

N°s 440206-440235 - Syndicat de la fonction publique et autres et M. U...

N° 440234 – M. T...

N° 440764 – M. T... et autres

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 8 juillet 2020

Lecture du 22 juillet 2020

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

Dans ses conclusions sur la décision de référence *Commune de Papara et S...* du 1^{er} février 2006 (n° 286584, au Rec.), le Président Stahl invitait votre Section à envisager le contrôle juridictionnel spécifique des actes dits « lois du pays » de Polynésie française « *sans esprit de système* », et à retenir, selon les questions, soit l'approche classique du contentieux administratif, dès lors qu'il s'agit d'actes administratifs, soit la logique du contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois, dans la mesure où ces actes interviennent dans le domaine de la loi.

Cette invitation au pragmatisme, sans rien céder à la rigueur intellectuelle, vous servira encore de boussole lors du voyage auquel vous convient les quatre requêtes qui viennent d'être appelées dans les contrées escarpées de ces « lois du pays ». Elles ont pour point commun d'être dirigées contre des « lois du pays » adoptées dans le cadre de la crise du¹ Covid-19 et promulguées dans la foulée de leur adoption, en méconnaissance des délais prévus par la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

Pour définir les conséquences à tirer de cette situation originale voire dysfonctionnelle, nous ne pouvons, hélas, faire l'économie d'un rappel de la mécanique normale de contestation de ces actes, qui diffère selon que la « loi du pays » intervient en matière fiscale ou non.

En-dehors de la matière fiscale, le législateur organique a mis en place un contrôle *a priori*, librement inspiré de celui des lois nationales. Une fois la « loi du pays » adoptée par l'assemblée de Polynésie française s'ouvre un délai de huit jours pendant lequel le haut-commissaire et le conseil des ministres peuvent soumettre le texte à une nouvelle lecture². A

¹ Ou « de la Covid-19 », dès lors qu'il s'agit d'une maladie, mais l'usage du masculin semble s'être imposé.

l'expiration de ce délai de huit jours, si aucune nouvelle lecture n'a été réclamée, deux mécanismes de contestation sont prévus :

- d'une part, le haut-commissaire, le président de la Polynésie française, le président de l'assemblée de la Polynésie française ou six membres de cette assemblée peuvent vous déférer l'acte adopté, dans un délai de quinze jours³ ;
- d'autre part, l'acte est publié au Journal officiel de la Polynésie française à titre d'information pour permettre aux personnes intéressées de vous saisir de la légalité de l'acte, dans un délai d'un mois à compter de cette publication⁴.

En l'absence de recours contentieux, le président de la Polynésie française dispose de dix jours pour promulguer la loi, à compter de l'expiration du délai de recours⁵. En application du premier alinéa de l'article 180 de la loi organique, la loi du pays, une fois promulguée, ne peut plus faire l'objet d'**un recours par voie d'action**. Vous avez ainsi jugé qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, de déclarer illégale une « loi du pays » déjà promulguée, que ce soit par voie de recours direct contre cet acte (CE, 7 novembre 2018, *C... et H...*, n° 420284 et s., aux T.) ou à l'occasion d'un recours contre une « loi du pays » modifiant une précédente « loi du pays » promulguée (CE, 13 mars 2019, *T... et syndicat de la fonction publique*, n° 426435, aux T., qui refuse ainsi de transposer la jurisprudence constitutionnelle *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*). La légalité d'une « loi du pays » déjà promulguée ne peut, en principe, être contestée que par voie d'exception, dans le cadre de la procédure préjudicielle régie par l'article 179 de la loi organique.

Si un recours contentieux est introduit contre la loi du pays, la promulgation est paralysée. Jusqu'à l'intervention de la loi organique n° 2019-706 du 5 juillet 2019, le président de la Polynésie française devait, pour promulguer la loi, attendre votre décision, censée intervenir dans le délai de trois mois à compter de l'enregistrement de la requête⁶. Désormais, il a le choix entre deux solutions, selon qu'il souhaite privilégier la sécurité juridique ou la rapidité de mise en œuvre :

- *1^{ère} solution : le président attend que vous rendiez votre décision* : dans ce cas, la promulgation de la « loi du pays » doit intervenir dans un délai de dix jours à compter de la publication de votre décision, sous réserve, bien sûr, que l'acte n'ait pas été déclaré illégal et sous réserve de distraire de la promulgation celles de ses dispositions divisibles qui le seraient, le cas échéant⁷. Et là encore, cette promulgation ferme le prétoire par voie d'action.

² Art. 143 de la LO

³ I de l'art. 176

⁴ II de l'art. 176

⁵ Art. 178

⁶ I de l'article 177

⁷ I de l'art. 177

- 2^{ème} solution : le président promulgue la « loi du pays » à l'expiration du délai de trois mois qui vous est imparti, alors que vous n'avez pas encore statué : dans ce cas, le II de l'article 177 précise que vous restez saisi du recours, mais ce dernier change de nature. Vous basculez d'un contrôle *a priori* à un contrôle *a posteriori*, qui vous amène non plus simplement, le cas échéant, à déclarer la disposition illégale, afin d'empêcher sa promulgation, qui est déjà intervenue, mais à l'annuler rétroactivement.

Le législateur organique n'a prévu aucun dispositif dérogatoire en cas d'urgence pour la généralité des « lois du pays », qui permettrait au président de la collectivité de les promulguer immédiatement. La lourdeur du contrôle *a priori* et la nécessité pour la collectivité de pouvoir lever rapidement l'impôt et assurer le financement des services publics locaux l'ont seulement convaincu d'instaurer un mécanisme plus simple pour les **lois du pays relatives aux impôts et taxes**, largement comparable au recours pour excès de pouvoir classique. Les lois du pays fiscales sont publiées au Journal officiel de la Polynésie française et promulguées par le président de la Polynésie française au plus tard le lendemain de leur adoption⁸. A compter de la publication de l'acte de promulgation au Journal officiel de la Polynésie française, les mêmes autorités que précédemment, dans un délai de quinze jours, et toute personne justifiant d'un intérêt à agir, dans un délai d'un mois, peuvent déférer la « loi du pays » au Conseil d'Etat⁹. Mais à la différence de la généralité des lois du pays, vous êtes alors saisi non pas d'un recours en déclaration d'illégalité, susceptible de paralyser la promulgation – qui est déjà intervenue – mais d'un recours en annulation¹⁰.

Les auteurs de la loi organique n'ont pas envisagé le cas de figure qui est le nôtre aujourd'hui, à savoir celui d'une **promulgation intervenant dans la foulée de l'adoption d'une « loi du pays » non fiscale**. Ce qui, en temps normal, constituerait un véritable coup de force institutionnel, pour ne pas dire un coup d'Etat, n'a, cette fois, suscité aucune émotion de la classe politique et de l'opinion publique locales, en raison du contexte sanitaire.

Pour déterminer les conséquences à en tirer, il est essentiel de préciser que, si **l'acte de promulgation de la « loi du pays »** par le président de la Polynésie française a le même objet que la promulgation des lois nationales par le Président de la République – à savoir attester l'existence juridique de l'acte et lui conférer un caractère exécutoire, ces deux actes sont d'une nature tout à fait différente. Alors que le second est un acte de gouvernement¹¹ échappant à votre compétence et dont vous savez qu'il fait obstacle à la saisine du Conseil constitutionnel, et même qu'il éteindrait l'instance éventuellement engagée devant lui¹², le

⁸ Art. 180-2

⁹ Art. 180-3

¹⁰ Art. 180-1 et 180-4

¹¹ CE, Section, 3 novembre 1933, *Sieur Desreumeaux*, n° 25040, Rec. p. 993 ; CE, 27 octobre 2015, *Fédération démocratique alsacienne*, n° 388807, aux T.

premier est un acte administratif susceptible de recours et qui encourt l'annulation à raison de ses vices propres – comme l'absence d'un contreseing requis - et de la méconnaissance des règles posées par la loi organique, ce qui vise essentiellement le caractère « non promulguable » des dispositions que vous avez déclarées illégales dans le cadre du recours *a priori* (CE, 22 mars 2006, *F... et autres*, n° 288490, au Rec., aux conclusions contraires de Célia Vérot¹³). Son annulation conduit le président de la Polynésie française à re-promulguer la loi du pays, dans des conditions légales. Vous noterez que ce précédent rattache le contentieux de la promulgation au contrôle juridictionnel spécifique, et non au recours pour excès de pouvoir, ce dont il résulte votre compétence directe pour en connaître¹⁴ et dont vous devriez aussi déduire qu'il doit être introduit dans le même délai de recours d'un mois et qu'il doit être jugé dans le même délai de trois mois¹⁵. En revanche, l'illégalité de l'acte de promulgation est sans incidence sur la légalité des dispositions de la « loi du pays » promulguée (CE, 5 décembre 2008, *F... et autres*, n° 320412, aux T.). Autrement dit, le contentieux de la promulgation est un contentieux de l'entrée en vigueur de la « loi du pays » et non de sa légalité.

*

Trois configurations contentieuses peuvent se présenter à vous selon que vous êtes saisi :

- soit d'un recours dirigé exclusivement contre la « loi du pays » – c'est le cas dans les deux premières affaires ;
- soit d'un recours contre la « loi du pays » et son acte de promulgation – hypothèse illustrée par la troisième affaire ;
- soit enfin – 3^{ème} hypothèse dont le rôle n'offre pas d'exemple - d'un recours dirigé uniquement contre l'acte de promulgation.

¹² V. la décision n° 97-392 DC du 7 novembre 1997, assorti d'un commentaire aux cahiers parfaitement explicite ; V. aussi n° 80-113 L du 14 mai 1980 : « *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'apprécier la conformité à la Constitution d'une loi qui a été promulguée* ». Le Conseil constitutionnel ne peut examiner la constitutionnalité d'une loi promulguée que dans le cadre de la procédure de QPC ou dans celui de la jurisprudence Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie. Le cadre juridique de la promulgation des lois nationales est d'ailleurs extraordinairement lacunaire puisque la saisine du Conseil constitutionnel n'est enserrée dans aucun délai précis, et que c'est un *gentleman agreement* entre les parlementaires d'opposition, le secrétaire général du Conseil constitutionnel et le secrétaire général du Gouvernement qui conduit le Président de la République à suspendre sa plume promulgatrice lorsqu'il est informé de l'imminence et de l'existence d'une telle saisine.

¹³ Cette jurisprudence a été confirmée (V. CE, 22 janvier 2007, *Merceron et autres et Tuihani*, n° 291760-291851, aux T.), aux conclusions critiques mais conformes de Rémi Keller, qui s'étonnait notamment, à juste titre, de l'opérance des moyens tirés des vices propres de l'acte de promulgation alors que le président de la Polynésie française est tenu de procéder à la promulgation, lorsqu'il renonce à demander une nouvelle lecture...

¹⁴ Alors que l'article 172 de la loi organique confie au tribunal administratif de Papeete la compétence pour connaître des actes du président de la Polynésie française.

