

Sofia, 14 au 16 octobre 1993

CDL-STD(1993)007

Or. Engl

Science et technique de la démocratie; no. 7

**COMMISSION EUROPEENNE POUR
LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENICE)**

**ETAT DE DROIT ET TRANSITION
VERS UNE ECONOMIE DE MARCHE**

Séminaire UniDem organisé à Sofia du 14 au 16 octobre 1993 en coopération avec la Nouvelle Université bulgare

de Sofia et l'Université de Blagoevgrad et financé par le Programme PHARE des Communautés européennes

TABLE DES MATIERES

A. Allocutions d'ouverture.....	4
<i>Professeur Helmut Steinberger, Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit.....</i>	4
<i>M. Djerov, Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit.....</i>	6
B. La base constitutionnelle du système économique pendant une période de transition de l'économie planifiée à une économie de marché.....	7
<i>La base constitutionnelle du système économique pendant une période de transition de l'économie planifiée à une économie de marché -Rapport du Professeur Michel Herbiet.....</i>	8
<i>Fondements constitutionnels du système économique au cours de la période post-totalitaire en République de Bulgarie - Rapport de Mme. Snezhana Botusharova, Docteur en droit, Vice-présidente de l'Assemblée nationale.....</i>	33
<i>Résumé de la discussion.....</i>	41
C. Les problèmes juridiques de la restitution.....	44
<i>La restitution des biens en Allemagne (de l'est)Rapport du Professeur Helmut Steinberger,.....</i>	45
<i>Les problèmes juridiques de la restitution - Rapport de Monsieur Alexandre Djerov.....</i>	61

SEANCE D'OUVERTURE

Présidée par le Professeur Helmut STEINBERGER

Allocutions d'ouverture

- Professeur Helmut STEINBERGER, Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit
- Mr Alexandre DJEROV, Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Président de la Commission législative de l'Assemblée nationale, Doyen de la faculté de droit de la Nouvelle Université bulgare et Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Blagoevgrad

A. Allocutions d'ouverture

Professeur Helmut Steinberger, Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit.

Au nom de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, je vous souhaite à tous la bienvenue à ce séminaire sur l'Etat de droit et la transition vers une économie de marché. Notre commission, la Commission européenne pour la démocratie par le droit ou Commission de Venise, a été créée en vertu d'un accord partiel conclu entre la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe.

Je voudrais remercier nos généreux hôtes, en particulier M. Djerov et M^{me} Botousharova, ainsi que la Nouvelle Université bulgare et l'Université de Blagoevgrad, d'avoir organisé ce séminaire et de nous avoir accueilli avec tant d'hospitalité. C'est un vrai plaisir pour nous et pour tous les participants d'avoir la possibilité de discuter de problèmes importants avec nos collègues bulgares, et de faire connaissance avec votre beau pays.

Ce séminaire s'inscrit dans le cadre du programme UniDem de la Commission de Venise. UniDem signifie « universités pour la démocratie ». Il a pour but de rapprocher les universités d'Europe occidentale et celles d'Europe centrale et orientale et de rétablir les liens intellectuels entre l'Occident et des pays qui ont une longue tradition savante mais étaient isolés pour des raisons politiques. Dans le cadre d'UniDem, nous avons tenu une conférence à Istanbul à l'intention de la Communauté des Etats indépendants, ainsi que des séminaires à Moscou et à Varsovie. Aujourd'hui, nous avons le privilège d'être à Sofia. Le présent séminaire se rattache au précédent, tenu à Moscou, qui traitait de la relation entre le droit constitutionnel et l'économie. Cette fois-ci, nous nous proposons, à la première séance de travail, de poursuivre la réflexion sur la base des données du séminaire de Moscou puis, aux séances de travail ultérieures, de procéder à un examen plus approfondi de certains problèmes qui intéressent tout particulièrement la Bulgarie en ce moment même.

Il ressortira à l'évidence de tous les rapports, je présume, qu'il n'y a pas de solutions faciles dans ce domaine et qu'aucun expert étranger ne sera en mesure d'affirmer qu'un certain problème peut être résolu de telle ou telle manière et qu'ensuite tout sera parfait. Mais je crois que le séminaire, grâce à la participation de théoriciens et de praticiens de plusieurs pays, peut contribuer à une réflexion commune sur ces questions et j'espère que ceux d'entre nous qui occupent un poste ou une charge à responsabilités, en Bulgarie ou ailleurs, seront à même de s'inspirer de cette réflexion commune lorsqu'ils seront appelés à prendre des décisions dans leurs pays respectifs.

Je crois que nous avons tous un objectif commun. La Bulgarie et d'autres pays qui sont déjà passés avec succès d'un régime à parti unique à une démocratie pluraliste □ et le fait que la Bulgarie soit devenue membre du Conseil de l'Europe est une preuve de succès — doivent réussir à passer d'une économie dirigée de conception centraliste à une économie de marché. Ce passage est indispensable car l'économie de marché est fondée sur les mêmes valeurs de liberté de l'individu que la démocratie pluraliste et elle est assurément, à long terme, le système économique le plus efficace.

Elle est aussi, à long terme, le système le plus démocratique car, dans une économie de marché compétitive, c'est le consommateur qui, grâce à son pouvoir d'achat, décide quels biens seront produits, quels investissements seront réalisés. Il est le facteur décisif. Cependant, nous sommes tous conscients que le passage à une économie de marché est semé d'embûches et entraîne de lourds sacrifices pour des fractions importantes de la population. A ne pas y prendre garde, la désillusion de nombreuses personnes devant les premiers résultats d'une telle entreprise pourrait conduire à un rejet non seulement de l'économie de marché, mais aussi du système démocratique nouvellement instauré. Aussi est-il parfaitement logique qu'une organisation comme le Conseil de l'Europe et, en son sein, la Commission européenne pour la démocratie par le droit, qui a pour principal objectif de favoriser la démocratie pluraliste dans un Etat de droit, s'efforce de contribuer aussi à l'édification d'une économie de marché.

J'espère qu'à l'issue de ce séminaire tous nos amis, en Bulgarie et par-delà ses frontières, auront le sentiment qu'il a marqué une heureuse occasion d'aborder les problèmes de la transition économique, et qu'en tant que tel il a contribué à consolider le système démocratique.

b. ALLOCUTION D'OUVERTURE

M. Alexandre DJEROV

M. Djerov, Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit et président de la Commission législative de l'Assemblée nationale bulgare, doyen de la faculté de droit de la Nouvelle Université bulgare et professeur à la faculté de droit de l'Université de Blagoevgrad, déclare que c'est un grand plaisir pour lui d'accueillir les participants à ce premier séminaire que la Commission européenne pour la démocratie par le droit tient en Bulgarie.

L'Assemblée nationale bulgare et les deux universités bulgares intéressées s'honorent d'accueillir l'une des instances internationales les plus prestigieuses, créée il y a trois ans sous l'égide du Conseil de l'Europe. Les experts et juristes bulgares attachent un grand prix à la contribution que la Commission de Venise a apportée, en un si bref laps de temps, aux réformes constitutionnelles et législatives opérées dans les pays d'Europe orientale récemment sortis du totalitarisme. Les thèmes importants examinés au sein de la Commission, et l'expérience acquise par ses membres, présentent un intérêt particulier pour les pays désireux d'atteindre les normes élevées du Conseil de l'Europe.

En élaborant sa propre Constitution, la Bulgarie a pu bénéficier de la contribution de la Commission de Venise, qui visait principalement à renforcer les institutions démocratiques, à garantir le respect des droits de l'homme, à protéger les minorités et à favoriser l'autonomie locale. Dans ces domaines, toute une série de pays d'Europe centrale et orientale, y compris la Bulgarie, ont enregistré un succès notable. Les réformes économiques se sont révélées bien plus difficiles et exigent bien plus de temps que les réformes politiques. Ainsi faut-il se féliciter de ce que l'attention soit centrée sur les fondements constitutionnels du système économique dans une période de transition vers une économie de marché. Les thèmes qui sont examinés - la restitution, la privatisation et la législation fiscale - revêtent une importance primordiale pour la Bulgarie.

M. Djerov ne doute aucunement que la Commission pourra apporter une contribution notable à l'examen de ces problèmes. En terminant, il tient à souhaiter à tous les participants un séjour très agréable en Bulgarie.

PREMIERE SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par le Professeur Helmut STEINBERGER

B. LA BASE CONSTITUTIONNELLE DU SYSTEME ECONOMIQUE PENDANT UNE PERIODE DE TRANSITION DE L'ECONOMIE PLANIFIEE A UNE ECONOMIE DE MARCHE

a. La base constitutionnelle du système économique pendant une période de transition de l'économie planifiée à une économie de marché

Rapport du Professeur Michel HERBIET

b. Fondements constitutionnels du système économique au cours de la période post-totalitaire en République de Bulgarie

Rapport de Mme. Snezhana BOTUSHAROVA

c. Résumé de la discussion

La base constitutionnelle du système économique pendant une période de transition de l'économie planifiée à une économie de marché -Rapport du Professeur Michel Herbiet

INTRODUCTION

Voici bientôt quatre ans qu'un processus de transition a été initié dans les économies de la plupart des pays d'Europe centrale et orientale. L'économie planifiée et bureaucratique s'est complètement effondrée sans qu'on puisse déjà affirmer qu'une régulation par le marché s'y est, dès à présent, substituée.

La période est délicate à gérer pour les responsables politiques et économiques et difficile à vivre pour la population.

Aussi la mise en place rapide d'un cadre juridique et institutionnel adéquat paraît être une priorité pour l'instauration et le bon fonctionnement d'une économie de marché, mais on ne peut se dissimuler qu'il s'agit là d'un cap difficile à franchir.

La tenue d'un séminaire UNIDEM sur le thème « La règle de droit et la transition vers une économie de marché » vient donc à son heure et la question qu'il nous est demandé d'aborder lors de cette séance introductive nous paraît d'autant plus intéressante qu'elle ne s'est jamais vraiment posée dans les mêmes termes dans nos pays occidentaux de tradition libérale.

Etudier « les bases constitutionnelles du système économique durant une période de transition de l'économie planifiée à l'économie de marché », en quelques minutes, peut paraître cependant une gageure dans la mesure où les questions abordées sont fondamentales et les réponses formulées ne peuvent être qu'incertaines et sujettes à discussion.

Il est toujours difficile et même risqué de faire part de l'expérience de pays tiers, tels ceux qui forment le Conseil de l'Europe, car point n'est question d'essayer d'appliquer des recettes ou de formuler des propositions précises. Tout au plus peut-on partir de certains constats et tenter certaines réflexions.

Ce qui importe fondamentalement, c'est de mettre en évidence certains paramètres essentiels à partir desquels puisse s'élever une société stable.

Les investisseurs - qu'ils soient nationaux ou étrangers - aspirent à une législation complète, performante, susceptible d'apporter une réponse à leurs aspirations et à ce qu'elle soit véritablement applicable et appliquée. Peu leur chaut d'avoir une Constitution généreuse qui leur reconnaît des droits et des libertés qui ne sont pas ou mal protégés. Enoncer des libertés positives - par exemple, des droits économiques et sociaux - qui exigent des efforts très concrets de la collectivité sans pour autant mettre l'Etat en mesure de disposer des moyens nécessaires, n'a guère de sens. D'où notre circonspection en abordant ce thème.

Le passage à une économie de marché implique nombre de modifications et de réformes de grande envergure qui peuvent apparaître comme des « thérapies de choc » auxquelles la population n'est pas toujours bien préparée.

Après le rejet du régime communiste, les différents Etats du bloc de l'Est se trouvent actuellement confrontés, dans l'élaboration des différentes réformes économiques, au problème de savoir s'il convient ou non d'adopter des règles applicables au futur système économique; si oui, comment en déterminer l'étendue et en définir leur niveau hiérarchique.

Notons à cet égard les propos de Messieurs de Laubadère et Delvolvé¹ selon lesquels « tout système économique a nécessairement une formulation juridique : son organisation et son fonctionnement dépendent de normes juridiques ».

Il importe donc de formuler au plus tôt les bases de nouvelles normes stables, aptes à réguler les rapports sociaux dans le cadre d'une économie de marché, d'introduire les principes de cette économie et de protéger aussi efficacement que possible les droits et libertés des citoyens et des personnes morales en tant que propriétaires, libres entrepreneurs et contractants.

Quelles sont les conditions juridiques fondamentales d'un système reposant sur l'économie de marché ? La matière doit-elle être réglée dans le cadre rigide de la Constitution et, le cas échéant, dans quelle mesure ? Ne vaut-il pas mieux qu'elle relève du législateur ordinaire et du simple règlement ?

Autant de questions essentielles à poser.

Mais que recouvrait le concept d'économie planifiée et qu'entend-on actuellement par une économie de marché ?

C'est à ces interrogations que nous tenterons maintenant de répondre rapidement.

I.- De l'économie planifiée à l'économie de marché :

Portée de cette évolution.

Ce qui caractérisait essentiellement l'économie planifiée, c'était la propriété collective des moyens de production et une planification étatique centralisée.

La Constitution proclamait en effet la propriété socialiste comme fondement du système économique du pays², celle-ci se manifestant sous diverses formes : la propriété d'Etat qui s'entendait comme le bien commun de tout le peuple, la propriété des kolkozés ainsi que celle des autres organisations coopératives et des syndicats. Elle n'autorisait aucune forme de propriété privée si ce n'est la propriété personnelle des citoyens, acquise avec les revenus du travail (objets d'usage ou personnels, maisons d'habitation).

Des plans de développement économique et social extrêmement détaillés, dirigés vers la mise en oeuvre d'objectifs concrets, organisaient la gestion économique du pays en dehors de tout lien avec la logique du marché et suivant des méthodes de type purement bureaucratique et autoritaire³.

L'Etat prenait donc en charge toutes les étapes de la production et de la distribution sur le territoire du pays.

¹ Droit public économique, Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 1986, n° 59.

² Voir en ce sens DANILOV, Traduction juridique du modèle économique dans l'actuelle Constitution de la Fédération de Russie et dans le projet de Constitution, Actes du Séminaire UNIDEM organisé à Moscou du 18 au 19 février 1993 par la Commission européenne pour la démocratie par le droit sur "La transition vers un nouveau type d'économie et ses reflets constitutionnels", Strasbourg, Conseil de l'Europe 1993, p. 23.

³ DANILOV, o.c., p. 24.

Le passage vers une économie de marché implique, sur le plan économique, une réforme radicale qui doit trouver sa traduction nécessaire sur le plan juridique par la mise en place d'un nouveau corps de règles de droit susceptible d'assurer le bon déroulement de l'activité économique. Observons d'ailleurs que l'économie de marché constitue le fondement économique indispensable à la réalisation des conditions nécessaires à l'établissement d'un nouveau type de relations entre la Communauté européenne et les pays de l'Est basées sur une coopération étroite.

Le principe fondamental qui sous-tend ce type d'économie est que « l'Etat veille, en façonnant en conséquence le système économique et le cadre juridique, à ce qu'aucun conflit ne survienne entre les unités économiques (notamment les entreprises privées) et les objectifs globaux de l'économie nationale et de la société »⁴.

Le défi est donc de « restreindre le moins possible la liberté d'action des acteurs économiques, tout en atteignant les buts de l'économie nationale »⁵.

Ce principe étant posé, l'économie de marché requiert un cadre juridique susceptible d'assurer la mise en place d'une forme spécifique d'organisation qu'il convient de doter d'institutions appropriées et qui soit apte à servir à la fois les intérêts propres des agents économiques et l'intérêt général qui est, nous le savons, une notion essentiellement évolutive.

Croire à une harmonisation spontanée et automatique des intérêts individuels et du bien commun relève de l'angélisme.

La mise en place de ce cadre requiert l'adoption de règles juridiques qui déterminent les compétences et les marges d'action de chacun.

⁴ KARSTEN, Le cadre juridique du développement d'une économie de marché, Conférence parlementaire, Progrès et réformes économiques en Europe centrale et de l'Est : Leçons et perspectives - 4 juin 1993, p. 1.

⁵ KARSTEN, o.c., p. 2.

II.- Quels sont les éléments fondamentaux du cadre juridique de l'économie de marché ?

Sans vouloir être exhaustif, nous en isolerons les principaux :

1.- D'abord, la reconnaissance et la protection des différentes formes de propriété.

Il importe de revoir les dispositions qui consacrent la propriété d'Etat sur tous les moyens de production. Les entreprises socialistes étant constituées sur base de monopole, il convient de les démonopoliser, de les scinder et de créer des entreprises de taille moyenne, celles-ci étant considérées comme le meilleur support d'une économie de marché. C'est également dans ce cadre que s'inscrivent les privatisations des actifs publics.

La propriété privée des moyens de production doit devenir la forme principale de propriété mais cela n'exclut pas pour autant qu'il puisse en exister d'autres.

L'Etat se doit de créer les conditions propices au développement des différentes formes de propriété - qu'elles soient privées (dans le chef de personnes physiques ou morales), publiques (étatiques, municipales, para-étatiques) ou mêmes collectives - et de leur garantir un niveau de protection identique.

2.- Autre élément fondamental, la consécration de la liberté de l'activité économique.

Celle-ci implique la liberté d'entreprendre et d'exercer la profession de son choix et ce, en dépit des limitations législatives ou réglementaires que cette liberté peut subir. Là réside le fondement de l'activité que les particuliers veulent entreprendre et des droits qu'ils peuvent à cet égard faire valoir à l'encontre des pouvoirs publics lorsque ceux-ci veulent réglementer cette liberté. Ce principe infère l'autonomie de l'activité économique, la liberté d'établissement ou d'installation, la liberté d'exercice et d'exploitation mais également la liberté du travail⁶.

⁶

DE LAUBADERE et DELVOLVE, Droit public économique, o.c., n° 143 et 144.

3.- Troisième élément : la liberté contractuelle.

L'autonomie de la volonté permet à chacun de s'engager librement, sans restrictions autres que celles qui sont établies par la loi, dans l'échange des prestations qu'il souhaite. On ne peut donc méconnaître le rôle du contrat, dans la mesure où il est appelé à devenir « la pierre angulaire » de la réglementation économique et le moyen de réaliser l'équilibre de l'économie nationale au travers des forces concurrentielles.

4.- *Un autre fondement de l'économie de marché semble bien être le principe de la libre concurrence qui permet aux différents agents économiques d'exercer les activités économiques « dans un système de compétition qui ne doit être entravé ni par des prescriptions, ni par des prestations provenant des pouvoirs publics »⁷. Ce principe concerne aussi bien les rapports des particuliers entre eux que leurs rapports avec les pouvoirs publics.*

En ce qui concerne plus spécialement l'application de ce principe aux pouvoirs publics qui exercent une activité de type commercial ou industriel, il semble qu'il faille l'interpréter non comme interdisant toute activité de ce type aux personnes publiques - parce qu'elles en seraient par principe exclues -, mais comme imposant un devoir d'égalité de concurrence : il n'y a aucune raison objective, en effet, à s'opposer à l'intervention directe des pouvoirs publics dans l'économie dès lors que celle-ci s'accomplit dans les mêmes conditions et suivant les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux particuliers. Observons dès à présent que ce principe fait l'objet de multiples limitations.

5.- *La liberté d'association doit figurer, elle aussi, au nombre des éléments fondamentaux de l'économie de marché.*

Cette liberté comprend non seulement la liberté de constituer des associations ou des sociétés et d'y adhérer, sans que le pouvoir puisse y mettre obstacle, mais aussi celle, pour les associations une fois créées, de développer leurs activités et d'accroître leurs ressources sous les réserves établies par la loi⁸.

A cette liberté se rattache également la liberté syndicale, c'est-à-dire celle de créer un syndicat, celle de l'action syndicale, et la liberté d'adhésion.

Certains auteurs, tels Karsten⁹ et Brand¹⁰, mettent en exergue d'autres éléments constitutifs de l'économie de marché à caractère peut-être plus économique, encore que les implications juridiques soient évidentes. Ainsi :

- La mise en place d'un système performant des prix paraît tout à fait indispensable pour que les agents économiques du secteur privé agissent d'une manière favorable à l'économie.

⁷ DE LAUBADERE et DELVOLLE, Droit public économique, n° 155.

⁸ En ce sens RIVERO, Les libertés publiques : 2. Le régime des principales libertés, Thémis, PUF, Paris, 1983, p. 376.

⁹ Le cadre juridique du développement d'une économie de marché, o.c., p. 7 et suiv.

¹⁰ Vers l'économie de marché : les étapes nécessaires, Extraits publiés dans "Problèmes économiques", n° 2189 du 5 septembre 1990, p. 10 et suiv.

Il importe en effet d'intégrer dans leur calcul de prix tous les éléments de coût y compris ceux touchant par exemple à l'environnement. Ceci implique une démarche positive des juristes susceptibles de contribuer à la réalisation de cette condition.

- La régulation des mécanismes monétaires. Le passage à une économie de marché nécessite une politique monétaire restrictive et de stabilisation susceptible de juguler l'inflation et d'éponger les excédents de liquidités.

La création d'une banque centrale indépendante ayant pour mission d'instaurer et de préserver la stabilité de la monnaie par la mise en place de mécanismes monétaires ordonnés est souvent évoquée.

- La régulation des rapports avec l'étranger par la libération du commerce extérieur.

Ainsi importe-t-il de renoncer au plus vite aux monopoles d'Etat sur le commerce extérieur et d'introduire un taux de change réaliste.

- L'élaboration d'un système fiscal efficace et la suppression du système des subventions d'Etat destinées à baisser artificiellement les prix de certains biens semblent indispensables.

L'adoption de ces règles doit aller de pair avec une politique budgétaire rigoureuse.

L'Etat sera dès lors en mesure d'assurer le financement de son budget par des recettes fiscales qui ne doivent pas pour autant entraver ou pénaliser les performances économiques des entreprises privées.

Ce cadre juridique de l'économie de marché devrait aussi intégrer notamment des dispositions relatives à la comptabilité des entreprises, aux valeurs mobilières et aux marchés financiers, et aux conditions des investissements étrangers.

Si le cadre juridique intégrant les éléments fondamentaux précités doit assurer la pérennité de l'économie de marché, il doit aussi pouvoir influer sur les processus économiques inhérents à celle-ci dans l'optique d'objectifs globaux supérieurs d'ordre non seulement économique mais aussi social qui contribuent directement au progrès social et économique de la société.

Ainsi que le soulignent certains auteurs et plusieurs lois fondamentales qui optent pour le système de l'économie de marché, celle-ci doit être sociale en ce sens qu'il revient à l'Etat de réguler la vie économique dans l'intérêt des individus et de la société.

Le cadre juridique doit consacrer ou maintenir les droits économiques et sociaux pour faire de l'Etat un Etat social, garantissant les chances égales et équitables de chacun ainsi que l'accès au bien-être de l'individu et de la société. Ainsi que l'énonce par exemple l'article 9 du projet de Constitution de la Fédération de Russie, les relations économiques doivent se nouer sur la base d'un partenariat social entre l'individu et l'Etat, le travailleur et l'employeur, le producteur et le consommateur.

Dans ce cadre, l'Etat se doit d'intervenir pour pallier les carences constatées, par des mesures susceptibles d'améliorer sensiblement la situation :

- Ainsi les pouvoirs publics doivent-ils développer un cadre de protection sociale comprenant, entre autres, des politiques de promotion de l'emploi, de formation et de santé.
- Ainsi, dans le domaine économique, les pouvoirs publics seront-ils fréquemment amenés à se faire entrepreneur, industriel, commerçant ou financier par l'intervention

d'entreprises publiques exerçant des activités en concurrence souvent avec le secteur privé, soit dans un régime juridique spécial largement dérogatoire au droit commun -ce qui ne manque pas de susciter des distorsions de concurrence -, soit dans un régime de pur droit privé.

A ce stade de nos réflexions, une remarque mérite toutefois d'être formulée : la mise en place d'un cadre juridique intégrant les divers éléments fondamentaux que nous venons d'énoncer, observe à juste titre le Professeur Karsten ¹¹, quand bien même elle constituerait une condition nécessaire, n'en est pas pour autant une condition suffisante. « Encore faut-il que les unités économiques fassent usage des possibilités qui leur sont offertes; pour susciter des comportements appropriés - notamment en matière d'entreprise -, il ne suffit pas de moyens juridiques ».

Après avoir tenté d'identifier les principes de base d'une économie de marché, le moment est venu de franchir un pas de plus et d'isoler les règles juridiques qui, à notre avis, semblent les plus importantes, pour les incorporer dans la hiérarchie des normes internes au plus haut degré, c'est-à-dire au niveau constitutionnel; les autres règles, dont l'impact économique est parfois considérable, relèvent alors seulement du domaine de la loi ou du règlement.

III.- Quel rôle réserver à la Constitution dans le domaine économique ?

Lors du séminaire UNIDEM organisé à Moscou les 18 et 19 février 1993, les intervenants à la discussion qui clôturait les travaux de la première séance consacrée aux « bases constitutionnelles de l'ordre économique » avaient bien posé le problème : la question essentielle est celle de savoir si l'économie doit être réglementée dans le cadre rigide de la Constitution et, le cas échéant, dans quelle mesure, ou s'il ne vaudrait pas mieux qu'elle relève de la loi ordinaire ou du règlement.

Trois autorités en effet, écrit le Professeur Rivero ¹², ont expressément reçu, dans la plupart des Etats, le pouvoir de poser des règles générales : le constituant, le législateur et l'exécutif en tant qu'il exerce le pouvoir réglementaire.

A laquelle de ces autorités confier le soin d'arrêter les conditions juridiques de la mise en place et du fonctionnement d'une économie de marché ?

¹¹ o.c., p. 6.

¹² Les libertés publiques, T. I : Les droits de l'homme, Thémis Droit, PUF, Paris, 1987, p. 168.

L'importance de la question tient au caractère hiérarchisé des règles de droit selon l'organe dont elles émanent, la règle la plus élevée s'imposant à toutes les autorités qui se situent aux niveaux inférieurs. D'où, plus une règle se trouve haut placée dans la hiérarchie, plus, en théorie du moins, elle a de chance d'être efficacement protégée.

A.- Quel rôle réserver à la Constitution...?

Toute Constitution est l'expression immédiate des valeurs juridiques fondamentales reçues par la communauté politique; elle consacre les rapports entre gouvernés et gouvernants, entre le pouvoir et ses sujets; elle est la base sur laquelle reposent toute légitimité et toute légalité.

C'est elle qui concentre l'ensemble des règles fondamentales relatives à la structure de l'Etat, à son organisation, à ses activités, à la structure de la société par rapport à l'Etat, de façon à soumettre le pouvoir politique à des normes aussi précises que minutieuses¹³.

Elle est le fondement de l'activité des gouvernants mais aussi sa limite : tous actes et lois de l'Etat doivent entretenir un rapport positif avec les normes constitutionnelles, c'est-à-dire un rapport de conformité.

Observons que souvent la Constitution se borne à consacrer les principes fondamentaux (celui d'une liberté publique par exemple) mais s'en remet, pour l'aménagement détaillé du régime de ces principes, au législateur ordinaire.

Mais elle peut aussi, et nous y reviendrons dans un instant, être l'instrument dont se sert le pouvoir pour agir, qui établit des programmes, des directives et des objectifs à atteindre.

La plupart des constitutions sont donc souvent à la fois organique et programmatique mais la force respective de ces deux éléments peut varier¹⁴.

B.- ... dans le domaine économique ?

Dans un Etat de droit, la Constitution est nécessairement la base du système juridico-économique de l'Etat¹⁵; elle contient les principes fondamentaux régissant les rapports entre le pouvoir public et l'économie¹⁶.

Sa valeur étant supérieure à toutes autres sources du droit interne, elle doit assurer la stabilité et prévisibilité dans un marché libre.

Doit-elle fixer les buts, les principes généraux qui orientent l'économie, définir les rôles des secteurs publics et privés et les domaines respectifs de la réglementation par l'Etat et du marché libre ?

La Constitution, outre les aspects institutionnels que nous avons soulignés il y a un instant, détermine certes souvent certaines solutions économiques et les règles applicables à ce

¹³ MIRANDA, Les bases constitutionnelles de l'organisation économique, in La transition vers un nouveau type d'économie et ses reflets constitutionnels, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Actes du Séminaire UNIDEM de Moscou, o.c., p. 9.

¹⁴ Ainsi considère-t-on généralement les constitutions libérales comme plus organiques alors que celles des pays autoritaires seraient plus programmatiques; certaines constitutions recherchent au contraire l'équilibre.

¹⁵ DE LAUBADERE et DELVOLLE, Droit public économique, o.c., n° 59.

¹⁶ MIRANDA, o.c., p. 14.

domaine. Dans la mesure où elle définit les attributions des pouvoirs publics, elle fait apparaître les possibilités et les limites des interventions économiques.

Cependant, la fonction la plus importante de la Constitution dans le domaine économique - ainsi qu'il fut souligné au Séminaire UNIDEM de Moscou en février 1993¹⁷ - « consiste à donner un cadre clair et axé sur la primauté du droit. L'intervention de l'Etat doit reposer sur le principe de légalité, tout caractère arbitraire devant être exclu ».

On ne peut toutefois nier le rôle plutôt modeste joué par la Constitution de bien des pays dans le domaine économique. Celle-ci n'est-elle pas en effet un instrument de réglementation peu commode pour véhiculer des principes qui gouvernent la gestion du marché ?

¹⁷

O.c., p. 52.

La Constitution n'est pas, convenons-en avec Monsieur Tromm ¹⁸, « le genre d'instrument de droit permettant d'aborder au fond la dynamique des forces du marché », ni de poser des normes aptes à soutenir directement et effectivement ¹⁹ une économie de libre concurrence. Du fait même de sa nature, elle manque de la souplesse requise pour la réglementation législative ou administrative des conditions du marché. « Les rédacteurs d'une Constitution ont donc toutes les raisons, semble-t-il, de faire preuve de retenue lorsqu'ils sont amenés à formuler des conditions constitutionnelles de l'activité économique » ²⁰.

Il semble en effet très difficile actuellement, pendant une période de transition où tout évolue rapidement - mais n'en est-il pas toujours ainsi - de fixer dans la Constitution des règles détaillées. Aussi, croyons-nous, ne doit-elle pas être l'instrument juridique posant les normes qui régissent les activités des agents économiques sur le marché, seul le législateur ordinaire, le mieux à même de tenir compte des changements intervenus, devant être compétent pour légiférer dans ce domaine.

C.- Quels principes de base introduire dès lors dans la Constitution ?

Il convient d'insérer dans la Constitution les fondements d'un nouveau système complet de règles applicables à la vie économique, à concrétiser par l'adoption d'un ensemble de lois qui assurent la protection de ces libertés et droits fondamentaux et l'égalité des conditions du marché, ce qui suppose l'uniformité de la législation quel que soit l'opérateur économique (national ou étranger).

C'est ici, nous semble-t-il, qu'il convient de distinguer les droits et libertés classiques, appelés souvent droits « de première génération » ou « libertés négatives », des droits économiques et sociaux fondamentaux, droits dits « de deuxième génération », qui s'analysent comme des libertés positives exigeant de la part de la collectivité des efforts très concrets.

La distinction traditionnelle entre les libertés classiques (les droits civils et politiques) et les droits économiques et sociaux est, en principe, fondée sur le rôle attribué aux pouvoirs publics quant à la réalisation de ces différentes catégories de droit.

- Les droits civils et politiques sont essentiellement des droits qui garantissent la liberté de l'individu face à l'autorité; ils peuvent avoir une composante socio-économique (exemple : la liberté du commerce et de l'industrie). Ils obligent donc les gouvernants à s'abstenir de prendre des dispositions ou d'accomplir des actes qui les restreignent. Ils ne reconnaissent pas au citoyen le pouvoir d'exiger des autorités l'octroi de certains avantages ou l'accomplissement de certains services.

Ces libertés sont en quelque sorte un « acquis inaliénable et sacré ». Ces droits se présentent comme de véritables droits subjectifs dont la définition et la garantie ont un caractère positif. En reconnaissant ces droits classiques, le pouvoir reconnaît que chaque citoyen jouit d'un certain nombre de libertés dans l'exercice desquelles le pouvoir ne peut pas s'immiscer sauf dans des cas exceptionnels et bien définis. La seule limitation susceptible d'entraver l'exercice de ces droits découle du fait que tout un chacun doit pouvoir en bénéficier.

¹⁸ La liberté de l'activité économique - Garanties et limites constitutionnelles, in "La transition vers un nouveau type d'économie et ses reflets constitutionnels", Actes du Séminaire UNIDEM de Moscou, o.c., p. 54.

¹⁹ TROMM, o.c., p. 55.

²⁰ TROMM, o.c., p. 54 et 55.

- Au contraire, les droits économiques et sociaux sont d'une toute autre nature. Ils connaissent une mobilité considérable en raison du caractère relatif et contingent de leur épanouissement.

Les proclamer, c'est fixer des objectifs au pouvoir, c'est lui tracer un programme, c'est l'obliger à faire, à donner ou à intervenir positivement afin d'assurer la jouissance effective des droits reconnus. C'est reconnaître aussi aux citoyens le droit d'exiger l'intervention du pouvoir. Il appartient en effet à celui-ci de créer l'environnement au sein duquel chacun peut utiliser au maximum ses capacités, tant sur le plan individuel que collectif, pour s'épanouir au mieux sur le plan personnel et social.

Les droits économiques et sociaux partent du constat que l'égalité juridique est purement formelle mais qu'elle ne conduit pas automatiquement à une égalité de fait (égalité réelle). « Si l'on veut que les droits de la première génération aient une application pratique et profitent aussi aux moins favorisés, il faut prévoir une protection minimum aux niveaux social et économique. Les droits fondamentaux de la deuxième génération doivent permettre à chacun, et pas seulement à ceux qui sont nés dans un milieu favorisé, de jouir des droits civils et politiques »²¹.

D'où l'idée que le groupe, la collectivité a certaines responsabilités vis-à-vis de l'individu et qu'il incombe non seulement aux pouvoirs publics mais aussi au citoyen de collaborer au progrès social et économique de la société dans laquelle il vit.

Si, pour mettre en oeuvre ces droits, les gouvernants sont tenus de prendre l'initiative de dispositions législatives ou réglementaires afin d'atteindre le but assigné, ils ne peuvent tout faire en même temps ni pour tous à la fois. Leur action impose des choix et des priorités. Ces droits sont, en quelque sorte, des « promesses pour les gouvernés » et « des directives pour les gouvernants » auxquels ils ne seront pas, en principe, directement opposables; ils n'ont en effet pas souvent la rigueur de la prescription.

Leur contenu est tributaire de la situation économique et du degré de leur développement; leur réalisation progressive dépend des ressources des pouvoirs publics.

Ils ne sont garantis que dans la mesure où les pouvoirs publics prennent les dispositions adéquates en vue de les mettre en oeuvre et de les faire respecter. Observons toutefois que les pouvoirs publics jouissent dans ce cadre d'une large marge d'appréciation pour déterminer les mesures à prendre en fonction des besoins et des ressources du pouvoir et de l'individu.

En ce qui concerne leur force obligatoire, plus spécialement leur effet direct et leur application immédiate, la nature et le contenu de chaque droit ainsi que sa formulation constituent des éléments importants. Il convient de plus de tenir compte de l'intention des auteurs.

Ces éléments révèlent si la réalisation de ce droit devra se faire progressivement par le biais d'initiatives législatives et de mesures d'exécution ou, au contraire, s'il s'agit d'une disposition qui, par son contenu, peut lier directement tout un chacun.

Certains droits pourront aussi imposer une règle visant les relations entre citoyens (exemple : fixation des conditions de travail, droit d'information et de participation des travailleurs, etc...).

1.- Les droits et libertés traditionnels en matière économique.

Ceux-ci, remarquons-le d'emblée, sont généralement bien protégés, non seulement parce qu'ils figurent dans la Constitution mais aussi parce qu'existe souvent un contrôle de constitutionnalité à l'encontre du législateur et de l'exécutif.

La garantie du respect des normes constitutionnelles est en effet, dans bien des pays, assurée par des organes juridictionnels (tribunaux de l'ordre judiciaire, Conseil d'Etat), la Cour constitutionnelle étant d'ordinaire l'organe supérieur chargé de veiller au contrôle de la constitutionnalité des lois.

Quels principes de base touchant à l'activité économique devraient être consacrés et garantis par la Constitution ?

²¹ Rapport fait par Mr HOSTEKINT sur le projet de révision du Titre II de la Constitution belge, par l'insertion d'un article 24 bis relatif aux droits économiques et sociaux, Doc. Parl., Ch., 218/3-91/92 (S.E.), p. 5.

Nous en identifions plusieurs :

- Le droit à la propriété (privée ou publique) : il convient toutefois de subordonner son usage à l'intérêt de la société.

Ainsi la possibilité d'expropriation forcée d'un bien pour cause d'utilité publique, moyennant juste et préalable indemnité, doit être réservée et organisée par la loi ou en vertu de la loi.

Il en serait de même pour toutes restrictions au droit de propriété motivées par des objectifs de sécurité, de salubrité, de bon aménagement des lieux, de protection de l'environnement ou d'intérêt général dûment justifié.

- La liberté du commerce et de l'industrie impliquant la libre initiative économique et son corollaire, la libre concurrence, mais cette liberté ne peut être conçue comme absolue.

Dans de très nombreux cas, la loi - que ce soit dans le secteur économique ou dans d'autres secteurs - limitera la liberté d'action des personnes ou des entreprises concernées et aura ainsi nécessairement une incidence sur la liberté du commerce et de l'industrie. Le législateur ne violerait cette liberté que s'il portait une atteinte - directe ou indirecte - définitive au principe ou s'il limitait cette liberté sans qu'existe une quelconque nécessité pour ce faire ou si cette limitation était manifestement disproportionnée par rapport au but poursuivi²².

- La liberté contractuelle, appelée aussi principe de l'autonomie de la volonté, implique que chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer librement le contenu de l'accord.

Mais ce principe subit de nombreuses restrictions ou exceptions qui se justifient par le souci du législateur de protéger telle partie considérée comme plus vulnérable ou parfois par des considérations tenant à l'ordre public.

- La liberté d'association, y compris celle de former des associations et sociétés jouissant d'une personnalité juridique distincte des fondateurs ou des associés.

Devraient seules être prohibées par la Constitution les associations dont l'activité est dirigée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale du pays et l'unité de la nation, qui incitent à la haine raciale, nationale ou religieuse et à la violation des droits et des libertés des citoyens, ou celles qui contribuent à atteindre ces objectifs par la violence²³.

