qui nous est soumise s'inscrit dans un mouvement amorcé en 1986 par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication qui a autorisé les opérateurs privés à construire et exploiter des réseaux câblés, poursuivi avec l'ouverture à la concurrence, en 1987, des services téléphoniques à valeur ajoutée et du marché des communications mobiles et approfondie en 1990 avec deux importantes lois, la première sur l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, la seconde, déjà, sur la réglementation des télécommunications.

Parallèlement des actes communautaires -décisions du Conseil des ministres ou directives -sont intervenus, ayant pour commune caractéristiques d'ouvrir à la concurrence les services de télécommunications en créant un marché intérieur des services de télécommunications.

La présente loi parachève cette évolution et selon les termes du ministre François FILLON, tend à mettre en oeuvre une libéralisation maîtrisée et équilibrée : "Maîtrisée parce que nous voulons garantir le service public. Equilibrée parce que nous entendons favoriser l'émergence d'une concurrence ouverte et stimulante au service des usagers."

Soumis début avril à l'Assemblée nationale, le projet de loi a été adopté par celle-ci, après déclaration d'urgence le 10 mai et le 6 juin le Sénat l'a adopté à son tour en lui apportant des modifications sensibles, notamment en ajoutant un dispositif sur la télématique, mais sans bouleverser son économie générale. Une commission mixte paritaire s'est réunie le 11 juin et la loi a été adoptée définitivement le 18 juin. Le 24 juin, le Président du groupe socialiste, Monsieur Claude ESTIER, et soixante de ses collègues nous ont déféré ce texte et nous devons donc nous prononcer aujourd'hui pour respecter le délai d'un mois.

La loi comprend de très nombreuses dispositions. Elle définit le régime juridique des télécommunications et le service public des télécommunications, en introduisant la notion de service universel. Mais ce ne sont pas ces dispositions que mettent en cause les requérants. Ils se bornent à critiquer, à l'article 6, les conditions

d'occupation, par les exploitants de réseaux, du domaine public des collectivités territoriales ; à l'article 8 les dispositions relatives aux ressources de l'Autorité de régulation, à son pouvoir réglementaire, à ses pouvoirs de sanction et à la compétence du juge chargé de connaître certaines de ses décisions et à l'article 15, le dispositif relatif aux services télématiques. A cet égard, j'ai pu constater ici même, au Conseil constitutionnel, l'ampleur des problèmes posés. Une démonstration effectuée par Monsieur COTTIN m'a ainsi fait découvrir, par exemple, que le livre du Dr GUBLER, théoriquement interdit, pouvait être consulté sur 2 842 sites d'Internet.

Je vous propose d'étudier tour à tour ces différentes questions.

SUR L'ARTICLE 6 DE LA LOI DEFEREE :

Le premier grief des auteurs de la saisine ne nous retiendra pas longtemps.

Il concerne l'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications dans la rédaction issue de l'article 6 de la loi déferée au conseil.

Cette disposition soumet à autorisation du ministre chargé des télécommunications l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public. Il précise que cette autorisation est soumise au respect par les exploitants des règles contenues dans un cahier des charges au nombre desquelles figurent :

"e) les prescriptions exigées par la protection de l'environnement et par les objectifs d'aménagement du territoire et d'urbanisme, comportant, le cas échéant, les conditions d'occupation du domaine public et les modalités de partage des infrastructures".

Les saisissants font grief à cette disposition de violer l'article 62 de la Constitution. En effet, nous expliquent-ils, la règle ainsi posée porterait atteinte aux compétences des collectivités territoriales en matière de gestion et d'affectation de leur domaine public : une autorisation d'exploitation du réseau téléphonique délivrée par le ministre en application de l'article L. 33-1 pourrait très bien, selon eux, contrarier l'affectation du domaine aux besoins d'un service public décidée par la collectivité locale concernée.

Ce grief manque en fait : en effet la disposition contestée n'a pas la portée qui lui attribuent les requérants, puisqu'elle se borne à préciser que doivent être rappelées dans le cahier des charges de chaque exploitant les règles afférentes au respect de l'environnement, à l'urbanisme et à l'occupation du domaine public.

Cette portée limitée de la disposition en question est corroborée par le fait que les dispositions véritablement normatives de la loi déferée en matière d'occupation du domaine public se situent plus loin dans le texte : aux articles L. 45-1 à L. 47. Ces dispositions sauvegardent les prérogatives des collectivités territoriales puisqu'elles soumettent notamment l'implantation d'ouvrages sur le domaine routier à la délivrance d'une permission de voirie. Quant à l'accès des exploitants de réseaux au domaine public non routier, il est subordonné à la passation d'une convention. Dans les deux cas, précise le texte, cette occupation du domaine public n'est possible que si elle est compatible avec l'affectation du domaine et donne lieu, ce qui est nouveau, au versement de redevances.

Si vous me suivez, ce premier grief sera donc rejeté comme manquant en fait.

Monsieur le Président : Une question. Qu'en est-il de la domanialité des longueurs d'onde ?

Monsieur LANCELOT et Madame LENOIR : Elles ne sont pas touchées par ce régime.

Monsieur le Président : Bon, je mets aux voix les conclusions du rapporteur. Qui est pour ? (*Elles sont adoptées à l'unanimité*).

Monsieur LANCELOT poursuit son rapport, sur l'article 8.

Monsieur LANCELOT : Le deuxième type de griefs invoqués par les auteurs de la requête concerne la nouvelle autorité administrative indépendante créée par la loi, et chargée de réguler le secteur des télécommunications, qui est d'ailleurs dénommé "Autorité de régulation des télécommunications". Je vous rappelle que cette nouvelle instance, qui entrera en fonction à compter du 1er janvier prochain, sera composée de cinq membres nommés en raison de leur qualification dans les domaines juridique, technique et de l'économie des territoires -précision apportée par le Sénat, toujours très sensible à l'aménagement du territoire- pour un mandat de six ans. Trois membres, dont le Président, seront nommés par décret. Les deux autres seront respectivement nommés par le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat.

Le premier grief fait à l'instance de régulation ne nous retiendra pas très longtemps. Il concerne ses ressources. Aux termes du 1er alinéa de l'article L. 36-4, inséré dans le code des postes et télécommunications par l'article 6 de la loi qui nous est déferée, elles comprendront des rémunérations pour services rendus et des taxes et redevances dans les conditions fixées par les lois de finances ou par décret en Conseil d'Etat.

S'appuyant sur la rédaction indiscutablement défectueuse et peu rigoureuse de cette disposition, les sénateurs requérants soutiennent que le législateur a organisé une

compétence concurrente entre la loi de finances et le décret, même pris en Conseil d'Etat, pour définir les taxes, rémunérations et redevances qui pourront financer l'ART, car "les limites de la compétence de chacune de ces normes ne sont pas déterminées et la plus grande imprécision imprègne la disposition en cause."

Dès lors, celle-ci contreviendrait à l'article 34 qui dispose que la loi fixe les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature", mais aussi aux articles 21 relatif aux compétences du Premier ministre et 37, concernant le domaine du règlement, ainsi qu'à l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen aux termes duquel : "Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs Représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée".

Rien moins que cela ! Mais cette argumentation ne résiste pas à l'examen. D'une manière certes maladroite, mais qui n'encourt pas pour autant la censure du Conseil constitutionnel, le législateur a simplement entendu décrire les ressources dont disposera l'ART étant précisé, et c'est ainsi qu'il faut lire la disposition critiquée, que la loi de finances déterminera les taxes susceptibles de lui être affectées- je vous rappelle que seule la loi de finances peut créer une taxe affectée, alors qu'une taxe fiscale ordinaire peut résulter également d'une loi ordinaire -tandis que par décret en Conseil d'Etat pourront être établies des redevances et rémunérations pour services rendus conformément à l'article 5 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances. Toutefois, je vous signale que dans l'hypothèse où on se trouverait en présence d'une redevance qui ne serait pas uniquement la contrepartie d'un service rendu, il s'agirait alors d'une taxe et sa création relèverait alors du législateur, comme nous l'avons jugé dans la décision 100 L du 16 novembre 1977 (au recueil p. 65). Mais nous n'avons pas à entrer dans une telle hypothèse et le grief avancé par les requérants ne saurait donc qu'être écarté.

Monsieur le Président : Qui est pour les conclusions de Monsieur le rapporteur ?
(Elles sont adoptées à l'unanimité).

Monsieur LANCELOT poursuit son rapport sur le deuxième grief de l'article 8.

Monsieur LANCELOT : Le **deuxième grief** formulé à l'encontre de l'ART concerne son pouvoir de réglementation.

Ce pouvoir est décrit à l'article L. 36-6 dans sa rédaction issue de l'article 8 de la loi.

Mais les auteurs de la saisine ne critiquent que le 1° de cette disposition qui confie à l'Autorité le soin de préciser : "les droits et obligations afférents à l'exploitation

.../...

des différentes catégories de réseaux et de services, en application des articles L. 33-1 et L. 34-1". Il s'agit, précisons-le, des droits et obligations des exploitants de réseaux ouverts au public d'une part (article L. 33-1) et de ceux des entreprises qui fournissent le service téléphonique au public (article L. 34-1). Le pouvoir de réglementation ainsi confié à l'Autorité serait trop large et violerait par là-même l'article 21 de la Constitution.

La jurisprudence du Conseil sur cette question du pouvoir réglementaire dévolu à une autorité administrative indépendante est déjà abondante et fait bien le départ entre ce qui est possible et ce qui ne l'est pas au regard du pouvoir réglementaire général que le premier ministre tient de l'article 21.

On peut la résumer en affirmant :

- que l'article 21 ne fait pas obstacle à ce qu' un pouvoir de réglementation soit attribué à une autorité autre que le premier ministre, dans un domaine déterminé ;
- mais que ce pouvoir n'est qu'un pouvoir subordonné (cf par exemple la censure au § 60 de la décision du 18 septembre 1986 relative aux compétences de la CNCL) et ne doit pas ailleurs concerner que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu (décision du 17 janvier 1989 relative aux compétences du CSA).

Le pouvoir réglementaire dévolu à l'ART par la disposition critiquée est sans nul doute conforme à ces exigences :

- d'une part il est limité par l'article L. 33-1 qui confie à un décret le soin de définir les clauses types devant figurer dans le cahier des charges des divers opérateurs concernés ;
- d'autre part, et surtout, les règles ainsi fixées par l'Autorité sont soumises à homologation du ministre chargé des télécommunications. Cela signifie en clair que l'Autorité a certes un pouvoir de proposition, mais que le ministre, lui, a un pouvoir d'opposition ; il peut rejeter les propositions qui lui sont faites, tant pour des motifs de droit que des raisons d'opportunité.

Dans une décision du 28 juillet 1989, relative au pouvoir réglementaire du Conseil des bourses de valeur- il s'agissait du pouvoir d'élaboration d'un règlement général du marché, soumis comme ici, à homologation de ministre- notre Conseil a estimé que le pouvoir exercé "sous le contrôle du ministre chargé de l'économie" respectait l'article 21 de la Constitution.

C'est ce que je vous propose de répondre sur ce point aux requérants.

Monsieur le Président : Qui est pour l'adoption des conclusions du rapporteur ?
(Elles sont adoptées à l'unanimité).

(Monsieur LANCELOT aborde le troisième grief de l'article 8).

Monsieur LANCELOT : Le **troisième grief** articulé à l'encontre de l'Autorité de régulation concerne les pouvoirs de sanction dont elle est dotée selon un mécanisme inspiré de celui applicable au Conseil supérieur de l'audiovisuel à l'égard des services de radio et de télévision.

Ainsi l'article L. 36-11 prévoit-il que l'ART peut, soit d'office, soit à la demande du ministre chargé des télécommunications, d'une organisation professionnelle, d'une association d'utilisateurs ou d'une personne physique ou morale concernée, sanctionner les manquements qu'elle constate de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de télécommunications, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en oeuvre. Ce pouvoir s'exerce dans des conditions calquées sur celles retenues en matière audiovisuelle par la loi du 30 septembre 1986.

En premier lieu, en cas d'infraction l'Autorité de régulation des télécommunications doit mettre l'exploitant de réseau ou le fournisseur de services en demeure de se conformer aux règles applicables dans un certain délai et peut rendre publique cette mise en demeure.

