

CASE NOTES FROM FRENCH POLYNESIA

French Polynesia attracts a great deal of international attention for a variety of reasons. One of these is its constitutional status and its politically active community. These case notes and comments provide a timely comment on matters of self-determination, internal self-government, and decentralisation in states and territories in the Pacific. The territorial constitution of French Polynesia is presently found in the organic law of the French Parliament of 6 September 1984. That document allows a high degree of internal self-government to the territorial authorities and could in the view of some lead French Polynesia to a future constitutionally and internationally not dissimilar from that of the Cook Islands. The cases noted here are three more pieces of legal jousting in the highly politicised constitutional arena of French Polynesia as it looks to its long-term future. A particular interest of the cases is their relationship to democracy — what is the role of the electorate in constitutional matters? The resignation case concerns the administrative proceedings generated by one of the more unusual recent political events and the legal principle involved. In French Polynesia the case was about political power. On a wider stage the case concerns the right of a Legislative Assembly to control its own proceedings and the operations of the rules of natural justice in that context. The Archipelagoes case shows the local reception of an attempt at decentralisation by the State in a decade receptive to the participation in government of people at the local level. Comparisons may be made with the House of Arikis of the Cook Islands, the Council of Chiefs in Fiji, and extensive provision for referenda in the constitution of Niue.

Compulsory resignation regime for members of the Territorial Assembly of French Polynesia -

decision of 11 June 1993 of the Administrative Tribunal of Papeete

A. Moyrand and Y-L Sage***

Introduction

French Overseas Territories enjoy a specific organisation¹ which is different from the normal set of institutional rules applicable in metropolitan France.

Although no constitutional provision speaks of it expressly in the context of the legislative regime of the Overseas Territories, the principle is that legislative speciality² governs the application of metropolitan laws in the Territories. The result is that a metropolitan text is not in general, applicable, ipso facto in the Overseas Territories. Article 74 of the French Constitution, which provides that the Overseas Territories have a special system of organisation which takes account of their own interests within the context of the interests of the State, allows this distinction.

In 1992, the Territory of French Polynesia experienced a somewhat confused institutional situation. The fortunes of political alliances led Mr. Vernaudon, member and President of the Territorial Assembly and who was angered by the association of Mr. Flosse³ (his former political ally) with Mr. J. Juventin (his former rival) to make use of powers inherent in his position as President to refuse to call the Assembly to meeting. The

* Maître de Conférences, Université Française du Pacifique, Avocat (Papeete Bar).

** Maître de Conférences, Université Française du Pacifique, Honorary Fellow in Law, Victoria University of Wellington. Avocat (Papeete Bar).

1 Article 74 of the French Constitution on the rules governing the constitutional status and organisation of the territory of French Polynesia, see B. Gille & Y-L Sage, "The Territory of French Polynesia" *Essays on French Law in the Pacific*, VUW Law Review Monograph 8, p. 1 and following Y-L Sage, "Legislation of French Overseas Territories", *Essays on French Law in the Pacific*, p. 18.

2 On the principle of legislative speciality, see Y-L Sage, "Legislation of French Overseas Territories", *Essays on French Law in the Pacific*, above n 1, 17.

3 Since May 1995, Mr Vernaudon and Mr. Flosse are once again political allies and Mr. Juventin is a leader of the opposition.

High Commissioner⁴, after having received the opinion of the Council of State of 8 January 1992, called a meeting of the Territorial Assembly. Immediately Mr. Vernaudeau suspended the session and prohibited the entry of the councillors of the majority party. They were then constrained to meet in the Economic, Social and Cultural Council premises⁵.

By the end of 1992, the majority was finally able to convene normally at the Territorial Assembly, but Vernaudeau did not attend one of the meetings of the second ordinary session. By proclamation of 30 December 1992⁶, the Territorial Assembly proclaimed Mr. Vernaudeau as having resigned his position as member of the Territorial Assembly. The Territorial Assembly suspected this proclamation was ultra vires⁷ and in an extraordinary session, issued the 15 January 1993⁸ second decree dealing once again with the resignation of Mr. Vernaudeau.

Acting as the guardian of the legality of documents which emanate from the Territorial authorities, and considering the above proclamations as departing from the normal application of the law, the High Commissioner⁹ referred them to the Administrative Court of Papeete¹⁰, requesting at the same time a stay of implementation. The Administrative Tribunal ruled in favour of the High Commissioner, by granting the requested stay¹¹ and nullifying the decree of 30 December 1992 and 15 January 1993¹².

In French Polynesia the regime governing the compulsory resignation of a member of the Territorial Assembly¹³ can be listed among of the constitutional arrangements which are

-
- 4 On the role of the High Commissioner in French Polynesia, see B. Gille & Y-L Sage, "The Territory of French Polynesia", *Essays on French Law in the Pacific*, above n 1, 11, 12. Y-L Sage, "Legislation of French Overseas Territories", *Essays on French Law in the Pacific*, above n 1, 23, 24.
 - 5 Since Mr. Vernaudeau refused to abide to the decision of the new majority and continued to act as the President of the Territorial Assembly, the Territory had two Presidents for a few months.
 - 6 Decision n- 237 AT of 30 December 1992.
 - 7 Due to the faulty drafting of the Decision.
 - 8 Decision n- 93-2 AT of 15 January 1993.
 - 9 See above n 2.
 - 10 The Administrative Tribunal of Papeete is one of the lowest administrative courts in the French judicial system. Appeals against its decisions are lodged before the Administrative Court of Appeal of Paris.
 - 11 TA Papeete, 16 March 1993, Émile Vernaudeau, État c/ Assemblée Territoriale de la Polynésie française.
 - 12 TA Papeete, 11 June 1993, Émile Vernaudeau, État c/ Assemblée Territoriale de la Polynésie française. This decision will be the only one considered in this paper.
 - 13 On the Territorial Assembly of French Polynesia, see B. Gille & Y-L Sage, "The Territory of French Polynesia", *Essays on French Law in the Pacific*, above n 1, 9, 10.

different from those of metropolitan France. Article 58-1 of the Law of 2 March 1982¹⁴ repealed, for metropolitan France, article 19 paragraph 1 of the law of 10 August 1871¹⁵ which stated that "when a member of the General Council does not attend one ordinary session without any legitimate excuse, he shall be declared by the General Council during the last meeting of the session, to have resigned". The law of 6 September 1984¹⁶ organising the status of the Territory of French Polynesia has maintained the rule of 1871¹⁷.

This rule was rarely used in metropolitan France and applied for the first time in French Polynesia in this case. Vernaudon's abrupt dismissal¹⁸ confirms the concern expressed in the doctrinal writing that though compulsory resignation appears *prima facie* as an administrative sanction only, the way in which it is stated may transform it into a political sanction¹⁹. The lack of warning about the intended procedure initiated against Vernaudon, and the *a posteriori* regularisation of the first proclamation, clearly show the real aim of the decisions: to exclude a strong and disturbing opponent from the Territorial Assembly²⁰.

Normally applied, the procedure of compulsory resignation, offers effective guarantees for the elected member affected. Obviously they were neglected in Vernaudon's case. More importantly, these decisions of the Administrative Tribunal compel the observer of institutional life in French Polynesia, to wonder whether it is worth maintaining the compulsory resignation rule in the French Overseas Territories.

This paper will consider these two issues: Procedural guarantees in Section I, and Constitutional reforms in Section II.

14 Law n 82-213 on the rights and liberties of the Communes, Departments and Regions. On the French system of local government, see L. Neville Brown & J.F. Garner, *French Administrative Law* (3 ed, Butterworths, London, 1983) 20-24.

15 On the General Councils.

16 A similar disposition already existed in the former law of 12 July 1977, organising the status of the Territory. On the 1977 status, see B. Gille & Y-L Sage, "The Territory of French Polynesia", *Essays on French Law in the Pacific*, above n 1.

17 Article 46 of the 1984 law states: "When one member of the Territorial Assembly will not attend one ordinary session, without any legitimate excuse accepted by the Territorial Assembly, he will be declared as one who has resign by the Assembly during it last session".

18 "The term "compulsory resignation" is an euphemism. One should speak rather of dismissal pure and simple " G. Peiser, *Collectivités Territoriales* (sous la direction de F-P. Benoît), *Encyclopédie Dalloz*, 1632, n 25.

19 R. Savy, note below TA Limoges, 15 January 1966, *Sieur Brousse de Montpeyroux*, *AJDA*, 1966, p. 302.

20 On the political background of these two cases, see B. Gille & Y-L Sage, "The Territory of French Polynesia", *Essays on French Law in the Pacific*, above n 1, note n° 37.

Section I : Failure to respect a member's rights.

Using the now well established principles governing French administrative law, the Administrative Tribunal of Papeete, ruled that the proclamation of the Territorial Assembly which declared Vernaudson as having resigned his membership of the Territorial Assembly, was illegal. The Tribunal considered that the due process rights of Vernaudson were not respected (§ 1) and that the necessary conditions for a valid regularisation were not fulfilled (§ 2).

§ 1 Infringements of the "due process" principle.

The facts reveal that Vernaudson did not participate in the budget session of the Territorial Assembly²¹ and that during the last meeting of this session, two Councilors submitted a report inviting the Territorial Assembly to proclaim Vernaudson as having resigned. This motion was voted on. However the Territorial Assembly decision of 30 December 1992 excluding Vernaudson, was voted on even though he was not advised of the matter running against him and was therefore unable to justify himself²² before the Assembly.

It was a clear case of a violation of Vernaudson's due process right²³, a principle fully recognised by the Council of State²⁴, and ranked as one of constitutional value²⁵. The due process right is one of the Principes Généraux du Droit (General principles of the law). Since it represents one of the fundamental human rights which are mentioned in the Declaration of the Right of Man of 1789 and the Preamble to the 1946 Constitution²⁶ it must be enforced by all French courts²⁷.

According to the case law, an administrative measure which constitutes either a sanction or, as in the current circumstances, an act decided in consideration of a specific person²⁸, is valid if the person concerned was in a position to explain his or her conduct

21 One of the two ordinary sessions, as mentioned in the 1984 statute.

22 Assuming that Vernaudson would have been willing to do so.

23 The principle *audi alteram partem* (Les Droits de la Défense).

24 Council of State, Sect. 5 May 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, Rec. p. 133. For further analysis of this case, see L Neville Brown & JF Garner, above n 14, 141-142.

25 Constitutional Council, n 77-83 of 20 July, 1977, Rec. Const. p. 39.

26 "Or which may be deducted from them", L Neville Brown & JF Garner, above n 14, 136.

27 Council of State, 26 June 1959, Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils; Rec. p.314; Dalloz 1959, p. 541.

28 One cannot consider the refusal to take part in an elected assembly as faulty behaviour. The case law clearly states that attendance at the meetings of the sessions of a local organisation, "is not a position, but the exercise only of a right granted to the elected person by virtue of his or her election" (Conclusions of D. Latournerie, before Council of State 6 November 1985, Maire de Viry-Chatillon, R.F.D.A. 1986, p. 391). The Constitutional

and to challenge freely the measure sought²⁹. Therefore, by using this rationale the Administrative Tribunal of Papeete properly declared that "based on the nature and the importance of such measure, it cannot take place without a prior possibility granted to Vernaudon to present his explanation to allow the Territorial Assembly to consider its validity".

Considering the particular situation³⁰ of the case, however it was possible to argue that due to Vernaudon's previous behaviour, it was not necessary for him to be invited by the Territorial Assembly to provide reasons for his absence during the ordinary session. Indeed Vernaudon had publicly and repeatedly declared his unwillingness to sit among what he considered an "assembly composed mainly of criminals and indicted persons"³¹. Besides, following the same reasoning, all the members of Vernaudon's political party who were members of the Territorial Assembly, clearly declared that their absences from the same ordinary session were to be taken fundamentally as a political statement. The Administrative Tribunal of Limoges, in similar circumstances to Vernaudon's case (where a General Councillor refused for political reasons to participate in the work of a General Council) deemed that "it was unnecessary to invite the elected member to apologise as long as he had notified the President of the General Council of his desire to undertake political action outside the normal exercise of his mandate as council member"³².