¹⁵ Dans le précédent *Merceron*, vous avez annulé un acte de promulgation du 6 janvier 2006 (V. promulgation de la loi du pays au JOPF ce jour-là) sur la base de requêtes introduites... fin mars 2006. Même en appliquant le délai de droit commun de deux mois, les requérants étaient pourtant forclos...

Le cas le plus simple est le deuxième. Il vous appartient, dans le délai de trois mois qui vous est imparti, de statuer d'abord sur l'acte de promulgation et de l'annuler si la « loi du pays » n'est pas relative aux impôts et taxes et que la promulgation est intervenue prématurément, sous réserve de circonstances exceptionnelles justifiant une promulgation anticipée – nous reviendrons sur cette question lors de l'examen de la dernière affaire. La « loi du pays » étant ainsi « dé-promulguée », le premier alinéa de l'article 180 de la loi organique ne peut plus s'opposer à la recevabilité d'un recours par voie d'action contre la « loi du pays » elle-même. Vous pouvez alors vous prononcer sur la légalité de la « loi du pays » dans le cadre du contrôle *a priori* classique, qui pourra, le cas échéant, vous conduire à empêcher la promulgation de dispositions illégales. C'est précisément ce que vous avez fait dans une décision étonnamment inédite du 26 décembre 2012, *Confédération syndicale A Tia I Mua* (n° 351262-352196) dans un cas où la promulgation était intervenue alors que vous veniez d'être saisi d'un recours *a priori*, sans que le président de la Polynésie française en ait été informé. La solution est tout à fait transposable lorsque le recours a été introduit après la promulgation.

Le premier cas est plus délicat. Vous pourriez être tenté de faire une application littérale du premier alinéa de l'article 180 de la loi organique : la « loi du pays » étant promulguée¹⁶, la voie de l'action serait désormais fermée. C'était la thèse de notre collègue Edouard Crépey dans ses conclusions sur la décision de 2012. Mais cette solution, très attentatoire au droit au recours et peu dissuasive pour le président de la Polynésie française, nous paraît difficilement acceptable et, en tous les cas, elle ne pourrait être retenue que par défaut, si aucune autre solution n'apparaissait à votre portée.

Tel est le cas, à notre avis, de la solution qui consisterait à regarder la promulgation prématurée comme un **acte inexistant**. Dès lors qu'il émane de l'autorité compétente, la seule circonstance qu'il s'affranchisse des délais prévus par la loi organique, à supposer qu'il n'intervienne pas en matière fiscale, ne suffit pas, au regard de votre jurisprudence extraordinairement restrictive, à le regarder comme nul et non avenu, à la différence, par exemple, d'un acte de promulgation qui serait signé par M. H..., président auto-proclamé de ce territoire¹⁷.

¹⁶ Elle ne l'est toutefois pas définitivement. Il résulte en effet de la délibération n° 2020-14 APF du 17 avril 2020 portant adaptation des procédures en matière civile et administrative, décalque de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période (qui n'est pas applicable en Polynésie française pour ce qui concerne les matières relevant de la compétence de cette collectivité, en vertu de son article 14), que les actes de promulgation en cause, intervenus les 27 mars et 21 avril, et à l'encontre desquels le délai de recours contentieux expirait à l'intérieur de la « période protégée » (qui s'est terminée le 23 juin), ne deviendront définitifs que le 24 août 2020.

¹⁷ Vous avez regardé comme tel une « loi du pays » et un acte de promulgation intervenus en matière budgétaire, dans le cas où la procédure d'adoption sans vote, moyennant l'engagement de la responsabilité, était inapplicable (CE, 5 décembre 2011, *Président de l'Assemblée de la Polynésie française et autres*, n° 347214 et a., aux T.).

Vous pourriez songer à **requalifier** de vous-même un recours contre une « loi du pays » promulguée comme portant simultanément sur l'acte de promulgation. Comme le montre votre jurisprudence, l'objection tirée de la prohibition de l'*ultra petita* n'est pas insurmontable dès lors qu'il s'agirait de garantir la recevabilité du recours¹⁸. Mais les requérants peuvent tout à fait souhaiter vous soumettre la seule question de la légalité d'une loi du pays, voire, de manière moins théorique, vouloir susciter une interprétation neutralisante qui leur est favorable, sans entendre remettre en cause l'entrée en vigueur de l'acte ainsi validé ou interprété, qui peut leur être bénéfique pour l'essentiel¹⁹.

C'est une autre solution, plus simple, qui a notre préférence. Elle consiste à interpréter le premier alinéa de l'article 180 comme ne fermant le prétoire par voie d'action que **dans le cas où la promulgation est intervenue dans le respect de la procédure instituée par le législateur organique**. Cette disposition n'est en effet que la conséquence logique de l'existence d'un contrôle *a priori*. Il est tout aussi logique qu'elle soit écartée si ce contrôle a été éludé parce que le délai de promulgation n'a pas été respecté. Précisons qu'il s'agirait uniquement de faire respecter la volonté du législateur organique lorsqu'il a mis en place le contrôle juridictionnel spécifique et non, techniquement, de faire jouer une exception d'illégalité dans le cadre d'une opération complexe, qui permettrait de déchirer le voile de la promulgation en raison d'une illégalité quelconque, afin de se frayer un chemin jusqu'à la « loi du pays ». Si la promulgation est illégale parce qu'il manque un contreseing, il n'y a aucune raison de rouvrir une fenêtre de tir contre la « loi du pays » contre laquelle le contrôle *a priori* a déjà été purgé. Et inversement – nous y reviendrons – une promulgation anticipée nous semble pouvoir être justifiée par l'existence de circonstances exceptionnelles, donc être légale, tout en donnant tout de même prise à un recours par voie d'action afin de garantir l'effectivité du droit au recours.

De l'existence de la promulgation, nous tirons aussi la conséquence que ce dont vous êtes saisi, c'est d'un **recours en annulation**, et non d'un recours en déclaration d'illégalité. La logique du contrôle *a priori* organisé par le législateur organique est d'empêcher la promulgation. Cet objectif n'a de sens que si cette promulgation n'est pas intervenue. C'est la raison pour laquelle la loi organique prévoit un recours en annulation dans les deux hypothèses où la « loi du pays » peut être contestée par voie d'action après promulgation, à savoir – on l'a dit – les lois du pays fiscales, et les autres lois du pays attaquées devant vous,

¹⁸ V. pour la requalification de conclusions comme dirigées contre la décision prise sur RAPO, qui se substitue à la décision initiale : CE, 19 décembre 2008, *M...*, n° 297187, au Rec.

¹⁹ On peut toutefois admettre qu'ils puissent demander l'annulation de l'acte de promulgation en tant seulement qu'il promulgue telle ou telle disposition divisible. La « promulgation partielle » est expressément envisagée par la loi organique, lorsque vous déclarez illégale une disposition divisible. Il nous semble aussi qu'une promulgation partielle est nécessaire lorsqu'une même « loi du pays » comporte des dispositions fiscales et des dispositions non fiscales, afin que chacune d'elles puissent faire l'objet du contrôle (*a priori* / *a posteriori*) qui lui est applicable.

lorsque le délai de trois mois qui vous est imparti a expiré. L'avantage de cette solution est aussi de ne pas faire dépendre votre office²⁰ du point de savoir si la « loi du pays » est intervenue ou non en matière fiscale, ce qui peut, dans certains cas, se discuter.

C'est précisément ce dernier risque qui semble vous avoir convaincu d'adopter l'orientation que nous vous proposons, dans un précédent mystérieux et, d'ailleurs, diversement interprété. Par une décision *K... et autres* du 1^{er} juillet 2009 (n° 324206-324777, aux T. et aux conclusions conformes de Julien Boucher), il a été jugé que, lorsque le président de la Polynésie française promulgue une « loi du pays » dans la foulée de son adoption, celle-ci doit être réputée être intervenue en matière d'impôts et de taxes, et est alors justiciable d'un recours en annulation²¹. Nous peinons à comprendre la raison pour laquelle vos sous-sections réunies ont cru devoir opérer un tel détour dans cette affaire, alors qu'était en cause une « loi du pays » portant sur des mesures fiscales²². Quoiqu'il en soit, nous comprenons bien le scrupule qui les a sans doute animés, de chercher à se raccrocher à une disposition de la loi organique pour surmonter l'obstacle textuel du premier alinéa de l'article 180. Mais au regard de la préoccupation de « coller aux textes », c'est tomber de Charybde en Scylla. Car ce raisonnement aboutit à la situation aberrante dans laquelle seraient qualifiés de lois du pays relatives aux impôts et taxes, « au sens de », des actes qui n'ont strictement rien à voir avec la matière fiscale, comme les dispositions en litige devant vous aujourd'hui, qui traitent de la procédure consultative préalable à l'édiction de textes économiques et sociaux, d'un dispositif d'accompagnement social des entreprises et des salariés, ou de la police sanitaire. Au fond, l'effort est à la fois artificiel et inutile dès lors qu'un autre raisonnement, constructif sans être frontalement contraire aux textes, permet d'aboutir à la même solution.

Précisons enfin que l'ouverture de ce contrôle *a posteriori* n'est pas une invitation à la transgression que vous adresseriez au président de la Polynésie française, au contraire, puisqu'il vous conduirait, le cas échéant, à annuler rétroactivement la « loi du pays », et non simplement à la déclarer illégale, comme dans le recours *a priori*.

²⁰ Etant précisé qu'il ne fait aucun doute, à nos yeux, qu'il vous faut statuer dans un délai de trois mois, ou à tout le moins vous y astreindre volontairement, afin de respecter la volonté du législateur organique d'assurer une purge rapide de ces actes. Ce délai est aussi celui qui vous est imparti pour le recours en annulation contre les « lois du pays » fiscales.

²¹ Dans ses conclusions sur l'affaire *Confédération syndicale A Tia a Mua* (n° 351262-352196), Edouard Crépey interprétait cette décision *K... et autres* comme circonscrite aux lois du pays fiscales (objectivement, si l'on peut dire). Preuve qu'elle n'est décidément pas d'une limpidité flagrante...

²² C'est peut-être pour contourner un autre obstacle, qui tient à ce que, à l'époque, l'article 145 semblait subordonner l'application de ce régime dérogatoire aux lois du pays fiscales intervenant après l'adoption du budget. Mais comme Julien Boucher, nous ne pensons pas que tel fût l'intention du législateur organique. Le 1^{er} alinéa de l'article 145 (devenu l'alinéa unique) est une règle d'entrée en vigueur des lois du pays fiscales, lorsque le budget a été adopté. Le « ils » auquel se référerait le deuxième alinéa renvoyait aux actes dits lois du pays à caractère fiscal, indépendamment de l'adoption du budget. Lorsque le législateur organique a transféré ces dispositions aux articles 180-1 et suivants de la loi organique – ce qu'il a entendu faire à droit constant – il n'a pas « repris » cette condition, ce qui confirme cette lecture.

