

L'AVENEMENT DE LA «LOI DU PAYS» EN POLYNÉSIE FRANÇAISE

*Alain Moyrand**

Constatant qu'une partie de la doctrine qui prend appui sur l'article 24 de la Constitution française qui dispose que «Le Parlement vote la loi», estime que le législateur ne peut exister qu'au niveau national alors que de son côté la Cour européenne des droits de l'homme affirme que le congrès de la Nouvelle-Calédonie, organe délibérant de cette collectivité, est une «assemblée législative», l'auteur s'interroge alors sur la pertinence de l'usage du terme «législateur» pour désigner l'organe délibératif des collectivités publiques infra-étatiques.

S'agissant plus particulièrement de la Polynésie française, l'auteur souligne que cette collectivité d'outre-mer ne dispose pas encore d'un pouvoir législatif, en ce sens que les 'lois du pays' polynésiennes n'ont pas «force de loi» et partant ne sont pas contrôlées par le Conseil constitutionnel, comme c'est le cas des lois du pays néo-calédoniennes.

Reste qu'il est possible, comme le font certains rapporteurs publics près le Conseil d'État lorsqu'ils ont à conclure sur des contentieux concernant les lois du pays polynésiennes, de qualifier l'assemblée de Polynésie française de «législateur polynésien». De plus le Conseil d'État a parfois même recours à l'expression «législateur du pays» dans ses décisions.

Ainsi, s'il est pertinent, ou à tout le moins admis, d'employer le terme «législateur» pour désigner l'organe délibératif de la Polynésie française, quelle est alors la nature juridique des lois du pays que ce «législateur» peut adopter?

* Maître de conférences (HDR) en droit public, Université de la Polynésie française.

Cet article représente le texte de la communication faite dans le cadre du Colloque: «Le législateur polynésien» organisé le 9 février 2023 à l'Assemblée de la Polynésie française. [This article is the text of a paper presented in the context of the Colloque "Le législateur polynésien".]

Le comité de rédaction remercie Mme Marie-France Verdier, Maître de conférences – HDR, Laboratoire CRDEI, Directrice de la revue Politeia (www.politeia-afaaide.com) qui a aimablement autorisé le CLJP à reproduire l'article de M. A. Moyrand, à paraître dans la revue Politeia.

Il est vrai que si la loi du pays polynésienne n'est pas une norme législative comme c'est le cas des lois du pays néo-calédoniennes, elle n'est plus pour autant un règlement ordinaire comme le précise François Luchaire car elle est une norme qui présente un «caractère hybride» car son régime juridique se situe à mi-chemin entre le règlement et la loi.

L'auteur explique qu'il a donc fallu inventer pour la Polynésie française un système normatif qui se rapproche le plus possible du pouvoir législatif territorial et ce alors même que l'assemblée de Polynésie française demeure une institution administrative puisque la Polynésie est toujours une collectivité territoriale.

Some doctrinal writing on this topic is based on article 24 of the Constitution which states that "Parliament votes laws". That doctrinal writing maintains that a legislator can exist only at the national level. On the other hand, the European Court of Human Rights has affirmed that the Congress of New Caledonia, the deliberative organ of that country, is a "legislative assembly".

In this piece, Alain Moyrand questions the appropriateness of the term "legislator" for the deliberative organs in sub-state public communities. More particularly he notes that French Polynesia does not have a legislative power in the sense that the "lois du pays" of Polynesia do not have the "force of law" and are not subject to scrutiny by the Constitutional Council in the same way as the "lois du pays" of New Caledonia.

It may however be stated, as some rapporteurs of the Council of State do in litigation concerning the "lois du pays" of French Polynesia, that the Assembly of French Polynesia is the "Polynesian legislator". The Council of State also has sometimes used the expression "legislator of the country" in its decisions.

So, if it is relevant, or at least acceptable to use the word "legislator" to describe the deliberative organ of French Polynesia, what is the legal nature of the "lois du pays" that the "legislator" makes? Although the "lois du pays" of French Polynesia are not legislative rules of the same rank as the "lois du pays" of New Caledonia, they are however not Regulations. As François Luchaire makes clear, they are rules which have a hybrid nature because their legal status is halfway between that of a regulation and an Act.

This paper shows therefore that it is necessary to create a normative system which approximates as closely as possible the territorial legislative power, and that even though the Assembly of French Polynesia remains an administrative organ, French Polynesia is a territorial entity.

I INTRODUCTION

En premier lieu, est-il pertinent d'employer le terme «législateur» pour désigner l'organe délibératif des collectivités publiques infra-étatiques, telles que, par exemple la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française? En effet, certains membres de la doctrine¹ se fondant sur l'article 24 de la Constitution qui dispose que «*Le Parlement vote la loi*», estiment que le législateur ne peut exister qu'au niveau national. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que le congrès de la Nouvelle-Calédonie, organe délibérant de cette collectivité, est une «*assemblée législative*», quand bien même cette dernière ne constitue pas un État. Autre exemple: en Espagne, les communautés autonomes disposent de parlements régionaux, votant des lois régionales, et les députés de ces collectivités bénéficient d'immunité comme c'est le cas au niveau national.

Il faut préciser cependant que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen précise que «*La Loi est l'expression de la volonté générale*», alors que la loi régionale, telle que la loi du pays néo-calédonienne, exprime la seule volonté de cette collectivité et non pas la volonté générale de l'ensemble de la Nation. Pour autant, la loi du pays néo-calédonienne a «force de loi» et en cas de conflit avec une loi nationale, c'est le principe de compétence qui s'applique et non plus le principe de hiérarchie qui postule que l'acte national est supérieur à l'acte local.

Au cas d'espèce, la Polynésie française ne dispose pas encore d'un pouvoir législatif, en ce sens que les lois du pays polynésiennes n'ont pas «force de loi» et ne sont pas contrôlées par le Conseil constitutionnel, comme c'est le cas des lois du pays néo-calédoniennes². D'ailleurs le législateur organique utilise des guillemets lorsqu'il utilise l'expression «loi du pays» afin de mieux souligner que ces actes de l'assemblée de la Polynésie française ne sont que de «pseudo-lois». Néanmoins, il est possible, comme le font certains rapporteurs publics³ près le Conseil d'État lorsqu'ils ont à

-
- 1 Olivier Gohin et Marc Joyau affirment qu'«il n'y a constitutionnellement de loi, en France, que celle votée, en toute matière, par le seul détenteur du pouvoir législatif: le peuple français, soit directement, soit par ses représentants», «L'évolution institutionnelle de la Polynésie française», AJDA 2004, p. 1246.
 - 2 Rares sont les membres de la doctrine à refuser ce constat. Signalons toutefois qu'Olivier Gohin soutient que «*les lois du pays [néo-calédoniennes] sont des règlements non administratifs qui relèvent du contentieux constitutionnel*», Olivier GOHIN, «*Approche comparée des autonomies polynésienne et calédonienne*», Colloque du 10 avril 2014, Sénat, *Un kaléidoscope de l'autonomie locale: théorie, pratique institutionnelle et déclinaisons ultramarines*, Sénat, Rapport d'information n° 452, 11 avril 2014, p. 169-186.
 - 3 Voir par exemple les conclusions d'Edouard Crepey sur CE 26 décembre 2012, n° 351262; CE 8 mars 2013, n° 355788; CE 16 octobre 2013, n° 365067, 365068; CE 19 février 2014, n° 369177; CE 19 février 2014, n° 371729, 371783; CE 19 décembre 2014, n° 383318; CE 13 février 2015, n° 384447; CE 30 mars 2016, n° 395425; CE 26 juillet 2018, n° 420112; les conclusions de Aurélie Bretonneau sur CE 1er avril 2015, n° 386768, 386849; les conclusions d'Anne Iljic sur CE 23

conclure sur des contentieux concernant les lois du pays polynésiennes, de qualifier l'assemblée de Polynésie française de «*législateur polynésien*», et ces mêmes rapporteurs n'utilisent plus les guillemets pour qualifier les lois du pays. Parfois même, le Conseil d'État recourt à l'expression «*législateur du pays*» dans ses décisions⁴.

Ainsi, s'il est pertinent, ou à tout le moins admis d'employer le terme «législateur» pour désigner l'organe délibératif de la Polynésie française, quelle est la nature juridique des lois du pays que ce «législateur» peut adopter? Il est vrai que si la loi du pays polynésienne n'est pas une *norme législative* comme c'est le cas des lois du pays néo-calédoniennes, elle n'est plus pour autant un règlement ordinaire⁵ comme le précise François Luchaire⁶. Pour reprendre une expression utilisée dans une chronique rédigée par des membres de la Haute Assemblée dans l'Actualité Juridique du droit administratif, la loi du pays polynésienne est une norme qui présente un «*caractère hybride*⁷» car son régime juridique se situe à mi-chemin entre le règlement et la loi.