Analogous laws are helpful in this context. Where the compulsory resignation of a member of a Town Council³³ is concerned, article L.121-23 of the Code of the Communes states that as long as the absent councillor has publicly declared his or her decision to refuse to fulfil his or her office³⁴ and he or she has been officially warned by the Town Council about the consequences of the non-attendance, there is no need to invite the councillor to present an explanation to the Town Council. The Prefect³⁵, must then refer

Council has decided that the right of defence must be applied to all "individual measures of a certain importance based on personal considerations", Constitutional Council. 77-92 of 18 January 1978, Rec. Cons. Const. p. 21.

29 J.M. Auby & R. Drago, *Traité de contentieux administratif* (6 ed, L.G.D.J., Paris, 1984) I, p. 325, 210.

30 See above n 13.

31 Vernaudon was referring to those members of the Territorial Assembly who had been either already convicted or indicted for corruption.

32 TA Limoges, 15 January 1966, Sieur Brousse de Montpeyroux, AJDA, 1966, p. 302.

33 A situation which is closely similar to absence from one ordinary session of a General Council.

34 The persistent abstention to fulfil the office is assumed to be to a refusal. J.Bourbon, J.M. Pontier, J.C. Ricci, *"Droit des collectivités territoriales"* (PUF, Themis, 1987) 379.

35 The representative of the French Government in a Department.

the matter to the Administrative Tribunal³⁶ which declares the absent member has resigned. Similar provisions exist for the members of a General Council³⁷.

Thus it may be noted that the judgment of the Administrative Tribunal of Papeete departs from what the facts of the case might have suggested.

However two main reasons justify the decision of the Papeete Administrative Tribunal, even though it confirms an extremely extensive and formalist conception of the defence rights.

First of all, the reference to article L.121-23 of the Code of the Communes is irrelevant unless the denial to perform the duty of an office can be compared³⁸ with the refusal to attend meetings in a local assembly. In the first situation there is an infringement of a legal requirement whereas in the second, the member of the assembly simply refrains from exercising his or her right³⁹.

Secondly, the test stated in the decision of the Administrative Tribunal of Limoges does not apply to the facts of Vernaudon's case. The Administrative Tribunal of Limoges held that it was purposeless for the General Council to consider the legitimacy of the explanations offered by the dismissed member. This view was based on the defendant's letter in which he knowingly wrote that as far as the dismissal was concerned, he would not take the initiative for any specific action and that he would, "abide by the general conviction on this subject"⁴⁰. Consequently the Limoges decision may be regarded as based on its particular facts, and cannot therefore be characterised as a real precedent⁴¹. Vernaudon never wrote in such terms. His constant position was only to deny the authority of his opponents as representatives -despite the fact that they were the majority- claiming that as long as some members of Territorial Assembly were either condemned or indicted in criminal cases, they had to resign. Vernaudon was in fact denying that the Territorial Assembly had any legal power to act.

§ 2 : Absence of a valid regularisation by the Territorial Assembly.

36 Which must provide a decision within a month.

37 If upon formal notice, the General Councillor fails to abide. Law of 7 June 1873 amended by the decree of 17 March 1970. J. Bourbon, J. M. Pontier, J.C. Ricci, "*Droit des collectivités territoriales*", above n 34, 551-552.

38 Even assimilated to.

39 See above n 22.

40 TA Limoges, 15 January 1966, *Sieur Brousse de Montpeyroux*, AJDA, 1966, p. 302.

41 R. Savy, see note under TA Limoges.

Two weeks after the first dismissal was voted, and in order to provide Vernaudeau with a possibility to present his explanations, the Territorial Assembly invited him to attend the last ordinary meeting of 1992. He did not ignore the invitation; he appeared, endorsed his previous declarations, requested once again the resignation of the "corrupt Members", then left the Assembly. He did not participate to the remaining debates of the session. Therefore the Territorial Assembly felt that Vernaudeau's reasons could not constitute a legitimate excuse and passed a second resolution to proclaim him as having resigned.

At first glance, this *a posteriori* regularisation appears valid because the Territorial Assembly was not concerned only with correcting the procedural flaw affecting the previous proclamation, but more importantly "elaborated a second proclamation, which for the future conferred on the original proclamation the effect it should have had from the beginning"⁴². As a result, the second proclamation must be disassociated from the previous one and judged accordingly. Well established case law holds that a second decision which takes place after a new investigation cannot be challenged for defects affecting only the previous decision⁴³.

However, in Vernaudeau's case, it is far from certain that the second proclamation could be used as a substitute of the original one. Based on the defective and clumsy wording of the second proclamation of 1993⁴⁴, the hesitancy was possible and one could analyse the second proclamation as a mere confirmative act, with the conspicuous intention of giving a retrospective, but illegitimate scope to the first one. Moreover, since the second proclamation did not rescind the first one, the obvious intention of the Members of the Territorial Assembly was simply to amend it. This omission did not however affect the legality of the second proclamation⁴⁵.

Despite the clumsy wording of the proclamation of 15 January 1993, the Administrative Tribunal of Papeete decided to consider it as separate and legally distinct from the proclamation of 30 December 1992. Accordingly, the defects of the first proclamation could not control and affect the validity of the second one. Nevertheless, the Tribunal decided to

42 J. J. Israel, "La régularisation en droit administratif français. Étude sur le régime de l'acte administratif unilatéral", L.G.D. J., 1981, p. 66.

43 See for instance, Council of State 3 February 1950, *Sieur Dolleans, Rec.*, p.75.

44 Art 1 of the Decision n- 93-2 AT of 15 January 1993: "The Assembly can only reiterate the declaration about the compulsory resignation from office as Member of the Territorial Assembly proclaimed against Mr. Vernaudeau by Decision n- 237 AT of 30 December 1992 which will be notified to him."

45 The Administrative Court in a similar situation had already considered the first proclamation as null and void since it generated unlawful effects until the existence of the second one. Council of State 2 December 1942, *Sieur Benazet, Rec.* p. 337. Council of State 20 February 1952, *Sieur Villaret, Rec.* p. 116.

repeal the proclamation of 15 January 1993, since it did not comply with the statute governing French Polynesia.

Indeed, the effect of an act which regularises a previous faulty one is contingent upon the validity of the second act itself⁴⁶. In Vernaudeau's case, though the proclamation of 15 January 1993 did not repeat the defect of the proclamation of 30 December 1992, it was voted during an extraordinary session of the Territorial Assembly. This is a situation which is not considered by the specific wording of article 46 of the Law of 6 September 1984⁴⁷, which states that a compulsory resignation can take place only during the last meeting of an ordinary session.

The reading of article 46 as conceived by the administrative judge can be challenged however. From a formal standpoint, the meeting of 15 January 1993 was one part of an extraordinary session of the Territorial Assembly⁴⁸, but if one wished to provide for the compulsory resignation situation, that is, full preservation of the right of the member of the assembly, it could be argued that it would be necessary to wait until the member had not attended all the ordinary session meetings and then to invite him to participate at a final meeting. In that case it would become irrelevant to know whether or not the final meeting was part of an ordinary or an extraordinary session. In the present case, this difficulty could have been eluded by following the reasoning suggested by the *Commissaire du Gouvernement*⁴⁹: "If one considers that the meeting of 15 January 1993 constitutes the continuation of the last meeting of the ordinary session of 1992, Vernaudeau cannot be considered as absent from the meeting of the session because he was then sitting in the Assembly." Since the member of the Assembly concerned had been summoned to justify his absence from the previous meetings and since he showed up at the last one, there was no need to consider the lawfulness of the excuses because he has *ipso facto* participated in this last session.

In concrete terms, there are only two ways for the Territorial Assembly to declare that one of its members had resigned according to article 46 of the 1984 statute. Either the member having been summoned fails to come, or the absent member states in writing to the

46 Council of State 11 October 1967, *Ministre de l'Agriculture c/ Sieur Navel*, Rec.p. 361. P.Louis-Lucas, "Le retrait des actes administratifs individuels", D., 1952, Chron. 107.

47 See above n 1.

48 The ordinary session ended on 30 December 1992 and the extraordinary session was opened on 9 January 1993. As requested by law, the decision of 15 January 1993 failed to mention the opening decision of the extraordinary session, it just referred to a decision of 20 October 1992 concerning the opening meeting of the ordinary session only.

49 On the role of the *Commissaire du Gouvernement*, see L Neville Brown & JF Garner, *French Administrative Law* above n 14, 64-65, 72-74.

Assembly the reasons for the absences. In the latter case only if the Assembly is not satisfied⁵⁰ by the justification, will it be entitled to revoke the membership. Nevertheless the court can still intervene since it always has the right to control the validity of any compulsory resignation⁵¹. However such control, even if in principle it is proper⁵², can generate some new difficulties. That is why⁵³, it may be asked whether consideration should not be given to repeal of the compulsory resignation principle in the statute of French Polynesia.

Section II: Is the compulsory resignation principle appropriate in French Polynesia?

A society based on the Rule of law⁵⁴ postulates that all authorities, the citizens' representatives included, must abide by the provisions of legal norms. Therefore if a member of the Territorial Assembly of French Polynesia does not respect the 1984 statute, he must be penalised. Without challenging this principle, it remains that considered in an objective perspective, the compulsory resignation mechanism is inappropriate since it represents a sanction that is anachronistic (§ 1) and open to question (§ 2).

§ 1 The compulsory resignation provision is anachronistic

In principle the purpose of a compulsory resignation measure is to sanction the lack of assiduity in attending the Assembly's meetings. The reasons which triggered the absence are irrelevant. The Assembly only needs to ascertain the member's absence from one ordinary session in order to pronounce the resignation. But one may wonder whether that was the purpose sought by the legislator⁵⁵. If from a legal perspective one may find arguments to support the rationale of the rule, the parliamentary records reveal that the legislator was fully aware of the measure's inadequacy in the Polynesian context.

The main and fundamental legal argument which could be used to justify the adequacy of such measure is the notion of the "specific organisation" of the Territory of French Polynesia⁵⁶, taking in account the "particular interests" of this territorial organisation.

50 Or not convinced.

51 The judge did it for the first time in the case of *Sieur Brousse de Montepeyroux*, see above n 17.

52 G Peiser, above n 18.

53 And for further reasons analysed below.

54 Called the "*État de Droit*" (state governed by law) or "*principe de légalité*", in the French legal tradition. For further details, see L. Neville Brown & J. F. Garner, above n 14, 133-134.

55 One must remember that though article 58-1 of the Law of 2 March 1982 repealed article 19 paragraph 1 of the law of 10 August 1871, this specific procedure was maintained in French Polynesia.

56 Y-L Sage, "Legislation of French Overseas Territories", *Essays on French Law in the Pacific* above n 1, 19.

Since two years after the repealing of this measure in the French metropolitan law, the legislator expressly mentioned it in the statute of 1984, one may assume that its inclusion was based on territorial specificity.

It appears reasonable to provide that the absenteeism of an elected member of the Territorial Assembly should be sanctioned more rigorously in an Overseas Territory.

Three reasons can be given:

- First, these Territories enjoy powers which considerably exceed those granted to the metropolitan territorial organisations⁵⁷. Thus such important responsibilities cannot be bestowed on public bodies without imposing stringent conditions on the members especially not to neglect their duties.

- Second⁵⁸, if a Territorial Councillor is declared to have resigned, a substitute is automatically provided without a need for a special election⁵⁹. Since the absent member is not entitled to run again for this position⁶⁰, it may be said that the legislator's intention was to punish the former member.

- Third, and the most convincing, the compulsory resignation procedure could have a beneficial effect on the representatives of distant archipelagos who will feel more concern to represent the interests of their constituencies. The Territory of French Polynesia is made up of a multitude of islands spread over a surface as large as Europe⁶¹, yet all the administrative powers are concentrated in the island of Tahiti⁶².

Still if it appears legitimate to dismiss the elected members of Overseas Territories for their absence from an ordinary session on that account, some other reasons reveal that this sanction is ill-adapted to the local political life. It must be remembered that the compulsory resignation is pronounced by the Territorial Assembly at its discretion. As Savy pointed

57 The territory of French Polynesia has autonomy to make laws in those fields which are not within the state's control. See Y-L Sage, "Legislation of French Overseas Territories", *Essays on French Law in the Pacific* above n 1, 27 and following.

58 Unlike the specific electoral regime of the General Councillors.

59 Article 3 of the law of 26 July 1957 (which is still in force) on the formation and the organisation of the Territorial Authorities in French Polynesia states that, "in the case of vacancy due to death, resignation or any other reasons, the candidates of the list which had obtained the vacant seat, will be proclaimed as elected following the order mentioned on the list".