En second lieu, lorsqu'un exploitant de réseau ou un fournisseur de services ne se conforme pas à une décision prise en application de l'article L. 36-8 (qui concerne l'interconnexion, la mise en conformité des conventions relatives aux réseaux câblés, l'utilisation partagée d'infrastructures) ou à une mise en demeure, l'Autorité de régulation des télécommunications peut prononcer deux types de sanction :

. **une sanction visant l'autorisation** détenue par l'exploitant de réseau ou le fournisseur de services : suspension totale ou partielle de l'autorisation pour un mois au plus, réduction de la durée de l'autorisation dans la limite d'une année, voire retrait de l'autorisation.

. **une sanction financière** qui doit être proportionnée à la gravité du manquement et aux avantages qui en sont tirés.

Son montant ne peut excéder 3 % du chiffre d'affaires de l'opérateur, taux porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation. Le projet de loi prévoit qu'à défaut d'activité permettant de déterminer ce plafond, celui-ci est fixé à deux millions de francs et porté à 2,5 millions de francs en cas de nouvelle violation de la même obligation. Ces pourcentages et ces montants sont directement alignés sur ceux applicables par le C.S.A. en matière audiovisuelle.

A noter que la loi interdit de cumuler sanction financière et retrait ou réduction d'autorisation puisqu'elle prévoit que l'Autorité de régulation inflige soit l'un, soit l'autre type de sanction.

Il est ensuite prévu que l'Autorité de régulation des télécommunications ne peut être saisie de faits remontant à plus de trois ans, s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, constatation ou sanction.

Enfin, il est précisé que les sanctions sont motivées, notifiées à l'intéressé et publiées au Journal officiel et qu'elles peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction et d'une demande de sursis à exécution devant le Conseil d'Etat, les demandes de sursis étant suspensives quand il s'agit de sanctions financières. Il s'agit en effet de sanctions administratives qui relèveraient en tout état de cause de la compétence du juge administratif si rien n'était prévu. Mais le législateur a ici expressivement confirmé cette compétence.

Ce n'est pas tant le principe même de sanctions pouvant être prononcées pour une autorité administrative indépendante, ni les conditions dans lesquelles ce pouvoir s'exerce que les requérants mettent en cause. En effet, le Conseil constitutionnel a déjà été conduit à se prononcer sur ces questions et à en admettre la validité. Ainsi, en 1989, en déférant la loi relative au C.S.A., les députés, auteurs de la saisine, soutenaient que l'octroi d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes, en l'espèce, au C.S.A., était contraire au principe de la séparation des pouvoirs dans la mesure où "le pouvoir d'infliger des sanctions ou des peines appartient exclusivement au juge".

Le Conseil constitutionnel n'a pas suivi cette argumentation ; il a admis que la loi pouvait "sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante de pouvoirs de sanction", "dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission". Ainsi, dès lors que l'AAI est investie des pouvoirs liés à l'accomplissement d'une mission de service public, il faut lui reconnaître celui de prononcer des sanctions. Mais pour respecter le principe de séparation des pouvoirs, le Conseil a posé des conditions :

- conformément au principe du respect des droits de la défense, aucune sanction ne peut être infligée sans que la personne concernée ait été mise à même de présenter ses observations sur les faits reprochés et d'avoir accès au dossier ;

- l'autorité indépendante ne peut être saisie de faits remontant à plus de trois ans, s'il n'a été accompli aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ;

- aucune sanction ne revêt un caractère automatique ;

- toute décision prononçant une sanction doit être motivée ;

- la répression doit être proportionnée au manquement, notamment pour les sanctions pécuniaires ;

- un même manquement ne peut donner lieu qu'à une seule sanction administrative et une sanction pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale ;

- toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant le Conseil d'Etat d'un recours de pleine juridiction suspensif d'exécution en cas de retrait d'autorisation ; dans les autres cas, le sursis à exécution peut être demandé .

Ces conditions, auxquelles répond le Conseil supérieur de l'audiovisuel sont applicables à l'autorité de régulation des télécommunications. Et c'est pourquoi le mécanisme existant pour l'un a été transposé à l'autre. Aussi bien les requérants ne le mettent-ils pas en cause, à une exception près : le prononcé possible d'une sanction administrative pour une infraction à la législation pénale. Ils centrent leur argumentation sur l'étendue du pouvoir de sanction de l'A.R.T. qui serait trop large car la notion "d'infraction à une disposition législative et réglementaire afférente à son activité" dépasserait le lien existant entre le bénéfice d'une autorisation délivrée par l'Administration et les règles applicables à cette autorisation. Ainsi, précisent-ils, eu égard au secteur concerné, rien n'interdit de penser que certaines de ces dispositions législatives ou réglementaires afférentes à cette activité sont de nature pénale -d'où le risque évoqué à l'instant- où à tout le moins étrangères au domaine d'activité de l'Autorité de régulation.

Cette argumentation ne me paraît pas pouvoir être retenue.

En effet, la loi déferée n'a ni pour objet ni pour effet de permettre à l'A.R.T. de sanctionner des infractions à d'autres dispositions que celles du code des postes et télécommunications ou des autorisations données aux opérateurs pour leur activité dans les télécommunications. C'est ce qui ressort du 3° de l'article L. 36-7 aux termes duquel l'A.R.T. contrôle le respect pour les opérateurs des obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables en vertu du présent code et des autorisations dont ils bénéficient et sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues aux articles L. 36-10 -relatif à la saisine par le Président de l'A.R.T. du Conseil de la concurrence ou du Procureur de la République- et L. 36-11 qui fait l'objet de notre examen. Je vous propose tant pour répondre aux requérants qu'à titre "pédagogique" de bien préciser dans notre décision la portée -et les limites- de l'expression "dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité" qui ne peut en aucun cas fonder la possibilité pour l'A.R.T. de sortir de son champ de compétences.

Une telle précision devrait être de nature à conjurer le risque du prononcé d'une sanction administrative pour une infraction pénale. Je vous invite donc à rejeter les griefs des requérants relatifs au pouvoir de sanction de l'A.R.T.

Monsieur le Président : Sur ce problème délicat des sanctions, qui est pour cette conclusion?

Monsieur AMELLER : Je souhaite intervenir, simplement pour dire à quel point la multiplication de ces commissions de sages justifie la critique de l'"adhocratie" faite par Monsieur FABIOUS.

Monsieur LANCELOT : C'est un problème, c'est vrai. Mais nous sommes en présence d'une évolution dans laquelle il ne faut pas rentrer à reculons, mais en encadrant les pouvoirs des Autorités administratives indépendantes. C'est précisément ce que fait la loi.

Monsieur le Président : On peut être rassuré quand on voit comment sont nommés les membres.

Monsieur LANCELOT : Dont le nombre a été augmenté fort heureusement au cours de la discussion parlementaire.

Monsieur le Président : Bien, vous pouvez poursuivre.

Monsieur LANCELOT poursuit sur le 4ème grief de l'article 8.

Monsieur LANCELOT : **Le quatrième grief**, enfin, est relatif au partage entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative du contentieux des décisions prises par l'ART, question qui pourrait être réglée entre le Pavillon Montpensier et l'aile centrale du Palais Royal...

Dans le silence de la loi, le contentieux des décisions de l'ART -autorité administrative- relève du juge administratif. Il en est ainsi, par exemple, des recours dirigés contre les autorisations d'établissement de réseaux indépendants - article L. 33-2- contre les décisions d'attribution de fréquences aux opérateurs - article L. 36-6 - 6°- ou encore contre les sanctions déjà évoquées.

Il est un domaine, cependant, où le législateur a entendu attribuer compétence au juge judiciaire, et, plus précisément, à la cour d'appel de Paris. Il s'agit des recours en annulation et en réformation dirigés contre les décisions prises en application de l'article L. 36-8.

Ces décisions concernent pour l'essentiel l'interconnexion, telle qu'elle est définie à l'article 1er de la loi : interconnexion entre réseaux ouverts au public ou accès à un réseau d'un prestataire de service téléphonique.

Selon l'article L. 34-8, cette interconnexion est de droit, et ne peut être refusée lorsque, dit le texte, "elle est raisonnable". Aux termes du même article, l'interconnexion fait l'objet d'une convention de droit privé entre les parties concernées, laquelle détermine "les conditions techniques et financières de l'interconnexion";

En cas de refus d'interconnexion, ou de différends rencontrés lors de la négociation ou de l'exécution de la convention d'interconnexion, l'une ou l'autre des parties concernées peut saisir l'Autorité, qui, après une procédure contradictoire, prend une décision motivée précisant "les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion des réseaux, ou l'accès à un réseau doit s'opérer".

Lorsqu' un désaccord surgit dans l'exécution d'une convention d'interconnexion, et en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des télécommunications, l'Autorité est également habilitée à prendre des mesures conservatoires afin notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux (article L. 36-8-I).

Enfin, l'Autorité peut être saisie de différends portant soit sur les conditions de mise en conformité des conventions comportant des clauses excluant ou restreignant la fourniture des services de télécommunications sur les réseaux cablés de télédistribution, soit sur les possibilités et conditions d'utilisation partagée, entre les opérateurs, d'installations existantes (article L. 36-8-II).

Les auteurs de la saisine estiment que c'est à tort que le législateur a attribué cette compétence au juge judiciaire. Ils rappellent la décision de notre Conseil en date du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence, qui a admis l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel "relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif.. ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle", autorités au nombre desquelles figurent les autorités administratives indépendantes.

Il est vrai que, toujours selon la décision de 1987, "les nécessités d'une bonne administration de la justice" peuvent justifier des "aménagements précis et limités des règles de compétence" de façon à "unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé".

Mais, une telle dérogation ne se justifie pas en l'espèce, soutiennent les requérants, puisque, précisément, l'essentiel du contentieux des décisions de l'Autorité relève déjà de la compétence du juge administratif. Or, il importe, estiment-ils que le justiciable soit en mesure de trouver aisément son juge. Ce point de vue est partagé, nous y reviendrons, par le Conseil d'Etat dans l'avis qu'il a rendu sur le projet de loi.

Que penser de cette argumentation ?

Il apparaît selon moi difficile de contester que les décisions prises par l'autorité de régulation dans ces matières constituent des décisions "prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique".

En effet il ne faut pas seulement entendre par là, comme l'affirme en défense le gouvernement, les seules décisions prises "dans l'exercice des pouvoirs régaliens" de l'Etat. Il s'agit, beaucoup plus largement, de toutes les décisions exécutoires prises par des autorités administratives, et ce, même lorsque celles-ci interviennent dans le champ de relations de droit privé. Que l'on songe par exemple, aux décisions de l'inspecteur du travail s'opposant au licenciement d'un salarié protégé, ou encore aux décisions prises dans le cadre de la réglementation de la concurrence et des prix. Dans son avis en date du 28 mars 1996, le Conseil d'Etat affirme d'ailleurs, laconiquement mais fermement, que l'ensemble du contentieux des décisions de l'ART "relève normalement de la juridiction administrative".

Faut-il pour autant censurer cette attribution de compétence à la cour d'appel de Paris ? Je ne vous le propose pas.

Il est en effet, selon moi, deux manières différentes de construire, dans un souci de bonne administration de la justice, ce qu'il est convenu d'appeler "un bloc de compétence" :

- La première s'appuie sur un critère organique : elle aurait consisté en l'espèce, à unifier le contentieux autour de l'Autorité de régulation. C'est le point de vue défendu par les requérants, et également, dans son avis, par le Conseil d'Etat ("l'attribution à la cour d'appel de Paris...du contentieux en matière d'interconnexion aurait pour effet d'introduire une séparation dans le contentieux de la régulation des télécommunications") ;

- Mais il était selon moi, loisible au législateur de choisir comme il l'a fait un critère matériel d'unification du contentieux, privilégiant la nature des décisions en cause.

S'agissant des décisions et mesures conservatoires prises par l'Autorité en matière d'interconnexion, elles ont trait soit à des refus d'interconnexion relevant du droit

de la concurrence, soit à des différends de nature technique ou commerciale rencontrés dans la négociation ou l'exécution des conventions d'interconnexion lesquelles constituent, on l'a dit, par détermination de la loi, des conventions de droit privé.

Quant aux conventions visées au II de l'article L 36-8 elles ne sont pas expressément qualifiées de droit privé par la loi mais le sont assurément en application des critères jurisprudentiels habituels. Tel est le cas, notamment, des contrats passés entre opérateurs pour partager des installations existantes, lesquels porteront sur les modalités techniques et financières d'un tel partage, et sont clairement à distinguer des contrats passés par les opérateurs avec les collectivités locales en cas d'occupation du domaine public, lesquels relèvent au contraire du droit public.

