

DE L'INTERESSEMENT TROP GENERIQUE DES ELUS: ETUDE SUR L'IMPACT D'UNE INTERPRETATION LARGE SUR LA VIE INSTITUTIONNELLE POLYNESIENNE

*Philippe Lemonnier**

Par arrêt en date du 5 décembre 2008, le Conseil d'Etat a annulé un article d'une loi du pays votée par l'assemblée de la Polynésie française, visant à suspendre le Droit Spécifique sur les Perles à l'Export (DSPE). Pour ce faire, il s'est fondé sur le fait que l'un des élus ayant participé au vote avait des intérêts personnels à cette affaire, conformément aux articles 111 et 172-2 du statut de 2004. Cet arrêt a permis de faire le point sur la notion d'intéressement d'un élu à une prise de décision publique. Notion entendue très largement par le Conseil d'Etat qui n'est pas sans laisser quelques interrogations sur la portée de cette décision. Appréciation qui pourrait laisser penser que, désormais, toute forme d'intérêt, quand bien même sans avantage particulier obtenu du seul fait de la situation d'élu, ne créant aucun déséquilibre avec un citoyen « lambda » dans la même situation, empêchera à un élu d'exercer ses attributions, attributions garanties par la Constitution.

Espérons dès lors un revirement, à tout le moins un cadrage de la portée de cet arrêt, qui pourrait être générateur d'une certaine confusion institutionnelle.

* En charge des affaires juridiques – Titulaire d'une maîtrise de Droit international et européen et d'un Master II de Droit des affaires – Enseignant vacataire à l'Université de la Polynésie française.

By its decision of 5 September 2008 the Conseil d'Etat annulled one provision of a law made by the Assembly of French Polynesia which was aimed at suspending the specific duty on export pearls (DSPE). In doing this the Council based itself on the fact that one of the members of the Assembly who had voted on the law had a personal interest in the matter (articles 111 and 172 – 2 of the statute of 2004). The decision focuses on the notion of personal interest in a representative who makes public decisions. This principle is given a broad understanding by the Conseil d'Etat. It is possible therefore to question some aspects of the decision. One understanding would be that, henceforth, any type of interest, even without a personal advantage being obtained from the fact of being a representative and there being no imbalance created with any ordinary citizen in the same situation, could prevent an elected member from performing the duties which are in fact duties whose performance is guaranteed by the Constitution. The author suggests that a change of position by the Council would be appropriate – at the very least some restriction on the future application of the judgment – otherwise the judgment is likely to generate a degree of institutional confusion.

Conseiller Technique à l'Assemblée de la Polynésie française

Dans un arrêt récent du 5 décembre 2008¹, le Conseil d'Etat a annulé l'article 5 de la loi du pays n°2008-11 LP/APF du 25 août 2008 portant suspension du Droit Spécifique sur les Perles à l'Export (DSPE).

L'adoption de cette loi du pays par l'assemblée de la Polynésie française, le 20 août 2008 avait fait l'objet de débats longs et houleux au sein de l'hémicycle, largement relayés dans le landerneau médiatique. La décision du Conseil d'Etat était donc très attendue tant par la classe politique que par les juristes qui voyaient ainsi une occasion de préciser la portée de certaines des nouvelles dispositions de la «Loi Estrosi».

En effet, c'est notamment sur le fondement du nouvel article 172-2 de la loi organique n°2004-192 modifiée du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, que les requérants ont engagé leur recours en annulation.

¹ CE, Section du contentieux, 05/12/2008, n°320412, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

Première jurisprudence sur l'une des mesures de la «Loi Estrosi», cet arrêt trouve une place tout à fait pertinente dans le paysage juridique local et son contenu n'en trouve que plus de résonance. Et, pour autant, malgré cette position de premier ordre, le Conseil d'Etat s'est engagé dans une optique qui apparaît plus que contestable. A croire que l'esprit de contestation qui avait entouré la réforme statutaire de 2007, connue donc sous le nom de «Loi Estrosi», plane encore sur sa mise en œuvre...

Dès lors, après avoir fait ressortir les évolutions de cette réforme de 2007 (I-A), il conviendra de remettre au clair la notion d'intéressement à l'affaire, notion articulant l'espèce considérée (I-B). Ceci afin d'évaluer la pertinence de ce nouveau cadre statutaire au regard de la situation considérée (I). Il nous sera dès lors loisible d'apprécier l'impact de cette jurisprudence dont les impacts réels semblent être mal maîtrisés (II), tant au plan de la mise en jeu de la notion d'intéressement (II-A) qu'au plan institutionnel en Polynésie française (II-B).