Toute autre mesure préventive devrait être interdite sauf autorisation spécifique et dûment motivée du législateur.

- Le principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination des différents agents économiques qu'ils soient publics ou privés.

Cette règle constitutionnelle n'exclut pas qu'une différence de traitement puisse être établie par le législateur entre certaines catégories de personnes pour autant que le critère de

²² Voir en ce sens, en Belgique, plusieurs arrêts de la Cour d'arbitrage, notamment arrêt 55/92 du 9 juillet 1992 et arrêt 10/93 du 11 février 1993.

²³ Voir en ce sens l'article 44, 2ème alinéa de la Constitution de la République de Bulgarie du 12 juillet 1991.

différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. Ces mêmes règles s'opposent, par ailleurs, à ce que des catégories de personnes qui se trouvent dans une situation totalement différente au regard d'une mesure soient traitées de manière identique sans qu'existe à cette fin une justification objective et raisonnable.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité serait violé estime, par exemple, la Cour d'arbitrage de Belgique²⁴ lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Ces principes de base peuvent-ils être limités ? Si oui, par qui ?

Fixer le statut d'une liberté, c'est nécessairement en marquer les limites car, ainsi que le souligne M. Rivero²⁵, la vie sociale exclut la possibilité de liberté sans frontière.

La doctrine et la jurisprudence ont toujours admis que des restrictions ponctuelles et limitées pouvaient être apportées à ces droits et libertés traditionnels, pour autant qu'elles soient le fait du législateur et qu'elles soient justifiées par le maintien de l'ordre public ou de l'intérêt général.

Ainsi est-il communément admis que l'exercice de certaines activités, de certains droits puisse être réglementé par la loi ou en vertu de celle-ci : il y va en effet d'une garantie indispensable de la liberté de tous.

Mais les atteintes portées à ces libertés ne peuvent évidemment remettre en cause l'existence même de celles-ci; tout au plus, visent-elles à en aménager et à en réglementer l'exercice.

Ainsi la loi ne peut-elle, s'agissant d'une liberté constitutionnellement garantie, supprimer purement et simplement celle-ci ou en rendre l'exercice matériellement impossible.

Toute législation (sensu lato) restrictive de cette liberté ne sera justifiée que si elle est rendue nécessaire par les circonstances du moment; elle devra de plus être efficace, adaptée aux exigences réelles et à la gravité de la situation et ne pas porter ainsi une atteinte excessive à la liberté (principe de proportionnalité).

Il semble donc que, sur le plan du droit constitutionnel, doivent être proscrites toutes interventions du législateur qui viseraient à interdire de façon générale et absolue l'exercice d'une liberté donnée; tel ne serait pas le cas s'il s'agissait d'une législation d'exception et aux effets limités dans le temps, celle-ci cessant de produire ses effets dès le moment où les circonstances qui l'ont provoquée ayant disparu, elle ne s'avère plus nécessaire.

Nous reviendrons sur cette question lorsque nous étudierons les techniques d'aménagement de ces principes constitutionnels de base par le législateur.

2.- Les droits économiques et sociaux.

Ces droits, en général, sont beaucoup moins bien garantis que les libertés traditionnelles et la pratique tend à démontrer qu'ils ne sont que rarement insérés dans les dispositions expresses de la Constitution²⁶.

²⁴ En ce sens notamment C.A. n° 10/91 du 2 mai 1991, point 2.B.1.

²⁵ Les libertés publiques, 1- Les droits de l'homme, o.c., p. 196.

²⁶ Parfois, ils figurent dans un préambule à la Constitution, mais on sait quels problèmes délicats d'interprétation juridique suscite le recours à cette technique.

Observons d'ailleurs que la reconnaissance de ces droits fondamentaux que sont notamment le droit au travail, à la santé, à la sécurité et à la protection sociale ou à un environnement favorable, n'est nullement liée au fait que ces droits soient proclamés expressément dans la Constitution.

L'expérience montre au contraire qu'il n'existe aucune corrélation entre ce fait et le niveau effectif de protection et de prestations. Un pays peut avoir une législation économique et sociale progressiste (et même d'avant-garde), sans pour autant que ces principes figurent dans la Constitution. Le citoyen est souvent mieux protégé dans ce domaine par les lois et autres normes adoptées par le Parlement qu'il a élu.

Il est dangereux de croire - ainsi que le souligne le professeur Mast²⁷ - à la toute-puissance du verbe constitutionnel; mieux vaut ne jamais perdre de vue qu'un droit vécu vaut mieux qu'un droit proclamé. Reconnaître des droits est une chose, les mettre en oeuvre et les respecter en est une autre.

Faut-il pour autant en conclure à l'inutilité de les inscrire dans la Constitution ?

Nous ne le pensons pas mais il convient d'agir avec circonspection.

Il faut en effet veiller à ne pas inscrire trop de droits et d'obligations dans la Constitution, « la sauvegarde des droits fondamentaux devant garder une certaine pureté et inconditionnalité »²⁸ et se garder d'énoncer dans ce texte certaines valeurs de solidarité qui, tout en étant sans doute très respectables, ne seraient pas partagées par l'ensemble de la société.

Mieux vaut donc n'introduire dans la Constitution que les droits économiques et sociaux fondamentaux qui permettront à chacun de jouir pleinement des libertés classiques et qui devraient toujours être respectés.

L'inscription de trop nombreux droits économiques et sociaux dans la Constitution risque de plus de réduire de façon inconsidérée la marge de manoeuvre du Parlement dans la mesure où les représentants de la Nation, élus démocratiquement, ne pourraient plus décider librement et avec la souplesse que requiert la réglementation en cette matière.

²⁷ "Faut-il constitutionnaliser les droits économiques et sociaux?", in "La reconnaissance et la mise en oeuvre des droits économiques et sociaux", Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1972, p. 529.

²⁸ Audition du professeur HARSCHER, in Rapport par HOSTEKINT sur le projet de révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24bis relatif aux droits économiques et sociaux, o.c., p. 7.

On peut également observer que les pays qui ont entré dans leur Constitution une « sorte de catalogue » de droits économiques et sociaux impliquant des prestations, ont beaucoup de mal à concrétiser ces droits sur le plan juridique. « Presque nulle part, la jurisprudence et la doctrine ne sont parvenues à intégrer pleinement ces droits à la notion de « droit fondamental ». On a dès lors l'impression que ces droits fondamentaux ont, à un certain moment, été inscrits dans la Constitution pour des raisons politiques, alors qu'ils n'étaient pas pleinement reconnus sur le plan juridique »²⁹.

Notons enfin que les droits économiques et sociaux fondamentaux ne semblent devoir être introduits dans la Constitution avec quelque chance de succès que dans la mesure où existe déjà un tissu légal qui permette la réalisation de l'objectif de principe.

Au vu de ces réflexions, quels grands principes convient-il d'introduire dans la Constitution au titre des droits économiques et sociaux, et selon quelles modalités ?

Il semble préférable d'affirmer d'abord le principe même de la reconnaissance globale de ces droits et de ne fixer ensuite que des normes minimales, non pour limiter ces droits mais afin de se garder de vaines promesses qui ne pourraient être tenues pour des raisons économiques ou autres et de conférer à ces droits la plus grande efficacité juridique. Il est en effet malsain d'octroyer au citoyen des droits qu'il ne sera pas en mesure d'exercer par la suite.

Serait aussi inscrit le principe même de chacun de ces droits : point n'est besoin d'alourdir le texte de la Constitution par une définition circonstanciée, la plupart de ces droits bénéficiant déjà d'une certaine reconnaissance législative.

L'énoncé de ces droits constituerait un noyau dur de portée normative qui devrait être respecté en tout temps.

Certains de ces droits pourraient d'ailleurs être formulés sur le mode négatif : « Personne ne peut être privé de ... tel droit fondamental que dans les cas et selon les modalités prévues par la loi ».

Cette façon de procéder confère une garantie concrète et une efficacité maximale sur le plan juridique.

Le « noyau dur » qu'un Etat moderne devrait consacrer dans sa Constitution aux droits économiques et sociaux se résume à quelques droits fondamentaux tels :

- le droit au travail;
- le droit à la santé;
- le droit à la sécurité sociale;
- le droit à la sécurité d'existence;
- le droit à un logement convenable;
- le droit à un environnement favorable;
- le droit aux loisirs.

Le principe de chacun de ces droits étant posé, c'est au législateur ordinaire que revient donc le soin de définir la nature et le contenu de ces droits, d'en assurer la protection, d'en régler l'exercice et d'adapter en tout temps et avec souplesse ces droits à l'évolution dynamique de la société.

²⁹ Audition du professeur PIETERS, in Rapport de HOSTEKINT sur le projet de révision du titre II de la Constitution, o.c., p. 13.

IV.- Quelle place réserver au législateur dans le domaine économique ?

Son rôle en matière économique est fondamental, sans pourtant être illimité.

C'est à lui que le Constituant s'en remet pour l'aménagement détaillé du régime des principes fondamentaux du système économique qu'il a arrêté.

Quel que soit le but poursuivi -organisation de l'économie, maintien de l'ordre public, protection du consommateur ou de la probité des relations commerciales- ou les modalités des mesures adoptées -réglementation, déclaration, autorisation, interdiction-, toute réglementation administrative qui restreint tant soit peu les droits et libertés économiques, qu'elle soit de simple exécution ou prise sur habilitation, doit trouver son origine dans la loi. Celle-ci n'est-elle pas en effet l'expression de la volonté générale ?

Cette loi peut être de portée très large et viser indifféremment la sécurité, la salubrité ou la tranquillité publique dans tous les domaines; elle traite alors de questions d'intérêt commun relatives à des activités indifférenciées des administrés. Elle est aussi souvent spéciale et particulière en ce sens qu'elle entend régler elle-même -ou habiliter l'Exécutif à le faire- des domaines déterminés³⁰, des activités économiques données³¹ envisagées comme fonction de l'économie nationale et par là de l'intérêt général; cette loi touche alors très directement à l'organisation de la production, de la distribution ou des services.

Rappelons toutefois que ces atteintes et restrictions ne peuvent évidemment remettre en cause l'existence même de ces droits et libertés; tout au plus visent-elles à en aménager ou à en réglementer l'exercice.

Mais quelles sont les techniques d'aménagement des libertés publiques par le législateur ?

Lorsque l'Etat entend, moyennant intervention du législateur, aménager l'exercice d'un principe de base, notamment la liberté économique, deux grandes options s'offrent à lui : ou bien il décide d'intervenir directement dans l'économie en se faisant industriel, commerçant, financier -soit lui-même, soit par personne interposée-, ou bien il réglemente -dans un but économique ou non- l'exercice d'une profession, d'une activité, en recourant le plus souvent à des moyens d'autorité³²; n'entendant pas alors se substituer à l'initiative privée dont les activités restent libres en principe, il recourt aux procédés de l'interventionnisme indirect : il impose, soumet à déclaration, autorise ou interdit des activités économiques de plus en plus nombreuses.

³⁰ Exemples : la matière des prix, les pratiques du commerce, etc.

³¹ Activités d'assurances, de banques, d'agences de voyages, de transports par route, etc.

³² Son intervention revêt cependant parfois un caractère incitatif, mais nous ne retiendrons pas ici cet aspect.

La caractéristique majeure de ce second aspect de l'intervention des pouvoirs publics -le seul que nous retiendrons ici- est que l'Etat modèle, unilatéralement et par la contrainte³³, l'activité économique « en agissant de l'extérieur sur les conditions de la production, de la distribution ou de la consommation et oblige ainsi les entreprises privées à se conformer aux buts - économiques ou non- fixés par le Gouvernement »³⁴.

Les moyens unilatéraux de contrainte peuvent se ramener à deux grands régimes :

- 1) le régime répressif, qui laisse se développer l'activité économique selon la propre détermination de l'administré et n'intervient que pour en réprimer les excès; toutefois, « cette liberté ne pourra s'exercer le plus souvent qu'à l'intérieur de limites préalablement posées par le législateur, sous peine de sanctions pénales »³⁵.

A ce régime, ressortit la technique de la réglementation contrôlée qui se caractérise par le fait que le législateur se borne à réglementer par avance l'activité économique des particuliers et à la soumettre à certaines conditions dont l'observation est alors vérifiée a posteriori par l'autorité, suite à un contrôle visant à réprimer les infractions. Ce type d'intervention, convenons-en, n'apporte que des restrictions limitées à la liberté économique, aucune intervention préalable de l'administration n'étant requise avant que puisse s'exercer une activité³⁶.

- 2) Moins favorable à la liberté économique est assurément le régime préventif qui subordonne l'exercice d'une activité à déclaration ou à autorisation de l'autorité publique et prohibe, dans certains cas, purement et simplement ladite activité (régime des interdictions). Son but n'est plus tellement de punir après coup les abus mais d'empêcher qu'ils se produisent; à cette fin, il permet de soumettre à un contrôle administratif préalable l'exercice d'une activité économique.

Au nombre des procédés qui relèvent du régime préventif, figurent, selon une gradation ascendante des atteintes portées à la liberté économique, la déclaration préalable³⁷, l'autorisation³⁸, et l'interdiction³⁹.

³³ C'est volontairement que nous n'aborderons pas dans cette étude les procédés unilatéraux de type incitatif ni les moyens d'inspiration contractuelle.

³⁴ FLAMME, De la police du commerce à l'économie dirigée, R.I.S.A., 1956, p. 111.

³⁵ LIVET, L'autorisation préalable et les libertés publiques, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 15.

³⁶ A cette technique de réglementation se rattachent notamment la plupart des dispositions qui visent à la protection de la santé des consommateurs et notamment à réglementer la fabrication, l'exportation et le commerce des denrées alimentaires, en ce compris la détermination de leur composition, leur dénomination, les indications utiles à l'information; il en est de même des dispositions relatives aux pratiques du commerce qui ont trait à l'information commerciale ou à la réglementation des différents types de vente, ou encore des dispositions relatives à la réglementation économique et les prix en ce qui concerne notamment la fixation des prix maximum. Et on pourrait multiplier les exemples...

³⁷ Exemples : l'ouverture des débits de boissons fermentées, les prises d'eau souterraine de moyenne importance, l'exploitation des terroirs.

³⁸ On ne compte plus les activités et professions soumises à ce type de restriction : ainsi en est-il notamment des entreprises d'assurances, des banques, des caisses d'épargne privées, des sociétés de capitalisation et autres établissements recevant des dépôts d'argent, des agences de voyages, des établissements hôteliers,

Sans vouloir entrer dans une analyse détaillée de la nature juridique des diverses techniques, il nous semble cependant intéressant d'établir leurs points de convergence et de divergence et de formuler à ce propos quelques observations : alors que le régime de l'interdiction, une fois adopté, fait disparaître, dans le domaine concerné et relativement aux activités données, toute liberté d'action des agents économiques privés -et, en ce sens, il se rapproche du système de l'autorisation qui implique une prohibition légale et de principe d'une activité, tout en réservant néanmoins à l'administré la possibilité de lever celle-ci aux conditions et suivant les modalités arrêtées par la loi ou en vertu de celle-ci-, il n'en reste pas moins vrai que le recours à cette technique présuppose un régime de liberté économique. Il présente sur ce point une analogie évidente avec la technique de la déclaration; celle-ci ne confère toutefois pas, en principe, à l'autorité un « pouvoir d'empêcher » quand bien même elle peut servir de catalyseur pour la mise en oeuvre de techniques interventionnistes beaucoup plus caractérisées, telles l'autorisation préalable ou l'interdiction.

La déclaration, qui présente un caractère hybride, s'apparente au régime préventif dans la mesure où elle facilite la prévention et la surveillance d'une activité; elle se rattache au système répressif en ce sens qu'elle prépare et ouvre la voie à l'action répressive, grâce aux informations recueillies.

Quant à la technique de l'autorisation, elle subordonne l'exercice d'une activité économique, d'une profession, à l'obtention d'un acte permissif de l'autorité publique. Dans la mesure où l'agrément, l'autorisation constituent un préalable obligatoire à l'exercice d'une activité ou à la création d'un organisme⁴⁰, ils représentent une limitation importante à la liberté économique, limitation d'autant plus tangible que l'administration se voit souvent investie d'un pouvoir d'appréciation étendu dans la procédure d'octroi ou de refus d'autorisation et que le juge administratif manifeste une réserve parfois excessive dans le contrôle de la légalité des décisions prises dans le cadre de cette technique de réglementation.

Ce procédé qui, à l'instar de la déclaration, subordonne l'exercice de la liberté à une démarche initiale auprès de l'autorité, implique, contrairement à celle-ci, un contrôle a priori de l'administration sur l'activité qui ne pourra être mise en oeuvre qu'après vérification préalable de sa conformité avec les dispositions en vigueur et intervention permissive de l'autorité se concrétisant dans une décision unilatérale à caractère individuel. Force est cependant de constater qu'une fois l'autorisation délivrée, l'exercice de l'activité ne s'en trouve pas moins soumis, en vertu de la loi, à un contrôle plus ou moins étendu de type répressif qui vient renforcer et perpétuer, si besoin en était encore, l'atteinte à la liberté économique.

des taxis, des transports rémunérés de personnes et de choses, des stations de radio-communications, du commerce ambulancier, etc...

³⁹ Ainsi le législateur peut-il interdire ou réserver à l'Exécutif la possibilité d'interdire certaines pratiques commerciales (exemples : la concurrence déloyale, les ventes en chaîne et ventes itinérantes), la production, la fabrication, l'importation, la distribution de certains produits et la prestation de certains services.

⁴⁰ Nous ne nous préoccupons donc pas des autorisations et agréments qui, en vertu des textes, revêtent un caractère facultatif - c'est-à-dire qui, sans être nécessaires ni préalables à l'exercice d'une activité ou à la création d'un organisme, confèrent à celui à qui ils sont accordés une série d'avantages aussi bien financiers (subsidés) que d'ordre juridique (la jouissance de certaines prérogatives de puissance publique) -, ceux-ci ne portant pas alors véritablement atteinte à la liberté économique.

Ce panorama rapide des différents modes d'interventionnisme indirect mis à la disposition du législateur étant brossé à grands traits, il nous semble indispensable, avant d'envisager le rôle du pouvoir réglementaire dans le domaine économique, de faire brièvement le point sur les techniques législatives utilisées qui présentent en cette matière un certain particularisme.

A côté des « lois proprement dites » - c'est-à-dire celles par lesquelles le législateur règle directement, de façon générale et permanente, des questions d'intérêt commun - qui se suffisent à elles-mêmes et ne nécessitent pour s'appliquer que des arrêtés de pure exécution, existent des lois dites « attributives » qui confèrent à l'Exécutif ou à d'autres autorités des attributions pour lesquelles la Constitution ne les a pas formellement désignés. Elles se subdivisent elles-mêmes en « lois de cadre » et en « lois de pouvoirs spéciaux ».

- Les lois de cadre.

Le législateur, dans ces textes généralement très courts, se contente d'énoncer les lignes de force et les principes directeurs qu'il entend voir respecter par le pouvoir exécutif auquel il confie, par ailleurs, le soin d'arrêter une réglementation détaillée de la matière.

Ces lois, très fréquentes dans le domaine économique, concernent notamment la protection de la santé des consommateurs, le contrôle des denrées alimentaires, les pratiques du commerce en ce qui concerne, notamment la dénomination et la composition des produits, le statut des agences de voyages ou des établissements hôteliers, et nous pourrions multiplier les exemples...

- Les lois de pouvoirs spéciaux.

Elles confèrent à l'Exécutif, souvent à titre temporaire, le pouvoir -parfois très limité- de prendre certaines mesures qui rentrent normalement dans les compétences du pouvoir législatif, notamment le pouvoir de modifier, abroger ou remplacer les lois existantes; elles s'analysent donc comme une véritable délégation de compétence du Législatif à l'Exécutif.

Le recours à ce procédé permet au Gouvernement d'opérer de façon extrêmement rapide des réformes essentielles et d'assurer ainsi le maintien ou le redressement économique et financier du pays par l'adoption de mesures qui, normalement, auraient nécessité une intervention du législateur.

Venons-en maintenant au rôle de l'Exécutif dans le domaine économique.

V.- Importance du pouvoir réglementaire dans le domaine économique.

Quel que soit le rôle fondamental reconnu, il y a un instant, au législateur en cette matière, il n'en faut pas pour autant considérer comme élément négligeable le pouvoir de réglementation reconnu à l'administration dans ce domaine.

Alors que la conception libérale classique marquait plut ôt une certaine défiance vis-à-vis de l'Exécutif et avait donc tendance à réduire le plus possible les interventions du pouvoir réglementaire dans le domaine des libertés publiques ⁴¹, on ne peut que souligner, au contraire, la place particulièrement large occupée par le règlement en tant que source interne du droit public économique.

La raison en est simple : la matière ne requiert-elle pas en effet une souplesse particulière imposée par les besoins de la vie économique que la loi ne peut pas toujours procurer ? Les dispositions en cette matière doivent pouvoir en effet évoluer et être facilement et rapidement modifiées; il y va d'une nécessité primordiale pour la vie économique.

Quel est dès lors, sur le plan réglementaire, le champ d'action de l'administration en ce domaine et quelles en sont les limites ?

⁴¹ Voir en ce sens RIVERO, Les libertés publiques, 1- Les droits de l'homme, o.c., p. 186.

S'il entre dans les compétences du législateur, en vertu de la Constitution, de poser les règles de fond qui régissent les conditions du marché et de réglementer en conséquence notamment la production, le commerce et les professions, la réponse mérite d'être plus nuancée en ce qui concerne les autorités administratives qui détiennent le pouvoir réglementaire, qu'elles ressortissent au Gouvernement national ou à d'autres corps subordonnés tels les pouvoirs locaux, les organismes décentralisés et spécialisés, et même les personnes privées investies de missions d'intérêt général.

Un principe s'impose : toute réglementation administrative adoptée en ce domaine, quel qu'en soit le niveau, doit trouver son origine dans la loi.

Un règlement qui imposerait donc aux agents économiques privés des restrictions non prévues par la loi ou en vertu de celle-ci aux principes fondamentaux proclamés par la Constitution, serait entaché d'illégalité et comme tel annulable par la juridiction administrative pour excès de pouvoir.

L'exigence d'une habilitation législative est donc toujours requise et ce, quel que soit le rôle assigné à l'Exécutif :

- tantôt l'administration se contente d'exécuter purement et simplement la loi.
Quel est dès lors son pouvoir ?

Une jurisprudence bien établie reconnaît dans ce cas à l'Exécutif le pouvoir de dégager du principe de la loi et de son économie générale les conséquences qui, d'après l'esprit qui a présidé à son adoption et les fins qu'elle poursuit, en dérivent naturellement;

- tantôt l'habilitation du Législatif dépasse la simple exécution dans la mesure où elle procède d'une loi de pouvoirs spéciaux ou d'une loi de cadre.
Elle confère alors à l'Exécutif une marge de manoeuvre qui peut se révéler extrêmement importante quand le législateur se contente notamment d'énoncer le principe de la réglementation ou de la limitation sans pour autant en formuler le contenu ni les modalités. L'Exécutif dispose alors très largement du choix des moyens; il choisira le mode de réglementation qui lui paraît le plus adapté compte tenu des objectifs fixés par le législateur (la réglementation contrôlée, la déclaration, l'autorisation, etc.).

Cette tendance à privilégier, dans une certaine mesure, comme sources de la légalité économique les lois attributives et les arrêtés réglementaires pris en exécution de celles-ci, n'est pas sans danger.

Certes, nous l'avons souligné, la règle de droit doit, dans ce domaine, présenter une certaine mobilité et ménager à l'administration le pouvoir d'agir rapidement, de s'adapter aux circonstances économiques changeantes. Cette dernière disposera donc d'une liberté d'action assez grande et d'un pouvoir d'appréciation étendu.

Mais ces assouplissements nécessaires du principe de légalité devraient aller de pair avec une détermination plus précise des buts poursuivis par le législateur⁴² et des moyens susceptibles d'être mis en oeuvre⁴³, ce qui permettrait aux juridictions tant administratives que judiciaires d'exercer un contrôle plus strict de l'activité réglementaire de l'administration.

⁴² Or, nous constatons que l'objectif de l'action administrative n'est généralement pas fixé par la loi ou ne l'est que de façon imprécise.

⁴³ Moyens qui sont laissés souvent à la discrétion totale de l'administration.

Formulons rapidement une dernière remarque.

Comme nous l'avons observé tout à l'heure, les sources réglementaires du droit public économique ne sont pas uniquement concentrées dans la réglementation adoptée au niveau du Gouvernement central, mais elles peuvent aussi résulter de règlements émanant d'organismes publics décentralisés et spécialisés, de pouvoirs locaux et même parfois d'organismes professionnels privés.

Un tel phénomène n'a pas de quoi étonner dans la mesure où une des caractéristiques du pouvoir réglementaire en matière économique⁴⁴ est de « descendre assez bas dans la hiérarchie administrative » afin de mieux saisir la réalité économique. C'est d'ailleurs ce que souligne M. Gaudemet lorsqu'il note que « les actes qui édictent les règles de l'administration économique occupent, pour la plupart, les derniers échelons de la hiérarchie des règles juridiques, ce qui leur laisse une grande souplesse, puisqu'ils peuvent, en raison de leur forme, être modifiés aisément »⁴⁵.

Telles sont, rapidement exposées, les quelques réflexions suscitées par le thème combien important qu'il nous a été demandé de traiter.

Nous nous efforcerons, dans notre exposé oral, de concrétiser les lignes de force que nous avons dégagées dans notre rapport écrit.

⁴⁴ Voir en ce sens de LAUBADERE et DELVOLVE, *Droit public économique*, o.c., pp. 107 et 118.

⁴⁵ GAUDEMET, *Réflexions sur le droit administratif économique*, Etude en hommage au professeur LOPEZ-RODO, 1972, p. 135.

Fondements constitutionnels du système économique au cours de la période post-totalitaire en République de Bulgarie - Rapport de Mme. Snezhana Botusharova, Docteur en droit, Vice-présidente de l'Assemblée nationale

1. Les Etats postcommunistes sont caractérisés par le passage à une économie de marché liée à l'institutionnalisation de la propriété privée dont l'existence est garantie, ainsi qu'à la décentralisation de la gestion économique. La Constitution de la République de Bulgarie, adoptée le 12 juillet 1991, contient des dispositions qui consacrent ces deux critères économiques fondamentaux.

Les dispositions de la Constitution jouent un rôle extrêmement important lorsqu'il s'agit d'établir les fondements juridiques de relations et de mécanismes de marché. La Constitution en elle-même n'est pas un instrument juridique suffisamment souple pour servir de cadre à une économie de marché dynamique. Aussi un examen des fondements constitutionnels exigerait-il qu'on se réfère à d'autres lois susceptibles de consolider ces bases et de les rendre plus concrètes. De par leur nature même les fondements constitutionnels ne possèdent pas la même faculté d'adaptation à l'état du marché que la réglementation juridique et administrative.

Le succès d'un mécanisme de marché dépend non seulement des normes juridiques qui réglementent le système économique, mais aussi de l'existence d'un environnement assurant des conditions favorables telles que la stabilité financière et sociale, l'égalité d'opportunité pour les agents économiques, une politique fiscale appropriée, attrayante pour les investisseurs étrangers, une législation protégeant contre la concurrence déloyale, etc.

Les conventions, accords et autres instruments internationaux sont également très importants si l'on veut accélérer le passage à une économie de marché.

Aussi le rôle que la Constitution peut jouer et joue effectivement est-il de définir les règles et principes de base appelés à régir la structure et le fonctionnement de l'Etat et les rapports hiérarchiques entre ses différentes institutions. Ces règles sont à caractère institutionnel et procédural mais créent également l'«intégrité» dite «législative», dont l'absence rendrait impensable le passage à la propriété privée, à l'économie de marché et à la protection des droits de l'homme.

La Constitution énonce les principes et règles de base conformément auxquels l'Etat doit être administré, et répartit les compétences et les attributions entre les différents secteurs du pouvoir. En même temps, elle assure la protection juridique des membres de la société dans une situation d'économie de marché.

2. Le cadre constitutionnel dans lequel s'opère cette transition, conformément à la Constitution bulgare en vigueur, présente certaines caractéristiques spécifiques.

Premièrement, l'Etat qui est en voie de création (selon le préambule) est un Etat de droit et un Etat social. Ces principes trouvent leur expression dans le texte de la Constitution mais sont affirmés avec plus de netteté encore dans le processus normatif en cours à l'Assemblée nationale. Un Etat peut être considéré comme social une fois que la transformation de son système économique est achevée et que les relations de marché sont stabilisées.

Deuxièmement, la Constitution est la loi suprême (article 5, paragraphe 1) et ses dispositions s'appliquent directement (article 5, paragraphe 2). Leur applicabilité directe atteste la nécessité d'accorder une attention plus grande au fondement constitutionnel du système économique.

Troisièmement, les traités internationaux sont partie intégrante du droit interne et l'emportent sur toutes ses normes contraires.

Aux fins d'une appréciation plus exacte du cadre constitutionnel, il convient de se reporter à la décision n° 7 de la Cour constitutionnelle de la République de Bulgarie. L'importance de cette décision procède, d'une part, de la cohabitation de la nouvelle Constitution et de la nouvelle législation qui s'en inspire, et, d'autre part, de très nombreux lois et décrets anciens mais encore en vigueur, dont beaucoup ont été adoptés par des institutions d'Etat qui n'existent plus.

En vertu de la Constitution en vigueur, les traités internationaux doivent, pour faire partie intégrante du droit interne et entrer en application, être ratifiés selon les modalités prévues dans la Constitution, à savoir par l'Assemblée nationale par voie d'adoption d'une loi qui doit ensuite être promulguée dans le Journal officiel et mise en vigueur. C'est ainsi que les normes que ces traités contiennent deviennent sources de droits et d'obligations pour les sujets de droit interne. L'adoption de la nouvelle Constitution a consacré cette pratique, par exemple en ce qui concerne: la loi sur la ratification du Statut du Conseil de l'Europe daté du 5 mai 1949; l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe daté du 2 septembre 1949 et le Protocole additionnel à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe daté du 6 novembre 1952; la loi sur la ratification de la Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements; et le Protocole portant création de la Société financière internationale.

Selon l'interprétation de la Cour constitutionnelle, les traités internationaux existants deviennent partie intégrante du droit interne s'ils ont été ratifiés et sont entrés en vigueur en République de Bulgarie, quand bien même ils n'auraient pas été déclarés exécutoires à une époque où une telle déclaration n'était pas requise au stade de la ratification. Mais dans ce cas ils ne l'emportent pas sur les normes de droit interne.

Outre les principes fondateurs de l'économie de marché, qui seront examinés dans le chapitre suivant, des garanties sont offertes à chaque citoyen. Une de ces garanties est l'égalité devant la loi (article 6 de la Constitution) et l'interdiction de limiter des droits ou d'accorder des privilèges fondés sur la race, l'appartenance ethnique, le sexe, l'origine, la religion, l'instruction, l'appartenance politique, la situation personnelle, sociale ou patrimoniale.

L'égalité devant la loi a été érigée en principe constitutionnel de base, ancré dans les fondements de la société civile et de l'Etat. Le principe sous-tend le système juridique tout entier, et c'est sur sa base qu'est interprétée et appliquée la Constitution et accomplie l'activité normative. En même temps, l'égalité devant la loi est aussi un droit fondamental reconnu à tous les citoyens. Ce principe trouve en outre son expression dans plusieurs dispositions spécifiques, dont certaines traitent des droits économiques et sociaux des citoyens. L'égalité devant la loi présuppose aussi l'égalité devant tous les autres instruments juridiques, et pas seulement devant la loi au sens étroit de l'Assemblée nationale.

Il faut souligner que les droits économiques et sociaux fondamentaux des citoyens bulgares font également partie des fondements constitutionnels du système économique: le droit d'association (article 12), le droit au travail (articles 16 et 48), le droit à la propriété et le droit à la succession (article 17, paragraphe 1). L'Etat a l'obligation d'assurer l'application du droit constitutionnel au travail. L'Etat est en outre chargé de créer les conditions qui permettront aux personnes atteintes d'infirmités physiques ou d'anomalies psychiques d'exercer leur droit au travail. Le droit de grève et le droit à la sécurité sociale et à l'aide sociale ont également trouvé leur expression dans la Constitution.

3. Sont également pris en considération dans le cadre constitutionnel du système économique, les éléments suivants:

- 1) la propriété;
- 2) la terre et la protection spéciale dont elle bénéficie;
- 3) la libre entreprise (protection contre l'abus des monopoles et contre la concurrence déloyale et protection du consommateur ainsi que des investissements et de l'activité économique des citoyens bulgares et étrangers (article 19);
- 4) les impôts (article 60).

En pratique, deux questions jouent un rôle déterminant dans la transition: la privatisation et la propriété privée des moyens de production.

La Constitution de la République de Bulgarie établit le principe selon lequel le droit à la propriété et le droit de à la succession sont garantis et protégés par la loi (article 17), de même que le principe de l'inviolabilité de la propriété privée.

L'expropriation forcée ne peut être opérée que dans des conditions particulières, clairement définies: par exemple, la nationalisation peut uniquement être effectuée pour faire droit à des besoins de l'Etat ou des communes, à condition qu'il soit impossible d'y faire droit d'une autre manière, et uniquement si une juste indemnisation a été préalablement garantie. Une telle décision ne peut être prise que par le corps législatif, et sous forme de loi. Ces principes constitutionnels, bien connus de longue date, sont actuellement réaffirmés en cette période de transition vers une économie de marché.

En Bulgarie, le processus de création d'une économie de marché a commencé par la restitution de biens confisqués ou nationalisés sous le régime communiste. L'assouplissement du contrôle de l'Etat, une meilleure protection de la propriété privée et le rétablissement du droit original ont été facilités par de profondes modifications de la loi sur la propriété, de la loi sur la succession, de la loi sur les biens d'Etat, de la loi sur la propriété et l'utilisation des terres agricoles, de la loi de rétablissement des droits de propriété sur certains magasins, ateliers et entrepôts, de la loi de rétablissement des droits de propriété sur les biens immeubles expropriés, de la loi de rétablissement des droits de propriété sur certains biens nationalisés dans le cadre de la loi sur l'aménagement du territoire (national et communal), de la loi d'urbanisme, de la loi sur les biens d'Etat et de la loi sur le patrimoine, de la loi de rétablissement des droits de propriété sur les biens immeubles des citoyens bulgares d'origine turque qui ont demandé l'autorisation de se rendre en Turquie et dans d'autres Etats au cours de la période de mai à septembre 1989, de la loi de rétablissement des droits de propriété sur les biens et avoirs de l'Eglise catholique sur le territoire de la République populaire de Bulgarie au titre du décret n°88 du Présidium de l'Assemblée nationale daté du 12 mars 1953.

Il ressort d'une étude de la restitution opérée en Bulgarie qu'au 31 octobre 1992, 51 245 demandes de restitution avaient été déposées en vertu des lois relatives à la restitution et que 45,9 % de tous les biens expropriés avaient été restitués. Environ 82 % de ces biens sont situés dans des villes et 18 % seulement dans des villages. Ont surtout été restitués - à raison de 70 % -, des magasins, des pharmacies, des restaurants et des bâtiments administratifs. 60 à 70 % des entrepôts, établissements sanitaires, dépôts d'autobus, centres d'accueil de jour et boulangeries ont déjà été restitués. En ce qui concerne le rétablissement des droits de propriété sur les lieux de culte, les garages, les parcelles intra-muros, les taux de restitution sont un peu moins élevés. Un tiers seulement de ces biens ont été rendus à leurs propriétaires. Cela tient notamment au fait que leur restitution fait l'objet d'un moratoire provisoire.

Il ressort d'études que le prix des biens restitués est nettement inférieur à leur valeur commerciale réelle.

En définitive, la restitution aurait pu être opérée bien plus rapidement, en présence de dispositions juridiques précisant clairement le traitement à réserver aux biens dont la propriété est contestée en justice, ce qui entraîne un ralentissement du processus de restitution. L'adoption d'un règlement d'application des lois de restitution faciliterait la procédure de rétablissement des droits de propriété sur ces avoirs, qui se sont accrus, par exemple dans les cas où l'Etat a investi dans la reconstruction des installations initiales.

L'autre mode essentiel de transformation de la propriété de l'Etat consiste en la privatisation. Il n'existe pas de bases constitutionnelles à cet égard. Le processus de privatisation est lent et complexe, nonobstant le fait que plusieurs cabinets ont fait de la privatisation leur objectif principal.

La privatisation est régie par la loi de 1992 sur la transformation et la privatisation des entreprises appartenant à l'Etat et aux communes. Les organes publics responsables de la privatisation sont le Conseil des ministres et l'Agence de privatisation. L'Assemblée nationale est censée adopter des programmes annuels de privatisation conçus par l'Agence de privatisation et approuvés par le Conseil des ministres. Le premier de ces programmes n'a pas été adopté car les commissions de l'Assemblée nationale l'ont rejeté.

Selon les chiffres de l'Agence de privatisation, on compte actuellement 4 500 entreprises appartenant à l'Etat. En vertu du projet de programme pour 1993, des procédures de privatisation devraient être engagées pour 318 entreprises dont 150 sociétés. 218 entreprises, dont 98 sociétés, pour lesquelles une procédure de privatisation est déjà en cours, seront vendues. A ce jour, plus de 90 % de toutes les entreprises sont propriété de l'Etat. En Bulgarie, l'exécutif a adopté des instruments concrets pour opérer une transition fondée sur l'association d'approches monétaires et d'approches structurelles. Les prix ont été libérés, les taux d'intérêt relevés, pour réduire l'emprunt, l'inflation est maîtrisée, l'augmentation des salaires dans l'administration budgétaire a été jugulée et la parité de change entre le Lev bulgare et le dollar des Etats-Unis maintenue dans certaines limites. L'approche structurelle suppose une restructuration de l'industrie d'Etat dans le cadre de programmes expressément conçus pour chaque secteur industriel.

La Constitution de la République de Bulgarie établit une distinction entre le domaine privé et le domaine public. Mais, au plan juridique, on n'opère pas encore de différenciation entre les deux, non plus qu'on n'opère de différenciation nette entre le régime applicable aux divers groupes de biens d'Etat et celui applicable aux biens des communes.