L'ensemble de ce contentieux entre opérateurs privés, est donc, on le voit, de nature essentiellement technique et commerciale et revient donc "naturellement" au juge judiciaire.

Il importe de relever par ailleurs que, dans tous les cas, la saisine de l'Autorité de régulation n'est qu'une faculté ouverte par la loi (les parties "peuvent" saisir l'autorité, dit le texte) et non une obligation. Les intéressés peuvent donc préférer saisir directement soit le Conseil de la concurrence et, en appel, la cour d'appel de Paris, soit le juge du contrat.

On comprend dans ces conditions que le législateur ait préféré, dans un souci de bonne administration de la justice, unifier ce contentieux spécifique sous le contrôle de la Cour de cassation.

C'est la raison pour laquelle je vous propose de rejeter également ce grief.

Monsieur le Président : Vous avez entendu sur ce sujet délicat les conclusions du rapporteur. Qu'en pense le Conseil ?

J'ai cru comprendre qu'il s'agissait de trancher des conflits de droit privé. Si on s'adresse à l'ART, c'est donc à un arbitre, qui se dépouille alors de sa compétence régalienne.

Monsieur ABADIE : Une question. On a la possibilité d'aller soit devant l'ART, soit devant le juge du contrat. Mais quel est le juge du contrat ? Le juge judiciaire, s'il s'agit d'un problème de droit commercial, le juge administratif pour ce qui concerne les clauses exorbitantes ?

Monsieur LANCELOT : Il semble qu'il s'agisse du juge judiciaire. Ce sera d'un conflit de droit privé qu'il aura à connaître.

Monsieur ABADIE : Faut-il éliminer d'office la compétence du juge administratif ?

Madame LENOIR : Je ne suis pas favorable à la solution du rapporteur. Ce n'est pas par corporatisme, mais parce que la solution proposée constitue un revirement de la jurisprudence de 1987, en affaiblissement la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la compétence de la juridiction administrative. D'autre part, loin d'unifier les comptes, la solution proposée tend à les dissocier. Enfin, cette solution obère la connotation de service public qui imprègne les deux textes soumis à notre examen.

Tous les actes qui marquent une prérogative de puissance publique doivent en effet relever du juge administratif sauf ce qui relève par nature du juge judiciaire, comme la protection de la liberté individuelle. La mise en concurrence se fera en matière de télécommunications, par interconnexions sur les réseaux publics, sur autorisation du ministre, et sur la base de cahiers des charges définis par l'ART. Au milieu de cela il y aura des contrats de droit privé, mais qui toucheront aux missions de service public des opérateurs. Je ne vois pas pourquoi alors faire éclater le bloc de compétence existant en faveur du juge administratif. Ainsi, la péréquation des prix, l'adaptation du service universel continueront à relever du juge administratif. Les compétences de l'ART sont très différentes de celles du conseil de la concurrence, qui n'a pas à se préoccuper du service public mais seulement à vérifier que la concurrence est bien respectée.

Pour l'ensemble de ces raisons, sauf à renoncer à notre jurisprudence, je ne crois pas possible de suivre le rapporteur.

Monsieur LANCELOT : Je ne répondrai pas longuement. Mais je voudrais dire que je ne vois pas ici un changement de notre jurisprudence, mais la volonté de la faire vivre, de ne pas la figer, de tenir compte de la double nature de ces autorités.

Nous sommes dans un secteur qui s'ouvre à la concurrence, ce qui va poser une question d'unification du droit applicable. N'est-il pas justifié de laisser un espace au juge judiciaire, dont la compétence rassurera les opérateurs étrangers et les partenaires privés ? Le juge administratif peut donner un sentiment sans doute à tort, d'étatisation du secteur, laquelle n'est plus aujourd'hui de mise.

Il ne faut pas que le juge administratif soit trop "glouton" et cherche à créer à son profit un bloc de compétence.

Monsieur le Président : Les arguments du rapporteur sont très subtils. La décision du juge administratif pêche souvent par son absence de caractère exécutoire. Cela peut inquiéter les opérateurs internationaux... Je pèse mes mots. Le juge judiciaire

n'offre-t-il pas davantage de garanties ? Il a fallu beaucoup de temps au Conseil d'Etat pour admettre la suprématie des juridictions européennes.

Monsieur LANCELOT : Et ce n'est pas encore fait...

Monsieur ROBERT : J'irai assez dans le sens de Madame LENOIR. Ce n'est pas la première fois que nous rencontrons ce type de problème. Notre jurisprudence est très claire. Et nous l'avons appliquée dans des conditions plus délicates et difficiles ; je pense par exemple à la loi Pasqua en 1993. Nous avons ainsi considéré que les reconduites à la frontière relevaient du juge administratif, mais que les rétentions administratives touchaient à la liberté d'aller et venir et relevaient du juge judiciaire. Et je me souviens que les plus hautes autorités juridictionnelles se rejetaient la compétence ! Le critère à retenir me paraît être l'intérêt des justiciables qui milite en faveur du bloc de compétence, mais je ne voudrais pas que ce critère soit utilisé comme un argument de facilité. Je pense que s'il y a une "atmosphère" de droit public, la compétence doit être celle du juge administratif.

Monsieur AMELLER : Je suis assez convaincu par cette dernière thèse mais je voudrais bien savoir en quoi le choix du législateur serait inconstitutionnel. Le Parlement n'est-il pas en mesure de choisir lui-même le juge compétent ?

Monsieur le Secrétaire général : Pour l'information du Conseil, je me propose de donner lecture de l'avis du Conseil d'Etat :

"L'autorité de régulation des télécommunications dont le projet prévoit la création est une autorité administrative. Le contentieux de ses décisions, conformément à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, relève normalement de la juridiction administrative.

Certes, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il est dans certains cas loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé.

Mais, dans le cas présent, l'attribution à la cour d'appel de Paris, qui connaît des recours dirigés contre le Conseil de la concurrence, du contentieux des décisions de l'autorité de régulation en matière d'interconnexion, aurait au contraire pour effet d'introduire une séparation dans le contentieux de la régulation des télécommunications.

Les litiges concernant les autorisations, les contributions au financement du service universel et les sanctions relèveraient de la juridiction administrative. Ceux concernant l'interconnexion, qui au demeurant, n'intéressent pas que le droit de la concurrence, relèveraient de l'ordre judiciaire. Les mêmes questions de fait

ou de droit pourraient dans le cadre de cette séparation être tranchés, tantôt par l'un, tantôt par l'autre ordre de juridiction.

Il apparaît ainsi que dans le cas présent, le respect du principe de valeur constitutionnelle susrappelé implique que l'ensemble du contentieux des décisions de l'autorité de régulation des télécommunications soit soumis à la juridiction administrative".

Deux lectures de la décision de 1987 s'opposent donc :

- celle du Conseil d'Etat, qui trouve dans la règle de l'unification de compétence juridictionnelle, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, matière à affirmer ici la compétence du juge administratif, en s'appuyant donc sur un critère organique : l'ensemble du contentieux concernant l'autorité de régulation relevant de la compétence administrative ;

- celle de Monsieur le rapporteur, qui tend à faire prévaloir un critère matériel de l'unification de compétence, en s'appuyant sur la nature des décisions en cause et qui doit alors conduire à unifier les contentieux concernés sous le contrôle de la Cour de cassation.

Monsieur LANCELOT : Je remercie Monsieur le Secrétaire général. Aujourd'hui je ne propose pas d'élargir une brèche dans notre jurisprudence mais je pense que, plutôt que de se crispier, il est souhaitable de laisser vivre cette jurisprudence. Le législateur, de manière convaincante, propose la compétence judiciaire et je crois qu'une censure irait vraiment dans le sens de la crispation.

Monsieur ROBERT : Alors, il faut faire de la bonne action de la justice un objectif de valeur constitutionnelle.

Monsieur FAURE : Je ne suis pas compétent en la matière. Mais le Parlement a choisi, de façon assez convaincante. Est-ce à nous de le rappeler systématiquement au respect d'un droit subtil que nous construisons nous-mêmes ? Les arguments du rapporteur sont de surcroît très pertinents. Je suis donc pour ne pas censurer le dispositif.

Madame LENOIR : Sans entrer dans le débat politique, je relève qu'en effet, plus il y aura de droit privé, plus cela rassurera les opérateurs. Mais il faut alors en être conscients et assumer ce changement qui a conduit à des soubresauts, comme en témoigne la grève de 1995. On doit être conscients de cette évolution et se demander comment articuler les règles de droit, notamment le principe fondamental reconnu par les lois de la République sur la compétence de la juridiction administrative, avec cette évolution. Je précise en outre que si la

juridiction administrative s'interdisait d'adresser des injonctions, ce serait contraire au droit communautaire.

Monsieur ABADIE : Je suis partagé. Les arguments des deux côtés ont leur poids. Je suis inquiet de la dénaturation de certaines notions que nous avons consacrées. En outre, là où il y a puissance publique, là est la compétence du juge administratif. Mais on se trouve ici dans un cas très étroit, concernant les interconnexions. Le bloc de compétence doit être normalement réalisé. Mais cela n'exclut pas des disjonctions. Je ne me sens pas en mesure d'opposer une objection d'inconstitutionnalité au choix très spécifique qu'a fait le législateur.

Monsieur CABANNES : Je suis tout à fait convaincu par les arguments du rapporteur et je ne le dis pas en fonction d'un quelconque corporatisme.

Monsieur le Président : Je vais faire voter. Je me pose deux questions : avons-nous des arguments constitutionnels pour censurer ? Personnellement, je n'en trouve pas. Nous allons vers un type de société plus "concurrentielle". Appartient-il au Conseil constitutionnel d'entrer dans un raisonnement qui consisterait à freiner cette évolution ? Je ne pense pas que ce soit notre rôle. Souvenons-nous des reproches faits à la Cour suprême des Etats-unis à l'époque du New Deal.

Madame LENOIR : Ce n'est pas ce que j'ai dit...

Monsieur le Président : Je ne dis pas cela. Je pose des questions et j'apporte mes réponses. Je voudrais maintenant consulter le Conseil.

Quels sont ceux qui sont pour les conclusions du rapporteur ?
(*MM. le Président, LANCELOT, ABADIE, AMELLER, FAURE et CABANNES*).

Quels sont ceux qui sont contre ?
(*M. ROBERT et Mme LENOIR*).

Bien, Monsieur le rapporteur, vous pouvez poursuivre.

Monsieur LANCELOT poursuit sur l'article 15.

Monsieur LANCELOT : Nous en arrivons à l'article 15 qui nous retiendra plus longuement. Il présente un caractère distinct et son l'objet est différent du reste de la loi. Il concerne en effet expressément les services télématiques et tend à doter les services sur Internet d'un cadre juridique tout en protégeant les fournisseurs d'accès. Ce dispositif a assurément un but louable mais il est intervenu dans des conditions discutables.

Il répond à un but louable, comme l'a parfaitement bien exposé le ministre François FILLON, en le présentant devant le Sénat.

Il a ainsi rappelé que la législation française est aujourd'hui inadaptée devant l'existence d'un réseau qui est un réseau mondial, qui n'appartient à personne et sur lequel circulent librement des informations de toutes sortes ; que si, pour l'essentiel, ces informations sont à caractère académique, commercial, etc., il en est quelques-unes qui se trouvent en contravention manifeste avec la loi pénale française, comme les serveurs révisionnistes ou ceux qui mettent en cause l'intégrité de la personne humaine.

Il s'est également appuyé sur l'actualité ayant immédiatement précédé la discussion du projet de loi. Deux chefs d'entreprise dont le métier est d'offrir des accès à ce réseau ont été mis en examen au motif que des informations à caractère pédophile avaient transité par la porte d'accès au réseau Internet qu'ils offrent à leurs clients.

Or, selon le ministre leur mise en examen résulte d'une sorte de contresens. En effet, a-t-il précisé, ce ne sont pas ceux qui transportent les informations ou ceux qui offrent des accès au réseau Internet mais bien les éditeurs des services qui doivent être considérés comme responsables de la nature de ces informations.

Aussi bien, afin de clarifier la situation et de permettre à ces entreprises de continuer à développer les accès sur le réseau Internet dans notre pays, le Gouvernement a-t-il proposé un amendement tendant à clarifier les responsabilités.