I DE LA NOTION D'INTERESSEMENT A L'AFFAIRE: UN CADRE STATUTAIRE A PRECISER EN POLYNESIE FRANCAISE

Attachons-nous donc tout d'abord à définir le cadre juridique ayant mené au recours. Car il s'agit en effet de faire ressortir l'imprécision de certaines notions intégrées dans la réforme statutaire avant de les éprouver à la lumière de la doctrine et des jurisprudences confirmées sur la notion centrale de cet arrêt, l'intéressement d'un élu à une affaire.

A L'apport des Dispositions Statutaires Issues de la Réforme de 2007

Déjà dans le statut initial de 2004², un certain nombre de mesures venaient encadrer tant les incompatibilités faisant obstacle à l'éligibilité même des candidats à l'assemblée de la Polynésie française, que celle pouvant naître en cours de mandat et pouvant mener à démission d'office.

Ainsi, pour ce qui est du gouvernement, des articles 74 à 77 mais aussi, et surtout pour le cas d'espèce, des articles 109 et 111 à 114 pour les représentants à l'assemblée de la Polynésie française. Mais en l'occurrence, le statut ne relevait que des cas précis d'inéligibilité pour les représentants, très peu pour le gouvernement. En revanche,

² Loi organique n°2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, AP n°119 DRCL du 3 mars 2004 ; JOPF du 12 mars 2004, n°2 NS, page 102.

aucune notion précise d'intéressement personnel dans les actes institutionnels de la Polynésie française ne semblait être prévue et définie.

C'est pourquoi, dans une recherche de la transparence dans la gestion des fonds publics et de la gouvernance, le gouvernement central a tenté, par la dernière réforme en date, de mieux encadrer ce régime des incompatibilités et inéligibilités afin, notamment, de s'approcher des standards des autres collectivités de la République.

Née d'une volonté d'apporter de la stabilité et plus de transparence à la vie institutionnelle polynésienne, marquée par de nombreuses suspicions de détournements de fonds, prises illégales d'intérêts et non moins par des retournement de majorité et destitution de gouvernements, la réforme de 2007 a donc apporté un *package* de nouvelles dispositions renforçant le contrôle de l'usage des fonds publics et les mécanismes d'opportunité politique intégrée dans le statut de 2004.

Considérant le cas d'espèce, nous nous concentrerons bien évidemment sur les mesures portant sur la transparence, tel que le mentionne l'intitulé de la loi du 7 décembre 2007³.

Nous irons vite sur l'apport au niveau du gouvernement dont les cas d'incompatibilité, prévus à l'article 76, sont définis bien plus précisément puisque cet article s'enrichit d'une énumération des situations d'incompatibilités.

Pour les représentants, également, les cas d'incompatibilités sont enrichis de nouvelles situations énumérées à l'article 111 (ajout d'un 6°, 7° et 8°) et les interdictions dans l'exercice des mandats sont définies dans les nouveaux paragraphes IV à IX. En effet, la loi organique du 7 décembre 2007 tire les conséquences de l'importance des pouvoirs des représentants à l'assemblée de la Polynésie française en leur étendant le régime des incompatibilités applicables aux parlementaires nationaux⁴.

3 Loi organique n°2007-1719 du 7 décembre 2007 tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française.

4 Rapport n°69 du Sénat fait au nom de la commissions des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française (Session ordinaire de 2007-2008).

Notons le IX de l'article 111, disposition complémentaire de celle ayant fondée le recours en annulation, à savoir qui dispose: «*il est interdit à tout représentant à l'assemblée de la Polynésie française de prendre une part active aux actes relatifs à une affaire à laquelle il est intéressé soit en son nom personnel soit comme mandataire.*» L'article reprenant dès lors une formule éculée qu'est l'intéressement à une affaire en son nom personnel ou comme mandataire. En effet, au fil des dispositions organisant les collectivités d'outre-mer, nous pouvons retrouver des dispositions similaires, en tout état de cause la même notion qui reste peu définie dans les textes. Il en va ainsi pour Mayotte, Saint Barthélemy, Saint Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon⁵.

Tout représentant étant impliqué dans l'un de ces incompatibilités peut être déclaré démissionnaire d'office par le Conseil d'Etat à la requête du haut-commissaire de la République ou de tout autre représentant. Sachant, pour la petite histoire, que cette sanction ne peut s'assimiler à une quelconque inéligibilité.