Les droits de propriété qui appartiennent exclusivement à l'Etat sont clairement précisés et concernent notamment les ressources minérales et autres, l'ensemble des plages, routes nationales, eaux, forêts et parcs nationaux ainsi que les réserves archéologiques telles qu'elles sont définies par la loi (article 18, paragraphe 8). L'Etat conserve des droits de souveraineté sur le plateau continental, les radio fréquences, etc. Son droit exclusif sur les chemins de fer, les réseaux nationaux des postes et télécommunications, l'énergie nucléaire, la production nucléaire, d'armements, d'explosifs et de substances hautement toxiques est établi par la loi. Il s'agit, en l'occurrence, d'un monopole d'Etat. Des concessions dans les domaines susmentionnés seront accordées en vertu d'actes de droit. Il est prévu de tenir prochainement un débat parlementaire sur la loi relative aux biens d'Etat.

Une distinction entre les biens appartenant à l'Etat et ceux appartenant aux communes a été opérée par voie de modification de la loi sur la propriété et de la loi de 1991 sur les collectivités locales et l'administration locale. De ce fait, les communes sont maintenant bien plus nombreuses à gérer elles-mêmes leurs biens, cependant que leur autorité s'est renforcée.

La terre fait l'objet d'une attention particulière. La Constitution prévoit des mesures de protection spéciales pour la terre, qui est définie comme étant la richesse nationale essentielle. Les terres arables peuvent uniquement être affectées à des fins agricoles. Leur affectation peut être modifiée à titre exceptionnel, dans un cadre juridique, mais uniquement si la nécessité en a été établie. La loi de 1991 sur la propriété et l'utilisation des terres agricoles est l'un des actes législatifs les plus vivement contestés et a souvent été modifiée à la suite de l'évolution dynamique de la majorité parlementaire.

L'adoption de cette loi a ouvert la voie à la libre entreprise dans l'agriculture et à la concurrence entre les producteurs. Des intérêts politiques sont toutefois en train de ralentir l'introduction des principes de l'économie de marché dans l'agriculture. Selon les chiffres les plus récents fournis par le ministère de l'Agriculture, 6.164.012 decares de terres ont jusqu'à présent été rendus à leurs propriétaires, et des plans de restitution de terres sont prêts pour la restitution de 3.971.974 autres decares soit au total 10.135.986 decares. Cette superficie représente 21,32 % de l'ensemble des terres qui seront restituées.

La loi a pour effet économique le plus important de faire retrouver aux terres les limites qui étaient les leurs à l'époque où elles ont été expropriées et réunies au sein de coopératives, en 1946. Aujourd'hui, 41 % de toutes les terres agricoles sont cultivés à titre privé.

Les difficultés d'application des mécanismes du marché à l'agriculture sont imputables à des tentatives pour contourner la loi par maintien des anciennes coopératives ou création de nouvelles coopératives, sans qu'une distinction soit faite entre les apports de terres par les membres, ainsi qu'à des tentatives pour ralentir le processus de répartition des terres.

Le principe de l'économie de marché a également trouvé son expression dans la Constitution. Il faut, de surcroît, établir des lois qui offrent à tous les citoyens et à toutes les personnes morales des conditions égales pour la poursuite de leur activité économique, en les préservant des abus des monopoles et de la concurrence déloyale et en protégeant le consommateur, les investissements et les entreprises des citoyens bulgares et étrangers ainsi que des sociétés.

De toute évidence, une restructuration de l'économie, orientée vers le marché, et le déploiement de la libre entreprise supposent que soient garanties des conditions propices à la libre concurrence entre les producteurs. La première loi économique adoptée en 1991, à savoir la loi sur la protection de la concurrence, vise à encourager celle-ci et à rendre les biens et services bulgares plus compétitifs. Un organe public indépendant et spécialisé - la Commission pour la protection de la concurrence - a été créé pour veiller à l'application de la loi. Il existe aussi une loi destinée à réprimer le marché noir, qui s'est toutefois révélée insuffisante.

La loi sur le commerce, qui vient d'être adoptée, définit la portée juridique de plusieurs expressions et la dynamique commerciale en passant en revue les divers types de contrats. Le chapitre consacré aux faillites n'a pas encore été adopté. Mais aucun passage à l'économie de marché ne serait possible à défaut de telles dispositions. La loi de 1992 sur l'activité économique des ressortissants étrangers et la protection des investissements étrangers et la loi de 1991 sur les coopératives sont déjà en vigueur.

Les impôts sont un autre aspect essentiel de l'économie de marché. La Constitution fait obligation aux citoyens d'acquitter les impôts et les droits déterminés par la loi. Le montant de ces redevances est déterminé selon le principe de proportionnalité des revenus et de la fortune (article 60). On s'efforce de trouver un critère juste pour fixer les montants des impôts. Les allègements fiscaux et les augmentations d'impôts peuvent uniquement être décrétés par la loi. La fiscalité est fondée en droit.

Les dispositions de la Constitution ont trouvé leur expression dans les modifications apportées à l'ancienne loi relative à l'impôt sur le revenu et à la loi sur les impôts et droits locaux. La loi sur l'administration fiscale, la loi de procédure fiscale et la loi sur la taxe à la valeur ajoutée ont été adoptées récemment. D'autres dispositions fiscales sont à l'examen. Selon un avis quasi général, on est en train de poser les fondements juridiques d'une nouvelle fiscalité qui est compatible avec une économie de marché et qui encourage l'entreprise privée.

4. Les pouvoirs des principaux organes de l'Etat - assemblée nationale, conseil des ministres, président, autorités et administrations locales - sont exercés dans l'ordre hiérarchique, en fonction de leur type et conformément aux bases constitutionnelles du système économique de la période post-communiste en Bulgarie.

En résumé, on peut conclure que les problèmes juridiques, politiques et sociaux liés au passage à une économie de marché et à la priorité accordée à l'initiative privée seront résolus tant par le pouvoir législatif que par le pouvoir exécutif conformément aux principes énoncés dans la Constitution.

LA BASE CONSTITUTIONNELLE DU SYSTÈME ÉCONOMIQUE PENDANT UNE PÉRIODE DE TRANSITION DE L'ÉCONOMIE PLANIFIÉE À UNE ÉCONOMIE DE MARCHÉ

Résumé de la discussion

1. Les sources du droit économique

Il a été souligné que, pour les Etats membres de la Communauté européenne, le droit communautaire revêt une importance toujours croissante en tant que source du droit économique. Le droit communautaire prévaut sur une loi nationale contraire. En Belgique, il prévaut même sur la constitution belge.

Les constitutions de la plupart des pays occidentaux comportent peu de dispositions relatives à l'ordre économique. En Allemagne, le corps législatif possède d'amples pouvoirs de décision en ce qui concerne le système économique dès lors qu'il respecte les droits de la première génération (libertés fondamentales traditionnelles) inscrits dans la loi fondamentale (Grundgesetz). Celle-ci consacre en particulier une liberté générale de comportement et des libertés spécifiques comme celle de choisir sa profession, etc. Des restrictions ne peuvent être apportées à ces libertés que pour un motif légitime au regard de la constitution, à condition que le principe de proportionnalité soit respecté (c'est-à-dire que la restriction soit nécessaire pour parvenir au but poursuivi et qu'elle constitue le moyen le moins rigoureux pour y parvenir) et que l'essence du droit fondamental soit préservée. A la suite du Traité d'unification qui envisage une révision de la loi fondamentale, il a été proposé d'y inclure les droits de la deuxième génération (droits sociaux et économiques). Selon toute probabilité, seul le principe de la protection de l'environnement y sera inscrit, non en tant que droit mais comme une disposition-programme dont l'exécution incombera au corps législatif. Dans le cadre de l'ordre juridique allemand, même ce type de disposition-programme peut avoir une importance concrète, car les tribunaux interprètent généralement la législation de droit commun à la lumière de tels principes. Il y a donc un risque que les

tribunaux rendent trop de décisions qui incomberaient davantage aux hommes politiques. Un autre argument qui incite à la prudence dans ce domaine tient à ce que, par exemple, le droit au travail ne crée pas des emplois en soi, mais requiert un contrôle de l'Etat sur le marché du travail. Si l'Etat paraît incapable de répondre aux attentes nées de la proclamation de ces droits, il risque d'en résulter une insatisfaction à l'égard de la constitution.

La constitution belge est encore plus réservée en ce qui concerne le système économique. Elle ne garantit aucun droit économique ou social et ne consacre même pas la liberté générale du commerce et de l'industrie.

En Roumanie, la constitution comporte, outre un chapitre sur les droits fondamentaux, un autre consacré à l'économie et aux finances publiques.

Les participants bulgares ont exprimé une certaine préférence pour un noyau dur de règles fixes relatives au système économique qui ne seraient pas continuellement susceptibles de révision par des majorités parlementaires changeantes.

Il a été souligné qu'à l'échelon européen, la Convention européenne des Droits de l'Homme et la Charte sociale européenne constituent une assise pour les droits tant de la première que de la deuxième génération.

La portée des pouvoirs réglementaires de l'exécutif diffère largement entre les pays occidentaux. En Allemagne, l'exécutif n'exerce de pouvoir réglementaire que s'il y a été expressément habilité par une loi. Le contenu, le but et l'entendu de l'habilitation doivent être énoncés dans la loi. Cette base juridique doit être mentionnée dans l'ordonnance.

Par contre, en France, l'exécutif exerce un pouvoir réglementaire propre en vertu de l'article 37 de la constitution.

En Belgique, il a été largement recouru dans le domaine économique à des lois attributives de compétence à l'exécutif et les ordonnances fondées sur ces lois prévalent même sur les lois de caractère général.

2. Intervention de l'Etat sur le marché

Les subventions sont un moyen largement employé d'intervention sur le marché, tant en Europe occidentale que dans les pays en transition vers une économie de marché. En Bulgarie par exemple, des subventions spécifiques sont accordées aux sociétés privées nouvellement créées.

En Occident, on reconnaît de plus en plus qu'il ne sert à rien de tenter de maintenir économiquement en vie par des subventions des entreprises qui ne sont plus viables. De telles subventions peuvent néanmoins être justifiables dans le cas d'une restructuration de secteurs industriels comme la métallurgie. Dans le cadre de la Communauté, les subventions accordées par les Etats membres doivent être conformes aux dispositions du Traité de Rome et faire l'objet de négociations avec la Commission européenne.

Une ingérence étatique très rigoureuse dans le jeu du marché est la réglementation des prix. En Belgique, l'Etat a le pouvoir de fixer des prix maximums ou un « prix normal » sur la base du prix de revient augmenté d'un bénéfice raisonnable. L'Etat négocie même avec les acteurs économiques des prix de référence pour certains produits comme les carburants qui sont alors indexés. Il existe une tendance à la libéralisation, mais l'Etat maintient au moins l'obligation d'une notification des augmentations de prix pour que l'administration puisse, le cas échéant, réagir rapidement.

Dans d'autres pays, la réglementation des prix est pratique courante, en particulier pour des monopoles comme celui des tabacs ou les chemins de fer.

Il ne faut pas non plus perdre de vue que les demandes d'intervention et de protection de l'Etat ne viennent pas uniquement des acteurs économiques nationaux. En Pologne par exemple, General Motors a subordonné la réalisation d'importants investissements dans le pays à une protection du gouvernement contre des importations en provenance de la Communauté européenne.

DEUXIEME SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par Monsieur Godert W. MAAS GEESTERANUS

C. LES PROBLEMES JURIDIQUES DE LA RESTITUTION

a.	Les problèmes juridiques de la restitution -
	La restitution des biens en Allemagne (de l'Est)
	Rapport du Professeur Helmut STEINBERGER

b. Les problèmes juridiques de la restitution
Rapport de Monsieur Alexandre DJEROV

c. Résumé de la discussion

La restitution des biens en Allemagne (de l'est)⁴⁶ Rapport du Professeur Helmut Steinberger,

Directeur de l'Institut Max Planck pour le droit public étranger et international, Professeur à l'Université de Heidelberg, Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

Introduction

La question de la restitution des biens est un peu plus complexe dans l'ex-RDA que dans les autres Etats anciennement communistes d'Europe orientale. Cela est dû principalement à quatre circonstances particulières.

D'abord, toute mesure visant à régler la restitution des biens - au moins jusqu'à la réunification effective des deux Allemagne - a dû être approuvée par les autorités de la RFA et par celles de ce qui était encore la RDA. D'un autre côté, les principales saisies de biens ont eu lieu dans la zone d'occupation soviétique en Allemagne, placée sous l'autorité des forces soviétiques d'occupation, entre 1945 et 1949, et l'Union Soviétique a veillé tout particulièrement à ce que ces actes ne soient pas annulés après la réunification allemande. En outre, la RDA a pris, avant la réunification, des mesures visant à rendre possible la restitution des biens précédemment confisqués; ces mesures n'ont pas toujours été parfaitement dans la ligne de la politique suivie par le Gouvernement fédéral après la réunification. En dernier lieu, la RDA n'a jamais pris elle-même de mesures pour indemniser les personnes persécutées pour des motifs politiques ou raciaux entre 1933 et 1945 et dont les biens ont été confisqués pendant cette période. Ainsi, la nécessité de dédommager ce groupe de personnes a existé parallèlement au problème général du dédommagement des personnes privées de leurs biens après 1945 par les autorités de la RDA.

Pour aider à mieux comprendre la situation actuelle, il convient de donner un bref aperçu de l'évolution historique de ce domaine juridique.

⁴⁶ Pour une vue d'ensemble du problème de la restitution des biens en Allemagne (de l'Est), cf. Passavent/G. Nösser, *The German Reunification - Legal Implications for Investment in East Germany*, Int. Lawyer 1991, p. 875 et suiv. (887 et suiv.); A. Elinger, *Expropriation and Compensation: Claims to Property in East Germany in Light of German Unification*, Emory Int. Law.J. 1992, p. 215 et suiv. et Peter E. Quint, *The Constitutional Law of German Unification*, Maryl. Law Rev. 1991, p. 539 et suiv. (541 et suiv).

Partie I: Historique de la question des restitutions

I. La réglementation appliquée par la RFA avant la réunification: la loi de 1952 sur la péréquation des charges (Lastenausgleichsgesetz)

C'est en 1952, soit longtemps avant la réunification, que la RFA a promulgué la loi sur la péréquation des charges et les mesures d'application⁴⁷. Les dispositions de cette loi ont permis de dédommager en partie de leurs pertes financières les personnes qui, en 1945 et 1946, ont dû quitter les anciens territoires allemands passés sous l'autorité polonaise ou soviétique ou qui ont dû abandonner la zone soviétique d'Allemagne par suite de la seconde guerre mondiale ou la RDA et dont les biens ont été confisqués. Toutefois, ces indemnités devront être remboursées à l'Etat allemand si ces personnes sont en mesure à l'avenir, ou ont déjà été à même, de récupérer leurs biens dans l'ex-RDA⁴⁸. Si ces personnes peuvent prétendre à une indemnité en vertu de la prochaine loi d'indemnisation⁴⁹, les versements effectués antérieurement s'imputeront sur le montant des réparations dues en vertu des nouvelles dispositions.

⁴⁷ Pour une vue d'ensemble de la législation en question, particulièrement sous l'angle des aspects transnationaux, voir K. H. Schaeffer, *Internationale Aspekte des deutschen Lastenausgleichs*, AVR, 1985, p. 102 et suivantes.

⁴⁸ Pour des détails, voir ci-après.

⁴⁹ Voir ci-après.

II. Faits nouveaux postérieurs à la réunification

Avant même la réunification officielle des deux Etats allemands, c'est la RDA qui, après la révolution de 1989/90, a pris les premières dispositions en vue de la restitution des biens privés antérieurement expropriés.

- a. **Verordnung über die Anmeldung vermögensrechtlicher Ansprüche (décret sur l'enregistrement de revendications patrimoniales - décret sur l'enregistrement)⁵⁰ du 11 juillet 1990⁵¹.**

Ce décret a disposé que certaines revendications peuvent être présentées concernant notamment des biens immeubles, des droits réels sur des parties de biens immeubles, des biens meubles, ainsi que des entreprises et leur patrimoine situés sur le territoire de la RDA. Il a traité en particulier des revendications visant des biens saisis conformément aux lois de la RDA, en particulier les biens d'étrangers et de personnes qui avaient quitté la RDA sans autorisation⁵². L'article 1 (4) du décret a disposé toutefois que n'entraient pas dans le champ d'application de celui-ci, d'une part, les revendications sur des biens formulées par des étrangers et qui avaient fait l'objet d'un arrangement de la part de la RDA dans le cadre d'accords intergouvernementaux et, d'autre part, les expropriations qui avaient eu lieu sous l'autorité de la puissance d'occupation soviétique⁵³.

⁵⁰ GBl. DDR 1990, I, N^{os} 44, p. 718; pour des détails, voir W. K. Wilburn, Filing of U.S. Property Claims in Eastern Germany, Int. Lawyer 1991, p. 649 et suiv. (653-655).

⁵¹ GBl. DDR 1990, p. 718, amendé par le deuxième décret sur l'enregistrement des revendications patrimoniales du 21 août 1990, GBl. DDR du 21 août 1990.

⁵² Voir l'article 1.1. du décret, qui renvoie notamment à la "Verordnung über die Verwaltung und den Schutz ausländischen Vermögens" du 6 septembre 1951 et à plusieurs "Anordnungen über die Behandlung von Personen, die die DDR verlassen haben".

⁵³ § 1 II c). La RDA avait conclu de tels accords d'indemnisation forfaitaire avec:

- le Danemark (*Abkommen zwischen der Regierung des Königreichs Dänemark und der Regierung der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung vermögensrechtlicher und finanzieller Fragen vom 3.12.1987*, dont le texte peut être consulté dans G. Fieberg / H. Reichenbach, *Enteignung und offene Vermögensfragen in der ehemaligen DDR* (vol. II, 1991), 5.5.);
- l'Autriche (*Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener vermögensrechtlicher Fragen vom 21.8.1987*, *Ö-Bundesgesetzblatt v. 12.1.1988, S. 128 ff.*; le texte peut être consulté dans Fieberg/Reichenbach, *ibid.* sous 5.4.). Sur la légalité de ce traité en droit constitutionnel autrichien, voir la décision de la Cour constitutionnelle autrichienne du 25 juin 1992, *VIZ* 1993, p. 360 et suiv. et B. Heß, *Der Ausschluß österreichischer Berechtigter vom Vermögensgesetz*, *ibid.*, p. 331 et suiv.;
- la Finlande (*Abkommen zwischen der Regierung der Republik Finnland und der Regierung der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung vermögensrechtlicher und finanzieller Fragen vom 3.10.1984*, texte *ibid.*, 5.2.); et

- b. Gemeinsame Erklärung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen (déclaration conjointe des Gouvernements de la RFA et de la RDA sur le règlement de questions en suspens relatives aux droits de propriété) du 15 juin 1990.

A partir du début de 1990, le Gouvernement de la RDA a insisté pour qu'au moins certaines des expropriations effectuées sur son territoire ne soient pas annulées et qu'en conséquence elles ne donnent pas lieu à restitution⁵⁴. Le 27 mars 1990, le Gouvernement soviétique a déclaré qu'il jugerait inadmissible lui aussi que les actes des autorités soviétiques d'occupation ou ceux commis sous son autorité pendant les années 1945-49 soient remis en question par l'Allemagne réunifiée⁵⁵.

Influencés par cette déclaration, les deux Gouvernements allemands ont publié le 15 juin 1990 une déclaration conjointe disposant notamment que:

« 1. Les expropriations réalisées sur la base de la loi ou sous la juridiction des puissances occupantes (entre 1945 et 1949) ne peuvent plus être annulées. Les Gouvernements de l'Union Soviétique et de la RDA ne voient pas la possibilité de reconsidérer les mesures prises à cette époque. Le Gouvernement de la RFA prend note de ceci dans le contexte des développements historiques intervenus. Il (le Gouvernement de la RFA) estime qu'une décision finale sur la question de l'éventuel versement d'indemnités publiques doit être réservée à un futur parlement panallemand.

2. Les mesures touchant notamment aux biens détenus en trust seront levées.

3. En principe, ... les biens réels expropriés sont rendus à leurs anciens propriétaires ou à leurs héritiers. »⁵⁶

- c. Gesetz zur Privatisierung und Reorganisierung des volkseigenen Vermögens - Treuhandgesetz - (loi sur la privatisation et la réorganisation des biens étatisés du 17 juin 1990.

Pour mener à bien la tâche difficile consistant à privatiser les biens et les entreprises précédemment étatisés et pour restructurer son économie, la RDA a créé une nouvelle entité administrative, le Treuhandanstalt, qui est propriétaire de toutes les entreprises étatisées sises sur le territoire de l'ex-RDA. Avec son siège à Berlin et plusieurs succursales régionales, le Treuhandanstalt a pour mission de privatiser les anciennes entreprises étatisées, de rendre des

- la Suède (*Abkommen zwischen der Regierung des Königreichs Schweden und der Regierung der Deutschen Demokratischen Republik vom 24.10.1986*, pour le texte, voir Fieberg/Reichenbach, *ibid.*, sous 5.3.).

⁵⁴ Pour un examen détaillé de la position du Gouvernement de la RDA, voir G. Schuster, *Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1990*, *ZaöRV* 1992, p. 828 et suiv. (998-1000) et H. Steinberger, *Germany Reunified: International and Constitutional Problems*, *Brigh. Young Law Rev.* 1992, p. 23 et suiv. (35-37).

⁵⁵ TASS du 27 mars 1990; le texte est reproduit in Schuster, *supra* note 8, p. 1001.

⁵⁶ Le texte intégral en langue allemande se trouve dans le Bulletin der Bundesregierung du 19 juin 1990, p. 661 et suiv..

*biens immeubles disponibles, pour la réalisation d'investissements, de rendre les entreprises aussi concurrentielles que possible et, en dernier lieu, de liquider les entreprises qui ne peuvent pas être restructurées*⁵⁷.

- d. Gesetz über besondere Investitionen in der DDR du 26 juin 1990 - loi sur certains investissements dans la RDA.

Cette loi, qui a aussi été promulguée immédiatement avant la réunification, a disposé que - nonobstant toute demande en restitution de biens - des biens expropriés pouvaient valablement être vendus par la direction en place s'ils étaient nécessaires à la réalisation d'investissements déterminés et urgents. En pareil cas, l'investisseur devait solliciter une attestation sur le caractère prioritaire d'investissements (« Investitionsvorrangbescheid »), qui aurait pour effet d'empêcher une restitution ultérieure. Cette loi a été intégrée ultérieurement au Traité d'unification⁵⁸ et est donc restée en vigueur après le 3 octobre 1990 - jour de la réunification officielle - dans le cadre de la législation de la RFA.

⁵⁷ Pour des détails sur l'organisation et la fonction du *Treuhandanstalt*, voir Passavent/Nösser, supra note 1, pp. 881-887.

⁵⁸ Annexe II, Ch. III, B.I, Traité d'unification (n° 4.).

e. *Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz) - loi sur le règlement des questions de propriété en suspens (loi sur la propriété) du 29 juin 1990.*

Peu de temps après la déclaration conjointe susmentionnée, la RDA, qui existait encore à l'époque, a promulgué la loi sur la propriété, prévoyant en principe la restitution des biens confisqués après 1949⁵⁹. Comme la loi sur certains investissements, cette loi sur les biens a été intégrée ultérieurement au Traité d'unification⁶⁰ et continue d'être en vigueur dans le cadre de la législation fédérale. En particulier, cette loi a disposé dans son article (3) que lorsqu'une demande en restitution était déposée conformément au décret d'enregistrement, un propriétaire devait s'abstenir de vendre les biens ou de conclure un accord de longue durée visant ces biens.

Toutefois, la version initiale de la loi sur les biens⁶¹ ne contenait pas de normes spécifiques facilitant la vente de biens à des investisseurs potentiels. Pour répondre au besoin urgent d'encourager les investissements et pour supprimer l'obstacle au développement économique représenté par le problème des restitutions dans l'ex-RDA, des modifications lui ont été apportées à plusieurs reprises⁶².

III. Traité du 31 août 1990 sur l'unité allemande⁶³

Peu de temps après la publication par les deux Gouvernements allemands de la déclaration conjointe sur les questions relatives aux biens, le Traité d'unification a été signé et l'adhésion de l'ex-RDA à la RFA a pris effet le 3 octobre 1990. L'article 41, en liaison avec l'annexe III de ce traité, réitère la déclaration conjointe sur les questions de propriété, qui fait par la-même partie intégrante du traité.

Conformément à l'article 41 III, la RFA s'engage à ne pas adopter de disposition contraire au contenu de cette déclaration. En outre, à l'occasion de la signature du traité du 12 septembre 1990 relatif au Règlement final sur l'Allemagne (l'accord « Deux plus Quatre »)⁶⁴, les ministres des Affaires étrangères de RFA et de RDA ont fait référence, dans une déclaration conjointe, à cette déclaration conjointe ainsi qu'à l'obligation découlant pour la RFA de l'article 41 III du Traité sur l'unité allemande.

En outre, conformément à l'article 41 (2) du Traité sur l'unité allemande, un ancien propriétaire de biens expropriés peut recevoir une indemnité, plutôt que de se voir restituer les biens en question, si ceux-ci sont nécessaires pour des projets d'investissement urgents, en particulier si ces projets doivent permettre de créer ou de maintenir des emplois.

En liaison avec ces dispositions sur la non-restitution de certains biens, le Traité sur l'unité allemande a prévu aussi des amendements à la Loi fondamentale pour la rendre compatible

⁵⁹ Pour des détails, voir ci-après.

⁶⁰ Annexe II, Ch. III, B, I, Traité d'unification (n° 2).

⁶¹ Mais voir ci-dessus la loi sur certains investissements en RDA.

⁶² Pour des détails, voir ci-après.

⁶³ *Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertrag, Bundesgesetzblatt 1990, III, pp. 889 et suiv.; Traité entre la République Fédérale d'Allemagne et la République Démocratique allemande relatif à l'établissement de l'unité allemande - Traité d'unification.*

⁶⁴ Bundesgesetzblatt 1990 II, S. 1318 et suiv.

avec ces dispositions, en particulier en ce qui concerne la garantie constitutionnelle de la propriété⁶⁵, et pour permettre aux indemnités de demeurer en-dessous de la valeur marchande intégrale⁶⁶.

⁶⁵ L'article 14 de la Loi fondamentale est ainsi libellé:

"(1) La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois.

(2) (...)

(3) L'expropriation n'est admissible que dans l'intérêt général. Elle ne peut être effectuée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et le montant de l'indemnisation. L'indemnisation doit être fixée en tenant un juste compte de l'intérêt général et de celui des parties intéressées.

⁶⁶ Voir l'article 135 a (2) de la Loi fondamentale modifiée en vertu duquel pourront ne pas être remplies intégralement les obligations de la RDA ou ses entités ainsi que les obligations de la Fédération en rapport avec le transfert des biens de la RDA, et les obligations qui reposent sur des mesures arrêtées par la RDA. Voir aussi le nouvel article 143 (3) de la Loi fondamentale, en vertu duquel l'article 41 du Traité d'unification restera en vigueur dans la mesure où il assure l'irréversibilité des interventions dans la propriété opérées sur le territoire de l'ex-RDA.

Ces modifications ont été contestées devant la Cour constitutionnelle allemande. Par décision du 23 novembre 1991, la Cour a jugé que ces nouvelles dispositions constitutionnelles sont compatibles avec les limites que tout amendement constitutionnel doit respecter conformément à l'article 79 (3) de la Loi fondamentale, à savoir le principe de la dignité de l'homme et le principe de la règle de droit (« Rechtsstaatsprinzip »)⁶⁷. La Cour a souligné en particulier que les Gouvernements de l'URSS et de la RDA avaient mis comme condition à la réunification allemande la non-restitution de certaines catégories d'avoirs et qu'en conséquence, le Gouvernement de la RFA a dû accepter ces exclusions pour parvenir à l'objectif constitutionnel global de la réunification⁶⁸. La Cour a indiqué que, d'après la constitution et en vertu du principe d'égalité, les anciens propriétaires des biens expropriés ont droit à une indemnité⁶⁹.

IV. Faits nouveaux intervenus depuis la réunification

Peu de temps après la réunification, il est apparu clairement que les dispositions sur la restitution seraient l'un des principaux obstacles à un développement économique rapide dans l'ex-RDA. Plusieurs lois ont été votées pour cette raison, dont l'objectif était d'attirer les investissements sur le territoire de l'ex-RDA, de créer des emplois et de réduire les subventions en dérogeant au droit du propriétaire à la restitution dans ces cas et en le transformant en un droit à une simple indemnité. La première de ces mesures a été la loi de mars 1991 sur l'accélération des investissements.

⁶⁷ Bundesverfassungsgericht vol. 84, p. 90 et suiv.

⁶⁸ Conformément au préambule de la Loi fondamentale, tel que libellé à l'époque, le peuple allemand tout entier était invité à achever, en disposant librement de lui-même, l'unité et la liberté de l'Allemagne. Sur l'importance de cette "clause de réunification", voir Bundesverfassungsgericht vol. 36, p. 1 et suiv., et Bundesverfassungsgericht vol. 84, p. 90 et suiv. (127).

⁶⁹ Pour un examen détaillé de cette décision, voir Quint, supra note, 1, p. 548.

- a. Gesetz zur Beseitigung von Hemmnissen bei der Privatisierung von Unternehmen und zur Förderung von Investitionen (Hemmnisbeseitigungsgesetz - loi sur l'accélération des investissements) du 22 mars 1991.

La loi sur l'accélération des investissements, qui devait initialement rester en vigueur jusqu'à la fin de 1992, a eu pour effet d'ajouter à la loi sur la propriété un nouvel article 3 a, dit de « la procédure super-prioritaire ». Cette loi a permis au Treuhandanstalt et à d'autres organismes publics de rendre libres pour des projets d'investissement des terres et des bâtiments se trouvant sous leur administration, même si ces biens faisaient l'objet de demandes en restitution. En outre, la loi susmentionnée de 1990 sur les investissements a été modifiée de manière à permettre l'octroi d'attestations sur le caractère prioritaire d'investissements, non seulement dans les cas où des biens devaient être vendus mais aussi s'ils devaient être loués à un investisseur.

- b. Zweites Vermögensrechtsänderungsgesetz (deuxième loi sur la priorité à donner à des investissements) du 14 juillet 1992.

Les diverses procédures pour conférer aux investisseurs la priorité sur les demandes en restitution ont été remplacées et combinées à l'article 2 de la deuxième loi sur le caractère prioritaire de certains investissements. Elle a fixé une date limite définitive pour l'enregistrement des demandes en restitution, à savoir le 31 décembre 1992. Conformément à la nouvelle loi, les procédures préexistantes des investissements prioritaires ont été fusionnées en une seule. Une autorisation sous la forme d'une attestation sur le caractère prioritaire d'investissements sera désormais accordée par la commune (Gemeinde) ou le district sur le territoire duquel les biens sont situés si la personne habilitée à disposer de ceux-ci est une personne physique. Dans les autres cas, l'attestation est délivrée par l'organisme habilité à disposer du bien en question.

La délivrance d'une attestation annule le droit à rétrocession en le transformant en un simple droit à indemnité. En outre, dès que l'Office de la propriété⁷⁰ a connaissance de la demande d'attestation, la procédure de restitution est suspendue pendant une période pouvant aller jusqu'à trois mois⁷¹.

⁷⁰ Pour des détails sur la procédure de restitution à suivre, voir ci-après.

⁷¹ Pour des détails, voir D. Southern, Restitution or Compensation: The Land Question in East Germany, ICLQ 1993, p. 692 et suiv.

Partie 2:

Etat actuel de la législation et développements futurs probables

I. Portée du droit à restitution

Le Gouvernement de la RFA a estimé dès le début du processus de réunification (voir ci-dessus) que par principe l'ensemble des terres et des entreprises expropriées devraient être rendues à leurs anciens propriétaires. En conséquence, l'article 1 en liaison avec l'article 3 de la loi sur la propriété dispose que doivent être en principe restitués les actifs qui soit ont été confisqués, expropriés ou pris les autorités de l'ex-RDA, soit ont été perdus par des personnes persécutées pour des raisons politiques, religieuses ou ethniques entre 1933 et 1945. Toutefois, ce principe général est désormais écarté dans certains cas, à savoir:

La première catégorie, la plus importante, englobe les personnes dont les biens ont été confisqués avant la création de la RDA sur le territoire de l'ex-RDA, y compris le secteur soviétique de Berlin⁷², entre le 8 mai 1945 et le 6 octobre 1949⁷³, sous l'autorité de la puissance d'occupation soviétique. Selon la jurisprudence des tribunaux allemands, il faut présumer que toute mesure de confiscation intervenue pendant cette période a bien été prise « sous l'autorité » de la puissance d'occupation qui tenait la haute main sur le territoire⁷⁴.

⁷² Kammergericht NJW 1991, p. 321 et suiv. (322).

⁷³ A cet égard, le début de la mesure de confiscation est la date pertinente, voir VG Berlin ZOV 1992, p. 114 et suiv. (116), cité par B. Messerschmidt, Die Entwicklung des Vermögens und Investitionsrechts 1990-1992, NJW 1993, p. 1682 et suiv. (1685).

⁷⁴ Kammergericht Berlin, VIZ 1992, p. 65 et suiv. (66). Toutefois, la chose peut être différente pour les avoies étrangers, vu que la puissance d'occupation soviétique avait ordonné que ces biens étrangers soient seulement placés sous séquestre, sous tutelle en quelque sorte, mais sans être officiellement confisqués.

Pour faire face à des situations dans lesquelles, dans un premier temps, des biens avaient été vendus sous la contrainte par des personnes persécutées entre 1933 et 1945 ou dans lesquelles des personnes ont dû quitter l'Allemagne en abandonnant leurs biens, et où ces biens ont été ultérieurement confisqués sous l'autorité de la puissance d'occupation, la restitution n'est pas écartée conformément à l'article 1 (8) de la seconde loi sur l'accélération des investissements⁷⁵.

Un second groupe de personnes se compose des demandeurs qui avaient déjà été indemnisés par la RDA de la perte de leurs biens conformément aux lois pertinentes de la RDA sans faire l'objet d'une discrimination⁷⁶. Dans ces cas, il n'y aura ni restitution ni indemnisation complémentaire conformément à l'article 1 (1 b) de la loi sur la propriété⁷⁷. Une situation analogue existe à l'égard des étrangers qui ont été expropriés de jure ou de facto, mais pour lesquels la RDA avait conclu des accords d'indemnisation forfaitaire avec leurs pays d'origine respectifs⁷⁸. Il est intéressant de noter à cet égard qu'après la réunification allemande, la RFA a négocié un autre traité d'indemnisation de ce type avec les Etats-Unis. Conformément à cette convention, les ressortissants des Etats-Unis qui avaient été expropriés par les autorités de la RDA pouvaient choisir entre, d'une part, une indemnisation dans le cadre d'un programme de l'US Foreign Claims Commission et, d'autre part, une procédure allemande en restitution⁷⁹.

De plus, la restitution est écartée lorsqu'une des procédures susmentionnées de traitement prioritaire des investissements a été suivie⁸⁰. En dernier lieu, la restitution est remplacée par une indemnisation dans les cas suivants:

1. Lorsque des personnes naturelles, des associations religieuses ou des fondations officielles ont acquis de bonne foi la terre ou des droits réels sur ladite terre avant le 18 octobre 1989⁸¹. Toutefois, cette exception ne s'applique pas lorsque l'acquisition n'a pas eu lieu conformément aux dispositions pertinentes de la législation de la RDA ou lorsqu'elle s'est faite sous l'effet d'un abus de pouvoir, de la contrainte ou d'une tromperie.

⁷⁵ Avant que cette modification de la législation ne prenne effet, le point de savoir si la restitution était écartée en pareil cas n'était pas réglé. Voir, d'un côté, KG Berlin VIZ 1992, p. 65 et suiv. (66 et suiv.), et d'un autre côté, Messerschmidt, supra note 27, p. 1685 (avec d'autres références).

⁷⁶ Sur le point de savoir dans quel cas il y a eu discrimination sur le montant de l'indemnité d'après les critères de la RDA, voir OVG Berlin VIZ 1992, p. 113 et suiv. (115).

⁷⁷ Sont concernées, en particulier, les terres qui ont été expropriées en vertu de l'Aufbaugesetz du 6 juin 1950 en liaison avec la loi de la RDA du 25 avril 1960 sur l'indemnisation [voir à ce sujet OVG Berlin VIZ 1992, p. 113 et suiv. (115) et BezG Potsdam ZOV 1992, p. 166 et suiv. (168)] ainsi que les terres utilisées à des fins militaires, en particulier dans le voisinage immédiat de la frontière avec la RFA et les secteurs occidentaux de Berlin.

⁷⁸ Voir ci-dessus.

⁷⁹ Pour des détails, également en ce qui concerne les négociations antérieures entre la RDA et les USA, voir Wilburn, supra note 4, pp. 649 et 650.

⁸⁰ Pour des détails, voir ci-dessus.

⁸¹ Pour des détails, voir article 4 (2 et 3) de la loi sur la propriété.

2. Lorsque les biens en question ont été privatisés par les autorités de la RDA après 1989⁸².
3. Lorsque les terres en question ont été utilisées pour la construction de locaux d'habitation ou d'appartements.
4. Lorsque des biens immobiliers en question ont été profondément transformés à grands frais et qu'ils ont été affectés à un usage public, en particulier s'ils ont été intégrés à une entreprise et qu'ils ne pourraient pas être restitués sans porter un grave préjudice à cette entreprise⁸³.

II. L'indemnisation en tant qu'alternative à la restitution:

Lorsque la restitution est écartée dans le cadre d'une des catégories susmentionnées, l'indemnisation est possible comme alternative à la restitution des terres et d'autres actifs confisqués. L'indemnité est due aussi lorsque le demandeur, au lieu de réclamer lui-même la restitution, choisit l'indemnisation, qui est possible conformément à l'article 8 de la loi sur la propriété (Vermögensgesetz).

⁸² Pour des détails, voir l'article 4 de la loi sur la propriété.

⁸³ Pour des détails, voir l'article 5 de la loi sur la propriété et le commentaire de Fiberg / Reichenbach.