Et c'est là que le bât blesse. Ce dispositif que je vais vous présenter est intervenu dans des conditions très discutables. On devine le contexte. Des professionnels en émoi après la mise en examen de deux de leurs. Le Gouvernement sujet de de légitimes pressions de leur part. Un texte opportunément en discussion sur un sujet voisin. Il suffit dès lors de présenter un amendement de séance. La discussion a déjà eu lieu à l'Assemblée. Qu'importe ! Il sera présenté au Sénat, deuxième assemblée saisie, sans faire l'objet d'un rapport écrit de la commission puisque c'est un amendement de séance. Le débat sera réduit à sa plus simple expression. D'ailleurs qui oserait s'opposer à ce texte qui tend d'une part à lutter contre les pires excès, réseaux négationnistes ou pédophiles, d'autre part à mettre sur pied un mécanisme d'exonération pénale pour des fournisseurs d'accès qui, ignorant la réalité des services auxquels ils permettent d'accéder, peuvent cependant être mise en examen ? Les vrais problèmes -que nous verrons dans un instant- ne sont pas abordés au cours du débat parlementaire. L'opposition n'est pas en mesure d'exercer son rôle critique, car elle ne dispose pas de tous les éléments de la discussion.

Est-ce à dire qu'en deuxième lecture les travaux préparatoires et le débat pourront pallier ces lacunes ? Non, car il n'y aura pas de deuxième lecture puisque le

Gouvernement ayant déclaré l'urgence, le Premier ministre a provoqué la réunion d'une commission mixte paritaire.

Celle-ci, aux termes de l'article 45 de la Constitution, est chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion à la suite d'un désaccord entre les deux assemblées. Pour "l'homme de la rue", une telle formulation recouvre les dispositions dont les deux assemblées ont eu à connaître. C'est d'ailleurs la lecture qu'en avaient les chambres en rédigeant leurs règlements puisqu'elles y ont interdit l'introduction de dispositions additionnelles en cours de navette. Mais ce n'est pas la position du Conseil constitutionnel qui a admis qu'une disposition en discussion, sur laquelle les assemblées n'avaient pu parvenir à un accord pouvait être une disposition qui n'avait fait l'objet d'un examen que pour une assemblée. C'est bien le cas ici, le cas d'école pourrait-on dire, avec les inconvénients liés à l'absence de débat. La CMP, ayant bien d'autres sujets de réels désaccords, s'est empressée de retenir sans le modifier le texte voté par le Sénat. Il restait aux assemblées à l'adopter et je vous le rappelle que les amendements ne sont pas recevables sauf accord du Gouvernement. Précisément, il y a eu un amendement, du Gouvernement lui-même, qui s'est aperçu des risques d'incohérence d'une des dispositions et a proposé une nouvelle rédaction qui n'est pas non plus sans soulever des interrogations. Voilà donc les conditions reflétant une indéniable impréparation et une absence de travaux préparatoires et de discussion, dans lesquelles le texte qu'il me reste à vous présenter a été adopté.

L'article 15 se présente comme véritable petit projet de loi. Il vise à insérer trois articles numérotés 43-1, 43-2 et 43-3 dans la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

L'article 43-1 fait obligation à tous ceux qui offrent des accès à un service de communication audiovisuelle qui n'est ni une télé ni une radio diffusée par voie hertzienne ou distribuée par câble -en réalité cela vise les services télématiques et en particulier Internet- de proposer un logiciel "de contrôle d'accès" permettant dans la pratique aux familles, de décider des informations qu'elles laissent en libre accès aux mineurs.

L'article 43-2 vise à placer auprès du Conseil supérieur de l'audiovisuel un Comité supérieur de la télématique, composé pour moitié de représentants des professionnels et pour l'autre de représentants d'usagers et de personnalités qualifiées, parmi lesquelles le CSA désigne le Président du Comité. Le mécanisme mis en place est assez complexe.

D'une part, le Comité supérieur de la télématique élaborera des recommandations propres à assurer le respect par les services télématiques des règles déontologiques adaptées à la nature des services proposés. Puis ces recommandations devront être adoptées par le CSA avant d'être publiées au journal officiel.

D'autre part, en son sein, le Comité supérieur de la télématique comprendra une instance chargée d'émettre à la demande de différentes personnes : utilisateur, opérateur, fournisseur de services, organisation professionnelle, association d'utilisateurs, un avis sur le respect des recommandations déontologiques qui sera notifié aux intéressés. Lorsque le comité estimera que les recommandations ne sont pas respectées, son avis -l'avis du comité, dont on peut penser qu'il aura fait sien l'avis de l'instance, mais le texte est particulièrement mal rédigé- sera publié au journal officiel.

L'article 43-2 comprend également des dispositions relatives aux conditions dans lesquelles le Comité peut être saisi de toute réclamation contre un service, à l'information du Procureur de la République en cas de faute de nature à motiver des poursuites pénales ou aux activités d'étude et de coopération internationale du comité. Enfin, il est prévu qu'un décret précise sa composition et ses modalités de fonctionnement et précise ses attributions en ce qui concerne les services offerts sur des accès télématiques anonymes.

L'article 43-3 pour sa part instaure un curieux mécanisme d'irresponsabilité pénale au bénéfice des fournisseurs d'accès pour les infractions résultant du contenu des messages diffusés par un service télématique à deux conditions : qu'ils aient proposé un mécanisme de contrôle d'accès et que le service en cause n'ait pas fait l'objet d'un avis défavorable publié au journal officiel. Toutefois, ce régime d'irresponsabilité disparaît s'il est établi que le fournisseur d'accès a, en connaissance de cause, personnellement commis l'infraction ou participé à sa commission.

Il s'agit donc "d'encadrer" le fonctionnement des services télématiques, sans porter atteinte à leur liberté mais en posant des règles déontologiques en fonction desquelles des avis défavorables pourront être émis et dont l'absence sera un indice de l'irresponsabilité du fournisseur d'accès dans l'ignorance du caractère répréhensible d'un service.

Ce dispositif fait l'objet de nombreuses critiques de la part des auteurs de la saisine, dirigées contre les articles 43-2 et 43-3 ; l'article 43-1 qui fait obligation aux fournisseurs d'accès d'offrir un logiciel de contrainte d'accès n'appelant pas de critique particulière.

Les requérants soutiennent que d'une manière générale le Comité supérieur de la télématique se trouverait doté de pouvoirs propres en méconnaissance de l'article 34 de la Constitution et des articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, relatifs à la liberté d'opinion et de communication.

En premier lieu, ils soutiennent que l'élaboration par le C.S.A. de règles déontologiques porterait atteinte à la compétence du seul législateur de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et qu'en particulier la loi ne saurait déléguer à une autorité administrative une telle compétence sans indiquer le champ d'application précis de ces règles déontologiques et qu'il appartenait au législateur de définir la composition d'un comité intervenant dans un domaine touchant aux libertés publiques et la procédure applicable devant lui.

En second lieu, ils mettent en cause la procédure d'avis relatifs au respect des recommandations déontologiques. Cette procédure contreviendrait à plusieurs règles de nature constitutionnelle. Ainsi, la définition d'une déontologie servant de base à l'adoption d'avis faisant grief, propres à fonder des poursuites pénales s'apparenterait à l'édiction déguisée d'une procédure d'autorisation préalable ; la composition de l'instance appelée à donner un avis susceptible de déclencher d'éventuelles poursuites pénales n'est pas définie par la loi alors que ses décisions concerneraient à l'évidence les libertés publiques ; le Comité supérieur de la télématique serait doté d'un pouvoir d'interprétation de la loi pénale et indirectement de déclenchement des poursuites pénales qui lierait le juge pénal ; le principe de légalité des délits et des peines serait méconnu en ce que les avis défavorables du comité seraient pris en application de règles déontologiques au contenu imprécis, voire inconnu . Enfin, le droit au recours effectif et les droits de la défense seraient manifestement violés ;

Certains de ces griefs ne retiendront pas longuement notre attention. Il en va ainsi des critiques concernant le droit au recours effectif, qui s'agissant de décisions administratives faisant grief, pourra s'exercer devant le juge administratif avec les garanties y afférentes. A cet égard, je vous rappelle que les avis défavorables rendus pas l'instance créée au sein du comité de la télématique seront notifiés aux intéressés qui pourront présenter leurs observations.

En ce qui concerne la composition de l'organe appelé à émettre des avis, il faut tout d'abord souligner l'imprécision de la loi, qui est due à un défaut de rédaction. Je vous relis la disposition en cause : "Une instance chargée d'émettre .. un avis... Cet avis est notifié aux intéressés. Lorsque le comité estime que le service ne respecte pas ces recommandations, son avis est publié au journal officiel"...Pour les requérants, il est clair que c'est l'instance -dont rien n'est dit dans la loi quant à sa composition- qui rend l'avis et que c'est son avis qui est publié au journal officiel.

Pour le Gouvernement, qui fait une lecture sans doute grammaticalement plus correcte, il convient de distinguer le rôle de l'instance de celui du comité et c'est l'avis de ce dernier qui sera publié : "l'instance se bornera à donner un avis dont il appartiendra au seul Comité de tirer les conséquences, le cas échéant, en décidant de le publier au journal officiel.

"Avant cette décision l'avis sera notifié aux intéressés. Ces derniers seront ainsi mis à même, conformément au principe général des droits de la défense, de faire part de leurs observations sur les griefs qui pourraient être retenus dans l'avis. Ce n'est qu'au terme de cette procédure que le Comité portera sa propre appréciation sur le respect par le service concerné des recommandations précédemment édictées.

"L'intention du législateur a donc clairement été de réserver au Comité, sur la composition duquel la loi fournit des précisions suffisantes, la compétence pour décider du seul acte susceptible d'avoir une incidence pratique pour les fournisseurs de service, c'est-à-dire la décision de publier l'avis défavorable. L'intervention de l'instance prévue au même article présente donc un caractère préparatoire. Il va de soi, que les avis qu'elle émettra pourront être confirmés, rectifiés ou infirmés à la diligence du Comité".

Et pour qu'aucune doute ne subsiste, le gouvernement nous précise dans ses observations qu'il est "évident, (sic) au surplus, que la composition de l'instance constituée au sein du Comité ne pourra que refléter celle de ce dernier, dès lors qu'elle n'en sera que l'émanation. Elle sera donc composée, de même, pour moitié de représentant des fournisseurs et pour moitié de personnalités qualifiées. Elle sera également présidée par le président désigné par le CSA. Autrement dit, le législateur a simplement souhaité en prévoyant l'intervention, à un stade préparatoire, de cette instance, que le Comité puisse par là même siéger dans une formation plus restreinte".

Toutes ces explications sont les bienvenues, d'autant plus qu'elles précisent des dispositions qui n'ont, en réalité, rien d'évident. Mais je ne vous proposerai pas pour autant de fonder sur elles une inconstitutionnalité. De même, je ne suivrai pas les requérants dans leur argumentation relative au mécanisme mis en place par l'article 43-3.

Selon eux, cette procédure complexe de définition d'une déontologie qui servira de base à l'adoption d'avis faisant grief et propres à fonder des poursuites pénales s'apparente à l'édiction déguisée d'une procédure d'autorisation préalable;

Or, ce dispositif n'a nullement pour objet d'instaurer une censure déguisée ou de restreindre la liberté d'expression et de communication sur les réseaux télématique ou "Internet". Cette liberté reste soumise au régime de déclaration préalable défini au 1° de l'article 43 de la loi du 30 septembre 1986. Les dispositions critiquées n'ont ni pour objet, ni pour effet, de réintroduire, fût-ce indirectement, une autorisation ou un agrément préalable à la fourniture des services de communication audiovisuelle relevant de l'article 43 (1°) de la loi du 30 septembre 1986.

Au contraire, le dispositif a été conçu pour clarifier la situation des professionnels qui assurent la "fourniture d'accès". Ces derniers sont incités à exercer une vigilance accrue à l'égard des services de communications qui auraient fait l'objet d'un avis défavorable de la part du Comité supérieur de la télématique.

En contrepartie a été organisée une sorte de présomption d'irresponsabilité pour ceux qui se sont conformés aux dispositions de l'article 43-1 et qui offrent l'accès à des services n'ayant pas fait l'objet d'un avis défavorable. Telle est d'ailleurs clairement la thèse qu'a soutenu le Gouvernement en présentant son amendement.

Cette disposition, a déclaré Monsieur FILLON, "vise à exonérer de leur responsabilité pénale les offreurs d'accès à Internet sous réserve qu'ils satisfassent aux deux obligations suivantes : d'une part, qu'ils fournissent un logiciel de contrôle parental, et d'autre part, qu'ils ne laissant pas en libre accès des serveurs qui auraient fait l'objet d'un avis défavorable de la part de ce comité supérieur de la télématique."