Pour achever ce long panorama et vous permettre de vous prononcer en toute connaissance de cause, nous croyons utile de vous entretenir des **conséquences à tirer de l'annulation de l'acte de promulgation sur le délai de recours contre la « loi du pays »**. Cette problématique se pose naturellement dans le 3^{ème} cas de figure que nous évoquions – celui dans lequel seul l'acte de promulgation est attaqué – mais aussi dans le 2^{ème}, car le fait que certains requérants vous aient concomitamment déféré la « loi du pays » n'empêchent pas que d'autres, qui s'en sont abstenus, ou les mêmes, s'ils ont l'esprit d'escalier ou de chicane, pourraient s'aviser de le faire au vu de l'annulation de l'acte de promulgation.

Comme on l'a dit, l'annulation de l'acte de promulgation oblige le président de la Polynésie française à la re-promulguer régulièrement, mais n'est pas censée permettre de re-contester la loi du pays. Vous pourriez toutefois être tenté, dans le cas où cette annulation résulte du caractère prématuré de la promulgation au regard des délais prévus par la loi organique, de déroger à cette logique et de l'obliger à purger le recours *a priori* en procédant à une nouvelle publication de la « loi du pays » au Journal officiel de la Polynésie française afin d'ouvrir un nouveau délai d'un mois dans lequel celle-ci pourra être attaquée, puis, si elle vous est déférée, un nouveau délai de trois mois pour statuer avant que la promulgation soit légalement possible. En bref, « qui resquille, doit faire toute la queue ».

Une telle solution n'est pas nécessaire à l'effectivité du droit au recours, au moins si vous nous suivez sur le point précédent. Comme l'indiquait Julien Boucher dans ses conclusions sur la décision de 2009, ce droit est suffisamment garanti par la publication de la « loi du pays » promulguée sur le même support, déclenchant un délai de recours qui est toujours d'un mois au bénéfice des mêmes personnes « intéressées ». Sur le plan psychologique, les trois affaires dont vous êtes saisi montrent que le réflexe naturel de ceux qui, en ouvrant le Journal officiel de la Polynésie française, découvrent pour la première fois une « loi du pays » qui leur fait grief, c'est de l'attaquer elle, sans se laisser impressionner par la mention selon laquelle elle a déjà été promulguée. Ce réflexe instinctif rejoint l'analyse juridique puisque nous vous avons dit que, depuis 2009, et de manière plus claire encore à compter des décisions que vous rendrez si vous nous suivez, les requérants seront censés savoir qu'un recours en annulation contre la « loi du pays » leur est ouvert après la promulgation lorsque le contrôle *a priori* a été court-circuité. De surcroît, la fermeture du prétoire par voie d'action n'empêche nullement, en guise de session de rattrapage, d'invoquer l'inapplicabilité de la « loi du pays » pendant la période antérieure à la nouvelle promulgation faisant suite à l'annulation de la première et, pour la période postérieure, d'exciper de son illégalité dans les conditions prévues à l'article 179 de la loi organique. Ajoutons que le juge des référés du Conseil d'Etat a admis à plusieurs reprises dans son principe qu'un référé-liberté puisse être introduit pour bloquer l'exécution d'une loi du pays promulguée (JRCE, 4 janvier 2017, *H...*, n° 406452).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En définitive, c'est uniquement un **objectif disciplinaire** pour le président de la Polynésie française qui pourrait vous convaincre de ménager une nouvelle fenêtre de tir. Mais cette préoccupation, aussi légitime soit-elle, ne suffit pas à nos yeux à justifier de différer d'un à quatre mois supplémentaires l'entrée en vigueur d'une loi du pays qu'on présume assez urgente, puisqu'elle a été promulguée précipitamment.

En règle générale, le président de la Polynésie française, qui est au nombre des autorités qui peuvent vous déférer la « loi du pays », a intérêt à ce que la question de la légalité de la « loi du pays » soit purgée avant de l'introduire dans l'ordonnancement juridique, ce qui le prémunit largement²³ d'une remise en cause perpétuelle par la voie de l'exception. En outre, les recours ouverts en cas de promulgation prématurée, et les conséquences drastiques qui s'attachent à l'annulation de l'acte de promulgation, créent un aléa moral particulièrement dissuasif. Enfin, le président de la Polynésie française n'ignore sans doute pas que le législateur organique ne tardera pas à réagir si des abus sont constatés et que l'équilibre institutionnel soigneusement défini en 2004 devait être remis en cause. A cet égard, les trois cas dont vous êtes saisis, qui s'inscrivent dans le contexte très particulier du covid-19, ne sont évidemment pas l'illustration d'une dérive autocratique mais celle d'un volontarisme politique bien compréhensible dans le contexte, à défaut d'être légal.

*

Il est temps de passer aux travaux pratiques et d'en venir à la requête de M. T... (n° 440234), qu'on ne présente plus. Vous savez qu'il prend très à cœur ses fonctions de membre du Conseil économique, social, environnemental et culturel de Polynésie française – le CESEC. Comme il en a pris l'habitude, il vous défère un acte dit « loi de pays » qui n'a pas donné lieu à la saisine préalable de cet organisme consultatif. Il s'agit cette fois d'une « loi du pays » du 21 avril 2020 portant diverses mesures d'urgence en matière économique, dont l'objet, inspiré de la législation nationale²⁴, est d'adapter la réglementation locale dans le domaine économique à la situation née de la crise sanitaire.

M. T... s'est désisté de l'essentiel de ses conclusions, pour ne maintenir que sa critique de l'article LP 56, qui dispense de toute consultation préalable obligatoire prévue par une disposition législative ou réglementaire, sous réserve des procédures d'avis conforme, les projets de texte réglementaire pris dans le domaine du droit économique et du droit de la

²³ C'est-à-dire sous réserve d'un changement des circonstances de droit ou de fait qui rendrait la « loi du pays » illégale, ou d'un moyen qui n'est pas d'ordre public et qui n'aurait pas été soulevé dans le cadre du contrôle *a priori*.

²⁴ V. l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 et, surtout, l'article 13 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

consommation et qui ont directement pour objet de prévenir les conséquences économiques de la crise sanitaire, pendant la durée de celle-ci.

Il est acquis qu'en la seule qualité de membre du CESEC dont il se prévaut, le requérant ne justifie d'un intérêt pour agir qu'en tant que les dispositions attaquées relèveraient de la consultation obligatoire du CESEC (CE, 13 mars 2019, *T...*, n° 426435, aux T. sur un autre point)²⁵.

Le II de l'article 151 de la loi organique prévoit la consultation du CESEC sur les projets et propositions d'actes dits « lois du pays » à caractère économique ou social. Une telle formulation doit se comprendre comme prescrivant cette consultation, à peine d'irrégularité, préalablement à l'adoption des seules dispositions à caractère économique ou social des projets et propositions de lois du pays. Autrement dit, l'unité de compte n'est pas le texte dans son ensemble, mais la **disposition**²⁶. On ne voit pas pourquoi, en effet, un organisme consultatif devrait, par « effet de contamination », être saisi de l'intégralité d'un texte au motif qu'il comporte une disposition relevant de son champ de compétence – ce que les auteurs de ce texte pourraient aisément contourner en les dissociant formellement, d'ailleurs²⁷. C'est ainsi que vous interprétez toutes les dispositions qui prévoient la consultation d'un organisme sur les projets de lois, d'ordonnances ou de décrets intervenant dans telle ou telle matière²⁸. Et le Conseil constitutionnel ne raisonne pas différemment pour la mise en œuvre de l'article 70 de la Constitution qui prévoit la consultation du Conseil économique, social et environnemental sur « *tout projet de loi de programme à caractère économique ou social* »²⁹.

Il faut donc seulement examiner si l'article LP 56 relève de la compétence du CESEC.

En suivant votre orientation jurisprudentielle très stricte, la réponse est assurément négative. Il est d'usage de dire que votre jurisprudence sur la consultation du CESEC, inspirée de celle du Conseil constitutionnel sur le CESE, ne s'attache pas aux effets, mais à l'objet du texte. Il serait à notre avis plus juste de dire qu'un texte qui n'a, par lui-même, aucun effet économique ou social ne peut relever du champ de compétence du CESEC, et qu'un texte qui

²⁵ V. dans un autre domaine : CE, 29 décembre 1997, *Prieur*, n° 167956, aux T.

²⁶ Et en l'absence de consultation ou en cas d'irrégularité de celle-ci, seules les dispositions du texte qui relèvent du champ de la consultation obligatoire sont entachées d'irrégularité. C'est seulement, le cas échéant, le jeu de l'indivisibilité qui peut entraîner l'annulation totale du texte, sous réserve de la mise en œuvre de la jurisprudence *D...* (n° 335033) bien entendu.

²⁷ C'est d'autant plus certain que, sauf texte expresse contraire, vous n'exigez, à peine d'irrégularité, que la transmission à l'organisme des questions soulevées par le texte, et pas nécessairement du projet de texte lui-même.

²⁸ V. CE, 6 septembre 2006, *Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie CGT et Comité d'entreprise de la société de secours minière du Nord*, n° 276075-276155, aux T.

²⁹ V. pour l'annulation d'un unique article de loi pour ce motif, sa décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, cons. 11 à 15

a de tels effets n'y entrent que s'il a spécifiquement cet objet – ce qui n'est pas le cas, par exemple, de mesures fiscales (CE, 15 mars 2006, *F... et autres*, n° 288390, au Rec.) ni d'une « loi du pays » qui crée un système d'information pour le passage de la marchandise à l'importation et à l'exportation (CE, 13 mars 2019, *T...*, n° 426436)³⁰. Dans ses conclusions sur une autre affaire *T...*³¹, Aurélie Bretonneau en déduisait que seuls les textes de fond relevaient du CESEC, et non ceux qui traitent de modalités purement procédurales ou techniques de leur mise en œuvre.

A cette aune, il ne fait aucune doute qu'une disposition qui se borne à aménager les obligations consultatives préalablement à l'édiction de textes réglementaires, fussent-ils des textes intervenant dans le domaine économique, ne présente pas elle-même un caractère économique ou social. Elle est dépourvue de tout effet économique. Ajoutons au surplus que la dispense de consultation résultant de la loi du pays ne porte pas sur celle du CESEC, qui, en vertu de la loi organique, est facultative s'agissant des actes réglementaires.

Nous vous invitons donc à **rejeter la requête en annulation** dont vous êtes saisi au motif que le requérant est dépourvu d'intérêt pour agir³².

*

Sous les n° 440206 et 440235, des organisations syndicales et, de manière un peu paradoxale, un chef d'entreprise par ailleurs avocat, mettent en cause l'article LP 6 de la « loi du pays » n° 2019-9 LP/APF portant modification du contrat de soutien à l'emploi et portant création des dispositifs de sauvegarde de l'emploi mobilisables en cas de circonstances exceptionnelles. Ces dispositions permettent à l'employeur, en cas de confinement sanitaire, de fixer la liste des salariés qui sont en capacité de poursuivre l'exécution de leur contrat de travail. Ceux qui n'y figurent pas doivent, le cas échéant, prendre les congés payés qu'ils ont acquis, si la capacité financière de l'entreprise le permet, pour pouvoir prétendre, après suspension de leur contrat de travail, à un revenu exceptionnel de solidarité versé par la Polynésie française pendant la durée du confinement, dans la limite des crédits disponibles et dans des conditions fixées par cet article et complétées par arrêté.

