

Une « loi du pays » polynésienne peut être promulguée prématurément si des « circonstances particulières de l'espèce » le justifient et que le droit au recours est maintenu

Note sous CE, 22 juillet 2020, *M. T...*, n° 440764.

Florent Tap
Docteur en droit
Université Toulouse Capitole

Solution. – Saisi d'une contestation dirigée contre une loi du pays polynésienne promulguée prématurément, le Conseil d'Etat admet la possibilité d'exercer un recours par voie d'action à l'encontre de la loi du pays et de son acte de promulgation. La promulgation irrégulière est en l'espèce validée par les « circonstances particulières de l'espèce » et le maintien du droit au recours pour les justiciables.

Apport. – Par cette décision, le Conseil d'Etat comble une lacune de la loi organique du 27 février 2004 en admettant pour la première fois la possibilité de former un recours par voie d'action contre une loi du pays promulguée prématurément, et fixe précisément le régime contentieux applicable. Dans la droite ligne de la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2020, le Conseil d'Etat valide ce manquement procédural au nom des « circonstances particulières de l'espèce ».

C'est une « invitation au pragmatisme » que formule dans cette affaire le rapporteur public Alexandre Lallet dans ses conclusions à l'endroit du Conseil d'Etat. Du pragmatisme, il en fallait en effet à la juridiction administrative suprême pour rendre sa solution, au moins à deux égards. D'une part en raison de la situation contentieuse tout à fait spécifique des lois du pays polynésiennes qui paraît échapper à toute entreprise de systématisation et, d'autre part, en raison du contexte exceptionnel d'état d'urgence sanitaire dans lequel la « loi du pays » contestée a été adoptée, contexte qui commande parfois au juge de fermer les yeux sur certaines irrégularités procédurales au nom des désormais célèbres « circonstances particulières de l'espèce ».

L'article 74 alinéa 8 de la Constitution habilite le législateur organique à déterminer, s'agissant des collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie, « les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ». C'est sur ce fondement qu'a été adoptée la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Son article 140 créé les « lois du pays »,

actes administratifs spécifiques « relevant du domaine de la loi ». Le régime du « contrôle juridictionnel spécifique » exercé par le Conseil d'Etat sur ces actes est précisé aux articles 176 à 180 de la loi organique statutaire (*Voir not. : A. Moyrand, A. Troianiello, « Les recours par voie d'action formés auprès du Conseil d'Etat contre les lois du pays adoptés par l'Assemblée de Polynésie française », RFD A 2006, p. 680 ; A. Moyrand, « Les lois du pays en Polynésie française : bilan d'un quinquennat », RDP 2009, n° 6, p. 1577 ; R. Keller, « Le recours juridictionnel spécifique contre la « loi du pays » de Polynésie française : un contentieux original et complexe à l'image du statut de cette collectivité », RFD A 2010, p. 949*).

En l'espèce, l'assemblée délibérante de la collectivité de Polynésie française a adopté le 17 avril 2020 la délibération n° 2020-4 LP/APF sur la prévention et la gestion des menaces sanitaires graves et des situations d'urgence. Elle fait logiquement suite à la déclaration d'état d'urgence sanitaire par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. Cette « loi du pays » a été promulguée le 21 avril 2020 (*LP n° 2020-11 sur la prévention et la gestion des menaces sanitaires graves et des situations d'urgence*) par le président de la Polynésie, soit seulement quatre jours après son adoption par l'assemblée. Or l'article 176 de la loi organique du 27 février 2004 prévoit la possibilité de contester les lois du pays devant le Conseil d'Etat, dans le cadre d'un recours *a priori*, dans un délai de quinze jours ou d'un mois en fonction des requérants. En promulguant la « loi du pays » seulement quatre jours après son adoption, le président de la Polynésie a manifestement méconnu les dispositions de la loi organique du 27 février 2004. Dans ce contexte, il restait à déterminer s'il était encore possible de contester la « loi du pays », l'acte de promulgation ou les deux, et quelle était la nature des recours en fonction de l'hypothèse retenue. Cette question n'a pas manqué d'être suscitée par des requérants polynésiens, qui ont saisi le Conseil d'Etat aux fins d'annulation de l'acte de promulgation de la « loi du pays », d'une part au motif du non-respect des délais de promulgation imposés par la loi organique statutaire, et, d'autre part, de la « loi du pays » elle-même, au motif que la gestion de la crise sanitaire constitue une compétence étatique et ne relève pas de celle de la collectivité de Polynésie.