Mais si tel est le cas on peut alors sérieusement s'interroger sur sa constitutionnalité non pas, comme le croient les requérants, en ce qu'il créerait une présomption de responsabilité pénale mais en ce qu'il ferait dépendre l'appréciation du juge pénal de l'avis, ou plutôt de l'absence d'avis défavorable du comité de la télématique. Toutefois pour ne pas encourir tel reproche, l'article 43-3 édicte une exception ; la responsabilité pénale du fournisseur d'accès pourra être engagée s'il est établi qu'il a personnellement et intentionnellement commis une infraction ou participé à sa commission. En d'autres termes, il est irresponsable sauf s'il est prouvé qu'il est responsable, ce qui revient à rappeler la présomption d'innocence qui s'impose à l'évidence et en tout état de cause. C'est du droit pénal "expressif"! En ce cas, la disposition n'est pas inconstitutionnelle, mais elle n'apporte rien !

Cependant, les choses ne sont peut être pas si simples. La notion de participation à la commission d'une infraction qui figure dans l'article n'est pas une expression employée par le code pénal ; la doctrine l'utilise parfois soit pour dire que coaction et complicité sont deux formes de participation à l'infraction, soit pour décrire la complicité. Sur ce point le code pénal en son article 121-6, décrit la complicité par référence à des actes précis sans utiliser la terminologie de "participation", dont l'imprécision est évidente ; de façon générale, la participation matérielle en connaissance de cause à la commission d'une infraction est retenue par le juge sous la qualification de coaction.

Dans l'hypothèse où l'on retiendrait la thèse du gouvernement selon laquelle la participation vise la complicité, toute difficulté ne disparaîtrait pas pour autant ; en effet, la complicité "par abstention", création prétorienne, de laquelle il résulte que la personne qui, ayant connaissance des crimes ou délits, les laisse se commettre alors qu'elle a les moyens de s'y opposer, pourra-t-elle être retenue par la

jurisprudence ? Cela paraît peu probable, au regard d'une part, de la rédaction même de l'article 43-3 qui pose le principe de l'exonération de responsabilité et d'autre part, du principe, posé par l'article 111-4 du code pénal, de l'interprétation stricte de la loi pénale. Or cette forme de complicité, dans la matière en cause devrait être fréquente ; il est donc "gênant" de faire échapper des faits importants à l'appréciation du juge ; c'est à lui qu'il revient de dire si les faits sont caractérisés et si la collusion est bien punissable.

A cette étape de l'analyse, vous avez pu mesurer toute l'imprécision du texte, due comme je vous l'exposais à l'instant, à l'impréparation de ses dispositions et à l'absence de réel débat. Il faut en outre savoir que sur le plan technique, le dispositif fait l'objet de nombreuses critiques, souvent judicieuses, de spécialistes. Vous avez eu connaissance comme moi d'une "porte étroite" qui aborde de réels problèmes.

Ainsi, nous est-il expliqué, faute d'une définition claire d'un service Internet et du critère discriminant qui le distingue d'un autre service, un abonné pourra se connecter à un service dont le contenu aura fait l'objet d'un avis défavorable du comité et dont une des adresses aura fait l'objet d'un barrage électronique, mais auquel il aura pu accéder grâce à une adresse différente. En effet, un service pourra changer très aisément d'adresse sans que le fournisseur d'accès ait les moyens techniques de s'y opposer. Or, la connexion pourra faire l'objet d'une mise en cause de la responsabilité pénale du fournisseur d'accès, quand bien même celui-ci aurait pris les mesures nécessaires pour restreindre l'accès à une adresse donnée. Dans la pratique le mécanisme pourrait alors avoir les effets inverses de ceux cherchés par ses auteurs !

Cela étant, c'est sur un dernier point, le plus incontestable en ce qu'il se traduit par une incompétence négative du législateur dans une matière touchant aux libertés publiques que je vous propose de censurer le dispositif proposé. Vous savez en effet qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, c'est à la loi que revient le soin de fixer les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et qu'il appartient au législateur d'assurer la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis. De jurisprudence bien établie, nous considérons que s'il peut déléguer la mise en oeuvre de cette sauvegarde au pouvoir réglementaire, il doit toutefois déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires.

En ce qui concerne la liberté de communication, il doit en outre tenir compte de l'état des techniques et de leur maîtrise pour concilier l'exercice de cette liberté telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen avec les contraintes techniques des moyens de communication et les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et le pluralisme des courants d'expression socioculturels.

En matière audiovisuelle, le législateur a ainsi souvent défini avec un certain luxe de détails, le cadre dans lequel l'autorité de régulation devait fixer telles ou telles règles. Il en va notamment ainsi en ce qui concerne le contenu des conventions passées entre le CSA et le service de communication audiovisuelle -radio ou télévision- autorisé.

Or, en ce qui concerne la télématique, le législateur a fait preuve d'une curieuse abstention. Il a confié au Comité supérieur de la télématique de soin d'élaborer et de proposer à l'adoption du Conseil supérieur de l'audiovisuel, des recommandations propres à assurer le respect par les services télématiques de règles déontologiques, sans fixer à la détermination de ces recommandations, au regard desquelles des avis, susceptibles d'avoir des incidences pénales, pourront être émis, d'autres limites que celles très générales résultant de l'article 1er de la loi relative à la liberté de communication et qui pour certains n'ont absolument rien à voir avec la télématique, comme la nécessité de développer une industrie nationale de programmes ou les besoins de la défense nationale ! Le législateur a ainsi méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution et c'est pourquoi je vous propose la censure des dispositions du 1er alinéa de l'article 43-2 qui commande l'ensemble du dispositif et entraîne donc celle des autres alinéas de cet article ainsi que de l'article 43-3 qui en est la conséquence.

Je vous propose donc de rendre une décision de conformité constitutionnelle sur les dispositions qui nous ont été soumises à l'exception de celles figurant à l'article 15, rattachées trop hâtivement au projet de loi. Elles nécessitent à l'évidence d'être réécrites après une étude approfondie associant à la réflexion toutes les parties concernées et un véritable débat parlementaire.

Monsieur le Président : Qui demande la parole ?

Monsieur AMELLER : C'est sur les "conditions désastreuses", selon les termes de notre rapporteur, de l'adoption de l'article 15 que je souhaiterais revenir très brièvement.

Voici un amendement devenue partie intégrante de la loi alors que, par suite de la déclaration d'urgence du Gouvernement, il n'a été discuté que dans une seule assemblée avant la réunion de la commission mixte paritaire.

Or que dit l'article 45 de la Constitution ? ... que la commission mixte paritaire est chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion ; encore fallait-il qu'il y ait eu discussion de part et d'autre et qu'un désaccord soit né de cette discussion.

Une disposition ajoutée par une assemblée sans que l'autre ait été appelée à en connaître n'est pas une disposition restant en discussion.

La procédure utilisée me paraît donc peu conforme au deuxième alinéa de l'article 45 C.

Je sais qu'à de multiples reprises, le Conseil constitutionnel en a jugé autrement et que pour lui, du moins jusqu'ici, tout peut être remis en cause à tout niveau de lecture. C'est faire la part trop belle au Gouvernement qui dispose déjà de pouvoirs considérables dans la conduite de la procédure.

C'est la négation de la logique même de la procédure bicamérale, dite de l'entonnoir.

Il serait temps de revenir à cette logique pour rendre tout son sens à l'article 45 de la Constitution.

Rappelons que c'est pour limiter les conséquences de sa jurisprudence en la matière que le Conseil constitutionnel a élaboré une jurisprudence en quelque sort complémentaire mais tout aussi discutable sur les limites inhérentes au droit d'amendement (amendement Séguin) et sur la nécessité d'un lien avec le texte.

Monsieur le Président : Si je comprends bien, vous proposez une censure sur la forme...

Monsieur AMELLER : Pourquoi pas ?

Monsieur ROBERT : Sur le fond, je me demande si nous ne sommes pas un peu sévères. L'autorité de décision, c'est le C.S.A., pas le comité supérieur de la télématique ?

Mais je préfère la sécurité au laxisme et je suivrai le rapporteur.

Monsieur FAURE : Il me semblait que seul le 1er paragraphe du 43-2 était fautif. Mais pour le reste, la censure des autres paragraphes est-elle justifiée ?

Monsieur LANCELOT : Mais les autres sont inséparables. Ils n'ont plus de sens si nous censurons le 1er paragraphe du 43-2.

Monsieur le Président : Si je comprends bien, il n'y a pas de proposition alternative, à l'exception de celle de Monsieur AMELLER qui propose une censure pour des motifs de procédure. La thèse de Monsieur AMELLER est séduisante, mais elle constituerait un véritable revirement jurisprudentiel. Je crois qu'on pourra revenir sur cette question à une autre occasion.

Monsieur AMELLER : Je prends donc date pour l'avenir.

Monsieur le Président : Je consulte le Conseil sur la proposition du rapporteur.

(Elle est adoptée à l'unanimité).

La séance est suspendue à 13 h 15.

Elle est reprise à 14 h 30.

Monsieur le Président : Monsieur le rapporteur, voulez-vous donner lecture de la décision.

Monsieur LANCELOT donne lecture du projet de décision et s'arrête à la fin des considérants concernant l'article 6 de la loi.

Monsieur ABADIE : J'ai une petite hésitation sur ce dernier considérant. Ne semble-t-on pas constitutionnaliser la pérennité de la maîtrise des collectivités locales sur leur domaine public ? Alors que ce n'est pas le cas, l'Etat peut très bien le déclasser. C'est l'Etat qui a la maîtrise du domaine public des collectivités locales. Je suggère donc la suppression de la première phrase du premier considérant.

Monsieur CABANNES : Cette suppression ne me gêne pas, d'autant que le grief manque en fait.

Monsieur LANCELOT : Je la trouve un peu sévère pour les collectivités locales.

Monsieur ROBERT : Non, je pense qu'il faut maintenir cette phrase. Elle ne peut être considérée comme constitutionnalisant une quelconque maîtrise des collectivités locales sur leur domaine public qui ferait obstacle aux droits de l'Etat en la matière.

(Mis aux voix, les considérants relatifs à l'article 6 sont adoptés dans la rédaction proposée par le rapporteur).

Monsieur LANCELOT donne lecture des considérants concernant les ressources de l'ART.

(Ils sont adoptés dans la rédaction proposée par le rapporteur).

Monsieur LANCELOT donne lecture des considérants concernant le pouvoir réglementaire dévolu à l'ART.

(Ils sont adoptés dans la rédaction proposée par le rapporteur).

Monsieur LANCELOT donne lecture des considérants concernant le pouvoir de sanction accordé à l'ART.

(Ils sont adoptés dans la rédaction proposée par le rapporteur).

Monsieur LANCELOT donne lecture des considérants concernant la compétence attribuée à la Cour d'appel de Paris quant au contrôle de certaines décisions de l'ART.

Monsieur le Président : Des objections à cette rédaction ?

Je me pose une question. Page 14, l'unification des contentieux sous le contrôle de la Cour de cassation vise bien exclusivement ceux qui relèvent de la Cour d'appel de Paris ?

Monsieur LANCELOT : Absolument, Monsieur le Président. Il s'agit des contentieux spécifiques visés au I et II de l'article L. 36-8.

Madame LENOIR : Les autres contentieux continueront à relever du Conseil d'Etat.

Monsieur le Président : Bien, qui est pour le projet du rapporteur ?

Il est adopté par 5 voix pour (MM. le Président, LANCELOT, ABADIE, CABANNES et FAURE), 2 contre (M. ROBERT et Mme LENOIR) et 1 abstention (M. AMELLER).

Monsieur LANCELOT donne lecture des considérants relatifs à l'article 15.

Monsieur le Président : Qui demande la parole ?

La rédaction du dernier considérant montre bien l'articulation entre ce 1er paragraphe de l'article 43-2 et les autres dispositions.

Quels sont ceux qui sont pour ?

La rédaction proposée par le rapporteur est adoptée à l'unanimité.

Monsieur AMELLER : Je m'excuse de revenir en arrière. A la fin de la page 12 et au début de la page 13, la rédaction : "les règles de compétence au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé" correspond-elle bien à notre intention ?

Monsieur le Secrétaire général : C'est la reprise de notre précédent.

Monsieur le Président : Bien, je mets aux voix l'ensemble du projet de décision.

Il est adopté à l'unanimité.

Monsieur le Président : Madame le rapporteur, vous avez la parole sur la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom.

Madame LENOIR : Je décrirai d'abord brièvement le contexte dans lequel s'inscrit la loi.

