

LA NOUVELLE CATEGORIE DES COLLECTIVITES D'OUTRE-MER

*Par Frédéric SAUVAGEOT
Maître de conférences à l'Université de La Réunion*

En énonçant que « *Les collectivités territoriales de la République sont (...) les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74* », la nouvelle rédaction de l'article 72, alinéa 1^{er}, de la Constitution, issue de la révision du 17 mars 2003¹, marque incontestablement la création d'une nouvelle catégorie de collectivités territoriales. D'un point de vue strictement formel, cette création représente l'innovation la plus remarquable de la réforme du statut constitutionnel de l'O.M. dans la mesure où il ne s'agit pas de réformer des institutions juridiques existantes comme pour les départements d'outre-mer (D.O.M.) et l'article 73 C. Ce constat de nouveauté doit toutefois être immédiatement nuancé tant il est évident que les collectivités d'outre-mer (C.O.M.) s'inscrivent dans le prolongement de l'ancienne catégorie des territoires d'outre-mer (T.O.M.), catégorie traditionnelle du droit constitutionnel de l'O.M. depuis 1946. La filiation entre la disparition de la catégorie des T.O.M. et l'apparition de celle des C.O.M. est en effet plus qu'évidente. Elle résulte tout d'abord de quelques aspects formels, comme la proximité des dénominations, l'utilisation commune de l'article 74 C., la référence identique aux « intérêts propres » de ces collectivités, sans oublier le recours au législateur organique pour définir leur statut. Mais, elle résulte surtout de la volonté du Constituant dérivé lui-même, les travaux préparatoires de la révision du 17 mars 2003 mettant cette filiation en exergue à chacun de ses stades, du projet de loi constitutionnelle aux rapports parlementaires, en passant par les débats en séance publique devant chaque assemblée².

¹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 (*JO* du 29 mars 2003, p. 5568. Sur cette loi, voir les contributions de l'AJDA n°11/2003 « La révision constitutionnelle sur la décentralisation ».

² Présentant la nouvelle rédaction de l'article 72 C., l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle énonce que : « La notion de « territoire d'outre-mer » est remplacée par celle de « collectivité d'outre-mer », mieux en accord avec les possibilités d'organisation particulière offertes à ces collectivités, dont le cadre constitutionnel est revu ». Présentant ensuite l'article 11 du projet, l'exposé des motifs indique encore que « La rédaction de l'article 13 doit être modifiée afin de tirer les conséquences de la substitution de la notion de collectivité d'outre-mer à celle de territoire d'outre-mer ». La filiation entre C.O.M. et T.O.M. est ensuite tout aussi explicitement mise en évidence dans les rapports de MM. Garrec et Clément (respectivement, impressions du Sénat n°27 (2002-2003), pages 59 et 97, et document de l'A.N. n° 376 (12^e législature), tome 2, page 33). On la retrouve encore lors des séances publiques tant du Sénat que de l'A.N.

La nouveauté des C.O.M. paraît de ce fait essentiellement devoir être appréciée au regard de l'ancienne catégorie des T.O.M. dont elle assure la succession. A titre subsidiaire, deux autres pôles de comparaison doivent toutefois également être pris en compte pour apprécier la portée de la création des C.O.M. Le premier concerne le statut néo-calédonien issu des réformes de 1998 et 1999¹, non seulement parce que ces réformes ont fortement marqué les esprits tant métropolitains qu'ultra marins, mais encore et surtout, parce que le statut néo-calédonien représente aujourd'hui le niveau maximum d'autonomie interne dont peut jouir une collectivité d'outre-mer française. Il convient donc de déterminer si la révision remet en cause la « primauté » néo-calédonienne dans la hiérarchie des autonomies internes françaises. Le second pôle subsidiaire de comparaison concerne le projet de loi constitutionnelle relatif à la Polynésie qui avait été adopté par le Parlement en 1999², mais qui n'avait jamais été ratifié par le Congrès³. Il importe alors d'observer d'une part dans quelle mesure ce projet de loi de 1999 a pu inspirer la révision de 2003, et d'autre part, dans quelle mesure la Polynésie voit ses espérances de 1999 consacrées ou déçues en 2003.

A ces divers points de vue, la véritable nouveauté des C.O.M. s'observe moins au niveau de l'assise territoriale de la catégorie que des principes qui régissent la définition du statut de chacun de ses membres. En effet, même si l'assise territoriale des C.O.M. sera *a priori* plus large que celle des T.O.M. (I), l'intérêt essentiel de la réforme consiste à leur reconnaître une autonomie normative accrue (II).

I/ UNE ASSISE TERRITORIALE A PRIORI PLUS LARGE QUE CELLE DES T.O.M.

Il ressort clairement des travaux préparatoires de la révision du 17 mars 2003 que le nombre de C.O.M. devrait être supérieur à celui des T.O.M. existants au jour de son entrée en vigueur. La cause de cet élargissement de l'assise territoriale des C.O.M. par rapport à celle des T.O.M. doit être nettement identifiée. Elle ne résulte pas d'innovations relatives la définition constitutionnelle de l'assise des C.O.M. qui permettrait d'inclure dans la catégorie des C.O.M. des territoires et des populations qui n'auraient juridiquement pas pu intégrer celle des T.O.M. Sur ce point, la révision procède à droit constant. La définition constitutionnelle du territoire des C.O.M. est identique à celle du territoire des T.O.M. (A). L'élargissement de l'assise des C.O.M. ne résultera que de l'inclusion dans cette catégorie de collectivités qui

¹ On fait bien sûr ici référence à la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 (JO du 21 juillet 1998, p. 11143), et à la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, (JO du 21 mars 1999, p. 4197). Sur cette réforme, notamment, J.Y. Faberon, Les collectivités d'outre-mer à statut particulier, in Encyclopédie Dalloz « collectivités territoriales », fasc. 1948, 2000 ; A.-M. Le Pourhiet, Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme, R.D.P. 1999, page 1005.

² Le texte de ce projet est publié en annexe du décret du 3 novembre 1999 tendant à soumettre deux projets de loi constitutionnelle au Parlement réuni en congrès, J.O. du 4 novembre 1999, page 16456.

³ La réunion du Congrès du 24 janvier 2000, prévue par le décret du 3 novembre 1999 susvisé, a été reportée *sine die* par le décret du 19 janvier 2000, J.O. du 20 janvier 2000, page 975.

auraient pu avoir le statut de T.O.M. mais que le législateur avait préféré doter d'une autre identité catégorielle (B).

A/ Une définition constitutionnelle identique

L'assise territoriale des T.O.M. se caractérisait par deux éléments. D'une part, le territoire d'un T.O.M. était géographiquement ultra marin. D'autre part, il abritait une population non susceptible de vivre sous l'empire du droit commun, même largement adapté. On retrouve chacun de ces éléments dans le statut constitutionnel de la nouvelle catégorie des C.O.M.

1° Un territoire ultra marin

Le caractère ultra marin du territoire d'une C.O.M. paraît aussi évident dans son principe que dans sa portée. L'existence de cette condition géographique résulte de la dénomination même de la catégorie, de la même manière que pour les T.O.M.¹. Par ailleurs, la définition constitutionnelle de l'outre-mer français n'a jamais été controversée. La doctrine et la jurisprudence du Conseil constitutionnel se sont toujours accordées pour retenir une définition extra européenne de l'outre-mer qui, notamment, dénie le caractère ultra marin de la Corse². Loin de remettre en cause cette conception traditionnelle, la révision de 2003 la consacre au contraire très expressément dans son nouvel article 72-3. Cette disposition définit en effet nominativement les territoires qui accueillent des « *populations d'outre-mer* », et force est de constater que la Corse est absente de cette liste.

On notera toutefois que le Constituant a pris soin d'exclure de cette liste, et par conséquent du bénéfice éventuel de l'article 74 C., deux territoires dont le caractère ultra marin n'a jamais été contesté et qui avaient connu le statut de T.O.M. : la Nouvelle-Calédonie et les Terres australes et antarctiques françaises. Ces exclusions ne sont toutefois ni surprenantes ni illégitimes. S'agissant de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que le texte de la révision le rappelle lui-même « *Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII* » depuis la révision du 20 juillet 1998 introduite pour permettre la mise en œuvre des accords de Nouméa. Or, il résulte de

¹ Le caractère ultra marin des T.O.M. a d'ailleurs été souligné par le Conseil constitutionnel, dans sa décision 82-138 DC du 25 février 1982 Statut particulier de la région de Corse, lorsqu'il a tenu à préciser que les articles 73 et 74 étaient spécifiques aux collectivités d'outre-mer, alors que l'article 72 concernait l'ensemble des collectivités, quelle que soit leur situation géographique (cons. 3).