Toutefois, la question du montant de cette indemnité est au cœur d'un débat politique qui n'a pas encore été complètement résolu. Ainsi, pour l'heure, le Gouvernement fédéral a seulement présenté un projet de loi sur la question⁸⁴, qui doit encore être approuvé par les deux Chambres du Parlement fédéral. De ce fait, toute conclusion à cet égard ne peut être que provisoire. Il est à prévoir toutefois qu'un fonds d'indemnisation sera créé, qui sera financé par un prélèvement égal à 30 % environ de la valeur marchande réelle des terres restituées aux anciens propriétaires, prélèvement qui sera effectué au plus tôt en 1995.

L'indemnité due au titre des terres représentera très probablement 1,3 fois la valeur locative, valeur fiscale (Einheitswert) pour 1935. L'indemnité au titre des entreprises sera calculée en fonction de la valeur locative 1935, mais ne pourra pas dépasser 250 000 DM; l'indemnité pour les liquidités et les valeurs sera très probablement calculée au taux de 50 % de la valeur nominale en Marks-RDA. Le montant final dû, qui ne portera pas intérêt, pourra être imputé sur les réparations que la RFA a déjà payées au titre des avoirs en question en vertu de la législation ouest-allemande en vigueur⁸⁵. Les indemnités seront toutefois réduites selon une échelle mobile, et les sommes dues seront réduites de 50 % au-dessus de 100.000 DM, de 70 % au-dessus de 500.000 DM et de 100 % au-dessus de 10 000 000 DM.

Le versement des indemnités devrait commencer en 1996 dans la limite des fonds disponibles, mais il est difficile de dire si ce calendrier sera vraiment respecté. Il faut noter toutefois qu'un tel système d'indemnisation, à supposer qu'il soit voté, devra encore subir une épreuve, à savoir le contrôle de sa compatibilité avec la loi fondamentale devant la Cour constitutionnelle fédérale.

⁸⁴ Entwurf eines Gesetzes über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen und über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage (Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz - projet de loi sur l'indemnisation).

⁸⁵ Voir plus haut.

III. La procédure en restitution

Pour répondre aux demandes en restitution, des bureaux responsables des questions de propriété en suspens (Ämter für offene Vermögensfragen) ont été créés sur tout le territoire de l'ex-RDA. Il existe désormais 216 bureaux locaux, un bureau régional dans chacun des six nouveaux Länder - y compris Berlin⁸⁶ - et un bureau fédéral. Les demandes en restitution devaient être présentées pour la fin de 1992 au bureau local sur le ressort duquel le demandeur a habité en dernier⁸⁷ ou sur le ressort duquel se trouvent les biens à restituer. Toutefois, les victimes de persécutions nazies et les étrangers non résidents pouvaient enregistrer leur demande auprès du ministère fédéral de la Justice à Bonn. En dernier lieu, les demandes présentées par des personnes morales et des sociétés devaient être adressées à l'Office de la propriété du Land.

Après avoir établi l'exactitude des faits de la cause, l'Office de la propriété prend généralement une décision provisoire (Vorbescheid) rejetant la demande, lui faisant droit ou déclarant que le demandeur peut seulement réclamer une indemnité mais non la restitution du bien. Si la demande n'est pas retenue, la personne physique peut former un recours (Widerspruch) devant l'Office régional de la propriété, où une commission de recours indépendante (weisungsunabhängiger Widerspruchsausschuß) statue. En dernier lieu, le demandeur peut former un recours devant le tribunal administratif (Verwaltungsgericht).

Lorsque la restitution a été accordée, le propriétaire peut demander à l'Office du livre foncier (Grundbuchamt) de l'enregistrer comme propriétaire, ce qui sera fait à moins qu'une attestation pour projet d'investissements n'ait été demandée ou accordée pour les biens en question⁸⁸.

⁸⁶ Brandebourg, Mecklembourg-Poméranie occidentale, Thuringe, Saxe, Saxe-Anhalt et Berlin.

⁸⁷ Ou sur le ressort duquel le défunt a vécu en dernier si ses héritiers sont les demandeurs.

⁸⁸ Voir plus haut.

*Une fois que la demande en restitution est introduite auprès de l'Office de la propriété, la personne physique ou morale habilitée à disposer de ce bien, et qui dans la plupart des cas est le Treuhandanstalt ou un organisme officiel, ne peut vendre, donner ou prendre en location la terre, à moins qu'une décision sur le caractère prioritaire d'un projet d'investissement n'ait été accordé au titre du bien*⁸⁹.

IV. Questions en suspens

*Malgré tous les efforts déployés par le législateur pour régler le problème de la restitution des biens, certaines questions demeurent ouvertes, notamment celle de savoir ce qu'il adviendra des droits réels sur les bâtiments, autrement dit dans la situation où des personnes ont acquis des biens sous la forme de bâtiments conformément à la législation en vigueur en RDA alors que la propriété des terrains est restée inchangée. Selon le Traité d'unification, ces droits de propriété sur des bâtiments continuent d'exister*⁹⁰. *En conséquence, un conflit surgit entre les droits du propriétaire du terrain et ceux du propriétaire des bâtiments. Le projet de loi sur la question examiné actuellement par le législateur*⁹¹ *tente d'apporter une solution en accordant au propriétaire des bâtiments le droit de choisir entre le maintien d'un pur droit sur le bâtiment proprement dit et un droit à l'acquisition du sous-sol.*

Une seconde question assez complexe concerne le statut des Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften (LPG), coopératives auxquelles des exploitants agricoles ont apporté plus ou moins spontanément leurs terres dans le but d'en devenir sociétaires. Il s'agit maintenant de savoir si ces coopératives seront finalement dissoutes et si la terre et divers actifs seront redistribués. Cette question est encore plus complexe du fait que les coopératives non seulement possédaient les terres précédemment détenues par leurs membres, mais encore avaient reçu des terres expropriées. De ce fait, dans l'attente d'une éventuelle restitution de ces terrains expropriés, le Treuhandanstalt est fréquemment sociétaire de ces coopératives.

⁸⁹ Voir plus haut.

⁹⁰ Voir annexe I, Chap. III, art. 233, paragraphes 1-8.

⁹¹ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung sachenrechtlicher Bestimmungen - Sachenrechtsänderungsgesetz (projet de loi amendant certaines dispositions sur les droits réels), BRat-Drs. 515/93.

Conclusion

A la fin 1992, plus de 1,1 million de demandes en restitution de biens situés dans l'ex-RDA avaient été déposées, qui comportaient plus de 2 millions de prétentions distinctes⁹², dont la grande majorité concernaient des terrains et des bâtiments. A la fin juin 1992, 8,5 % seulement des demandes avaient fait l'objet d'une décision⁹³. Le nombre de décisions déclarant des investissements prioritaires a été assez limité⁹⁴, de sorte que beaucoup de terrains ont été écartés du marché, ce qui explique pourquoi un véritable marché foncier n'a guère de chances de se développer dans les nouveaux Länder.

En outre, on peut se demander si des investisseurs mettront en valeur les biens contestés aussi longtemps qu'ils ne seront pas sûrs d'en être propriétaires; ou si les banques financeront des investissements si elles ne peuvent pas prendre des hypothèques. On est ainsi conduit à conclure que le processus de restitution peut être considéré comme un obstacle majeur à l'investissement.

Sous l'angle social, tous les demandeurs provenant soit de la partie occidentale de l'Allemagne soit d'autres pays - on peut redouter que le processus de restitution n'approfondisse la division entre les détenteurs d'un patrimoine à l'ouest, d'une part, et les travailleurs peu fortunés et les chômeurs à l'est, d'autre part⁹⁵.

⁹² FAZ du 24 janvier 1992.

⁹³ Voir FAZ du 1^{er} octobre 1992.

⁹⁴ Voir Southern, supra note 26, à la page 698, qui parle de 300 demandes approuvées et de 300 demandes à approuver en Saxe, au milieu de 1992.

⁹⁵ Southern, supra note 26, page 698.

Les problèmes juridiques de la restitution - Rapport de Monsieur Alexandre Djerov
Président de la Commission législative de l'Assemblée nationale bulgare, Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Doyen de la faculté de droit de la Nouvelle Université bulgare et Professeur de droit à la faculté de droit de l'Université de Blagoevgrad

Le 9 septembre 1944, le Parti communiste bulgare, aidé de l'armée soviétique, s'empare du pouvoir. L'application du système juridique soviétique commence immédiatement.

Un des principes de base de la doctrine soviétique est que la propriété privée ne doit pas exister, car elle procure autonomie et indépendance aux propriétaires de biens, ce qui prend corps dans la thèse que le fait de posséder de la propriété privée conduit à l'exploitation de l'homme par l'homme et à l'accumulation de richesses dont l'origine n'est pas le travail.

L'aliénation de l'immobilier appartenant aux citoyens se fait par voie législative et dans une cohérence systématique.

Le premier acte par ordre de publication est le Décret-Loi de jugement par un Tribunal populaire des responsables de la catastrophe nationale. En vertu de cette loi, des tribunaux extraordinaires sont créés. Ils rendent leurs sentences par une procédure accélérée et procèdent à la saisie de l'ensemble des biens des personnes condamnées. Cette loi frappe les députés et les ministres de la période 1941-44, les officiers de grade supérieur, des intellectuels et des artistes notoires.

Le deuxième acte dans ce domaine est la Loi d'expropriation des grands bâtiments urbains. En vertu de cette loi, sur proposition de commissions formées de militants du parti urbains, le Conseil des Ministres exproprie par arrêté tous les biens immobiliers dans les cas où une famille posséderait plus d'un bien de ce genre. Aux termes de la loi, le grand bien immobilier urbain signifie la possession par une famille de plus d'un bien immobilier situé dans les zones urbaines réservées à la construction. Sont expropriés en entier, des villas, des hôtels, des hôpitaux, des cliniques, des bains et autres. Dans bien des cas, le Conseil des Ministres s'est livré à des expropriations hors des contours des agglomérations.

En vertu de la loi de nationalisation d'entreprises industrielles et de mines privées, à partir de 1947, sont expropriées toutes les entreprises industrielles et mines privées indépendamment de leur importance (même de petites entreprises), y compris les entrepôts, les machines, les magasins, les bureaux, les immeubles de logement, les logements, les villas, etc., où qu'ils se trouvent, s'ils desservent l'entreprise ou s'ils sont liés à ses activités.

La cinématographie devient monopole de l'Etat par la loi sur la cinématographie de 1948. Par cette loi, sont nationalisées toutes les entreprises cinématographiques et les salles de cinéma, en même temps que les appareils, les installations, les luminaires et tous les objets nécessaires au travail des dits ouvrages.

La loi sur l'imprimerie exproprie tous les biens meubles et immeubles des entreprises privées en place et qui sont liées à l'imprimerie.

Tous les entrepôts sont expropriés en même temps que leurs installations et équipements qui, de par leur construction ou destination, servent au stockage de céréales.

La loi sur le monopole de l'Etat sur les produits pétroliers exproprie tous les biens meubles et immeubles qui, de par leur nature, destination ou objet d'activité, desservent les entreprises pétrolières privées ou une pareille activité.

La loi sur le monopole de l'alcool et des spiritueux sucrés étatisé tous les biens meubles et immeubles liés à la production et au commerce d'alcool et de spiritueux.

La loi sur le monopole de l'Etat sur le tabac remplit la même tâche en matière de production de tabac.

A l'époque, la Bulgarie était un pays agricole. Etant donné que le régime communiste renie et exproprie la propriété privée, il était tout à fait naturel qu'il s'en prenne aux terrains agricoles. Aux environs de 1956, tous les terrains agricoles sont inclus de force dans des structures collectives constituées selon le modèle soviétique et appelées exploitations agricoles coopératives. Tous les exploitants agricoles étaient donc obligés d'adhérer à ces organisations coopératives. Cet acte, par la force de la loi, signifiait l'apport à la coopérative de tous les terrains en possession, non réglementés, de l'inventaire agricole, etc. La terre devient propriété coopérative même si elle n'est pas décrite et déclarée. Pour qu'il n'y ait pas de terrains agricoles appartenant à des personnes privées dans le cadre des villes et des villages, la réglementation excluait des agglomérations, ne serait-ce que pour de brèves périodes, des quartiers non bâtis afin qu'ils puissent être inclus sans tarder dans les coopératives agricoles.

Notons en dernier lieu qu'en vertu d'une loi, les forêts possédées par les citoyens étaient également expropriées.

Un décret du Présidium de l'Assemblée nationale a permis la saisie des biens de l'église catholique.

En vertu des lois promulguées par le régime communiste, par voie juridique, aux termes de sentences, ont été saisis les biens immobiliers qui n'avaient pas été expropriés par les lois énumérées. Ainsi, les citoyens privés de leurs entreprises et placés dans l'impossibilité de travailler et de payer leurs impôts ont été victimes de sentences aux termes desquelles tous leurs biens étaient confisqués. Les personnes possédant des biens à la campagne étaient obligées de payer à l'Etat des redevances sous forme de produits agricoles. Ainsi, les propriétaires de taureaux, de buffles, etc. devaient payer des redevances en lait. En cas de non-paiement, les tribunaux décrétaient la saisie de leurs biens.

Les citoyens dont les vues politiques ne coïncidaient pas avec la doctrine dominante étaient traduits en justice sur accusation d'avoir fait du marché noir, ce qui conduisait inévitablement à la saisie de leurs biens immobiliers.

Par la suite, toujours en vertu de la loi de la propriété des citoyens, il a été interdit qu'une famille possède plus d'un logement. Les propriétaires de magasins, d'ateliers, ont été obligés de les vendre à l'entreprise étatique qui était installée de force dans ces locaux en payant des prix dont les tarifs étaient fixés par la commune.

Le bilan que nous venons de faire vient témoigner du génie du régime dans son effort pour dominer le Bulgare et à le rendre parfaitement dépendant de l'Etat et du salaire que celui-ci avait fixé pour tout ouvrier et pour tout fonctionnaire.

Au moment de la chute du régime communiste le 10 novembre 1989, le citoyen ordinaire de Bulgarie possédait au plus un logement, une villa de 60 m² maximum, un garage, une automobile et d'autres menus meubles. Tout le reste appartenait à l'Etat.

C'est la raison pour laquelle, dès le début de la transition vers le marché, il a fallu rechercher des modalités de création de propriété privée. Cela ne pouvait se faire que par voie législative. L'Assemblée nationale faisait face à ces problèmes et il lui appartenait de les résoudre. Le gouvernement n'a rédigé aucun projet de loi dans ce domaine.

La voie à suivre était la privatisation et la restitution de la propriété.

La question litigieuse était de savoir laquelle des deux modalités juridiques - la restitution de propriété et la privatisation - devait venir en premier. Si la privatisation avait démarré en premier, tous les biens immobiliers auraient été bradés, après quoi il n'y aurait plus rien eu à restituer aux anciens propriétaires privés de leurs biens après 1944.

Ainsi, l'idée de procéder d'abord à la restitution des biens s'est imposée, c'est-à-dire rendre aux anciens propriétaires ou, respectivement, à leurs héritiers, ce dont ils avaient été privés et passer ensuite à la privatisation des biens dont l'origine est purement étatique.

Comme l'étatisation des biens avait été faite par le régime prosoviétique à des époques différentes et par des lois différentes, l'Assemblée nationale a décidé que la restitution de la propriété devait se faire également par quelques lois qui tiendraient compte de la spécificité des problèmes. Les biens en ville et à la campagne, les forêts et les entreprises industrielles ne pouvaient pas être traités de la même manière. Une approche différente devait même être appliquée à l'égard des différents types de biens urbains.

La première loi dans le domaine de la restitution était la loi sur la propriété et sur la jouissance des terres agricoles. Cette loi a été votée par l'Assemblée nationale au début de 1991.

Compte tenu de son importance pour l'économie nationale, nous devons placer en premier lieu cette partie du territoire de notre pays qui représente des terres agricoles. C'est un fonds autonome qui tient ses caractéristiques de sa destination spécifique. Le texte le plus important de la loi est l'article 10 avec 10 alinéas. En vertu de ce texte, sont restitués les droits des propriétaires, respectivement de leurs héritiers, sur toutes les terres agricoles possédées avant la création des exploitations agricoles collectives et communistes. Dans les paragraphes de cet article sont réglés les cas particuliers que l'Assemblée nationale a réglementé de manière différenciée afin d'arriver au but poursuivi par la loi. Tous ces textes ont trait à des terres enlevées comme telles à leurs propriétaires et restées, à ce jour, des terres agricoles.

La réglementation se heurte à des difficultés quand il faut déterminer le statut des terres expropriées comme agricoles, mais incluses par la suite dans les limites de construction des agglomérations. Quand ces terrains ont été cadastrés, mais pas bâtis le jour où la loi prend effet, ils sont restitués à leurs propriétaires ou à leurs héritiers par la force de la loi. Les terrains cadastrés qui sont vendus à des tiers et sur lesquels des constructions ont été réalisées ne peuvent pas être rendus à leurs anciens propriétaires. Ils restent propriété des personnes qui en ont obtenu le droit de jouissance et qui y ont réalisé des constructions légales.

Pendant les années du régime communiste, les limites entre les anciennes propriétés ont été supprimées et les indices les délimitant détruits. Il manque des cadastres pour plusieurs fermes. Dans ces conditions, il est pratiquement impossible d'indiquer les limites des anciens biens. N'oublions pas qu'il n'y a pas suffisamment de moyens pour procéder à une photographie rapide de la partie agricole de notre territoire, ce qui complique encore plus la restitution de la propriété.

Entre temps, sur le territoire hors des agglomérations, ont été construits des barrages, des entreprises industrielles, des autoroutes et effectués d'autres travaux publics qui ont occupé une partie de l'ex-territoire agricole ou, plus précisément, des terrains restituables à présent. L'Etat n'est pas en mesure de trouver de l'argent pour indemniser les propriétaires lésés. Cette circonstance a également été prise en considération et la loi postule qu'au moment de la restitution des biens, toute commune est tenue d'apporter un correctif s'exprimant comme un rapport entre la terre existant le jour de la formation des coopératives et les terres présentes aujourd'hui sur la superficie restituable.

L'organe chargé de la restitution de la propriété des terres agricoles est la Commission foncière communale. De telles commissions sont créées auprès de chaque commune. La procédure de restitution de la propriété est relativement simple. Des demandes assorties de toute preuve écrite de propriété ont été déposées par toutes les personnes qui ont possédé des terres ou par leurs héritiers légaux. Les commissions étudient les demandes déposées et se prononcent par une décision. Les appels interjetés contre les décisions des commissions sont soumis aux tribunaux de première instance. La procédure administrative et judiciaire garantit les droits des citoyens et toute personne intéressée a la totale possibilité de défendre et d'établir ses droits.

Une autre loi relevant de la restitution est la loi de restitution de la propriété sur certains magasins. Selon la loi sur la propriété des citoyens de 1973, tous les citoyens qui étaient propriétaires de magasins, ateliers, entrepôts et ainsi de suite, s'ils n'exerçaient pas d'activités justifiant la possession d'un tel bien, étaient obligés de le vendre à l'organisation socialiste qui y était installée dans un délai déterminé et selon des prix fixés par l'Etat. Or, aux termes des lois en vigueur à l'époque, le citoyen ordinaire n'avait pas le droit d'exercer de façon indépendante des activités artisanales ou autres, ces activités étant entre les mains des entreprises étatiques ou coopératives. Selon la loi de restitution, les citoyens qui, il y a vingt ans, avaient été obligés à vendre leurs biens aux entreprises étatiques, ont le droit de restituer leur propriété sur ces biens uniquement en remboursant le prix qu'ils avaient touché à la vente.

La principale loi de restitution concernant les villes est la Loi de restitution de la propriété sur certains biens immobiliers étatisés, en date du 21 février 1992. Cette loi agit dans deux sens.

Le premier concerne « les grands bâtiments urbains ». Aux termes de l'article 1 de la loi sur la restitution, tous les biens immeubles dans les agglomérations, expropriés comme étant du « grand immobilier urbain » sont restitués aux propriétaires ou à leurs héritiers légaux en présence de deux conditions cumulatives: si ces derniers sont propriété de l'Etat, des communes ou d'organisations publiques et s'ils existent réellement dans les dimensions où ils ont été expropriés, c'est-à-dire qu'ils soient gardés sous l'aspect qu'ils avaient le jour de l'expropriation.

Le deuxième sens de la loi se présente sous un aspect plus large. Elle concerne, aux conditions indiquées plus haut, la propriété des biens expropriés dans le domaine de la production et du commerce de tabac et de produits du tabac, d'alcool, de spiritueux et de vins, les entreprises de la cinématographie et de l'impression, les entrepôts de conservation de denrées et toutes les entreprises industrielles et les mines.

C'est la deuxième loi de par le volume de la propriété restituée sur des biens immobiliers. Là aussi, la propriété est restituée ex lege, sans qu'aucune procédure de restitution des biens ne soit nécessaire. Si pourtant, il y a une contestation de propriété, et il est naturel qu'il y ait des cas de ce genre, le contentieux est réglé par voie judiciaire. La procédure de revendication est très souvent appliquée en l'occurrence.

Etant donné le fait que, dans les logements rendus par cette loi il y a des locataires logés là par l'Etat et que ce sont des personnes physiques qui sont en plus, dans la plupart des cas, des retraités, des personnes défavorisées, la loi prévoit un délai de trois ans au cours duquel les anciens rapports de location restent en vigueur, les locataires gardant leurs droits dans les conditions de location (un loyer fixe) d'avant la restitution. Une fois le délai de trois ans écoulé, le propriétaire peut suspendre le contrat de location s'il le souhaite. La situation des logements restitués occupés par des crèches, des jardins d'enfants, des écoles ou des établissements hospitaliers est la même.

En 1953, d'après un Décret du Présidium de l'Assemblée nationale, les biens meubles et immeubles de l'Eglise catholique ont été expropriés. Toujours dans le cadre de la restitution de propriété, par une loi du 24 décembre 1992, les biens meubles et immeubles de l'Eglise catholique ont été restitués, dans le respect des principes des autres lois de restitution de la propriété: si les biens sont propriété de l'Etat, des communes ou d'organisations publiques et s'ils existent réellement dans les dimensions dans lesquelles ils ont été saisis.

Ici, nous devons dire quelques mots d'une autre loi. C'est la loi de restitution de la propriété sur des biens immobiliers expropriés pour des besoins urbains, en date du 21 février 1992. Cette loi a une orientation un peu plus spécifique.

Selon les lois en vigueur en Bulgarie, tout bien immobilier, dans les villes, peut être exproprié pour des ouvrages prévus selon un plan de construction. Un tel bien est exproprié pour démolir les constructions qui y figurent et pour y construire ce qui a été prévu par le plan d'aménagement. Il existe pourtant des cas où un bien est exproprié aux fins d'un ouvrage donné, mais cet ouvrage n'a pas été réalisé malgré l'expropriation. Etant donné la grave situation financière de la Bulgarie, la réalisation du projet est difficilement envisageable actuellement. C'est la raison pour laquelle cette loi a prévu la possibilité pour les citoyens dont le bien a été exproprié de pouvoir, au cours d'un délai de six mois après l'entrée en vigueur de la loi, adresser une demande d'annulation de l'expropriation. Si cela est possible du point de vue des conditions sus-mentionnées (l'ouvrage n'a pas été réalisé), le maire est obligé de restituer la propriété sur le bien au citoyen qui en a été privé ou à ses héritiers. Une condition obligatoire pour que l'acte administratif soit rendu, est que la personne lésée par l'expropriation rende toutes les indemnités qu'elle aurait reçues. Ainsi est rétabli l'ancien état des choses, ce qui est parfaitement raisonnable, équitable et financièrement justifiable.

En 1989, quant ont débuté les changements, la propriété étatique avait la prédominance absolue en Bulgarie. Or l'économie de marché est impossible sans propriété privée. Aussi avons-nous choisi la voie de la restitution qui a créé en un minimum de temps une propriété privée dont le volume n'est pas négligeable. C'est sans équivoque, du moins en ce qui concerne les logements, les magasins et les ateliers. En plus des autres effets positifs de la restitution, nous devons signaler que l'aspect des villes a complètement changé et que les magasins étatiques couverts de poussière et ne payant pas de mine ont été remplacés par des devantures baignées de lumières des magasins privés où abondent des marchandises livrées par des sociétés bulgares et européennes. Ce résultat extérieur n'est pas de pure forme. C'est nécessaire pour une ville européenne. Actuellement, le Bulgare peut acheter le même article que le citoyen d'un autre pays dans ses propres magasins. Avant, le citoyen bulgare devait aller à l'étranger pour se le procurer tout en se livrant à des combines financières compliquées afin d'acquérir ce dont il avait besoin.

L'évolution de cette propriété privée ne favorise pas que des citoyens bulgares concrets qui restituent une propriété, mais aussi les citoyens qui vont faire appel aux services de cette propriété. N'oublions pas à la fin que cette propriété privée va apporter des revenus à l'Etat par les impôts qui sont payés.

c. LES PROBLÈMES JURIDIQUES DE LA RESTITUTION
Résumé de la Discussion

Plusieurs pays anciennement communistes ont adopté le principe de la restitution de la propriété. Hormis les cas de l'Allemagne et de la Bulgarie, ceux de la Roumanie (terrains agricoles, biens de l'église) et de la Slovénie ont été spécialement évoqués au cours de la discussion.

La motivation principale de la restitution de la propriété semble être de nature politique. La propriété privée est la pierre angulaire d'une société démocratique et d'une économie de marché, il s'agit, pour reprendre les termes de l'auteur allemand Dürig, d'une « liberté gelée ». La restitution est un signal social clair pour indiquer que l'on respecte de nouveau le principe de la propriété privée. La restitution de la propriété est donc plus qu'un moyen de favoriser les intérêts particuliers des anciens propriétaires. Elle peut aussi s'inscrire dans un processus général de privatisation et servir à créer une nouvelle classe moyenne.

Sous l'angle juridique, la restitution repose sur le postulat selon lequel la dépossession des propriétaires privés a constitué une expropriation illégale et illégitime. Dans l'ordre juridique des pays communistes, la dépossession était bien sûr légale. Si l'on considère comme illégales les nationalisations, la restitution de la propriété est un moyen de rétablir l'intégrité de l'ordre juridique. Il faut aussi tenir compte du fait que les nationalisations ont constitué un processus progressif et qu'elles ont revêtu des formes très différentes selon le moment et le pays. Cela explique certaines distinctions quant à la légalité ou non des nationalisations.

La restitution de la propriété s'est rapidement heurtée à des problèmes dans les différents pays, lesquels sont en partie d'ordre pratique, notamment en ce qui concerne la terre. Il est souvent difficile de déterminer les anciennes limites des différentes parcelles de terre. Il se peut aussi que d'autres bâtiments aient été édifiés sur le terrain ou que celui-ci ait servi à des fins d'intérêt public comme la construction de routes, d'écoles etc.

Il y a d'autres problèmes de nature plus politique. En Allemagne, la plupart des ayants-droits vivent à l'ouest et la restitution risque donc d'être considérée à l'est comme une forme de colonisation. Dans d'autres pays, il existe des tensions entre les personnes qui exploitent maintenant les terres et d'anciens propriétaires qui vivent en milieu urbain et n'ont pas l'intention de revenir sur leurs terres. Dans nombre de pays anciennement communistes, il n'est peut-être pas souhaitable de reconstituer les vastes domaines qui existaient autrefois. En Allemagne de l'Est, ces domaines ont été nationalisés dès la fin de la guerre sous le contrôle soviétique. Au cours des négociations en vue de l'unification de l'Allemagne, il a été convenu avec l'Union soviétique de ne pas revenir sur ces nationalisations.

Les principaux problèmes liés à la restitution sont toutefois d'ordre économique. Vu que les demandes de restitution ne peuvent toutes être réglées immédiatement, un grand nombre d'entre elles restent en instance, ce qui, concrètement, constitue un obstacle à la privatisation et aux investissements. Faute de sécurité juridique, il n'y a aucun espoir d'obtenir les capitaux nécessaires à la modernisation des usines, ce qui signifie que les demandes de restitution en instance peuvent être contraires aux intérêts des travailleurs dans les différentes entreprises concernées et risquent de conduire au chômage. On peut donc soutenir que, dans l'intérêt des travailleurs et pour parvenir aux objectifs politiques de la restitution, mieux vaut donner priorité aux privatisations qui créent aussi des propriétaires. Quant à l'effet symbolique de la restitution, on peut aussi l'obtenir en insérant dans les nouvelles constitutions, comme la constitution bulgare, des clauses expresses sur la protection de la propriété privée.

Les arguments pour et contre la restitution de la propriété ont respectivement leur valeur et il n'y a pas de solution uniforme susceptible d'être appliquée dans tous les pays. Il n'est certainement pas contraire au principe de justice d'adopter celui de la restitution. Mais on peut en dire autant du modèle de privatisation tchécoslovaque au moyen de bons, sans restitution. La restitution ne peut réparer que des pertes patrimoniales, elle ne saurait compenser d'autres préjudices, par exemple ceux subis par des opposants au régime totalitaire qui ont été privés de possibilités d'enseignement et d'emploi.

Une autre forme de réparation est l'indemnisation. Mais celle-ci comporte aussi des difficultés, à commencer par l'évaluation des biens perdus. Faut-il prendre comme base la valeur à l'époque de l'expropriation, la valeur marchande actuelle, comment la valeur doit-elle être évaluée, etc? Ensuite, les anciens pays communistes souffrent de graves contraintes budgétaires, ce qui rend pratiquement impossible une indemnisation intégrale. En Slovénie, les anciens propriétaires peuvent opter pour l'indemnisation au lieu de la restitution mais ils refusent cette solution car l'indemnisation est accordée sous forme de bons non garantis par l'Etat, ce qui en compromet la valeur.

Un problème propre à de nombreux pays comme la Roumanie et la Slovénie est celui des biens de l'église. La loi slovène a exclu de la restitution les biens qui étaient autrefois la propriété de personnes morales, à l'exception des biens de l'église. Cette règle a néanmoins été déclarée inconstitutionnelle par la cour constitutionnelle.

TROISIEME SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par Monsieur Alexandre Djerov

Les aspects juridiques de la privatisation

- | | |
|----|---|
| a. | Les aspects juridiques de la privatisation dans les |
| | pays d'Europe centrale et orientale |
| | Rapport du Professeur Attila HARMATHY, Budapest |
- b. Les aspects juridiques de la privatisation
Rapport de Monsieur Ilko ESKENAZI, Ancien Premier Ministre de la Bulgarie
- c. La privatisation : une réforme socio-économique fondamentale
Intervention du Professeur Teruji SUZUKI, Université de Tokai, Tokyo
- d. Résumé de la discussion

a. LES ASPECTS JURIDIQUES DE LA PRIVATISATION DANS LES PAYS D'EUROPE CENTRALE ET ORIENTALE

Rapport du Professeur Attila HARMATHY, Secrétaire Général adjoint de l'Académie de Sciences, Budapest

1. La privatisation est actuellement un thème à la mode chez les auteurs juridiques. La notion même de privatisation, fort controversée, est définie de multiples façons⁹⁶. Lors du XXIème Colloque de droit européen organisé par le Conseil de l'Europe, où ce thème a été abordé, il a été indiqué dans le Rapport général que la privatisation signifie le remplacement, total ou partiel, de droits exclusifs de l'Etat par les droits d'acteurs économiques du secteur privé⁹⁷. C'est dans ce sens que nous emploierons ci-après le terme « privatisation ».
2. Face à de profonds et radicaux bouleversements politiques, il est essentiel de savoir si le principe de continuité est accepté ou rejeté. L'histoire du droit a montré que les réponses politiques et juridiques à cette question ne sont pas nécessairement identiques⁹⁸. Après les événements de 1989, elle s'est également posée en Europe centrale et orientale. Le changement le plus spectaculaire est intervenu en Allemagne, où, d'un revers de la main, on a fait table rase de tout le système juridique de l'ex-RDA. Pourtant, même pareille métamorphose ne saurait être considérée comme une discontinuité juridique. Pour ce qui touche à la propriété, la Déclaration commune des deux Etats allemands et le Traité d'unification sont devenus le fondement juridique de référence pour les demandes de restitution de propriétaires expropriés ou de leurs héritiers⁹⁹. Dans d'autres pays d'Europe centrale et orientale, la continuité semble plus fortement ancrée qu'en Allemagne. Ainsi, l'éviction des dirigeants politiques du régime précédent ne s'est pas traduite par une désintégration immédiate du système; les lois qui avaient été promulguées auparavant sont demeurées applicables (sauf peut-être dans les anciens Etats membres de l'Union soviétique, Russie exceptée) et les agents de la fonction publique ont pour la plupart conservé leur poste. Les conséquences de cette situation ont été multiples. Pour les rapports touchant à la propriété, il a fallu décider si les mesures de nationalisation étaient ou non légales et, le cas échéant, s'il convenait de procéder à la restitution des biens enlevés à leurs propriétaires ou à une quelconque indemnisation. La nationalisation s'est opérée selon un processus historique et des moyens juridiques différents d'un pays à l'autre, de sorte que les problèmes de restitution et d'indemnisation ont aussi été différemment résolus. Bien qu'il ne traite pas de ces questions, le présent document y fait néanmoins référence, vu que seuls peuvent être privatisés les biens de l'Etat non susceptibles de restitution.

⁹⁶ T.C. Daintith, Les formes juridiques et les techniques de privatisation, dans "Aspects juridiques des privatisations", Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1993, p. 52 et suivantes.

⁹⁷ A. Harmathy, Rapport général, dans "Aspects juridiques des privatisations", Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1993, p. 205.

⁹⁸ O. Beaud, La révolution française et le droit, Ouverture: L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible? Droits, Revue française de Théorie juridique, n° 17, 1993, p. 5,13.

⁹⁹ N. Horn, The Lawful German Revolution: Privatisation and Market Economy in a Re-Unified Germany, The American Journal of Comparative Law, avril 1991, p. 728-729, 733-734, 741.

3. La privatisation, dans les pays de l'ancien bloc soviétique, n'est pas un simple point de droit isolé et restreint dans le temps. Elle est étroitement liée à la problématique du fonctionnement de l'économie de marché et au rôle de l'Etat dans l'économie. Plusieurs pays de la CEE ont vécu l'expérience de la privatisation ces dernières années, mais chacun sait qu'elle s'est effectuée dans un cadre économique et politique différent. Pour donner une idée de l'importance des écarts structurels, indiquons seulement que la valeur ajoutée par les entreprises d'Etat, de l'ordre de 4 à 17% en Europe occidentale, se situait entre 65 et 97% dans les Etats du COMECON et que la proportion d'actifs employés par elles était de 70 à 94% dans les pays socialistes, contre 5 à 15% en Europe occidentale¹⁰⁰.

Ces chiffres illustrent la disparité des structures économiques. Cela étant, la structure découle du système. On a beaucoup écrit sur le communisme et le système communiste; nous n'y reviendrons pas ici. Je me contenterai d'en évoquer quelques caractéristiques fondamentales, à savoir le monopole du pouvoir, quel qu'il soit, exercé par l'Etat-parti et le rôle central de l'idéologie¹⁰¹. Le système était, sur la plan idéologique, hostile à l'activité privée en général et à la propriété privée (du moins pour les moyens de production) et considérait parallèlement l'économie privée comme une source potentielle de pouvoir ou comme une tentative d'échapper au contrôle central. Dans ce contexte, la nationalisation obéissait à des motifs autres qu'en Europe occidentale. Si elle apparaît dans les pays socialistes comme une composante du système, la métamorphose de ce dernier peut expliquer son contraire, c.à.d. la privatisation. Celle-ci s'inscrit donc dans l'évolution de l'idéologie officielle, dans la transformation du système politique; elle est étroitement liée à la mise en place d'un nouveau système économique, celui d'économie de marché.

I. Modifications des règles propres au régime de la propriété

1. Evolution politique générale; changements sur le plan constitutionnel
4. L'analyse classique de l'économie politique a été critiquée car elle mettait face à face, qui plus est en les comparant, l'étude économique empirique et l'interprétation théorique, les explications pratiques et les questions d'ordre général¹⁰². Il en va de même pour les documents et ouvrages consacrés à la privatisation. Souvent, celle-ci est examinée d'un point de vue économique, parfois juridique, mais il est rare que l'on s'intéresse à l'incidence que peut avoir sur elle la politique. Pourtant, on ne saurait à mon sens comprendre la privatisation dans les anciens pays socialistes hors de son contexte politique, autrement dit sans tenir compte du système politique dans lequel elle intervient. Le présent document traite de façon générale de la privatisation dans les Etats d'Europe centrale et orientale, mais il ne faudrait pas oublier que « le mythe d'une future homogénéité entre les systèmes d'Europe de l'Est et entre ces systèmes et celui de l'Union soviétique a disparu »¹⁰³. Leur organisation politique,

¹⁰⁰ E.S. Savas, Privatisation in Post-Socialist Countries, Public Administration Review, juin 1992, p. 573-574.

¹⁰¹ Une analyse similaire est faite dans le nouvel ouvrage de J. Komai, The Socialist System, The Political Economy of Communism, Princeton, 1992, p. 33, 60-61.

¹⁰² F.G. Castles, Introduction, Puzzles of Political Economy, dans "The Comparative History of Public Policy", ed. F.G. Castles, Londres, 1989, p. 3-5.

¹⁰³ G. Ajani - B. Dallago - B. Grancelli, Introduction, dans "Privatisation and Entrepreneurship in Post-Socialist Countries", ed. B. Dallago, G. Ajani, B. Grancelli, Basingstoke - Londres, 1992 (repr. 1993), p. 4.

sociale et économique est à maints égards fort différente. Récemment, des distinctions au niveau des postulats de base du régime socialiste sont également apparues. Il n'en existe pas moins quelques points communs; c'est sur eux que nous nous concentrerons ici, sans négliger les différences.

Les bouleversements survenus à la fin des années 80 amènent aujourd'hui les pays d'Europe centrale et orientale à se doter d'un régime politique démocratique. Cela suppose la transformation de l'ensemble du système et l'élaboration de nouveaux principes constitutionnels. La question essentielle tourne ici, nous semble-t-il, autour du rôle de l'Etat dans l'économie et de la conception que l'on a du marché dans ce système politique (et dans cette idéologie dominante).