I LE CONTEXTE DE LA REFORME

1) La mondialisation des services de télécommunications

Maître mot de l'économie, la mondialisation conditionne aujourd'hui les regroupements et fusions d'entreprises en vue de la constitution de géants industriels. La mondialisation se traduit aussi au niveau des circuits de financement de l'économie et de la circulation transfrontière des biens et des services.

Ce faisant la mondialisation de l'économie a nécessairement une influence sur le droit, dans la mesure où soumettant de plein fouet à la concurrence internationale un nombre croissant de secteurs d'activité, elle fait tomber les barrières des protectionnismes nationaux et oblige les entreprises nationales à des restructurations juridiques.

Il en va même ainsi des secteurs organisés en services publics industriels et commerciaux. Il en va tout spécialement ainsi, pour des raisons aisées à imaginer, des services en réseaux, comme les services de télécommunications dont la fonction est de transporter du son, de l'image et de l'information à travers le monde. De tels services ne peuvent plus fonctionner, exclusivement sur la base d'un régime de droit public, en étant totalement à l'abri de la concurrence internationale. Il leur faut s'adapter aux règles du marché, notamment en se transformant en sociétés commerciales. Tel est ainsi l'objet, s'agissant de France-Télécom de la réforme opérée par la présente loi.

2) La mise en place du marché intérieur européen

La mise en place du marché intérieur européen, fondé sur les quatre fameuses libertés de circulation (personnes, biens, services et capitaux) accentue ce

phénomène d'ouverture à la concurrence des activités économiques nationales. Cette situation est logique dès lors que l'Europe a été constituée avant tout comme un marché unifié à l'intérieur, sous le contrôle et l'impulsion des instances communautaires, doit s'exercer la libre concurrence (voir les articles 85 et 86 du Traité de Rome)

La réforme qui nous est soumise, (au même titre que la loi de réglementation des télécommunications examinée au rapport de mon collègue Alain Lancelot) est au demeurant largement influencée par le droit communautaire. Cette influence marquée date de la concrétisation du marché intérieur par l'Acte Unique de 1986. Elle s'est encore manifestée tout récemment à l'occasion d'une directive publiée cette année qui prévoit la libéralisation de l'ensemble des services de télécommunications, y compris ceux qui y échappaient jusque là, à savoir la téléphonie vocale.

Ce n'est pas le lieu ici de rappeler l'historique de tous les textes communautaires qui ont obligé les Etats de l'Europe des 15 à adapter la structure de gestion de leurs services de télécommunications au nouveau contexte européen.

Rappelons seulement que c'est le Traité de Maastricht (Art. 129 B) qui, pour la 1ère fois, a reconnu la compétence communautaire, pour établir et développer des réseaux transeuropéens de télécommunications et qu'en outre plusieurs directives de la commission et plusieurs décisions du Conseil des ministres européens ont prescrit la libéralisation totale des services et de l'installation des infrastructures à compter du 1er janvier 1998.

II L'ECONOMIE GENERALE DE LA REFORME

1) Le parti pris retenu

C'est donc dans ce contexte, tant économique que juridique, que s'inscrit la réforme des télécommunications qui présente 2 volets :

. D'un côté, on libéralise le statut de France-Télécom,

. De l'autre, on met en place un nouveau système de régulation du secteur considéré qui repose largement sur l'intervention d'une nouvelle autorité administrative indépendante, l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART).

Transformer, en l'occurrence l'établissement public France-Télécom en entreprise nationale, personne morale de Droit privé possédée majoritairement par l'Etat, est un choix proprement français. Il n'était pas en effet imposé par les textes communautaires qui sont indifférents au statut des opérateurs intervenant dans le secteur des télécommunications. Mais cette formule est apparue opportune, comme conciliant au moins 3 impératifs :

* Conférer à la gestion de France-Télécom toute la souplesse permise par le statut de société anonyme, notamment pour s'allier à des entreprises étrangères. (Faute d'avoir pu procéder à des participations croisées avec Deutsche-Télécom, France-Télécom, pour s'allier à l'entreprise allemande, a dû verser sa participation en « cash »).

* Tenir compte de l'acquis historique ayant permis à France-Télécom d'être aujourd'hui le 4ème opérateur mondial en matière de télécommunications, en maintenant l'entreprise dans le secteur public.

* Stabiliser la situation des quelques 150 000 fonctionnaires d'Etat actuellement affectés à l'entreprise, qui se trouvent confirmés dans leur emploi pour les années à venir.

On observera que, dans l'Europe des quinze toutes les entreprises nationales de Télécommunications sont régies par les règles applicables aux sociétés commerciales, France-Télécom étant ainsi la dernière à avoir un statut de personne de droit public. Les voisins européens de la France n'ont cependant pas tous totalement privatisé leurs entreprises de Télécom. L'Etat en est souvent, selon le cas, actionnaire à titre majoritaire ou minoritaire. (Voir le tableau joint).

2) Les principes généraux de la Réforme

France-Télécom est donc transformée de par la loi, d'établissement public industriel et commercial, en société nationale qui a vocation à être cotée en Bourse ;

Toutefois, l'entreprise demeure à participation majoritaire (51 % au moins) de l'Etat.

Quatre principes se dégagent de la réforme opérée par la loi déferée :

1° Ladite loi ne remet pas en cause le caractère de service public des Télécommunications tel qu'organisé sur l'ensemble du territoire national par la loi du 2 juillet 1990. Cette dernière loi est seulement amendée et complétée par la présente loi.

2° La nouvelle entreprise Nationale France-Télécom demeure dans le secteur public, suivant le critère quantitatif retenu à cet égard par la jurisprudence administrative.(voir notamment 2 arrêts du Conseil d'Etat ; Assemblée ;- 24 avril 1978 ; Syndicat National du personnel de l'énergie atomique (CFDT) et Schwarz et autres (Elf-Aquitaine)).

J'indique que nous avons d'ailleurs nous-même, au moins implicitement, avalisé le critère de détermination de l'appartenance d'une entreprise au secteur public lié à la détention majoritaire du capital par une personne publique, dans notre DC des 19/20 juillet 1983 sur la loi de démocratisation du secteur public, et dans la DC du 9 avril 1996 sur le DDOEF.

3° La volonté de maintenir la « teinture » publique de l'entreprise se traduit au travers des dérogations, prévues par la loi, à la législation sur les sociétés anonymes : Qu'il s'agisse de la nomination du PDG révocable ad nutum (Art. 10 de la loi du 26 juillet 1983) ,de la composition du Conseil d'administration (Art. 3 de la loi déferée), ou encore de la fixation par décret des statuts initiaux de l'entreprise (Art. 12 de la loi déferée) qui pourront cependant être ensuite modifiées selon la procédure ordinaire par le conseil d'administration.

4° Mais les dérogations les plus sensibles ont trait au personnel, l'article 5 de la loi déferée prévoyant que les fonctionnaires en poste à France-Télécom restent

affectés à l'entreprise et que, même, le PDG peut continuer à recruter des fonctionnaires jusqu'en 2002.

Ces dérogations sont assorties de dispositions de caractère social. Elles intéressent tant les retraites (art. 6), servies aux anciens agents de France-Télécom que l'institution d'un régime de congé de fin de carrière permettant à certains agents de cesser de manière avantageuse leurs activités dès 55 ans au lieu de 60 (Art. 7). Toutes ces dispositions sont le résultat, il faut l'indiquer, des négociations menées avec les organisations syndicales par le gouvernement et les dirigeants de France Télécom.

III LE RECOURS

Il émane de 63 députés socialistes. 3 moyens sont invoqués concernant l'article 1er (2 premiers moyens) et l'article 7 (3ème moyen).

1) Le moyen tiré de l'atteinte aux principes du Service Public (Art. 1er)

1.1. Le moyen

Ce moyen, met en cause la réforme statutaire elle-même et plus particulièrement la transformation de France-Télécom en entreprise Nationale à participation majoritaire par l'Etat.

Le fondement juridique invoqué est l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel : « Tout bien, toute entreprise qui a ou acquiert les caractères d'un service public National ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

Le moyen est, sur cette base, articulé en deux branches :

. Les requérants font valoir, en premier lieu, que rien dans la loi ne permet de garantir le maintien définitif et, selon eux, constitutionnellement impératif, de France-Télécom dans le secteur public. Or, la privatisation de France-Télécom contreviendrait, à leurs yeux, à « l'exigence constitutionnelle de prépondérance de l'opérateur public » posée par l'alinéa 9 du Préambule de 1946.

. Les requérants considèrent, en second lieu, que même maintenue au sein du secteur public, l'entreprise subira de plein fouet les « injonctions du marché... sous la pression des actionnaires minoritaires », au point, soulignent-ils, de mettre en péril les principes constitutionnels du service public, au premier chef, le principe d'égalité. Et ils invoquent, à cet égard, les difficultés de mettre en oeuvre une péréquation tarifaire et de satisfaire aux besoins des usagers des zones rurales qui doivent pouvoir accéder au service des télécommunications aussi facilement que les autres.

1.2. La jurisprudence du Conseil

Elle ne permet pas de répondre à l'argumentation spécifique des requérants. Elle porte en effet sur des opérations proprement dites de privatisations. Or, en l'occurrence, comme l'admettent les députés, la loi -par elle-même- n'opère pas la privatisation de France-Télécom en tant que l'entreprise n'est pas transférée du secteur public au secteur privé. France Télécom reste une entreprise du secteur public. Je vous propose, tout d'abord avant de répondre au moyen de confirmer expressément notre jurisprudence relative à la notion même de privatisation, assimilée au transfert d'une entreprise du secteur public au secteur privé. Je propose de considérer, comme d'ailleurs le font les requérants, qu'il n'y a pas privatisation au sens de l'article 34 de la Constitution concernant de tels transferts, dès lors que la collectivité détient la majorité du capital de l'entreprise concernée. (*Voir DC 19/20 juillet 1983, précitée et DC 9 avril 1996 sur le DDOEF*).

Quant à la question que le Conseil a eu à résoudre concernant la privatisation de certaines entreprises, même si elle ne peut être directement transposée au cas d'espèce, elle mérite néanmoins d'être ici rappelée.

Le problème que nous avons eu à résoudre, dans le cadre des privatisations, avait trait en effet, comme en l'espèce, à la portée de l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Il s'agissait de savoir si les secteurs d'activités nationales susceptibles d'être privatisés au regard des lois contestées, n'étaient pas en réalité régis par l'exigence d'appropriation publique énoncée par cet alinéa du Préambule.

La réponse à apporter à cette question juridique nous a conduit à distinguer les services publics « privatisables », de ceux qui, constitutionnellement, ne le sont pas.

Dans la DC 25/26 juin 1986 sur la loi de privatisation, nous avons ainsi considéré que la privatisation d'un organisme ou d'une entreprise chargé d'un service public n'était exclue, que dans le cas « où la nécessité de services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle. D'après le procès-verbal des délibérations du Conseil, ces services correspondent essentiellement aux fonctions régaliennes de l'Etat, auxquelles j'ajouterai pour ma part l'Education de la Santé. Tous les autres services publics, notamment ceux qualifiés « d'industriels et commerciaux », sont parfaitement privatisables, au regard de cette jurisprudence.

* *La DC du 18 septembre 1986 sur la liberté de communication* n'a fait que confirmer cette jurisprudence, en ce qui concerne le transfert au secteur privé d'une société Nationale en matière de TV Hertzienne. Cette décision confirme que « ce mode de communication audiovisuelle ne constitue pas une activité de service public ayant un fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle... ». La même décision relève néanmoins qu'indépendamment du statut des activités du secteur de la communication audiovisuelle, il y a lieu, en tout état de cause, pour le législateur, « d'assurer la garantie des objectifs de valeur constitutionnelle » propres à ce secteur. (Pluralisme, en particulier).

* Une autre décision topique est *la DC du 7 janvier 1988 sur la mutualisation de la Caisse Nationale de Crédit agricole*. Nous avons estimé, en effet, que la distribution de prêts bonifiés n'avait pas le caractère d'un service public exigé par la Constitution et que, par conséquent, il était loisible au législateur de transférer l'organisme exerçant cette activité du secteur public au secteur privé.

* La dernière décision méritant d'être citée est la DC du 9 avril 1996 sur la loi portant DDOEF qui prévoyait la privatisation, par voie réglementaire, des entreprises de petite taille (moins de 1 000 salariés ; chiffre d'affaires non supérieur à 1 milliard) à participation majoritaire de l'Etat. Nous avons admis cette procédure sous la réserve qu'elle ne concerne pas les services « non privatisables », « dont l'existence et le fonctionnement [sont] exigés par la Constitution ».