60 Until the normal election cycle.

61 Y-L Sage, "Investment Law of French Polynesia", *Essays on French Law in the Pacific*, above n 1, 47.

62 Moreover, the council of the Archipelagos which was supposed to partly solve this discrepancy has never been established. On the Council of the Archipelagos, see B. Gille & Y-L Sage, "The Territory of French Polynesia", *Essays on French Law in the Pacific*, above n 1, 11.

out, one may fear that the Assembly "will not use this procedure against the elected members it does not want to get rid of, maintaining the severity of the rule for the political opponents of the majority"⁶³. During the preliminary work on the 1984 Law⁶⁴, Senator Romani, who reported the law project to the French Senate, underlined the danger of conferring such a power on a local Assembly since it could generate abuses⁶⁵. The Senators proclaimed that the compulsory resignation provision was "harmful" and was the product of a "time that is past"⁶⁶.

Besides, even if in 1871 when this provision was instituted in the French legal system, it made sense to penalise the members of an "Assembly of Notables of good standing"⁶⁷, the current situation in French Polynesia is far from being comparable. Every observer of the institutional life in this Overseas Territory is impressed by the fact that disputes among individuals constitute the main, and perhaps only cause of political conflicts⁶⁸.

For this reason, one may regret that the proposal made by the Senator Millaud representing French Polynesia, which sought to remove the first paragraph of the article 46 of the 1984 statute, was not accepted⁶⁹. Indeed, if it seems proper to sanction the unexcused failings of the members of the Territorial Assembly who do not participate in its sessions, an other way⁷⁰ to sanction the behaviour exists outside article 46. Article 57 (4) of the 1984 statute stipulates that the Territorial Assembly can enact rules⁷¹ to provide that a member of the Assembly who is absent without any valid justification from a meeting of the Assembly, will not receive⁷² his or her emoluments. So far, however, the rules of procedure of the Territorial Assembly do not provide any specific disposition dealing with this question.

63 R. Savy, above n 19.

64 See above n 1.

65 J.O.R.F., Parliamentary Debates, Senate, 17 July 1984, p. 2192.

66 J.O.R.F., Parliamentary Debates, Senate, 17 July 1984, p. 2191.

67 R. Savy, above n 19.

68 A. Moyrand, "Le tribunal administratif de Papeete et l'équilibre institutionnel de la Polynésie Française", in *Revue Juridique Polynésienne* n°1, June 1994.

69 By the rest of the French Parliamentary Assemblies.

70 Actually the only one.

71 In its internal rules of procedure.

72 Totally or partly.

§ 2: The *raison d'être* of the compulsory resignation provision

The decision to dismiss a Territorial Councillor punishes non-attendance at an ordinary session. The assessment of the behaviour remains problematical for two reasons.

The first difficulty is linked to the possible meanings of the term "session". One may consider it either in a narrow or in a broad sense.

The restrictive interpretation, used by the Territorial Assembly in Vernaudon's case, implies that mere non-attendance at any session of the Territorial Assembly, justifies the dismissal. This analysis affords the advantage of being straight forward: One noticeable dereliction of duty is sufficient for the dismissal of an elected member. Moreover the proof is easily established; one has only to look at the minutes of the Territorial Assembly.

According to the broad approach, it is necessary to consider whether the elected member failed to participate at all the activities and meetings of the Territorial Assembly. This approach⁷³ seems preferable. In fact relative to the Vernaudon case, during the budgetary session only four meetings took place within a two months period. Therefore, is it not too severe and extreme to punish an elected member for a single non-attendance? "One must accept that the elected member can demonstrate that during the session, he actually participated in some other activities of the Territorial Assembly, such as attendance of the meetings of committees or sub-committees of the Assembly"⁷⁴. The most important test for an Administrative Tribunal remains the evidence that the member of the Assembly has "himself participated and collaborated in the work"⁷⁵ of the Assembly. The duty of an elected member is not limited to the work of the Territorial Assembly, since he or she represents the necessary link between the voters and the Administration. The member of the Assembly may believe, with good reason, that the duties towards the voters are at least as important as attendance at the sessions of the Territorial Assembly and it may even be that the meeting schedules conflict⁷⁶. So it is reasonable to consider that compulsory resignation should only be pronounced when the member has totally neglected his or her electoral duties. Nevertheless it remains odd, and to some extent contradictory, that an elected member will on one hand, refuse to attend the session of a deliberative body he or she asked to be elected to, and on the other hand, spend all his or her time listening to the complaints of the voters.

73 Suggested by M. Lenoir the "*Commissaire du Gouvernement*" in his conclusions before the Administrative Tribunal of Papeete, 1 June 1993.

74 Conclusions of M. Lenoir before the Administrative Tribunal of Papeete the 1 June 1993.

75 Council of State, sect. 22 november 1963, Sieur Vidal, Rec. p. 564 (about the compulsory resignation of a Town Councillor).

76 It is especially true for a member of the Territorial Assembly who represents the population of remote islands.

The easiest possible justification, is as Vernaudon alleged, to argue that the behaviour be analysed as a political statement.

At this stage of the reasoning, one must deal with the second difficulty related to the assessment of the legitimacy of the justifications raised by the absent member. Could refusal to attend a meeting or a session based on political motives, be acceptable? The Territorial Assembly judged Vernaudon's motives unacceptable. This is not surprising since, as Savy pointed out⁷⁷, "the Assembly is the only body invested with the right to declare whether or not the non-attendance of an elected member could be excused, the Assembly will be unwilling to treat its political opponents impartially". In these circumstances, it remains possible for the sanctioned member to contest the legality of the decision before the Administrative Tribunal which, as when it deals with the control of "the reasons for a mayor's suspension or dismissal"⁷⁸, assesses the materiality of the facts, and whether they support the decision. But the Administrative Tribunal will refuse to control the correctness of the decision of the Assembly. Legal writers have already argued that the refusal to attend a meeting of an Assembly, "can be justified by legitimate motives, of which the voter is the sole judge"⁷⁹.

Conclusion

Many reasons lead us to conclude that, following the French metropolitan legislation, the compulsory resignation process, as stated in article 46 of the law of 6 September 1984, should be repealed when amendments of the statute of French Polynesia are next considered⁸⁰. It seems particularly offensive⁸¹ to confer on a majority of a political assembly, the power to dismiss any political opponent so easily. One should leave to the voter the right to appreciate the behaviour of any elected member. Judgment on the political appropriateness of the acts of the members of the Territorial Assembly must be exercised by the voters. Any rules about what could be acceptable non-attendance at the Assembly will always conflict with the free exercise of democratic rights by the people.

77 R. Savy, above n 19 (about the compulsory resignation of a General Councillor).

78 J. Singer, A.J.D.A., 1963, p. 670-674.

79 Note J.C., under TA of Versailles, 22 March 1985, *Commune de Viry-Chatillon v M. Bourdenet*, A.J.D.A. 1985, p. 379.

80 Flosse, President of the local Government and Member of the French National Assembly, is currently seeking the amendment, by the French Parliament, of some articles of the 1984 statute, including article 46.

81 Since for example, French administrative law does not know the American procedure of "recall".

Société Téléfenua c/ Le Président du Gouvernement du Territoire de la Polynésie Française -

decision of the Tribunal de Première Instance de Papeete, Ordonnance de référé, 6 décembre 1993

H Lenoir and A Moyrand***

Le fonctionnement des institutions territoriales de la Polynésie française donne très souvent l'occasion au juge naturel de l'Administration d'intervenir pour trancher les conflits opposant les acteurs politiques.¹ Il en va de même -mais dans une moindre mesure- pour le juge judiciaire puisque celui-ci peut être amené à pénétrer dans le champ des litiges administratifs lorsqu'il est sollicité sur le fondement de la théorie de la voie de fait. Mais dans cette dernière hypothèse, les requérants sont fréquemment déboutés car les conditions de la voie de fait ne sont pas réunies. L'ordonnance de référé rendue le 6 décembre 1993 par le tribunal civil de première instance de Papeete s'inscrit parfaitement, à l'occasion d'une affaire peu banale de refus de publication de décrets, dans cette tendance.

On sait que le régime législatif des territoires Outre-Mer diffère de celui régissant les autres collectivités de la République française. Au titre des particularités figure notamment la nécessité d'une promulgation et publication locales des lois et décrets soumis à la spécialité législative. En effet, en plus de leur publication au Journal officiel de la République française, les lois et décrets doivent faire l'objet de la part du Haut-Commissaire de la République, d'une promulgation et publication au Journal officiel de la Polynésie française² (J.O.P.F.). Et ces formalités sont indispensables puisqu'elles conditionnent l'entrée en vigueur et l'opposabilité des normes étatiques.

Or sur le fondement de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, la société Téléfenua souhaitait exploiter "un réseau de télédistribution de services de radiodiffusion sonore et de télévision". Mais si cette législation avait bien

* Commissaire du Gouvernement près le Tribunal administratif de Papeete.

** Maître de Conférences, Université Française du Pacifique, Centre Universitaire de Polynésie Française.

1 Cf Alain Moyrand *Le Tribunal administratif de Papeete et l'équilibre institutionnel de la Polynésie française* 32 pages, Communication lors de la Table Ronde: *Études sur le droit des pays du Pacifique Sud*, Université Française du Pacifique, 28 mai 1993.

2 L'article 91 alinéa 1 de la loi du 6 septembre 1984 portant statut du Territoire de la Polynésie française énonce que "Le haut-commissaire promulgue les lois et les décrets dans le territoire après en avoir informé le gouvernement du territoire. Il assure leur publication au Journal officiel de la Polynésie française".

satisfait aux formalités de promulgation et de publication locales, tel n'était pas le cas des deux décrets d'application, datant l'un de juillet 1992, l'autre de juillet 1993. Sollicité à de nombreuses reprises tant par la société Téléfenua que par diverses communes souhaitant bénéficier des avantages d'un réseau câblé de télévision, le représentant de l'État n'a promulgué les deux décrets que le 2 novembre 1993. Mais en revanche la publication n'a pas eu lieu, comme prévu, dans le numéro du Journal officiel suivant cette date, soit le 4 novembre, ni d'ailleurs dans ceux des 11 et 18 novembre. Ce retard s'expliquait par le fait que les autorités territoriales, qui ont en charge le service de la publication du Journal officiel, ne souhaitaient pas procéder à la publication de ces deux décrets. Fort mécontent en effet de ne point contrôler ce secteur de l'audiovisuel, le Président du gouvernement du territoire avait tenté par de multiples moyens -dont la presse locale s'est largement fait l'écho- de s'opposer à l'aboutissement du projet de télévision proposé par la société Téléfenua. Aussi le 18 novembre 1993, cette dernière assigna-t-elle devant le juge civil des référés le Président du gouvernement du territoire dans le but d'obtenir la cessation de la voie de fait dont elle s'estimait être la victime.

Le juge judiciaire devait donc apprécier si le Président du gouvernement du territoire, en tentant de s'opposer à la publication de décisions ressortissant à la compétence de l'État, avait commis une voie de fait.³ A cette question, le tribunal, après avoir rappelé la définition classique de la voie de fait - Il s'agit d'une "atteinte particulièrement grave, portée par l'administration, aux droits fondamentaux des citoyens et insusceptible de se rattacher à un pouvoir légal de l'administration"- a répondu par la négative. Mais le juge de première instance aurait-il tranché dans le même sens -en l'espèce la décision nous semble incontestable- si d'une part, les autorités territoriales s'étaient refusées à publier des normes ressortissant à la compétence du territoire et d'autre part, si le blocage du processus de publication -de normes étatiques ou territoriales- émanait du représentant de l'État?⁴ Bien que ces dernières questions n'aient pas été soumises au juge, il semble intéressant, à l'occasion de ce contentieux, de s'interroger d'une manière générale sur le refus de publication de décisions tant territoriales qu'étatiques et quel qu'en soit l'auteur: autorités territoriales ou Haut-Commissaire de la République. On constatera alors que dans presque

3 Ne sera pas commenté le problème relatif à la qualité à agir de la société Téléfenua, tant cette fin de non recevoir soulevée par le territoire était dépourvue de pertinence; en l'occurrence le juge souligne le côté absurde des prétentions arguées en défense.