Ce dispositif est un lointain cousin de celui qui est prévu par l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos, permettant à un accord d'entreprise ou de branche d'autoriser l'employeur à

³⁰ Ni de dispositions relatives à la profession de chirurgien-dentiste (CE, 12 février 2020, *T...*, n° 437351).

³¹ CE, 12 avril 2019, *T... et L...*, n° 427062-427063-427065-427200.

³² Précisons que, si vous estimiez qu'aucun recours par voie d'action ne peut être introduit contre la « loi du pays » déjà promulguée, vous devriez faire prévaloir ce terrain d'irrecevabilité, qui est prioritaire. Vous faites en effet prévaloir certains terrains d'irrecevabilité sur d'autres. Vous ne vous intéressez pas à l'intérêt pour agir lorsqu'un acte ne fait pas grief, par exemple.

imposer la prise de six jours de congés annuels à des dates qu'il fixe. Mais sa philosophie est nettement différente : d'une part, l'employeur n'impose pas lui-même la prise des jours de congés : il se borne à dresser la liste des salariés qui sont objectivement en situation de poursuivre leur activité, sur leur lieu de travail habituel ou chez eux ; d'autre part, la prise obligatoire des jours de congés est surtout conçue comme une condition pour percevoir le revenu exceptionnel de solidarité, qui présente ainsi un caractère subsidiaire, dans une logique de « filet de sécurité ».

La plupart des très nombreux moyens soulevés seront aisément écartés :

1° la « loi du pays » intervenant dans le domaine de la loi en vertu de l'article 140 de la loi organique, il ne peut utilement être reproché à l'article LP 6 d'avoir été incompétemment pris au motif que ces dispositions relèvent du domaine de la loi.

2° les conditions de promulgation de cette loi du pays sont sans incidence sur sa légalité, comme on l'a rappelé.

3° nous ne voyons pas en quoi l'article LP 6 violerait l'article 198 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui se borne à traiter du principe de l'association des pays et territoires d'outre-mer à l'Union, sachant que les requérants n'invoquent aucune décision du Conseil prise sur le fondement de l'article 203 du traité, définissant les modalités de cette association, que l'article 34 de la décision 2013/755/UE du 25 novembre 2013 relative à l'association des PTOM à l'Union européenne se borne, en matière d'emploi et de politique sociale, à prévoir un dialogue consistant essentiellement en un échange d'informations et de bonnes pratiques et que son article 55 prévoit seulement le respect des « *normes fondamentales du travail internationalement reconnues, telles que définies par les conventions pertinentes de l'OIT* », ce qui renvoie uniquement aux 8 conventions fondamentales de l'OIT, dont aucune n'est invoquée ici³³.

4° l'invocation de la jurisprudence de la Cour de justice, interprétant la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, est inopérante dès lors que cette directive ne s'applique pas dans le territoire d'outre-mer que constitue la Polynésie française, pour la raison que nous venons d'indiquer ;

5° l'article 10 de la convention de l'OIT n° 095 sur la protection du salaire – à la supposer applicable en Polynésie française³⁴ – se borne à prévoir que le salaire ne pourra faire l'objet de

³³ La décision de 2013 les rappelle : la liberté d'association (convention 87), le droit de négociation collective (convention 98), l'abolition de toute forme de travail forcé ou obligatoire (conventions n° 29 et 105), l'élimination des pires formes de travail des enfants (convention n° 182), l'âge minimal d'admission à l'emploi (convention n° 138) et la non-discrimination en matière d'emploi (conventions n° 100 et 111).

saisie ou de cession que dans les limites prescrites par la loi et que cette protection doit permettre d'assurer l'entretien du travailleur et de sa famille. Si la rémunération versée au titre des congés payés entre assurément dans la définition du « salaire » que donne l'article 1^{er} de cette convention³⁵, il est impossible d'assimiler à une saisie ou à une cession l'obligation de le prendre ou la condition posée à cette obligation touchant à la capacité financière de l'entreprise³⁶.

6° le principe même de l'obligation de prendre des congés payés ne soulève pas de difficulté au regard du 11^{ème} alinéa du préambule de 1946, par lequel la Nation garantit à tous la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Il s'agit précisément de mettre les travailleurs au repos et ces derniers sont d'ailleurs tenus, en principe, de prendre leurs congés³⁷, ce à quoi l'employeur doit veiller au titre de son obligation de sécurité³⁸. Du reste, les requêtes ne se placent pas sur un terrain de principe, mais elles opposent les notions de repos et loisirs, d'une part, et celle de confinement, d'autre part. Sans doute cette situation n'est-elle pas toujours idéale pour s'adonner à ses loisirs favoris, et le repos, un concept tout relatif pour les parents contraints de garder leurs bambins ou de gérer des crises d'adolescence, le tout dans un contexte passablement anxiogène. Mais le seul fait d'être soustrait à l'obligation de travailler et de pouvoir vaquer librement à ses occupations, dans les limites de son domicile, suffit à y voir un temps de repos au sens de ces dispositions constitutionnelles. Le juge des référés du Conseil d'Etat a d'ailleurs écarté tout doute sérieux

³⁴ L'article 20 de cette convention permet à chaque Etat de faire connaître au BIT les territoires dans lesquelles la convention est inapplicable. Nous ne disposons pas d'éventuelles déclarations de la France. Nous relevons par ailleurs que, selon le paragraphe 4 de l'article 35 de la Constitution de l'OIT, lorsque les questions traitées par une convention de l'OIT entrent dans le cadre de la compétence propre des autorités d'un territoire non métropolitain, le représentant de l'Etat dans ce territoire doit seulement communiquer la convention au gouvernement de ce territoire afin qu'il puisse promulguer une législation ou prendre d'autres mesures, et c'est seulement en cas d'acceptation de la convention par ce territoire qu'il y sera soumis. On peut toutefois douter que cette procédure soit applicable en Polynésie française dans la mesure où le législateur national a pleine et entière compétence pour autorisation la ratification et l'approbation des engagements internationaux intervenant dans les domaines de compétence de la Polynésie française (dont l'assemblée est simplement consultée : 3° de l'article 9 de la loi organique).

³⁵ « Aux fins de la présente convention, le terme salaire signifie, quels qu'en soient la dénomination ou le mode de calcul, la rémunération ou les gains susceptibles d'être évalués en espèces et fixés par accord ou par la législation nationale, qui sont dus en vertu d'un contrat de louage de services, écrit ou verbal, par un employeur à un travailleur, soit pour le travail effectué ou devant être effectué, soit pour les services rendus ou devant être rendus. ».

³⁶ La loi du pays litigieuse ne modifie pas les articles Lp. 3352-1 et suivants du code du travail polynésien, relatives à la saisie et à la cession du salaire.

³⁷ Le droit de l'Union s'oppose d'ailleurs à une réglementation nationale qui autoriserait la monétisation de l'intégralité des congés payés (CJCE, 6 avril 2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, aff. C-124/05).

³⁸ En l'état du droit, et indépendamment même de la crise sanitaire et des possibilités offertes par l'ordonnance du 25 mars 2020, les employeurs peuvent déjà, dans certaines limites, imposer la prise de congés payés à des dates terminées. En métropole et dans les DOM, il peut le faire dans les conditions fixées par un accord d'entreprise ou de branche et, à défaut, dans les limites définies à l'article L. 3141-16 du code du travail, notamment en respectant un délai de préavis d'un mois sauf circonstances exceptionnelles.

sur la conformité à ces exigences constitutionnelles de l'ordonnance n° 2020-430 du 15 avril 2020 en tant qu'elle contraint certains agents publics à prendre des jours de congés pendant la période d'urgence sanitaire³⁹.

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

8° la différence de traitement entre les salariés disposant encore de jours de congés payés et les autres est à la fois en rapport avec l'objet du texte, qui est de prévenir autant que possible la suspension du contrat de travail sans faire peser sur la collectivité une charge excessive, et n'est pas manifestement disproportionnée au regard de la différence de situation entre eux, d'autant que les seconds perçoivent un revenu exceptionnel de solidarité et que les premiers finissent par le percevoir lorsqu'ils ont épuisé leurs droits à congés.

9° la « loi du pays », à qui il appartenait seulement de fixer les principes fondamentaux du droit du travail, a pu, sans incompétence négative⁴⁰, subordonner le dispositif de « congés payés obligatoires » à la condition que l'entreprise dispose de la capacité financière pour absorber cette charge, sans préciser l'autorité compétente pour apprécier le respect de cette condition. Il nous semble que l'autorité en charge du versement du revenu exceptionnel de solidarité pourra le refuser pour ce motif, en contraignant l'entreprise à assumer la charge qui lui incombe au lieu de s'en défaire sur la collectivité.

10° nous ne voyons pas plus d'incompétence négative dans l'absence de disposition régissant le cas des salariés en congé maladie. Il résulte de l'article Lp. 1212-1 du code du travail polynésien que l'absence du salarié pour maladie entraîne la suspension du contrat de travail. Par conséquent, le dispositif de l'article LP 6, qui présuppose que le contrat de travail du salarié n'est pas déjà suspendu pour une autre cause, ne s'applique pas dans cette hypothèse⁴¹.

11° la réserve de la « limite des crédits disponibles » ne saurait faire obstacle à l'application du principe d'égalité et, ainsi, légalement justifier un refus de versement du revenu exceptionnel de solidarité à un salarié dont le contrat de travail a été suspendu (V. en matière de NBI : CE, 26 mai 2010, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ D...*, n° 307786, aux T.)⁴².

³⁹ JRCE, 12 mai 2020, *Syndicat national solidaires Finances publiques et autres*, n° 440285-440291-440235.

⁴⁰ Ce moyen est opérant à l'encontre d'une « loi du pays » de Polynésie française : CE, 16 octobre 2013, *Société Électricité de France et Société Orange*, n° 358701 et 359137, aux T.

⁴¹ Le salarié malade, qui bénéficie à ce titre d'indemnités journalières et d'un revenu complémentaire de son employeur (V. les articles Lp. 3332-8 et suivants du code du travail polynésien), ne saurait se voir imposer de puiser dans ses congés annuels pas plus qu'il ne saurait bénéficier du revenu exceptionnel de solidarité.

12° l'absence d'assujettissement du revenu exceptionnel de solidarité aux prélèvements fiscaux et sociaux n'affecte évidemment pas, compte tenu des modestes montants en jeu, l'autonomie financière de la caisse de prévoyance sociale, garantie par l'article 6 de la convention OIT n° 24 sur l'assurance maladie – à la supposer applicable en Polynésie française.