² S'agissant de la doctrine, on se bornera à indiquer la position de J.-B. Auby (L'évolution du statut des collectivités périphériques, A.J.D.A. 1989, page 347) et d'A. Roux (Point de vue français sur le droit constitutionnel des collectivités périphériques, *in* Etudes de droit constitutionnel franco-portugais (ss. Dir. P. Bon), Economica, Droit public positif, 1992, page 201), pour souligner qu'elle est partagée par l'ensemble des auteurs qui se sont intéressés à la question, à l'exception toutefois de MM. Rousseau et Michalon qui ont soutenu le caractère ultra marin de l'île de beauté (respectivement, La constitutionnalité d'un statut propre à la Corse, *in* Des réformes ! Quelles réformes institutionnelles pour la Corse ?, R.S.A.M.O. numéro spécial 29/30 1er et 2e trimestre 1990, page 65 et Une voie pour la Corse : la spécialité législative, *ibidem*, page 84).

Pour sa part, la position du Conseil constitutionnel se déduit implicitement, mais nécessairement, de l'inutilisation de l'article 73 C. pour l'examen de la conformité à la Constitution des statuts corses de 1982 et 1991 (décisions 82-138 et 91-290 DC des 28 février 1982 et 9 mai 1991).

ce statut constitutionnel particulier, concrétisé par la loi organique du 19 mars 1999 précitée, que la collectivité néo-calédonienne n'est plus un T.O.M. dès lors qu'elle dispose d'une autonomie normative bien supérieure à celle qu'autorise le principe de libre administration pour les T.O.M., y compris en application du principe de l'organisation particulière. Par ailleurs, il résulte de l'article 77 C., introduit par la révision de 1998, que le régime juridique applicable sur le territoire de cette collectivité est défini par le législateur conformément aux accords de Nouméa. Dans ces conditions, il n'emprunte au titre XII que par exception, lorsque cet accord le prévoit ou en laisse la possibilité. L'exclusion des T.A.A.F. est tout aussi logique, même si la loi du 6 mai 1955¹, toujours en vigueur, les qualifie de T.O.M. En stricte logique juridique, il est en effet impossible de reconnaître la qualité de collectivité territoriale de la République à des institutions administratives en charge d'un territoire qui ne comprend aucune population fixe de nature à élire l'organe délibérant au moyen duquel une collectivité territoriale s'administre librement, ainsi que le prévoyait l'ancien article 72, alinéa 2, devenu alinéa 3². L'absence d'une telle population prive ainsi cette « pseudo collectivité » non seulement d'un élément essentiel à sa libre administration, mais surtout, de sa raison d'être dès lors qu'aucune vie démocratique locale ne peut exister. S'agissant des T.A.A.F., le problème ne porte donc pas sur le choix de la qualification catégorielle pertinente, mais plus fondamentalement sur l'impossibilité de qualifier ces territoires de collectivités territoriales de la République³.

Le second élément de la définition constitutionnelle de l'assise territoriale des C.O.M., relatif à l'existence d'un territoire abritant une population insusceptible de vivre sous l'empire du droit commun, même largement adapté, mérite davantage de précisions.

2°/ Un territoire abritant une population insusceptible de vivre sous l'empire du droit commun, même largement adaptée

Contrairement au caractère ultra marin du territoire d'une C.O.M., ce second élément ne se déduit pas d'une interprétation littérale du texte constitutionnel. Celui-ci ne l'affirme que de manière implicite, de la même manière qu'il opérait déjà pour les T.O.M.

S'agissant précisément des T.O.M., cette condition se déduisait en premier lieu de l'affirmation constitutionnelle de leurs « *intérêts propres au sein de l'ensemble des intérêts de la République* ». Tout d'abord, de manière indirecte, la reconnaissance des « intérêts propres » de ces collectivités pouvait paraître

¹ Loi n° 55-1052 conférant l'autonomie administrative et financière des Terres australes et antarctiques françaises, J.O. du 9 août 1955, page 7979. Sur ce statut, notamment, A. Magnier, *Le territoire des Terres Australes et Antarctiques Françaises*, R.J.P.I.C. 1977, page 1957 ; M. Manouvel, *Le territoire d'outre-mer des terres australes et antarctiques française*, Montchrestien, Perspectives internationales n°19, 2000.

² « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus (...) ».

³ En ce sens également, O. Gohin, *Institutions administratives*, L.G.D.J., Manuel, 2002, page 596.

indirectement renvoyer à la spécificité des populations qu'elles avaient en charge d'administrer. Ensuite, de manière plus directe, il ressortait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la notion de T.O.M. au sens de l'article 74 C. concernait tout autant la collectivité du même nom, que son territoire, et à travers son territoire sa population¹. Mais, la vocation des T.O.M. à administrer des populations insusceptibles de vivre sous l'empire du droit commun se déduisait surtout des deux conséquences fondamentales de la création d'un T.O.M. : l'application automatique du principe de spécialité législative et l'application du principe de l'organisation particulière du territoire du T.O.M. Le premier consiste dans l'inapplication de plein droit des lois et des règlements centraux sur le territoire du T.O.M. Et le second, compte tenu de la double signification de la notion de T.O.M. précitée, se concrétisait aussi bien par le statut particulier de la collectivité/T.O.M., qui pouvait éventuellement être déroger à certains principes constitutionnels, mais encore dans la possibilité d'édicter des législations et réglementations spécifiques pour les personnes physiques et morales du territoire². Une telle mise à l'écart de l'application du droit commun, véritable négation du principe d'égalité des citoyens devant la loi et le règlement, n'était donc pas détachable d'une reconnaissance implicite mais nécessaire d'une extrême hétérogénéité des populations intéressées par rapport à la population métropolitaine tant au niveau culturel, social, et économique. De manière tout à fait éclairante, le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs fait référence, à deux reprises, à la notion de diversité ethnique de la population néo-calédonienne pour caractériser les « intérêts propres » de ce T.O.M.³.

S'agissant des C.O.M., le même raisonnement paraît devoir s'appliquer. D'une part, le nouvel article 74 C. continue d'affirmer les « intérêts propres » des ces collectivités, sans que la modification de rédaction avec l'ancienne version de

¹ Sur cette double signification de l'expression "territoires d'outre-mer" au sens de l'article 74 C. : J.-Cl. DOUENCE, Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer, R.F.D.A. 1992, page 470.

² Sur ces principes, A. BOYER, Le statut constitutionnel des T.O.M. et l'État unitaire Contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la Constitution du 4 octobre 1958, *Economica*, 1998.

³ Tout d'abord, dans sa décision 82-151 DC du 12 janvier 1983, il considère que le législateur peut prévoir un régime électoral spécifique aux communes de Nouvelle-Calédonie "compte tenu de la situation géographique et de la diversité ethnique de ce territoire" (cons. 15). Ensuite, dans sa décision 85-196 DC du 8 août 1985 Évolution de la Nouvelle-Calédonie I, le Conseil admet de nouveau, mais implicitement cette fois, que le législateur tiennent compte de la répartition ethnique du territoire de Nouvelle-Calédonie pour déterminer les circonscriptions régionales à partir desquelles seraient élus les membres de l'assemblée territoriale du territoire. Il reconnaît en effet au législateur la faculté "d'instituer et de délimiter des régions dans le cadre de l'organisation particulière d'un T.O.M. en tenant compte de tous les éléments d'appréciation, notamment la répartition géographique des populations" (cons. 15). Or, comme le souligne F. Mélin-Soucramanien, "il ne fait pas de doute, comme l'attestent d'ailleurs les déclarations des pouvoirs publics de l'époque, que l'objectif avéré du législateur consistait effectivement à accroître la représentation des populations autochtones au sein du Congrès, notamment en minorant le poids de la région sud (Nouméa) qui est majoritairement peuplée d'européens, afin de compenser les discriminations que l'ethnie mélanésienne, largement majoritaire dans les autres régions, avait pu subir jusqu'alors"(Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, précité, page 78, n°146).

l'article 74 C. paraisse véritablement significative¹. D'autre part, le territoire des C.O.M. reste bénéficiaire des principes de spécialité législative et d'organisation particulière. S'agissant de la spécialité, elle résulte du nouvel article 74, al. 3 C qui prévoit que le statut organique de chaque C.O.M. «*fixe les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables*». S'agissant du principe de l'organisation particulière, s'il n'est plus mentionné par l'alinéa 1^{er} de l'article 74 C., il apparaît expressément dans son dernier alinéa qui, après avoir énuméré les éléments du statut des C.O.M. qui sont définis par voie de loi organique, dispose que «*les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant du présent article sont définies et modifiées par la loi après consultation de leur assemblée délibérante*». Ainsi, les mêmes causes produisant les mêmes effets, quelle que soit l'évolution de la rédaction de l'article 74 C., il ne paraît pas faire de doute que les collectivités qu'il vise sont en charge des intérêts de populations particulièrement hétérogènes par rapport à la population métropolitaine. Et c'est logique dans la mesure où le Constituant dérivé considère que les T.O.M. existants ont une vocation naturelle à devenir des C.O.M.