Le Conseil d'Etat était ainsi invité à se prononcer sur la question de savoir si un recours par voie d'action est possible à l'encontre d'une « loi du pays » prématurément promulguée par le Président de Polynésie, alors même que le texte de la loi organique ne prévoit aucune procédure accélérée ni dérogation possible, à l'exception des « lois du pays » de nature fiscale. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette première question, il lui faudrait ensuite examiner successivement la légalité de l'acte de promulgation et de la « loi du pays ». Par cet arrêt, le Conseil d'Etat admet dans un premier temps la possibilité, dans le silence de la loi organique, d'un recours par voie d'action contre une « loi du pays » prématurément promulguée et définit de manière détaillée le régime contentieux applicable à cette situation particulière (I). Ayant admis le principe même d'un recours par voie d'action en l'espèce, il examine ensuite la

légalité de l'acte de promulgation adopté prématurément puis de la « loi du pays », dans le contexte spécifique de l'état d'urgence sanitaire (II).

I – La définition du régime contentieux d'une « loi du pays » promulguée prématurément

Avec cet arrêt, le Conseil d'Etat reconnaît pour la première fois la possibilité de contester par voie d'action une loi du pays promulguée prématurément (A) et définit ainsi de manière claire et détaillée le régime contentieux applicable à chacune des situations pouvant se poser au requérant (B).

A – La reconnaissance de la possibilité d'agir par voie d'action contre une loi du pays prématurément promulguée

La loi organique statutaire prévoit un régime contentieux spécifique pour contester devant le Conseil d'Etat les « lois du pays » polynésiennes. L'article 176 dispose qu'à la suite de son adoption par l'assemblée délibérante, la « loi du pays » peut faire l'objet d'un recours par voie d'action de la part de deux types de requérants, suivant deux délais distincts. Premièrement, elle peut être déférée dans les quinze jours suivant l'adoption par « le haut-commissaire, le président de la Polynésie française, le président de l'assemblée de la Polynésie française ou six représentants à l'assemblée de la Polynésie française ». Deuxièmement, toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt à agir peut saisir le Conseil d'Etat d'un recours par voie d'action contre la « loi du pays » dans un délai d'un mois à compter de sa publication au Journal officiel de la Polynésie à titre d'information. Le parallèle est ici évident avec la procédure devant le juge constitutionnel et, ainsi que le relève Jacques-Henri Stahl, il apparaît que « le législateur organique, sur le modèle des "lois du pays" calédoniennes, a organisé un mode de contestation qui s'apparente au contrôle de constitutionnalité des lois » (J.-H. STAHL, « *Le contrôle juridictionnel des "lois du pays" de Polynésie par le Conseil d'Etat* », *RFDA* 2006, p. 271). Dans l'hypothèse d'une saisine, le Conseil d'Etat statue dans les trois mois, nouveau délai durant lequel la « loi du pays » ne peut être promulguée. Par ailleurs, la loi organique prévoit aussi un contrôle *a posteriori* des « lois du pays », par lequel il est possible d'exciper de l'illégalité de la « loi du pays » à l'occasion d'un litige, par renvoi préjudiciel devant le Conseil d'Etat.