En sus de cette première interdiction, *intuitu personae*, une seconde disposition est énoncée dans le nouvel article 172-2, qui vise, elle, les textes adoptés dans le cadre d'une de ces interdictions et prévoit ainsi que toute décision ou délibération pour l'adoption desquelles «*ont pris part un ou plusieurs membres du conseil des ministres ou de l'assemblée de la Polynésie française intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires*» sont illégales, de même que celles «*par lesquelles la Polynésie française renonce soit directement, soit par une clause contractuelle, à exercer toute action en responsabilité à l'égard de toute personne physique ou morale qu'elle rémunère sous quelque forme que ce soit*».

Cette disposition vient donc apporter un complément quant aux conséquences du non respect de l'interdiction *intuitu personae* définie à l'article 111. Disposition dont il faut préciser, avant de pousser plus loin toute analyse, que l'adoption fut sujette à débat lors de son examen au sein de l'Assemblée Nationale et du Sénat qui laisse à penser que l'ensemble du mécanisme devra être interprété de façon restrictive.

5 Articles LO 6152-4, LO 6242-4, LO 6342-4 et LO 6452-4 du Code Général des Collectivités Territoriales.

B De la Notion d'Intéressement d'un élu à la prise de Décision Publique

Reste alors à s'interroger sur la portée de ce texte et de la notion d'intéressement à l'affaire.

Comme il a été rappelé ci-dessus, cette disposition vient donc reprendre les termes de dispositions applicables à d'autres collectivités d'outre-mer. Mais il reprend également un certains nombres de dispositions applicables aux collectivités territoriales métropolitaines. Ainsi, celles qui s'appliquent aux communes telles que l'article L.2131-10 et L.2131-11 du CGCT, celles qui s'appliquent aux départements, article L.3132-4 et celles applicables aux régions, article L.4142-4 du CGCT⁶.

C'est à la lumière de l'application de ces articles que nous pourrions disposer du plus grand nombre d'éléments pour apprécier la portée de la notion d'intéressement à l'affaire. En effet, à cet effet, la jurisprudence est beaucoup plus fournie que pour les dispositions applicables aux collectivités d'outre-mer, dont la plupart des dispositions sont trop récentes pour disposer d'un recul suffisant.

Or donc, le premier élément que l'on peut ressortir, en examinant la jurisprudence, est que *«l'intérêt à l'affaire existe dès lors qu'il ne se confond pas avec les intérêts de la généralité des habitants de la commune»*⁷. Autre élément générique intéressant la qualification de l'intéressement, glané au fil de la jurisprudence, est le fait que les juridictions administratives considèrent qu'il n'y a pas d'intérêt à l'affaire lorsqu'il s'agit d'un intérêt attaché à la qualité d'habitant ou de contribuable de la commune, sans être distinct de l'intérêt général de la commune⁸.

Comme le précise Laetitia Janicot dans son ouvrage *«Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales»*⁹, les juridictions administratives interprètent généralement d'une manière souple les dispositions rendant illégaux les actes auxquels ont pris part un ou plusieurs élus intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, afin d'éviter d'une part l'exclusion d'un trop grand nombre d'élus, et d'autre part la

6 Rapport du Sénat, op cit.

7 CE, section, 16 décembre 1994, Commune d'Oullins c/ Assoc Léo-Lagrange Jeunesse et Tourisme, req. n°145370; Lebon 559; AJDA 1995. 72.

8 CE, 20 janvier 1989, Associations des amis de Chérence, req. n°75442; Lebon T 511.

9 LGDJ, 2004, 187 à 189.

multiplication des risques de litiges. En l'espèce, les seuls arguments avancés par les requérants ne concernaient que le fait que le ministre de la periculture était le gendre du représentant mis en cause dans l'adoption du texte, et le fait que le représentant en question aurait de «gros» intérêts dans le secteur, sans apporter plus d'éléments matériels à charge. Or, le lien de parenté n'a pas nécessairement été considéré par la jurisprudence comme constituant un intérêt effectif à l'affaire lorsqu'il existait un lien de parenté entre l'élu participant à la prise de décision et le bénéficiaire direct de la décision¹⁰.