L'assise territoriale des C.O.M. et des T.O.M. étant identique du point de vue de leur définition constitutionnelle, l'élargissement de la première par rapport à la seconde ne peut être envisagé que sous la forme d'une augmentation du nombre de C.O.M. par rapport à celui de T.O.M.

B/ Un nombre d'exemplaires *a priori* supérieur

La catégorie des T.O.M. était progressivement devenue une véritable peau de chagrin pour ne plus officiellement compter que trois exemplaires : la Polynésie, Wallis-et-Futuna et les T.A.A.F. Ce nombre pouvait même être ramené à deux compte tenu du caractère manifestement erroné de cette qualification pour les T.A.A.F. Or, il ne fait pas de doute que le nombre de C.O.M. sera supérieur à deux.

En premier lieu, la transformation de la Polynésie et de Wallis et Futuna en C.O.M. ne fait aucun doute. Ces territoires aspirent à garder un statut particulier et le bénéfice des principes de spécialité législative et d'organisation particulière. Il ne reste donc qu'à formaliser les choses par une loi organique.

En deuxième lieu, eu égard à l'application traditionnelle du principe de spécialité qui les caractérisent, Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon ont vocation à devenir des C.O.M. Les travaux préparatoires de la révision ont en effet clairement martelé que la nouvelle catégorie des C.O.M. doit regrouper l'ensemble des collectivités ultra marines sur le territoire desquels s'applique le principe de spécialité de manière à réunir dans une même catégorie toutes les collectivités à spécialité auparavant éparpillées entre T.O.M. et collectivités *sui generis*,

¹ Le nouvel art. 74 dispose que les C.O.M. disposent d'«*intérêts propres (..) au sein de la République*», alors que l'ancien art. 74 disposait que les T.O.M. disposaient d'«*intérêts propres au sein de l'ensemble des intérêts de la République*».

nonobstant leur degré de spécialité¹. La transformation de ces collectivités *sui generis* en C.O.M. n'est toutefois pas sans poser de problèmes. La volonté des élus et de la population de Saint-Pierre-et-Miquelon d'aller en ce sens ne paraît pas problématique. Leur revendication essentielle porte en effet sur le maintien de la spécialité législative pour les trois matières qui en font traditionnellement l'objet : la fiscalité, l'urbanisme, et le régime douanier². Le principe précité d'une spécialité « à géométrie variable » des C.O.M. permet la pérennité de cette spécialité sélective. En revanche, il est notoire que Mayotte aspire à devenir un D.O.M., conformément à une revendication trentenaire, et ainsi que le consacrent symboliquement la qualification de « collectivité départementale » par le dernier statut de 2001³ et la promesse politique de revoir ce statut à l'horizon 2010⁴. La transformation en C.O.M. s'annonce donc pour le moins provisoire. En tout état de cause, cette transformation ne paraît pas nécessiter le consentement de la population mahoraise, de la même manière que pour celle des T.O.M. actuels ou de Saint-Pierre-et-Miquelon. Aux termes du nouvel article 72-4 C., ce consentement n'est en effet requis que pour le passage du territoire du régime de l'article 73 C. (D.R.O.M.) vers celui de l'article 74 C. (C.O.M.), ou réciproquement. Or, il est constant que, nonobstant sa dénomination, Mayotte n'est actuellement pas un D.O.M. relevant de l'article 73 C., mais une collectivité *sui generis*, relevant de l'article 72 C. A l'inverse, si le passage vers le statut de D.R.O.M. est ultérieurement décidé, l'article 72-4 C. impose que la population mahoraise y consente. La situation peut ainsi sembler paradoxale puisque la population mahoraise n'a pas à consentir à un changement statutaire qui l'éloigne de ses revendications traditionnelles, et qu'elle venait tout récemment de voir reconnues par les autorités centrales de l'Etat, mais qu'elle devra consentir pour les voir se réaliser. Ironie de l'histoire.

¹ Selon les termes même de l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnel, « *L'article 9 (relatif aux C.O.M.) du projet de loi donne une nouvelle rédaction à l'article 74 de la Constitution, permettant de mieux ajuster à leurs spécificités et leurs attentes le statut dont sont dotées les collectivités d'outre-mer régies par le principe de spécialité.* Dans son rapport précité au nom de la commission du Sénat, R. Garrec note que la substitution de la catégorie des C.O.M. à celle des T.O.M. « *permet de réunir dans un même cadre constitutionnel les collectivités régies, totalement ou partiellement, par le principe de spécialité législative* » (page 59 ; voir également, p. 154 et 156 à propos de la géométrie variable de la spécialité législative des C.O.M. Dans le même sens, cf. les déclarations de M. Perben lors de la discussion générale du projet devant Sénat (séance du 29 octobre), les déclarations de B. Girardin, lors de son audition par la commission des lois du Sénat (rapport Garrec, 1, p. 198), le rapport Clément précité, 2e partie, p. 32 et 34.

² Voir le Rapport Garrec précité, page 37. Sur le statut actuel de cet archipel, Th. Michalon, Une nouvelle étape vers la diversification des régimes des collectivités territoriales, le nouveau statut de Saint-Pierre-et-Miquelon, R.F.D.A. 1986, page 192.

³ Loi n° 2001-616, J.O. du 13 juillet 2001, page 11199. Sur cette loi, A. Oraison, Réflexions générales sur le nouveau statut provisoire de Mayotte, LPA du 22 novembre 2001, n°233, pages 4 à 12.

⁴ Cette promesse est consignée dans l'accord sur l'avenir de Mayotte signé à Paris le 27 janvier 2000 entre le Gouvernement et les représentants des partis politiques de l'île. Le dernier alinéa du I de l'accord prévoit que « Sur proposition du conseil général statuant à la majorité qualifiée, à l'issue de son renouvellement en 2010, le Gouvernement soumettra au Parlement un projet de loi portant sur l'avenir institutionnel de Mayotte ». Le texte de l'accord est publié au J.O. du 8 février 2000, page 1986.

En troisième lieu, d'autres C.O.M. que les anciens T.O.M. et collectivités *sui generis* d'outre-mer précitées pourraient voir le jour. Les D.R.O.M. actuels (Guadeloupe, Martinique, Guyane et même La Réunion) peuvent devenir des C.O.M., sous couvert du double consentement de leur population et du législateur organique. En l'état actuel des choses, il ne semble que cette possibilité soit envisagée par l'un d'entre eux¹. Mais, en tout état de cause, la chose est juridiquement possible.

Au final, l'ambition du Constituant de 2003 paraît donc de réunir au sein d'une nouvelle catégorie tous les territoires qui avaient la qualité de T.O.M. en 1958, et qui l'avaient abandonnée par la suite sans pour autant accéder à l'indépendance. Même si la chose peut apparaître contradictoire d'un point de vue formel, la disparition de la catégorie des T.O.M. est donc un outil de sa renaissance sous une nouvelle appellation.

Mais l'ambition de la réforme ne s'arrête pas là puisque ces nouveaux « T.O.M. » vont disposer d'une autonomie normative accrue.

II/ UNE AUTONOMIE NORMATIVE ACCRUE

L'ampleur de la réforme doit être d'emblée nuancée, que ce soit par rapport à la réforme néo-calédonienne de 1998-99, au projet de révision polynésien de 1999, ou aux statuts des collectivités « autonomiques » européennes, telles les régions espagnoles, portugaises ou italiennes. Les C.O.M. ne connaissent en effet ni l'autonomie statutaire ni la compétence législative dont bénéficient ces collectivités. Leur participation à l'élaboration de leur statut organique ne va pas au-delà d'une consultation non conforme² et elles n'ont aucune compétence pour édicter des normes de valeur législative, ainsi qu'on l'observera par la suite.