Le souhait de la Polynésie de renforcer ses prérogatives dans la gestion de ses intérêts propres a émergé dès le milieu des années 1990. Les élus polynésiens ont parfaitement compris que pour atteindre cet objectif, l'autonomie, qu'elle soit «*autonomie de gestion*» (1977) ou «*autonomie interne*» (1984) ou encore «*autonomie*» tout court (1996), ne produisait aucun effet de droit et qu'il convenait de renforcer le pouvoir normatif de leur assemblée. L'idéal, ou le plus simple, eût été

octobre 2019, n° 433595, 433618; CE 29 mai 2020, n° 437236; les conclusions d'Alexandre Lallet sur CE 17 février 2021, n° 446833; les conclusions d'Esther de Moustier sur Conseil d'État 9 novembre 2022, n° 46436, 46461, 46469, 46476, 46480, 464876, 46486, 464870 et 464871.

4 CE 12 février 2016, n° 394344; CE 28 juillet 2017, n° 406639; CE 26 juillet 2018, n° 420112; CE 30 janvier 2019, n° 424995, 425169 et 425241; CE 10 décembre 2021, n° 456004, 456447, 456714, 456879, 456886, 456888, 456930, 456935, 456955, 456978, 457001; CE 11 février 2022, n° 456823.

5 Ce que prétendait déjà Louis Favoreu, à propos des délibérations prises par les assemblées territoriales des TOM, dans des matières législatives: «*Les normes de référence applicables au contrôle des délibérations des territoires d'outre-mer: principes généraux du droit ou normes constitutionnelles?*», note sous CE, 30 juin 1995, Gouvernement du territoire de la Polynésie française, *R.F.D.A.* 1995, p. 1241.

6 Le statut constitutionnel de la Polynésie française, *Economica* 2005, p. 33; voir aussi du même auteur: «La Polynésie française devant le Conseil constitutionnel», *RDP* 2004, p. 1733: «...la loi du pays est plus qu'un acte administratif et moins qu'un acte législatif». De même, Julien Boucher et Béatrice Bourgeois-Machureau, dans leur étude consacrée aux lois du pays, affirment que ces normes sont «un peu plus que des actes administratifs ordinaires», «Deux ans de contentieux des «lois du pays» de la Polynésie française devant le Conseil d'État», *AJDA* 2007, p. 2366.

7 Julien Boucher et Béatrice Bourgeois-Machureau, «Deux ans de contentieux des «lois du pays» de la Polynésie française devant le Conseil d'État», *AJDA* 2007, p. 2371.

de doter la Polynésie française d'un pouvoir législatif territorial identique à celui de la Nouvelle-Calédonie: cela a failli être le cas, lors du projet de révision constitutionnelle de l'article 78⁸ en 1999, mais celui-ci a été abandonné à quelques jours de la réunion du Congrès à Versailles en janvier 2020.

A défaut, il a fallu inventer pour la Polynésie française un système normatif qui se rapproche le plus possible du pouvoir législatif territorial, en d'autres termes un système normatif qui confère au «législateur polynésien» un pouvoir discrétionnaire non plus *identique* mais *équivalent* à celui dont jouit la Nouvelle-Calédonie lorsqu'elle recourt aux lois du pays, et ce, alors même que l'assemblée de Polynésie française demeure une institution administrative puisque la Polynésie est toujours une collectivité territoriale.

Dans notre intervention, à présent, nous exposerons dans un premier temps les raisons pour lesquelles la Polynésie française a sollicité l'instauration d'un nouveau pouvoir normatif, puis nous nous intéresserons à déterminer si ce pouvoir normatif, en l'occurrence la «loi du pays», a répondu aux attentes des élus polynésiens.

8 «La Polynésie française se gouverne librement et démocratiquement au sein de la République. Son autonomie et ses intérêts propres de pays d'outre-mer sont garantis par un statut que définit la loi organique après avis de l'assemblée de la Polynésie française; ce statut détermine les compétences de l'État qui sont transférées aux institutions de la Polynésie française, l'échelonnement et les modalités des transferts ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci.

Les transferts définis à l'alinéa précédent ne peuvent porter, sous réserve des compétences déjà exercées en ces matières par la Polynésie française, sur la nationalité, les garanties des libertés publiques, les droits civiques, le droit électoral, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, les relations extérieures, la défense, le maintien de l'ordre, la monnaie, le crédit et les changes.

La loi organique définit également:

- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Polynésie française et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante, ayant le caractère de lois du pays, pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel;
- les conditions dans lesquelles le délégué du Gouvernement a la charge des intérêts nationaux et du respect des lois;
- les règles relatives à la citoyenneté polynésienne et aux effets de celle-ci en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité économique et d'accession à la propriété foncière; - les conditions dans lesquelles la Polynésie française peut, par dérogation au deuxième alinéa, être membre d'une organisation internationale, disposer d'une représentation auprès des États du Pacifique et négocier avec ceux-ci, dans son domaine de compétence, des accords dont la signature et l'approbation ou la ratification sont soumises aux dispositions des articles 52 et 53».

II POURQUOI ET COMMENT LA POLYNÉSIE FRANÇAISE A-T-ELLE SOUHAITÉ FAIRE ÉVOLUER LE POUVOIR NORMATIF DE SON ORGANE DÉLIBÉRANT?

Si la Polynésie française dispose depuis les années 1980 d'un champ de compétence matérielle étendu (elle détient une compétence de principe et l'État, une compétence d'attribution), il n'en demeure pas moins que ses marges d'action demeurent fort contraintes. Cet état de fait est dû à la nature même du pouvoir normatif reconnu à la Polynésie, ainsi qu'au contrôle de légalité exercé sur ses actes réglementaires par les juridictions administratives (A). C'est pourquoi les élus polynésiens ont cherché à faire évoluer ce pouvoir normatif afin qu'il se rapproche le plus possible du pouvoir législatif (B). Certaines des solutions préconisées par la Polynésie ont fini par être retenues par le constituant lorsqu'il a réformé l'article 74 en 2003 et par le législateur organique (loi du 27 février 2004) lorsqu'il a mis en œuvre ce nouveau dispositif constitutionnel (C).

A Le Pouvoir Normatif des Territoires d'Outre-mer est Limité

Certains territoires d'outre-mer (TOM), comme la Polynésie française par exemple, disposent depuis des décennies d'institutions quasi-étatiques; ils ont un système institutionnel agencé selon les techniques du droit constitutionnel et non plus seulement selon celles du droit administratif, et détiennent des compétences dans un domaine matériellement législatif au sens de l'article 34 de la Constitution. Pour autant, ils ne peuvent émettre que des actes de nature administrative car ce ne sont que des collectivités territoriales. Aussi, le juriste qui étudie les institutions de la Polynésie française ne peut manquer d'être frappé par le «*visage dissymétrique*⁹» que présente ce territoire. En effet, sur le plan de l'organisation institutionnelle, les autorités nationales tolèrent que la Polynésie puisse être dotée d'institutions de type politique, mais elles n'admettent pas que son pouvoir normatif suive le même mouvement, c'est-à-dire que les décisions soient de nature législative, ou, à tout le moins, que le régime contentieux des actes territoriaux soit calqué sur un contrôle de constitutionnalité.

Du coup, les actes administratifs produits par les organes de la Polynésie française et notamment son assemblée territoriale sont soumis à un fort degré de contrainte par le juge administratif lorsque ceux-ci lui sont déférés. En effet, on observe que le contrôle juridictionnel opéré par le juge administratif sur les délibérations de l'assemblée de la Polynésie française, au titre du contrôle de légalité, est bien plus étendu et bien plus intensif que le contrôle de constitutionnalité mis en œuvre par le

9 Cf. Alain Moyrand, «Comment remédier à la dissymétrie en Polynésie française?», *Revue Juridique Polynésienne*, volume 4, 1998, p. 633-675.

juge constitutionnel à l'égard de la loi. Les conclusions du commissaire du gouvernement Hubert Lenoir sur tribunal administratif de Papeete, 4 juin 1992, Banque de Polynésie¹⁰ résument parfaitement cette situation:

Quelle que soit l'étendue de la compétence déléguée au territoire, celui-ci reste une collectivité territoriale qui ne peut se prévaloir de la souveraineté reconnue au législateur. A notre sens, ceci implique que votre contrôle ait une portée plus étendue que celui qu'exerce le Conseil constitutionnel sur le Parlement.

Et d'ailleurs, certains commissaires du gouvernement près le Conseil d'État n'hésitent pas, dans leurs conclusions, à inviter le juge administratif à *«faire application des principes qui guident votre jurisprudence lorsque vous contrôlez des décisions municipales du même type»*¹¹.