13° la « loi du pays » a pu, sans incompétence négative, prévoir l'obligation pour le salarié de reverser à la collectivité tout ou partie des sommes perçues au titre du revenu exceptionnel de solidarité « en cas de déclaration fausse et mensongère », sans préciser les critères d'appréciation de ces notions ni le mode de détermination de la part à reverser, qui ne relèvent pas des principes fondamentaux de la sécurité sociale. La plupart des textes nationaux en matière d'aide sociale ne sont pas plus précis.

14° le 9^{ème} alinéa de l'article LP 6, qui assimile la période de suspension du contrat de travail donnant lieu au versement du revenu exceptionnel de solidarité à du travail effectif au sens de l'article Lp. 3231-3 du code du travail pour la détermination des droits à congés payés, est parfaitement clair et ne saurait en lui-même méconnaître l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme⁴³.

Restent deux moyens qui appellent quelques développements supplémentaires.

Le premier, soulevé assez allusivement dans les deux requêtes, invoque le **principe de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail**, garanti par le 8^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946. Il est soutenu que la « loi du pays » ne pouvait confier à l'employeur seul le pouvoir de contraindre des salariés à prendre leurs jours de congés.

Mais la comparaison dont se prévalent les requérants avec le dispositif métropolitain, qui prévoit la possibilité pour un accord d'entreprise ou de branche d'imposer la prise obligatoire de jours de congés⁴⁴, est trompeuse. En l'occurrence, comme on l'a dit, c'est la « loi du pays »

⁴² Cette mention vise seulement à rappeler à l'auteur de l'arrêté que le montant de la prestation devra être fixé sur la base d'une évaluation tenant compte des crédits ouverts au budget.

⁴³ Ce qui peut soulever une interrogation, c'est son articulation avec la règle figurant au 2^{ème} alinéa du même article, qui conditionne la suspension du contrat à l'épuisement des droits à congés payés. Mais il nous semble que, sauf à admettre un dispositif « stroboscopique », l'acquisition de ces droits pendant la période de suspension du contrat de travail ne justifie pas qu'il soit mis fin à la suspension le temps que le salarié épuise les droits ainsi rechargés avant de voir de nouveau son contrat de travail suspendu. La Polynésie n'en dit malheureusement rien dans ses écritures.

⁴⁴ S'agissant des congés annuels, et à la différence des jours de RTT ou des jours épargnés sur le CET, l'ordonnance du 25 mars 2020 n'a pas permis à l'employeur de déterminer librement les salariés tenus de prendre leurs jours de congés et de fixer à sa guise les dates de prise de ceux-ci. C'est un accord d'entreprise ou,

elle-même qui crée l'obligation de prise des congés payés, ou plus exactement, qui subordonne le versement du revenu exceptionnel de solidarité à son respect. L'employeur se borne quant à lui à déterminer, dans les conditions fixées par l'arrêté ordonnant le confinement sanitaire, ceux des salariés qui peuvent continuer à exercer leur activité et ceux qui en sont empêchés par les circonstances. La « loi du pays » ne l'investit donc pas directement du pouvoir d'imposer la prise de congés. Il n'y a donc pas de place, en aval, pour un quelconque dialogue social, si ce n'est, le cas échéant, sur le point de savoir si les capacités financières de l'entreprise lui permettent ou non de supporter la charge afférente aux congés payés contraints. Il n'est pas soutenu que cette appréciation ni, en amont, la fixation par l'employeur de la liste des salariés admis à poursuivre le travail méconnaîtraient elles-mêmes le principe de participation, questions qui pourraient appeler une réponse plus nuancée à notre avis⁴⁵. Le moyen manque donc sa cible.

En tout état de cause, le Conseil constitutionnel tire de l'article 34 de la Constitution, qui range dans le domaine de la loi les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical, qu'il revient au législateur de déterminer, dans le respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, les conditions de mise en œuvre de cette disposition (n° 93-328 DC, 16 décembre 1993, cons. 9 à 12, Journal officiel du 21 décembre 1993 page 17814, Rec. p. 547). Il lui reconnaît d'importantes marges de manœuvre pour déterminer la nature de la participation des travailleurs aux décisions de l'entreprise affectant leurs

à défaut, un accord de branche qui doit déterminer les conditions dans l'employeur est autorisé, dans la limite de six jours de congés, à décider de la prise de jour de congés payés acquis par un salarié ou à modifier unilatéralement les dates de prise de congés payés.

⁴⁵ Ni la loi du pays déferée, ni, à notre connaissance, aucune autre loi du pays, n'écarter l'application de l'article Lp. 2433-7, qui prévoit l'information et la consultation du comité d'entreprise sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi et de travail du personnel. C'est précisément parce que la consultation du comité social et économique sur un fondement comparable, en métropole, a été jugée trop lourde que l'ordonnance n° 2020-389 du 1^{er} avril 2020 portant mesures d'urgence relatives aux instances représentatives du personnel a permis aux employeurs de le consulter parallèlement à la mise en œuvre de certaines dérogations - prise de jours de RTT, de jours épargnés au CET ou de jours de repos prévus par une convention de forfait (V. le second alinéa de l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos). Cette justification ressort du rapport au Président de la République sur cette ordonnance du 1^{er} avril 2020. Cet assouplissement n'a pas été prévu pour la prise contrainte des congés annuels (art. 1^{er} de l'ordonnance du 25 mars 2020), puisque celle-ci résulte d'un accord collectif. En l'espèce, on peut penser que la collectivité a entendu écarter cette obligation consultative, qui n'est pas compatible avec l'économie de son dispositif, de même que la consultation des délégués du personnel et du comité d'entreprise prévue à l'article Lp. 3231-12 du code du travail polynésien, dès lors qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, de fixer la « période de prise des congés payés. Mais il appartiendra au juge judiciaire de le déterminer. A tout le moins, il pourrait exiger une information du comité d'entreprise ou, en son absence dans les entreprises de 50 salariés et plus, les délégués du personnel, de la liste des salariés qu'il établit, dès lors que le « respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise » (décision du Conseil constitutionnel de 1993 précitée).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

conditions de travail. Il doit en aller ainsi, tout particulièrement, en matière de fixation des dates des congés payés, qui constitue traditionnellement une « prérogative de l'employeur » (Cass. Ch. mixte, 10 décembre 1993, n° 88-42652, au Bull.)⁴⁶. De surcroît, le dispositif est circonscrit aux périodes de confinement sanitaire : il présente donc, par nature, un caractère exceptionnel et provisoire.

Reste le moyen tiré de **l'absence de consultation du CESEC**. Le projet de loi du pays initial lui a bien été soumis, mais ce n'est que, par voie d'amendement en commission de l'assemblée de Polynésie française⁴⁷ que l'article LP 6 y a été ajouté, sans donner lieu à une nouvelle saisine.

Il est certain qu'il s'agit d'une disposition ayant un objet économique et social, entrant dans le champ de compétence du CESEC. Et vous avez déjà jugé que la consultation de cet organisme constituait une garantie⁴⁸.

Mais vous avez aussi jugé que les dispositions imposant des consultations sur les projets de « loi du pays » ne font pas obstacle à ce que des amendements, y compris d'origine gouvernementale, soient déposés après le dépôt du projet devant l'assemblée, y compris s'ils soulèvent des questions nouvelles, **à condition que ces amendements ne soient pas dépourvus de tout lien avec le texte soumis à celle-ci – autrement dit, qu'ils ne soient pas des « cavaliers »** (CE, 15 mars 2006, *F... et autres*, n° 288390, au Rec.)⁴⁹⁵⁰. Confrontés à un acte administratif intervenant dans le domaine de la loi, vous avez choisi, sur ce point, l'analogie avec la procédure législative nationale et écarté l'application de la règle plus stricte qui préside à l'élaboration des actes administratifs et qui impose une nouvelle consultation en cas de question nouvelle. Vous avez alors eu parfaitement conscience, et assumé, d'ouvrir la voie à un contournement des obligations consultatives, que vous avez cherché à limiter en exigeant l'existence d'un lien avec le projet initial. Même si cette solution n'a rien d'évidente, nous ne vous proposerons pas de l'abandonner, comme le souhaitent les requérants, car il est

⁴⁶ En Polynésie française, l'article Lp. 3231-12 se borne d'ailleurs à prévoir qu'à défaut de convention ou d'accord collectif, la période de prise des congés est fixée par l'employeur en se référant aux usages et après consultation des délégués du personnel et du comité d'entreprise.

⁴⁷ Dans sa version déposée sur le bureau de l'assemblée (lettre n° 1837/PR du 20 mars 2020), le projet de loi du pays portait « modification du dispositif du contrat de soutien à l'emploi (CSE) ». C'est en commission de la santé, de la solidarité, du travail et de l'emploi que le dispositif litigieux a été introduit, et que l'intitulé a été modifié en conséquence pour ajouter : « *et portant création de dispositifs de sauvegarde de l'emploi mobilisables en cas de circonstances exceptionnelles* ». V. aussi cet [article de presse](#) qui confirme l'introduction de ces dispositions par voie d'amendement.

⁴⁸ CE, 13 mars 2019, *T... et autre*, n° 426435, aux T.

⁴⁹ CE, 15 avril 2011, *Consorts T...*, n° 345141, aux T. ; jurisprudence que votre 10^{ème} sous-section a appliquée au CESEC dans une décision du 17 juillet 2013, *V...*, n° 365320

⁵⁰ Cette jurisprudence ne distingue pas entre les amendements déposés en séance et ceux qui le sont en commission, conformément aux dispositions des articles 27 et 36 du règlement intérieur de l'assemblée de la Polynésie française.

important de ménager une certaine souplesse dans la procédure d'adoption des lois du pays, sous votre contrôle, et de garantir l'effectivité du droit d'amendement des représentants à l'assemblée⁵¹.

En l'occurrence, il n'est pas soutenu que l'amendement dont est issu l'article LP 6 serait dépourvu de tout lien avec le projet de loi initial. Mais dans la mesure où il s'agit de répondre au moyen tiré du défaut de re-consultation du CESEC et que le lien avec le texte initial est conçu, en jurisprudence, comme une condition pour admettre qu'il ne l'ait pas été, nous pensons qu'il y a lieu de l'examiner d'office⁵², comme vous le faites lorsque vous vous interrogez sur le point de savoir si une disposition ajoutée à un acte administratif ayant donné lieu à la consultation d'un organisme soulève ou non une question nouvelle⁵³. La Polynésie française prend d'ailleurs soin de défendre sur ce point.

Nous pensons qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'admettre que l'article LP6 ne constitue pas un cavalier, comme le soutient en défense la Polynésie française.