4 L'article 93 alinéa 1 de la loi statutaire dispose que "Le haut-commissaire assure la publication au Journal officiel de la Polynésie française des décisions ressortissant à la compétence de l'État, le Président du gouvernement du territoire de celles ressortissant à la compétence du gouvernement du territoire, le président de l'assemblée territoriale de celles ressortissant à la compétence de l'assemblée territoriale".

tous les cas de figure,⁵ le refus de publier des normes ne peut constituer un terrain d'élection pour la théorie de la voie de fait.

Aussi, après avoir exposé le cas d'espèce soumis au juge judiciaire polynésien (I), nous envisagerons toutes les autres hypothèses de refus de publication de textes normatifs (II).

I Le refus de publication dans l'affaire société téléfenua / président du gouvernement du Territoire de la Polynésie française

Aux termes de l'article 93 alinéa 1 de la loi statutaire,⁶ les autorités territoriales assurent la publication des décisions qui entrent dans leur domaine de compétence. En revanche elles n'ont pas à s'immiscer dans le processus de publication des décisions ressortissant à la compétence de l'État puisque la loi désigne le Haut-Commissaire comme l'autorité habilitée à procéder à cette formalité. C'est pourtant au sujet d'un cas de publication de normes étatiques qu'il était reproché au président de l'exécutif du territoire d'avoir commis une voie de fait. Dès lors, et quand bien même les agissements du Président du gouvernement du territoire étaient dépourvus de toute base légale, il était à peu près certain que celui-ci ne pouvait être l'auteur d'une voie de fait.

Pour affirmer qu'en s'opposant à la publication de décrets une voie de fait avait été réalisée, la société Téléfenua devait démontrer tout d'abord, que l'action du Président du gouvernement du territoire portait atteinte à une liberté fondamentale -ce qui était loin d'être évident- (A) et ensuite, que cette action était insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'Administration (B).

A Sur l'existence d'une violation d'une liberté fondamentale

Le refus de publication des décrets porte-t-il atteinte à une liberté publique fondamentale? Cela ne fait aucun doute pour le juge de première instance: "en l'espèce, il est certain que le défaut de publication des décrets du 24 juillet 1992 et du 22 juillet 1993 fait grief à la société Téléfenua". Pourtant, en la matière on pouvait émettre de sérieux doutes.

En effet, s'il est vrai que l'absence de publication des textes réglementaires privait la société demanderesse de la possibilité du dépôt d'une demande d'autorisation d'émettre⁷ auprès du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A.), la Cour de cassation,⁸ censurant un

5 Il n'y aurait qu'une exception, *infra*. II A.

6 Voir note n 3.

7 Il est clair que l'obtention de cette autorisation était en partie conditionnée par la publication de la réglementation.

8 Cass civ 1ère, 4 décembre 1990, Office des Postes et Télécommunications c/ Association dite Radio Maohi, *JCP* 1991, II, n 21692, p 221, note Yves Brard.

arrêt de la Cour d'appel de Papeete,⁹ avait jugé que "le droit de diffuser des émissions radiophoniques, dont l'exercice se trouve subordonné à une autorisation administrative, ne peut être tenu, en l'absence de cette autorisation, pour une liberté publique fondamentale dont la méconnaissance constituerait une voie de fait". D'ailleurs, il convient de remarquer que la société Téléfenua n'invoquait pas "la liberté de communication" mais plutôt celle de "la presse" -certainement pas en cause en l'espèce- parce qu'à de maintes reprises les juridictions avaient admis que toute atteinte à cette liberté fondamentale constituait une voie de fait.¹⁰ Mais le juge des référés a, à juste titre, requalifié le droit fondamental en cause en estimant qu'il s'agissait d'une atteinte à la liberté de communication: "le caractère fondamental de cette liberté a été affirmé de manière péremptoire à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, notamment dans la décision 248 DC du 17 janvier 1989 concernant le CSA".

En procédant de la sorte, le juge Polynésien n'a-t-il pas méconnu la solution consacrée par la Cour de cassation puisque la société demanderesse ne disposait pas d'une autorisation de diffuser des émissions? En effet, la cour suprême judiciaire laisse supposer¹¹ qu'en matière de liberté de communication, il ne peut y avoir voie de fait que si la victime des agissements de l'Administration est en possession d'une autorisation administrative délivrée par le C.S.A.

Toutefois, en estimant qu'en l'espèce il y avait atteinte à un droit fondamental, le Tribunal civil n'a pas contredit le juge de cassation¹² car, contrairement à l'affaire Radio Maohi, la société Téléfenua ne se plaignait pas de l'arrêt de son activité -puisque aucune diffusion d'émission n'avait encore eu lieu-, mais d'être empêchée de pouvoir postuler auprès du C.S.A afin d'obtenir une autorisation d'émettre. Certes, une interprétation stricte de la jurisprudence de la Cour de cassation, pourrait conduire à soutenir qu'il n'y avait pas atteinte à l'exploitation d'un service de communication puisque la société demanderesse n'était pas en possession d'une autorisation délivrée par le C.S.A. et que partant, aucune liberté publique fondamentale n'était en cause. Mais ce raisonnement ne saurait être admis car il confine à l'absurde: les personnes qui se seraient vues, par exemple, refuser la délivrance du récépissé de déclaration d'une association parce que l'absence de cet acte ne

9 Ch civ, 10 février 1989, Office des Postes et Télécommunications c Association dite Radio Maohi, *JCP* 1989, II, n 21380, note Yves Brard.

10 TC 25 mars 1889, Dufeuille, *Rec* p 412; TC 25 mars 1889, Usannaz Joris, *Rec* p 414; TC 8 avril 1935, L'action française, c/ Bonnefoy-Sibour, *Rec* 1227, concl. Josse; *S* 1935, III, p 76, concl. Josse; *D* 1935, III, p 25 conclusions Josse, note Waline; *RD* 1935, p 309, concl Josse, note Jèze.

11 Par un raisonnement *a contrario*, cf note Y Brard, sous C cass, op cit, p 221.

12 Dont la solution, au demeurant, est loin d'emporter l'adhésion puisque "subordonner la qualification de liberté publique fondamentale à l'existence d'une autorisation ne paraît (...) pas être le meilleur moyen d'assurer efficacement la protection d'une liberté"; Yves Brard note sous Cass civ Ière, 4 décembre 1990, op cit, p 222.

leur permet pas justement d'être reconnues comme une association ne pourraient pas non plus se plaindre d'une atteinte à une liberté publique fondamentale.

Aussi peu importe qu'une liberté fondamentale soit soumise à autorisation ou non puisque, dans l'affaire société Téléfenua c/ Territoire de la Polynésie française, il s'agissait pour le juge d'intervenir en amont de la liberté, en dehors de toute préoccupation d'application concrète de celle-ci. Et c'est pourquoi, en décidant que le défaut de publication des décrets portait de façon patente atteinte à une liberté fondamentale, le juge polynésien a consacré une solution qui nous paraît pleinement satisfaisante.

B L'action du Président du gouvernement du territoire s'analyse-t-elle comme une mesure insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'Administration?

Pour répondre à cette seconde interrogation, le juge des référés a fort classiquement estimé qu'il convenait de distinguer deux cas de figure, selon que l'acte du Président du gouvernement du territoire était une "décision" ou un "agissement". On sait en effet qu'en ce qui concerne les voies de fait par manque de droit -comme c'était le cas en l'espèce- leur existence peut résulter soit d'un acte administratif soit d'une opération administrative.

Dans le premier cas de figure, ce n'est pas l'édition d'un tel acte qui suffit à caractériser la voie de fait mais son exécution, c'est-à-dire un acte matériel,¹³ ou une menace précise et imminente d'exécution. En d'autres termes ce sont les effets provoqués par cet acte qui constitue la voie de fait. Et c'est pour mettre rapidement un terme à de tels effets, que la compétence de ces actions a été attribuée au juge judiciaire. En effet, le juge civil -et tout particulièrement celui statuant en matière de référé- possède "d'énergiques pouvoirs préventifs et curatifs qui ne sont pas en principe susceptibles d'être mis en oeuvre par le juge administratif contre l'administration".¹⁴ Dans le cas contraire où aucune conséquence ne résulterait d'un acte administratif même manifestement illégal, nul besoin de saisir le juge judiciaire puisque l'annulation de cet acte ou sa déclaration d'inexistence pourrait aussi bien être obtenue du juge administratif.¹⁵

En l'espèce, pour que la voie de fait soit constituée, il eût fallu que le Président du gouvernement du territoire soit l'auteur d'une décision de refus, explicite ou implicite, de publication des décrets dans le J.O.P.F. Dans cette hypothèse en effet, les conséquences résultant de cet acte administratif porteraient gravement préjudice à la société demanderesse

13 En ce sens André de Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 1, 12e édition, LGDJ 1992, p 360.

14 *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, Jacques Moreau, "Voie de fait", n 68.

15 Cf CE 31 janvier 1958, Sté des Établissements Lassale, Rec p 63: annulation; TC 27 juin 1966, Guigon c/ Armées, Rec p 830, AJDA 1966, note A de Laubadère, p 547; D 1968, note J-C Douence, p 7; JCP 1967, II, n 15135, conclusions R Lindon: déclaration d'inexistence.

puisque cette dernière ne serait pas fondée à invoquer l'application des décrets. Or, comme le constate fort justement le juge des référés d'une part, une telle décision n'a jamais été prise et d'autre part, il n'entraînait pas dans les prérogatives du Président du gouvernement du territoire de procéder à la publication de décisions ressortissant à la compétence de l'État: "Il résulte des articles 91 et 93 de la loi du 6 septembre 1984 que le Haut-Commissaire a seul qualité pour assurer la publication au JOPF des décisions ressortissant de la compétence de l'État et que la seule prérogative attribuée au gouvernement territorial en la matière est afférente au droit d'être informé".

Aussi, *a priori*, on ne peut qu'être étonné de ce que l'action diligentée par la Société Téléfenua ait été dirigée à l'encontre d'une autorité incompétente pour prendre une décision dans le processus de publication de décrets. Mais une telle demande est parfaitement justifiée si l'on considère à présent que la voie de fait résulte d'une opération administrative.

De fait, les autorités territoriales ne faisaient pas mystère de leur opposition à la publication des décrets de 1992 et 1993 parce que ces textes auraient probablement permis à la société Téléfenua de réaliser son projet de télévision.¹⁶ Le jour même où l'arrêté de promulgation fut pris par le Haut-Commissaire, cet acte fut transmis au Président du gouvernement du territoire, mais il ne fut pas publié au Journal officiel local dans les délais habituels. Se basant sur ce constat et des déclarations des conseillers proches du gouvernement, la société demanderesse soutenait que le Président du gouvernement du territoire manifestait ainsi son intention de contrecarrer le processus normal de publication des décrets. Une telle situation était d'autant plus possible que l'imprimerie officielle du territoire constitue un service, non doté de la personnalité morale, rattaché au ministère des Finances et des Réformes Administratives du territoire de la Polynésie Française. Aussi rien n'était plus simple pour les autorités territoriales de suggérer à ses agents de ne pas procéder à la publication des décrets.

Cependant le juge judiciaire rejetait cette argumentation en se basant sur le fait que la preuve d'actes matériels imputés au Président du gouvernement du territoire n'étaient pas rapportée: "il n'est pas établi que des ordres ont été donnés par lui au personnel de l'imprimerie officielle". Mais à supposer que "l'intervention intempestive du Gouvernement pour contrecarrer le processus de publication" ait pu clairement être démontrée, l'existence de la voie de fait n'aurait pas pour autant été établie. On doit, en effet, approuver le juge des référés lorsqu'il constate qu'"en toute hypothèse, à supposer que de tels ordres aient été

16 On doit signaler que ce cas de figure, aussi singulier soit-il, n'est pas le premier du genre. TA Papeete, 21 mars 1989, Territoire de la Polynésie française c/ Etat, *Recueil de jugements, 1988-1989*, Imprimerie Officielle, Tahiti, p 53: La demande du Président du gouvernement du territoire tendant à l'annulation de l'ordre donné par le Haut-Commissaire à l'agent responsable de l'édition du JOPF, de procéder à la publication d'une loi ainsi que celle visant le refus de rapporter cet ordre, sont irrecevables car elles sont dirigées contre une mesure d'ordre intérieur.

donnés, ces directives ne seraient pas de nature à entraver le processus de publication des décrets litigieux dans la mesure où le Haut-Commissaire, dans sa sphère de compétence exclusive, dispose des moyens juridiques adéquats pour passer outre à une résistance dépourvue de toute base légale".