Pour illustrer cette différence entre les deux types de contrôle, on peut se référer à un contentieux relatif à l'impôt polynésien, dénommé contribution de solidarité territoriale, qui a fait intervenir d'abord le juge administratif, puis le juge constitutionnel. Alors que le premier a censuré l'impôt au motif qu'il méconnaissait le principe général d'égalité¹², le second, chargé d'apprécier la constitutionnalité de la loi organique validant cet impôt, a, contrairement au juge administratif, estimé que l'imposition ne méconnaissait pas ce même principe¹³. Cette divergence d'appréciation tient essentiellement au fait que le premier juge a exercé un contrôle très poussé de l'acte qui lui était déféré alors que le second s'est limité à la censure des *«ruptures caractérisées de l'égalité devant les charges publiques»*¹⁴.

10 *Recueil de Jugements* (1er janvier 1992 - 31 décembre 1992), Imprimerie officielle, Papeete, p. 38.

11 Conclusions de M. Scanvic sur CE sect. 13 mai 1994, Président de l'assemblée territoriale de la Polynésie française, *RDP* 1994, p. 1557-1572.

12 CE ass. 30 juin 1995, Gouvernement du territoire de la Polynésie française, *A.J.D.A.* 1995, p. 751, chron. p. 688.

13 Cons. const. n° 97-390 DC du 19 novembre 1997, commentaires: Jean-Eric Schoettl, *AJDA* 1997, 963; Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *PA* n° 27, 4 mars 1998, p. 16; Yves Brard, *D.* 1998, p. 117; François Luchaire, *RDP* 1998, p. 23; Mathias Entiope, *PA* n° 34, 17 février 1999, p. 22; André Roux, *D.* 1999, som. P. 233.

14 Loïc Philip, «La portée du principe d'égalité devant l'impôt dans les territoires d'outre-mer», *R.F.D.A.* 1995, p. 1243 et s.; Louis Favoreu écrit à ce sujet que «le contrôle qu'a exercé le Conseil d'État sur la délibération de l'assemblée territoriale a été plus sévère que celui qui l'aurait été sur le législateur», «Sources et portée du principe d'égalité devant l'impôt dans les territoires d'outre-mer», *R.F.D.A.* 1995, p. 1242. Dans le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 97-390 DC précité, Jean-Eric Schoettl note que: «l'intensité du contrôle opéré par l'un [le juge administratif] et l'autre [le juge constitutionnel] est différente. La délibération de l'assemblée de Polynésie instituant un impôt territorial sur le revenu est un acte administratif pour le juge administratif et justiciable du contrôle opéré sur de tels actes -contrôle dont l'espèce nous montre qu'il est assez poussé. Sa validation législative relève en revanche, pour le Conseil constitutionnel, du même type de contrôle - limité à la censure des ruptures caractérisées de l'égalité devant les

Il est clair que le contrôle de légalité tel que pratiqué par le juge administratif n'est pas celui qui sied le mieux pour appréhender les actes adoptés par l'assemblée de la Polynésie dans le domaine législatif. Par ailleurs, force est de reconnaître qu'étant placé au cœur des conflits dans une proximité où l'effectif restreint de cette juridiction conduit à une inévitable exposition des personnalités trop affirmées, les décisions du tribunal administratif de la Polynésie ont parfois pu donner le sentiment d'un manque de sérénité.

B Les Solutions Préconisées pour faire Evoluer ce Pouvoir Normatif

Le constituant n'étant pas, à l'époque, disposé à admettre que la Polynésie puisse disposer d'un pouvoir législatif local, il a fallu proposer une nouvelle norme qui, tout en étant pas une véritable loi, conférerait néanmoins à son détenteur les mêmes potentialités.

Pour ce faire, il fallait que le juge administratif exerce son office en transposant les méthodes du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire que les seules normes à opposer aux délibérations de l'assemblée territoriale intervenant dans les matières législatives soient des principes à valeur constitutionnelle et non plus des principes généraux du droit. Cela permettrait, ainsi que le suggère Jean-Claude Douence, que l'on reconnaisse à l'acte territorial intervenant dans un domaine législatif, «*les mêmes facultés d'aménagement des normes supérieures que le juge constitutionnel accorde à la loi*¹⁵». Cette position a notamment été défendue dès 1988 par Louis Favoreu¹⁶, et elle ne manque pas d'arguments logiques. En effet, les actes émis par les autorités territoriales peuvent écarter ou modifier les lois existantes¹⁷. Or, les lois sont supérieures aux principes généraux du droit et peuvent de ce fait ne pas les respecter.

charges publiques - que pour les impositions décidées par le Parlement national», «Fiscalité en Polynésie française», AJDA 1997, 968. De même, dans leur commentaire de cette décision, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux écrivent que «l'absence d'une rupture «caractérisée» reflète bien que, dans cet examen, le Conseil constitutionnel n'a voulu exercer qu'un contrôle restreint», «Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 18, novembre-décembre 1997 (1ère partie)», PA n° 27, 4 mars 1998, p. 19.

15 «État de droit et droit d'outre-mer», Le régime législatif de la Nouvelle-Calédonie, (dir. Jean-Yves Faberon), Dalloz 1994, p. 21

16 *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, L.G.D.J. / Montchrestien, 1988, p. 145 et s.

17 Pour autant que celles-ci soient antérieures à la loi statutaire; cf. CE avis n° 363.633 du 5 octobre 1999: «(...) une loi promulguée et rendue applicable en Polynésie française, même comportant des dispositions contraires à la loi organique, serait applicable de plein droit et prévaudrait, jusqu'à son abrogation, sur toute disposition contraire antérieure édictée par une délibération territoriale qui n'a, dans l'état actuel du statut de la Polynésie française, qu'une valeur réglementaire (...). Une fois intervenue une loi postérieure à la loi organique fixant le statut du territoire, le territoire n'a pas le pouvoir de la modifier».

Comment ne pas concevoir dès lors qu'une délibération d'une assemblée territoriale ne puisse pas s'affranchir du respect des principes généraux du droit¹⁸?

Le raisonnement est le même à propos des ordonnances mentionnées dans l'article 38 de la Constitution: ces normes ont pour objet de modifier des lois, aussi doit-on en conclure qu'*«une ordonnance peut modifier un principe général du droit au même titre qu'une autre loi»*¹⁹. D'ailleurs, telle semble bien être la position du juge constitutionnel. Ce dernier invite en effet le juge administratif, chargé du contrôle des ordonnances, à vérifier uniquement leur constitutionnalité²⁰.

Cependant, le juge administratif n'a pas retenu cette position, tant en ce qui concerne les ordonnances²¹ que les délibérations des assemblées territoriales²² intervenant dans les matières législatives, estimant que dans les deux cas, ces actes sont astreints au respect des principes généraux du droit. Comme l'indique Louis Favoreu, le juge administratif continue de rabaisser le rang hiérarchique des délibérations des assemblées territoriales des TOM *«à celui d'actes administratifs ordinaires tels que des décrets ou arrêtés»*²³.

C Les Tentatives de Réforme du Pouvoir Normatif

Si le juge constitutionnel avait abordé la question avec un esprit ouvert et en dehors des cadres établis, le renforcement du pouvoir normatif de la Polynésie française, et plus particulièrement celui de son assemblée lorsqu'elle intervient dans les matières législatives, aurait pu se manifester à droit constitutionnel constant, afin que les délibérations de cette assemblée ne soient plus soumises à un contrôle de

18 Car si tel n'est pas le cas, «on risque d'arriver à une certaine paralysie du pouvoir normatif territorial s'il est soumis aux exigences relativement élevées que le juge formule à l'égard des actes administratifs et si le législateur national n'a plus compétence pour déroger aux principes généraux du droit ordinaire ou aménager la portée des principes à valeur constitutionnelle ou encore le régime des libertés publiques (...). Il semble que le risque ne soit pas inexistant de figer certaines décisions juridiques, faute d'autorité compétente pour les aménager de façon satisfaisante», Jean-Claude Douence, «État de droit et droit d'outre-mer», op. cit. p. 20.

19 Catherine Boyer-Merentier, Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, Economica-PUAM, 1996, p. 171; cf. aussi Denys de Béchillon, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, Economica 1996, p. 320 et s.: «D'une certaine manière, il paraît naturel pour une ordonnance de déroger à un principe général du droit».

20 Cons. Const. n° 77-72 DC, 12 janvier 1977, *G.D.C.C.*; Cons. Const. n° 81-134 DC, 5 janvier 1982, Rec. p. 15.

21 CE 4 novembre 1996, Ass. de défense des sociétés de courses hippodromes de province et autres, *R.F.D.A.* 1996, conclusions Christine Maugué, p. 1099-1111.