Il n'empêche que, même sous ces réserves, le nouvel article 74 ouvre aux C.O.M. la possibilité de bénéficier d'une autonomie normative sensiblement plus large que celle des T.O.M., que se soit sous la forme d'une compétence pour édicter elles même des normes spécifiques à leur territoire ou d'une compétence consultative obligatoire dans la définition de telles normes par l'Etat. Cet accroissement s'observe bien sûr au niveau des dispositions relatives aux C.O.M. « dotées de l'autonomie », « sous catégorie » de C.O.M. auxquelles le Constituant reconnaît des prérogatives spécifiques (B). Mais il apparaît dès les dispositions relatives à l'ensemble des C.O.M. (A).

¹ Les D.R.O.M. américains semblent-ils plus intéressés par la création d'une assemblée unique ou d'une collectivité unique ; cf. Rapport R. Garrec, impressions du Sénat n° 27 (2002-2003), pages 31 et suivantes.

² On notera à ce titre le rejet par le Sénat d'un amendement présenté par B. Blandin visant à rendre obligatoire le « consentement » des assemblées territoriales sur les projets ou propositions de lois organiques relatives au statut des C.O.M. (Séance du 6 novembre 2002).

A/ L'autonomie accrue de toutes les C.O.M.

Cet accroissement ne concerne par véritablement la possibilité d'une participation active des C.O.M. à l'exercice de la fonction législative, sous la forme d'un pouvoir réglementaire matériellement législatif. En habilitant le législateur organique à définir les compétences des C.O.M. au besoin par un « *transfert de compétences de l'Etat* », le nouvel article 74 C. ne fait que reprendre une composante classique de l'organisation particulière des T.O.M. La possibilité pour le législateur de déroger à la répartition constitutionnelle des compétences législative et réglementaire au profit d'un T.O.M. a en effet été reconnue par le Conseil constitutionnel dès 1965¹ et réaffirmée par le Conseil d'Etat en 1970². La seule nouveauté introduite par la révision sur ce point consiste dans l'interdiction formelle d'un transfert de certaines matières, communément qualifiées de « régaliennes »³, mais sans toutefois que puissent être remis en cause les transferts dans ces matières dont des collectivités bénéficieraient déjà⁴.

L'accroissement de l'autonomie normative des C.O.M. résulte plutôt de l'affirmation d'une participation consultative obligatoire de chaque C.O.M. à la création par l'Etat de règles la concernant, soit qu'elles lui soient spécifiques, soit qu'elles interviennent dans son champ de compétence. Le nouvel article 74 prévoit en effet une consultation obligatoire des C.O.M. non seulement sur « *la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence* » (1°), mais encore sur les projets de textes centraux « *comportant des dispositions particulières à la collectivité* » (2°).

1°/ La consultation préalable à la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux

Cette consultation représente nécessairement une avancée puisque les T.O.M. n'avaient aucune garantie en matière internationale inscrite dans la Constitution.

¹ Décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965 Retraites des marins du commerce, note L. Hamon, *D.* 1967, JP, page 613 et P. Lampué, Penant, 1966, page 347. Cette solution a ensuite été confirmée dans deux décisions ultérieures. Une confirmation particulièrement explicite dans la décision 91-290 DC du 9 mai 1991 Statut de la collectivité territoriale de Corse, dans son considérant 18. Confirmation implicite ensuite dans la décision 96-373 DC du 9 avril 1996 Statut de la Polynésie dans la mesure où, comme l'a souligné F. Luchaire, le Conseil constitutionnel ne sanctionne pas d'office les dispositions qui habiliter l'assemblée territoriale à intervenir dans le domaine législatif (L'autonomie de la Polynésie française devant le juge constitutionnel, R.D.P. 1996, page 963).

² C.E., 27 février 1970, Saïd Ali Tourqui, A.J.D.A. 1970, p. 220, chronique R. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle.

³ Sur ce point, l'article 74 C. relatif aux C.O.M. renvoi à la liste énoncée à l'art. 73, 4e alinéa, relatif aux D.R.O.M. : « nationalité, droits civiques, garanties des libertés publiques, état et capacité des personnes, organisation de la justice, droit pénal et procédure pénale, politique étrangère, défense, sécurité et ordre publics, monnaie, crédit et changes, droit électoral », sous réserve de nouvelles matières prévues par des lois organiques.

⁴ Cette réserve vise à l'évidence la Polynésie dont le dernier statut de 1996 prévoit de très nombreux transferts de compétences dans des matières dont la révision interdit le transfert. Sur ce statut issu de la L.O. n° 96-312 du 12 avril 1996 (J.O. du 13 avril, page 5695), A. Grubber, Le statut d'autonomie de la Polynésie française, L.P.A. du 5 juin 1996 n° 68, pages 18 à 23.

La modestie du nouveau dispositif doit toutefois être soulignée à un double titre. Il est tout d'abord nettement en retrait par rapport aux garanties déjà prévues par les statuts législatifs des T.O.M., dont l'exemple le plus développé est certainement le dernier statut polynésien du 12 avril 1996¹. Celui-ci contenait trois prérogatives particulièrement remarquables : le Président du gouvernement polynésien pouvait être autorisé à représenter l'Etat français au sein d'organismes régionaux du Pacifique ou des organismes régionaux dépendant d'institutions spécialisées des Nations unies ; il pouvait être habilité à négocier et signer des accords dans les domaines de compétences du territoire, ou de l'Etat, avec un ou plusieurs Etats, territoires ou organismes régionaux du Pacifique et avec les organismes régionaux dépendant des institutions spécialisées des Nations unies ; il pouvait enfin conclure des « arrangements administratifs » avec des administrations d'Etats étrangers ou des administrations d'organismes régionaux. Mais la révision est également en retrait par rapport au projet de révision relatif à la Polynésie, de 1999, par lequel ce territoire allait obtenir la consécration constitutionnelle d'une partie de ce dispositif législatif. Le projet de révision prévoyait en effet qu'elle puisse être membre d'une organisation internationale, disposer d'une représentation auprès des Etats du Pacifique, et négocier avec ceux-ci, dans son domaine de compétence, des accords dont la signature et l'approbation ou la ratification resteraient soumises aux dispositions des articles 52 et 53 C.

L'introduction d'une nécessaire consultation des C.O.M. avant ratification/approbation des engagements internationaux reste toutefois remarquable à deux titres. Tout d'abord, on peut penser qu'elle va se combiner avec les dispositifs législatifs existants. Elle devient alors un instrument supplémentaire d'association des C.O.M. à la conclusion des engagements internationaux de la France. Ensuite, *a minima*, si l'Etat ne fait pas intervenir la C.O.M. au cours de la négociation, la nouvelle rédaction de l'article 74 lui garantit de pouvoir intervenir postérieurement avant que les autorités étatiques n'expriment le consentement final de l'Etat français à être partie à l'engagement.

2°/ La consultation obligatoire sur les projets de textes centraux comportant des dispositions spécifiques à la C.O.M.

Contrairement à la matière internationale, l'ancienne rédaction de l'article 74 C. prévoyait une consultation obligatoire des T.O.M. dans le cadre de l'élaboration des textes centraux. Leurs assemblées territoriales devaient être consultées sur les projets et propositions de loi relatifs à leur « organisation particulière ». Le champ d'application de la consultation obligatoire des C.O.M. se trouve notablement élargi par rapport à ce dispositif. Celui-ci inclut en effet dorénavant les projets de décrets ou ordonnances². Et, l'instauration d'une compétence consultative en la matière est

¹ On peut également se référer utilement aux statuts polynésien et néo-calédonien de 1984, respectivement, lois n° 84-820 et n° 84-821 du 6 septembre 1984.

² Le statut organique polynésien de 1996 prévoyait déjà toutefois une telle consultation (*cf.* les art. 32, 68 et 69).

d'autant plus remarquable qu'en pratique les Gouvernements ont eu souvent recours à l'article 38 C. pour définir le droit applicable dans les T.O.M., et qu'un nouvel article 74-1 C. habilite directement le Gouvernement, dans les matières qui demeurent de sa compétence, à étendre par ordonnances les dispositions de nature législative en vigueur en métropole¹.