L'article 180 de la loi organique statutaire dispose que les « lois du pays » « ne sont susceptibles d'aucun recours par voie d'action après leur promulgation ». L'article 180-1 prévoit seulement une exception, introduite par une loi organique du 7 décembre 2007, pour les « lois du pays » relatives aux impôts et aux taxes, exception commandée par l'exigence particulière de célérité de certaines réformes fiscales, devant pouvoir s'affranchir des délais habituels de promulgation (*voir sur ce point les conclusions de Julien Boucher sur CE, 5 décembre 2008, n° 320412, « Le vote par procuration d'un élu intéressé entache de nullité la délibération », AJDA 2009, p. 886*). Hormis ce cas, le principe fixé par la loi organique est que les lois du pays ne peuvent plus être

contestées une fois qu'elles ont été promulguées. Ce principe a d'ailleurs été réaffirmé par le Conseil d'Etat dans deux précédents, auxquels le Centre de recherche et de diffusion juridique du Conseil renvoie dans ses « feuilles roses » du 16 au 31 juillet 2020. Il a en effet été jugé qu'« à compter de leur promulgation par le président de la Polynésie française en application de l'article 178, il n'appartient plus au Conseil d'Etat de connaître par voie d'action, d'un recours dirigé contre les actes dénommés "lois du pays" sauf s'il est relatif aux impôts et aux taxes » (CE, 7 novembre 2018, n° 420284, AJDA 2019, p. 493). La même solution a en outre été rendue à propos du d'une loi du pays déjà promulguée à l'occasion du contrôle de légalité d'une loi du pays la complétant ou la modifiant (CE, 13 mars 2019, n° 426435).

En l'espèce, le Conseil d'Etat rappelle d'abord ce principe dans son quatrième point, mais poursuit en précisant qu'il « en va toutefois différemment quand l'acte dit "loi du pays" a été prématurément promulgué ». Comme le rappelle Alexandre Lallet dans ses conclusions, « 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 ». Par cette formulation, le Conseil d'Etat vient combler une lacune de la loi organique statutaire, et pose le principe de la possibilité d'un recours par voie d'action à l'encontre d'une loi du pays non fiscale promulguée prématurément. Cette solution constitue une interprétation qui semble logiquement se rattacher à l'intention du législateur organique de 2004. Le rapporteur public a d'ailleurs suggéré cette interprétation 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 ». L'institution d'un recours par voie d'action *a priori* sous-tend nécessairement le respect des délais de promulgation. Dès lors que le président s'est affranchi de cette obligation en promulguant prématurément la loi du pays, les requérants se voient privés de la possibilité de contester *a priori* le texte adopté par l'assemblée et il apparaît parfaitement légitime de leur donner la possibilité de saisir le Conseil d'Etat par voie d'action, en dépit de la promulgation prématurée.

Le principe du recours étant admis dans cette situation exceptionnelle, le Conseil d'Etat s'est ensuite attaché à envisager l'ensemble des cas de figure contentieux possibles dans le cas d'une promulgation prématurée.

B – La définition des différents types de recours ouverts aux requérants dans le cas d'une promulgation prématurée

Dans les cinquième, sixième et septième points de son arrêt, le Conseil d'Etat envisage précisément les trois cas de figure contentieux pouvant se poser pour les requérants dans le contexte de la promulgation prématurée d'une loi du pays. Il s'agit ici, pour le juge administratif suprême, de faire œuvre pédagogique en détaillant les différentes possibilités susceptibles

d'apparaître et en statuant, d'une certaine manière, *obiter dictum* pour deux cas sur trois, dans la mesure où seule l'une de ces trois hypothèses est nécessaire à la résolution du litige en l'espèce.