22 Jurisprudence constante: CE 18 février 1998, Section locale du Pacifique Sud de l'ordre des médecins, req. n° 171851.

23 "Principes généraux du droit et ordonnances non ratifiées", *R.F.D.A.* 1996, p. 1112.

légalité exigeant mais à un contrôle de constitutionnalité équivalent à celui pratiqué par le Conseil constitutionnel – reconnaissant à ces actes un pouvoir discrétionnaire accru. Hélas, tel ne fut pas le cas lors de la révision statutaire de 1996. Du coup, il a fallu attendre 2003 pour voir modifiée la Constitution et que soit enfin introduit dans le système institutionnel polynésien un pouvoir quasi-législatif.

En 1996, lors des discussions qui ont eu lieu à l'occasion de la révision statutaire entre l'État et les élus polynésiens, l'idée directrice de cette réforme attendue par le gouvernement de la Polynésie française résidait dans une double volonté: d'une part, d'améliorer la sécurité juridique du système normatif polynésien et d'autre part, d'obtenir enfin une amélioration (i.e. un renforcement) de l'autonomie normative. Par contre, en ce qui concerne le système institutionnel, aucune demande d'importance n'a été présentée à cette époque par les élus polynésiens. Ce faisant, si le contrôle du juge évoluait comme demandé, alors il serait remédié à la dissymétrie institutionnelle puisqu'à la structure politique des institutions territoriales correspondrait un pouvoir normatif en adéquation, c'est-à-dire de nature politique.

En ce qui concerne le deuxième point, à savoir le renforcement de l'autonomie normative, les élus polynésiens ont tenté de faire inscrire dans la loi organique des dispositions qui auraient pu favoriser l'émergence d'un contrôle juridictionnel plus proche de celui qui prévaut devant la juridiction constitutionnelle que du contrôle de légalité classique. En effet, ils ont demandé que les délibérations de leur assemblée intervenant dans les matières législatives ne soient plus soumises aux principes généraux du droit mais aux seuls principes à valeur constitutionnelle. Mais l'État a immédiatement opposé une fin de non-recevoir à cette demande, et dès lors, ce dispositif n'a pu être adopté.

S'agissant ensuite du renforcement de la sécurité juridique, à la satisfaction des élus polynésiens, le parlement a adopté le dispositif suivant:

Sans préjudice du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les délibérations de l'assemblée de la Polynésie française ou de sa commission permanente qui demeure, quant à sa recevabilité, régi par le droit commun, le recours pour excès de pouvoir formé contre les actes pris en application de ces délibérations doit, à peine de forclusion, avoir été introduit dans le délai de quatre mois suivant la publication de la délibération attaquée, lorsque la solution du litige conduit à apprécier s'il a été fait par ces délibérations une exacte application de la répartition des compétences entre l'État, le territoire et les communes (art. 113 a. 1^{er}).

Cependant, le juge constitutionnel a censuré la totalité de ce dispositif en estimant qu'il serait porté ainsi une atteinte trop importante au droit au recours:²⁴

85. Considérant que cette disposition a pour effet de priver de tout droit au recours devant le juge de l'excès de pouvoir la personne qui entend contester la légalité d'un acte pris en application d'une délibération de l'assemblée territoriale, plus de quatre mois après la publication de cette délibération, lorsque la question à juger porte sur la répartition des compétences entre l'État, le territoire et les communes; qu'eu égard à l'importance qui s'attache au respect de la répartition des compétences entre ces autorités, le souci du législateur de renforcer la sécurité juridique des décisions de l'assemblée ne saurait justifier que soit portée une atteinte aussi substantielle au droit à un recours juridictionnel ; que dès lors le 1^{er} alinéa de l'article 113 est contraire à la Constitution.

Pourtant, la limitation du droit au recours portant sur le vice de compétence passé un délai de quatre mois impactait non pas les actes supports (plus précisément les délibérations) mais uniquement les actes subséquents pris pour l'application de ces derniers (les arrêtés de l'exécutif). Et que penser du motif alors avancé par le juge constitutionnel à propos de la «privation» de tout droit au recours, lorsque l'on constate, plus de 20 ans plus tard, que, de manière prétorienne, le Conseil d'État a, quant à lui, su et pu limiter ce droit au recours: en effet, aujourd'hui, passé le délai du recours pour excès de pouvoir qui est de deux mois, il n'est plus possible pour les requérants d'invoquer le vice de forme ou de procédure dans le cadre de l'exception d'illégalité ou d'une demande d'abrogation, et l'administration peut désormais continuer à appliquer un règlement, même s'il s'avère entaché d'illégalité par un vice de forme ou de procédure²⁵.

Ainsi, ce fut un double échec, aussi bien sur la question de la sécurité juridique et que sur celle de la garantie de l'autonomie normative et c'est pourquoi, on a pu soutenir que la loi statutaire du 12 avril 1996 apparaissait *«comme la 11^{ème} modification du statut de 1984»*, tant les innovations juridiques apportées à ce dernier étaient demeurées modestes²⁶.

Il faudra attendre 2003 et plus précisément la transformation des territoires d'outre-mer en collectivité d'outre-mer, transformation opérée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, pour voir enfin reconnue la spécificité des délibérations intervenant dans des matières législatives, puisque ces dernières,

24 Cons. const. n° 96-373 DC du 9 avril 1996.

25 CE ass. 18 mai 2018, Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, n° 414583.

26 Guy Sem, Introduction au statut juridique de la Polynésie française, DDOM, Papeete, 1996, p. 12.

désormais qualifiées de «loi du pays» par la loi organique du 12 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, sont soumises à un «*contrôle juridictionnel spécifique*» (art 74 al. 8 de la Constitution). En effet, la loi du pays qui est l'expression même de l'autonomie politique, ne saurait relever d'un banal contrôle juridictionnel, quand bien même serait-il exercé par le Conseil d'État.

Les modalités de ce contrôle juridictionnel spécifique seront définies un an plus tard, en 2004, par la loi organique du 12 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, dans ses articles 176 et suivants.

Comme l'indiquait le Garde des Sceaux lors de la discussion au Sénat du projet de loi constitutionnel relatif à l'organisation décentralisée de la République: avec la loi du pays, la Polynésie gagne «*une marge de manœuvre et d'appréciation, ainsi qu'un espace de décision beaucoup plus important*» que ce dont dispose une simple autorité administrative.

III LE NOUVEAU POUVOIR NORMATIF OCTROYÉ À L'ORGANE DÉLIBÉRANT²⁷ A-T-IL REPOUNDU AUX ATTENTES DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE ?

Sur le plan symbolique, les «lois du pays» polynésiennes n'ont sans doute pas véritablement comblé les attentes des élus de la Polynésie française puisqu'elles n'ont qu'une valeur réglementaire. Cependant, si ces dernières n'ont effectivement pas force de loi, elles disposent toutefois des mêmes potentialités d'action que les lois du pays néo-calédoniennes, et sur ce plan, la réforme constitutionnelle de 2003, en conférant à la Polynésie française un pouvoir normatif quasi-législatif, est perçue comme satisfaisante (C). C'est ce que nous allons démontrer en commençant par exposer comment s'est construit le régime juridique de la loi du pays (A), puis en vérifiant que la loi du pays est une norme quasi-législative (B).

A La Construction du Régime Juridique de la loi du Pays

La Constitution, dans son article 74 alinéa 8, précise que:

Le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi.

Mais de quel type de contrôle s'agit-il: un contrôle de légalité? Ou un contrôle de constitutionnalité?

27 Précisons aussi que ce pouvoir normatif peut-être exercé par la population polynésienne par voie de référendum (article 159 de la loi organique du 27 février 2004). Ce qui n'a encore jamais été le cas.

Si la Loi Fondamentale ne le précise pas, en revanche, il est spécifié dans l'article 176-III de la loi organique statutaire polynésienne que :

La procédure contentieuse applicable au contrôle juridictionnel spécifique de ces actes est celle applicable en matière de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. (art. 176-III de la Loi organique du 12 février 2004).

Cependant, cette analogie avec le contentieux de l'excès de pouvoir n'implique nullement l'assimilation du régime juridique et contentieux de la loi du pays à celui de l'acte administratif. En effet, dans son étude intitulée *«Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif»*, le doyen Georges Vedel précisait que le contrôle de légalité et le contrôle de constitutionnalité utilisaient les mêmes techniques, et que le contrôle de constitutionnalité de la loi est une transposition du contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur le règlement²⁸.

Dans le silence des textes, il est revenu à la Haute Assemblée de préciser ce qu'il fallait entendre par *«contrôle juridictionnel spécifique»*²⁹. Or, dès le premier contentieux engagé contre une loi du pays polynésienne, le commissaire du gouvernement Jacques Henri Stahl observait que :

le législateur organique, sur le modèle des «lois du pays» calédoniennes, a organisé un mode de contestation par voie d'action qui s'apparente au contrôle de constitutionnalité des lois : les «lois du pays» polynésiennes ne sont, en effet, pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir classique, dans les deux mois suivant leur publication³⁰.