Pour caractériser l'illégalité de l'acte considéré, les juridictions administratives s'assurent également, au-delà de l'intéressement, que l'élu concerné a exercé une influence décisive dans la prise de décision. Le juge administratif considère, en effet, que *cette disposition interdit la seule participation décisive ou déterminante des élus intéressés*. Il consacre ainsi la solution selon laquelle le seul fait pour les élus intéressés d'avoir pris part aux débats ou au vote de la délibération n'est pas en soi nécessairement illégal¹¹. Il ne le devient que lorsqu'il a une influence décisive sur le sens de la délibération¹². Cette influence de la participation des élus intéressés au moment des débats et au moment du vote de la délibération doit donc être démontrée par le requérant, ce qui n'a été nullement le cas en l'espèce. En effet, la disposition, issue d'un amendement présenté par le ministre en charge des finances, et non de la periculture, sur un projet rapporté par un autre représentant, clairement désintéressé à l'affaire, a été votée par l'élu mis en cause au travers d'une procuration. Une procuration ne pouvant être donnée dans un sens déterminé compte tenu de l'interdiction de tout mandat impératif, le représentant en cause se trouvait de jure dépossédé de son pouvoir de décision au profit de son mandataire.

10 CE, 23 février 1990, Commune de Plougerneve c/ Lenoir et a, req n°78130 et CE, 28 juillet 1993, Commune d'Arcangues c/ Association Herriarentzat, req n°120419

11 Pour exemple: CE, 26 février 1982, Association renaissance d'Uzès, req. n°12440 et 21704; Lebon T 549.

12 Divers exemples pro: CE, 30 décembre 2002, Association Expression Village, req n°229099; Coll. Terr. 2003, n°74, note Célerier / CE, 24 mai 2000, Comité département de tourisme équestre de la Mayenne, req. n°195657; ACL 2001 n°14. Divers exemples contra: CE, 12 février 1986, Commune d'Ota, req n°45156; Lebon 39; Dalloz 1987. 73, note Peuchot

Il apparaît donc que la notion d'intéressement à l'affaire est appréciée de façon relativement lâche par les juridictions administratives qui en limite le champ d'application. Dès lors, la décision du Conseil d'Etat dans l'affaire qui nous occupe semble s'inscrire à contre-courant de la notion jurisprudentielle classique. Cela d'autant plus que, cette disposition étant nouvelle en Polynésie française, il appartient à la jurisprudence d'en définir clairement le contour, dans le respect des principes de continuité du service public et de respect du droit des élus.

II DE L'IMPACT D'UNE JURISPRUDENCE AU CADRE ET AUX IMPACTS MAL MESURES

Ces rappels de notion effectués, il convient d'apprécier plus avant le raisonnement de la juridiction suprême quant à l'affaire nous concernant avant d'en examiner les incidences sur le droit local et la vie institutionnelle polynésienne.

A Une Appréciation Large et Générique d'une Notion Habituellement Entendue Strictement

Or donc, le Conseil d'Etat a retenu l'intéressement à l'affaire du représentant mis en cause au titre des articles 111-IX et 172-2 du statut de la Polynésie française.

Comme énoncé précédemment, les éléments avancés par les requérants portaient sur deux éléments:

- le lien de parenté entre le ministre en charge de la perliculture et le représentant mis en cause;
- les intérêts financiers prêtés au dit représentant.

Il convient en premier lieu de souligner qu'aucun élément matériel n'a été apporté par les requérants pour établir ces différents éléments. Le Conseil d'Etat a pour autant retenu le fait que le dit représentant était propriétaire de fermes perlières pour définir l'intérêt à l'affaire. Il a ainsi permis de croire que, dès lors qu'un élu est touché dans ses intérêts personnels par tout type de mesure pouvant procurer un avantage dont il serait bénéficiaire, il ne peut participer à l'adoption de la délibération.

Ce qui paraît surprenant c'est que cette décision ne prend aucunement en compte la nature de la mesure adoptée par l'assemblée de la Polynésie française. De même, il n'est absolument pas recherché la nature réelle de l'intérêt en question, la juridiction suprême se bornant, de façon que l'on pourrait qualifier de légère dans un élan d'impertinence, à constater un intérêt générique et absolu.

Ceci alors même que la jurisprudence antérieure avait clairement démontré que l'intérêt devait être de nature personnelle et individualisée. De même, il ne prenait pas en compte la nature fiscale de la mesure¹³. En effet, le Conseil d'Etat a pu, à plusieurs reprises, définir, au fil de la casuistique, les différentes situations pouvant conduire à la qualification d'intéressement personnel de l'élu mis en cause.

Ainsi d'un maire, exploitant d'une salle de danse, considéré comme personnellement intéressé à la résiliation d'un bail accordé à une association de loisirs organisant notamment des bals¹⁴; de même pour un conseiller, président directeur général d'une société qui exploite un théâtre, propriété de la commune, lorsque le conseil municipal délibère sur des demandes de travaux de réaménagement de la salle de théâtre¹⁵.