Il ne faut pas confondre en effet deux éléments: la compétence pour prendre une décision relative à la publication qui ne peut, en vertu des dispositions des articles 91 et 93 de la loi statutaire, revenir qu'au Haut-Commissaire et la gestion matérielle de l'activité de publication qui faisait partie des attributions du gouvernement territorial. Dès lors, toute entrave à la compétence du Haut-Commissaire pouvait aisément être surmontée et c'est ce qui fut fait en l'espèce. En effet, le 2 décembre, le Haut-Commissaire a ordonné la réquisition du directeur des publications du J.O.P.F. et des services chargés de la confection de ce journal pour l'insertion de l'arrêté de promulgation des deux décrets et de ces deux décrets dans le plus prochain numéro du Journal officiel local. Cette publication eut lieu effectivement dans le J.O.P.F. du 9 décembre.

En supposant que cet ordre de réquisition n'ait pas été suivi d'effet, le Haut-Commissaire aurait pu aussi suppléer à la publication au J.O.P.F. par d'autres procédés valables de publicité. En effet, la jurisprudence administrative n'est pas formaliste.¹⁷ elle considère que "si la publication régulière¹⁸ est impossible, tous les autres procédés permettant d'arriver au même résultat, c'est-à-dire à la connaissance par les intéressés du texte les concernant, sont admissibles".¹⁹ De fait, à de nombreuses occasions le juge administratif a estimé qu'en cas de circonstances exceptionnelles, la publicité des textes normatifs doit être considérée comme suffisante lorsque les intéressés ont été informés par affichage ou par notification individuelle.²⁰ D'ailleurs en l'espèce, seul importait que l'arrêté de promulgation fasse l'objet d'une publication puisque les décrets ayant déjà été insérés au Journal officiel métropolitain il n'était pas nécessaire que leur texte soit reproduit au Journal officiel

17 Ni du reste la jurisprudence judiciaire: Cass civ 30 novembre 1864, *D.* 1865, I, p 186, cité par François Miclo, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica 1982, p 194. Ainsi, en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles, la publicité peut être effectuée par tous les autres moyens prescrits par le chef du territoire, Civ. 30 novembre 1804, *DP* 63, P; 186, cité par François Luchoire, *Droit d'outre-mer et de la coopération*, PUF, 2e édition, 1966, p 279.

18 "Lorsqu'aucun texte n'a imposé un mode de publicité déterminé, il appartient au juge de rechercher si l'acte réglementaire a fait l'objet d'une publicité de nature à assurer son entrée en vigueur et à faire courir le délai de recours. Si le mode de publicité est déterminé par un texte, le juge applique ce texte. Il s'agit dans le premier cas de savoir si la publicité a été suffisante; dans le second de dire si elle a été régulière", conclusions Mme Grévisse sur CE ass 12 avril 1972, Sieur Brier, *Rec p* 276.

19 Raymond Odent, *Contentieux administratif*, fascicule 1, Les Cours de Droit, 1976-1981, p 41.

20 Voir par exemple: CE ass 5 avril 1946, Sieur Rouy, *Rec p* 107; CE 18 novembre 1949, Sieur Plat, *Rec p* 488; CE 23 juin 1950, Sieur Lacroix, *Rec p* 384; CE ass 12 avril 1972, conclusions Mme Grévisse, *Rec p* 272-287; note Pierre Delvolve, *D.* 1973, p 228-234; note J-M Auby, *D.* 1973, p 681-687.

local.²¹ Enfin, indépendamment de toutes circonstances exceptionnelles, le Conseil d'État a estimé qu'une convention internationale destinée à régir la situation des populations d'un territoire donné n'était pas opposable aux dites populations faute d'avoir fait l'objet soit d'une publication au Journal officiel local soit de tout autre procédé de publicité.²²

Compte tenu des moyens juridiques dont dispose le représentant de l'État pour passer outre aux éventuelles directives émises par les autorités territoriales dans la perspective de contrecarrer le processus de publication de textes normatifs, le juge des référés, en affirmant que cette résistance abusive, bien que dépourvue de toute base légale, ne constituerait pas pour autant une voie de fait, a pris une décision parfaitement logique avec cette dernière théorie. Il est en effet conforme à l'état du droit et des principes qui régissent la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions, que le juge judiciaire ne puisse pénétrer dans le champ des litiges qui opposent des autorités administratives entre elles. La voie de fait n'a pas été conçue pour réguler les conflits internes à l'administration. D'ailleurs les jugements ou arrêts qui ont admis des voies de fait pour censurer des actes régissant les rapports entre autorités et agents administratifs sont fort rares -et très critiqués.²³ Dans le même esprit on doit admettre qu'aucune voie de fait ne saurait être constituée dans les rapports inter-administration -quand bien même, comme en l'espèce, le comportement d'une institution s'avérerait choquant au regard de ce que l'on peut attendre du fonctionnement normal du service public-, c'est-à-dire mettant en relation des personnes publiques distinctes. L'autonomie conférée aux collectivités décentralisées est contrôlée et sanctionnée par les organes de l'État et les contentieux qui prennent naissance à cette occasion appartiennent à leur juge naturel.²⁴

21 En ce sens, cf les nombreuses jurisprudences judiciaires citées par François Miclo, *op cit*, p 194, notes 4, 5 et 6. Voir aussi, François Luchaire, *op cit*, p 279. Le juge administratif estime aussi qu'il n'est pas nécessaire que le texte soit reproduit dans le Journal officiel local s'il a déjà fait l'objet d'une publication en métropole: CE 8 mai 1908, Bonnet, *Rec p* 470. Mais, il est vrai, comme le constate François Miclo, que la solution est moins évidente aujourd'hui pour la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie depuis l'entrée en vigueur des statuts du 6 septembre 1984, cf. Jurisclasseur civil, "Application de la loi outre-mer", n 162.

22 CE sect 7 décembre 1945, Société Ranc, Tiburce et Cie, *Rec p* 247; S 1946, III, p 29, conclusions Lefas.

23 Cf Alain Moyrand, note sous Papeete, Ch civ, 26 février 1992, JCP 1992, II, n 21926, p 339-340. De telles décisions pourraient cependant s'expliquer (mais ne seraient pas pour autant justifiées) si l'on admettait qu'en adoptant un comportement illégal, l'une des parties au conflit agit comme une personne privée ... Mais dans cette hypothèse le recours à la théorie de la "dénaturation" amènerait le juge judiciaire à porter une appréciation des plus délicates sur le comportement de l'Administration et en tout état de cause le tribunal devrait renvoyer à la juridiction administrative l'appréciation d'une telle question.

24 Et en l'espèce, il a été précisé que le représentant de l'État avait pris rapidement des mesures qui se sont avérées fort efficaces.

Cas de refus de publication de textes normatifs

Les autres hypothèses de refus de publication de textes normatifs nous amèneront à inguier le cas où cet acte est encore imputable aux autorités territoriales -mais, à la érence de l'espèce soumise au juge polynésien, sont désormais en cause des décisions ortissant à leur propre compétence- ; du cas où le blocage du processus de publicité des nes étatiques serait le fait du Haut-Commissaire. Cette analyse permet de souligner qu'en ui concerne tout d'abord des autorités territoriales, il est toujours possible de passer e aux agissements dont ces dernières pourraient se rendre coupable et qu'en tout état de se, pas plus le Président du gouvernement du territoire que le Président de l'assemblée itoriale ne peuvent commettre de voies de fait lorsqu'ils tentent de contrecarrer le cessus de publication de leurs propres décisions ; mais qu'en revanche en refusant de ier cette carence, le Haut-Commissaire se rendrait coupable d'une voie de fait (A). issant en second lieu, du refus du Haut-Commissaire de procéder à l'insertion des lois et rets dans le Journal officiel local, aussi regrettable soit-il, ce comportement est eptible de se rattacher à un pouvoir légal de l'Administration et dès lors le représentant 'État ne commet pas de voie de fait. Ce n'est pas dire pour autant que l'attitude du Haut- nmissaire ne puisse pas être sanctionnée juridictionnellement; mais les actions ouvertes victimes de tels abus ne peuvent être portées que devant le juge administratif (B).

Sur l'application des règles de la voie de fait

On supposera à présent, qu'une autorité territoriale refuse de procéder à la publication décisions ressortissant à sa compétence.²⁵ *A priori*, un tel cas de figure semble icilement imaginable, mais le fonctionnement des institutions territoriales révèle parfois pratiques pour le moins surprenantes²⁶ ... et d'ailleurs il est topique de constater que ce de figure a bel et bien été envisagé par la loi statutaire.

Deux autorités territoriales sont nommément désignées par le statut du territoire pour céder à la publication de textes normatifs. Il a été précisé en effet, que le Président du vernement du territoire est chargé d'assurer la publication des décisions arrêtées par le eil des ministres et que de même le Président de l'assemblée territoriale se voit confier la sion de publier les délibérations votées par l'assemblée délibérante du territoire. En ce concerne cette dernière autorité, il faut réserver le cas spécifique où, en vertu de l'article ilinéa 2 de la loi statutaire, le conseil des ministres du territoire viendrait à demander

Cf l'article 93 de la loi statutaire. *Supra* note 3.

Tel le cas par exemple du blocage des portes de l'assemblée délibérante par son Président afin d'empêcher que la majorité des conseillers ne siège, cf. Alain MOYRAND, note sous Cour d'appel de Papeete, 26 février 1992, op cit.

une seconde lecture d'une délibération de l'assemblée territoriale.²⁷ Dans cette hypothèse, l'exécution de la délibération est suspendue jusqu'à la seconde lecture. On imagine aisément que tant que ce nouvel examen de la délibération n'a pas eu lieu, le Président de l'assemblée territoriale pourra se dispenser de procéder à une telle publication.²⁸

L'absence de publication de textes normatifs territoriaux du fait d'une volonté délibérée des autorités territoriales -en supposant que ces textes réglementent un domaine relatif aux droits fondamentaux- ne constituerait pas non plus une voie de fait puisque la loi statutaire à prévu un mécanisme juridique permettant à l'autorité de tutelle de surmonter cette résistance: "a défaut de publication dans un délai de 15 jours des actes ressortissant à la compétence du territoire, le Haut-Commissaire en assure sans délai la publication".²⁹ On retombe ainsi dans l'hypothèse déjà évoquée³⁰ où une autorité administrative dispose de moyens juridiques adéquats pour passer outre à un refus de publication.

Mais si les autorités locales ne peuvent jamais commettre de voie de fait en tentant de s'opposer à la publication de textes normatifs étatiques³¹ ou territoriaux, la même solution ne saurait prévaloir si le refus de publication de décisions territoriales émanait du représentant de l'État. Étant donné en effet, qu'une disposition législative fait expressément obligation au délégué du gouvernement de se substituer à la carence des autorités territoriales, l'abstention de celui-ci s'analyserait comme un acte insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'Administration. Constatant au terme d'un délai de 15 jours, que les autorités territoriales se sont abstenues d'accomplir une obligation légale, le Haut-Commissaire doit procéder immédiatement à cette publication des textes normatifs territoriaux.³² Dans le cas contraire, l'abstention du représentant de l'État serait susceptible de former une voie de fait.

Mais nous allons voir que cette dernière solution ne peut être invoquée lorsque le Haut-Commissaire se refuse à procéder à la publication des textes normatifs étatiques.

27 La loi statutaire précise que les actes de l'assemblée territoriale doivent être transmis sans délai au Président du gouvernement du territoire, cf art 74 al 1.

28 Le cas se serait produit une fois... et jamais cette seconde lecture n'a eu lieu. Ce qui a permis d'enterrer un acte jugé inopportun.

29 Article 93 alinéa 2.

30 Supra I B.

31 Supra I.

32 Il serait possible aussi d'envisager de sanctionner l'attitude des autorités territoriales. Il est évident que la loi statutaire attribue à ces dernières une compétence liée (cf l'emploi du présent de l'indicatif). Mais cette sanction ne pourrait être que l'annulation par le juge administratif de ce refus de publication.