C'est pourquoi, ce dernier invitait les membres de la section du contentieux à s'inspirer, dans bien des hypothèses, de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour déterminer le régime juridique de la loi du pays³¹. Et tel a bien été le cas puisque

28 Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 1, 1997 et n° 2, 1997.

29 Et ce d'autant plus, comme le souligne Aurélie Bretonneau en s'adressant à l'assemblée du contentieux, «qu'il n'est pas dans les habitudes de votre assemblée de se laisser impressionner par les textes qui entreprennent de régir votre office dans des conditions qui ne vous conviennent pas» («La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédures affectant les actes réglementaires», RFDA 2018, page 649, conclusion sur CE ass. 18 mai 2018, fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT, n° 414583).

30 Concl. sur CE sect. 1^{er} février 2006, Commune de Papara, M. Bruno Sandras, req. n° 286584, RFDA 2006, conclusions Jacques-Henry Stahl, p. 271-279, note Alain Moyrand et Antonino Troianiello, p. 280-285; DA avril 2006, n° 63, p. 33-34 note Pierre-Olivier Caille; AJDA 2006, p. 287; GP 18-22 août 2006, p. 23-24.

31 Par la suite, d'autres commissaires du gouvernement ou rapporteurs publics ont conclu à ce que «pour les questions de fond comme celle tenant au respect du principe d'égalité les solutions dégagées par le Conseil constitutionnel sont largement transposables» : Célia Vérot CE 15 mars 2006, Flosse et autres, req. n° 288390, RFDA 2006, p. 638-640; AJDA 2006, p. 629.

quelques années plus tard, le commissaire du gouvernement Édouard Crepey, dans ses conclusions sur CE 30 décembre 2013, société anonyme brasserie de Tahiti, n° 368065, rappelait au Conseil d'État que

votre jurisprudence sur les lois du pays tend à s'inspirer de celle du Conseil constitutionnel, que ce soit sur le fond ou sur la procédure.

Sans prétendre à l'exhaustivité, on présentera trois éléments principaux du régime contentieux des lois du pays polynésiennes qui sont repris du contrôle de constitutionnalité.

Ainsi tout d'abord, à l'instar de la loi parlementaire³², la loi du pays polynésienne peut pénétrer dans le domaine de compétence du gouvernement qui exerce tant le pouvoir réglementaire dérivé qu'une bonne partie du pouvoir réglementaire autonome, sans pour autant que cela ne constitue une violation du bloc de légalité auquel sont soumises ces normes³³.

Ensuite, on sait que dans le cadre du contrôle de légalité, lorsque l'autorité administrative envisage de modifier le texte qui a, de façon obligatoire, été soumis initialement à l'avis d'une instance consultative, le juge administratif impose qu'elle consulte à nouveau cette instance sur les modifications projetées lorsque ces dernières posent des «*questions nouvelles*». Et cette obligation s'impose aussi aux amendements qui pourraient être déposés soit par l'exécutif de la collectivité, soit par les membres de l'organe délibérant³⁴. En revanche, le Conseil constitutionnel n'interdit pas au gouvernement ou au parlement d'introduire une question nouvelle par voie d'amendement³⁵, sauf si cet amendement est «*dépourvu de tout lien avec le texte*». C'est exactement cette solution qu'a appliqué le Conseil d'État pour la procédure de consultation du Haut Conseil (lorsque celui-ci existait encore) ou du Conseil économique, social, environnemental et culturel, et pour le droit d'amendement³⁶.

Enfin, pour ce qui est du troisième élément principal du régime contentieux des lois du pays polynésiennes, le Conseil d'État, en se référant directement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, n'a pas censuré une loi du pays qui

32 Cons. Const. décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982 à propos de la loi sur le blocage des prix et des revenus.

33 CE sect. 1^{er} février 2006, Commune de Papara, M. Bruno Sandras, req. n° 286584, *op. cit.*; CE 19 mai 2022, M. Chang Sang, n° 460991.

34 CE 15 mai 2000, Territoire de la Nouvelle-Calédonie, req. n° 193725, Rec. p. 170.

35 Cons. const. n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *AJDA* 2003, p. 1625, note M.-T. Viel.

36 CE 15 mars 2006, Flosse et autres, req. n° 288390, *op. cit.*; CE 19 mai 2022, M. Chang Sang, n° 460991.

méconnaissait les dispositions de fond d'une précédente loi du pays. On sait que les lois du pays sont soumises à des normes de références spécifiques: la Constitution, les lois organiques, les engagements internationaux et les principes généraux du droit qui:

recoupent peu ou prou (et ce n'est évidemment pas un hasard) celle des normes de références du contrôle exercé par le juge administratif sur les ordonnances de l'article 38 de la Constitution³⁷.

Ainsi, la loi du pays, comme la loi parlementaire³⁸, n'a pas à respecter les délibérations et les arrêtés ni même les lois du pays ou encore le règlement intérieur de l'assemblée, sauf si les dispositions de ce dernier sont

nécessaires pour préciser les règles de fonctionnement fixées par la loi organique statutaire et ne sont pas contraires à celle-ci (CE 19 mai 2022, M. Chang Sang, n° 460991).

C'est ce qu'a expressément reconnu le Conseil d'État dans un arrêt du 22 juillet 2020, ainsi que l'invitait dans ses conclusions M. Alexandre Lallet, le rapporteur public³⁹:

il n'appartient au Conseil d'État, dans le cadre du contrôle défini par l'article 177 de la loi organique, d'apprécier la légalité des "lois du pays" qu'au regard de la Constitution, des lois organiques, des engagements internationaux et des principes généraux du droit. Est par suite inopérant le moyen tiré de ce que le deuxième alinéa de l'article Lp 6 méconnaîtrait les dispositions des articles Lp. 3231-12 et Lp. 3231-15 du code du travail polynésien sur la consultation des instances représentatives du personnel en matière de congés payés⁴⁰.

37 Julien Boucher et Béatrice Bourgeois-Machureau, «Deux ans de contentieux des «lois du pays» de la Polynésie française devant le Conseil d'État», AJDA 2007, p. 2370.

38 Le Conseil constitutionnel contrôle la loi par rapport à des normes hiérarchiquement supérieures (le bloc de Constitutionnalité) mais non par rapport à d'autres lois. Ainsi, statuant à propos de la loi portant réforme de la planification, le Conseil constitutionnel a jugé que *«le législateur ne peut lui-même se lier; qu'une loi peut toujours et sans condition, fût-ce implicitement, abroger ou modifier une loi antérieure ou y déroger»* (Con. const. n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, cons. n° 8, *Rec. Cons. const.* 1982, p 48; *AJDA* 1982, p. 577, Jacquot; *RA* 1982, p. 509, Robert Etien; *JCP* 1989, I, 3390, Francis Querol).

39 «7° Il ne peut être utilement soutenu que cet article LP 6 méconnaîtrait l'article LP 3231-12 du code du travail de Polynésie française qui fixe les modalités de prise de congés payés, dès lors qu'il ne vous appartient pas de confronter une loi du pays à une autre, mais seulement au bloc de légalité de référence dont la consistance est limitativement définie par la loi organique.»

40 CE 10° et 9° 22 juillet 2020, n° 440206.

Cependant, ce n'est que dans le cadre de la **légalité interne** que la Haute Assemblée refusait de censurer une loi du pays méconnaissant une précédente loi du pays ou encore une délibération ou tout autre règlement. En revanche, dans le cadre de la **légalité externe**, le juge administratif pouvait être amené à censurer la loi du pays qui a violé le principe «*tu patere legem quam ipse fecisti*»⁴¹, en vertu duquel une autorité administrative est tenue de respecter une règle qu'elle a édictée et ce, même si cette règle a été posée par une «simple» délibération⁴². On sait qu'en application de ce principe, tant qu'une disposition réglementaire régulièrement publiée n'a été ni modifiée, ni abrogée, elle doit être appliquée par toutes les autorités publiques, y compris par celle qui en est l'auteur⁴³.

Cependant, dans un arrêt du 2 octobre 2020⁴⁴, Confédération A Tia I Mua, n° 441297⁴⁵, le Conseil d'État a opéré un revirement de jurisprudence. En effet, la Haute Assemblée a dit pour droit:

qu'il n'appartient au Conseil d'État d'apprécier la légalité des lois du pays qu'au regard de la Constitution, des lois organiques, des engagements internationaux et des principes généraux du droit. Est par suite inopérant le moyen tiré de ce que la procédure d'adoption de la loi du pays contestée serait irrégulière, faute d'avoir fait l'objet préalablement de la consultation du conseil supérieur de la fonction publique de la Polynésie française prévue par l'article 3 de la délibération n° 95-216 AT du 14 de décembre 1995.