Certes, l'objet initial du projet de loi du pays – à savoir l'élargissement et l'assouplissement du contrat de soutien à l'emploi - était, par construction, sans lien avec le Covid-19, qui n'était, à l'époque de sa rédaction, qu'une menace lointaine et diffuse, gérée à Wuhan. Mais ce dispositif de CSE a pour but d'éviter des licenciements pour motif économique dans les entreprises contraintes de réduire le temps de travail de leurs salariés, en raison d'une conjoncture économique ou d'un **sinistre à caractère exceptionnel**, grâce à un accompagnement de la collectivité sous la forme d'une prise en charge partielle de la perte de salaire subie par le salarié. En d'autres termes, il s'agit d'un dispositif de « **chômage partiel** », dont vous savez qu'il a été et continue d'être largement utilisé pour amortir les effets économiques et sociaux de la crise sanitaire en métropole. Dans ces conditions, il nous paraîtrait **bien sévère** d'affirmer qu'il serait « dépourvu de tout lien » avec le dispositif

⁵¹ Il est plus contestable de permettre au gouvernement de le faire, alors que la saisine du CESEC est à sa main et qu'il peut donc tout à fait le consulter en cours de discussion devant l'assemblée...

⁵² A supposer qu'on admette l'opérance du moyen autonome tiré de ce qu'une disposition est un cavalier (ce que nous ne croyons pas – cf note de bas de page suivante), nous sommes tout à fait convaincu qu'il n'y a pas lieu de le soulever d'office.

⁵³ Il nous semble par ailleurs que le moyen autonome tiré de ce qu'une disposition serait un cavalier est inopérant. Contrairement à ce qu'il en est des lois nationales, pour lesquelles l'article 45 de la Constitution subordonne la recevabilité des amendements à l'existence d'un lien, même indirect, avec une disposition du projet de loi initial, ni la loi organique, ni le règlement intérieur de l'assemblée de la Polynésie française (en particulier l'article 36 de la délibération n° 2005-59 APF du 13 mai 2005 portant règlement intérieur de l'assemblée de la Polynésie française) ne pose une telle exigence. Nous ne voyons pas de raison de l'introduire prétoriquement. Vous ne l'avez fait qu'en écho à la condition de « question nouvelle » dans les procédures administratives, afin de limiter les possibilités de contournement des obligations consultatives par voie d'amendement. La conséquence, nous semble-t-il, est aussi qu'un projet de « loi du pays » qui n'aurait pas du tout été soumis au CESEC ne peut pas être amendé pour y introduire une disposition qui exigerait sa consultation, sauf à y procéder en cours de discussion (ce qu'aucun texte ne prévoit...).

litigieux, qui joue en cas de crise sanitaire exceptionnelle, qui poursuit le même objectif de sauvegarde de l'emploi du fait des difficultés économiques de l'entreprise et de l'obligation dans laquelle elle se trouve de n'employer qu'une partie de ses effectifs, et qui fait intervenir de la même façon un soutien financier de la collectivité au profit des salariés touchés. Les deux dispositifs sont complémentaires, pour ne pas dire concurrents.

Bien sévère, disions-nous, et bien inopportun aussi. Nous vous invitons à cet égard à faire preuve du même pragmatisme que le Conseil constitutionnel en matière de contrôle des cavaliers. S'il s'est nettement durci dans la période récente, ce contrôle est aussi fortement empreint de considérations d'opportunité. En l'occurrence, le contexte particulier de la crise sanitaire plaide pour admettre plus largement que l'assemblée de Polynésie française puisse adapter aux circonstances les textes déjà déposés, plutôt que de contraindre le gouvernement à procéder à une nouvelle consultation.

Si vous n'en étiez pas convaincu, il nous semble que vous devriez faire droit au moyen. Nous ne pensons pas, en effet, que vous puissiez faire jouer la mal-nommée « théorie des circonstances exceptionnelles », en dépit de l'extension de son champ d'application aux situations d'extrême urgence⁵⁴ et des quelques indices de son applicabilité à la crise du covid-19⁵⁵, ni même **l'exception d'urgence** qui vous a conduit, indépendamment de cette « théorie », à admettre que l'administration élude certaines obligations procédurales lorsqu'elles sont incompatibles avec l'effet utile d'une mesure, le plus souvent individuelle⁵⁶, que l'intérêt général commande d'édicter sans délai.

⁵⁴ Vous avez élargi progressivement son champ d'application, initialement limité à la guerre, en l'étendant à la grève générale (CE, 18 avril 1947, *Jarrigon*, Rec. p. 148) et, plus largement, aux « situations d'extrême urgence » (CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, n° 7636, au Rec.).

⁵⁵ C'est à ce titre qu'a été pris le décret « confinement » du 16 mars 2020 – dont vous noterez au passage qu'il n'a pas été rendu applicable en Polynésie française et que tant la commission permanente du Conseil d'Etat que le juge des référés ont pu admettre qu'il s'agissait, à ce moment-là, de circonstances exceptionnelles (JRCE, 22 mars 2020, *Syndicat des jeunes médecins*, n° 439674, aux T.). Le fichage de cette ordonnance se réfère uniquement à la décision Labonne. Il nous semble qu'elle s'inscrit surtout dans la logique de l'arrêt Dames Dol et Laurent du 28 février 1919, qui intègre les circonstances exceptionnelles dans le contrôle de proportionnalité des mesures de police et repousse ainsi les limites habituelles du pouvoir de police. Nous notons toutefois que la fragilité de ce fondement a justement motivé la création d'un cadre législatif de l'état d'urgence sanitaire. L'étude d'impact du projet de loi n'évoque d'ailleurs à aucun moment la théorie des circonstances exceptionnelles.

⁵⁶ V. CE, 16 mai 1947, *Coulouma*, Rec. p. 205 ; CE, Section, 19 février 1982, *Ministre de l'éducation et autre c/ P...*, n° 19647-19723 ; CE, 25 mars 1994, *A...*, n° 139439, aux T. Et pour une affirmation plus générale, à propos d'un acte réglementaire : CE, Assemblée, 12 juillet 1969, *Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Etienne*, Rec. p. 379. La décision de Section *Syndicat général de l'Education nationale* du 9 avril 1976 (n° 98423, au Rec.), citée par le Pr Chapus, n'est pas topique car le texte lui-même prévoyait une dispense de consultation préalable en cas d'urgence.

Il faut rappeler à cet égard que l'article 151 de la loi organique permet de ramener d'un mois à 15 jours le délai de consultation du CESEC en cas d'urgence, et que l'avis est réputé rendu à l'issue de ce délai. De surcroît, vous avez jugé que, si l'avis du CESEC sur les projets de loi du pays doit en principe être rendu avant le dépôt du texte sur le bureau de l'assemblée, il peut intervenir jusqu'à leur adoption par celle-ci sans que cette circonstance soit, à elle seule, de nature à entacher d'irrégularité la procédure, dès lors que cet avis a pour objet d'éclairer les représentants à l'assemblée⁵⁷. Il est donc possible d'avancer « en temps masqué » - sans mauvais jeu de mots. Or il est à peine soutenu qu'un décalage de quelques jours dans l'élaboration de ce texte aurait entraîné des conséquences irréparables ou insupportables sur le plan économique et social. Il aurait été aisé pour les autorités d'annoncer aux acteurs économiques qu'un tel dispositif allait être mis en place sous peu, pour les inciter à « tenir bon », sachant qu'en parallèle, l'Etat instituait un fonds de solidarité pour éviter l'effondrement du tissu économique⁵⁸. L'exigence de célérité, alliée au contexte, aurait pu tout au plus justifier un aménagement des modalités de consultation, mais pas sa suppression pure et simple⁵⁹.

Si vous deviez faire droit au moyen, nous vous suggérerions toutefois, eu égard au motif d'illégalité, de moduler dans le temps les effets de votre annulation, qui risquerait d'entraîner d'importantes complications tant pour les entreprises que pour les salariés.

Mais à titre principal, nous vous proposons de **rejeter ces deux recours en annulation**.

*

La dernière « loi du pays » attaquée est relative à la prévention et la gestion des menaces sanitaires graves et des situations d'urgence. Son article unique prévoit que dans une telle situation, le conseil des ministres peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure réglementaire proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences possibles sur la santé de la population de Polynésie française. C'est le décalque de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique, qui confie ce même pouvoir au ministre chargé de la santé, mais qui n'est pas applicable en Polynésie française, dès lors que celle-ci est compétente en matière de santé publique.

⁵⁷ CE, 13 mars 2019, *T... et autres*, n° 426439-426562

⁵⁸ Décret n° 2020-371 du 30 mars 2020 relatif au fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation

⁵⁹ Ajoutons qu'en bonne logique, vous ne pourriez conduire un tel raisonnement que si vous admettiez par ailleurs que le président de la Polynésie française a pu promulguer immédiatement la loi du pays, sans attendre que le contrôle *a priori* soit purgé, au bout de quatre mois. Dans le cas contraire, le décalage de quinze jours en amont ne changeait absolument rien à l'inutilité du mécanisme pour gérer les conséquences du covid-19.

Il est nécessaire de resituer ces dispositions dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire. Vous savez que la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a introduit dans le code de la santé publique le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire, qui peut être déclaré « *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* »⁶⁰. Le Premier ministre est alors autorisé à prendre de nombreuses mesures restrictives prévues à l'article L. 3131-15 de ce code, notamment le fameux confinement. Le ministre de la santé peut quant à lui édicter, sur le fondement de l'article L. 3131-16, les mesures réglementaires portant sur l'organisation et le fonctionnement du dispositif de santé, à l'exclusion des mesures que le Premier ministre peut prendre, ainsi que les mesures individuelles d'application de celles du Premier ministre⁶¹. Contrairement à la version initiale du projet de loi examiné par la commission permanente du Conseil d'Etat, et à la suite d'une initiative du Sénat, la loi a en revanche exclu, pendant la période d'état d'urgence sanitaire, que le ministre de la santé puisse faire usage de ses pouvoirs de gestion des menaces sanitaires prévus à l'article L. 3131-1.

La loi du 23 mars 2020 ayant prévu la possibilité de déclarer l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national, et l'ayant du reste elle-même déclaré pour deux mois, le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 a pu soumettre la Polynésie française à la plupart des mesures que vous avez connues, du confinement à l'interdiction des rassemblements d'une certaine importance⁶². La loi a par ailleurs habilité le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour adapter le dispositif de l'état d'urgence sanitaire dans les collectivités régies par l'article 74. C'est ce à quoi a procédé une ordonnance n° 2020-463 du 22 avril 2020 adaptant l'état d'urgence sanitaire à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française et aux îles Wallis et Futuna. L'article L. 3841-2 permet au ministre chargé de la santé de rendre applicables en Polynésie française des mesures qu'il a prises à ce titre et d'habiliter le haut-commissaire à les adapter en fonction des circonstances locales, et à prendre toutes les mesures générales ou individuelles d'application de ces dispositions, lorsqu'elles relèvent de la compétence de l'Etat et après consultation du gouvernement de la collectivité. Le haut-commissaire peut également être autorisé à édicter lui-même certaines mesures normalement dévolues au Premier ministre⁶³ et au ministre de la santé.

Dans ce contexte, la loi du pays litigieuse couvre les mesures de police sanitaire que le conseil des ministres pourrait être amené à prendre en cas de crise sanitaire grave, en amont et en aval

⁶⁰ Art. L. 3131-12

⁶¹ Art. L. 3131-16 CSP. Le ministre de la santé a également compétence pour gérer l'après-catastrophe, une fois l'état d'urgence levé (art. L. 3131-1 CSP).