1.3. Le projet de décision

Nous n'aurons pas ici à déterminer si le service public des Télécommunications est ou non privatisable. Pour moi, il l'est, sans conteste. Mais telle n'est pas la question posée. Nous devons simplement examiner :

a) Si France-Télécom a bien le caractère d'un service public national au sens de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 ;

b) si, dans l'affirmative, il répond bien au critère d'appropriation publique défini par cet article ;

c) et si, enfin, la loi en cause préserve bien pour le présent et pour l'avenir le respect des principes constitutionnels régissant les services publics.

a/ L'entreprise Nationale France-Télécom est bien appelée à gérer un service public national, au sens du Préambule de 1946.

Certes, ce n'est pas un service public imposé par des principes ou règles de valeur constitutionnelle, suivant le critère dégagé par notre décision de juin 1986.

Mais il s'agit d'un service public national organisé comme tel par le législateur, ainsi qu'il ressort de l'intitulé et du dispositif de la loi du 2 juillet 1990, maintenue pour la plupart de ses dispositions en vigueur. Je me réfère en particulier à l'article 8 de la loi de 1990 qui précise le contenu du cahier des charges de l'entreprise approuvé par décret en Conseil d'Etat. Parmi les principes du service public dont la mise en oeuvre est imposée à l'entreprise, l'un me paraît plus particulièrement renvoyer au caractère de service public « national » des télécommunications, c'est « la desserte de l'ensemble du Territoire National ». C'est vraiment l'idée qui a présidé à l'élaboration de l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Les travaux préparatoires révèlent en effet que l'adjectif « National » a été volontairement introduit dans l'alinéa en question pour garantir le contrôle par l'Etat, garant du bien public, des entreprises dont les activités sont essentielles pour les citoyens. (Voir également le cahier des charges de France-Télécom annexé au décret du 29 décembre 1990 pris en application de l'article 8 de la loi de 1990).

b/ Erigée par la loi comme service public national, France-Télécom demeure effectivement dans le secteur public. Dès lors, la nouvelle entreprise satisfait au principe d'appropriation par la collectivité de cette dernière. (Ce que ne conteste

d'ailleurs pas les requérants). Certes, en vertu de notre jurisprudence, il sera loisible au législateur de privatiser France-Télécom, au même titre qu'il a largement privatisé le secteur de la communication audiovisuelle, et qu'il envisage de le faire dans le domaine du transport aérien. Mais nous n'avons pas à répondre, me semble-t-il, sur ce point, dans la mesure où toute privatisation s'avère impossible sur le fondement de la loi déferée. Une autre loi serait nécessaire, conformément à l'article 34 de la Constitution, pour transférer l'entreprise France-Télécom au secteur privé en supprimant, voire même seulement en diminuant, la participation de l'Etat à son capital.

c/ Pour ce qui est du respect des principes constitutionnels du service public, il ne me paraît pas être remis en cause par la loi. Leur garantie provient du droit constitutionnel commun applicable à toute activité de service public quelle qu'elle soit. Elle découle du reste ici expressément des prescriptions déjà citées de l'article 8 de la loi du 2 juillet 1990 (cahier des charges) et même de l'article 4 de la loi déferée (sur la gestion des biens de l'entreprise France-Télécom).

Par ailleurs, la loi de réglementation, des télécommunications, en précisant à l'article L. 35 nouveau du code des Postes et Télécommunications le contenu du service public des Télécommunications répondant à trois différentes missions, renvoie elle-même expressément au respect des « principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité.

Notons d'ailleurs que les deux premiers principes, de longue date constitutionnalisés, s'imposent nécessairement. Voir, par exemple, pour la continuité, les *DC du 27 juillet 1979 (grève à la RTF) et du 21 juillet 1994 (Démembrements de la domanialité publique)*.

Il n'y a pas de raison de penser que les principes du service public qui ont valeur constitutionnelle ne seront pas respectés, comme c'est le cas lorsque des missions aussi essentielles que la Santé et l'Education sont assumées conjointement par des intervenants publics et privés.

Je propose donc d'écarter le moyen.

Monsieur le Président : J'ouvre le débat sur le premier grief. Est-ce qu'on peut vraiment parler d'une gestion "privée" dès lors que l'Etat conserve 51 % du capital ?

Madame LENOIR : Je ne le dis pas dans la décision !

Monsieur le Président : Je relis l'alinéa 9 du Préambule de 1946 ; "La propriété de la collectivité" cela ne veut pas nécessairement dire qu'il s'agit de la propriété à 51 %.

Madame LENOIR : Non, Mais je vous propose de le dire.

Monsieur ABADIE : Je suis tout à fait le rapporteur quant à la réponse qu'elle apporte aux trois questions posées.

Je formulerais cependant une réserve. Une partie du considérant proposé me paraît inutile. Il ne s'agit pas de donner un blanc-seing à une privatisation ultérieure éventuelle. Il ne faut pas par avance dire : "oui" à une telle privatisation dès lors que la question en se pose pas aujourd'hui.

Monsieur le Président : Nous reviendrons sur cette question à la lecture du projet.

Monsieur LANCELOT : Je suis très sensible au souci du rapporteur de dresser en typologie des services publics. Rien ne s'oppose à mon sens à ce qu'une des trois formes de gestion d'un service public soit utilisée. Mais il ne faut pas faire n'importe quoi.

Nous ne sommes plus dans la D.G.T. (direction générale des télécommunications). Nous en sommes à une société commerciale où l'Etat demeure majoritaire. Si la sortie du secteur public est un jour envisagée, il faudra une loi.

On ne s'oppose pas à une évolution. On la cadre. Cela me convient.

Monsieur ROBERT : Il faut maintenir les trois étapes du raisonnement. Nous n'en sommes pas encore à la privatisation !

Madame LENOIR : Contrairement à ce que pense le préfet ABADIE, je crois que les saisissants attendent qu'on leur apporte des garanties sur l'évolution à venir. Ils ne veulent pas qu'on "brade" insidieusement l'entreprise. C'est cela le grief !

Monsieur ABADIE : Je suis d'accord sur les trois étapes y compris pour dire qu'une loi est nécessaire.

Mais je ne veux pas que l'on donne une sorte de "mode d'emploi" au législateur pour une situation dont nous ne sommes pas saisis.

Monsieur le Président : Lisons donc tout de suite la décision.

Madame LENOIR : Juste un point s'il vous plaît. Je souhaite que l'on ajoute dans les visas la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Monsieur le Président : D'accord. Lisez le premier considérant, Madame.

(Madame LENOIR lit le projet : réponse au premier grief).

Madame LENOIR : Je voudrais m'expliquer sur un point : les services publics nationaux au sens du Préambule selon moi, ça n'est pas seulement les services publics exigés par la Constitution, mais aussi ceux qui ont été exigés en service public national par le législateur. Il faut donc dire expressément que le jour où l'entreprise France Télécom sortira du secteur public, elle ne constituera plus un service public national au sens du préambule de 1946 et ce même si elle continue à gérer un service public.

Ce ne sera plus un service public national au sens du préambule, mais cela demeurera une entreprise nationale gérant un service public.

Monsieur ABADIE : Nous n'avons pas à résoudre aujourd'hui un problème qui ne se pose pas et qui n'a pas été réglé par la décision de 1986. La décision de 1986 fait la distinction entre les services publics exigés par la Constitution qui ne peuvent pas être privatisés et les autres. Le Conseil n'a jamais donné de liste des uns ou des autres. Il a seulement dit, au cas par cas : ce service public est "du préambule", ou : ce service public est du ressort du législateur.

Il faut ménager l'avenir. Par exemple : nous avons constitutionnalisé le droit à un logement décent le jour où on privatisera EDF, faudra-t-il dire que ce droit inclut le droit à l'électricité ? Même question pour la distribution des journaux ou du courrier (on retrouvera ce problème avec la Poste).

Si on va plus loin, on semble donner un mode d'emploi facile au législateur. N'entrons pas dans ce débat. C'est inutile.

Madame LENOIR : Les saisissants veulent essentiellement qu'on leur dise que cette loi ne permet pas en tant que telle la privatisation. On pourrait s'arrêter à la citation de l'article 34 (en bas de la page 3).

Monsieur Le Président : Plus la rédaction sera légère, mieux cela ira. Les saisissants disent : cette loi ne peut permettre de privatiser. Contentons-nous de leur répondre sur ce point.

Monsieur LANCELOT : Si j'ai bien compris, le rapporteur souhaite que l'on parle du service public national "au sens du préambule de 1946". Si vous supprimez les lignes du haut de la page 4, cette référence disparaît !

Madame LENOIR : Je propose : "dès lors que l'entreprise ne constituerait plus un service public national au monopole de fait".

Monsieur le Président : Cela n'est pas nécessaire. Il suffit de dire qu'il faudra une nouvelle loi !

Monsieur ROBERT : Et le préambule de la loi est cité par ailleurs...

Madame LENOIR : En faisant cela, vous ne répondez pas à la 2ème branche du moyen selon lequel le préambule interdirait toute privatisation. Il faut répondre que dès lors que l'on privatisera, on ne sera plus dans le préambule ; dire : vous avez la garantie de l'article 34, pas celle du préambule.

Monsieur le Président : On ne doit pas en faire plus que nécessaire. Après, on verra.

Monsieur le Secrétaire général : Je relis ce que souhaite le Conseil.

(Il lit le projet modifié).

Madame LENOIR : Je ne suis pas du tout d'accord. On ne répond pas au coeur du recours !

Monsieur le Président : Oui, on répond ; on dit que le législateur a "confirmé à l'entreprise sa qualité de service public national".

Monsieur le Secrétaire général : Il y a deux logiques différentes :

- celle de Noëlle LENOIR que le projet, même écourté, maintient,
- celle de certains membres du Conseil qui souhaitent en rester strictement à la décision de 1986.

Madame LENOIR : On pourrait citer l'article 34 et le préambule au début, puis maintenir la rédaction jusqu'à "article 34".

Monsieur le Secrétaire général : Selon moi, ce n'est pas suffisant. Cela passe par prétérition l'une des exigences du préambule de 46.

Monsieur ROBERT : Dans ce cas, je suggère seulement de supprimer la phrase : "que celle-ci (la loi ultérieure) devrait alors avoir pour objet de retirer à France Télécom la qualité de service public national au sens du préambule de 1946".

Monsieur le Secrétaire général : Entendu ; je relis ce que souhaite le Conseil.

(Il lit le projet).

Monsieur le Président : Bien ; passons à la suite.

Madame LENOIR : J'en viens au 2ème moyen qui a trait au domaine public de France Télécom.

. 2) **Le moyen tiré de l'atteinte à la protection de la propriété publique**

2.1. Le moyen

L'article 1er de la loi prévoit le transfert de plein droit et en pleine propriété à la nouvelle entreprise des biens relevant de l'établissement public qu'elle supprime. Pour ce faire, les biens qui relèvent de la domanialité publique sont déclassés. On sait en effet qu'une personne morale de droit privé ne peut posséder un domaine public.

Pour les requérants, qui articulent leur moyen, en 2 branches :

- D'une part, ce déclassement est attentatoire au principe constitutionnel d'inaliénabilité du domaine public ;

- d'autre part, en dehors de l'atteinte à ce principe, ledit déclassement est de nature à remettre en cause « les conditions les plus élémentaires de mise en oeuvre de la continuité du service public ».

2.2. Sur l'atteinte à l'inaliénabilité du domaine public

Ce principe est issu du fameux édit de Moulins de 1566 et se trouve aujourd'hui consacré, s'agissant du domaine public de l'Etat, à l'article L. 52 du code des domaines. Le domaine public est inaliénable et imprescriptible, en raison des nécessités de la protection des propriétés destinées à l'usage collectif. (Voir pour le domaine des collectivités territoriales, l'article L. 1311-1 du code général des collectivités territoriales).

Il faut bien dire que le régime de la domanialité publique ne s'avère pas toujours parfaitement bien adapté aux nécessités de la vie moderne. Aussi :

1/ Une procédure de déclassement a de façon traditionnelle été rendue possible de manière à permettre une gestion libre de biens désaffectés, ainsi déclassés dans le domaine privé. Le déclassement des biens permet en effet le cas échéant de les céder à un tiers.

2/ La législation récente a même été jusqu'à autoriser certains démembrements de la propriété publique. Ceux-ci sont possibles en vertu de la loi du 23 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la Constitution des droits réels sur le domaine public. La loi de 1994 accorde ainsi au titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public de l'Etat, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice de son activité autorisée par son titre d'occupation (nous avons, pour la plupart de ses dispositions, avalisé cette réforme dans notre *décision du 21 juillet 1994*).