Ainsi, si lorsque le Conseil d'État exerce le contrôle juridictionnel spécifique sur les lois du pays, il lui arrive de rechercher des solutions jurisprudentielles déjà consacrées dans le cadre classique du contrôle de légalité; dans la plupart des hypothèses, il applique celles dégagées par le Conseil constitutionnel lors du contrôle

41 Textuellement: «Souffre la loi que tu as faite toi-même».

42 CE 17 juillet 2013, M. Vernier, n° 365320; CE 18 juin 2014, n° 374370; CE 12 février 2016, n° 394344.

43 CE sect. 28 novembre 1930, Sieur Aubanel, rec. P. 995; CE ass. 19 mai 1983, Club sportif et familial de la Fève et autre, Rec. p. 204; CE 23 mars 2005, Mme Smart et autres, Rec. T., n° 261252.

44 Voir aussi CE 10 décembre 2021, n° 456004; CE 21 décembre 2021, M. Toumaniantz, n° 456153: «il résulte des dispositions de l'article 176 (...) qu'il n'appartient en conseil d'État d'apprécier la légalité des «lois du pays» au regard de la Constitution, des lois organiques, des engagements internationaux et des principes généraux du droit. Par suite M. C... ne peut utilement soutenir que la «loi du pays» qu'il attaque serait irrégulière en l'absence de consultation préalable du comité des usagers fiscaux créés par l'arrêté n° 1967 CM du président de la Polynésie française en date du 7 décembre 2011».

45 Observations Stéphane Diemert et Alain Moyrand, «Le Conseil d'État contrôle-t-il la procédure d'adoption des lois du pays?», BJCL n° 10/2020, p.712-719.

les lois parlementaires. S'il ne s'agit pas vraiment d'un contrôle de constitutionnalité, en tout état de cause, il ne s'agit plus seulement d'un contrôle de légalité.

B La loi du Pays, un Acte Quasi-législatif

Concrètement, cette avancée majeure pour la Polynésie signifie que, comme la loi parlementaire ou la loi du pays néo-calédonienne, la loi du pays polynésienne va disposer d'une marge d'appréciation plus importante que celle qui ne saurait être reconnu par le juge de la légalité aux autorités administratives⁴⁶. En effet, comme l'indique Jean-Eric Schoettl:

il n'est évidemment pas question que le juge constitutionnel traite le législateur comme le juge administratif traite l'administration, l'intérêt général ne saurait être un instrument de contrôle de constitutionnalité, au même **degré** qu'il est un instrument de contrôle de légalité⁴⁷.

En d'autres termes, le juge constitutionnel pratique son office à l'égard de la «loi⁴⁸» avec une certaine réserve car, à la différence du juge ordinaire, il apprécie la loi qui lui est soumise par les saisissants selon un rapport de «*conformité*» avec les normes supérieures peu contraignant, et tel est aussi désormais l'attitude du Conseil d'État lorsqu'une loi du pays lui est déferée.

Ainsi, lors du premier contentieux intenté contre une loi du pays, où était en cause le principe d'égalité, le Conseil d'État s'est contenté d'exercer un contrôle de type restreint⁴⁹. En effet, après avoir d'une part, constaté que la loi du pays déferée instituait des différences de traitement entre l'archipel des Îles du Vent et les autres

46 Ferdinand Mélin-Soucramanien, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, P.U.A.M – Economica, 1997, p. 47: «(...) le degré de «discrétionnalité» accordé aux autorités réglementaires dans l'élaboration des normes qu'elles édictent est, par nature, moins important que celui qui est reconnu au législateur»; voir aussi Anne-Marie Le Pourhiet, «Le contrôle des faits en droit constitutionnel. Le cas des «spécificités territoriales»», Mélanges Dimitri Georges Lavroff, Dalloz 2005, p. 230: «Il n'est néanmoins pas contestable que le contrôle de l'excès de pouvoir législatif expose davantage à la rencontre de l'opportunité politique que l'excès de pouvoir administratif. Il en résulte naturellement une retenue beaucoup plus fréquente et flagrante en matière de contrôle des lois (...)».

47 «*Intérêt général et Constitution*», E.D.C.E. n° 50, La Documentation française, 1999, p. 385

48 Dans sa thèse consacrée à l'étude du pouvoir discrétionnaire du législateur, Sébastien Millet révèle que, parmi les logiques qui expliquent que le législateur peut disposer d'une marge de manœuvre appréciable, figure «*la logique politique, qui impose au juge [constitutionnel] de traduire, dans l'exercice de son contrôle, l'éminence qui imprègne les choix du législateur*» (p. 593) car «*le pouvoir législatif est un pouvoir politique de sélection des fins opportunes, d'invention des modalités nécessaires et d'arbitrage entre les différents impératifs légitimes*» (p. 595), *Le pouvoir discrétionnaire du législateur: contribution à une étude du pouvoir législatif*, thèse de droit public, Université de Paris II, 2006.

49 CE sect. 1^{er} février 2006, Commune de Papara, M. Bruno Sandras, op. cit.

archipels, puisque le dispositif d'aide à l'emploi dont il était question n'était applicable que dans les archipels autres que les Îles du Vent, et d'autre part, estimé que ces différences de traitement étaient notamment justifiées par: *«les plus graves difficultés rencontrées en termes d'emploi par la population des archipels autres que celui des îles du Vent où se situe le principal bassin d'emploi de la zone»*, la Haute Assemblée a conclu que ces différences *«ne sont pas manifestement disproportionnées»* alors qu'habituellement, le juge précise que les dispositions litigieuses ne portent pas atteinte au principe d'égalité⁵⁰.

Ce faisant, le Conseil d'État révèle que le contrôle de la loi du pays est du même type que le contrôle de constitutionnalité de la loi parlementaire. Il en va de même pour la Haute Assemblée lorsqu'elle est chargée d'apprécier la légalité d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution (et désormais de l'article 74-1). En effet: *«le Conseil d'État est [...] amené à opérer un contrôle de Constitutionnalité des ordonnances»*⁵¹.

C'est aussi à cette conclusion que parvient M. Julien Boudon dans son étude intitulée *«Propos malicieux sur les ordonnances de l'article 38 de la Constitution»*⁵²:

Le juge administratif traite l'ordonnance non ratifiée comme si elle était une loi (...).

Le Conseil d'État considère donc l'ordonnance non ratifiée comme une quasi-loi (...).

Le contrôle de légalité exercé par le Conseil d'État est allégé⁵³ (p. 1495 et 1496).

On mesure alors tout l'intérêt et le bénéfice que retire aujourd'hui la Polynésie en termes de pouvoir normatif, puisque dans ses domaines de compétence – et on sait que la loi du pays peut pénétrer dans tous les domaines, tant législatif que réglementaire – la loi du pays dispose bien, comme l'avait annoncé le garde des sceaux lors de la discussion au Parlement du projet de loi Constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, d'un: *«espace de décision beaucoup plus important que ceux d'une simple autorité administrative»*⁵⁴.

50 Voir aussi: CE 30 mai 2018, n° 417577.

51 Catherine Boyer-Mérentier, Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, P.U.A.M., Economica 1996, p. 175.

52 AJDA 2019, p. 1492-1496.

53 Voir par exemple: CE sect. 19 octobre 2005, Confédération générale du Travail, n° 283892.

54 Sénat, séance du 29 octobre 2002, J.O.R.F. Sénat, débats parlementaires, 30 octobre 2002, p. 3220.

Aussi, comme le souligne très justement Stéphane Diémert, la Polynésie française dispose désormais d'un pouvoir «*quasi-législatif*⁵⁵». Les mêmes observations ont pu être faites par Denys de Béchillon à propos des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. En effet, cet auteur a démontré que, bien que cette norme soit de nature réglementaire et partant «*justiciable de recours pour excès de pouvoir*», cela ne débouche pas pour autant sur un contrôle très contraignant et en tout état de cause: «*de nature à devoir, à lui seul, phagocyter tous les autres paramètres d'évaluation de la «vraie» valeur juridique de l'ordonnance*⁵⁶». Et Denys de Béchillon de préciser:

du point de vue de sa place dans la hiérarchie des normes, voire de sa «nature», l'ordonnance «législative» non ratifiée tient beaucoup plus de la loi que de l'acte administratif.

Ce constat est aussi applicable à la loi du pays polynésienne.

On remarque donc bien que ce pouvoir quasi-législatif est une réalité et ce, alors même que les lois du pays demeurent soumises aux principes généraux du droit. Aussi doit-on reconnaître que le «*desserrement*» du contrôle de la loi du pays opéré par le Conseil d'État s'explique non pas par l'absence de ces principes dans les normes de référence⁵⁷ auxquelles sont soumis ces actes, mais par les éléments de forme, de procédure et de fond qui caractérisent le régime juridique de la loi du pays et qui s'inspirent de la procédure législative et du contrôle de constitutionnalité. C'est parce qu'il est confronté à des problématiques juridiques qui ressemblent fort à celles que connaît le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'État, comme ce dernier, accorde à la loi du pays une part plus importante de pouvoir discrétionnaire⁵⁸.