B Le cadre juridictionnel des actions ouvertes aux victimes d'un refus de publication

L'étude exhaustive des cas de refus de publication nous amène à envisager, en dernière hypothèse, celui où le Haut-Commissaire s'abstiendrait de publier des lois et décrets soumis à la spécialité législative.³³ On constate alors que si, à l'instar des prérogatives conférées aux autorités territoriales, le Haut-Commissaire ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire mais au contraire d'une compétence liée pour publier les décisions ressortissant à la compétence de l'État, cette obligation juridique n'est enfermée dans aucun délai.³⁴

Est-ce à dire pour autant que le représentant de l'État puisse disposer d'un droit de veto en s'opposant indéfiniment à la publication (et aussi à la promulgation) des textes? On sait que la jurisprudence administrative a développé la notion de "délai raisonnable", pour censurer l'Administration qui s'évertuerait à méconnaître son obligation d'appliquer les lois et règlements.³⁵ Toutefois, cette sanction de ce "retard anormal" à prendre les mesures réglementaires ou individuelles d'exécution des lois et règlements s'accommode de délais qui dépassent parfois plusieurs mois et ne saurait donc être considérée comme une mesure efficace pour vaincre l'inertie de l'Administration.

Mais, le problème de l'obligation de publication (et de la promulgation) des textes législatifs et réglementaires n'est pas identique à celui relatif à l'obligation d'appliquer ces mêmes textes. On peut comprendre que dans cette dernière hypothèse le délai puisse atteindre quelques mois puisque l'Administration doit souvent établir des réglementations -et dispose

33 Et il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école. De nombreux exemples sont donnés par la doctrine. Cf par exemple l'étude de Hubert Lenoir: "Le record en la matière étant détenu, si l'on peut dire, par la loi du 21 juin 1865 relative aux associations syndicales qui n'a été promulguée que le 16 juin 1988, soit 123 ans après", in "La promulgation des lois et des décrets en Polynésie française", Communication lors de la Table Ronde: *Études sur le droit des pays du Pacifique Sud*, Université Française du Pacifique, 28 mai 1993. Sur la même question voir Yves-louis Sage "De l'application des normes en Polynésie Française", in Communication lors de la Table Ronde: *Études sur le droit des pays du Pacifique Sud*, Université Française du Pacifique, mai 1992.

34 Certes, la circulaire du 21 avril 1988 relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer, à la consultation des assemblées locales de l'outre-mer et au contreseing des ministres chargés des DOM-TOM (JORF 24 avril 1988, p 5457) précise bien que "le délai de publication (...) doit être aussi bref que possible" ... mais ce texte n'a pas force obligatoire puisqu'il est dépourvu de valeur réglementaire.

35 Voir CE ass 27 novembre 1964, Ministre des Finances et des affaires économiques c/ Dame veuve Renard, *Rec* p. 590, Conclusions Y Galmot; *AJDA* 1964, p 678, chron. M Puybasset et JP Puissochet; *D* 1965, p 632, note JM Auby; *RD* 1965, p 716, conclusions; CE 23 novembre 1979, Secrétaire d'État aux anciens combattants c/ Le Meillour, *Rec* p 431; CE 7 octobre 1981, Secrétaire d'État aux anciens combattants c/ Époux Briffa, *RD* 1982, p 1416; CE 15 février 1984, Ministre des affaires étrangères c/ Larivière, *Rec* T p 489; CE 24 juin 1992, M Soulat, *AJDA* 1992, p 691, observations P Letourneur; CE 9 avril 1993, Sté des auteurs des arts visuels, *JCP* 1993, IV, n 1534, p 181.

pour ce faire d'une grande latitude³⁶ - et que par ailleurs, s'agissant de l'obligation d'assurer l'exécution de textes de nature réglementaire, celle-ci est subordonnée à la condition que les dispositions à appliquer aient été légalement prise.³⁷ En revanche lorsqu'il s'agit, pour l'autorité administrative, de promulguer ou publier des lois ou décrets, le choix du moment n'est pas conditionné par les mêmes impératifs. En effet, tout d'abord, le représentant de l'État n'a pas à édicter de nouvelles mesures ni même à modifier celles contenues dans les textes qu'il doit publier. Ensuite, on ne saurait reconnaître au Haut-Commissaire le pouvoir d'apprécier la légalité des normes législatives ou réglementaires qui seront insérées dans le Journal officiel local puisque cela reviendrait à reconnaître à une autorité inférieure au parlement et soumise au gouvernement, la possibilité de suspendre l'applicabilité des textes émanant de ces organes.³⁸ S'il est vrai que le représentant de l'État s'est vu confier un contrôle de légalité, celui-ci ne concerne que les actes des autorités territoriales.³⁹

Ce n'est pas dire pour autant que le Haut-Commissaire ne peut disposer d'aucun choix du moment pour accomplir les formalités de promulgation et de publication. Si en principe promulgation et publication doivent être faites "immédiatement, dès l'arrivée dans la colonie [i.e. à présent dans le territoire] du journal officiel de la République",⁴⁰ l'ajournement de ces formalités peut "être justifié par les circonstances locales".⁴¹ Ainsi le Conseil d'État, dans un arrêt Société maïserie et aliments de Bétail, relatif à un décret fixant un régime douanier, a reconnu que "dans les circonstances de l'affaire" un retard de trois semaines pour promulguer et publier ce texte n'était pas anormal parce que les services du haut-commissariat devaient procéder à une répartition des produits entre les différents bureaux de douane.

36 L'autorité compétente peut ainsi "répartir entre plusieurs textes réglementaires la fixation de ces modalités d'application", CE 13 juillet 1962, Kevers-Pascalis, *Rec* p 475; D 1963, p 606, note JM Auby.

37 "Les mesures par lesquelles l'autorité administrative diffère la mise en application d'une réglementation illégale ne sauraient être entachées d'illégalité", CE sect 8 janvier 1960, Laiterie Saint-Cyprien, *Rec* p 10.

38 Il serait pour le moins curieux que le Haut-Commissaire dispose en la matière de davantage de pouvoir que le Président de la République lorsque ce dernier promulgue les lois. D'ailleurs un ministre qui donnerait l'ordre au délégué du gouvernement de ne pas procéder à la promulgation d'un décret émettrait un acte illégal car comme le faisait remarquer à juste titre le commissaire du gouvernement Fournier, "Si le ministre estimait que le décret attaqué présentait des imperfections, il lui appartenait de provoquer son abrogation", conclusions sur CE 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, *RJPOM* 1960, p 443.

39 Et en tout état de cause, le Haut-Commissaire ne peut en suspendre l'applicabilité; il ne peut que les déférer au juge administratif.

40 François Miclo, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, op cit, p 191.

41 *Idem*.

Mais dans notre cas d'espèce, aucun argument de la sorte ne pouvait être avancé par le Haut-Commissaire. L'ajournement de la publication des deux décrets aurait été illégal. Néanmoins, la théorie de la voie de fait, ne pourrait pas s'appliquer dans notre cas puisque l'attitude du représentant de l'État consistant à refuser d'insérer les décisions étatiques au Journal officiel local n'est pas insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'Administration.⁴² La loi est sans doute mal faite⁴³ ... mais c'est la loi.

Toutefois, il serait possible de soutenir que le Haut-Commissaire commet une voie de fait, puisque des jurisprudences concordantes des juges judiciaire, administratif et des conflits⁴⁴ ont admis que tel est le cas lorsque l'Administration utilise de manière inadéquate des pouvoirs qui lui sont confiés pour l'exercice d'autres activités.⁴⁵ Concrètement, la personne qui reprocherait au représentant de l'État de s'abstenir de procéder à la publication d'une loi ou d'un décret, pourrait prétendre qu'un tel agissement est manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice du pouvoir conféré à l'Administration dans sa fonction de

42 "…Si l'Administration possède un titre qui lui permettrait d'agir, la qualification de voie de fait ne sera pas retenue même au cas où les agissements litigieux reflètent un excès de pouvoir ou une confusion grossière", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, Jacques Moreau, jurisclesseur, op cit, n 57.

43 Si à l'époque coloniale il était effectivement difficile d'enfermer dans un délai déterminé la publication des décisions étatiques, compte tenu de l'éloignement des territoires et des lenteurs des moyens de communication, tel n'est plus le cas à l'aire du Fax. Dès lors, il serait souhaitable qu'un délai pour procéder à la publication des décisions ressortissant à la compétence de l'État soit imparti à l'autorité chargée de cette attribution. Quant à la promulgation, non seulement elle constitue une procédure inutile mais sa constitutionnalité est douteuse, voir sur ce dernier point, l'étude de Hubert Lenoir, op cit.

44 C cass 1ère ch civ 28 novembre 1984, deux arrêts, *D* 1985, p 313, note C Gavalda; *JCP* 1986 II n° 20600, note M Lombard; *RCDIP* 1985, P 506, note G Peiser; *RFDA* 1985, p 760, concl P-A Sadon; TC 9 juin 1986, Eucat c/ Trésorier-payeur général du Bas-Rhin, *Recueil Lebon*, p 301; *AJDA* 1986, p 428, chron M Azibert et M. de Boisdeffre; *D* 1986, p 493, note C Gavalda; *JCP* 1987 II n° 20746, note B Pacteau; *RDP*, 1987, p 1073, note J Robert et p 1082, concl M -A Latournerie; *RFDA* 1987, p 53, concl; CE 4 mai 1988, Plante, *Recueil Lebon*, p 695; *RDP* 1990, p 913; *RFDA* 1989, p 194, note B Pacteau.

45 Ainsi le juge apprécie "le rapport existant entre la mesure contestée et, non pas les pouvoirs de l'administration en général, mais un pouvoir déterminé, caractérisé par sa finalité" Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 7e édition, 1993, p 696.

publication des textes normatifs. Toutefois, cette conception très extensive de la notion de voie de fait⁴⁶ n'a -déjà- probablement plus cours.⁴⁷

Mais si la voie de fait ne peut censurer le refus du Haut-Commissaire de publier des décisions étatiques, d'autres sanctions, relevant de la compétence du juge administratif, sont heureusement envisageables... à défaut d'être -hélas- aussi efficaces. On pourrait tout d'abord admettre que le Tribunal administratif puisse annuler le refus du représentant de l'État de procéder à l'insertion des textes dans le Journal officiel local. Bien qu'à notre connaissance ce cas n'ait pas encore été soumis au juge administratif, il y a lieu de remarquer que ce contentieux est fort proche d'un refus d'édicter des règlements nécessaire à l'application d'une loi ou d'un décret.⁴⁸ Pour ce faire le requérant devrait faire constater par le juge que l'Administration a dépassé un "délai raisonnable". Mais le terrain du contentieux de la légalité n'est pas la seule voie de droit ouverte aux victimes de la méconnaissance par l'Administration de son obligation de publier les textes normatifs. Les justiciables seraient aussi fondés à invoquer que l'attitude de l'Administration est génératrice de responsabilité.⁴⁹ D'ailleurs, tant en matière de promulgation que de publication tardives, la Haute Juridiction administrative a admis que de tels agissements étaient de nature à engager la responsabilité pour faute de l'État.⁵⁰

Société Téléfenua c. Le Président du gouvernement du Territoire de la Polynésie Française

The legislative system for the French Overseas Territories differs from that of other jurisdictions of the French Republic. One of the main differences relates to the need for promulgation and publication at a local level of all statutes and decrees to which the

46 Elle revient en fait à censurer les détournements de pouvoir ou de procédure gravement irrégulier; ce qui a favorisé et légitimé une tendance naturelle du juge judiciaire -le Professeur René Chapus parle d'"égarements judiciaires", op cit, p 693- à déceler des voies de fait de manière excessive.

47 Cf TC 17 juin 1991, Madhaoui, JCP 1991, IV, p 391; TC 4 juillet 1991, Couach, JCP 1991, IV, p 392. Citant la décision du Tribunal des conflits "Préfet de la Seine-Saint Denis contre Akiana" (1er mars 1993, D 1993, inf rap 93; JCP 1993, IV, 1132, observ M-C Rouault; DA 1993 n° 220), Etienne Picard souligne que celle-ci s'inscrit "dans un mouvement tendant à circonscrire les limites de la notion de voie de fait qu'un certain nombre de juridictions judiciaires ont tendance à concevoir de façon un peu indéterminée, et large en tout cas, suite à l'interprétation abusive de certaines jurisprudences du Tribunal des conflits lui même", JCP 1993, I, n° 3700, p 365.

48 CE 13 juillet 1962, Kevers-Pascalis, op cit.

49 Il y a lieu de souligner là encore l'analogie avec le contentieux du refus de prendre les mesures nécessaires à l'application des lois et décrets, cf CE ass 27 novembre 1964, Dame Veuve Renard, op cit.