5. Depuis la fin des années 60, les Etats socialistes européens ont mis en chantier des réformes économiques dont un élément majeur était l'acceptation, plus ou moins grande selon les pays, d'un marché qui coexisterait avec le dirigisme. Pour autant, il n'était nulle part question d'admettre la propriété et l'initiative privées sans les soumettre à de sérieuses restrictions. L'idée de marché ne signifiait pas non plus qu'on allait laisser de nouveaux entrepreneurs s'installer librement ni autoriser les entreprises à déposer leur bilan en cas de pertes; enfin, les marchés financiers n'étaient pas pris en compte dans cette approche¹⁰⁴. Pareille conception très étroite du marché était appelée à changer après l'effondrement du précédent régime. Mais on ne savait trop bien quel type de marché créer. Lorsque la chute de l'Union soviétique fut consommée, « le chaos économique s'empara de toute l'Union », ce que n'avaient pas prévu ceux qui souhaitaient mettre en place une économie de marché par une libéralisation des prix¹⁰⁵. Dans tous les pays d'Europe centrale et orientale, la question s'est posée de savoir s'il fallait adopter la notion libérale de marché, en acceptant seulement la « main invisible », ou si l'Etat devait intervenir dans l'économie. La seconde option appelle une sous-question: existe-t-il un quelconque modèle dont il faudrait s'inspirer - celui de la France ou celui de l'Allemagne convenant peut-être mieux - ou n'y en a-t-il aucun? On peut comprendre qu'après une ère de forte centralisation et d'interventionnisme de l'Etat, l'opinion publique penche plutôt pour le non-interventionnisme, par réaction à l'ancien système. Si l'on analyse l'histoire de l'Allemagne après la deuxième Guerre mondiale, on voit néanmoins que l'instauration du « marché social » a exigé de l'Etat d'importantes mesures et des politiques savamment définies¹⁰⁶.

Plusieurs facteurs propres à l'histoire du pays et à la conjoncture du moment, ainsi que sa situation politique, influent sur le choix du type de marché. La stratégie de développement, ainsi qu'on l'a souligné, est non seulement fonction de caractéristiques structurelles, mais aussi des objectifs sociaux du gouvernement et de sa volonté de faire appel à divers instruments politiques¹⁰⁷. Il en va de même ici. Il arrive que l'opinion publique souhaite pour

¹⁰⁴ A. Chilosì, Market Socialism: A Historical View and a Retrospective Assessment, Economic Systems, janvier 1992, p. 176-177, 180-181.

¹⁰⁵ O.S. Ioffe, Privatisation in the USSR and Commonwealth, Connecticut Journal of International Law, janvier 1992, p. 24.

¹⁰⁶ A. Müller-Armack, Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft, Frühschriften und weiterführende Konzepte, Berne, 1974, p. 8-12, 25-34.

¹⁰⁷ H. Chenery - M. Syrquin assisté de H. Elkington, Patterns of Development, Oxford, 1975, p.4.

quelque temps voir l'Etat se désengager de l'économie; d'autres facteurs le font ensuite revenir sur la scène économique, mais son rôle sera différent de ce qu'il était auparavant.

6. Souvent, les constitutions des Etats socialistes énonçaient certains principes concernant le système économique et le rôle de l'Etat dans l'économie. Aussi la modification de ce système et la nouvelle approche de l'initiative et de la propriété privées ont-elles nécessité des amendements constitutionnels qui ne visaient pas uniquement à consacrer expressément les nouveaux principes, mais qui tendaient, compte tenu de la place plus grande conférée à la Constitution, à peser sur l'ensemble du processus législatif et sur les pratiques judiciaires et administratives.

A nouveau système, nouvelles institutions et nouvelles règles de comportement, qu'il appartient à l'Etat - tâche importante - de définir. Les constitutions ne peuvent contenir que les règles vitales pour le système. Or la propriété privée et la liberté d'entreprendre à titre privé forment précisément une composante déterminante pour le système tout entier. Depuis 1988, les Cours constitutionnelles de quelques-uns des pays concernés ont statué sur certaines questions relatives à la liberté de l'activité économique privée et à la protection de la propriété privée, ce qui témoigne de l'importance de ces problèmes constitutionnels sur le plan théorique, mais aussi sur le plan pratique¹⁰⁸. Quand un système politique qui ne faisait aucun cas de la propriété privée, de la personne et de la vie privée change, il est normal que ces droits prennent, avec le nouveau régime, un poids tout particulier et que leur importance soit consacrée par la Constitution. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit en Allemagne après la deuxième Guerre mondiale, où la Cour constitutionnelle a érigé la protection des droits de la personne en droit constitutionnel général (en l'absence de règles ad hoc dans le Code civil)¹⁰⁹.

¹⁰⁸ La Cour constitutionnelle hongroise a activement oeuvré à la recherche de solutions ouvrant la voie à la privatisation. Elle a commencé par refuser toute différenciation selon l'objet à privatiser ou reprivatise - voir l'arrêt n° 21/1990 (4 octobre) AB-, pour s'intéresser ensuite aux obligations des pouvoirs publics en matière de nationalisation - voir les arrêts n° 16/1991 (20 avril) AB, 27/1991 (20 mai) AB - et 28/1991 (3 juin) AB.

¹⁰⁹ Ch. von Bar, Deliktsrecht, dans "Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts", hrg. Bundesminister der Justiz, Cologne, 1981, Bd. II, p. 1712-1713.

7. *Les méthodes et les circonstances des nationalisations n'étant pas les mêmes dans tous les pays concernés, les solutions, mesures et techniques retenues diffèrent elles aussi. Les constitutions ne peuvent fixer des règles très précises. Il n'empêche: la Constitution des pays d'Europe centrale et orientale entend exprimer le changement en posant un principe protégeant la propriété privée et en mettant fin aux privilèges liés à la propriété étatique. La révision du statut de la propriété étatique et de la propriété privée dans le système économique suscite plusieurs interrogations. On notera incidemment que la privatisation soulève divers problèmes de droit constitutionnel dans d'autres pays aussi - en France notamment, où le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat s'occupent des problèmes découlant du processus de privatisation¹¹⁰. Auparavant, il était établi que l'Etat était propriétaire des moyens de production et détenait le monopole des activités des principaux secteurs économiques (finances, commerce, etc.). L'abolition de ce principe inscrit dans les constitutions socialistes amène à se demander si la propriété privée peut tout englober, si les services publics demeurent du ressort exclusif de l'Etat et quels sont les domaines d'importance nationale où les intérêts publics doivent prévaloir. Il convient aussi de voir s'il faut maintenir un monopole d'Etat dans lesdits domaines et s'il n'est pas possible de s'assurer du contrôle de l'activité privée en maintenant la propriété étatique et en autorisant contractuellement la poursuite d'une activité pour une durée déterminée dans certains secteurs régis par les pouvoirs publics. Compte tenu des intérêts vitaux de la nation, ce peut être à la Constitution de déterminer quelles sont les limites du pouvoir discrétionnaire du gouvernement en matière de privatisations et quel type de contrôle possède le Parlement. La Hongrie a tenté d'apporter une solution, tout*

¹¹⁰ L. Rapp, Les lois de privatisation et la "respiration" du secteur public, *Revue française du Droit administratif*, mars-avril 1987, p. 158-161, J. Bourdon, J.M. Pontier, J.C. Ricci, Les privatisations en France, dans "Les privatisations en Europe", sous la direction de Ch. Debbasch, Paris, 1989, p. 125-130.

*au moins provisoire, à ce problème, mais aucune réponse ou tendance générale ne se dégage dans les pays concernés. La privatisation est régie par des lois ou décrets divers, mais on ne peut pas dire que ses aspects constitutionnels soient clairement définis*¹¹¹.

Le passage d'un système économique fondé sur la propriété étatique et le dirigisme à une économie de marché reposant sur la propriété privée est étroitement lié à un autre rouage des mécanismes du marché, à savoir la concurrence. Si la règle de base n'est plus le droit exclusif exercé par l'Etat sur les moyens de production ou sur certains types d'activités économiques (dont sont chargés des organismes publics), il faut admettre le principe de la concurrence. Son instauration ou son intensification est un objectif que l'on retrouve dans toutes les privatisations, mais dont l'importance varie d'un pays à l'autre. Elle a été considérable dans le processus britannique de privatisation¹¹² et est inévitablement présente dans les anciens pays socialistes, où prévalaient des situations de monopole. Dans la mesure où elle représente un élément fondamental du système économique, la concurrence peut être considérée comme une question d'ordre constitutionnel.

Je tiens aussi à attirer l'attention du lecteur sur un autre point: la position des collectivités locales. Le précédent régime juridique avait placé les pays socialistes sous le signe d'une forte centralisation où les collectivités locales, intégrées dans l'administration publique, n'avaient que peu d'autonomie. Elles ne pouvaient davantage posséder un patrimoine propre - droit que certains pays ont par la suite tenté de leur ouvrir. Le changement généré par les bouleversements politiques intervenus après 1989 a concerné la position des pouvoirs locaux et la reconnaissance de leurs droits de propriété. Sans que cela suffise pour faire réellement reconnaître ces droits, cela a contribué à faire admettre la nécessité de redistribuer les biens de l'Etat. Ce dernier a ainsi transféré une partie de son patrimoine aux collectivités locales. Il ne s'est pas agi ici d'une privatisation au sens classique du terme, mais on a assisté à des « changements de propriétaire » (les collectivités locales acquérant une certaine autonomie) et à une décentralisation du pouvoir décisionnel. La nouvelle situation des collectivités locales devant se refléter dans la Constitution, leurs droits de propriété peuvent eux aussi poser un problème constitutionnel, et ce plus encore si l'on associe le concept de propriété étatique aux établissements de services publics - tant il est vrai que l'activité économique des collectivités locales et leur patrimoine ressortissent pour beaucoup au domaine des services publics.

2/ Réglementation de la propriété

A. Règles relatives aux biens de l'Etat

¹¹¹ En Allemagne, le Traité d'unification et certaines lois de la RDA contiennent une réglementation en la matière; voir U. Drobniç, Die Privatisierung von Staatsunternehmen in Deutschland, Wirtschaftsrecht, décembre 1992, p. 491-493. Il est intéressant de noter que les rapports présentés dans le cadre du Projet de privatisation de l'Université d'Europe centrale, qui donnent des informations détaillées sur les règles de privatisation en vigueur dans les pays d'Europe centrale et orientale, ne traitent pas des constitutions ni des problèmes constitutionnels. Les deux volumes dans lesquels ces rapports sont parus ("The Privatisation Process in Central Europe" et "The Privatisation Process in Russia, Ukraine and the Baltic States") ont été rédigés par R. Frydman, A. Rapaczynski, J.S. Earle et al. (Budapest, Londres, New York, 1993). Cela montre, me semble-t-il, que l'on ne trouve aucune réponse claire aux questions ci-dessus dans les constitutions de ces pays.

¹¹² A. Dunsire, The public-private debate; some United Kingdom evidence, International Review of Administrative Sciences, janvier 1990, p. 34-35, 59.

8. Les problèmes que nous venons d'évoquer sur le plan constitutionnel se retrouvent aussi, parallèlement, dans la réglementation de la propriété, et les modifications apportées aux principes constitutionnels se répercuteront directement sur le droit civil en la matière. Sur le plan du droit civil, plusieurs autres problèmes doivent être examinés concurremment.

Parmi les questions fondamentales figure celle de l'identification du propriétaire. Avant l'ère socialiste, la théorie d'une entité juridique distincte - le trésor (fiscus) - était connue et admise. Ces quarante dernières années cependant, un nouveau concept s'est imposé dans la plupart des pays. L'Etat est devenu un sujet de droit à part, différent de toutes les autres catégories de sujets, et le trésor a disparu. La réglementation juridique relative aux biens de l'Etat ou aux entreprises publiques ne rendait pas ces dernières propriétaires des biens dont elles avaient le contrôle, mais leur statut légal, de même que le régime juridique des biens de l'Etat, était fort controversé. La réforme de la gestion économique a instillé dans quelques pays une certaine dose d'auto-gestion. En cas de cession des avoirs d'entreprises étatiques, il s'est alors avéré compliqué de savoir qui avait droit à quoi, surtout lorsqu'on prenait en considération les intérêts détenus par les collectivités locales dans des entreprises situées sur leur territoire de compétence.

Sous l'ancien régime, il était clair par ailleurs qu'il ne suffisait pas de maintenir le principe de la propriété étatique et de nier la propriété des entreprises publiques. Il fallait aussi savoir quel organe public pouvait agir comme propriétaire au nom de l'Etat. Souvent, les ministres eux-mêmes ne se sentaient pas compétents pour trancher. Chacun sait que les décisions économiques importantes étaient prises par le Comité politique du Parti et que le Conseil des Ministres arrêtait ensuite une décision dans le même sens.

Le fait que la réglementation relative aux entreprises d'Etat ne reposait pas sur des notions de marché compliquait la situation. Ces entreprises relevaient, du moins avant les réformes économiques des années 60, de l'administration publique. Ladite réglementation ayant valeur de droit administratif, il était d'autant plus difficile de déterminer, en droit civil, qui était propriétaire des biens placés sous le contrôle de ces entreprises.

Il ne peut y avoir de privatisation si l'on ignore le propriétaire exact des biens. Or les intérêts de l'Etat et ceux des dirigeants des entreprises publiques sont ici antagoniques. L'Etat ne transfère pas la propriété des biens de l'Etat aux directeurs des entreprises publiques, ni même à un collectif plus large de dirigeants. Les premières expériences de privatisation réalisées par des dirigeants non propriétaires ont convaincu l'Etat qu'il convenait de centraliser les décisions de privatisation ou tout au moins d'en rester maître. C'est précisément à une telle centralisation que l'on a assisté (pour les expropriations aux fins d'auto-gestion ou les nationalisations)¹¹³.

9. Le choix de la centralisation comme première étape sur la voie de la privatisation peut déboucher sur d'autres situations conflictuelles, qui n'intéressent pas seulement l'Etat et les dirigeants des entreprises publiques. Les organes du pouvoir central et les collectivités locales peuvent également se trouver en opposition. L'une des données intéressantes de la privatisation britannique a été la politique de désengagement imposée aux collectivités locales. Elle concernait le transfert de propriété, mais autorisait les sociétés privées à gérer des services publics placés sous le contrôle des pouvoirs locaux. Cette politique de désengagement était justifiée par plusieurs motifs, l'un d'eux étant l'objectif du gouvernement de restreindre le pouvoir des collectivités locales, pour la plupart dans l'opposition, en les privant d'une activité rentable¹¹⁴.
10. La privatisation génère d'autres conflits entre l'Etat, d'une part, et les syndicats et/ou les usagers de l'autre, qui portent sur le droit de propriété et les restrictions qui y sont apportées. On constate que les usagers qui profitent des biens et services fournis par les entreprises publiques s'opposent à la privatisation de peur de perdre ces services - au motif que le nouveau propriétaire ne maintiendrait pas des services non rentables - ou de crainte de voir leurs tarifs augmenter. Les syndicats des entreprises à privatiser manifestent une même réticence¹¹⁵, car ils considèrent que le risque est grand de voir les entreprises non rentables fermer leur portes, entraînant ainsi de nombreuses suppressions d'emploi. Dans certains pays socialistes, les syndicats ont obtenu des droits, au niveau de la gestion des entreprises

¹¹³ M. Nuti, La privatisation des économies socialistes: aspects généraux et cas de la Pologne, dans "Transformation des économies planifiées: réforme du droit de propriété et stabilité macro-économique", H. Blommestein, M. Marrese, Publication OCDE, Paris, 1991, pp. 63-70.

¹¹⁴ T. Prosser, La privatisation en Grande-Bretagne, dans "Les privatisations en Europe" sous la direction de Ch. Debbasch, Paris 1989, p. 114. Voir remarque similaire chez D. Heald, The United Kingdom: Privatisation and its Political Context, West European Politics, avril 1988, p. 46.

¹¹⁵ R.W. Hahn, Regulation: Past, Present and Future, Harvard Journal of Law and Public Policy, hiver 1990, p. 210-211.

publiques, qui freinent les privatisations. Alors qu'il affirme vouloir mettre en place un système démocratique, l'Etat est ainsi contraint, pour pouvoir procéder à des privatisations, de priver les syndicats de droits acquis sous le précédent régime. Les usagers ne jouissaient pas de tels droits, mais leurs intérêts étaient protégés sur ce plan. En effet, les questions économiques dont la décision revient à un entrepreneur deviennent, dans une économie planifiée où les entreprises publiques rendent certains services à la population, des problèmes politiques et les gouvernements de plusieurs pays socialistes européens n'étaient pas prêts à courir ce risque politique. Avec la privatisation, cette protection disparaît. L'éventualité théorique selon laquelle le marché pourrait, après quelque temps, aboutir à une amélioration de la situation ne satisfait ni les travailleurs ni les usagers, de sorte que l'Etat se trouve soumis à une pression politique.

11. Les biens appartenant à l'Etat n'étaient pas systématiquement contrôlés par des entreprises publiques ou des organes étatiques. Le statut juridique de plusieurs types d'entités légales n'avait pas été (clairement) arrêté. Comme souvent lorsqu'on a affaire à un pouvoir absolu, l'Etat n'appréciait guère les entités susceptibles de s'affranchir de sa tutelle. Il s'efforçait donc d'en conserver le contrôle (notamment pour les associations); parfois aussi, elles ne faisaient l'objet d'aucune réglementation précise (c'était par exemple le cas pour les organisations dites sociales, comme les partis ou les églises). La très grande majorité des entités juridiques bénéficiait non seulement d'une aide financière de l'Etat, mais se voyait également attribuer un patrimoine propre. Dans bien des cas, le statut juridique de ce patrimoine était imprécis, ce qui pose à présent de nombreux problèmes, car il est malaisé de déterminer ce qui était définitivement la propriété de l'Etat et ce qui était réellement la propriété du Parti communiste, de tel syndicat, mouvement de jeunesse, association féminine, etc. Il est alors d'autant plus compliqué de régler les rapports patrimoniaux des organisations politiques. Parfois, cela ressemble fort à une nouvelle nationalisation et à une redistribution entre les nouvelles entités - les nouveaux partis politiques et syndicats n'ayant aucun patrimoine.

Pour les églises, les problèmes sont encore différents. Les églises traditionnelles possédaient de grandes fortunes qui ont été nationalisées. Dans les pays où la restitution des biens n'a pas été acceptée, mais où le besoin est grand de développer les activités socio-éducatives de l'Eglise, on s'interroge sur le type de solution juridique qui permettrait de lui transférer les biens sans qu'il y ait discrimination.

B. Problèmes de propriété particuliers

12. La propriété des biens immobiliers a été et demeure un grave problème politique. Les disparités des situations socio-économiques des pays d'Europe centrale et orientale ne pouvaient être négligées lors de l'établissement du système socialiste. Aussi a-t-on suivi des voies très différentes pour la nationalisation des terres, la mise en place du système de coopératives agricoles et l'établissement d'une réglementation relative à la propriété des logements. Ces spécificités se sont répercutées sur les registres fonciers: dans certains pays, ils ont été maintenus, bien que les activités d'enregistrement se soient ralenties, tandis que dans d'autres ils ont perdu toute fiabilité. Ceci s'explique par une approche différente selon les pays. Le cas de l'Allemagne est, à cet égard aussi, particulier; quant aux anciennes Républiques soviétiques, elles sont sur ce plan totalement à part, l'Union soviétique ayant

abandonné toute forme de propriété foncière privée - contrairement à d'autres pays qui en ont conservé quelques-unes¹¹⁶.

Dans tous les anciens pays socialistes, l'agriculture représentait un secteur extrêmement important de l'économie. Même après l'industrialisation, la classe paysanne y demeure une composante politique de taille, d'où la nécessité de prendre en compte les objectifs des agriculteurs et l'importance, sur le plan politique, du maintien de la production agricole et de l'approvisionnement des autres secteurs de la population. Les intérêts souvent divergents des uns et des autres provoquent de graves difficultés, qui ne sont pas étrangères aux incertitudes qui pèsent sur la réglementation de la propriété des terres agricoles. Le principal problème porte sur l'opportunité de restituer ou non ces terres et, ensuite, sur le maintien ou la liquidation des actuelles coopératives - la réglementation relative à la propriété étant à la base de leur existence.

D'autres facteurs déterminants influent sur la privatisation et la réglementation afférente à la propriété des logements et des biens immobiliers en général. Ici aussi interviennent des considérations politiques. En matière de logements, les problèmes sociaux sont essentiels; pour les autres biens immobiliers, ce sont des questions générales d'investissement qui doivent être prises en compte.

Bien que l'accent ait été mis sur la disparité des situations nationales, une constante se dégage, à savoir que la privatisation exige en l'espèce des règles et des solutions spécifiques.

13. Dans la plupart des pays, la participation étrangère au processus de privatisation pose des problèmes particuliers que l'on connaît d'ailleurs fort bien en Europe occidentale aussi. Je rappellerai simplement que la législation française sur les privatisations fixe à 20% le plafond de la participation étrangère au capital d'une société¹¹⁷. Jusqu'en 1988, des règles spéciales régissaient les opérations conjointes dans les pays d'Europe centrale et orientale, mais elles ont depuis été remplacées par une nouvelle réglementation¹¹⁸. On a pu en voir assez tôt un exemple en Hongrie, avec la Loi de 1988 sur les investissements étrangers. Ce texte mérite d'être signalé à un autre titre aussi: il constitue la réglementation la plus libérale qui soit puisqu'elle met sur un pied d'égalité les sociétés étrangères et les entreprises nationales. S'agissant des investisseurs étrangers, « la » question est de savoir si l'on peut tout leur céder ou s'il est des secteurs économiques vitaux qui doivent demeurer propriété nationale, et, à supposer que rien ne s'oppose aux investissements étrangers, s'il convient de limiter à un pourcentage donné les acquisitions des étrangers. L'opinion publique a ici un poids déterminant, mais la question est aussi hautement politique.

¹¹⁶ R. Steding, Privatisierung der Landwirtschaft sowie des Grund und Bodens aus juristischer Sicht, Wirtschaftsrecht, décembre 1992, p. 495-497; W.Ja. Usum, Agrarreform in Russland, Osteuropa, septembre 1992, p. 755; V.V. Petrov, Novii zemelnii stroi Rossii: Formi sobstvennosti na zemliu i ieio privatizatsii, Vestnik Moskovskogo Universiteta, Seria Pravo, janvier 1992, p. 28-33.

¹¹⁷ A. Bizaguet, Le secteur public et les privatisations, Paris, 1988, p. 84-85.

¹¹⁸ Plusieurs publications renseignent sur les règles en vigueur dans les différents pays. Nous ne nous référons ici qu'aux séries d'articles et traductions publiées par la Review of Central and East European Law en 1992 et 1993, ainsi que par l'International Legal Materials en 1991; voir l'étude comparative de K.J. Kuss, Das neue polnische Investitionsgesetz im osteuropäischen Kontext, Beilage Nr. 3 zu Recht der Internationalen Wirtschaft, 1991, Nr. 11.

En matière d'investissements étrangers, un point particulier qui revêt une grande importance est celui qui concerne la possibilité, pour les étrangers, d'acheter des terres dans le pays visé. Les avis, partagés, sont non seulement liés au sentiment que cette éventualité suscite, mais reposent également - entre autres facteurs - sur l'analyse des répercussions que peut avoir, en termes d'inflation, la présence d'acheteurs étrangers et sur l'appréciation des éventuelles retombées d'une concurrence agricole étrangère sur la situation des nouveaux exploitants.

II. Institutions juridiques de l'économie de marché

14. Comme il a été indiqué plus haut, on ne saurait analyser la privatisation sans prendre en compte d'autres éléments du système économique et juridique existant. Je m'arrêterai à présent sur certains d'entre eux qui me paraissent particulièrement importants pour le processus de privatisation.

1. Droit des sociétés

15. Il existe un lien direct entre le système économique et la forme juridique de ses acteurs. Dans une économie planifiée fondée sur la propriété étatique des moyens de production, la forme juridique ne peut refléter une conception d'économie de marché. L'entreprise d'Etat était une entité de droit public, une unité administrative. Les réformes économiques des années 60 n'ont pas totalement modifié cette situation. A l'époque, même si l'on tenait compte dans une certaine mesure du marché, on avait généralement de celui-ci une approche particulière. Le marché ne couvrait pas en effet les acteurs économiques, ni les mouvements personnels de ces acteurs en fonction des exigences du marché. Le flux continu des arrivées et des départs n'était pas pris en considération. Les premières dépendaient (presque) totalement d'une décision du pouvoir central, et non de l'évolution du marché. Les seconds étaient vaguement connus, en principe, mais jamais vraiment appliqués et, fussent-ils admis, ils étaient toujours subordonnés à une décision du pouvoir central.

En Europe occidentale, la forme juridique d'une entreprise publique est bien connue. L'expérience montre cependant que la privatisation modifie cette forme juridique: les entreprises publiques deviennent des sociétés commerciales¹¹⁹. Dans les anciens pays socialistes, il est nécessaire de recourir à une nouvelle conception du marché qui intègre la dynamique de la structure propre du marché; de surcroît, si l'on veut privatiser une entreprise publique, il convient également de modifier sa forme juridique pour la couler en une catégorie juridique reflétant le marché où elle va opérer. La coopérative est une forme juridique qui vaut aussi pour les économies de marché. Néanmoins, le type de coopératives qui existaient dans les pays socialistes était à maints égards différent de celui des coopératives d'Europe occidentale. La législation régissant les coopératives doit donc être revue, de façon que cette réglementation puisse s'appliquer à un contexte d'économie de marché.

16. La privatisation suppose l'existence d'un droit des sociétés. Dans certains pays d'Europe centrale et orientale, ces règles n'existaient pas; dans d'autres, les normes de vieux codes de commerce étaient restées en vigueur, mais n'étaient que rarement appliquées. Ces pays ont décidé de promulguer une nouvelle réglementation régissant le droit des sociétés.

Au moment de l'établir, le législateur est amené à se prononcer sur divers aspects des orientations économiques. Se pose alors le dilemme que voici: faut-il opter pour des règles d'inspiration libérale ou arrêter certaines conditions protégeant les intérêts des futurs créanciers et investisseurs qui, parfois, hésiteraient à créer de nouvelles entreprises? Lorsque la création de sociétés est chose aisée, elles se multiplient, modifiant ainsi la structure spécifique du marché et renforçant le poids de sa composante privée, ce qui peut apparaître comme une sorte de privatisation - même si le patrimoine de l'Etat n'a pas été vendu. D'autre part, ces pays souffrent d'un manque de capitaux et les investisseurs les plus sérieux sont étrangers. Si ces derniers ne se sentent pas protégés par le droit des sociétés, ils n'investiront pas, ce qui ralentira la privatisation. Dès lors que les gouvernements et les partis d'opposition n'ont vraisemblablement pas de politique économique très précise et n'ont pas d'expérience en matière de droit des sociétés, il n'est pas certain que cette législation apporte une réponse valable, fondée sur une analyse minutieuse de la situation.

Une autre question d'ordre législatif concerne le type de sociétés. Le législateur, sachant les conditions économiques du pays, devra déterminer le genre de sociétés auquel il sera fait appel et à quelles fins dans ce contexte précis. Ici encore, il faudra se préoccuper tout particulièrement, d'une part, des nouvelles et (peut-être) petites sociétés au capital peu élevé et où l'implication personnelle des parties est essentielle, et, d'autre part, des conditions de privatisation d'un grand nombre d'entreprises publiques, car il est très tentant de négliger tous les autres types de sociétés, hormis les sociétés anonymes. Il est effectivement à craindre que le droit des sociétés, s'il n'est pas correctement élaboré, n'entrave la privatisation.

17. Le droit des sociétés dont il est ici question ne doit pas être compris de façon restrictive. La privatisation exige des règles pour permettre à des entreprises étatiques de devenir des sociétés et pour opérer le passage d'un type de société à l'autre. Le droit des sociétés doit fixer une sorte de code de bon fonctionnement, qu'il n'est pas facile de mettre au point.

¹¹⁹ Voir notamment D. Heald, D. Steel, *Privatising Public Enterprises: An analysis of the Government's Case*, dans "Privatisation and Regulation - the UK Experience", ed. J. Kay, C. Mayer, D. Thompson, Oxford, 1986, p. 60; M. Durupty, *Les restructurations du secteur public*, *Revue française de Droit administratif*, mars-avril 1991, p. 314.

Il doit ainsi régir, pour pouvoir s'appliquer normalement, la tenue des livres, la comptabilité, la vérification des comptes et le personnel ad hoc compétent. Dans de nombreux pays, ces éléments sont absents, ce qui perturbe considérablement la vie des sociétés, depuis leur création jusqu'à leur dissolution.

L'évolution normale du marché est marquée par la naissance de nouvelles sociétés et la liquidation d'autres entreprises existantes. Le droit ne doit donc pas seulement viser la restructuration d'entreprises ou la faillite, mais aussi leurs conséquences, dont certaines sont importantes, comme le chômage et les mouvements sociaux. Les pays d'Europe centrale et orientale n'ont pas appris, dans un passé récent, à faire face aux problèmes du chômage, à mettre en place un réel système de sécurité sociale qui ne soit pas partie intégrante de l'administration publique, à traiter les conflits du travail, à constituer des organismes de défense des intérêts et d'arbitrage. En outre, l'opinion saisit mal la notion de justice du marché¹²⁰. Ces problèmes peuvent influencer indirectement sur la privatisation, car ils exigent de la part des investisseurs (surtout lorsqu'ils sont étrangers et connaissent mal la situation) beaucoup de patience avant que le système, qui se construit lentement, ne porte ses fruits.

¹²⁰

R. Sharlet, *Perestroïka, the autonomous sector and the transition from the "contra-system" to a civil society?*; dans "Privatisation and Entrepreneurship... (note 8 supra), p. 50.

2. Le marché des capitaux et la finance

18. Les pays qui opèrent la transition d'une économie dirigée vers une économie de marché ne disposent pas d'un solide marché des capitaux; ils en sont pour la plupart à se doter d'une bourse des valeurs. La privatisation ne peut donc se faire par la vente d'actions en bourse. Dans certains pays, une réglementation boursière a été mise en place, mais de nombreuses années sont nécessaires pour que la population s'y habitue. D'autre part, les entreprises d'Etat (à quelques exceptions près) ne sauraient à l'évidence être vendues en bourse, même si celle-ci était forte et expérimentée.

Le manque de possibilités de privatisation par voie boursière présente un inconvénient de taille, à savoir l'absence de marché où la valeur, le cours de l'entreprise, puisse être fixé. Faute de bien saisir la façon dont sont évalués les avoirs, on a cru qu'il était possible d'imaginer un processus ex ante de privatisation équitable, que les valeurs ne fluctuaient pas, qu'elles étaient stables¹²¹. D'où les incertitudes quant à la valeur des entreprises publiques, doutes qui ralentissent (et souvent renchérisse) la privatisation et entraînent de multiples problèmes politiques. Ce facteur favorise en outre les risques de corruption dans les opérations de privatisation.

19. Le système bancaire tient également une place importante dans les privatisations. Les milieux financiers et les banques en général ont été les parents pauvres de l'économie du temps du dirigisme. Les réformes économiques des années 60 n'ont pas apporté ici de changements majeurs - la notion d'économie de marché qui prévalait à l'époque n'entraînait pas de modifications fondamentales dans le secteur financier. Sans une réforme bancaire, la privatisation - on l'a dit - est vouée à l'échec. Cette réforme repose d'une part sur une exploitation plus efficace des ressources et, de l'autre, sur une libération des prêts malheureux concédés à des entreprises publiques incapables de les rembourser. La privatisation pourrait aussi tirer parti des efforts déployés

¹²¹ H.J. Blommestein, M. Marrese, S. Zecchini, Les économies centralement planifiées en transition: quels problèmes et quelles stratégies?, dans "Transformation des économies planifiées ... (note 18 supra), p. 14.

*par les pouvoirs publics en matière fiscale, à travers notamment l'apurement des comptes de ces entreprises*¹²².

3. Les règles de concurrence

20. En économie de marché, les règles de concurrence sont primordiales. La privatisation peut être un outil important pour la mise en place d'une économie de marché où la concurrence joue véritablement son rôle. L'un des objectifs de la privatisation est de susciter cette concurrence. L'économie des anciens pays socialistes se caractérise par des monopoles d'entreprises publiques dans divers secteurs. S'il peut être mis fin aux monopoles administratifs par la déréglementation, il est plus difficile de modifier la situation lorsque le monopole est dû à la taille de l'entreprise. En principe, une solution simple consisterait à exiger la scission des entreprises avant de les privatiser. Dans la pratique cependant, de graves difficultés se posent. Généralement, les entreprises s'opposent aux changements structurels. Ce qui complique encore les choses, c'est la volonté des acheteurs potentiels, qui ne font aucun cas de la nécessité de restructurer l'économie et souhaitent seulement opérer des acquisitions rentables. Il leur arrive de vouloir acheter le monopole de l'entreprise publique et d'aller jusqu'à exiger de l'Etat des garanties contre les éventuels concurrents étrangers. En Europe occidentale, on a constaté dans de nombreux pays que les privatisations n'aboutissaient pas à plus de concurrence¹²³ et il y a fort à parier qu'il en aille de même dans les anciens pays socialistes.

¹²² L.J. Brainard, Les stratégies de transformation de l'économie en Europe centrale et orientale: le rôle de la réforme du marché des capitaux, dans "Transformation des économies planifiées..." (*note 18 supra*), pp. 109-111, 117-119; voir aussi I. Abel, J.P. Bonin, Capital Markets in Eastern Europe: The Financial Black Hole, Connecticut Journal of International Law, automne 1992, p. 10-13.

¹²³ J. Vickers, V. Wright, The Politics of Industrial Privatisation in Western Europe: An Overview, West European Politics, avril 1988, p. 6, 24.

III. Réglementation relative à la privatisation

21. On a beaucoup écrit sur les règles relatives à la privatisation dans les pays concernés¹²⁴. Nous n'évoquerons ici que trois aspects de cette réglementation:

a. Institutions

La pratique de la privatisation et les règles qui la régissent offrent deux grandes options. L'une consiste en une privatisation spontanée, où l'entreprise à privatiser se met elle-même en vente et où les dirigeants négocient avec les acquéreurs. Cette solution a ceci de dangereux que les dirigeants cherchent davantage à s'assurer un bon poste qu'à obtenir un bon prix pour l'entreprise. Elle a aussi été critiquée pour des raisons politiques, au motif que la vieille nomenklatura travestit de la sorte son pouvoir politique en pouvoir économique. Aussi n'est-elle généralement pas appliquée pour la privatisation de grandes entreprises, mais elle est admise lorsqu'il s'agit de petits commerces et de restaurants. L'autre possibilité est la privatisation réalisée par des organismes publics centraux. Dans la situation actuelle de l'administration publique, plusieurs ministères et comités interministériels seront concernés, la décision venant souvent du Conseil des Ministres. Ce sont les circonstances politiques qui déterminent si le Parlement exercera ou non un contrôle important sur les privatisations. Enfin, une solution à mi-chemin consiste à procéder à la privatisation par l'intermédiaire d'un agent - homme d'affaires ou société spécialisée - qui se charge de mener l'opération à bien, le résultat étant soumis au contrôle d'un organisme public central.

b. Procédure

On distingue ici deux types de procédure. Le premier englobe les méthodes de marché, où le propriétaire vend l'entreprise ou les parts sociales. Dans ce cas, l'intervention du propriétaire ne peut faire l'objet d'aucun recours. Le second est une procédure administrative, la privatisation obéissant à une décision administrative qui peut être supervisée par les tribunaux - il en a été question en Allemagne¹²⁵.

c. Méthodes

Le transfert temporaire (bail, désengagement) se distingue du transfert définitif. Pour le transfert définitif, la qualité des acheteurs peut avoir son importance, les principales catégories d'entre eux étant les cadres (opération de rachat), les salariés (actionnaires), des organisations à but non lucratif et les étrangers. Dans chacun de ces cas, non seulement les techniques suivies peuvent varier, mais il arrive aussi que le contexte politique et l'objectif de l'opération soient différents. Le degré d'évolution du droit des sociétés peut aussi avoir son importance, le contrôle étatique pouvant être maintenu par

¹²⁴ D'intéressants exposés ont été présentés à diverses conférences, ce qui permet de comparer les réglementations en vigueur dans différents pays (les auteurs traitant généralement d'un seul pays, sans trop s'attacher aux comparaisons). Les documents de l'une de ces conférences ont été publiés l'an dernier: *Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht Osteuropas im Zeichen des Übergangs zur Marktwirtschaft*, hrg. F.-J. Säcker, W. Seiffert, R. Wolfrum, Munich, 1992.

¹²⁵ W. Möschel, *Treuhandanstalt und Neuordnung der früheren DDR-Wirtschaft*, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, janvier 1991, p. 181-182; R. Weimar, *Handlungsformen und Handlungsfelder der Treuhandanstalt - öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich? Die Öffentliche Verwaltung*, 1991, p. 813-823.

différents biais prévus par ce droit. Reste aussi la question de la prise en compte des groupements d'entreprise (Konzerne). Enfin, la protection des lieux de travail, les emplois et l'implication du personnel dans la transaction constituent un aspect non négligeable du problème.

b. LES ASPECTS JURIDIQUES DE LA PRIVATISATION

Rapport de Monsieur Ilko ESKENAZI, Ancien Premier Ministre de la Bulgarie

Le phénomène de la privatisation est placé au centre de l'attention des milieux politiques, juridiques, économiques et autres dans le monde entier après l'effondrement des régimes communistes en Europe de l'Est à la fin de 1989. Il est vrai que plusieurs pays ont déjà procédé à des privatisations, mais jamais auparavant la société n'a eu à relever le défi d'une privatisation à faire en présence d'environ 90% d'économie d'Etat, en l'absence de marchés de titres et d'une évaluation réelle des entreprises. Le présent exposé se propose d'étudier certains aspects juridiques de la privatisation en général, aussi bien que les problèmes spécifiques à la privatisation dans les ex-pays communistes. Il importe de souligner d'avance qu'il est impossible de procéder à une analyse détaillée de tous les problèmes relevant de ce domaine dans un rapport comme celui-ci. Je me propose donc d'examiner les questions que je considère comme typiques et importantes du point de vue de la législation et des pratiques en Europe de l'Est et en Bulgarie en particulier.