La première hypothèse est celle « d'un recours dirigé seulement contre l'acte de promulgation » (point 5), ce qu'admet le Conseil d'Etat depuis 2006 (*CE, 22 mars 2006, Fritch et autres, n° 288490, Lebon 152*). Dans ce cas, une incertitude demeure quant aux conséquences à tirer d'une éventuelle annulation de l'acte de promulgation, à la fois sur la loi du pays elle-même et sur les délais de recours ouverts contre elle (*A. Moyrand, A. Troianiello, « La promulgation des "lois du pays" de Polynésie. Le contrôle de l'acte de promulgation. Note sous Conseil d'Etat, 22 mars 2006, Fritch et autres », RFDA 2006, p. 1111*). Le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'en cas d'annulation de l'acte de promulgation, « la "loi du pays" cesse d'être exécutoire et la publication qui a été faite de la "loi du pays" promulguée vaut publication pour information, ouvrant le délai de recours par voie d'action ». Comme le constatait déjà en 2009 le commissaire du gouvernement Julien Boucher, l'annulation de l'acte de promulgation « ayant pour effet de contraindre les autorités compétentes à suivre, en vue d'une nouvelle promulgation, la procédure de droit commun organisée par les articles 176 et suivants de la loi statutaire, il devient alors possible d'exercer le recours *a priori* prévu par ces dispositions » (*J. Boucher, « Le vote par procuration d'un élu intéressé entache de nullité la délibération », ibid.*).

La deuxième hypothèse est celle « de conclusions dirigées contre l'acte de promulgation et contre "la loi du pays" promulguée » (point 6). La situation est plus complexe ici dans la mesure où, si le Conseil d'Etat prononce l'annulation de l'acte de promulgation, il demeure dans le même temps saisi de conclusions contre la loi du pays elle-même et il lui est alors indispensable de qualifier juridiquement le recours contre cet acte. Deux nouveaux cas de figure se posent ici : si l'acte de promulgation est annulé, « le recours dirigé contre la "loi du pays" est alors regardé comme un recours tendant à déclarer non conforme au bloc de légalité » défini par la loi organique ; si l'acte de promulgation n'est pas annulé, « le recours dirigé contre la "loi du pays" présente le caractère d'un recours en annulation ». Cette solution demeure, ici aussi, conforme au bon sens dans la mesure où, puisque la loi du pays n'est plus exécutoire à la suite de l'annulation de sa promulgation, le recours à son endroit est nécessairement requalifié en recours en déclaration d'illégalité et ne peut être considéré comme un recours en annulation à l'encontre d'un acte qui n'existe pas. En revanche, si les conclusions à l'encontre de l'acte de promulgation sont rejetés, la loi du pays conserve son caractère exécutoire et sa contestation présente alors les traits d'un recours en annulation. Cette justification explique aussi pourquoi, dans le troisième cas de figure présenté par le Conseil, celui d'un recours par voie d'action dans le délai d'un mois en dépit de la promulgation prématurée exclusivement dirigé contre la loi du pays, celui-ci est également qualifié de recours en annulation (point 7).

Ces développements de la part du Conseil d'Etat n'ont pas qu'un objectif pédagogique et ne constituent pas seulement des considérations *obiter dictum* tout à fait disjointes de la

solution. Elles présentent l'intérêt de considérer toutes les possibilités contentieuses en cas de promulgation rapide de la loi du pays et de présenter à chaque fois le recours pouvant être exercé et sa nature juridique. Cela met en évidence le fait que, dans le cas d'une loi du pays promulguée prématurément, le droit au recours est systématiquement garanti pour les requérants. C'est précisément sur le fondement de cette garantie que le Conseil d'Etat a ensuite pu contrôler effectivement la légalité des actes contestés en l'espèce.

II – La validation d'une promulgation manifestement illégale en raison des « circonstances particulières de l'espèce »

Le Conseil d'Etat valide la promulgation prématurée de la « loi du pays » en invoquant les « circonstances particulières de l'espèces », reprenant ainsi la formulation très commentée du Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 mars 2020. Ces « circonstances particulières », qui doivent être clairement distinguée de la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles, permettent au Conseil d'Etat de ne pas annuler l'acte de promulgation (A). Ces circonstances ne justifient cependant pas à elle-seule ce jugement *contra legem*, qui semble principalement motivé par le maintien du droit au recours contre la « loi du pays » (B).