L'accroissement de l'autonomie normative des C.O.M. est donc aussi certain que modeste. Certaines d'entre elles, celles qui sont « dotées de l'autonomie » tirent toutefois un peu mieux leur épingle du jeu en bénéficiant d'une autonomie supplémentaire.

B/ L'autonomie supplémentaire des C.O.M. dotées de l'« autonomie »

Pas plus qu'il n'identifie nominativement les C.O.M., le nouvel article 74 C. n'identifie pas celles qui sont « dotées de l'autonomie » (C.O.M.-D.A.). L'existence de cette « sous catégorie » de C.O.M. résulte de ce que, après que les 5 premiers alinéas de cette disposition ont édicté des dispositions générales applicables à toutes les C.O.M., les alinéas suivants représentent des habilitations spécifiques à l'hypothèse où le législateur organique fixe le statut des « *collectivités qui sont dotées de l'autonomie* ». Il n'est toutefois pas douteux que cette « sous catégorie » soit créée sur mesure pour la Polynésie et qu'il faille la regarder comme l'aboutissement sous une forme non personnalisée de la révision avortée de 1999. Il existe sur ce point un faisceau d'indices qui ne laisse planer aucune équivoque².

Sans aller jusqu'à leur reconnaître une compétence pour édicter des textes de valeur législatives (1°), le nouvel 74 C. accorde trois éléments supplémentaires

¹ Cette disposition s'inspire largement de l'article 38 C. dans la procédure qu'elle met en place pour l'élaboration et le régime de ces ordonnances. Une différence importante doit toutefois être notée : la caducité de ces ordonnances n'est pas causée par l'absence de dépôt de loi de ratification, mais par l'absence de ratification dans les 18 mois de leur publication.

² Ces indices sont les suivants :

- le statut polynésien de 1996 portait le titre de Loi portant autonomie de la Polynésie française
- Dans son rapport (Sénat, 1ere lecture, p. 63), R. Garrec note que l'art. 9 du projet de loi constitutionnelle « répond aux préoccupations de la Polynésie » et qu'il s'agit d'offrir à toutes collectivités « les possibilités offertes par le projet de loi constitutionnelle adoptée pour la seule Polynésie en 1999 mais non soumis au Congrès du Parlement »
- lors de la discussion de l'art. 9 au Sénat en 1ere lecture, répondant à G. Flosse, sénateur de Polynésie et Président du Gouvernement du T.O.M., B. Girardin, M. de l'O.M., déclare que « La Polynésie française a vocation, je le précise, à bénéficier la première des nouvelles dispositions relatives à l'autonomie ». Lors de la discussion devant l'A.N., B. Girardin déclare encore que « la catégorie des collectivités de l'article 74 dotées d'autonomie semble devoir se réduire pour longtemps à la seule Polynésie » ;
- lors de l'examen du projet par le Sénat, G. Flosse prend part à la discussion de toutes les dispositions relatives aux collectivités « dotées de l'autonomie » et se trouve à l'origine de deux modifications de ces dispositions. Il obtient l'affirmation de la compétence des C.O.M. pour saisir le Conseil constitutionnel dans le cadre du « 37, al. 2 local » et la réécriture de l'avant-dernier alinéa relatif à la participation de ces C.O.M. à l'exercice des compétences de l'Etat ;

A l'A.N., en 1ere lecture, B. Vernaudeau, député de Polynésie, souligne que « Pour la Polynésie française ce texte est doublement fondateur. En effet, la Constitution reconnaît son autonomie et prévoit qu'une loi organique viendra la compléter »

d'autonomie aux C.O.M. « dotées de l'autonomie » : la possibilité d'adopter des « discriminations positives » (2°) ; des garanties juridictionnelles particulières du respect par l'Etat du domaine de compétence de la collectivité (3°) ; et la possibilité de participer à l'exercice des compétences de l'Etat (4°).

1°/ L'absence de compétence pour édicter des textes de valeur législative

Cette absence est tout à fait remarquable dès lors qu'une compétence de cette nature avait été revendiquée par la Polynésie après sa reconnaissance au profit du congrès de Nouvelle-Calédonie, et que le projet de révision de 1999 prévoyait de lui donner entière satisfaction sur ce point¹. La révision de 2003 intervient donc nettement en retrait sur ce point, les C.O.M.-D.A. ne se voyant pas reconnu la faculté d'édicter des textes de valeur législative dont la régularité n'aurait pas être contestée que devant le Conseil constitutionnel.

C'est en effet la conclusion qui paraît s'imposer dès lors que le nouvel article 74 C. prévoit la compétence de premier et dernier ressort du Conseil d'Etat pour le contrôle des actes matériellement législatifs des assemblées territoriales². La compétence du juge administratif renvoie en effet infailliblement à la nature administrative des actes contrôlés. Par ailleurs, le lien entre l'ordre de juridiction compétent et la nature des actes contrôlés a été largement affirmée au Parlement lors de la révision de 1998 sur la Nouvelle-Calédonie comme lors de la révision de 1999 sur la Polynésie.

L'évidence d'une telle solution contraste singulièrement avec l'absence de prise de position claire sur ce point par le Gouvernement au cours des travaux préparatoires de la révision. Et la chose semble d'autant plus remarquable de sa part qu'il est à l'origine de l'affirmation de la compétence du Conseil d'Etat. Dans sa version adoptée en Conseil des Ministres et déposée sur le bureau du Sénat, l'article 9 du projet se bornait en effet à envisager le « *contrôle juridictionnel sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi* », sans désigner le juge compétent et donc sans trancher la question de la nature des actes contrôlés. L'affirmation de la compétence du Conseil d'Etat est le fruit d'un amendement présenté par B. Girardin lors de la discussion du projet de la loi constitutionnelle par le Sénat en première lecture. La ministre de l'Outre-mer se garde pourtant d'expliquer les motivations de cet amendement. De la même manière, elle ne commente les propos de R. Garrec lorsque, au nom de la commission des lois, son rapporteur « *se rallie à l'amendement du Gouvernement* » au motif que « *les actes pris par l'assemblée*

¹ Le nouvel article 78 que cette loi devait introduire prévoyait que la loi organique qui définirait le nouveau statut polynésien définirait « les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Polynésie française, et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'acte de l'assemblée délibérante, ayant le caractère de lois du pays, pourront être soumises, avant leur publication au contrôle du Conseil constitutionnel ».

² Le septième alinéa de l'article 74 prévoit que le législateur organique fixe « les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ».

délibérante dans des matières qui en métropole relèvent de la loi demeurent cependant de nature réglementaire ». Elle va même jusqu'à tenir des propos susceptible d'être interprétés dans le sens de la reconnaissance d'un pouvoir formellement législatif des C.O.M.-DA. Pour écarter la proposition de G. Flosse que l'article 74 qualifie de « lois de pays » les normes contrôlées par le Conseil d'Etat, B. Girardin déclare qu'« Il n'est pas nécessaire de fixer dans la Constitution une dénomination concernant les actes pris par l'assemblée polynésienne dans les domaines relevant de la loi. La loi organique pourra certes retenir ce terme ; elle définira surtout la portée du contrôle juridique effectué par le Conseil d'Etat sur ces actes qui ne peuvent s'assimiler à des actes administratifs ordinaires »¹. Elle fait ici écho aux propos du Garde des Sceaux qui, lors de la discussion générale devant le Sénat en première lecture, déclare que « S'agissant des actes législatifs pris par la collectivité, l'article 74 prévoira un contrôle juridictionnel spécifique. Intervenant dans des matières qui sont, en métropole, de la compétence du législateur, ils ne se verront opposer que les normes elles-mêmes opposables au Parlement c'est-à-dire le « bloc de constitutionnalité » et les engagements internationaux. Les délibérations de la collectivité auront donc, dans le domaine de sa compétence, une force juridique supérieure aux règlements ordinaires(..) La loi organique précisera les modalités de ce contrôle juridictionnel, qui relèvera en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat »². Ainsi qu'on l'observera par la suite, une telle présentation s'appuyait essentiellement sur l'idée que le législateur organique peut exclure l'opposabilité des principes généraux du droit aux décisions matériellement législatives des C.O.M.³. Elle ne conduit donc pas à dénier leur nature réglementaire. Force est toutefois de constater que le Gouvernement n'a pas souhaité se prononcer expressément sur ce point.