Clairement, il semblait jusqu'à présent que l'intéressement à l'affaire devait s'entendre d'un intérêt individuel conféré à un élu du fait de son statut et lui conférant ainsi un avantage particulier dont ne pourrait bénéficier un autre citoyen dans la même situation. Rompant ainsi le principe d'égalité des citoyens devant l'action publique. En cela, la démarche est clairement condamnable et il convient de disposer des mécanismes permettant d'assurer l'équilibre et l'égalité de tous les citoyens, élus ou non.

Enfin, pour ce qui est de la nature fiscale de la mesure, il convient, dans le droit fil de la jurisprudence, de préciser que les mesures fiscales ont vocation à s'appliquer *erga omnes* en vertu du principe d'égalité devant les charges publiques. En effet, l'article contesté était intégré dans un texte portant diverses mesures fiscales à l'importation, accompagnant un projet de collectif budgétaire. La mesure tendait à s'appliquer à l'ensemble d'un secteur économique, de façon impersonnelle, sans conditions de ressources ou de taille ; le droit spécifique sur les perles à l'export s'appliquant à toute exportation de perles de culture.

De droit, la mesure ne procurait aucun avantage individualisé, direct et personnel au représentant mis en cause qui en bénéficiait au même titre que n'importe quel

13 CE, 20 janvier 1989, Associations des amis de Chérence, op cit.

14 CE, 13 février 1987, Commune de Saint Vivien de Monségur c/ association Foyer rural de Saint Vivien de Monségur, req n°70331.

15 CE, 23 septembre 1987, Ecorcheville, req n°65014; Lebon T 617.

perlicuteur. Et ceci considérant pour autant les arguments avancés par les requérants selon lesquels le représentant considéré disposait de «gros» intérêts financiers dans le secteur perlicole.

Retenant l'analyse inverse, le Conseil d'Etat semble avoir ouvert une boîte de Pandore dont les conséquences institutionnelles tirent vers des situations ubuesques.

B Vers une Incohérence Institutionnelle qui Plaide pour un Nécessaire Encadrement Futur

En effet, en estimant qu'un élu pouvait disposer d'un intérêt à l'application d'une mesure fiscale par nature générale et impersonnelle, le présent arrêt pose la question de sa portée future.

Comme cela a pu être évoqué, lors d'une séance récente de l'assemblée de la Polynésie française, par le représentant Nicolas Bertholon: *«Je ne vous donnerai que quelques exemples pour justifier mon propos. Nous aurons bientôt à examiner la loi sur le tabagisme. Sachant que ce texte va bénéficier aux non-fumeurs, et à tous les cotisants de la CPS, qui pourra voter ce texte? Les fumeurs seuls? (...) Si nous décidons un jour d'augmenter les allocations rentrée scolaire, qui pourra voter? Les personnes sans enfants? Et si un jour il nous prend l'idée de supprimer la CST?»* Cette intervention, volontairement grossie, décrit bien la problématique institutionnelle soulevée par cette jurisprudence.

En excluant de son raisonnement la nécessaire rupture de l'égalité des citoyens devant les charges fiscales pour considérer qu'un élu tire intérêt à des évolutions de la fiscalité, cela laisse à penser que les majorités à l'assemblée de la Polynésie se constitueront en fonction du désintéressement des élus aux prises de décisions.

Par ailleurs, lorsque l'on connaît quelque peu les difficultés structurelles à définir des majorités à plus d'une voix au sein de l'assemblée de la Polynésie française, il semble que l'influence de l'élu sera caractérisée dès lors que la décision sera prise à la majorité absolue telle que cela est imposé par l'article 142 alinéa 3 du statut de 2004 modifié.

On ne saurait que trop considérer que l'arrêt considéré n'est qu'un arrêt d'espèce dont l'issue n'est due qu'à la situation particulière présentée par les requérants, sans que les défenseurs n'aient présenté d'éléments à décharge suffisamment probant pour apporter à la juridiction suprême l'ensemble des appréciations nécessaires à son orientation définitive. Sans doute les spécificités polynésiennes, à des kilomètres des

problématiques habituelles des autres collectivités républicaines, ont eu raison des principes doctrinaux qui sont appliqués dans ces autres collectivités.

Espérons que, sachant qu'un nouveau recours a été déposé suite à la reconduction de la disposition considérée, la juridiction suprême saura confirmer ses analyses pertinentes habituelles au détriment du présent arrêt que l'on ne peut qu'espérer qu'il demeurera une espèce isolée, pour ne pas dire insulaire.