A – Des « circonstances particulières » à distinguer de la théorie des circonstances exceptionnelles

L'examen de la légalité objective du texte ne soulève aucune difficulté de prime abord, le non-respect du délai fixé par l'article 176 de la loi organique rendant la promulgation manifestement illégale. Toute la question était de savoir dans quelle mesure il était possible de passer outre cette illégalité, eu égard au contexte spécifique de sa manifestation. Le Conseil d'Etat a ainsi décidé que la promulgation prématurée de la loi du pays « ne peut, dans les circonstances particulières de l'espèce, être tenue pour illégale ». On pense ici immédiatement aux « circonstances particulières » du Conseil constitutionnel, invoquées dans un contexte analogue dans sa décision du 26 mars 2020 (*Cons. const. 26 mars 2020, n° 2020-799 DC, Dalloz actualités, 3 avril 2020, obs. E. Benoît ; AJDA 2020, p. 706 ; ibid., p. 839, note M. Verpeaux ; ibid., p. 843, note J. Jeanneney ; ibid., p. 1257, tribune X. Magnon ; RFD A 2020, p. 501, chronique A. Roblot-Troizier*). Le Conseil d'Etat lui-même, dans l'analyse de l'arrêt par le Centre de recherche et de diffusion juridique, ne dissimule pas cette inspiration et cite expressément la décision du Conseil constitutionnel. Sous ce vocable de « circonstances particulières de l'espèce », le Conseil d'Etat avance néanmoins trois arguments principaux : des « circonstances exceptionnelles », l'urgence de la situation, et les « difficultés particulières de prise en charge sanitaire dans les îles de la Polynésie française ».

Il a été soutenu que les « circonstances particulières » du Conseil constitutionnel n'ont « rien à voir » (J.-B. Jacquin, « *Coronavirus : l'état d'urgence sanitaire ouvre des brèches dans l'état de droit* », *Le Monde*, 28 mars 2020) avec la théorie des circonstances exceptionnelles (*voir sur cette position :*

J. Jeanneney, « *La non-théorie des "circonstances particulières"* », *AJDA* 2020, p. 843 ; M. Carpentier, « *L'arrêt Heyriès du Conseil constitutionnel ?* », *JP Blog*, 4 avril 2020). De la même manière, il semble que le Conseil d'Etat, dans l'arrêt du 22 juillet 2020, en évoquant les « circonstances exceptionnelles résultant de l'épidémie de covid-19 sur le territoire français et dans le monde », ne se réfère pas davantage à sa jurisprudence Heyriès (CE, 28 juin 1918, n° 63412, *Lebon* 651). Loin de correspondre à cette théorie et à ses critères stricts, il s'agit bien plus ici des « circonstances générales que nous traversons (la « guerre » menée contre le coronavirus) qui justifient qu'un brevet » (M. Carpentier, « *L'arrêt Heyriès du Conseil constitutionnel ?* », *op. cit.*) de légalité soit décerné à toute violation qui semblerait entraver la gestion de la crise. Ce qui a motivé la décision du Conseil d'Etat en l'espèce se rapproche de cette idée selon laquelle une « simple » irrégularité procédurale doit pouvoir être écartée de l'examen de légalité de la disposition litigieuse, dès lors qu'un contexte général de crise le permet.