I. La privatisation comme problème juridique général

1. La notion de « privatisation »

- a) Malgré l'abondance de définitions, le sens de la notion de « privatisation » se résume au transfert d'entreprises - propriété de l'Etat en propriété de personnes privées. La privatisation peut très bien porter sur des parties des entreprises en place, tels des restaurants, des ateliers, etc. Pourtant la vente de certains éléments des fonds (équipements, machines, installations) appartenant à des entreprises étatiques ne devrait pas être considérée comme une privatisation. C'est d'ailleurs une question juridique subtile, comparable à la question classique qui est celle de savoir combien de grains de sable forment le tas. Le critère fondamental est celui de savoir si la partie vendue peut être appréhendée comme une entreprise à part. Finalement, la privatisation, selon certaines lois, peut englober l'immobilier et autre propriété de l'Etat qui ne fait pas partie d'une entreprise.
- b) Dans certains pays, la privatisation s'étend également à la propriété communale. Il s'agit en tout premier lieu des ex-pays de l'Est et de la Bulgarie en particulier, où, dans les années cinquante, a été adopté le modèle soviétique de démocratie locale. Les communes ont disparu en tant que personne morale alors que des conseils locaux ont été mis sur pied comme organes de gestion. C'est ainsi que la propriété communale a disparu, or, elle était identifiée à la propriété de l'Etat (en effet tout ce qui n'était pas propriété privée était propriété publique, c'est-à-dire propriété de l'Etat). La propriété communale a été restituée par les toutes premières lois démocratiques. Pourtant son envergure est beaucoup plus grande que celle de la propriété communale apparue de manière naturelle dans les pays ayant une économie de marché. Comme une grande partie de l'immobilier et des entreprises appartenant à l'Etat s'y retrouvait, elle allait être touchée par la privatisation.

- c) Le terme de « transfert » ne comprend pas que les ventes, mais aussi toutes sortes de transactions qui résultent du transfert de propriété - même si celui-ci s'effectue postérieurement (location avec clause d'achat, vente avec garde de propriété jusqu'au remboursement du prix, etc.).

2. *Le transfert de propriété étatique*

Dans les pays à économie de marché et même dans les ex-pays de l'Est, il n'y a pas d'obstacle de principe à ce que l'Etat vende ses biens. Et pourtant, dans les deux groupes de pays, la privatisation exige une loi spéciale. La propriété étatique est en premier lieu une propriété publique et il n'est guère nécessaire d'apporter plus d'explications à cette particularité. Il est admis que la personne qui exerce le droit de propriété publique ne peut pas en disposer à la manière du propriétaire privé. Cela découle du souci de protection de l'intérêt public, ainsi que du fait que l'Etat est un propriétaire de type particulier et qu'il gère de façon particulière le patrimoine de l'Etat.

La transition du plan au marché fait naître des problèmes juridiques spécifiques qui seront étudiés par la suite. Ils sont liés non seulement à la privatisation au sens concret, mais aussi à des phénomènes particuliers - par exemple le désir des milieux intéressés de transformer rapidement la propriété de l'Etat en propriété privée sans respecter la procédure légale (la privatisation cachée); le passage à un nouveau système de gestion des entreprises étatiques et, par conséquent, la constitution d'une nouvelle hiérarchie de compétences quant à la prise de décision concernant la disposition des biens.

3. Réglementation législative

- a) La nécessité d'une loi spéciale ne découle pas que des considérations de protection de l'intérêt public et du régime particulier de disposition et de gestion de la propriété étatique. Par nécessité le régime légal de privatisation s'écarte des règles générales du droit civil et du droit administratif. Une loi typique de la privatisation règle au moins les questions suivantes:
- la portée de la privatisation vis-à-vis des biens. Celle-ci est définie par des règles générales de la loi, mais aussi, dans certains pays, par des lois spéciales adoptées en vue de la privatisation de certaines grandes entreprises;
 - l'organisme chargé de la privatisation et la procédure de prises de décisions de privatisation, tant au regard de la stratégie générale du gouvernement qu'au regard des entreprises elles-mêmes;
 - le contrôle sur les activités et les décisions de l'organisme de privatisation;
 - les techniques de privatisation et les règles spécifiques auxquelles elles obéissent;
 - les préférences accordées à des catégories de personnes - telles les personnes travaillant pour l'entreprise, les acquéreurs nationaux, les systèmes de bons (vouchers), les programmes d'actions pour les employés, etc.
 - les dispositions relatives à l'usage fait des rentrées de la privatisation.
- b) Les dispositions légales ne sauraient être étudiées en elles seules. Elles témoignent d'une politique économique donnée et c'est en fonction de cette politique que des approches de base peuvent être dégagées. Ces approches conditionnent le contenu de la loi. En premier lieu, les normes légales révèlent la politique de l'Etat en ce qui concerne les objectifs de la privatisation - par exemple, rendre les entreprises de l'Etat plus efficaces par leur transformation en entreprises privées et par l'attrait d'investissements, faire accroître les revenus de l'Etat, faire participer les citoyens comme actionnaires des entreprises

privatisées, etc. En deuxième lieu, la privatisation est un problème économique important, mais aussi une question politique et sociale. Dans plusieurs pays, cette question sert de ligne de démarcation entre les programmes économiques des partis politiques. Pourtant, lors de la transition à l'économie de marché, la privatisation est un impératif politique et économique sans appel. Il est impossible de faire une économie de marché en présence de 80 à 90% de propriété étatique, d'autant plus que cette propriété est structurée et exploitée par un régime politique qui a prouvé son incompetence et son irresponsabilité. Compte tenu de la catastrophe économique héritée dans les ex-pays communistes, la question ne se pose pas de savoir s'il faut ou s'il ne faut pas privatiser, mais comment privatiser - dans quelle mesure, à quelle vitesse, à quel prix social. Autant de facteurs qui se répercutent sur la réglementation juridique. Tout d'abord la loi reflète le choix entre une privatisation commerciale, orientée vers le marché, et une privatisation distributive par laquelle une grande partie de la propriété doit être répartie dans la population sans tenir compte de la nécessité de trouver des propriétaires-entrepreneurs. La quasi-totalité des lois en Europe de l'Est accordent une attention spéciale aux recettes de l'Etat, mais les pratiques montrent qu'à la limite les dépenses sont égales aux recettes. Mais l'expérience a démontré que les prix prévus sont supérieurs aux prix proposés par les investisseurs. Donc, afin de ne pas bloquer la majorité des projets de privatisation à cause des prix, une réglementation atténuée s'est imposée en matière de procédures et critères d'évaluation, surtout en cas d'appels d'offres. Nous essaierons d'illustrer tout ce qui a été dit avec des exemples de la législation bulgare.

II. Les aspects juridiques de la privatisation à la lumière de la législation bulgare

Le Parlement bulgare a voté le 23 avril 1992 une Loi de transformation et de privatisation des entreprises étatiques et communales (JO, 1992), qui sera appelée par la suite la Loi. Les raisons de son retard par rapport aux autres pays de l'Est ne pourraient faire l'objet du présent exposé, d'autant plus que ce n'est pas un problème juridique. Sauf peut-être le fait que deux mois auparavant ont été votées les lois de restitution de propriété. Ainsi, la législation a défini les deux principaux groupes de biens qui deviennent propriété privée. Du point de vue juridique, le retard nous a permis de prendre en compte l'expérience des pays mentionnés.

1. La privatisation commerciale (market oriented) et ses aspects sociaux

Il importe de souligner expressément que la Loi met l'accent sur la privatisation commerciale, c'est-à-dire que la Loi accorde la priorité aux techniques commerciales. Il a été jugé que l'accent social doit être placé sur l'effort de remplir les fonds de prévoyance et de santé par des revenus en argent venant de la privatisation et d'une partie des parts et des actions des entreprises privatisées. On obtient ainsi un effet social plus équitable, car les revenus sont répartis entre les usagers des fonds sociaux en fonction de leurs besoins. La « privatisation de masse » met tous les citoyens dans les mêmes conditions quels que soient leurs besoins. De plus, en présence d'une telle privatisation, tout citoyen est exposé au risque de choisir lui-même où placer ses bons et, par conséquent, de perdre de l'argent par manque d'expérience. Il est vrai que la privatisation de masse apporte des dividendes politiques à court terme, mais, à longue échéance, elle ne crée pas de vrais propriétaires. Les actionnaires de ce type sont très éloignés de la situation réelle d'une entreprise donnée, de sa gestion, de sa rentabilité

etc. Aussi la loi bulgare accorde-t-elle une préférence spéciale aux travailleurs de l'entreprise privatisable. Ces derniers ont le droit de racheter dans des conditions préférentielles jusqu'à 20% de l'entreprise, le taux de la participation individuelle étant limité en fonction de l'ancienneté et d'autres conditions.

2. La portée de la privatisation vis-à-vis des unités à privatiser

La privatisation porte sur les entreprises étatiques et communales. Des unités séparées d'une entreprise peuvent également être mises en vente, ainsi que des parts et des actions de l'Etat et des communes dans les sociétés commerciales. Le problème juridique qui a été posé était de savoir si le patrimoine étatique et communal qui ne fait pas partie d'une entreprise peut faire l'objet d'une privatisation aux termes de cette Loi. L'idée qui a prévalu était que de tels biens (terrains, bâtiments) ne devraient pas faire l'objet de cette Loi, car la privatisation a pour but d'augmenter l'efficacité de l'économie et doit donc se borner à des personnes morales réalisant des activités économiques. Aussi des personnes morales étatiques, tels des instituts de recherches, des instituts culturels et autres ont été exclus de la privatisation. Leur vente devrait se faire selon le régime général des biens étatiques et communaux.

Une particularité de la législation bulgare tient du fait que la Loi commerciale (le Code des sociétés) a prévu une possibilité de transformation des entreprises étatiques en sociétés commerciales unipersonnelles (des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilité limitée). Cette transformation est très fréquente dans la pratique et, comme la Loi commerciale stipule que celle-ci doit se faire selon une procédure prévue par loi, les dispositions respectives ont été incluses dans la Loi de privatisation. C'est ainsi que la transformation a été liée au processus de privatisation. De plus, les procédures respectives sont réglées d'une manière prévenant dans la mesure du possible la privatisation clandestine, les compétences des organes de transformations étant harmonisées avec les compétences de l'Agence de privatisation.

Nous avons déjà expliqué pourquoi la Loi bulgare règle également la privatisation des biens communaux. Nous nous bornerons à souligner que celle-ci est effectuée par des organes communaux et que les recettes vont aux caisses communales. Reste pourtant la grande question pratique de la séparation de la propriété étatique de la propriété communale. La loi sur la démocratie locale n'apporte que des critères de base permettant de repérer les biens sur le territoire de la commune qui constituent une propriété communale. En fait, l'identification de ce type de propriété ne se fait pas sur la base de la restitution, mais sur la base de la division de la propriété étatique omniprésente en propriété étatique et en propriété communale. Donc, la propriété sur presque chaque magasin ou petite entreprise sur le territoire d'une commune est contestée.

Quand nous évoquons les objets de la privatisation, il faut tenir compte du fait que la loi bulgare autorise la privatisation de tous types de biens - à l'exception de ceux qui, aux termes de la Constitution, peuvent être uniquement propriété de l'Etat. Le gouvernement, dans son programme annuel de privatisation (approuvé par l'Assemblée nationale) peut définir les domaines et/ou les entreprises dont la privatisation entière ou partielle n'est pas autorisée pour la durée du programme.

3. Les participants à la privatisation

- a) Toutes les personnes physiques et morales peuvent participer sur pied d'égalité à la privatisation (article 5 al. 1 de la Loi). La législation bulgare n'impose donc aucune restriction aux étrangers pour participer à la privatisation. Il est pourtant nécessaire de savoir qu'aux termes de la Constitution un étranger ne peut pas être propriétaire de terrains. Ce problème est écarté en accordant à l'étranger le droit d'acheter le bâtiment et le droit d'usage des terrains contigus ou le droit d'enregistrer sa propre société en Bulgarie (même si la société lui appartient à 100%). Alors il devient personne bulgare.
- b) Afin d'éviter que la privatisation permette le glissement de biens étatiques vers des entreprises étatiques ou communales, il est prévu que des personnes morales avec une participation de plus de 50% de l'Etat ou des communes, puissent participer à la privatisation uniquement avec l'accord écrit de l'Agence de privatisation ou, respectivement du Conseil communal (si la privatisation est communale).

4. Les organes de la privatisation

Aux termes de la législation bulgare, le Conseil des ministres exerce les droits de propriété de l'Etat selon une procédure fixée par loi. Comme la privatisation est un processus extrêmement important de disposition d'entreprises étatiques, la Loi prévoit un système d'organes délibérant en matière de privatisation et contrôlant le processus.

- a) Diverses approches ont été adoptées en Europe de l'Est - à commencer par la privatisation réalisée entièrement par le pouvoir exécutif et pour finir avec des organes autonomes soumis au Parlement. En général, des prérogatives plus importantes sont accordées à l'exécutif quand le souci d'efficacité et de rapidité prévaut. Pourtant, cette approche varie d'un pays à l'autre: un ministère spécial gérant le patrimoine étatique; un organe exécutif spécial chargé de la privatisation ou du transfert de compétences à certains ministères. La deuxième approche met l'accent sur la transparence de la privatisation et sur sa séparation de l'exécutif. Ce sont d'ailleurs les principaux arguments à l'appui de la constitution d'un organe autonome qui sont le plus souvent soumis au Parlement.
- b) La Loi bulgare combine les deux approches et adopte le système suivant d'organismes de privatisation:
 - le principal organisme est l'Agence de privatisation. C'est un organisme étatique dépendant du Conseil des ministres, qui organise et contrôle la privatisation des entreprises étatiques. Elle met en oeuvre la privatisation, sauf dans les cas où la compétence en est déléguée aux ministères respectifs. Afin d'éviter la privatisation clandestine et les décisions qui pourraient bloquer la privatisation (transformation d'entreprises, transfert de parts), l'Agence est revêtue de pouvoirs de contrôle (voir ci-après). Une certaine autonomie est garantie par le

Conseil de tutelle de l'Agence. Il est formé de onze membres -cinq sont nommés par le Conseil des ministres, six sont élus par l'Assemblée nationale pour un délai de quatre ans. Le Conseil de tutelle définit les grandes lignes des activités de l'Agence; il approuve son budget, approuve les projets de programmes annuels de privatisation et les comptes-rendus annuels de leur réalisation, approuve les transactions de privatisation dont le montant dépasse un plafond fixé par le Règlement de l'Agence, élit et libère de ses fonctions le directeur exécutif et détermine sa rémunération, détermine les bureaux régionaux et approuve leurs chefs, adopte les comptes-rendus trimestriels du directeur, etc. (voir article 13).

- les entreprises de l'Etat dont la valeur des immobilisations portée au bilan est inférieure aux 10 millions de leva sont privatisées par les ministères respectifs;
- le Conseil des ministres approuve les décisions de privatisation prises par l'Agence si la valeur de leurs immobilisations portée au bilan dépasse 200 millions de leva. En plus, il soumet le programme annuel de privatisation à l'Assemblée nationale pour qu'il soit voté avec la loi du budget de l'Etat. Il en va de même du compte-rendu annuel de la réalisation du programme de privatisation - il doit être approuvé avec le compte-rendu de la réalisation du budget de l'Etat. Il est clair que le Parlement contrôle les activités du gouvernement en matière de privatisation en approuvant les programmes annuels de privatisation et le compte-rendu de leur réalisation. Ce contrôle est indirect, car l'approbation se fait dans le cadre du budget de l'Etat;
- les Conseils communaux prennent les décisions de privatisation des entreprises appartenant aux communes.

5. La vitesse de la privatisation

Les rythmes de la privatisation sont de toute première importance pour les ex-pays de l'Est. Comme cela a été indiqué, la privatisation est, pour ces pays, le pivot des réformes économiques, un facteur important pour la transition au marché et une question de survie d'une série d'entreprises. Aussi les lois de privatisation en Europe de l'Est reflétaient-elles le concept d'une réforme rapide et radicale. Les résultats pratiques ont pourtant refroidi l'euphorie quant à une privatisation réussie. Il ne s'agit pas que des immenses problèmes sociaux liés à la compression des emplois. L'intérêt des investisseurs s'est avéré très modeste, alors que le fait de brader les entreprises provoque des troubles politiques et sociaux. Pourtant les experts occidentaux, le FMI, la Banque Mondiale continuent à juger des succès de la réforme en fonction du taux des entreprises privatisées. Or, dans les ex-pays communistes une telle émulation évoque un passé très récent où il importait de rapporter des chiffres et non des résultats concrets. Nous ne sous-estimons en rien la nécessité de rythmes accélérés de privatisation, sans pour autant en faire un fétiche. Les concepts d'une privatisation plus rapide ou d'une privatisation plus précise pourraient s'exprimer par les règles juridiques suivantes:

- l'exigence d'adopter un programme annuel de privatisation;
- des exigences plus ou moins strictes vis-à-vis de la sélection des experts chargés de l'évaluation des entreprises, des procédures de commande des évaluations, leur adoption par l'organe de privatisation, etc.;

- les procédures de privatisation depuis la prise de décision de privatisation jusqu'à la réalisation de la transaction. D'une part l'impératif de rapidité impose une simplification des procédures et des délais courts d'évaluation et de prise de décision. D'autre part l'appui social des processus de privatisation et le souci des revenus pour l'Etat exigent que la privatisation ne soit pas « bâclée ». Il s'avère qu'un système de normes juridiques pourrait exprimer un équilibre raisonnable entre ces objectifs qui ont l'air de se contredire.

6. Les aspects sociaux

- a) Un des principaux aspects sociaux de la privatisation est le souci de faire en sorte que la privatisation n'augmente pas le chômage. Etant donné que la transition à l'économie de marché est accompagnée d'une montée en flèche du taux de chômage, ce souci représente une importante priorité économique et politique. Les outils juridiques ne peuvent pas être recherchés dans les règles de la loi, mais plutôt dans le recours à la clause du maintien du nombre des emplois comme condition de la transaction.
- b) Un autre aspect social est la participation des citoyens à la privatisation dans des conditions préférentielles. La plupart des pays de l'Europe de l'Est ont introduit des systèmes de privatisation de masse qui se résument comme suit:
 - la distribution à la population de bons gratuits qui lui permet de participer à la privatisation jusqu'à un montant donné. Dans la plupart des pays les bons ne servent pas à l'achat gratuit d'actions. Ils sont un instrument financier spécifique d'acquisition des actions d'un ou de plusieurs fonds d'investissement. Ce système représente, du point de vue juridique, un intérêt extraordinaire, mais il m'est impossible de l'analyser dans le cadre du présent exposé;
 - la participation préférentielle des ouvriers d'une entreprise à la privatisation de cette dernière. C'est l'approche adoptée par la Loi bulgare (voir plus haut I, point 3b et II, point 1). Son avantage est que les préférences permettent la participation d'actionnaires capables de contribuer au sort et à la gestion réussie de l'entreprise. C'est ainsi que les actionnaires deviennent des entrepreneurs dans un certain sens.

De plus, ces préférences concrètes vont de pair avec un schéma de transfert de l'argent provenant de la privatisation et d'une partie des parts et des actions des entreprises privatisées aux fonds sociaux. En premier lieu, 20% des rentrées en argent des ventes d'entreprises non transformées, ou d'unités autonomes de ces entreprises, et 20% des parts et des actions des entreprises de l'Etat et entreprises communales privatisées sont remis gratuitement au fonds d'une mutuelle spéciale. Les rentrées dans ce fonds sont remises aux fonds de la sécurité sociale et à deux fonds spéciaux. L'un de ceux-ci est destiné à la participation gratuite de citoyens bulgares à la privatisation et l'autre servira à l'indemnisation des anciens propriétaires (dont les biens ont été expropriés ou nationalisés par le régime communiste, mais qui n'ont pas été restitués). En deuxième lieu, 30% de l'argent provenant de la vente des entreprises de l'Etat et communales ou d'unités autonomes de ces dernières, sont remis aux fonds de sécurité sociale. En troisième lieu, 10% des revenus de la privatisation sont versés au fonds « Assistance et promotion de l'agriculture ». Il importe de souligner que les recettes de la privatisation communale sont également réparties selon le schéma 20% pour la mutuelle et 30 pour les fonds sociaux, le reste étant réservé à la commune.

- c) l'organisme de privatisation a la possibilité d'accorder, lors des transactions concrètes, des conditions favorables aux ouvriers de l'entreprise, mais ces conditions favorables ne sont pas des préférences du type mentionné plus haut. Ainsi n'y a-t-il pas d'obstacles à ce que l'entreprise soit vendue à crédit aux ouvriers ou, au lieu de l'appel d'offres, de tenir un concours d'acquisition. Des schémas du type « programme d'actions pour les employés » sont envisageables, bien qu'en Bulgarie ses partisans exigent une réglementation spéciale.

7. Les techniques de privatisation

Au sens juridique, il s'agit de différents types de transactions. Elles ne sauraient être étudiées dans le cadre du présent exposé. Mais il importe de souligner que la Loi bulgare ne traite pas ces transactions comme numerus clausus. Par conséquent, l'organisme de privatisation n'est pas limité dans le choix du type et des conditions de la transaction.

- a) en décidant de vendre une entreprise, l'organisme peut opter pour un appel d'offres, en incluant dans ses conditions diverses modalités de la transaction. Il peut annoncer un concours en posant différentes conditions - dont le maintien de la destination de l'entreprise, le maintien des emplois ou la création de nouveaux emplois, des investissements complémentaires, la remise du transfert de propriété jusqu'au paiement du prix, un délai pendant lequel l'acquéreur n'a pas le droit de revendre l'entreprise, etc. Il n'y a pas d'obstacle à ce que la transaction ne soit pas une vente, mais un crédit-bail (leasing) par exemple.
- b) la vente d'actions est limitée à quatre types de transactions: une vente ouverte, un appel d'offres public portant sur des paquets d'actions, un concours annoncé publiquement (genre « appel d'offres ») et des négociations avec des acquéreurs en puissance. Il est clair que pour la vente de parts de SARL, le premier type de transaction est inapplicable. Il est clair aussi que la vente par concours ou par des négociations avec des acquéreurs potentiels permet une grande diversité des modalités de la transaction.

8. La privatisation et la gestion des entreprises d'Etat

La privatisation représente, d'abord, une intervention dans le régime général de la disposition du patrimoine d'entreprises d'Etat. Cette question ne fera pas l'objet de commentaires, car les déviations par rapport au régime général sont déterminées par une loi spéciale (celle sur la privatisation). Il importe de mettre en relief un problème typique relevant du rapport entre la privatisation et la gestion des entreprises de l'Etat lors de la transition vers le marché. Deux tendances contradictoires se dessinent quant à la manière de gérer la propriété de l'Etat. D'une part, il est évident que les entreprises d'Etat ne peuvent pas être efficaces en l'absence de liberté d'action de leurs gérants. D'autre part, la privatisation clandestine a démontré que des restrictions au droit de disposer des entreprises de l'Etat sont imminentes. Il n'est pas possible qu'une entreprise de l'Etat soit limitée dans la création de sociétés d'économie mixte, mais, d'autre part, ces sociétés sont une formule populaire de privatisation qui ne respecte pas les règles spéciales de la Loi.

Mieux, la pratique a montré que même la location est un moyen de faire passer des capitaux de l'entreprise d'Etat à des entreprises privées, qui sont souvent constituées par l'intermédiaire de personnes de la direction de cette entreprise. Nous pouvons

donc, en résumé, dire que suivant le régime juridique de gestion des entreprises d'Etat, on court le risque, soit de bloquer la privatisation soit, inversement, de favoriser la privatisation clandestine. Ce qui est intéressant, c'est que cette dernière se fait par des outils juridiques qui correspondent au régime de gestion des entreprises d'Etat, mais que par ces outils la procédure de privatisation est contournée. Ces considérations ont entraîné quelques dispositions spéciales dans la loi bulgare:

- la transformation des entreprises d'Etat dont la valeur des immobilisations inscrite au bilan dépasse les 10 millions de leva, se fait après consultation de l'Agence de privatisation (article 17 al. 2). L'objectif manifeste est que l'agence qui privatise ces entreprises ne soit pas placée devant le fait accompli de la transformation réalisée par un autre organe;
- pour les sociétés de commerce avec 30% et plus de participation de l'Etat ou des communes, l'organe de privatisation donne son consentement à la baisse de cette participation (article 10 al. 1 des dispositions transitoires et finales). Cette baisse de la participation de l'Etat ou de la commune vise à prévenir la privatisation, car cette participation fait partie du patrimoine de l'entreprise d'Etat ou communale-associée.
- aux termes de l'article 10 al. 2 des dispositions transitoires et finales, les personnes morales avec 50% et plus de participation de l'Etat ou des communes ne peuvent pas procéder à des ventes sans l'accord des organes visés à l'article 3, elles ne peuvent pas non plus louer leurs immobilisations dont la valeur dépasse les 5% de la valeur totale de leur immobilisation portée au bilan. Cette norme contredit catégoriquement l'exigence d'indépendance des entreprises d'Etat quant à leurs transactions, surtout en ce qui concerne la location. La pratique a pourtant montré que les ventes d'équipements risquent d'enlever tout sens à la privatisation ou de conduire à la privatisation d'une importante partie du patrimoine au mépris de la Loi. Le bail risque également de bloquer la privatisation ou de créer des avantages pratiques pour un bailleur que la direction aura choisi lors d'une éventuelle privatisation.

La brève analyse des problèmes juridiques ébauchés montre que certains sont notoires, car ils jalonnent le chemin que d'autres pays ont déjà parcouru. L'essentiel est pourtant d'arriver à dégager les problèmes spécifiques de la privatisation dans les ex-pays communistes. Ils sont dus au système juridique, mais surtout à la transition inconnue d'une économie centralisée d'Etat en situation lamentable vers une économie de marché avec une propriété privée importante. Par nécessité, ce processus doit être réalisé rapidement - et cela en l'absence d'une série de lois liées au fonctionnement de l'économie de marché. Un défi lancé non seulement aux décideurs économiques, mais également aux juristes.

c. LA PRIVATISATION : UNE RÉFORME SOCIO-ÉCONOMIQUE - FONDAMENTALE

Intervention du Professeur Teruji SUZUKI, Tokai University, Tokyo, Japon

La mise en œuvre d'un programme de privatisation dans les ex-pays socialistes est incontestablement nécessaire, en particulier dans des pays comme la Hongrie, la Pologne, la République tchèque et la Bulgarie, qui sont déjà membres du Conseil de l'Europe et liés par le Protocole n° 1 à la Convention européenne des Droits de l'Homme. Ce Protocole étend les garanties de la Convention au droit fondamental à la propriété privée et, sous cet angle, la privatisation peut être considérée comme une obligation juridique dans ces pays.

1. Dans le régime politique de modèle soviétique, la propriété est généralement conçue comme une mainmise complète sur les biens. Cette conception débouche tout

naturellement sur la planification centralisée de toutes les activités économiques par une administration d'Etat monopolistique. A ces fins, et en s'inspirant surtout du modèle soviétique, les gouvernements socialistes d'Europe orientale ont peu à peu abrogé dans les années 40 les lois en vigueur sur la propriété privée, en lançant des programmes de nationalisation.

Dans la deuxième moitié des années 60, à l'époque où le système économique socialiste autoritaire a commencé à être en butte à de vives critiques, des réformes partielles ont été introduites dans certains pays comme la Hongrie et la Yougoslavie. C'est au cours de cette période qu'est apparue la notion de « système d'économie de marché socialiste » autorisant la mise en place d'un mécanisme partiel de relative indépendance dans la gestion des activités économiques, considéré comme une amélioration fonctionnelle du système autoritaire. De la sorte, même si la propriété collective des moyens de production demeurait le fondement du régime socio-politique socialiste, le concept de propriété se trouvait légèrement élargi et quelque peu dégagé de l'idée d'emprise absolue de l'Etat sur les biens.

Sous l'angle juridique, la notion traditionnelle de propriété ou de droits de propriété, quel que soit le statut juridique du propriétaire, englobe les droits collectifs d'usus, de fructus et d'abusus. Or, on est là bien loin de la réalité du système socialiste, dans lequel tous ces droits étaient acquis sans équivoque aux organes administratifs de l'Etat. Même des entités économiques publiques comme les entreprises d'Etat ne jouissaient d'aucun droit réel de propriété, mais étaient simplement titulaires de droits administratifs assortis de devoirs spécifiques, en dépit du fait qu'elles avaient parfois le monopole de tel ou tel secteur de l'économie nationale. Dans la pratique, l'organe d'Etat en tant qu'administrateur exclusif d'un bien public n'avait donc pas besoin d'établir entre propriété, gestion et liberté d'entreprendre les distinctions conceptuelles qui sont à la base même de ce que l'on entend par économie de marché.

Par conséquent, pour bien comprendre le processus de privatisation, il faut aller au-delà de la question du transfert de propriété de l'Etat à des particuliers. Il faut examiner l'ensemble du processus de transformation qu'un tel transfert implique, sous l'angle social et sous l'angle philosophique.

2. Il importe aussi de reconnaître, dès le départ, qu'il existe, entre les anciens pays socialistes, des différences de structure juridique découlant de traditions différentes.

Dans des « démocraties populaires » - comme la Pologne, la Tchécoslovaquie, la Hongrie, la Bulgarie et la Roumanie - certaines institutions juridiques antérieures n'ont pas été explicitement abolies; elles ont survécu comme symbole de continuité avec la tradition juridique pré-socialiste ou comme partie intégrante de la pratique juridique. En Union Soviétique, en revanche, on a aboli les institutions juridiques pré-révolutionnaires dans leur totalité. Dans le premier cas, la privatisation implique essentiellement le rétablissement des droits de propriété privée qui ont été illégalement enfreints par les structures et les procédures juridiques mises en place au cours des années 40. Par contraste, dans les républiques issues de l'ex-Union Soviétique, hormis les Etats baltes, elle appelle nécessairement la dénationalisation de possessions d'Etat car, sans de telles mesures, l'existence de biens privés pouvant faire l'objet d'une restitution n'est pas prévue par la loi.

Dans les systèmes régis par l'Etat de droit, où la propriété privée est garantie par la Constitution, le droit pour l'Etat d'exproprier des biens privés à des fins publiques spécifiques est rigoureusement assorti de l'obligation de restituer le bien (dans certains cas d'illégalité) et de verser rapidement une indemnité appropriée, rapide et effective (dans les autres cas). Il s'ensuit donc que, dans les cas de rétablissement des droits de propriété privée, la restitution doit être le moyen juridique normal.

3. Dans la pratique, toutefois, le rétablissement des droits de propriété privée en Europe de l'Est est moins important sous l'angle économique que la transformation du secteur industriel, détenu dans sa quasi-totalité par l'Etat. L'attention doit donc se centrer sur la privatisation à grande échelle des propriétés de l'Etat.

L'expérience de ces deux dernières années permet de cerner plusieurs difficultés rencontrées lors de l'application de programmes de privatisation qui, dans une certaine mesure, ont été exacerbés par une vision confuse des objectifs de la politique de privatisation. Certes, il existe aussi des problèmes inhérents aux imperfections des institutions, et en particulier des systèmes financiers, mais cette vision confuse est loin de faciliter les décisions gouvernementales. En gros, l'argumentation politique actuelle de ces pays permet de dégager deux attitudes vis-à-vis de la politique de privatisation:

- la première consiste à préconiser le rétablissement total de la propriété privée par la distribution des biens d'Etat à parts égales entre les citoyens et sans contrepartie pécuniaire, assortie de l'autorisation de vendre ultérieurement ces parts par le biais du mécanisme du marché. En bref, il s'agit de restaurer complètement ou de créer la propriété privée;
- la deuxième consiste à envisager la dénationalisation comme une première étape puis, en utilisant les capacités industrielles existantes et en maintenant parfois les technocrates à leur poste de direction, à s'orienter vers une nouvelle forme de propriété, au moins pour une période transitoire.

La première approche est celle des groupes populistes, la deuxième est plus réaliste. A l'issue de débats souvent longs et difficiles entre les tenants des deux positions, une solution de compromis s'est dessinée. La plupart des pays d'Europe centrale et orientale anciennement indépendants, ainsi que les Etats baltes, ont opté pour des variantes de la première formule de privatisation, tandis que les républiques issues de l'ex-URSS ont privilégié la dénationalisation sous diverses formes comme une première étape vers la privatisation.

Quoi qu'il en soit, rien ne permet de dire que les difficultés de mise en oeuvre des programmes de privatisation intéressant les grandes entreprises étatiques soient plus ou moins prononcées dans une région que dans l'autre. A cet égard, il convient de distinguer la privatisation à petite échelle de la privatisation de grande envergure. Jusqu'ici, il est vrai que la privatisation à petite échelle a donné d'assez bons résultats, mais on peut se demander, sous l'angle de la politique économique et tenant compte de la compétitivité du marché, si elle est nécessairement la bonne formule pour la restructuration des anciennes économies socialistes. Quant aux grandes entreprises d'Etat situées en Europe orientale et dans les Républiques issues de l'ex-Union Soviétique, la plupart ont été dénationalisées, puis transformées en petites entités juridiques de formes juridiques diverses, mais ayant du moins une personnalité juridique distincte au regard du droit civil. La majeure partie de leur capital-actions est, toutefois, réservée aux offices de privatisation de l'Etat ou bien assimilée à la propriété d'Etat, à titre de mesure temporaire. Uniquement chargés de privatiser, ces offices nouvellement créés ont un caractère transitoire. En principe, on pouvait donc s'attendre, au départ, à ce qu'ils disparaissent peu à peu, à

mesure que progressaient les privatisations; or, tout porte à croire que les offices, qui sont maintenant fermement implantés et dont les fonctions sont officiellement limitées, sont bien décidés à gérer les actifs dénationalisés de façon permanente.

4. Un autre aspect de la propriété est à prendre en considération, celui de la valeur patrimoniale des biens. Il est universellement admis dans la théorie de l'économie de marché qu'aux fins de l'évaluation patrimoniale, la valeur d'investissement des biens, et notamment des équipements, est calculée en se référant à un barème d'amortissement. Dans le système économique socialiste, toutefois, la valeur d'investissement du bien demeurerait identique à celle qui avait été comptabilisée à l'origine, aucune règle d'amortissement n'étant reconnue. Bien qu'on puisse penser qu'il s'agit uniquement d'une question de comptabilité, une privatisation fondée sur les valeurs de l'économie de marché ne peut s'effectuer en dehors des règles de comptabilité universelles et appropriées.

En outre, il existe des différences manifestes et importantes dans les attitudes à l'égard de la propriété intellectuelle ou des biens incorporels. Selon les règles de l'économie socialiste, il est inutile de prendre en considération ou de reconnaître la propriété de biens intellectuels, comme les méthodes de gestion ou de commercialisation, le savoir-faire et les logiciels, etc. sauf dans le cas de technologies spécifiques protégées par des législations traditionnelles comme le droit des brevets. A l'inverse, l'évaluation de la valeur d'une entreprise sur le marché libre implique nécessairement la prise en compte d'aspects complexes de son activité commerciale ne se limitant pas à la valeur matérielle de ses actifs mais englobant des éléments immatériels qui influent sur sa compétitivité.

S'agissant des grandes entreprises d'Etat des pays considérés, il n'y a quasiment rien dans les méthodes de gestion et de commercialisation ou dans la valeur des logiciels qui puisse être répertorié comme un bien intellectuel ou incorporel dans le contexte d'une économie de marché, en particulier depuis l'effondrement du CAEM. Dans le cadre du CAEM, les entreprises d'Etat des ex-pays socialistes étaient sûres d'avoir une part adéquate du segment de marché qui découlait des commandes internationales, définies par la planification selon la division internationale du travail. Après le démantèlement du CAEM, la plupart de ces entreprises d'Etat ont totalement perdu les tâches qui leur étaient assignées. Elles doivent maintenant, pour la première fois, se gérer de façon indépendante et chercher de nouvelles parts de marché, tant dans le pays qu'à l'extérieur. Mis à part quelques cas, elles sont confrontées à de sérieuses difficultés financières et certaines sont au bord de la faillite. Dans une telle situation économique, la privatisation des grandes entreprises d'Etat en particulier devient fortement tributaire de la restructuration de toute l'économie nationale et de l'instauration de conditions macro-économiques permettant à ces entreprises d'obtenir une part adéquate du marché dans le nouvel ordre économique international.

5. Lorsqu'on parle de privatisation, il est intéressant de se livrer à une analyse comparée des cas de la Chine et du Japon.

Aujourd'hui, on annonce à grand fracas que la Chine se rue vers une « économie de marché socialiste » et que le résultat est probant, ce qui embarrasse beaucoup d'observateurs bien au fait des incidents de la place Tienanmen de 1989. Pour les autorités chinoises, les droits de l'homme sont une question secondaire par rapport aux vastes réformes sociales. Ainsi, lors de la Conférence internationale sur les droits

de l'homme, tenue à Vienne en 1993, les membres de la délégation chinoise ont soutenu que les pays occidentaux riches avaient tort d'imposer leur idée des droits de l'homme aux pays pauvres et que dans les pays en développement, l'impératif de croissance économique exigeait que l'on relègue les droits de l'homme au second plan. Cette prise de position est, toutefois, contraire à la réalité actuelle de la Chine.

Juste avant les incidents de 1989, le pouvoir politique était sur le point d'être transféré au peuple, qui revendiquait une démocratisation du processus décisionnel. Cette exigence a sous-tendu la réforme du système politique et économique, fondée sur le développement progressif de l'économie de marché. Des millions de gens, et en particulier des jeunes, ont alors réclamé un changement encore plus rapide, incluant l'instauration du pluralisme politique. Après le revers politique essuyé à Tienanmen, on recommence à assister à un véritable transfert du pouvoir, jusqu'ici concentré dans les mains du parti communiste. Ainsi, la décentralisation de certains aspects de la politique économique a redémarré, ce qui s'est traduit par une croissance économique rapide et élevée.

Mais c'est là une observation sur la Chine qui reste assez superficielle, car les dilemmes politiques auxquels ce pays doit faire face sont en train, petit à petit, de réapparaître comme en 1989 avec, cette fois, des racines plus profondes encore. Il est généralement vrai que le développement économique inspiré par les mécanismes du marché est associé à un processus de démocratisation qui comporte la protection intégrale des droits de l'homme. De ce point de vue, l'économie chinoise est tout à fait exceptionnelle car elle est loin d'être privatisée, une grande partie demeurant sous le contrôle absolu de l'Etat et du parti.

Par conséquent, il vaut mieux examiner la réussite économique de la Chine à la lumière de ses spécificités, par exemple la décentralisation du pouvoir central au profit du pouvoir local, la relative autonomie décisionnelle des collectivités locales, le recours effectif aux investissements étrangers grâce à la création de zones économiques spéciales, complètement distinctes de l'administration d'Etat habituelle, et le patriotisme des Chinois expatriés. En bref, la réforme économique chinoise est fortement influencée par ces facteurs non économiques.