50 CE sect 7 décembre 1945, Société Ranc, Tiburce et Cie, op cit; CE sect 11 mars 1960, Société Maiserie et aliments de bétail, op cit.

principle of legislative specialty relates. And so, in addition to their publication in the Official Gazette of the French Republic, statutes and decrees must be promulgated and published in the Official Journal of French Polynesia (JOPF) by the High Commissioner of the Republic. These formalities are necessary pre-conditions since they provide the basis for the entry into force of the legislation and for the practical effect of the State rules.

On the basis of the Law of 30 September 1986 relating to freedom of communication, the Telefenua Company wished to develop "a network for the distribution of radio and television services". Though requested on numerous occasions, both by the Telefunua Company and various communities of French Polynesia which wished to take advantage of cable television services, the High Commissioner only promulgated the two decrees on 2 November 1993. But the publication never took place as planned in the issue of the *Official Gazette* following (that is to say, of 4 November), nor in the Gazettes of 11 or 18 November. The delay is explained by the fact that the territorial authorities, which have responsibility for the publication of the Official Gazette, did not wish to publish these two decrees. The President of the Territorial Government, who was very dissatisfied about his lack of control of this particular sector of audio-visual communication, had tried in many ways to oppose the fulfilment of the television project planned by the Telefunua Company. And so, on 18 November 1993, the Telefunua Company laid a petition against the President of the Territorial Government before the Civil Judge of the Court of First Instance with the object of obtaining an order to stop the obstructiveness of which it believed it was a victim.

The President of the Court of First Instance in Papeete in his decision of 6 December 1993 had to decide whether the President of the Territorial Government in trying to prevent the publication of the decisions which had emanated from the State in the exercise of the State's jurisdiction had committed a wrong (*voie de fait*). The court answered this question in the negative: It referred to the classic definition of *voie de fait* as "a particularly serious harm caused by the administration which affects the fundamental rights of the citizens and which is incapable of being attached to a legal government power".

In order to sustain the view that by opposing the publication of the decrees a harm had been done by the President, the Telefunua Company had first of all to show that the action of the Territorial President affected a fundamental freedom. It did not matter that the fundamental freedom could be subject to permission since in the Telefunua case there was a question of the judge intervening on behalf of liberty outside of any concern with the concrete application of that liberty. And this is why in deciding that the failure to publish the decrees amounted to a clear violation of a fundamental liberty, the Judge made a decision which appears fully satisfying.

Secondly, the Telefunua Company had to establish that the action of the President was incapable of relating to the exercise of a power by the government. Here the Judge, in a typical traditional approach, held that it was necessary to distinguish two types of case,

according to whether what the President of the Territorial Government did was a "decision" or a "action". As far as "voies de fait" are concerned, where there is an absence of right — as was the case here — their existence can result either from a administrative statement or from administrative activities.

In the case in hand, in order for the wrong to be established, it would have been necessary for the President of the Territorial Government to have made a writing which refused the publication of the decrees in the JOPF expressly or implicitly. On this hypothesis, the consequences of this administrative document would cause grave loss to the plaintiff company since it would be unable to take advantage of the application of the decrees. As was quite rightly established by the Judge, on the one hand such decision had never been taken, and on the other hand it was not within the powers of the President of the Territorial Government to publish decisions which were within the competence of the State itself:

It follows from Articles 91 and 93 of the Law of 6 September 1984 that the High Commissioner alone has the capacity to publish in the JOPF decisions which are within the competence of the State, and the only right given to the Territorial Government in the matter is the right to be informed.

Also, a priori, it is surprising that the action commenced by the Telefunua Company had been brought against an authority which had no power to take a decision in the process relating to the publication of decrees. Such a petition is perfectly justified if the harm is seen to flow from administrative action. The judge rejected this approach on the basis of the absence of proof that the particular actions imputed to the President were not proved.

The other possible basis for the refusal of publication of legal documents leads to distinguishing the case where the action can be imputed to the territorial authorities (but, unlike the case before the Judge here, the decisions are those which are within the jurisdiction of the territorial authorities), from the case where the failure in the publication process is the act of the High Commissioner. This analysis emphasises the fact that as far as the territorial authorities are concerned, it is always possible to go beyond the actions for which the territorial authorities can be held responsible and that, in any case, neither the President of the Territorial Government nor the President of the Territorial Assembly can commit harm (*voie de fait*) when they try to obstruct the publication process of their own decisions. On the other hand, in refusing to make up for this omission, the High Commissioner is himself guilty of causing harm. Considering in the second place the refusal of the High Commissioner to proceed to the publication of statutes and decrees in the local Gazette — regrettable as that may be, this behaviour could be related to a legal power of the government, and therefore the State representative could not commit a *voie de fait*. This is not to say, however, that the behaviour of the High Commissioner could not be controlled by

a court, but the causes of action available to victims of such behaviour can only be brought before the administrative courts.

The Councils of the Archipelagoes in the basic law of French Polynesia — M. Vernaudeau C. Territoire de la Polynésie Française -

decision of the Administrative Tribunal of Papeete of 18 May 1994

A Moyrand and Y-L Sage***

The judgment of the Administrative Tribunal of Papeete of 18 May 1994, concerning the illegality of the tariffs applicable to sea transport services, is destined to cause an upset in the constitutional landscape of French Polynesia. The law of 12 July 1990, which amended the law of 6 September 1984 on the status of French Polynesia, had inserted an article 89 bis which provided for the creation of councils of the archipelagoes which would have to be necessarily consulted in two areas: maritime transport and development plans, and the general economic plan¹. The establishment of these councils in the five archipelagoes of French Polynesia which was so much desired by Mr Emile Vernaudeau when he was a member of the coalition majority, never happened because shortly after the vote on this reform by the national legislature, Mr Gaston Flosse, as the result of the territorial elections of March 1991, was again placed at the head of the territorial government. This latter had never made any secret of his opposition to the reform of July 1990 even though it

* Maître de Conférences, Université Française du Pacifique, Avocat (Papeete Bar).

** Maître de Conférences, Université Française du Pacifique, Honorary Fellow in Law, Victoria University of Wellington. Avocat (Papeete Bar).

1 Title 2 of the basic law is headed *Councils of the Archipelagos* has one article (89B) which states as follows: "There is established in the Windward Isles, the Leeward Isles, the Australes, the Tuamotu, and Gambier, and the Marquesas, a council for the archipelago made up of members of the territorial assembly and the elected mayors of these islands. The President of each council will be elected from within the council each year.

These councils must be consulted by the president of the government of the territory on development plans and the contracts for the plan, and the general measures taken for their application as well as about maritime and air transport that concern them.

In relation to economic, social or cultural matters which concern the archipelago, notably educational matters, employment, and professional training, the development of the local languages and cultures, the councils of the archipelagos will give advice either on their own initiative or in response to a request from the president of the government of the territory, the president of the territorial assembly or from the high commissioner.

The President of the government of the territory can consult the councils on the individual allocation of aid to local enterprises.

The President of the government of the territory or his representative, the high commissioner or his representative may be present of right at sittings of the councils of the archipelagos. They each have a right to speak at their request.

The territorial assembly will by decision elaborate the detail of the organisation and the operation of these councils."

constituted only a very limited weakening of the central territorial power. The system in fact is far from the New Caledonian pattern which provides for true decentralisation of territorial power.

In order to force the administration out of its inactivity Vernaudon, now in the opposition², challenged the legality of a government decision which should have been taken after consultation with the councils of the archipelagoes. It is a basic principle in administrative law that an official document which could only have become formal after receiving the advice of an institution with which consultation is required, is tainted with illegality if the writer has failed to seek the advice required and even if that advice would have been within the category of non-binding advice or of binding advice. A consistent line of case law has decided that in such a case the government has neglected a "substantial formality"³ unless the administrative authority can show the existence of circumstances which made consultation impossible. In that case, there is room for the operation of the theory which relates to "impossible formalities" and which authorises the government to formalise documents without having received the advice of the body with which consultation was required.

The administrative court had therefore to decide, in the instant case, whether the territorial government could justify its failure to consult the councils of the archipelago's by reasons for which it was not to blame.

It is clear that the government can dispense with the need to seek advice from a consultative body, and therefore benefit from the principle of impossible formalities, if this failure results first of all from exceptional circumstances. In the present case, the inactivity of the government for more than three years could not in any way be explained by such circumstances. The government was also unable to rely on any material hindrance such as could have resulted from the bad faith of the members of the councils of the archipelagoes. Things done by members of a council (such as a failure to sit or to give advice, block

2 It is to be noted that the administrative tribunal of Papeete accepted the petition of Mr Vernaudon on the basis of his "standing as a user of inter-island maritime transport". The first instance judge held "that on this basis at least he had a sufficient interest". But Mr Vernaudon could also have based his standing on his membership of an organisation which had not been consulted since, as mayor and territorial council, he was a member as of right of the Council of the Archipelago of the Windward Isles. In fact, a line of cases recognises in the members of an administrative organisation the capacity to act against official decisions which abuse the role conferred on that organisation. (CE 13 décembre 1912, Bobjean, Benaitreau et autres, *Rec* p 1207; CE sect 9 décembre 1938, Sieur Garne, *Rec* p 923) or taken without proper notice from the organisation (CE 30 avril 1926, Sieur Suran, *Rec* p 439; CE 4 décembre 1935, Canat, *Rec* p 1135; CE sect 26 octobre 1956, Demoiselle Cavalier et autres, *Rec* p 387; CE 25 janvier 1963, Lemaesquier, *D* p 334, conclusions Kahn; CE 30 mars 1977, Secrétaire d'État aux Universités c/ Carreau, *Rec* p 170).

3 Eg CE 17 mai 1968, Sieur Herrens Schmidt et syndicat autonome du personnel de l'expansion économique à l'étranger, *AJDA* 1968, p 644, note VS.

resignation, etc.) with the object of obstructing the operation of the institution⁴ would amount to such a hindrance, and therefore be a valid excuse for the government to fail to consult the council. In this case, the councils had not been constituted or, more accurately, no decision of the Territorial Assembly had been taken to set out the details of the organisation and functioning of the councils.

A final exception to the principle of consultation is the hypothesis of "a legal obstacle". And it was on this basis that the government tried to take advantage of the theory of impossible formalities. In nullifying the edict in question, the Administrative Tribunal stated clearly that the argument based on a legal impossibility was not sustained since it was the territorial authorities themselves which created the impossibility of proceeding to consult with the councils of the archipelagoes. Therefore, since it had failed to establish the councils of the archipelagoes, the government, in fixing the tariffs applicable for marine transport, had not made it possible for the decision to be transmitted to the councils for their advice, and this failure nullified the procedure for the promulgation of this tariff. If, in deciding this way, the administrative tribunal made a decision which appears beyond criticism, it is nevertheless true that it could have reached the same result by adopting a simpler line of reasoning. That is to say, a line of reasoning which avoided the need to check whether the conditions for the theory of impossible formalities were or were not fulfilled. It would have been possible to have the tariff annulled (because it was set without consultation with the councils of the archipelagoes) if the judge had stated that the provisions of the basic law relative to these institutions were immediately applicable provisions because they are sufficiently precise, notwithstanding the failure of the Territorial Assembly to make the decisions which were necessary for the organisation and operation of these councils. On this basis, the tariff would be tainted with illegality not because of the failure to create the councils of the archipelagos, but because of the failure to consult with them.

Failure to legislate

When a law provides that there should be compulsory consultation with a new institution, it is possible to consider that the impossibility which the government faced to establish this institution, because it is not within the jurisdiction of the administrative

4 CE 23 janvier 1931, Rondeau, *Rec* p 91; CE sect 3 mars 1939, Delmas, Dupuis et autres, *Rec* p 135; CE 1er décembre 1943, Chambre syndicale de l'affichage de France, *Rec* p 276; CE sect 12 octobre 1956, Baillet, *Rec* p 356, *D* 1956, p 664, concl Long; CE 26 octobre 1956, Henriot, *RDP* 1957, p 159; CE 16 novembre 1956, Pénicault, *Rec* p 432; CE 2 novembre 1960, Cassane, *Rec* p 581; CE sect 24 avril 1964, Delahaye, *Rec* p 243; CE 17 mars 1965, Ménasse, *Rec* p 179; CE 27 mai 1966, Carron, *Rec* p 367; CE 27 octobre 1966, Carron, *Rec* p 367; CE 14 novembre 1975, Syndicat national de l'enseignement supérieur, *Rec* p 571, Concl J Théry.

authority to set such a formal document by decree, constitutes a legal obstacle⁵, and therefore a reason for failure to consult with that institution. This is what the Council of State, the highest court for administrative law matters, has decided in respect of non-consultation with an institution whose establishment would require the intervention of the legislature⁶.