A la différence du juge constitutionnel, le juge administratif suprême, en « maquilleur zélé » (J. Jeanneney, « *La non-théorie des "circonstances particulières"* », *op. cit.*), a cependant tenté de faire apparaître une certaine justification à ce jugement *contra legem*, en évoquant des « difficultés particulières de prise en charge sanitaire dans les îles de la Polynésie française » et une situation d'urgence. Le Conseil d'Etat ne s'attache toutefois pas à démontrer précisément quelles sont ces « difficultés particulières », ni en quoi l'adoption prématurée de la loi du pays aurait mieux permis d'y faire face que le dispositif déjà en vigueur de la loi du 23 mars 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire, ainsi que celui de l'ordonnance du 22 avril 2020 adaptant les mesures de l'état d'urgence sanitaire notamment pour la Polynésie française. Pour les mêmes raisons, la situation d'urgence n'est pas spécifiquement établie en l'espèce. Pour justifier d'une dérogation au délai d'un mois imposé par la loi organique, encore aurait-il fallu établir la démonstration de réelles circonstances locales particulières et d'une urgence plus importante que ce que l'on a pu observer en métropole. Or tel n'était pas le cas, la Polynésie ayant même été significativement moins touchée que la métropole par la propagation du virus à cette époque.

Le rapporteur public a, dans cette perspective, estimé « 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 », concluant ainsi à l'annulation de l'acte de promulgation et l'examen de la loi du pays dans le cadre d'un recours *a priori*. Le Conseil d'Etat ne l'a pas suivi sur ce point, mais a considéré ces « circonstances particulières de l'espèce » suffisantes pour admettre que cette promulgation prématurée ne puisse être tenue pour illégale. Cette validation de l'illégalité de l'acte de promulgation a surtout été justifiée en l'espèce par la garantie d'un droit au recours.

B – La justification principale de cette validation par le maintien du droit au recours

Les « circonstances particulières » dont on ne parvient pas précisément à déterminer le contenu ne nous semblent pas constituer la justification principale de la solution rendue par le Conseil d'Etat en l'espèce. Le Conseil d'Etat prend soin de préciser que la promulgation prématurée « ne prive pas les intéressés de la possibilité d'exercer un recours » à l'encontre de la loi du pays (point 10). Il a en effet été démontré aux points précédents que les requérants disposent toujours de la possibilité de contester la loi du pays, soit par un recours en annulation si la promulgation est maintenue, soit par un recours en déclaration d'illégalité si la promulgation est annulée. A ces deux possibilités de recours s'ajoutent en outre l'exception d'illégalité prévue par l'article 179 de la loi organique.

Le cumul des « circonstances particulières de l'espèce », plutôt insaisissables, avec la garantie bien concrète d'un droit au recours à l'encontre de la loi du pays a convaincu le Conseil d'Etat de ne pas annuler l'acte de promulgation. La conséquence juridique immédiate est que la loi du pays demeure en vigueur et que le recours exercé à son endroit est un recours en annulation. Le Conseil d'Etat examine ensuite la légalité de la « loi du pays », dont les requérants faisaient valoir qu'elle était entachée d'incompétence en intervenant dans un domaine proprement étatique, celui de la sécurité civile. Le Conseil d'Etat retient ici une interprétation extensive de l'article 13 de la loi organique statutaire et considère que « si l'Etat est compétent en matière de préparation des mesures de sauvegarde, d'élaboration et de mise en œuvre des plans opérationnels et des moyens de secours nécessaires pour faire face aux risques majeurs et aux catastrophes, les questions de santé publique relèvent de la compétence de la Polynésie française » (point 13). Considérant ensuite que les dispositions de la loi du pays contestées « ne se rattachent pas (...) à la sécurité civile mais à la santé publique », le juge administratif suprême écarte le moyen d'incompétence et rejette la requête.

Une telle solution n'allait pas non plus nécessairement de soi, et il aurait été parfaitement possible, dans un autre contexte, d'interpréter ces dispositions relatives à la gestion d'une « crise sanitaire grave appelant des mesures d'urgence » comme dépassant le simple cadre de la santé publique « normale », pour se rattacher bien davantage au domaine de la sécurité civile. Mais l'on perçoit aussi l'indulgence du Conseil d'Etat qui, face à un certain volontarisme politique de gestion d'une crise exceptionnelle, semble avoir cherché, par tous les moyens, à éviter l'annulation de la loi du pays.