Le lien entre juridiction compétente et nature des actes contrôlés est en revanche nettement affirmé par les parlementaires. Au Sénat, la commission des lois du Sénat avait proposé que le texte constitutionnel laisse au législateur organique le choix, au cas par cas, d'un contrôle par le Conseil d'Etat ou par le Conseil constitutionnel, de manière à ménager la possibilité de loi de pays en Polynésie⁴. Ensuite, après l'exclusion de la compétence du Conseil constitutionnel par le Sénat, le rapport Clément souligne le choix du Sénat en faveur du « juge naturel des actes réglementaires »⁵.

Il paraît donc acquis que les C.O.M. dotées de l'autonomie ne disposent pas de compétence formellement législative, mais uniquement matériellement législative. Cette interprétation devrait être prochainement confirmée par le Conseil

¹ C'est nous qui soulignons.

² Séance du mardi 29 octobre 2002.

³ Cf. le 3^o à venir.

⁴ Rapport Garrec, précité, p. 75 et p. 159.

⁵ Document de l'A.N. n° 376 précité, p. 38.

constitutionnel à l'occasion de l'examen des lois organiques fixant le statut de la Polynésie ou de Wallis-et-Futuna.

S'agissant de ce pouvoir - seulement - matériellement législatif, l'autonomie supplémentaire des C.O.M.-DA provient d'autres éléments de leur statut particulier, à commencer par la possibilité d'adopter des « discriminations positives ».

2°/ La possibilité d'adopter des « discriminations positives »

Le nouvel article 74 C. dispose que loi organique qui détermine le statut d'une C.O.M.-D.A. peut « *déterminer (..) les conditions dans lesquelles des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de la protection du patrimoine foncier* ». La portée de cette disposition est clairement définie par les travaux préparatoires de la révision : le législateur organique peut habiliter les assemblées territoriales des C.O.M.-D.A. à déroger au principe de non discrimination entre les citoyens à raison de l'origine affirmé par l'article 1^{er} C¹, notamment au travers d'avantages réservés aux citoyens d'origine polynésienne.

Le rapport rédigé par P. Clément au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale fournit plusieurs exemples de mesures envisagées en application de cette disposition². En matière d'emploi, il s'agirait tout d'abord de conditionner l'accession aux emplois publics ou privés et le droit d'établissement à une certaine durée de résidence, qui pourrait être de cinq années³. Ensuite, dans le but de protéger le patrimoine foncier, notamment en luttant contre la spéculation foncière, pourrait être instituée une procédure d'autorisation préalable pour l'accession à la propriété foncière des personnes morales, voire, dans certains cas, des personnes physiques, qui ne sont pas originaires du territoire, sous réserve des transferts de propriété résultant d'un héritage ou d'une cession entre vifs dans le cadre familial⁴.

L'inspiration néo-calédonienne d'un tel dispositif est manifeste. L'instauration de semblables « discriminations positives » était en effet l'une des « révolutions juridiques » introduites par la réforme de 1998-1999, au côté de la consécration d'une compétence formellement législative autre que celle du Parlement, et d'une citoyenneté néo-calédonienne distincte de la citoyenneté française. On notera toutefois que les dispositions relatives aux C.O.M.-D.A.,

¹ Cf. les rapports Clément et Garrec, respectivement pages 40 et 160.

² 2e partie, p. 40.

³ L'art. 24 de la L.O. du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie fait référence à une « durée de résidence suffisante » et laissait sa détermination à une loi de pays dans un maximum de la durée d'acquisition de la citoyenneté néo-calédonienne.

⁴ Ce dispositif est souvent présenté comme une réaction à l'« affaire Brando », suite à l'acquisition par le célèbre acteur américain d'un atoll qu'il aurait ensuite laissé à l'abandon. Le statut polynésien de 1996 contenait déjà une procédure de type, mais celle-ci avait été déclarée non conforme à la protection constitutionnelle du droit de propriété énoncée par l'article 17 de la DDHC (déc. 96-373 précitée).

contrairement au dispositif néo-calédonien, et surtout au projet de révision spécifique à la Polynésie de 1999¹, ne font plus aucune référence à l'existence d'une citoyenneté locale comme fondement de ces discriminations. Toute référence à une telle citoyenneté locale a d'ailleurs disparu dans le texte de 2003.

En 2003, les discriminations sont fondées sur les « *nécessités locales* ». Il ressort des travaux préparatoires que l'utilisation d'une expression également retenue par l'article 56 3° de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme², pour permettre aux Etats parties de moduler l'application de la convention dans certains des territoires dont ils ont la charge, n'a rien de fortuite. Elle résulte au contraire d'une démarche délibérée du Constituant pour éclairer l'exercice de cette compétence par les C.O.M.-D.A. ainsi que son contrôle juridictionnel³. Il semble alors que le Constituant ait entendu souligner la rigueur avec laquelle cette compétence devra être mise en œuvre. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux « *nécessités locales* » susceptibles d'atténuer la jouissance par les citoyens des droits et libertés garantis par la Convention est en effet très sensiblement restrictive. La Cour exige en effet, d'une manière générale, que l'Etat qui invoque de telles nécessités rapporte « *la preuve décisive et manifeste d'une nécessité* »⁴. Ainsi, dans une affaire *Piermont c. France*, du 20 mars 1995, qui intéresse précisément une future C.O.M.-D.A., la Cour a considéré que « *les arguments avancés par le Gouvernement portent essentiellement sur le contexte politique local tendu assorti d'une campagne électorale et mettent donc l'accent plus sur des circonstances et situations que sur*

¹ Le nouvel art. 78 C. prévoyait qu'une L.O. définirait « Les règles relatives à la citoyenneté polynésienne et aux effets de celle-ci en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité économique et d'accession à la propriété foncière ».

² « Article 56 (ex.art. 63) - Application territoriale :

«1. Tout État peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera, sous réserve du paragraphe 4 du présent article, à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales.

2. La Convention s'appliquera au territoire ou aux territoires désignés dans la notification à partir du trentième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe aura reçu cette notification.

3. Dans lesdits territoires les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales.

4. Tout État qui a fait une déclaration conformément au premier paragraphe de cet article, peut, à tout moment par la suite, déclarer relativement à un ou plusieurs des territoires visés dans cette déclaration qu'il accepte la compétence de la Cour pour connaître des requêtes de personnes physiques, d'organisations non gouvernementales ou de groupes de particuliers, comme le prévoit l'article 34 de la Convention ».

³ Rapports Garrec, p. 160, et Clément page 40.

⁴ Aff. Tyrer c. R.U. du 25 avril 1978, A. 26, in V. Berger, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 7e éd., page 46. Dans cette affaire, la Cour a refusé de considérer que des « nécessités locales » propres à l'île de Man justifiaient le maintien de châtiments corporels contraires à la prohibition des traitements dégradants au sens de l'article 3 de la CEDH.

des nécessités », en ajoutant qu'« Une conjoncture politique, certes délicate, mais qui pourrait également se rencontrer en métropole, ne suffit pas pour interpréter la formule "nécessités locales" comme justifiant une ingérence dans le droit garanti par l'article 10 (art. 10) »¹. Par ailleurs, dans une affaire *Matthews c. R.U.*, du 18 février 1999, et relative à Gibraltar, la Cour a également souligné que « Les nécessités locales, lorsqu'elles renvoient au statut juridique particulier d'un territoire, doivent revêtir un caractère impérieux pour justifier l'application de l'article 56 de la Convention »². En tout état de cause, la portée des discriminations dépendra donc de la conception que se fera le Conseil d'Etat de ces « nécessités locales », puisque l'article 74 prévoit sa compétence en premier et dernier ressort pour contrôler les délibérations matériellement législatives des C.O.M.-D.A.

L'autonomie supplémentaire des C.O.M.-D.A. ne consiste en effet pas seulement dans la faculté de déroger à des principes constitutionnels essentiels comme celui de non discrimination entre les citoyens à raison de l'origine. Elle se décline également sous la forme de garanties juridictionnelles particulières.