That is not the position if the creation of the institution is to flow from a regulatory act, because in that case the impossibility of consulting the institution would result from administration inaction. After a reasonable period (substantially passed in the instant case) the fact that the legislation was not immediately applicable because the necessary operational requirements had still to be fixed would not provide an excuse, since the failure of the government would be interpreted as a deliberate decision to refuse to perform a "duty to act"⁷. Nor is there a legal impossibility which justifies a failure to consult with an institution when there has been no reorganisation of this matter as made necessary by reforms of general structures. All of which confirms the responsibility of administrative authorities to adapt the composition of the institutions with which consultation is obligatory⁸ to the existing state of the law. In surveying this case law, Auby and Drago are of the opinion that the administrative court interprets this type of legal impossibility "in a restrictive manner"⁹. One must however, in view of the decision in *Syndicat inter-communal à vocation unique de Boe-Le-passage, federation nationale des syndicats de producteurs autonomes d'électricité*¹⁰ modify this opinion. In fact, the highest administrative tribunal has applied the theory of "impossible formalities" to the government even when the failure to consult with a consultative committee could have been surmounted because since the entry into force of the 1958 constitution, the regulatory power to reorganise that committee was within the jurisdiction of the government¹¹.

5 See examples given in Raymond Odent, *Contentieux administratif* fascicule V, Les cours de droit, 1976-1981, p 1900 et 1901.

6 CE 30 octobre 1959, Commune de Tignes et Epoux Reymond, *Rec* p 558.

7 Concl. Daël sur CE 25 novembre 1992, Syndicat intercommunal à vocation unique de Boe-Le-Passage, Fédération nationale des syndicats de producteurs autonomes d'électricité, *CJEG* 1993, p 234.

8 CE sect 1er juillet 1966, Société d'exploitation de la clinique du Rech et autres, *Rec* p 129; CE 16 janvier 1970, CGT, *Rec* p 22; CE sect 21 juin 1974, Seprim, *Rec* p 354, *AJDA* 1974, p 547, *chron Franc et Boyon* p 533; CE 27 juin 1990, Commune de Saint-Germain sur Morin", *Rec* p 170.

9 *Traité de contentieux administratif*, tome 2 LGDJ, 1984, p 320, n° 1197.

10 CE, 25 novembre 1992.

11 In order to justify this position, the Commissioner for the government stated that it would not be possible to "impose on the regulatory power the adapt provisions in a legislative form which before the Constitution of 1958 had been inapplicable for many years as a result of the inaction of the legislature. See above p 234.

In the case under discussion, "the duty to act" by the territorial authorities was presented with a novel twist. The basic law in fact gave the responsibility of fixing the details of the application of article 89B to the Territorial Assembly. Because of this, the failure to consult the Councils of the Archipelagoes could not be blamed on the territorial government since only a decision of the Territorial legislator was able to fix the detail of the organisation and operation of these councils¹². On the institutional level, the territorial government was placed in the same situation as the national government which cannot be blamed for non-consultation with an institution whose establishment is the prerogative of the national legislator.

In order to nullify the tariff in question, the administrative court used article 24 of the basic law of 1984, which sets out the powers of the territorial government. This article specifies that the Council of Ministers "decides the matters that will be submitted to the Territorial Assembly for decision". Also, noting that the territorial government had never submitted a proposal for decision which related to the organisation and operation of the Councils of the Archipelagoes to the Territorial Assembly, the Administrative Tribunal of Papeete held that this omission tainted with illegality the decree which fixed the maximum tariffs for freight and passengers on sea transport in the Territory of French Polynesia. If the situation of the territorial government is compared with that of the national government, it can be noted that the same power belongs to the latter, since article 39 of the Constitution allows the government to present a Bill to the legislature for the establishment of the institutions whose failure to consult is pleaded by the petitioners.

However, if it is possible to compare the operation of the constitutional systems of the State and the Territory, it must not be forgotten that the legal nature of the rules made by the one and the other are different. Even when an institution of an overseas territory performs an action which is materially of a legislative nature — which is possible because article 74 of the Constitution permits a derogation from the division of powers established by articles 34 and 37 — it remains formally an administrative action. A judge who cannot force the national legislature out of inactivity when the Parliament refuses to take the steps necessary for the application of a piece of law, can on the other hand, by various means, censure the inactivity of any administrative authority even when this latter is a deliberative assembly whose members have been elected by universal suffrage.

12 But this circumstance, according to the administrative case law, could not be construed as a "legal impossibility". Indeed, when a statute empowers the deliberative assemblies of overseas territories to elaborate on some of its provisions but sets as a prior requirement a decree to define the conditions for the operation of the legislation, the non-promulgation of this regulatory law although not attributable to the decentralised institutions, deprives the latter of their power to enforce the statute: CE Avis, 20 March 1992, Prefect of Calvados, REC., p124.

Thus in the present case, the annulling of a formal decision taken without consultation with an institution which must obligatorily be consulted, provides a first approach. Another approach would have been to annul the refusal by the relevant administrative authorities to participate in the preparation for the legislature of a proposal which concerned the organisation and operation of the Councils of the Archipelagos¹³. It is possible also to envisage delictual liability of the territorial authorities but the requirements that a loss be sustained would have been difficult to fulfil¹⁴. Such action would enable indirect pressure to be placed on the administrative authorities.

Failure to consult

In principle, when the coming into force of a piece of legislation is subordinated by virtue of its own provisions to the promulgation of laws which must provide for its application, the government acts illegally if it prematurely applies a piece of legislation, that is to say before the appearance of the application text¹⁵. The administrative authorities must therefore refuse to apply the piece of legislation so long as the rules for its application, which have expressly to be provided, have not been promulgated.¹⁶ The situation is otherwise when the legislative provisions are sufficient in themselves to be applied. In this case any argument of the government which relied on the fact that the text for the application of the law had not been promulgated would be if founded. Therefore, if the promulgation of rules for the application of the law is not necessary for the latter to come into force immediately, the government acts illegally if it fails to apply that law¹⁷.

In order to decide if the government has to apply a legal text without waiting for the promulgation of the measures which will establish the conditions of its application, an administrative court must decide whether the text is sufficiently "clear and precise"¹⁸. The case law mostly admits the immediate application of statutes and decrees despite the non-promulgation of the texts which provide for the means of the operation of these laws. It is only in the situation where these latter are absolutely indispensable or would render the

13 In this case, it appears that the prior request can be addressed to the President of the government of the Territory or to the President of the Territorial Assembly.

14 On this point, see Jean Marie Breton. "L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois. A propos de quelques décisions récentes du juge administratif", *R.D.P.* 1993, p 1749-1773.

15 CE 30 avril 1931, *Sieur Philip*, *Rec.* p 455; CE 15 juillet 1931, *Sieur Etienne*, *Rec.* p. 766; CE 25 mai 1988, *Mme Angoujard*, *Rec. T.*, p 604; CE 27 juin 1990, *Commune de Saint-Germain sur Morin*, *op. cit.*; CAA de Lyon, 1er octobre 1991, *Assistance publique de Marseille c/ Mme Plaza*, *Rec. T.*, p 689.

16 CE 9 novembre 1988, *Mme Delbru*, *Rec. T.*, p 604; CE 29 juin 1990, *Ogire*, *Rec. T.*, p 566.

17 CE sect. 23 mai 1958, *Ministre de l'Education nationale c/ sieur Weber*, *Rec.* p 293; CE 26 février 1964, *Ministre des finances et des affaires économiques c/ Sté des établ. Millo-Frohlich et autres*, *Rec.* p 139.

18 CAA de Bordeaux, 16 mai 1991, *Caisse des dépôts et consignations*, *Rec.* p 523.

coming into force of the statutes or decrees “manifestly impossible” that the immediate application of the legislation will be refused¹⁹. This liberal line of case law avoids the situation arising where the government, as a result of ill will, can create obstacles to the application of a statute by indefinitely delaying the promulgation of the regulatory text necessary for its entry into operation. Thus for example, when a statute states the principle that by the government shall indemnify certain types of loss and the grant of the indemnity is made conditional on a prior examination by a special committee whose composition and procedures have to be established by a special law, the absence of that law which prevents the operation of a particular procedure does not amount to a circumstance which deprives affected parties of their right to the indemnity²⁰.

Viewed in the light of these case law principles, there is no doubt that article 89B of the basic law of 1984 of French Polynesia was immediately applicable, and there was no need for its entry into operation to await the promulgation of a decision which established the organisation and procedures of the Councils of the Archipelagoes²¹. It is to be noted at the outset that this article “establishes” a Council of the Archipelago for each group of islands. And further, as far as the composition of these councils is concerned, it is to be noted that there is no necessity to add other requirements since all the essential conditions are set out in article 89B: thus the membership of the Councils is specified (Mayors and Territorial Councillors). The same observation can be made in relation to the jurisdiction of the Councils. This also is sufficiently identified: discretionary and compulsory jurisdiction; competence to request or give advice. Finally, some rules relative to the organisation of the councils and the procedures they are to follow are indicated in article 89B: annual election of the president of a Council of the Archipelago from among the members of the Council, and the role of the representative of the State and of the President of the territorial executive. There is however no other detail in the statute about the operation of these bodies²².

19 CE ass. 10 mars 1961, *Union départementale des associations familiales de la Haute-Savoie*, *Rec.* p 172; CE sect. 28 février 1969, *Ministre des armées c/ Sieur Furno*, *Rec.* p 126; CE 17 février 1971, *Ministre de la santé publique et de la sécurité sociale c/ Union pharmaceutique des sociétés mutualistes de la Haute-Garonne*, *Rec.* p 133; CE sect. 8 juin 1973, *Dame Dijon et ministre des anciens combattants et victimes de guerre*, *A.J.D.A.*, 1974, p 161.

20 CE 1er mars 1957, *Sieur de France*, *Rec.* p 133.

21 This was also the view of the Commissioner of the government, H Lenoir — in this matter: “Article 89B was applicable in itself and ... the rules of application eventually established by the territorial assembly were not in any way a necessary precondition to the setting in place of the councils of the archipelagos”.

22 It was intentional that the legislature did not go further in the definition of these rules of operation so that “the territorial assembly could, locally, provide the framework for them that is the most suitable”, according to the statement of Louis Le Pense, Minister for Overseas Departments and Territories, during the debates in the National Assembly, *JORF*, debates, 13 June 1990, p2419.

However, this legislative gap does not amount to a legal gap sufficient to prevent the entry into force immediately of article 89B or require the prior intervention of a decision of the Territorial Assembly. In the absence of legislative provisions relating to non-contentious administrative procedure, the case law has identified a multitude of "general rules of procedure"²³ — some of which moreover have acquired the value of general principles of law, or even of principles of constitutional value by reason of their constitutional importance — which bind the government and thus allow consultative bodies to operate. What is more, nothing prevents the Councils of the Archipelagoes from deciding on their own internal regulation in order to settle the rules of their internal functioning.

The administrative court preferred, as a way of nullifying the decision relating to tariffs for marine transport, to consider that the provisions for article 89B of the basic law were not directly applicable, perhaps in order to preserve the residual jurisdiction of the legislative body of French Polynesia which must prescribe within the legal framework set out by the basic law, the rules relating to the organisation and operation of the councils of the archipelagos. But whatever the method of annulling the tariff was adopted, this decision is pregnant with possibilities. The people of the Territory in their capacity as residents of an archipelago know that henceforth they cannot be deprived of this means of participating in government decision-making. Of course it remains possible for the government of Gaston Flosse to have the basic law amended on this point, by for example having article 89B repealed²⁴.

23 Guy Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, L.G.D.J., 1968.

24 In order to do this, it would be necessary to have an organic law passed by the French Parliament. Since the amendment of article 74 of the French Constitution, in 25 June 1992, laws relating to the status of overseas territories must be in the form of organic law. This means, that the law must fulfil other requirements in addition to the normal procedures for passing of a statute.