Le Japon représente lui aussi un cas à part, bien que son économie ait effectivement été privatisée il y a fort longtemps. D'après des sources officielles, le processus a démarré vers 1870, les premières transactions immobilières privées ayant été enregistrées en 1873. Pendant plus d'un siècle, le processus de modernisation de la capitalisation a connu des hauts et des bas et traversé différentes phases historiques, dont l'apogée a été l'adoption de ce qu'on appelle le « modèle japonais ». Ce modèle se caractérise notamment par une collaboration entre les pouvoirs publics et le secteur privé, l'emploi à vie, des relations harmonieuses entre les salariés et le patronat et des barèmes de salaires fondés sur l'ancienneté. On pourrait dire en particulier que la renaissance du Japon d'après-guerre n'a été possible que grâce à ces caractéristiques.

Bien que ce système comporte indubitablement des éléments novateurs, qui peuvent présenter un intérêt et s'appliquer aux économies une fois privatisées, un complément d'examen s'impose car le modèle japonais a été élaboré en fonction de conditions économiques et culturelles propres à un pays.

*

* *

Ouvrages de référence:

T. Kawashima, *Theories on Property Rights* (Tokyo, 1949)

I. Fujita, *Socialist Property and Contract* (Tokyo, 1957)

A. Stelmachowski, *Wstep do Teorii Prawa Cywilnego* (Varsovie, 1984)

G. Eörsi, *Węgierski Kodeks Cywilny* (PAN, Varsovie, 1984)

W. Panko, *O prawie Wlasnoski* (Katowice, 1984)

A.G. Chloros, *Yugoslav Civil Law* (Oxford, 1970)

W. Brus & K. Laski, *From Marx to the Market* (Oxford, 1989)

d. LES ASPECTS JURIDIQUES DE LA PRIVATISATION

Résumé de la discussion

Dans les pays d'Europe occidentale, il existe différents types de privatisation cachée comme la création de sociétés mixtes privées/publiques ou des concessions conférant à des exploitants privés la mission de créer et de gérer pendant un certain temps une entreprise publique. Dès que le capital privé est amorti, l'entreprise revient au secteur public. Cela permet la réalisation de projets d'infrastructure pour lesquels l'Etat n'a pas suffisamment de capital.

En Europe de l'Est, les tâches sont plus vastes puisque la quasi-totalité de l'industrie se trouve aux mains de l'Etat. Une autre incitation à la privatisation est la nécessité de se débarrasser des cadres de l'ancienne nomenclatura, souvent incompetents, qui ont conduit les entreprises au bord de la faillite. La privatisation permet le renouvellement des cadres et un enrichissement en termes de savoir-faire, de logiciel et d'expérience commerciale. La privatisation est en général liée à un transfert de parts aux salariés, ce qui, théoriquement, peut être perçu comme une complication inutile, mais constitue en pratique la règle.

Les investissements étrangers revêtent une importance primordiale dans les pays de l'Est, car ceux-ci manquent de capitaux, de technologies nouvelles et de savoir-faire. Ils confèrent aussi à des personnes extérieures une participation financière dans l'économie nationale, ce qui explique peut-être que d'autres Etats soient enclins à protéger le pays. La privatisation étant souvent associée à des décisions rigoureuses comme la fermeture d'usines, les gouvernements ont intérêt à confier cette tâche à des intervenants extérieurs.

Il ne faut toutefois pas s'étonner dans ces conditions que l'opinion publique accueille avec méfiance les investissements étrangers et que beaucoup de gens soient opposés à toute participation étrangère dans la vie du pays, aussi nécessaire qu'elle puisse être sous l'angle économique.

Les règles juridiques et les structures administratives jouent un rôle important pour les pays désireux d'attirer des investissements étrangers. Les capitaux privés afflueront vers les pays qui offrent le meilleur cadre juridique et ont une administration compétente et à même de prendre des décisions rapides. A cet égard, il y a concurrence entre les Etats membres de l'Union

européenne, ou entre les différents Länder allemands, et maintenant entre les différents pays d'Europe Orientale et de l'Est.

QUATRIEME SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par le Professeur Antonio LA PERGOLA

*Les bases constitutionnelles et les principes
généraux de la législation fiscale*

a.	Les bases constitutionnelles et les principes généraux de la législation fiscale
	Rapport du Professeur Ch.P.A. GEPPAART

b. La réforme de la législation fiscale en République de Bulgarie
Rapport du Professeur Gueorgui PETKANOV

c. Résumé de la discussion

1. Introduction

Le présent rapport est une contribution au Séminaire UniDem qui doit se tenir à Sofia du 14 au 16 octobre 1993. Il traite des bases constitutionnelles et des principes généraux de la législation fiscale. Le rapporteur a été invité, d'une part, à mettre l'accent sur les aspects constitutionnels généraux sans entrer dans les détails de la réglementation fiscale et, d'autre part, à examiner les aspects politiques de l'introduction de la fiscalité dans un pays où elle est pratiquement inconnue, dans le cadre du passage à l'économie de marché.

2. Les buts de la fiscalité

- 2.1 Une société libre et démocratique ne peut se passer d'une fiscalité stable. Pour financer les dépenses publiques indispensables, l'Etat doit avoir accès à une source de revenus réguliers. Celle-ci peut être constituée par des impôts versés régulièrement par la population, qui peut ainsi influencer sur son gouvernement par l'entremise de représentants élus. Une part importante du revenu national d'un pays est ainsi fournie par ses citoyens. En retour, l'Etat transfère de l'argent au secteur privé sous forme de salaires, de subventions, d'investissements, etc.
- 2.2 L'Etat peut évidemment se procurer des revenus par d'autres moyens que la fiscalité. Ainsi, il peut tirer des revenus de capitaux qui lui appartiennent en propre, par exemple, des actions, des obligations ou des terres. Rien n'interdit à l'Etat d'avoir un patrimoine propre pour garantir sa solvabilité, pourvu que celui-ci ne dépasse pas un certain niveau.

Toutefois, une trop forte concentration de capitaux dans le secteur public, peut avoir pour effet d'affaiblir le secteur privé. Dans une économie de marché, il faut veiller à ce que l'Etat ne puisse pas fausser la concurrence. En outre, un patrimoine public trop important pourrait limiter de manière inacceptable les possibilités de contrôle démocratique. Nous supposons donc dans la suite de ce rapport que le patrimoine de l'Etat en tant que source de revenus reste à l'intérieur de certaines limites.

- 2.3 Tout cela restreint évidemment les possibilités pour l'Etat de financer ses dépenses, car ses créanciers exigeront des garanties pour couvrir le remboursement de la dette et des intérêts de celle-ci. Toutefois, aussi longtemps que les impôts forment une source de revenus réguliers, l'Etat pourra généralement emprunter suffisamment sur les marchés financiers à des conditions normales. Cela dépendra largement évidemment du maintien de la valeur de la devise nationale.

Si un gouvernement contracte trop d'engagements financiers sous forme d'emprunts, une augmentation des impôts s'ensuivra probablement. Pareille politique pourra avoir un effet économique négatif sur le secteur privé et créer une spirale à la baisse qui ne pourra être inversée que par un laborieux processus de

réduction des dépenses publiques. De nombreux pays européens luttent actuellement pour maîtriser leur endettement public excessif.

- 2.4 La fiscalité a toujours eu à jouer un rôle budgétaire, en raison de l'importance que jouent les impôts dans le financement des missions de l'Etat. Ces missions recouvrent généralement les tâches essentielles de l'Etat, par exemple le maintien de la sécurité publique, l'administration de la justice et l'organisation de la défense et des transports. Le rôle budgétaire de la fiscalité peut ainsi être rattaché à une conception très restrictive du rôle de l'Etat, dans laquelle celui-ci est souvent décrit comme le « veilleur de nuit » (son rôle consistant essentiellement à maintenir la loi et l'ordre). Dans cette conception, l'Etat est seulement appelé à maintenir le statu quo.
- 2.5 Toutefois, pendant la première moitié du siècle, on a pris conscience que les missions de l'Etat devaient recevoir une interprétation plus large. On a attendu toujours plus de lui qu'il réagisse à l'évolution économique, notamment aux répercussions économiques des deux guerres mondiales et aux niveaux fréquemment élevés du chômage. La fiscalité en est ainsi venue à jouer un rôle économique et les recettes fiscales ont commencé à être utilisées en partie pour stimuler la croissance économique et l'emploi, pour maintenir la stabilité de la monnaie et de la balance des paiements.

En menant ces actions, l'Etat court le très gros risque de vouloir faire trop de choses à la fois. L'économie ne réagit d'ordinaire que progressivement aux mesures fiscales. Ainsi, l'annonce de mesures d'impôts produit parfois l'effet exactement inverse de celui escompté. De même, l'annonce de mesures destinées à encourager les investissements peut conduire précisément à différer temporairement ceux-ci.

Trop d'espoirs ont aussi été placés dans les mesures fiscales contracycliques, consistant à majorer ou à alléger les impôts pour réagir aux cycles économiques. Ainsi, pendant une période de récession, le gouvernement ne se sent généralement pas en mesure de réduire les impôts pour stimuler la croissance économique, en raison du niveau très élevé de l'endettement.

- 2.6 Les conceptions du rôle social de l'Etat ont aussi beaucoup changé. On a estimé de plus en plus que l'Etat ne devait pas se borner à préserver le statu quo, mais qu'il devait jouer un rôle davantage humanitaire à l'égard des citoyens. La notion d'Etat-providence vise à garantir à chaque citoyen une place viable dans la société. Cela veut dire que les membres de celle-ci davantage en mesure de payer sont imposés plus lourdement, tandis que les plus faibles paient moins ou, si nécessaire, bénéficient de prestations. La fiscalité est donc utilisée pour améliorer les rapports sociaux.

Toutefois, même cette politique n'est pas sans danger. De fait, si l'on insiste trop sur le rôle social de la fiscalité, les sources de la prospérité du pays seront peut-être trop sévèrement frappés par des impôts élevés. En outre, les prestations de sécurité sociale sont utilisées dans une large mesure pour des dépenses de consommation et quittent souvent le pays sous forme de dépenses de tourisme à l'étranger.

Les résultats donnés par l'application d'un taux d'imposition trop fortement progressif - autrement dit, l'application d'un pourcentage d'imposition plus élevé lorsqu'un individu n'a bénéficié que d'un accroissement marginal de son revenu - sont loin d'être entièrement positifs. En premier lieu, les contribuables tendent à

réagir en modifiant leur comportement sur le plan juridique, ce qui crée une réalité sociale différente de celle envisagée par le législateur. Ainsi, si les contribuables transfèrent une partie de leur revenu ou de leur capital vers un autre pays ou déménagent vers un pays à fiscalité moins lourde, une chute appréciable des recettes fiscales peut s'ensuivre.

3. Le principe de légalité

3.1 Comment l'Etat doit-il lever l'impôt dans une société démocratique? Dans la pratique actuelle, il doit d'abord obtenir l'approbation du Parlement. Celle-ci est donnée sous la forme d'une loi qui définit les éléments essentiels nécessaires pour tel ou tel impôt, comme l'assujéti (qui doit l'acquitter?) et son assiette (sur quoi doit-il être payé?). Un autre aspect essentiel est évidemment le taux d'imposition proprement dit.

La conviction que toutes les formes d'imposition doivent reposer sur la loi est généralement connue comme le principe de légalité. Ce principe est à la base de pratiquement tous nos impôts en Europe. Son importance énorme apparaît clairement à l'examen des constitutions européennes dont il constitue souvent une partie intégrante et indivisible.

3.2 L'histoire du principe de légalité remonte à plusieurs siècles en arrière et prend ses racines dans la Magna Charta de 1215. Conformément à ce document, le souverain régnant en Angleterre devait obtenir l'approbation de certains représentants avant de lever l'impôt. Et son article 12 précisait : « Aucun écuage ou aide ne sera établi dans notre royaume sans le consentement du conseil commun de notre royaume ». Le même principe a souvent été repris depuis dans des expressions comme « no taxation without representation » ou « nullum tributum sine lege ».

3.3 Pour prévenir l'arbitraire fiscal, on exprime généralement le principe de légalité à l'aide d'une formule négative. Ainsi, l'Etat est censé n'exercer son droit de lever l'impôt que dans les limites que le Parlement a imposées. Il ne faut donc pas permettre que ces limites deviennent trop vagues en recourant à des dispositions trop imprécises. On s'efforce donc d'empêcher l'arbitraire fiscal par des dispositions légales formulées soigneusement.

Néanmoins, les exigences pratiques exercent aussi leur influence. Tout d'abord, la garantie contenue dans le principe de légalité n'empêche pas les échelons inférieurs de l'Etat de se voir aussi attribuer le droit de lever l'impôt. Dans la plupart des pays européens, ce droit est conféré notamment aux collectivités provinciales et locales, et non seulement au gouvernement central. Toutefois, les prérogatives d'imposition sont généralement limitées en raison du risque de voir la fiscalité des collectivités locales entrer en concurrence avec la politique fiscale du gouvernement central. D'un autre côté, l'autonomie des collectivités locales peut être très précieuse dans un Etat-providence.

En second lieu, la formulation négative du principe de légalité n'empêche pas la délégation de certains pouvoirs au gouvernement ou aux autorités fiscales qui lui sont subordonnées. Cela ne soulève pas d'objection si, comme il a été dit plus haut, les éléments essentiels régissant l'impôt sont précisés dans la loi. La délégation implique que, dans le cadre défini par la loi, des mesures complémentaires puissent être prises par le gouvernement ou en son nom.

3.4 *Le principe de légalité comporte des garanties contre l'arbitraire fiscal. Un élément essentiel du fonctionnement de ces garanties réside dans la protection juridique accordée par un tribunal indépendant et impartial. Comme les prérogatives de l'administration fiscale ne peuvent excéder les limites prescrites par le Parlement, un tribunal peut condamner tout dépassement de ces pouvoirs. Il peut ainsi déclarer inopposable une décision contestée.*

Le tribunal statue conformément à la loi. Le tribunal indépendant pas plus que le citoyen ne sont liés par les décisions officielles des autorités fiscales. L'administration de la justice n'empêche pas que la loi doive être précisée si sa lettre autorise plusieurs interprétations.

Ici encore, on peut percevoir l'influence des considérations pratiques. Pour les contribuables, les décisions gouvernementales sont importantes en ce sens qu'elles affectent leur propre comportement. Dans certaines circonstances, les contribuables formeront un recours contre ces décisions devant un tribunal. Si ces décisions ne sont pas exécutées dans l'intérêt des contribuables, elles peuvent donner lieu à un arbitraire fiscal. Une constitution démocratique doit s'y opposer.

- 3.5 Il est possible aussi de formuler positivement le principe de légalité. Cette formule, qui doit être inscrite de préférence dans la constitution, déclarerait alors que les impôts sont levés conformément à la loi. Cela contribue à souligner l'un des éléments clé d'une société démocratique, à savoir la conviction que l'Etat et la population sont tenus de respecter les lois internes.

Pour l'Etat, cela signifie que la législation fiscale doit être mise en oeuvre même lorsque les citoyens ne peuvent approuver les contraintes légales. Comme l'Etat a le monopole de la force dans une société démocratique, il est tenu, le cas échéant, de recouvrer l'impôt par des moyens coercitifs.

Pour les citoyens, la formulation positive du principe de légalité implique qu'ils ne peuvent se soustraire à l'obligation légale de payer l'impôt en se contentant de former un recours contre elle sur la base de leurs convictions personnelles concernant la société. Ceci conduit à un problème éthique. Après tout, selon la conception éthique en vigueur, les citoyens sont obligés d'obéir aux lois de la société démocratique dans laquelle ils vivent. Mais cela n'empêche pas qu'il est éthiquement possible de fixer certaines limites, par exemple si, en obéissant à une loi, un individu devait se trouver face à un dilemme moral grave.

- 3.6 Une formulation positive aide aussi à empêcher la fraude fiscale, qui se produit lorsque des contribuables communiquent aux services fiscaux des renseignements délibérément incomplets ou faux, au point de travestir la vérité. Or, selon les constitutions démocratiques, il est illégal de mentir à l'Etat.

Une action d'envergure est nécessaire dans toute l'Europe pour combattre la fraude fiscale, bien qu'on ne soit guère d'accord sur les raisons de cette pratique. Il est clair néanmoins que, devant une surveillance insuffisante, le sens individuel de la responsabilité publique peut souvent céder devant la cupidité. Il est évident que la fraude fiscale peut souvent être l'indice que le fardeau de l'impôt est trop lourd.

Une formulation positive du principe de légalité n'empêche pas le contribuable de tenter de minimiser son assujettissement à un impôt. Il est parfaitement possible d'éviter de payer l'impôt. Après tout, ceux qui ne boivent pas de bière n'ont pas à

payer la taxe sur la bière. Il est possible aussi d'éviter de payer l'impôt en appliquant des méthodes légalement acceptées. Ainsi, en amortissant autant qu'il le peut des actifs fixes pendant une année donnée, un homme d'affaires peut réussir à payer moins d'impôts.

Cependant, s'il est clair qu'un contribuable applique des procédures légales uniquement dans l'intention évidente de se soustraire à l'impôt, la loi peut encore exiger le paiement de l'impôt dans certaines circonstances. Cette pratique de la part du contribuable est appelée évasion fiscale. Les efforts pour la combattre peuvent être rattachés à une formulation positive du principe de légalité.

4. Les grands principes de la fiscalité

4.1 Tout gouvernement qui souhaite parvenir aux objectifs budgétaires, économiques et sociaux de la fiscalité fondés sur la législation, trouvera une base solide dans les principes généraux de la fiscalité. Un système légal se compose de divers éléments qui sont liés entre eux et s'influencent fortement, mais qui sont aussi, dans une certaine mesure, basés sur des principes indépendants. Les principes régissant certains aspects d'un système légal peuvent généralement être considérés comme une adaptation de principes légaux généraux, comme l'équité, l'égalité devant la loi et la sécurité juridique. Ceci s'applique aussi au droit fiscal.

De grandes divergences d'opinion existent parmi les fiscalistes au sujet des principes généraux de la fiscalité. C'est la publication du livre de Fritz Neumark intitulé « Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik » (Tübingen, 1970) qui a été d'une importance particulière pour les théories dominantes en Europe. Mais les avis sont même partagés sur cet ouvrage qui fait pourtant autorité, particulièrement en ce qui concerne l'application pratique des principes en question.

- 4.2 En droit fiscal, les principes légaux généraux sont adaptés pour obtenir des principes axés sur la formulation pratique de cette partie du système légal. Ainsi, la plupart des systèmes fiscaux sont axés sur le principe des facultés contributives, qui spécifie que le niveau d'imposition doit correspondre à l'aptitude de l'individu à payer, de sorte que le fardeau de l'impôt pèse proportionnellement plus lourd sur des revenus élevés. Ceci implique une adaptation des principes d'équité et d'égalité.

S'agissant des impôts - contribution obligatoire au financement des coûts sociaux - le contribuable ne peut en principe réclamer de service en échange de son paiement. En d'autres termes, le citoyen qui paie plus d'impôt ne peut revendiquer davantage de droits sur l'Etat. Dès lors qu'un contribuable commence à profiter de certains services de l'Etat, on entre dans le domaine du « principe du profit », selon lequel le contribuable devrait supporter une part plus grande du coût de ces services.

Ces principes peuvent encourager le législateur à alourdir ou alléger la charge de l'impôt. Le principe de la capacité contributive peut conduire par exemple à prévoir une hausse progressive du taux de l'impôt sur le revenu. Toutefois, il peut aussi conduire à envisager une réduction de l'impôt sur le revenu sous la forme d'allocations pour enfant ou de déductions pour couvrir des frais de maladie.

- 4.3 Le principe selon lequel on doit répondre aux espoirs qu'on a fait naître est un autre élément essentiel du droit fiscal. Le principe de légalité peut en être regardé comme un prolongement. Un système fiable de protection légale par un tribunal indépendant se fonde clairement aussi sur le principe d'après lequel on doit répondre aux espoirs qu'on a fait naître ; dans ce cas, il nécessite un jugement conforme au droit. Le contribuable n'est tenu de payer l'impôt que pour autant que le Parlement a autorisé sa levée, comme il est expliqué ci-dessus. Le tribunal doit être indépendant de l'administration pour garantir que le contribuable ne sera pas lié par les conceptions de l'Etat ou par celles des services fiscaux travaillant pour lui.

Ce principe, fondé sur les théories classiques de la division des pouvoirs entre le législateur, l'administration et le pouvoir judiciaire, n'exclut pas certaines formes de protection légale dans le domaine de l'administration. Ainsi, dans la plupart des pays européens, les contribuables peuvent adresser une réclamation aux services fiscaux avant de former un recours devant les tribunaux. Cela permet aux services fiscaux de reconsidérer leur décision, de sorte qu'un tribunal n'interviendra qu'en cas d'absolue nécessité.

- 4.4 Comme les impôts sont levés sur le secteur privé, il n'est pas surprenant qu'il existe un lien étroit entre le droit fiscal et le droit privé. Par voie de conséquence, la législation fiscale - dans sa phase initiale certainement - emprunte abondamment aux concepts juridiques du droit privé. On peut citer notamment des concepts du droit des biens comme la propriété et l'usufruit, ou du droit des contrats, comme la

vente ou la location. Les concepts utilisés dans le droit de la famille sont particulièrement importants. Outre les personnes physiques, le droit reconnaît aussi les personnes morales, qui jouent un rôle majeur dans la législation fiscale.

A mesure qu'un système fiscal se développe, le nombre de notions de pur droit fiscal tend à augmenter, vu qu'il est nécessaire d'adapter la fiscalité aux conditions économiques.

On trouve ainsi les notions d'aide en faveur des investissements, de la consommation et des biens incorporels (goodwill). Un autre élément important ici tient à ce que le contribuable se laisse parfois guider dans son choix du statut juridique par des considérations purement fiscales. Si les services fiscaux ne sont pas en mesure d'empêcher ce type d'évasion fiscale inacceptable, la loi peut intervenir. Ce comportement inacceptable peut consister notamment à déclarer un rendement fictif du capital qui ne génère pas de revenu imposable.

- 4.5 Un moyen plus pratique pour élaborer un système fiscal consiste à répartir la charge de l'impôt entre plusieurs formes d'impôt. La plupart des systèmes distinguent entre les impôts sur le revenu et la richesse et les taxes sur la consommation. D'une manière très générale, on s'efforce d'égaliser les recettes provenant de chacun de ces groupes. Si la charge d'une forme de fiscalité devient trop lourde - par exemple celle d'un impôt sur le revenu ou d'une taxe sur la consommation - on risque soit une fraude fiscale importante soit de graves répercussions économiques.

Les systèmes d'imposition du revenu distinguent d'ordinaire entre les impôts sur le revenu, les traitements, les bénéfiques, les intérêts et les dividendes. La richesse est soumise à l'impôt sur la richesse, l'impôt sur les transferts de capitaux, les droits de succession et les droits sur les transactions juridiques. La consommation est imposée à l'aide des taxes sur la valeur ajoutée, des droits d'accise et de la taxe routière. En général, les collectivités locales prélèvent toujours des taxes foncières. Les taxes sur l'environnement tendent aussi à se généraliser.

- 4.6 Il n'existe pas de système juridique qui mette pleinement en oeuvre les principes généraux du droit. Celui-ci est toujours une synthèse de l'équité et de l'opportunité. En droit fiscal, il faut donc aussi faire la part de l'opportunité.

Si l'objectif était l'équité optimale en matière de fiscalité, le travail du fisc deviendrait trop difficile. L'un des effets de ce système serait peut-être de réduire la main-d'œuvre nécessaire pour combattre la fraude fiscale. Si, d'un autre côté, l'on s'efforçait de tendre vers l'opportunité maximale, on pourrait peut-être aboutir à de graves manquements aux principes légaux généraux.

Un compromis entre équité et opportunité peut être trouvé dans un système de « déficits juridiques » acceptables. Un tel système existerait si la suppression d'un « déficit juridique » a des chances de conduire à une violation de l'opportunité, pouvant nuire plus encore à l'équité. C'est là un équilibre délicat que le législateur et le fisc doivent s'efforcer de réaliser.

5. Les prérogatives conférées par la loi

- 5.1 Pour que la fiscalité ait une base légale, les services fiscaux doivent se voir attribuer des prérogatives légales étendues. Ils doivent notamment pouvoir imposer des obligations assorties de sanctions véritables aux personnes physiques et morales. Dans une société de liberté, l'Etat ne doit pas avoir de prérogatives plus importantes qu'il est raisonnablement nécessaire pour atteindre les objectifs définis par le législateur. Il s'ensuit que les prérogatives accordées au fisc ne devraient pas empiéter sur la vie privée des individus, qui est protégée par la constitution dans la plupart des pays.

Mais cela n'empêche pas de donner aux services fiscaux d'une société moderne complexe le pouvoir de déterminer le fondement réel sur lequel la législation fiscale doit se baser. Un aspect important de cette question réside dans le fait que, dans tout système fiscal, les contribuables sont obligés de soumettre à l'inspection des services du fisc des renseignements, des comptes et divers autres documents.

- 5.2 Ce n'est que dans des cas exceptionnels que certains contribuables - médecins, avocats, notaires, etc. - refusent de remplir ces obligations pour des raisons de secret professionnel. Ceci peut être nécessaire pour protéger la confiance que les particuliers placent dans des spécialistes auxquels ils peuvent demander des conseils confidentiellement. La position juridique du contribuable peut aussi être renforcée contre les prérogatives étendues des services fiscaux dans la mesure où celles-ci ne peuvent être exercées (le cas échéant par un tribunal) que dans les limites de ce qui est raisonnable. Ce caractère « raisonnable » peut se traduire notamment par des prescriptions quant au temps et au lieu pour remplir les obligations de droit fiscal.
- 5.3 Dans presque tous les systèmes fiscaux hautement développés, l'administration est habilitée à fournir des formulaires de déclaration. Le contribuable doit remplir

ces formulaires complètement et sincèrement. Conformément à certaines lois, comme celles relatives à l'impôt sur les traitements et sur les ventes (sales tax), l'impôt ou la taxe dû doit être payé avec effet immédiat. Selon d'autres lois, comme celles relatives à l'impôt sur le revenu et à l'impôt sur les sociétés, le service fiscal est autorisé à adresser aux contribuables un avis d'imposition (provisoire ou définitif) et, si de nouveaux renseignements apparaissent ultérieurement, un avis d'imposition révisé sera expédié.

Un système fiscal moderne comporte de nombreuses décisions de portée générale adoptées par les services fiscaux. Ces décisions aident à préciser la position juridique du contribuable. Ainsi, un texte peut fixer les possibilités de compenser les pertes à l'avenir. La nature des décisions peut aussi être utile lorsque des avantages fiscaux sont offerts. Ainsi, de nombreux systèmes permettent de transférer une entreprise détenue par une personne physique à une personne morale par émission d'actions, sans tomber sous le coup d'un impôt. En pareil cas, une décision assortie éventuellement de conditions serait considérée comme une option juridique acceptable.

- 5.4 Aucun système fiscal ne peut fonctionner si l'Etat, qui doit lever l'impôt conformément au principe de légalité, n'a pas recours à des moyens coercitifs. Dans la plupart des systèmes fiscaux, une disposition spéciale habilite l'Etat à recouvrer les impôts non payés.

Bien que ce processus puisse, en théorie, se dérouler pratiquement de la même façon que le recouvrement des créances dans le secteur privé, la méthode ne serait pas très efficace, étant donné particulièrement qu'elle nécessiterait de nombreuses interventions des tribunaux. De ce fait, dans la plupart des systèmes fiscaux, l'agent chargé de recouvrer les impôts a des pouvoirs spéciaux comme celui de saisir des biens sans intervention judiciaire préalable. Plus important encore est le mandat de saisie avec droit d'agir selon une procédure sommaire. Cela confère aux services fiscaux le droit automatique de vendre tout bien appartenant à l'individu ou à l'organisation qui a un rappel d'impôt à payer.

On objecte souvent que les pouvoirs étendus conférés aux services fiscaux pour recouvrer les impôts non payés désavantagent les autres créanciers. Néanmoins, dans la plupart des systèmes, le législateur donne la priorité aux fisc créancier.

- 5.5 De même, un système fiscal ne peut fonctionner correctement sans pénalité. Il s'agit de sanctions de droit purement pénal appliquées en cas de violation des normes de droit fiscal. On objecte à cette approche qu'elle peut aboutir à surcharger le système judiciaire. Dans la pratique, cette forme de sanctions n'est généralement appliquée qu'aux infractions fiscales graves.

Les autorités fiscales de la plupart des pays préfèrent d'ordinaire les sanctions sous forme d'amendes administratives. Une majoration supplémentaire peut être appliquée si le contribuable a délibérément fait une fausse déclaration. Ces sanctions sont une solution pratique de droit administratif. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il faut prendre en considération la nature réelle de la sanction à appliquer. De ce fait, les dispositions de cette Convention sont également appliquées désormais aux sanctions administratives. Conformément à l'article 6 de la Convention, la préoccupation principale doit être

de veiller à ce que l'imposition de sanctions soit surveillée par une instance judiciaire indépendante, impartiale et établie par la loi.

Lorsque les contribuables ne respectent pas des obligations particulières, comme celles de communiquer des renseignements aux services fiscaux, la pénalité imposée consiste généralement à alourdir la charge de la preuve. Dans la plupart des systèmes fiscaux, les individus qui dirigent une entreprise sont obligés de tenir une comptabilité. Si celle-ci n'est pas jugée fiable, elle n'est généralement pas acceptée. Le chef d'entreprise ne peut alors réfuter les conclusions des autorités fiscales que s'il peut produire des preuves contraires suffisantes.

5.6 On a déjà examiné dans ce rapport l'importance qu'un système de protection légal sérieux revêt pour les contribuables. Un aspect essentiel de cette protection continue d'être la possibilité de former un recours devant un tribunal indépendant. La possibilité de déposer une réclamation auprès de l'instance d'exécution apporte aussi une certaine protection.

Les recours contre les décisions des services fiscaux sont jugés d'ordinaire par un tribunal spécialement chargé de ce genre de questions. Toutefois, ces tribunaux ne sont pas toujours experts en droit fiscal. On estime souvent à tort que toute personne ayant des connaissances suffisantes de droit privé peut automatiquement statuer sur des affaires de droit fiscal. La tradition jurisprudentielle est intraitable quant à la nécessité de faire juger ces affaires par un tribunal compétent.

Il est important pour la situation du contribuable que celui-ci puisse se faire conseiller ou représenter par un fiscaliste. Le droit est souvent silencieux sur la manière dont un contribuable devrait être défendu dans un procès fiscal. On prétend souvent que ces procès sont des procédures simples, peu coûteuses et informelles, alors que la réalité est souvent différente. Dans de nombreux pays, la profession de conseiller fiscal n'est pas réglementée par la loi. Mais si cela veut dire que toute personne peut théoriquement travailler comme conseiller fiscal, le public apprend généralement à distinguer le bon grain de l'ivraie. D'innombrables associations professionnelles de conseillers fiscaux ont été créées, dont un grand nombre sont affiliées à la Confédération fiscale européenne, fondée à Paris en 1959.

6 Les limites de la fiscalité

6.1 Il résulte de ce qui précède que la fiscalité connaît certaines limites. Après fixation des objectifs budgétaires, économiques et sociaux de la fiscalité, il convient de fixer par la loi la structure des impôts proprement dits (assujettis, assiette et taux). Les principes généraux de la fiscalité jouent un rôle ici. Même lorsqu'il s'agit de conférer des prérogatives aux services fiscaux, la fiscalité ne peut dépasser certaines limites, principalement dans le domaine de la vie privée. Ainsi, l'élaboration ou la modification d'une loi fiscale peut être un travail complexe dans la pratique.

Dans ce contexte, la question essentielle devrait toujours être celle de savoir si les objectifs projetés de la fiscalité sont effectivement réalisés. Plus une loi fiscale dépasse ses objectifs, moins elle est crédible. Après tout, si la fiscalité peut aider à améliorer les rapports sociaux, elle peut aussi aller à l'encontre du sentiment de justice largement répandu dans la population, au point de devenir pratiquement impossible à mettre en œuvre. Dans un Etat-providence, ceci doit être évité à tout prix.

6.2 Une limitation majeure de la fiscalité est constituée par les accords internationaux généraux signés par certains pays. On a déjà décrit ici l'effet de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui limite par bien des côtés l'application des sanctions administratives.

Parmi ces diverses conventions, le Traité de Rome a joué un rôle particulier. Initialement, il a affecté principalement les taxes sur la consommation, telles que la taxe sur la valeur ajoutée et les droits d'accise. Ces dernières années, toutefois, la structure de divers autres impôts, comme celui sur les sociétés, a été de plus en plus

influencée par les directives de la CEE. Les arrêts de la Cour européenne de justice - qui est appelée à rendre des décisions préjudicielles sur le sens des dispositions du droit des traités de la CEE - jouent un rôle très important aussi. Ces arrêts sont progressivement pris en compte pour l'interprétation des décisions relatives aux termes de fiscalité à l'échelon national.

Une autre convention d'importance majeure dans ce contexte est le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'article 6 de cette convention donne une base solide au principe d'égalité. Comme les conventions prennent le pas sur les lois dans la plupart des Etats européens, cet article pourrait conduire un tribunal à déclarer inopposable une disposition d'une loi fiscale interne. Cela pourrait aider à supprimer de nombreuses formes de discrimination.

- 6.3 Naturellement, la juridiction de chaque Etat se limite à son propre territoire. Il s'ensuit, pour ce qui est de la fiscalité, que si un Etat peut lever des impôts sur toute personne morale ou physique enregistrée sur son territoire, il ne peut le faire sans restriction au-delà de ses frontières. Un Etat est d'ordinaire autorisé aussi à réclamer des impôts aux particuliers qui sont ses ressortissants, mais qui ne résident pas sur son territoire. En outre, un Etat peut légitimement réclamer des impôts à des contribuables enregistrés à l'étranger mais qui ont des sources de revenu sur son territoire. Toutefois, lorsque des résidents d'un Etat particulier ont des sources de revenu à l'étranger, l'Etat sur le territoire duquel le bénéfice ou le revenu imposable est généré bénéficie souvent d'une priorité limitée par rapport à l'Etat de résidence. Toutefois, dans la pratique, on est jamais dans une situation parfaite « d'image inversée ».
- 6.4 Vu que les pays peuvent déterminer de diverses manières leur souveraineté fiscale nationale, il n'est pas surprenant que les cas de double imposition soient fréquents. Le droit fiscal international se heurte constamment à la question de savoir comment les Etats peuvent limiter leur souveraineté fiscale les uns vis à vis des autres. Toutefois, les divers éléments du revenu ou du capital sont régis par des réglementations très différentes. Parfois, il est prévu que l'autre Etat est parfaitement habilité à imposer certains de ces éléments, mais dans la plupart des cas le problème de la double imposition n'est qu'en partie réduit.

Plus récemment, un réseau étendu de conventions de double imposition a été tissé à travers l'Europe. La convention modèle élaborée par l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) a exercé une influence particulière dans ce domaine et a abondamment servi pour la rédaction d'autres conventions. Il convient aussi de mentionner le travail de l'Association fiscale internationale, qui tient une conférence chaque année, au cours de laquelle elle examine un rapport général et de nombreux rapports nationaux.

- 6.5 Même lorsque les prérogatives de l'Etat ne sont pas limitées d'une des manières décrites ci-dessus, il est encore possible que les arriérés réclamés conformément au droit fiscal n'aient pas besoin d'être payés dans certains cas. Dans certains pays, les autorités fiscales se trouvent limitées dans leurs activités par les critères généraux d'une bonne administration. Selon ces critères, les services fiscaux ne peuvent agir contrairement au principe d'égalité et à celui qui veut que l'on réponde aux attentes qu'on a fait naître.

Cela veut dire que dans certaines circonstances les lois formulées positivement ne doivent pas être appliquées. Cela vaut particulièrement pour les situations où les autorités fiscales ont élaboré une politique déterminée conformément à laquelle tous les contribuables peuvent exiger d'être traités de la même manière, suivant le principe d'égalité. Pareillement, le principe selon lequel on doit répondre aux attentes qu'on a fait naître peut dans certaines circonstances impliquer que les autorités fiscales devraient être liées par des concessions ou des compromis.

Dans d'autres pays, il n'est pas jugé admissible en pratique de restreindre la portée d'une législation fiscale formulée positivement. Dans ces pays, si les autorités fiscales ont un comportement incorrect, un recours peut être formé contre une mesure gouvernementale illégale et l'Etat peut être obligé de dédommager les victimes de préjudices.

6.6 Evidemment, aucune loi fiscale n'est pratiquement appliquée en totalité, vu que tous les contribuables ont toujours des comportements sanctionnés par la loi (cf. l'évasion fiscale et la fraude fiscale).

Aussi important, toutefois, est le fait que les impôts ne peuvent pas être recouvrés parce que le contribuable ne peut pas les payer. Cela peut même parfois être tout à fait impossible. Le non-paiement de l'impôt peut aussi s'expliquer par une décision des services fiscaux de renoncer à une créance fiscale si le recouvrement dudit impôt serait jugé d'une sévérité inadmissible.

Dans d'autres cas, les recettes procurées par un impôt peuvent être limitées par un autre impôt. Ainsi, des droits de succession élevés payables après le décès d'un individu peuvent entraîner une baisse des recettes de l'impôt sur le revenu provenant des héritiers dudit individu. De même, un système dans lequel l'impôt sur les sociétés et l'impôt sur le revenu ne sont pas coordonnés - le système dit classique - peut entraîner une baisse des dividendes et par là une perte éventuelle d'impôt sur le revenu. Cela illustre à nouveau les limites de la fiscalité.

7. Conclusions

Un système fiscal stable est indispensable à une société libre et démocratique. La constitution d'un pays doit donc donner une base solide au principe de légalité. Les principes généraux d'imposition, qui ont été élaborés à partir de l'expérience recueillie dans d'autres pays, vont fournir au législateur le cadre nécessaire pour réaliser les objectifs budgétaires, économiques et sociaux. Bien évidemment, les autorités fiscales doivent avoir les prérogatives nécessaires pour faire leur travail. En dernier lieu, il faut rappeler que la fiscalité se heurte toujours à diverses limites.