⁶² V. l'article 14 de ce décret, rendant applicables ses article 3, 7, 9 et 10.

⁶³ Sont seules exclues les mesures de quarantaine (3° et 4° du I de l'article L. 3131-15) et les mesures limitant la liberté d'entreprendre, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire (10°).

d'un éventuel état d'urgence sanitaire, voire pendant celui-ci – nous reviendrons brièvement sur la question de l'articulation des compétences nationales et locales.

L'intérêt pour agir des médecins requérants ne saute pas aux yeux. Mais on peut l'admettre à partir du moment où la « loi du pays » critiquée peut servir de base légale à des mesures qui les affecteraient très directement. Les intéressés indiquent en particulier que cette « loi du pays » vise à régulariser un arrêté du 8 avril 2020 encadrant la prescription de spécialités à base d'hydroxychloroquine.

Comme on l'a dit, les requérants s'en prennent d'abord à **l'acte de promulgation**. Il est certain que le président de la Polynésie française n'a pas respecté les délais prévus par la loi organique s'agissant d'une « loi du pays » dépourvue de caractère fiscal. La question est de savoir si, par principe, des circonstances exceptionnelles peuvent justifier qu'il s'en affranchisse et, dans l'affirmative, si la situation à la date de la promulgation de la « loi du pays » pouvait recevoir une telle qualification.

Vous pourriez considérer qu'il n'appartient qu'au législateur organique de déterminer les cas et conditions dans lesquelles il est possible de s'affranchir du contrôle *a priori*, de sorte que seule une disposition organique, aménageant de manière pérenne une dérogation en cas d'urgence ou de manière transitoire, en constatant elle-même que la situation l'exige, autoriserait une promulgation des lois du pays non fiscales dès leur adoption. Cette solution se heurte à une objection tirée des délais qu'impose l'article 46 de la Constitution pour la mise en discussion des projets de lois organiques, qui peuvent ne pas être compatibles avec l'extrême urgence de la situation locale. Pour surmonter cet obstacle, il faut faire le pari que le Conseil constitutionnel fermera les yeux sur leur non-respect, comme il l'a fait, sobrement mais efficacement, dans sa décision n° 2020-799 DC du 26 mars dernier.

Pour notre part, nous estimons plus logique et plus simple que les autorités locales puissent apprécier elles-mêmes, sous votre contrôle étroit, si de telles circonstances exceptionnelles sont réunies, et, le cas échéant, s'affranchir du mécanisme du contrôle *a priori* si celles-ci l'exigent absolument. Il s'agirait, d'une certaine manière, de transposer à cette configuration la jurisprudence constitutionnelle pragmatique que nous venons d'évoquer⁶⁴. Il serait paradoxal de refuser de mobiliser le régime des circonstances exceptionnelles, précisément bâtie pour permettre à l'administration de s'affranchir des règles de compétence, au motif que seul le législateur organique pourrait intervenir. « Nécessité fait loi organique », en quelque sorte. Et la seule chose dont les personnes intéressées sont privées, c'est de la possibilité de contester la loi du pays avant qu'elle entre en vigueur, c'est-à-dire d'un recours préventif

⁶⁴ A cet égard, on peut penser que c'est par un simple oubli, dû à la précipitation dans laquelle elle a été préparée et adoptée, que la loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, ne comporte aucune disposition sur ce point, et non en raison d'une volonté du législateur organique.

ayant un effet provisoirement suspensif. Comme on l'a dit, le droit au recours reste garanti par le recours en annulation, si vous nous suivez, et par l'exception d'illégalité. Nous ne sous-estimons pas l'importance de la dérogation, mais les garde-fou nous paraissent suffisants pour l'admettre⁶⁵, tout particulièrement si vous faites preuve de rigueur dans la mobilisation des circonstances exceptionnelles.

Et précisément, il n'est pas absolument évident de l'admettre en l'espèce.

Il faut d'abord consentir un léger effort pour qualifier les circonstances d'« exceptionnelles ». A la date de promulgation de la loi du pays, le 21 avril 2020, le virus avait touché au total 50 personnes – soit moins de 0,02 % de la population polynésienne, environ dix fois moins que sur l'ensemble du territoire national - sans faire aucune victime – une situation sans grand rapport avec ce qu'a connu la métropole. Et vous avez déjà jugé que la déclaration de l'état d'urgence ne permettait pas de présumer l'existence de circonstances exceptionnelles (CE, Assemblée, 23 octobre 1964, *d'Oriano*, Rec. p. 486). Il doit en aller de même de l'état d'urgence sanitaire. L'effort nous paraît néanmoins pouvoir être consenti, dans une logique préventive, au regard des conséquences qui s'attacheraient à une propagation soudaine du virus dans les îles, compte tenu notamment de la faiblesse structurelle des capacités de prise en charge des malades dans la collectivité, et des nombreuses inconnues qui entouraient cette nouvelle pathologie et qui sont loin d'avoir été toutes levées⁶⁶.

A supposer qu'on qualifie les circonstances d'exceptionnelles, **encore faut-il établir que l'entrée en vigueur immédiate des dispositions litigieuses, au prix d'un contournement du contrôle *a priori*, était le seul moyen d'y faire face.** La défense ne vous apporte pas d'élément en ce sens, sinon, comme le fait le rapport de la commission sur le projet de loi du pays, par une simple référence au Covid-19. Et même s'il vous appartient, s'agissant d'un acte réglementaire, qui plus est touchant au domaine de la loi, d'y suppléer le cas échéant, l'exercice est un peu plus difficile que ce que l'intuition suggère.

A la date de promulgation de la loi du pays, ce territoire se trouvait déjà en état d'urgence sanitaire et soumises à des mesures largement analogues à celles que vous avez vécues, complétées localement par le haut-commissaire – à raison de 22 arrêtés pris entre le 11 mars et le 18 avril⁶⁷ - et, le cas échéant et de façon plus marginale, par les maires, au titre de leur

⁶⁵ Par ailleurs, on voit bien que l'annulation de l'acte de promulgation, qui entraîne la sortie de vigueur rétroactive de la « loi du pays », peut avoir des effets tout à fait fâcheux lorsqu'il a été fait abondamment application de la « loi du pays », ce qui pourrait vous conduire très souvent à moduler dans le temps les effets de cette annulation. Vous pourriez alors arriver au même résultat, mais par une voie détournée et inutilement disciplinaire pour la collectivité.

⁶⁶ Le Gouvernement a assumé cette logique préventive (V. l'intervention de la ministre des outre-mer le 10 avril 2020 sur la mise en œuvre de l'avis du conseil scientifique pour les territoires d'outre-mer pour lutter contre le COVID-19).

⁶⁷ V. pour une intéressante étude (critique) des mesures complémentaires prises par les préfets lors de la crise

pouvoir de police générale⁶⁸, dans les conditions très strictes tracées par l'ordonnance *Commune de Sceaux* du 17 avril 2020 (n° 440057, aux T.). Même si les règles de répartition des compétences offraient à notre avis certaines marges de manœuvre aux autorités polynésiennes, comme nous le verrons au stade de l'examen du moyen d'incompétence, la nécessité d'édicter des mesures complémentaires propres n'est pas établie en l'espèce. Ce n'est d'ailleurs que trois semaines après la promulgation de la « loi du pays », le 13 mai, qu'il en a été fait application pour la première fois, afin d'organiser la quarantaine des voyageurs arrivant de l'extérieur déjà décidée par un arrêté du 16 mars, alors même que l'article 5-1 du décret du 23 mars 2020 modifié⁶⁹ habilitait le haut-commissaire à ordonner la mise en quarantaine des nouveaux arrivants⁷⁰ et que le contrôle sanitaire aux frontières est par ailleurs organisé par une convention entre l'Etat et la Polynésie française dans les conditions fixées à l'article R. 3845-3 du code de la santé publique⁷¹. Au fond, si le régime des circonstances exceptionnelles devait jouer, ce serait plutôt, en aval, pour asseoir telle ou telle mesure de police sanitaire précise commandée par l'urgence absolue et justifiant qu'on s'affranchisse dans cette stricte mesure des règles de répartition des compétences entre le conseil des ministres et l'assemblée de Polynésie française⁷², plutôt que pour justifier l'entrée en vigueur immédiate d'un régime pérenne de pouvoirs de police sanitaire à la main du conseil des ministres, dont nous nous étonnons qu'il n'ait pas été institué depuis bien longtemps.

Bien qu'hésitant - car on comprend bien la démarche des autorités polynésiennes, dans le contexte - il nous semble tout de même difficile, et un peu fâcheux en termes d'effet de signal, de faire application d'un tel régime d'exception sans démonstration claire et concrète d'une nécessité absolue. Le cas échéant, des éclairages vous seront peut-être apportés à la barre sur ce point.

sanitaire : M. Boulestreau et a., *Les mesures locales d'aggravation de l'état d'urgence sanitaire*, La Revue des Droits de l'Homme, avril 2020. <https://journals.openedition.org/revdh/9189#tocto1n3>

⁶⁸ Les articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, qui fondent les pouvoirs de police générale du maire, sont applicables en Polynésie française (art. L. 2573-18 CGCT).

⁶⁹ Puis l'article 6-1 du décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 et, désormais, les articles 24 à 26 du décret n° 2020-663 du 31 mai 2020.

⁷⁰ De surcroît, il résulte de l'article R. 3845-5 du code de la santé publique que le haut-commissaire peut prendre les mesures de maintien en isolement et de mise en quarantaine prévues à l'article 1^{er} du règlement sanitaire international.

⁷¹ V. la convention de coopération du 5 septembre 2016 entre l'Etat et la Polynésie française relative à la mise en œuvre du Règlement sanitaire international.

⁷² Etant rappelé que le conseil des ministres ne dispose que d'une compétence d'attribution, fixée par la loi organique. Par défaut, c'est l'assemblée qui est compétente (CE, Section, 13 mai 1994, *Président de l'assemblée territoriale de la Polynésie française*, n° 112409, au Rec.). On peut toutefois se demander si ce précédent, relatif à l'édiction d'une réglementation générale de la profession de taxi, condamne l'exercice d'un pouvoir de police de type « Labonne » par le conseil des ministres ou le président de la collectivité.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Nous vous proposons donc d'annuler l'acte de promulgation et de statuer sur la loi du pays dans le cadre d'un recours *a priori*. Si vous ne nous suiviez pas, vous y statueriez dans le cadre d'un recours en annulation.

L'annulation de l'acte de promulgation étant sans incidence sur la légalité de la loi du pays, vous n'êtes saisi que d'un **moyen d'incompétence**. Les requérants estiment que la collectivité a empiété sur les compétences de l'Etat résultant du 6° de l'article 14 de la loi organique, qui confie à ce dernier « *la préparation des mesures de sauvegarde, l'élaboration et [la] mise en œuvre des plans opérationnels et des moyens de secours nécessaires pour faire face aux risques majeurs et aux catastrophes* », ainsi que « *la coordination et [la] réquisition des moyens concourant à la sécurité civile* ».