3°/ Des garanties juridictionnelles de l'autonomie

Ces garanties sont au nombre de deux. En premier lieu, l'article 74 C. prévoit que les actes matériellement législatifs des C.O.M.-D.A. feront l'objet d'un « contrôle spécifique » du Conseil d'Etat, compétent en premier et dernier ressort (a). En second, lieu, la même disposition transpose au profit des C.O.M.-D.A. un mécanisme calqué sur celui prévu par l'article 37, alinéa 2, C. au profit du gouvernement (b).

a) Le contrôle spécifique du CE, compétent en 1^{er} et dernier ressort

Selon les termes même du nouvel art. 74 C., le statut organique des C.O.M.-D.A. définit les conditions dans lesquelles « le CE exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ». Deux garanties

¹ L'affaire concernait l'expulsion assortie d'une interdiction du territoire d'une ressortissante allemande, militante anti-nucléaire, pro indépendantiste, et député européen, constitutive d'une violation de l'article 10 de la CEDH relatif à la liberté d'expression. Trois juges avaient fait connaître des opinions dissidentes (RYSSDAL, MATSCHER, Sir John FREELAND ET JUNGWIERT) sur l'appréciation par la Cour de l'absence de « nécessités locales » : « Même si, comme le conclut l'arrêt, les arguments avancés par le Gouvernement n'établissent pas que la situation en Polynésie française eût nécessité l'ingérence en question, nous sommes d'avis que la situation dans un tel territoire - éloigné de la métropole comme il l'est et baignant dans l'atmosphère politique de l'époque - peut fort bien, en raison des conséquences potentielles sur l'ordre public ou l'intégrité territoriale, représenter les "nécessités locales" à prendre en compte au sens de l'article 63 (art. 63). Nous n'irions cependant pas jusqu'à conclure que le fait de "tenir compte" de cette situation permet inmanquablement de déduire qu'en l'espèce l'ingérence se justifiait. Ce fait aiderait davantage à choisir dans quelle optique il faut examiner la question d'une éventuelle justification au regard du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2) ».

² L'affaire concernait le refus d'inscription de la requérante britannique sur les listes électorales dans le but de participer aux élections européennes, en violation de l'article 3 du Protocole n°1 relatif au droit à des élections libres. Pour écarter l'argumentation fondée sur la situation constitutionnelle particulière de Gibraltar par rapport au R.U. (statut de dominion).

distinctes sont ici envisagées : la compétence du CE en premier et dernier ressort et le principe d'un contrôle juridictionnel spécifique.

La compétence du Conseil d'Etat en premier et dernier ressort peut apparaître comme une garantie à deux titres. En premier lieu, elle assure incontestablement de meilleurs délais de jugement. Dans la mesure où le procès commence et se termine devant le Conseil d'Etat, la C.O.M. fait l'économie du temps des procès de première instance et d'appel et se trouve donc fixée plus rapidement sur le contenu de son domaine de compétence. En second lieu, et si l'on adopte un point de vue polynésien, la compétence du Conseil d'Etat en premier et dernier ressort est encore une garantie en ce qu'elle dessaisit intégralement un juge administratif local suspecté d'être trop favorable à l'Etat lorsqu'un problème de répartition des compétences se pose. Il est en effet difficile de ne pas transposer ici l'état d'esprit qui a présidé à l'instauration, par l'article 113 du statut polynésien de 1996, de l'obligation pour le tribunal administratif de Papeete de solliciter l'avis du Conseil d'Etat lorsqu'un recours pour excès de pouvoir dont il est saisi présente à juger une question de répartition des compétences entre l'Etat, le territoire et les communes. Or, il est constant que cette procédure a été introduite à la demande des élus polynésiens particulièrement mécontents de la jurisprudence du Tribunal administratif de Papeete¹. On remarquera même que la réforme de 2003 franchit ici un pas supplémentaire par rapport à 1996 dans la mesure où le juge local est intégralement dessaisi, et que le Conseil d'Etat ne rend plus un « simple » avis contentieux mais un véritable jugement.

Même si c'est à titre subsidiaire, il paraît difficile de ne pas revenir sur l'intérêt stratégique pour les C.O.M.-D.A. que soit écartée la compétence d'un Conseil constitutionnel qui avait affichée une réticence certaine à l'égard des atteintes portées au principe de non discrimination entre les citoyens énoncé par l'article 1^{er} C. En témoignent d'une manière générale ses décisions *Quotas des femmes*, *Peuple corse*, et *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*². Mais, cette réticence s'était surtout clairement manifestée lors de l'examen de la loi organique portant statut de la Nouvelle-Calédonie en application de la révision constitutionnelle de 1998 et des accords de Nouméa. A cette occasion, il avait considéré que les lois de pays favorisant l'emploi local, notamment par la fixation d'une durée minimum de résidence, devraient se fonder sur « *des critères objectifs et rationnels en relation directe avec la promotion de l'emploi local* », et « *sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa* »³. Or, il n'existe pas d'équivalent de l'accord de Nouméa pour les C.O.M.-D.A. L'appréciation de la régularité des discriminations

¹ Sur cette procédure, H. Manciaux, Note sous C.E., avis, 29 juillet 2002, Haut-commissaire de la République en Polynésie française (à paraître au recueil Lebon), J.-Cl. « Intercommunalité », avril 2003.

² Respectivement, décision 82-146 DC du 18 novembre 1982, 91-290 DC du 9 mai 1991 et 99-412 DC du 15 juin 1999.

³ Décision 99-410 DC du 15 mars 1999, cons. 17. Souligné par nous.

positives par le Conseil constitutionnel n'aurait donc eu comme base que son appréciation des « nécessités locales » dont on aurait pu craindre une interprétation restrictive, sur le modèle de celle retenue par le Cour européenne des droits de l'homme. On peut donc penser que le choix de la compétence du juge administratif participe du pari selon lequel ce dernier se montrera moins hostile que le juge constitutionnel à l'égard des discriminations décidées par les C.O.M.-D.A. Ainsi, de manière apparemment contradictoire, on pourrait envisager que, compte tenu des aspects juridictionnels susvisés, l'autonomie réelle des C.O.M.-D.A. profite davantage de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire matériellement législatif que de celle d'une compétence formellement législative. Cette thèse peut d'ailleurs paraître confirmée par l'affirmation du caractère « spécifique » du contrôle exercé par le Conseil d'Etat.

Tel que le contenu de ce « contrôle spécifique » a pu être dévoilé lors des travaux préparatoires de la révision¹, il semble en effet que les C.O.M.-D.A. ne perdront pas trop à l'absence de compétence formellement législative dès lors que l'une de ses modalités principales devrait consister dans l'inopposabilité des principes généraux du droit. Une telle mesure devrait notamment leur permettre de prendre des décisions de validation actuellement interdites par le principe général de non rétroactivité des actes administratifs². Le Constituant permet ici au législateur organique de concrétiser une thèse doctrinale que le Conseil d'Etat avait refusé de faire sienne³. En outre, les spécificités du contrôle juridictionnel des actes matériellement législatifs des C.O.M.-D.A. devraient consister dans des mesures visant à restreindre la recevabilité des recours à leur encontre, notamment par la mise en place de délais de recours par voie d'action et d'exception et une définition de l'intérêt à agir plus stricte qui s'inspirent des règles adoptées pour les recours devant les juridictions communautaires⁴.

Mais, les garanties juridictionnelles de l'autonomie des C.O.M.-D.A. ne sont pas épuisées par ces dispositifs. De manière tout à fait remarquable, la révision prévoit que ces collectivités pourront bénéficier d'une procédure directement

¹ Notamment par le rapport Clément, Tome 2, page 38.

² L'inopposabilité des principes généraux du droit aux délibérations matériellement législatives des T.O.M. par le juge administratif a notamment été proposée par F. Luchaire qui voyait là un moyen efficace d'augmenter l'autonomie des T.O.M. à droit constitutionnel constant (L'autonomie de la Polynésie française devant le Conseil constitutionnel, R.D.P. 1996, page 975). Cette proposition rejoignait la thèse retenue par d'autres membres de la doctrine en faveur de l'inopposabilité des mêmes principes à ces autres textes réglementaires matériellement législatifs que sont les ordonnances de l'article 38 C. Sur ce courant doctrinal, voir A. Moyrand, Polynésie française : de l'utilité de réviser la constitution, *Revue de la recherche juridique*, 1999-3, page 919.

³ Le Conseil d'Etat a refusé de soustraire les actes réglementaires matériellement législatifs des T.O.M. comme du Gouvernement au respect des principes généraux du droit. Pour les premiers, CE, 18 février 1998, Section locale du Pacifique Sud de l'ordre des médecins, R.F.D.A. 1999, page 47, note M. Joyau. Pour les seconds, CE, 4 novembre 1996, Ass. de défense des sociétés de courses hippodromes de province et autres, R.F.D.A. 1996, avec les conclusions Maugué, page 1099.