Grâce à notre système fiscal, nous pouvons créer un idéal élevé susceptible de contribuer à la stabilité de la société. Cette contribution vaut bien les efforts que nous y consacrons. Mais aucun système fiscal ne sera jamais parfait, ce qui ne prive d'ailleurs en rien le droit fiscal de son caractère fascinant.

b. LA RÉFORME DE LA LÉGISLATION FISCALE EN RÉPUBLIQUE DE BULGARIE

Rapport du Professeur Gueorgui PETKANOV, Doyen de la faculté de droit à l'Université de Sofia St. Kliment Ohridsky

Introduction

La transition vers l'économie de marché exige la mise en place d'un nouveau système d'imposition et l'établissement de rapports fiscaux de type différent. Les lois fiscales existantes représentent un amalgame de postulats périmés datant de l'économie planifiée et d'ajustements ponctuels répondant aux impératifs du marché. Inadaptées même à la période de transition, elles sont inconcevables pour une économie de marché organisée autour de rapports fondamentalement différents entre l'Etat et les citoyens. Les rapports fiscaux, tels qu'ils existent actuellement, empêchent l'affirmation de l'économie de marché, rendent aléatoires les recettes du trésor public et portent atteinte aux droits et aux intérêts des contribuables. Cela impose la mise en place d'un système fiscal de structure et d'organisation différentes, adapté au maximum aux exigences et aux principes du marché.

La réforme fiscale, dans le cadre de la refonte de l'ensemble de la législation, est un processus difficile, lent et pénible. Douloureuse même pour les économies florissantes, elle engendre des problèmes encore plus complexes dans les pays en transition plan-marché. Elle n'en est pas moins indispensable. Lors de sa réalisation, il est nécessaire d'accorder une attention particulière aux moyens juridiques permettant d'orienter le processus. Les priorités économiques de la réforme ne doivent pas occulter l'importance de la législation fiscale. Les rapports fiscaux font partie des rapports publics et ne peuvent exister objectivement en dehors ou indépendamment de la norme juridique, ni apparaître avant d'être introduits par la loi. La législation fiscale possède des spécificités et des mécanismes qu'il convient de bien maîtriser. Dans l'ensemble, elle porte sur l'organisation de l'imposition, la détermination matérielle de l'impôt et le système de perception. Avant de la renouveler, il faut éclaircir les causes, les moyens et les orientations de la réforme. Il s'agit également de bien délimiter l'espace juridique de l'espace législatif. La réforme ne doit en aucun cas se fonder sur des considérations politiques ou des intérêts de groupe ou personnels, mais être essentiellement soumise aux intérêts de la nation et de la société.

1. Arguments en faveur de la réforme fiscale

L'analyse de la réglementation et des pratiques fiscales existantes nous permet de découvrir de nombreux arguments en faveur de la réforme de la législation fiscale.

Instaurées dans les années cinquante, les lois fiscales bulgares sont parmi les plus anciennes et correspondaient à la logique des rapports économiques qui existaient à l'époque. Elles sont inadaptées à l'économie de marché et les nombreux amendements apportés par la suite ont consisté à en remanier la forme plutôt que le fond.

L'ancienne législation ignorait entièrement des aspects entiers du système fiscal et, en particulier, le statut et les pouvoirs de l'administration fiscale, ainsi que le processus de recouvrement. Ces lacunes ont été comblées avec l'adoption de deux nouveaux actes: la Loi sur l'administration fiscale et la Loi sur la procédure fiscale. Mais, pour le reste, la réglementation demeure incomplète et équivoque quand elle n'est pas contradictoire, voire absurde. Cela provoque la désorganisation du système, crée des inégalités entre les contribuables et offre de nombreuses brèches permettant d'échapper à l'imposition.

Le régime fiscal à instaurer devrait se fonder sur la Constitution, fixer des règles stables et éviter autant que possible la délégation de pouvoirs en matière de fiscalité. Il est non moins important d'édifier une structure hiérarchisée de lois fiscales, ainsi que d'écarter les normes transformant la fiscalité en exercice de dissimulation des revenus, plutôt qu'en système de régulation de ces derniers. Un exemple flagrant à cet égard nous est fourni par le système de fixation des impôts des citoyens sous forme de patente.

Il n'est guère indispensable de pousser l'analyse plus à fond pour se convaincre que la législation fiscale a grand besoin d'être réformée sur la base des principes de l'imposition par la loi, de la neutralité, de l'uniformité, de l'universalité et de la garantie suffisante des droits et des intérêts des assujettis. La réforme doit tenir compte de l'expérience internationale, sans sous-estimer les conditions locales, la tradition, le niveau culturel et le degré de préparation de la population et de l'administration fiscale. L'adoption des meilleurs exemples de la législation étrangère est une bonne pratique qui ne doit pas être poussée à l'extrême ou appliquée sans discernement, car aucun régime fiscal ne peut prétendre à la perfection. La copie pure et simple de l'expérience étrangère peut parfois même être dangereuse. Chaque législation correspond aux conditions socio-économiques et politiques concrètes. Un système qui a fait ses preuves dans un pays donné n'est pas forcément adapté à d'autres.

2. Nature et particularités des lois fiscales

La réglementation fiscale est avant tout constituée par des lois. En Bulgarie, on a longtemps eu tendance à sous-estimer ce principe, comme on sous-estimait la fiscalité en général. La prédominance de la propriété d'Etat et le système de planification économique permettaient à l'administration de prélever des ressources autant qu'elle le jugeait utile et sous la forme qui lui paraissait la mieux appropriée. Théoriquement, les impôts étaient voués à disparaître progressivement, c'est pourquoi les prélèvements se faisaient sous la forme de « versements financiers obligatoires ». Le caractère utopique de ce système n'est plus à démontrer. Mais l'introduction d'une législation fiscale doit tenir compte du défaut de pratique et de la rupture de la tradition pendant plusieurs décennies, ainsi que de l'inexistence de culture et de morale fiscales au sein de la population. Il convient d'instaurer des lois qui fixent avec précision les rapports entre l'Etat et les assujettis, définissent clairement les procédures d'établissement de l'assiette, de liquidation et de recouvrement des impôts.

Les rapports fiscaux sont des rapports juridiques qui engendrent des droits et des obligations de nature sociale et se traduisent par le droit de percevoir revenant à l'Etat et l'obligation d'acquittement qui en découle pour l'assujetti. Ils émanent du droit de puissance publique et de contrainte sur le contribuable dont l'Etat est investi.

Cependant, les lois fiscales ne doivent pas être considérées uniquement comme un instrument au service de l'Etat. Les rapports entre l'Etat et le contribuable touchent aux intérêts matériels et autres de larges couches de la société. La charge fiscale doit être évaluée minutieusement dans ses rapports avec le développement économique. Augmenter les taux d'imposition est souvent moins intéressant qu'améliorer les mécanismes de perception prévus par la loi. Il ne faut pas oublier non plus que les impôts sont des instruments fiscaux et non des moyens permettant de régler des problèmes sociaux. Il existe une grande différence entre les lois fiscales et les lois sociales. Les objectifs sociaux peuvent être réalisés par des subventions budgétaires, des prestations sociales, des compensations, etc. et non par des dégrèvements fiscaux. Dans ce domaine, la politique des Etats modernes est réalisée non par la fiscalité, mais par des dépenses budgétaires.

Les lois fiscales ont effet sur le territoire souverain de l'Etat, à la différence des lois civiles qui peuvent étendre leur action sur un territoire plus vaste. Mais les lois fiscales frappent également les étrangers qui réalisent des revenus dans le pays. Cette particularité doit être prise en considération, notamment lorsqu'il s'agit d'éviter la double imposition et d'attirer des investisseurs étrangers.

3. Droit fiscal et législation fiscale

Dissocier les aspects juridiques des aspects législatifs n'est pas qu'un exercice théorique. C'est aussi une source d'enseignements pratiques.

Le droit fiscal fait partie du droit financier et constitue un élément du système juridique. Il constitue un ensemble de normes juridiques régissant les rapports sociaux dans la sphère de la fiscalité. Le principal élément constituant du droit fiscal est la norme juridique. D'un autre côté, la législation fiscale est l'ensemble des codes, normes et règlements fiscaux. Ses éléments constitutifs sont les actes législatifs et les parties de ces actes. Il existe donc une différence entre les deux termes, malgré leur similitude apparente. La preuve nous en est fournie par les actes législatifs complexes qui comprennent des normes appartenant à différents domaines juridiques.

Cependant, la différence entre l'aspect juridique et l'aspect législatif ne se révèle que dans le cadre de l'ensemble. Ce n'est qu'alors que les deux concepts ne se recouvrent pas. L'acte législatif fiscal, lui, comporte des normes de droit fiscal et, d'autre part, les normes du droit fiscal n'existent pas en dehors des actes législatifs. La distinction n'est donc pas absolue et on peut admettre que la législation fiscale est une forme du droit fiscal, la forme d'existence des normes juridiques fiscales, le moyen de leur organisation et de leur objectivation. La conclusion est que le droit fiscal n'existe pas en dehors de la législation fiscale et que la législation fiscale est en même temps le droit fiscal. L'emploi des deux concepts comme équivalents ne crée pas de difficultés et ils peuvent être considérés comme des synonymes.

Cependant, la différence notée ci-dessus ne doit pas être perdue de vue. La distinction est absolument nécessaire lorsqu'il s'agit d'examiner sur un plan théorique les problèmes de la réforme dans la législation fiscale. La tendance doit être de rapprocher au maximum la législation du droit. Cela signifie que les actes législatifs complexes et surtout les actes législatifs des autres domaines juridiques ne doivent pas comporter de normes fiscales. S'il est besoin de remanier la matière fiscale, les amendements correspondants doivent être apportés aux lois fiscales. D'un autre côté, les lois fiscales ne doivent comporter que des normes relatives aux rapports fiscaux. Le principal effort doit être orienté vers le regroupement complet des normes fiscales au sein d'actes législatifs fiscaux. De cette façon, le droit fiscal obtiendra la physionomie qui lui est propre. Cette solution correspond aux exigences de l'article 3, al. 1 de la Loi sur les actes normatifs, selon lequel, dans la matière à laquelle elle se rapporte, « la loi doit régir entièrement tous les principaux rapports sociaux qui se prêtent à une réglementation durable ».

Dans les conditions actuelles, la réforme législative en matière de fiscalité est objectivement possible au moyen de la formulation de nouvelles règles et du remaniement du contenu du droit fiscal existant, sans modification de la forme et tout en préservant les différentes lois fiscales existantes. Mais il faut dès à présent envisager une seconde étape, pour laquelle la forme devra elle aussi être modifiée par la réorganisation des textes et l'adoption d'un code fiscal.

Dans la première étape, la législation fiscale peut englober les différents actes pour lesquels la réforme est déjà engagée. Mais, dès à présent, il est possible de rapprocher la législation fiscale du système juridique et de trouver une concordance maximale entre la législation et le droit. L'important est de créer un système organisé de lois fiscales qui correspondent aux exigences modernes. C'est à cette fin que des projets représentant un « paquet de lois fiscales » ont été déposés et seront examinés par l'Assemblée nationale. Le mérite de cette approche réside dans son aspect systématique, préférable au traitement des sujets cas par cas. Mais il faut tout de suite noter que cela est insuffisant. Le paquet en question ne permet de réaliser que les grandes lignes de la réforme fiscale. Pour aller plus loin, il est nécessaire de poursuivre l'effort législatif. Les lois fiscales doivent également être liées avec la loi organique sur le budget, ainsi qu'avec les lois sur la Chambre des comptes, sur le contrôle financier, sur les taxes d'Etat et locales, sur la sécurité sociale, etc. En général, la réforme fiscale doit être liée à l'ensemble des réformes du système financier du pays.

4. L'imposition fixée par la loi

La législation fiscale se fonde sur la constitution. La question des « bases constitutionnelles » sur lesquelles doivent reposer les textes législatifs est essentielle. Il importe de respecter strictement les principes et les normes énoncés par la constitution qui se rapportent directement ou indirectement à telle ou telle matière juridique.

Le premier principe à respecter dans la législation fiscale est le rang des textes législatifs concernant l'imposition. C'est à l'Assemblée nationale que la constitution réserve le droit de régir les rapports fiscaux. Les questions de la fiscalité doivent donc être traitées par des lois. On peut dire sans exagérer que la réglementation par la loi est un principe qui s'applique le plus strictement au domaine de la fiscalité, au même titre que, par exemple, à la matière pénale. Les infractions à ce principe ne doivent être tolérées sous aucune forme, car celui-ci est fondamental et garantit le respect de tous les autres principes sur lesquels repose le droit fiscal.

En vertu de l'article 60, al. 1 de la Constitution, « les citoyens sont tenus de payer des impôts et des taxes, fixés par la loi, conformément à leurs revenus et leurs biens », alors que l'article 84, p. 3 de la Constitution précise que c'est « l'Assemblée nationale qui établit les impôts et détermine leur montant ». Il apparaît donc clairement que les rapports fiscaux ne peuvent se fonder que sur des lois. Les lois fiscales se trouvent au sommet de la hiérarchie de la réglementation fiscale. La présence d'autres actes normatifs suppose l'existence d'une loi qui fixe la nature et le montant de l'impôt.

Le fait que la matière fiscale soit traitée par des lois témoigne de l'importance des rapports fiscaux. L'Assemblée nationale ne peut déléguer à d'autres organes sa compétence exclusive en la matière. A noter également que cette compétence lui appartient non seulement pour ce qui est de la fixation de la nature et du montant, mais également en matière « d'allègements ou d'alourdissements fiscaux » (article 60, al. 2 de la Constitution). Cette clause garantit que l'exécutif ne pourra accorder des dégrèvements ou introduire des alourdissements fiscaux.

Le principe de fixation de l'imposition par la loi a toujours existé. Des textes du même genre figuraient dans les précédentes constitutions du pays, mais n'étaient malheureusement pas respectés. Les règles fiscales étaient édictées non seulement par le Conseil des ministres, mais aussi par le Ministère des Finances. La pratique nous en donne de nombreux exemples, y compris récents. C'est pourquoi il est indispensable de remettre en place la structure hiérarchique de la réglementation fiscale en supprimant la compétence déléguée au Conseil des ministres ou qu'il s'est appropriée dans cette matière. L'un des éléments positifs de l'actuelle Constitution est l'abandon des dispositions de l'article 78, al. 8, p. 2 de la loi fondamentale de 1971 qui permettait à l'Assemblée nationale de confier au Conseil des ministres la fixation du montant des impôts dus par des entreprises d'Etat. Cette infraction au principe de la fixation de l'imposition par la loi, tolérée par la Constitution même, était inacceptable. Les modalités de délégation de pouvoir, bien qu'expressément spécifiées, étaient souvent violées. Très souvent, c'est le Conseil d'Etat et non l'Assemblée nationale qui confiait au Conseil des ministres le soin de fixer les montants de l'imposition. Dans d'autres cas, le Conseil des ministres prenait la décision sans même avoir été mandaté.

La procédure anticonstitutionnelle exposée ci-dessus doit être résolument bannie. La promulgation d'actes fiscaux sous forme législative, mais de nature administrative, relevait typiquement des dernières décennies. Cette pratique se fondait probablement sur l'idée de l'unité du pouvoir d'Etat. La présente Constitution prévoit la séparation des pouvoirs (article 8) et développe le principe de l'imposition fixée par la loi. Reste à assurer que ce principe soit appliqué partout lors de la réalisation de la réforme de la législation fiscale.

5. Les dispositions fiscales réglementaires

Les dispositions réglementaires sont subordonnées aux dispositions légales. Leur nature et leur structure hiérarchique sont fixées par la Constitution et par la Loi sur les actes normatifs. Avant même d'examiner leur rôle dans le système de la législation fiscale, il convient de poser la question de principe: les dispositions réglementaires sont-elles nécessaires dans la sphère de la réglementation fiscale? Faut-il promulguer des lois détaillées qui ne nécessitent pas le recours à des dispositions réglementaires ou faut-il, au contraire, promulguer des lois brèves dont l'application est régie par des dispositions réglementaires? Sans entrer dans le détail et compte tenu de la pratique qui existait jusqu'à présent et du bref délai dont nous disposons pour opérer la réforme et introduire les nouvelles lois, il apparaît que la seconde solution est préférable.

L'article 114 de la Constitution prévoit que « aux termes et dans l'exécution des lois, le Conseil des ministres prend des arrêtés, des ordonnances et des décisions. Le Conseil des ministres adopte, à l'aide d'arrêtés, des règlements et des ordonnances. » L'article 115 prévoit que « Les ministres adoptent des règlements et des ordonnances, donnent des instructions et des ordres ». Dans ce même esprit, l'article 3 de la Loi sur les actes normatifs prévoit que la loi régit entièrement tous les principaux rapports sociaux qui se prêtent à un règlement durable, alors que le règlement des autres rapports du même domaine peut être assuré par des dispositions réglementaires dont la promulgation est prévue par la loi.

La Loi sur les actes normatifs prévoit que les dispositions réglementaires soient énoncées par des décrets, des règlements et des instructions. Quelle est la nature et quel est le champ d'application de ces actes dans la sphère de la réglementation fiscale?

Le second niveau hiérarchique de la réglementation fiscale est formé par les actes du Conseil des ministres. Il s'agit en l'occurrence de dispositions réglementaires, car le Conseil des ministres ne dispose pas de la compétence législative primaire, notamment en matière de fiscalité. Dans la mesure où l'article 114 de la Constitution accorde un pouvoir réglementaire au Conseil des ministres, ce dernier ne s'exerce que « aux termes et dans l'exécution des lois », ce qui signifie qu'il se borne aux rapports qui échappent à la sphère des lois.

Quelle était la pratique jusqu'à présent?

Au cours des dernières décennies, le Conseil des ministres était assez fréquemment mandaté pour créer une réglementation primaire, y compris dans la sphère fiscale. Inutile de donner davantage de détails lorsqu'on sait que durant cette période le Conseil des ministres fixait la nature et les montants de la plupart des impôts (l'impôt sur les fonds de production, l'impôt sur la rentabilité, l'impôt sur les bénéficiaires, etc.), même si la nature fiscale de l'imposition était dissimulée derrière les termes de « versements obligatoires », « versements normatifs » et « versements financiers ». Les mandats ne peuvent affecter la sphère fiscale réservée par la Constitution, car cela signifierait modifier la Constitution au moyen de la loi.

Au troisième niveau hiérarchique de la réglementation fiscale se situent les actes émanant des ministres et, en l'occurrence, du ministre des finances. Ils sont assujettis aux mêmes principes que les actes du Conseil des ministres. Bien que l'article 115 de la Constitution ne précise pas expressément que les actes ministériels sont édictés sur la base et en exécution des lois, ce principe est incontestable et n'a pas besoin d'être prouvé.

Quels sont les principaux problèmes en matière de dispositions réglementaires auxquels il convient de trouver une solution lors de la réforme de la législation fiscale?

Premièrement: il convient de mettre fin à la pratique qui consiste à recourir à des dispositions réglementaires pour instaurer ou annuler des impôts, fixer les taux et les montants d'imposition, appliquer des dégrèvements ou des alourdissements et élargir la sphère des assujettis. Lorsque la loi fiscale accuse des défauts ou des imprécisions dans ces domaines, ceux-ci doivent être éliminés par voie législative et par amendement de la loi, non par la publication de dispositions réglementaires.

Deuxièmement: les dispositions réglementaires du Conseil des ministres ou du ministre des finances ne doivent être édictées qu'en vertu d'un mandat expressément prévu par la loi qui précise l'organe bénéficiaire du mandat, le type de l'acte à édicter et l'étendue du mandat pouvant se rapporter à l'ensemble ou à une partie de la sphère traitée par la loi. La disposition réglementaire édictée en vertu de ce mandat doit traiter de façon exhaustive la matière à laquelle elle se rapporte. Elle ne peut confier à d'autres organes le soin d'adopter des actes d'application de ces dispositions. Les dispositions réglementaires sur l'application des lois fiscales doivent être promulguées dans les délais d'entrée en vigueur de la loi même, bien que la pratique, jusqu'à présent, se soit toujours écartée de ce principe. D'autre part, les dispositions transitoires de l'acte normatif doivent se référer à la norme légale sur la base de

laquelle celui-ci a été édicté. En l'absence de mandat explicite, la référence à telle ou telle norme de la loi n'a aucune valeur.

Troisièmement: il est nécessaire d'accorder une attention particulière aux instructions, d'autant plus que ces actes normatifs trouvent dernièrement une application très large. En vertu de l'article 7, al. 3 de la Loi sur les actes normatifs, l'instruction est un acte réglementaire dont le champ d'application est limité. Les instructions permettent au supérieur d'indiquer à ses subordonnés les modalités d'exécution d'un acte dont il est l'auteur ou dont il est l'exécutant désigné. Cela signifie que l'instruction n'est applicable qu'aux rapports entre supérieurs et subordonnés. Le ministre des finances peut édicter des instructions à l'usage de la Direction générale, des services et des bureaux du fisc. Ces instructions n'ont pas d'effet en dehors des rapports entre ces organes. La particularité de ces actes réduit leur champ d'application dans la sphère fiscale. Mais, malheureusement, la pratique nous donne des exemples contraires. C'est précisément l'instruction qui est l'acte normatif le plus fréquemment utilisé dans la régulation fiscale. C'est au moyen d'instructions que sont réglées des questions se rapportant à l'assiette fiscale, aux modalités et aux délais d'acquiescement des impôts, etc. Cette pratique doit être abolie lors de la réforme de la législation fiscale.

Quatrièmement: de nombreux actes sont édictés par le ministre des finances et le directeur du fisc sous forme de « lettres », de « circulaires », d'« indications » et d'« ordres » qui ont la prétention de s'inscrire dans la sphère de la réglementation. Les lettres sont le plus largement répandues et passent pour être des « actes normatifs particulièrement fiables ». Entre 1991 et 1993, la Direction générale des impôts a publié plus de trente lettres de ce genre.

Ces actes sont édictés à des occasions et sous des prétextes différents, le plus souvent pour éclaircir telle ou telle disposition de la loi. Mais ils n'ont pas la valeur de disposition réglementaire et ne peuvent comporter que des indications relatives au fonctionnement technique et à l'organisation du service, dont l'inobservation peut entraîner des sanctions disciplinaires. Il est donc erroné de les assortir de conditions réglementaires, comme c'est souvent le cas.

6. Exigences supplémentaires à l'égard de la législation fiscale

Le présent exposé ne permet pas d'examiner en détail toutes les exigences auxquelles doit correspondre la législation fiscale, c'est pourquoi nous nous bornerons à en citer les plus importantes.

Les lois fiscales concernent un grand nombre d'assujettis dont elles affectent les droits et les intérêts, c'est pourquoi elles doivent être précises, claires et facilement applicables. Les normes fiscales proclamées par la loi doivent être parfaitement compréhensibles non seulement pour les employés du fisc, mais aussi pour les contribuables. La précision est particulièrement indispensable lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu des rapports fiscaux: l'assiette, l'assujetti et le montant de l'impôt. Les imprécisions, ambiguïtés et formulations douteuses sont à éviter.

Le système fiscal ne peut être cohérent que s'il est fondé sur et fonctionne selon une législation stable. Après leur entrée en vigueur, les lois fiscales doivent être appliquées pendant une longue période de temps, afin de créer des conditions de stabilité dans le fonctionnement du système et d'apporter un sentiment de sécurité chez les contribuables, tout en permettant de prévoir des recettes garanties au trésor public. Le texte de la loi doit être explicite pour ce qui est de son entrée en vigueur, de

l'annulation des actes précédents et des modalités de règlement des affaires en cours. Les normes fiscales ne peuvent avoir d'effet rétroactif, y compris dans la partie concernant les dégrèvements ou les allègements d'impôts. Ce principe n'était pas respecté jusqu'à présent.

L'équité de l'imposition est un principe important. Elle doit être apparente dans le texte de la loi, d'autant plus qu'elle correspond aux exigences de la Constitution stipulant que les citoyens sont imposés selon leurs revenus et leur fortune. Dans la pratique, l'équité peut être assurée par l'application des systèmes de proportionnalité et de progressivité, d'un régime différencié fondé sur le minimum non imposable, etc. Le principe de l'équité, prévu par la Constitution, doit être développé dans la législation fiscale.

Enfin, les lois fiscales doivent être conçues de façon à garantir une perception aisée. Imposer est une chose, percevoir en est une autre. La charge fiscale importante n'apporte rien, si l'efficacité de recouvrement n'est pas assurée, tout comme le processus civil n'apporte pas de résultats, lorsque l'exécution fait défaut. En ce qui concerne les procédures, la loi fiscale doit permettre une perception rapide, aisée et peu coûteuse aussi bien pour le fisc que pour les contribuables.

c. LES BASES CONSTITUTIONNELLES ET LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA LÉGISLATION FISCALE

Résumé de la discussion

La fiscalité revêt une importance essentielle dans une économie de marché. La caractéristique fondamentale d'une économie de marché étant que l'activité économique se trouve principalement aux mains de personnes privées, l'Etat ne tire de celle-ci que peu ou pas de bénéfice et a donc besoin de prélever des impôts.

Les impôts doivent être fondés sur une loi. Dans ce contexte, la distinction entre impôts et taxes devient importante. Si l'Etat demande une rémunération exorbitante pour un service minimal, il s'agit d'un impôt déguisé et le principe de légalité doit s'appliquer. L'article 60 de la constitution bulgare prévoit que les impôts et taxes doivent être « fixés par la loi » et l'article 84 paragraphe 3 prévoit que l'Assemblée Nationale établit les impôts et détermine leur montant. En pratique, pour ce qui est des taxes, la loi ne fixe que leur existence mais non leur montant. Un autre problème qui se pose dans le cadre de la constitution bulgare est celui de savoir si le Conseil des ministres qui, en vertu de l'article 114 prend, aux termes et dans l'exécution des lois, des décrets, peut avoir recours à de tels décrets pour combler des lacunes de la loi.

L'équité et l'égalité sont deux autres concepts fondamentaux en droit fiscal. L'article 60 de la constitution bulgare prévoit que les citoyens sont tenus de payer les impôts et les taxes conformément à leurs revenus et leur biens. Cela peut donner lieu à critique puisque, pour certains impôts comme la TVA, les revenus et les biens sont sans intérêt. La législation fiscale peut contribuer à la justice sociale, et il paraît par exemple raisonnable de ne pas imposer les revenus des plus pauvres. Sinon, il faudra leur reverser sous forme d'allocations les prélèvements qui leur ont d'abord été imposés.

Le recouvrement des impôts est un problème très important en Europe de l'Est. Ainsi, en Bulgarie, quelque 40% seulement des impôts dus sont en fait perçus. Un mécanisme juridique fiable de recouvrement fait encore défaut et on manque encore de personnel qualifié. En principe, l'impôt le plus facile à administrer est l'impôt sur les salaires puisqu'il peut être prélevé à la source. La TVA est également un impôt relativement facile à percevoir. En général, les impôts sur la consommation, à l'exception de ceux perçus sur les produits de première nécessité, peuvent être considérés comme de bons impôts et il y a une moindre résistance à

l'égard des impôts sur la consommation qu'à l'encontre de l'impôt sur le revenu. Pour l'impôt sur le revenu, cela dépend aussi du taux. Si celui-ci est supérieur à 50%, les contribuables cherchent de plus en plus à se soustraire à l'impôt et ils sont dissuadés de travailler.

En Bulgarie, il y a eu un vaste débat sur le degré de centralisation du système fiscal. Le parlement a tranché en faveur d'un système plus centralisé puisque les autorités locales n'ont, semble-t-il, pas les moyens d'assumer les tâches de recouvrement. On peut dire qu'il devrait exister des impôts locaux, mais dans certaines limites, et que les collectivités locales, par exemple, ne devraient pas pouvoir porter à 70% le taux de l'impôt sur le revenu.

SEANCE DE CLOTURE

Présidée par Monsieur Antonio LA PERGOLA

Allocution du Professeur Antonio LA PERGOLA, Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

a. ALLOCUTION DE CLÔTURE

du Professeur Antonio LA PERGOLA, Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

« La Commission de Venise, que j'ai l'honneur de présider, rend hommage avec un vif plaisir à l'importante contribution de nos éminents hôtes bulgares au programme UniDem. Nous savons par expérience que l'édification de la démocratie est un cheminement complexe et laborieux. La démocratie ne sort pas parée de ses plus beaux atouts de la cuisse de Jupiter. Elle est une conquête qu'il faut renouveler quotidiennement par la diffusion d'une culture démocratique et la constitution d'une classe dirigeante animée de l'esprit de liberté. Je puis dire avec admiration que la Bulgarie a entrepris son expérience démocratique avec détermination et clairvoyance.

La démocratie prospère là où un débat libre et rationnel résonne dans la vie politique d'une nation. Je nourris le fervent espoir que, fortifié par un échange ouvert de connaissances et de vues, notre séminaire, ici à Sofia, contribuera à développer plus avant la démocratie en Bulgarie. Vous avez abordé nombre des questions fondamentales qui gravitent autour du nouvel ordre institutionnel établi dans ce pays, ordre qui trouve son pendant dans les autres démocraties nouvelles d'Europe centrale et orientale. Conformément aux objectifs centraux du programme UniDem, notre séminaire à Sofia a montré comment les principes de la nouvelle Constitution bulgare pouvaient être appliqués sur le plan concret, une fois posées les pierres de construction de la démocratie.

Les activités entreprises dans le cadre du programme UniDem sont calquées sur celles de la Commission de Venise, en sa qualité d'organe d'experts chargé de favoriser le processus de réforme constitutionnelle. Le programme UniDem a été mis à l'épreuve et son succès s'est confirmé. Nous avons jusqu'à présent traité un large éventail de questions. Un séminaire a été tenu à Moscou dans le même domaine d'intérêt que celui que nous avons abordé à Sofia. Un autre séminaire, tenu à Istanbul, était consacré aux problèmes généraux du passage de la dictature à la démocratie. Et un séminaire tenu à Varsovie était centré sur la relation entre le droit international et le droit interne. L'accent a été mis sur le phénomène croissant de l'intégration, dont la Communauté européenne offre le meilleur exemple connu. Les discussions tant à Istanbul qu'à Varsovie ont mis en lumière le fait que la démocratie au plan national doit être garantie par le respect du droit international. Mais il ne s'agit pas seulement d'adapter le droit interne au droit des gens. Les Etats nations doivent être mis à même, grâce à des dispositions constitutionnelles appropriées, de s'acquitter des obligations découlant de leur appartenance à des organismes supranationaux. De quelle autre manière pourrions-nous espérer élargir un jour la Communauté européenne pour en faire un groupe d'Etats caractérisé par une communauté de vues; de quelle autre manière jeter les fondements d'un cercle de démocraties plus étroitement unies sur notre continent? A cet égard, nous nous sommes concentrés sur l'architecture d'intégration pour étudier les modalités selon lesquelles les Etats d'Europe centrale et orientale pourraient être associés à la définition des institutions européennes. Afin d'examiner ce problème plus avant, il a été prévu d'organiser l'année prochaine, en Grèce, un séminaire sur l'idée moderne de confédération. C'est là un thème qu'il nous faudra examiner du point de vue de l'expansion de la Communauté européenne et de la reconstruction, sur de nouvelles bases démocratiques, de ce qui constituait jadis l'Union soviétique et la Yougoslavie. UniDem fait par conséquent un effort particulier pour couvrir les aspects les plus importants de l'évolution constitutionnelle à laquelle les nouvelles démocraties européennes sont confrontées.

Je tiens, en concluant cette brève allocution, à rendre sincèrement hommage à la Bulgarie pour les résultats qu'elle a déjà enregistrés. Nos chers et éminents collègues, M. Alexandre Djerov et

M^{me} Snejana Botousharova, n'ont jamais manqué de contribuer, avec leur expérience et leur enthousiasme, aux activités de la Commission de Venise, et je voudrais saisir cette occasion pour les remercier chaleureusement tous les deux. La Commission de Venise est fière d'avoir participé au processus constitutionnel de la Bulgarie lors de l'élaboration de la nouvelle loi fondamentale qui a préparé la voie aux réformes examinées à ce séminaire.

La Constitution de 1991 - loi fondamentale moderne et progressiste à tout point de vue - contient des dispositions qui définissent un nouveau système économique. Parmi d'autres droits fondamentaux, le droit d'initiative privée a trouvé sa place parmi les libertés, dont les individus jouissent sous un régime fondé sur le pluralisme politique et la primauté du droit. La Bulgarie avance ainsi sur le sentier vénérable de l'expérience occidentale, parmi tous les pays où la liberté est indivisible et doit être garantie tant dans le domaine politique que dans le domaine économique. Des limitations peuvent toutefois être apportées à la liberté pour protéger des intérêts publics primordiaux, et la première exigence de l'Etat de droit est que ces limitations apportées aux droits de l'individu soient clairement définies par le législateur.

Si la constitution d'une nation est une constitution rigide, comme c'est le cas pour celle de la Bulgarie, il faut que les fondements du pluralisme politique et économique soient définis dans la loi fondamentale, qui ne saurait être modifiée par le corps législatif en l'absence de majorité qualifiée. Les auteurs de la Constitution bulgare avaient cette exigence fermement à l'esprit. La procédure établie au chapitre IX garantit que les amendements proposés à la Constitution ne soient adoptés qu'à l'issue de délibérations approfondies et selon une procédure complexe protégeant les minorités.

Les règles constitutionnelles qui ont été posées sont des principes directeurs clairs pour la législation qui façonnera l'économie de ce pays. Il suffit de rappeler divers articles de la loi fondamentale: l'article 17 garantit la propriété privée et prévoit des formes régulières et un dédommagement équitable en cas d'expropriation forcée de biens - expropriation qui ne peut être effectuée qu'en vertu de la loi, pour satisfaire des besoins de l'Etat et des communes ne pouvant être satisfaits autrement. L'article 18 traite des conditions conformément auxquelles l'Etat jouit de droits de propriété exclusive ainsi que des éléments sur lesquels portent ces droits. L'article 19 déclare que l'économie de la République de Bulgarie est fondée sur la libre initiative économique et impose à l'Etat l'obligation de créer et de garantir à tous les citoyens et personnes morales les conditions juridiques requises pour l'exercice d'une activité économique, en prévenant l'abus du monopole et la concurrence déloyale et en protégeant le consommateur. D'autres garanties constitutionnelles protègent les investissements opérés dans l'activité économique par des personnes et des sociétés bulgares et étrangères. A l'article 22, des dispositions particulières définissent quels droits réels un étranger ou une personne morale étrangère peut acquérir. Et l'article 20 vise à établir les conditions requises pour un développement équilibré des différentes régions du pays. Cette dernière disposition définit un principe important: les organes territoriaux seront aidés dans leur activité par les politiques fiscale, de crédit et d'investissement du gouvernement national. A cet égard, la cohésion s'impose. Le marché doit être libre. Mais il doit aussi être juste, par atténuation des différences en ce qui concerne la qualité de la vie et le niveau de l'emploi. Cela est vrai aussi bien pour chacun de nos pays que pour la Communauté européenne. La libéralisation de l'économie ne signifie pas la disparition de l'Etat providence. La tâche redoutable d'une constitution moderne est de réaliser un équilibre approprié entre les besoins d'initiative individuelle et les besoins de la collectivité. Si la Bulgarie parvient à réaliser un tel équilibre, elle aura fourni une preuve de plus de son accession à la maturité démocratique ».

LISTE DES PARTICIPANTS

Assemblée nationale

Mme Snejana BOTUSHAROVA, Vice-Président (Rapporteur)

Mme Elena Marinova SKENDEROWA

M. Emil Borissov MOUTCHILOV

Mme Bojanka Kroumova MLADENOVA

Mme Anna MILENKOVA

M. Vladislav DASKALOV

M. I. ESKENAZI (Rapporteur)

M. Vassil GOZEV

M. Ismail ISMAIL

M. Petar MANOV

Nouvelle Université bulgare

M. Alexandre DJEROV, Doyen de la Faculté de droit (Rapporteur)

Université de Sofia, St. Kliment Ohridsky

M. G. PETKANOV, Doyen de la Faculté de droit (Rapporteur)

Mme Iordanka Valtcheva ZIDAROVA

Mme Borjana GAGOWA

Mme Mariana FINKOVA

Mme Maria PAVLOVA

Université de Blagoevgrad

M. Trajan LJALEV, Doyen de la Faculté de droit

Centre for the Study of Democracy, Sofia

Dr Emil E. GEORGIEV, Project Co-ordinator

Dr Daniela BOBEVA, Co-ordinator of the Economic Programme of the Centre, Member of the Foreign Investment Commission at the Council of Ministers

Commission européenne pour la démocratie par le droit

M. Antonio LA PERGOLA, Italie (Président)

M. Helmut STEINBERGER, Allemagne, Vice-Président (Rapporteur)

M. Godert MAAS GEESTERANUS, Pays-Bas, Membre

Mme Jasmina KOVACEVIC, Croatie, Membre associé suppléant

M. Petru GAVRILESCU, Roumanie, Membre associé

M. Franc TESTEN, Slovénie, Membre associé suppléant

M. Masato ITO, Japon, Observateur

M. Elio ROGATI, Italie, Conseiller spécial du Président

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

M. Gueorgui PIRINSKI, Bulgarie

Comité Directeur des Droits de l'Homme (CDDH)

M. Klaus BERCHTOLD, Autriche

M. V.C. SOTIROV, Bulgarie

Invités d'Honneur

Albanie

M. Vasil GJIKA, Membre du parlement

M. Agron GJOKSI, Directeur du Département de la privatisation du Ministère des Finances et de l'économie

M. Gjergji BUTKA, Chef de Section de l'Agence nationale pour la privatisation

Japon

Ambassadeur Buheitu TKJIWARA, Ambassadeur du Japon en Bulgarie

M. Teruji SUZUKI, Professeur à l'Université de Tokai

Russie

M. E. DANILOV, Secrétariat de l'Assemblée fédérale

Rapporteurs étrangers

Professeur Michel HERBIET, Université de Liège, Belgique

Professeur Attila HARMATHY, Secrétaire Général adjoint, Académie des Sciences de Hongrie, Budapest

Professeur Ch.P.A. GEPPAART, Université de Tilburg, Pays-Bas

Secrétariat - Direction des Affaires juridiques

M. Gianni BUQUICCHIO, Secrétaire de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

M. Thomas MARKERT, Administrateur

Mlle Helen MONKS, Assistante administrative

Interprétation

M. Derrick WORSDALE

Mme Corinne ARDON