La santé publique n'entrant pas dans les compétences de l'Etat énumérées à l'article 14 de la loi organique, elle relève de la compétence de la Polynésie. Un avis de la Section de l'intérieur du 14 mai 2003 (n° 368861), rendu sous l'empire de la loi organique de 1996 mais qui n'a rien perdu de son actualité sous celle de 2004, en a déduit que la collectivité est compétente pour prendre les mesures de lutte contre les épidémies et les maladies transmissibles, qui ne relèvent pas des garanties des libertés publiques réservées à l'Etat dès lors qu'il s'agit de mesures de police sanitaire⁷³. C'est donc bien à la collectivité qu'il revient d'autoriser le conseil des ministres à prescrire les mesures justifiées et proportionnées pour faire face à une « *menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence* ».

Le chef de compétence de l'Etat qu'invoquent les requérants renvoie quant à lui à la gestion opérationnelle des catastrophes par les services de sécurité civile, et non à l'édiction de mesures juridiques de police sanitaire. D'une part, la notion de « *préparation des mesures de sauvegarde* » est reprise de l'article L. 1424-2 du code général des collectivités territoriales⁷⁴, qui définit la compétence des services départementaux d'incendie et de secours. D'autre part, il ressort des travaux préparatoires de la loi organique de 1996⁷⁵ qu'il s'est simplement agi de préciser et circonscrire les compétences de l'Etat en matière de « *sécurité civile* », afin de permettre au territoire de prendre des mesures réglementaires en la matière⁷⁶. Sous l'empire

⁷³ Etant rappelé que le pouvoir de police générale de l'Etat n'exclut pas les pouvoirs de police spéciale du territoire (avis n° 350436 de la section de l'intérieur du 29 octobre 1991).

⁷⁴ Et de l'article 1^{er} de la loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs (abrogée en 2004).

⁷⁵ Loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996.

⁷⁶ L'Etat continue d'organiser le cadre juridique général de la sécurité civile en Polynésie française (ordonnance n° 2006-173 du 15 février 2006 portant actualisation et adaptation du droit applicable en matière de sécurité civile en Polynésie française, depuis lors codifiée dans le code de la sécurité intérieure (V. l'article L. 155-1, qui rend applicable le titre Ier du code, et l'article L. 112-2 dans sa rédaction résultant de l'article L. 155-1). A aucun moment il n'est question de police sanitaire. L'article R. 741-16 du CSI se borne à prévoir que « *les dispositifs de préparation du système de santé, notamment le plan blanc élargi mentionné à l'article L. 3131-8 du code de la santé publique, concourent aux missions de sécurité civile* ».

du statut antérieur, vous aviez déjà retenu une conception stricte de la compétence « sécurité civile » de l'Etat, en en excluant la réglementation des transports sanitaires par aéronefs (CE, 30 septembre 1996, *Ministre de l'équipement*, n° 161368, aux T.)⁷⁷.

La question de l'empiètement se pose en réalité en sens inverse. On peut sérieusement se demander, en effet, si l'article L. 3841-2 du code de la santé publique, en rendant applicables en Polynésie française l'ensemble des dispositions sur l'état d'urgence sanitaire, ne méconnaît pas la compétence sanitaire de cette collectivité telle qu'elle résulte de la loi organique⁷⁸. Le chef de compétence relatif aux **garanties des libertés publiques**⁷⁹, qui nous paraît être le seul mobilisable ici, ne semble pouvoir asseoir que les mesures les plus attentatoires aux libertés que peut prendre le Premier ministre⁸⁰ - une sorte de « super-police sanitaire » qui échapperait

⁷⁷ Dans ses conclusions, Gilles Bachelier estimait que « la mission de sécurité civile de l'Etat se traduit en fait concrètement par la préparation des plans ORSEC ».

⁷⁸ Pour les raisons que nous venons d'indiquer, il nous paraît impossible de considérer que le chef de compétence sur les « *risques majeurs et catastrophes* » offrirait à l'Etat une plénitude de compétence de police sanitaire en cas de catastrophe sanitaire avérée, par opposition à une « simple » menace sanitaire grave. Cette piste nous semble avoir été écartée par la loi du 20 mars 2020, qui habilite le Gouvernement à adapter le dispositif de l'état d'urgence sanitaire dans les collectivités régies par l'article 74 de la Constitution, « *dans le respect des compétences de ces collectivités* », et surtout par l'ordonnance du 22 avril 2020, qui a limité la possibilité d'intervention du haut-commissaire aux mesures qui relèvent de la compétence de l'Etat, ce qui n'aurait pas été nécessaire si l'Etat avait disposé d'une plénitude de compétence en cas de catastrophe sanitaire. Sans compter que la frontière entre ces deux notions n'est pas évidente à tracer. Selon l'étude d'impact du projet de loi qui a créé l'état d'urgence sanitaire, ce dernier a vocation à être mis en œuvre « dans les cas d'une ampleur très importante tandis que les dispositions de l'article L.3131-1 du code de la santé publique resteraient quant à elles applicables aux crises de moindre ampleur ». Dans son avis sur le projet de loi, la commission permanente du Conseil d'Etat a indiqué que le nouveau dispositif avait vocation à créer « une gradation en fonction de la gravité des crises », entre la simple menace sanitaire, au cours de laquelle le ministre de la santé serait le seul compétent, et l'état d'urgence sanitaire, « caractérisé non plus par une menace mais par une catastrophe sanitaire avérée », qui ouvrirait la voie à des mesures plus restrictives en termes de libertés. Il est vrai qu'on peut distinguer sans trop d'effort la grippe H1N1 du covid-19. On peut relever aussi que les dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire sont applicables en Nouvelle-Calédonie alors qu'elle est, elle, pleinement compétente en matière de sécurité civile (V. le 5° du III de l'article 21 et l'article 26 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, la loi du pays n° 2012-1 du 20 janvier 2012 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'Etat en matière de sécurité civile et le décret n° 2013-1250 du 27 décembre 2013 portant transfert à la Nouvelle-Calédonie du service de l'Etat chargé de la sécurité civile).

⁷⁹ Encore faudrait-il consentir un effort car ce titre de compétence, repris de l'article 74 de la Constitution, vise à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent – et pas seulement les « garanties fondamentales », soient les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République (décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 25). Le Conseil constitutionnel a ainsi pu mobiliser ce chef de compétence pour pratiquer une entaille dans la compétence sanitaire de la Polynésie, en admettant que l'Etat puisse reconnaître au médecin la liberté de ne pas pratiquer une interruption volontaire de grossesse, tout en laissant à la collectivité le soin de mettre en œuvre ces dispositions (décision n° 2001-446 DC, cons. 20). Or cette uniformité territoriale n'a guère de sens en matière de police sanitaire, quoiqu'elle en a davantage avec la mondialisation et les pandémies généralisées qui peuvent l'accompagner.

⁸⁰ Comme l'obligation de confinement, l'interdiction d'emprunter les transports en commun, la fermeture générale d'établissements, la mise en quarantaine et l'interdiction générale des rassemblements et réunions. En revanche, le Premier ministre ne devrait pas pouvoir prendre « toute mesure permettant la mise à la disposition

à la compétence de la collectivité, ainsi que la compétence du ministre de la santé pour prendre les mesures individuelles nécessaires à leur application⁸¹, mais non permettre à ce dernier de modifier l'organisation et le fonctionnement du dispositif de santé comme l'envisage l'article L. 3131-16, puisqu'il interviendrait alors dans le cœur de compétence de la collectivité. Cela étant, il ne vous appartient pas d'en juger ici, étant rappelé que le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi de la loi du 23 mars 2020⁸².

Tout au plus pourriez-vous envisager, dans votre décision, d'éclaircir l'articulation entre les pouvoirs de l'Etat pendant l'état d'urgence sanitaire et la compétence de la Polynésie française. La collectivité nous semble pouvoir prendre, si nécessaire, **des mesures de police sanitaire appropriées et proportionnées en complément de celles des autorités compétentes de l'Etat, sans pouvoir affecter les garanties des libertés publiques**. Parce que des vies sont en jeu et que la clarté des mesures conditionne largement leur acceptabilité et leur efficacité, il est indispensable que les mesures qu'adopte le territoire soient **compatibles** avec celles de l'Etat. Vous pourriez à cet égard vous inspirer de l'ordonnance de référé *Commune de Sceaux* qui interdit aux maires de prendre, au titre de leurs pouvoirs de police générale, des mesures qui compromettraient la cohérence et l'efficacité des mesures étatiques. Mais il est vrai que cette condition a été posée pour la compétence résiduelle des maires, qui est sans rapport avec la compétence de plein droit de la collectivité en matière de santé publique, de sorte que vous pourriez préférer vous en remettre au dialogue institutionnel et au sens des responsabilités des acteurs locaux⁸³, plutôt que de poser une exigence juridique.

*

PCMNC :

1° Sous le n° 440234 :

- **à ce qu'il soit donné acte du désistement partiel du requérant ;**
- **au rejet du surplus des conclusions de la requête ;**

des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire ».

⁸¹ A notre sens, ce titre de compétence permettrait tout au plus d'asseoir les mesures les plus attentatoires aux libertés que l'Etat peut prendre dans ce cadre peuvent se rattacher à ce domaine réservé, comme l'interdiction de circulation, l'obligation de confinement et la mise en quarantaine. Nous sommes en revanche très perplexe sur la possibilité reconnue aux ministres de rendre applicables en Polynésie française les mesures prévues à l'article L. 3131-16, concernant « l'organisation et le fonctionnement du dispositif de santé », compétence de la collectivité.

⁸² Dans une ordonnance du 15 mai 2020, n° 2000310, M. et Mme L., le juge des référés du tribunal administratif de Polynésie française a étanchéifié radicalement les compétences en jugeant que la collectivité ne pouvait intervenir pour prendre les mesures prévues aux articles L. 3131-15 et L. 3131-16 du code de la santé publique.

⁸³ La loi du pays litigieuse prévoit d'ailleurs elle-même que les mesures réglementaires prises sur son fondement font l'objet d'une information immédiate du haut-commissaire, ainsi que des actions entreprises et des résultats obtenus.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

- et à ce qu'une somme de 500 euros soit mise à la charge du requérant au titre des frais irrépétibles.

2° au rejet des requêtes n° 440206 et 440235, à ce qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge des syndicats requérants au titre des frais irrépétibles et au rejet des conclusions présentées en défense contre M. U... à ce titre;

3° sous le n° 440764 :

- à l'annulation de l'acte de promulgation de la « loi du pays » 2020-11 ;
- au rejet des conclusions dirigées contre cette « loi du pays » ;
- à ce qu'une somme de 1500 euros soit mise à la charge de la Polynésie française au titre des frais irrépétibles et au rejet des conclusions présentées en défense au même titre.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.