⁴ Rapport Clément, précité.

inspirée de l'article 37, alinéa 2, C. pour protéger leur domaine de compétence contre des intrusions étatiques.

b) Le « 37, alinéa 2, local »

L'emprunt par les statuts des T.O.M. de mécanismes constitutionnels est devenu un phénomène courant, notamment en ce qui concerne les mécanismes de responsabilité de l'exécutif¹. La révision de 2003 poursuit ce mouvement en transposant dans le statut des C.O.M.-D.A. la procédure dite de « délégalisation » de l'article 37 al. 2 C. par laquelle le Gouvernement peut modifier par voie réglementaire des dispositions formellement législatives après que le Conseil constitutionnel a constaté qu'elles interviennent dans le domaine réglementaire. Le nouvel alinéa 8 de l'article 74 C. prévoit ainsi que le statut organique de ces collectivités prévoit les conditions dans lesquelles « *l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité* ».

L'instauration d'une telle procédure semble directement inspirée du souci de contourner la jurisprudence du Conseil d'Etat qui affirme l'intangibilité des lois promulguées qui empiètent sur le domaine de compétence des T.O.M.². Par ce biais, les C.O.M.-D.A. pourront ainsi retrouver la jouissance de leur domaine de compétence, nonobstant une intrusion étatique de niveau législatif.

La compétence des « *autorités de la collectivité* » pour saisir le Conseil constitutionnel n'était pas prévue par le projet de loi constitutionnel qui restait muet sur les autorités compétentes en la matière, s'en remettant implicitement sur ce point au législateur organique. L'affirmation de la compétence des « *autorités de la collectivité* » pour ce faire est intervenue devant le Sénat, lors de l'examen du projet en première lecture, à la demande du Sénateur de Polynésie, G. Flosse, et avec l'accord du Gouvernement³.

L'affirmation de la compétence du Conseil constitutionnel doit être soulignée dès lors que l'article 74 C. affirme parallèlement la compétence du Conseil d'Etat pour le contrôle de régularité des actes matériellement législatifs des C.O.M.-D.A. Ce contrôle inclut en effet nécessairement le respect par ces collectivités de leur domaine de compétence, et donc une appréciation du contenu des compétences étatiques. On aurait donc pu concevoir que la procédure de délégalisation fasse intervenir le Conseil d'Etat dans un souci de cohérence du texte, et pour éviter tout risque de divergence de jurisprudence entre les deux juridictions⁴. L'affirmation de

¹ Sur ce point, notre article Pouvoir exécutif et pouvoir délibérant dans les collectivités territoriales françaises, Annuaire du GRALE 2001, CNRS, page 25.

² Avis 363 633 du 5 octobre 1999, publié dans le rapport 2003 du Conseil.

³ Séance du 6 novembre 2002.

⁴ On notera le refus du Sénat, en première lecture, de confier le déclassement au Conseil d'Etat, comme le demandait M. Charasse au nom de la cohérence avec la compétence du juge administratif suprême pour

la compétence du Conseil d'Etat pouvait d'ailleurs paraître d'autant moins problématique que le contrôle du respect par une loi ordinaire du domaine de compétence organique d'une C.O.M.-D.A. n'impliquait pas un contrôle de conformité de cette loi à la Constitution. On peut toutefois comprendre le « malaise » d'un Conseil d'Etat d'une part chargé d'opposer au législateur l'une de ses propres décisions et d'autre part utilisant une norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois puisqu'il est constant que le Conseil constitutionnel utilise les lois organiques dans ce cadre. Il semble donc permis de douter que le Conseil d'Etat se soit montré très favorable à l'affirmation de sa propre compétence.

Cette procédure de délégalisation au profit des C.O.M.-D.A. ne clôt pas la présentation des dispositifs constitutionnels qui accroissent l'autonomie de ces collectivités par rapport aux « simples » C.O.M. Il reste encore à observer qu'elles pourront participer à l'exercice des compétences de l'Etat.

4°/ La participation à l'exercice des compétences de l'Etat

L'autonomie des C.O.M.-D.A., entendue comme la faculté qui leur est reconnue d'édicter des normes matériellement législatives dans les matières qui relèvent de leur domaine de compétence trouve ici un prolongement supplémentaire dans la possibilité d'intervenir dans le domaine de compétence de l'Etat avec l'accord de ce dernier.

Une nouvelle fois retrouve-t-on ici la « patte » de G. Flosse. C'est en effet sur sa proposition que le Sénat adopte la rédaction finale du dernier alinéa de l'article 74 C. relative à cette intervention. Le projet de loi constitutionnelle prévoyait que « *l'Etat peut associer les collectivités à l'exercice des compétences qu'il conserve* ». Et c'est à la suite d'un amendement du sénateur polynésien, qui avait reçu l'accord du Gouvernement et de la commission des lois, que lui a été substituée la rédaction finale selon laquelle « *la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'Etat, à l'exercice des compétences qu'il conserve* ». Selon G. Flosse, elle avait le mérite d'impliquer « *une réelle participation de la collectivité dans les domaines susvisés au quatrième alinéa* », et de garantir la jouissance par la C.O.M.-D.A. de ses compétences dans deux hypothèses : tout d'abord, lorsque « *les compétences des collectivités sont limitées par celles de l'Etat, en raison de l'imbrication des matières* » ; ensuite, « *lorsqu'il s'agit de prendre des mesures limitées afin d'assurer la cohérence et la bonne exécution de la réglementation territoriale* »¹. Il s'agit de remédier aux problèmes d'efficacité des politiques des C.O.M.-D.A. consécutives à la répartition des compétences matérielles entre elles et l'Etat.

Il ressort du reste des travaux préparatoires de la révision que la participation des C.O.M.-D.A. à l'exercice des compétences étatiques pourrait prendre des formes diverses². Tout d'abord, s'agissant de mesures réglementaires, la collectivité peut

contrôler ces actes matériellement législatifs et pour ne pas encombrer le Conseil constitutionnel d'une surcharge de travail préjudiciable à ses missions essentielles.

¹ Séance du 6 novembre 2002.

² Rapport Clément, 2e partie, p. 40.

proposer à l'État de prendre des mesures qui relèvent de la compétence étatique, mais surtout recevoir délégation de l'État pour les édicter elle-même. Ensuite, s'agissant de décisions individuelles, l'État peut déléguer à la collectivité le soin de prendre des décisions individuelles dans le cadre de la réglementation qu'il aura édictée. Mais, en tout état de cause, l'État conserve toujours le droit de s'opposer à un acte intervenu dans son champ de compétence ou de le réformer, pour des motifs de légalité comme de pure opportunité. La C.O.M.-D.A. se retrouvera donc dans une situation hiérarchique inhabituelle vis-à-vis du représentant de l'État.

Au terme de cette étude relative à la nouvelle catégorie de collectivités d'outre-mer chargée de succéder à l'ancienne catégorie des T.O.M., l'ampleur de la réforme doit être sensiblement nuancée.

Tout d'abord, l'assise territoriale de la nouvelle catégorie est très largement identique à celle des T.O.M. dès lors que leur définition constitutionnelle est identique, et que le nombre de C.O.M. ne sera pas notablement supérieur à celui des T.O.M. existants au jour de l'entrée en vigueur de la révision de 2003.

Ensuite, la supériorité de l'autonomie normative des C.O.M. sur celle des T.O.M. est certaine, mais finalement assez mesurée. Le fait marquant est bien sur l'absence de compétence formellement législative : les actes des C.O.M., même intervenant dans le domaine de la loi, restent des actes administratifs réglementaires, susceptibles d'un contrôle devant le juge administratif, tout comme l'étaient les délibérations de l'assemblée territoriale des T.O.M. intervenant dans le même domaine. Sur ce point, le statut des C.O.M., y compris celui de celles qui sont « *dotées de l'autonomie* » est nettement en retrait par rapport au statut néo-calédonien et au projet de révision polynésien de 1999. A cela s'ajoute certainement, la très faible portée des dispositions relatives à l'action internationale des C.O.M., en deçà des dispositifs législatifs actuellement en vigueur pour les T.O.M. ou les D.R.O.M.

L'accroissement de l'autonomie des C.O.M. par rapport à celle des T.O.M. ne profite véritablement qu'aux seules C.O.M. « *dotées de l'autonomie* » au travers, d'une part, d'un régime contentieux spécifique qui devrait leur rendre les principes généraux du droit inopposables, et d'autre part, de la possibilité d'édicter des mesures attentatoires au principe de non discrimination entre les citoyens à raison de l'origine, ce qui – il est vrai pour chacune de ces remarques – reste tout à fait remarquable au regard des principes républicains.