C Le Bilan: un Résultat Globalement Satisfaisant

Tout récemment, en novembre 2022, à l'occasion d'un déplacement à Paris, le président de la Polynésie française a indiqué, lorsqu'il a été auditionné par la délégation sénatoriale aux outre-mer, qu'il souhaitait qu'à l'occasion d'une prochaine

55 «L'évolution de la fonction législative outre-mer ou «comment on légifère pour l'outre-mer»», RJP 2006, p. 30; dans le même sens, Nicolas Clinchamps, «Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie: le fédéralisme en question», Pouvoirs n° 113, 2006, p. 79.

56 «La vraie nature des ordonnances», Mélanges Bruno Genevois, Dalloz 2009, p. 214.

57 Au demeurant, cela n'est guère surprenant puisque de nombreux principes généraux du droit ont leur équivalent dans les principes à valeur constitutionnelle dégagés (ou créés) par le juge constitutionnel.

58 Sur cette question, voir l'article précurseur d'Alain Bockel, «*Le pouvoir discrétionnaire du législateur*», Mélanges Léo Hamon, Economica 1982, p. 43 et s. et la thèse de Sébastien Millet, *Le pouvoir discrétionnaire du législateur: contribution à une étude du pouvoir législatif*, thèse de droit public, Université de Paris II, 2006.

révision constitutionnelle, la Polynésie française puisse acquérir l'autonomie législative, en d'autres termes l'autonomie politique, comme c'est le cas en Nouvelle-Calédonie: cette demande d'évolution institutionnelle pourrait laisser croire que les autonomistes sont insatisfaits de leur actuelle loi du pays.

Or tel ne semble pas être le cas. Certes, la consécration d'un véritable pouvoir législatif en Polynésie française présenterait un intérêt certain sur un plan pratique. En effet, les lois du pays néo-calédoniennes bénéficient, avant leur adoption par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, de l'expertise des sections administratives du Conseil d'État puisque ce dernier est chargé de rendre un avis sur les projets ou propositions de loi du pays⁵⁹. Or, depuis la suppression du Haut Conseil de la Polynésie française, il n'existe plus d'organisme spécialisé dédié à l'étude des projets de loi du pays du gouvernement. Aussi, le fait de pouvoir bénéficier de l'analyse juridique des sections administratives du Conseil d'État sur les projets (mais aussi sur les propositions) de loi du pays polynésiennes serait un gain appréciable.

D'ailleurs, depuis plus de deux décennies où le statut de collectivité d'outre-mer (COM) s'applique en Polynésie française, jamais les autonomistes n'ont émis de critique de fond sur le nouveau contrôle juridictionnel spécifique confié au Conseil d'État. Les seuls reproches qui ont été adressés à la Haute Assemblée concernent les délais de jugement des lois du pays dans le cadre du contrôle *a priori*. En effet, alors que le Conseil d'État doit statuer dans un délai de trois mois, il lui est arrivé à certaines périodes de mettre plus de 18 mois⁶⁰ pour rendre son arrêt, entraînant des conséquences calamiteuses, notamment financières, pour la Polynésie. Mais cet aspect négatif a été corrigé lors d'une révision statutaire qui a eu lieu en juillet 2019⁶¹ puisque désormais, si le Conseil d'État n'a pas statué dans le délai de trois mois, le président de la Polynésie peut promulguer la loi du pays, et dans cette hypothèse, celle-ci sera soumise un contrôle *a posteriori* comme le sont les lois du pays fiscales.

En réalité, il semble que la demande d'évolution statutaire formulée par le gouvernement de la Polynésie soit liée à la crainte qu'une éventuelle modification des articles 73 et 74 de la Constitution qui unifierait les régimes juridiques de toutes

59 Art. 100 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

60 Texte adopté LP n° 2011-10 LP/APF du 12 avril 2011 *relative à la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé et des produits et prestations remboursables* (requête enregistrée le 23 mai 2011); le Conseil d'État a finalement rendu sa décision le 26 novembre 2012, soit près de 18 mois après sa saisine.

61 Loi organique du 5 juillet 2019 modifiant notamment l'art. 177-II de la loi organique du 12 février 2004.

les collectivisés concernées, ne banalise la situation de la Polynésie⁶². Aussi, pour se distinguer de ces dernières, il semble judicieux à cette COM de quitter le statut de simple collectivité territoriale pour devenir, comme c'est le cas dans de nombreux États européens autonomiques, une entité disposant de l'autonomie législative (i.e. politique).

En supposant que le constituant soit disposé à doter la Polynésie française d'un pouvoir législatif territorial équivalent à celui de la Nouvelle-Calédonie, il n'est pas certain pour autant que cette COM voie sa situation évoluer en termes de gouvernance. Aussi paradoxal que puisse paraître cette affirmation, elle nous semble pourtant s'imposer. En effet, dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, il a déjà été démontré que «*le Conseil constitutionnel a été une institution centrée sur la défense de l'État*⁶³» et ce constat peut aussi parfaitement s'appliquer à la situation de la Polynésie française. Fréquemment, le juge constitutionnel⁶⁴ censure ou limite les prérogatives consacrées par le législateur organique dans le statut de cette COM. Ainsi par exemple, le Conseil constitutionnel⁶⁵ a dénaturé la notion d'arrangement administratif afin que ces actes soient soumis aux dispositions des articles 52 et 53 de la Constitution, comme le sont les traités internationaux, et ce, afin de restreindre les pouvoirs de la Polynésie dans le domaine des relations internationales⁶⁶. Autre exemple: en dépit de la répartition stricte des compétences entre la COM et l'État, le Conseil constitutionnel a «découvert» un pouvoir normatif à l'État en matière fiscale⁶⁷, pouvoir qui n'était pourtant pas consacré par la loi organique statutaire. De

62 Voir Rapport d'information n° 713 au nom de la délégation sénatoriale aux outre-mer sur *la différenciation territoriale outre-mer. Quel cadre pour le sur-mesure?* Michel Magras 21 septembre 2020.

63 Chauchat, «La Nouvelle-Calédonie, le processus d'indépendance», *La France et le droit international, Volume IV - La France et son outre-mer* (dir. Gérard Cahin, Florence Poirat, Sandra Szurek), à paraître; dans le même sens voir aussi Valérie Goesel-Le Bihan, «*La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation*», *A.F.D.I.* (C.N.R.S.) 1998, p. 24-75.

64 Cependant, il n'en a pas toujours été ainsi. Lorsqu'en effet siégeait au sein du Conseil constitutionnel François Luchaire, des solutions très favorables au renforcement le de l'autonomie des collectivités ultramarines ont été consacrées (Cons. const., 2 juill. 1965, n° 65-34 L: Rec. Cons. const., p. 75; Recueil Penant 1966, p. 347 note P. Lampué). Mais depuis lors, en l'absence de la présence au sein de cet organisme de membres ouverts aux problématiques des outre-mer, les intérêts propres de ces collectivités s'effacent devant ceux de l'État.

65 Cons. const. n° 2004-490 DC du 12 février 2004.

66 Valérie Goesel-Le Bihan, «Le Conseil constitutionnel et la conclusion des accords internationaux par les collectivités ultra-marines: un exemple de réserves contestables», *R.F.D.C.* n° 66, 2006, p. 375-386; *Revue Juridique et Politique des États francophones*, 2006-1, p. 50 à 71.

67 «Le Conseil constitutionnel et la décentralisation outre-mer: toujours plus d'État? Retour sur la décision 2007-1 LOM du 3 mai 2007», Mélanges en l'honneur du Professeur Guy Agniel; l'ouvrage

même encore, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi organique de 1996, le Conseil constitutionnel a dit pour droit que:

ni le principe de libre administration des collectivités territoriales ni la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'Outre-mer ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et par suite l'ensemble des garanties que celles-ci comportent, dépendent des décisions de collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République.

Aussi censure-t-il la possibilité offerte aux institutions du territoire de fixer les règles afférentes à la recherche des preuves des infractions aux réglementations territoriales. Le Conseil constitutionnel considère par ailleurs que le législateur ne pouvait «*limiter la compétence de l'État aux seules garanties fondamentales des libertés publiques*». Ce faisant, il déclare contraire à la Constitution le mot «*fondamentales*⁶⁸».

Pour sa part, le Conseil d'État a, à l'égard de la Polynésie, parfaitement joué le jeu de l'autonomie et consacré des solutions, parfois originales, permettant à cette collectivité de mettre en œuvre pleinement les prérogatives qui lui ont été reconnues par ses lois statutaires⁶⁹. Il n'y a en effet sans doute que dans deux hypothèses où le Conseil d'État a quelque peu malmené cette autonomie: d'une part, dans le domaine

est disponible en ligne sur le site de la Revue Juridique Économique et Politique de la Nouvelle-Calédonie: <https://rjpenc.nc/index.php/fr/>.