Le déclassement envisagé par la loi contestée a d'abord, comme il a été dit, pour but de permettre à France-Télécom de conserver la propriété entière de ses biens. Rappelons que, parmi ces biens, figurent principalement les réseaux de téléphonie filaire dont le coût est évalué, selon les travaux parlementaires, à 150 milliards de francs qui serviront à l'évaluation de la valeur des parts de la nouvelle société. Dans le même temps, en transformant ainsi, par la voie du déclassement, le régime de propriété de biens de France-Télécom relevant de la domanialité publique, la loi a il est vrai pour effet de lever l'interdiction de céder à l'avenir les biens en question. Les auteurs de la saisine le soulignent à juste titre, faisant apparaître le spectre de la braderie des richesses nationales.

Ce faisant, le principe d'inaliénabilité n'est pas en cause, puisque, s'il y a un jour cession de certains biens, ces derniers ne relèveront plus de la domanialité publique, ayant été déclassés au préalable.

Dans notre *décision précitée du 18 septembre 1986 sur la liberté de communication audiovisuelle*, nous avons en effet décidé, concernant le transfert à T.D.F., après déclassement, de biens précédemment incorporés au domaine public, que le principe d'inaliénabilité de ce domaine s'oppose seulement à la cession des biens concernés, « avant qu'ils aient été préalablement déclassés ». Cette jurisprudence tient compte du fait qu'il peut y avoir intérêt à ne plus maintenir dans le domaine public des biens qui ne sont plus en fait destinés au service public

(critère de l'affectation au service public avec aménagement spécial), ou qui ne sont plus affectés à l'usage du public, (second critère de définition du domaine public retenu par la jurisprudence administrative).

Dans cette même décision, nous avons expressément refusé de nous prononcer sur la valeur constitutionnelle de ce principe d'inaliénabilité, qui pourrait en effet se fonder sur les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen applicable tant à la propriété des personnes privées qu'à celles des personnes publiques.

Je propose ici de retenir le même raisonnement que celui utilisé dans notre décision de 1986 pour rejeter le moyen, en étant moins explicite cependant en ce qui concerne la valeur -constitutionnelle ou non- à accorder au principe d'inaliénabilité du domaine public, qui me paraît devoir même dans le contexte actuel, garder toute sa portée.

2.3. Sur l'atteinte possible aux principes constitutionnels du service public :

En filigrane de l'argumentation des représentants, apparaît en effet la crainte que l'évolution économique ne mette en réalité en péril l'existence même du service public des télécommunications accessible à tous, facteur essentiel par là même de cohésion sociale et de bien-être collectif.

C'est ainsi qu'à titre subsidiaire, les auteurs de la saisine font valoir qu'en levant la protection liée à la domanialité publique des biens de France-Télécom, le législateur ouvre la voie à une remise en cause du service public, en particulier à sa continuité. C'est donc le déclassement lui-même et sa légitimité qui font l'objet de la critique au plan constitutionnel formulée par les saisissants.

Le moyen énoncé ne peut cependant être retenu. Il consiste en effet en réalité à introduire un lien obligé entre le respect des principes du service public et l'appropriation publique (ici sous un régime de domanialité publique) des moyens servant à l'accomplissement des missions du service public en cause. Or l'un et l'autre doivent pouvoir, à mon sens, être séparés, sauf à considérer que tout service public doit s'appuyer, pour son organisation et son fonctionnement, exclusivement sur les règles du droit public. Or ce n'est ni la réalité, ni le sens de notre jurisprudence telle qu'évoquée ci-dessus. D'ailleurs, diverses dispositions législatives en vigueur ou résultant de la loi critiquée, garantissent expressément le respect des principes du service public des télécommunications. Je passe sur les dispositions tendant à la régulation du secteur, qui sont prévues par la loi que nous

avons examinée ce matin. Cette loi n'est en effet pas encore applicable. Mais, il faut tenir compte d'autres dispositions, par exemple :

* l'article 8 de la loi du 2 juillet 1990, non modifié par la loi déferée, qui précise dans le détail les principes à respecter dans l'exécution des missions de service public de France-Télécom, notamment : la desserte de l'ensemble du territoire national, qui renvoie au principe de continuité ; l'égalité de traitement des usagers ; et même la neutralité et la confidentialité des services.

* De plus, l'article 4 de la loi déferée organise une procédure conférant à l'Etat un droit de s'opposer à la cession ou à l'apport d'infrastructures du service, ou d'en fixer les conditions, à chaque fois qu'apparaissent pouvoir être mis en cause les principes du service public, en particulier celui de continuité tant spatiale que temporelle.

Par conséquent, je suggère de rejeter le moyen, en affirmant toutefois fermement que le nouveau régime de propriété applicable aux biens de France-Télécom ne saurait nuire au respect des principes du service public. C'est une telle conception qui a au demeurant inspiré notre décision précitée *du 21 juillet 1994*. Cette décision déclare contraire à la Constitution la disposition de la loi en cause qui prévoyait le renouvellement de l'autorisation de l'occupation du domaine public, assorti de la constitution de droits réels, après un délai de 70 ans. Nous avons, à ce propos, fait valoir que : *"Il incombe au législateur, lorsqu'il modifie les dispositions relatives au domaine public, de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels ils sont affectés"*.

Monsieur le Président : Merci Madame, veuillez procéder à la lecture des deux "considérant".

(Madame LENOIR lit le projet).

Monsieur ABADIE : Faut-il vraiment parler des biens appartenant à France Télécom ?

Monsieur le Président : Je comprends l'objection du préfet : on pourrait parler des "biens transférés". Vous êtes d'accord ?

(Le projet est adopté à l'unanimité).

Monsieur le Président : Passons au dernier moyen.

Madame LENOIR : Je dois dire que j'ai beaucoup hésité à vous proposer une censure sur ce point.

3. Le moyen tiré de la rupture d'égalité entre les agents du service public des Télécommunications :

3.1. Le moyen

Les requérants invoquent l'inconstitutionnalité de l'article 7 de la loi au regard de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires.

Faisant suite aux accords passés avec les syndicats, cet article institue un régime de "congé de fin de carrière" susceptible de bénéficier, jusqu'au 31 décembre 2006, à certains fonctionnaires de France-Télécom., à savoir :

. Les fonctionnaires ayant 25 ans d'ancienneté (indépendamment des fonctions exercées par eux)

. qui pourront, s'ils le souhaitent, quitter l'entreprise à 55 ans pour bénéficier d'une rémunération de 70 % de leur rémunération d'activité, jusqu'à l'âge de 60 ans où ils devront prendre obligatoirement leur retraite.

Ne sont pas concernés les agents des "services actifs" ou ayant effectué des travaux pénibles, qui peuvent déjà (article 24 du code des pensions civiles et militaires de l'Etat) partir en retraite dès l'âge de 55 ans avec jouissance immédiate de leur pension.

Auront, en revanche, un droit d'option entre l'un et l'autre systèmes, les femmes ayant élevé au moins 3 enfants ou atteintes d'infirmité ou dont le conjoint est infirme.

Pour les saisissants, l'exclusion des agents des services actifs ayant occupé des fonctions pénibles rompt le principe de l'égalité de traitement entre les fonctionnaires.

3.2. Notre jurisprudence

Effectivement, au regard de notre jurisprudence constante, ce principe a valeur constitutionnelle (*décision du 15 juillet 1976 relative au dossier des fonctionnaires, qui fonde le principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires*).

Pour autant, il y a lieu de se référer à notre jurisprudence relative à la mise en oeuvre du principe qui a une portée relative. Selon cette jurisprudence bien établie :

1. Le principe d'égalité n'est pas méconnu si la différence de traitement correspond à une différence de situation ;

2. Des dérogations peuvent également être justifiées par des considérations d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi en cause. Cette dernière possibilité de dérogation, d'une part, ne se conçoit ainsi qu'il résulte de notre jurisprudence qui n'y fait référence que peu souvent, qu'à titre subsidiaire. D'autre part, il ne saurait s'agir pour le Conseil de valider dans tous les cas les dérogations prévues par la loi à chaque fois qu'est invoquée la poursuite d'un but d'intérêt général. Par définition, la référence à un objectif d'intérêt général pour justifier une rupture de l'égalité introduit au contraire un élément de contrôle de la réalité et de la consistance de l'intérêt général ainsi invoqué.

3.3. Le projet de décision

La solution n'est pas aisée.

1° Nous saurions en effet valider la disposition contestée au seul motif qu'elle résulte d'un compromis issu de longues et difficiles négociations avec les organisations syndicales. C'est une considération de fait et non de droit.

2° Il n'est par ailleurs pas possible de considérer que les agents des services actifs exclus du bénéfice du régime de congé de fin de carrière sont dans une situation différente de ceux qui peuvent y prétendre au regard de la loi déferée. D'une part, les deux catégories d'agents appartiennent au même corps (*décision du*

15 juillet 1976 susvisée). D'autre part, rien ne permet d'affirmer qu'ils sont dans une situation différente au regard de l'accès au bénéfice du congé de fin de carrière.

De ce point de vue, les requérants ont raison de critiquer l'argumentation du Gouvernement qui prend appui sur la différence des modalités d'accès à la jouissance immédiate de la pension de retraite prévues par l'article 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite d'une part, et au congé de fin de carrière institué par la présente loi d'autre part, pour en inférer une différence de la situation des agents. Adopter un tel raisonnement reviendrait à justifier a posteriori n'importe quelle dérogation.

3° Force est donc d'examiner si des considérations d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi rendent constitutionnellement admissible la dérogation critiquée.

L'hésitation est possible :

- en effet, en premier lieu, l'invocation de l'intérêt général dans une hypothèse de ce genre doit d'autant plus demeurer marginale que la notion même d'intérêt général est d'un maniement très délicat au plan constitutionnel ;

- en second lieu, il me semble un peu abrupt de faire du départ anticipé des agents de France-Télécom un but en soi d'intérêt général, s'agissant au surplus d'une entreprise actuellement rentable et dont l'avenir est loin d'être sombre, bien au contraire ;

- en troisième lieu, j'ai la conviction, que dans le cas où les agents de catégorie B ayant effectué des travaux pénibles n'auraient pas la possibilité d'un départ anticipé dans des conditions pour eux avantageuses, nous serions face à une rupture d'égalité contraire à la Constitution.

Malgré cela, eu égard au système équilibré mis en place par la loi qui permet à tous, même si c'est dans des conditions différentes, de bénéficier de modalités avantageuses pour un départ anticipé. Je propose de ne pas censurer la disposition incriminée. Il convient néanmoins d'assortir notre décision d'une motivation circonstanciée, en mentionnant :

- non seulement que les considérations d'intérêt général justifiant la dérogation en cause sont en rapport direct avec l'objet de la loi (soit de favoriser le départ anticipé à la retraite des agents de France-Télécom, compte tenu de la structure démographique des emplois) ;

- mais en outre que le congé de fin de carrière ne constituera pas dans tous les cas un avantage plus favorable que celui résultant de la jouissance immédiate de leur pension de retraite par les agents de catégorie B n'ayant pas accès au régime dudit congé en sous-entendant, par conséquent, que les agents exclus du bénéfice du congé de fin de carrière bénéficient d'une autre option de caractère globalement aussi avantageux que le congé de fin de carrière.

C'est en effet parce qu'il existe deux mécanismes différenciés, mais comparables, incitant au départ à la retraite que la dérogation incriminée n'est pas constitutionnellement répréhensible. Je propose donc d'évoquer ce point au moins dans une incidente et de rejeter le grief.

Monsieur le Président : Lisons le projet sur l'article 7 !

(Madame LENOIR lit le projet).

Monsieur le Président : Qui est pour l'adoption de l'ensemble de ce texte ?

(Le projet est adopté à l'unanimité).

Monsieur le Secrétaire général : Je sollicite l'avis du Conseil sur deux points : Maître LYON-CAEN a demandé à être entendu dans l'affaire TAPIE.

Je demande au Conseil si je lui apporte une réponse négative, ce que je sollicite.

Monsieur le Président : On est d'accord.

Monsieur le Secrétaire général : Deuxième question : il est souhaitable que cette affaire soit appelée le plus vite possible. Je propose le jeudi 5 septembre.

Monsieur le Président : Vous êtes d'accord ? A 11 heures ? C'est entendu.

Je lève la séance en vous remerciant de ces beaux rapports et des beaux débats qui ont suivi.

La séance est levée à 17 h 30.