68 Cons. const. n° 96-373 DC du 9 avril 1996.

69 Voir par exemple: CE 6 mai 1991, n° 96820, Territoire de la Polynésie française c/ Epoux Boubée (Juris-Data n° 1991-044039; Rec. CE, p. 167): «*Considérant que la constatation et la déclaration d'utilité publique de travaux ne figurent dans aucune des matières énumérées par l'article 3 de la loi du 6 septembre 1984, qui énumère limitativement les compétences de l'État en Polynésie française, comme relevant de la compétence de l'État; qu'ainsi la constatation et la déclaration de l'utilité publique des travaux d'installation par le territoire d'un dépôt d'hydrocarbures à Uturoa, dans la commune d'Uturoa-Raiatea, relevaient, en vertu de l'article 2 de la même loi, de la compétence des autorités du Territoire*». Pourtant, pour toutes les autres collectivités territoriales de la République, ces autorisations ne peuvent être délivrées que par «*une autorité de l'État*» selon un principe à valeur constitutionnelle dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985. Voir aussi CE 19 février 2014, Min Chiu, n° 369177, conclusions Edouard Crepey.

des libertés publiques⁷⁰ et d'autre part, en matière fiscale⁷¹. Mais ces exceptions ne remettent pas en cause le bilan satisfaisant que nous venons d'évoquer.

IV CONCLUSION

Au terme de notre étude consacrée à la loi du pays polynésienne, nous pouvons faire deux observations, l'une relative à sa place dans la hiérarchie des normes, l'autre portant sur sa régulation juridictionnelle.

Tout d'abord, il apparaît, on l'a vu, que loi du pays polynésienne est une norme atypique puisque son régime juridique comprend des éléments propres à l'acte réglementaire et d'autres particuliers à l'acte législatif. Or, comme nous y invite l'analyse de Denys de Béchillon⁷² effectuée sur les ordonnances de l'article 38 de la Constitution, et qui illustre aussi parfaitement la situation des lois du pays polynésiennes, il convient désormais dans la hiérarchie des normes de faire une place à part à ce type de normes.

Réglementaire sur le plan formel mais législative sur le plan matériel, la loi du pays polynésienne s'apparente davantage à une loi qu'à un acte administratif. Et d'ailleurs, à l'occasion d'un contentieux relatif à une loi du pays où se posait la question de savoir s'il convenait de la soumettre à une procédure de consultation prévue pour les textes de nature réglementaire, le rapporteur public a clairement tranché par la négative en précisant qu'«une loi du pays n'est pas un texte réglementaire⁷³». Prenons un autre exemple pour illustrer nos propos: en 2015, un contentieux posait la question de savoir si l'article 7 de la charte sur l'environnement,

70 CE, ass., 29 avril 1994, n° 119562, Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie c/ Province Sud: Juris-Data n° 1994-048884; Rec. CE, p. 205; *RFDA* 1994, p. 947, conclusions contraires Martine Denis-Linton; chronique *AJDA* 1994, p. 499; D. 1995, jurispr. p. 242, note G. Orfil; Guy Agniel, «*Le Conseil d'État et la décentralisation outre-mer: toujours plus d'État?*», *RFDA* 1994, p. 954-958.

71 CE section des travaux publics, avis n° 370694 du 15 mars 2005, Financement des missions de sécurité et de sûreté sur les aéroports de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^e édition Dalloz 2008, p. 549; CE 12 janvier 2007, M. Flosse, Polynésie française, Mme Bopp Du Pont, req. n° 293542, n° 293924, n° 294054; précisons que le Conseil constitutionnel (Cons. Const. 3 mai 2007 n° 2007-1 LOM) qui a eu à connaître de ce même contentieux (l'ordonnance contestée devant le juge administratif, une fois ratifiée, a été déférée devant le juge constitutionnel par la voie du déclassement outre-mer) a retenu une solution qui, elle aussi, portait une sérieuse entorse aux compétences de la Polynésie: voir Alain Moyrand, «*Le Conseil constitutionnel et la décentralisation outre-mer: toujours plus d'État? Retour sur la décision 2007-1 LOM du 3 mai 2007*», Mélanges en l'honneur du Professeur Guy Agniel, op. cit.

72 Denys de Béchillon, «La vraie nature des ordonnances», Mélanges Bruno Genevois, Dalloz 2009, p. 214.

73 Laurent Domingo, conclusions sur CE 2 octobre 2020, confédération A Tia i Mua, n° 441297, observations Stéphane Diemert et Alain Moyrand, «*Le Conseil d'État contrôle-t-il la procédure d'adoption des lois du pays?*», *BJCL* n° 10/2020, p.712-719.

qui renvoie à la «loi» le soin de définir les conditions et limites du principe de participation (information du public, débat public et concertation), permettait à la loi du pays d'intervenir, alors pourtant que le Conseil constitutionnel (19 juin 2008, numéro 2008–564 DC) puis à sa suite le Conseil d'État (CE ass 3 octobre 2008, commune d'Annecy, numéro 297931):

ont interprété ce terme non pas dans son sens générique de norme impersonnelle et de portée générale, ce qui aurait permis à toute autorité administrative, dans son domaine de compétence, de déterminer elle-même les modalités de mise en œuvre du principe, mais dans son sens institutionnel et organique précis, celui d'actes votés par le Parlement à l'issue de la procédure législative (conclusions Édouard Crepey sur CE 13 février 2015, haut-commissaire de la république en Polynésie française, numéro 384447).

A cette question, la Haute Assemblée a répondu par l'affirmative.

Aussi doit-on en conclure que la loi du pays se situe à un rang *au-dessus* des actes administratifs mais *en-dessous* des lois.

Ensuite, nous pouvons constaté le paradoxe suivant : la reconnaissance à la Polynésie de l'autonomie législative (les lois du pays ont «force de loi»), au travers d'une révision constitutionnelle, ne lui confèrerait pas nécessairement un espace d'action plus grand que l'espace actuel (où les lois du pays n'ont qu'une valeur réglementaire) car le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel confine davantage à l'opportunité⁷⁴ que le contrôle juridictionnel spécifique confié au Conseil d'État, et cette circonstance profite plus à l'État qu'à la Polynésie. En effet, si comme dans les États fédéraux ou régionaux, le Conseil constitutionnel est désormais placé en position d'arbitre entre l'État et certaines collectivités ultramarines pour garantir la répartition des compétences entre ces personnes publiques, force est de constater que tel n'est pas le cas avec le juge constitutionnel français⁷⁵, contrairement aux juridictions constitutionnelles espagnoles ou italiennes qui se positionnent sur «une ligne équidistante entre deux options possibles, l'option centraliste et l'option

74 Pour étayer cette assertion exposée dans de nombreuses études voir le récent ouvrage du professeur Lauréline Fontaine, *La Constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel*, Edition Amsterdam, mars 2023, 288 pages.

75 Voir l'étude de Bertrand François-Lubin «*Le déclassement des lois par le Conseil constitutionnel*», *RFDA* 2022, p. 1064-1075, où l'auteur montre que si le juge constitutionnel, dans le cadre de la procédure de déclassement des lois prévue à l'article 74 de la Constitution, est bien le garant des compétences de la Polynésie, il ne protège pas pour autant son autonomie.

autonomiste» et veillent à défendre avec énergie l'autonomie des communautés contre les tentatives de l'État à la réduire⁷⁶.

Toutefois, le renforcement du pouvoir d'action de la Polynésie française pourrait être envisagé sans que ne soit modifiée la régulation juridictionnelle actuelle des lois du pays. Pour ce faire, il conviendrait d'opérer une modification, limitée mais d'importance, dans la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie, tout particulièrement concernant l'une de celles qui sont sanctuarisées à l'article 73-4 de la Constitution, à savoir la réserve de compétence de l'État en matière de «*garanties des libertés publiques*». En effet, cette compétence actuellement attribuée à l'État pose problème de par son imprécision⁷⁷ et limite à l'excès l'exercice des compétences des COM (et aussi de la Nouvelle-Calédonie).

Mais il s'agit là d'un autre débat⁷⁸ qui pourrait d'ailleurs faire l'objet d'un nouveau colloque portant sur la répartition des compétences.

76 Francisco Rubio Llorente, "Les relations entre le pouvoir central et les pouvoirs territoriaux dans la jurisprudence constitutionnelle", R.F.D.A. 1986, p. 18.

77 Véronique Champeil-Desplats «Le conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques?», Jus Politicum 2012.

78 Laura Regairaz, «Autonomie et libertés fondamentales en outre-mer», à paraître à la R.D.P.

