

Le droit constitutionnel des collectivités « territoriales » d'exception : la Nouvelle-Calédonie et Mayotte devant le Conseil constitutionnel.

Alors que la consultation de la « population »¹ néo-calédonienne sur l'auto-détermination n'aura lieu qu'en 2014, le Conseil constitutionnel anticipe. A l'occasion de l'examen de la loi organique *relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*, il évoque déjà, à propos de la Nouvelle-Calédonie, la « *séparation des pouvoirs* » et le « *fondement constitutionnel* » que constitue l'accord de Nouméa². Il semble acquis que cette collectivité jouit d'une autonomie politique, garantie par la Constitution et explicitée par la loi organique de 1999 dans le respect de l'accord de Nouméa. Cette autonomie se caractérise par des transferts de compétences législatives, par la reconnaissance d'une valeur « législative » aux actes intervenus dans ces domaines et, d'un point de vue institutionnel, par un mimétisme étatique. Au-delà de la Nouvelle-Calédonie, la loi organique³ examinée par le Conseil constitutionnel a également pour objet la départementalisation de Mayotte et comporte ainsi deux objets bien distincts.

Le premier concerne dans un sens large l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie. La loi organique du 19 mars 1999 *sur la Nouvelle-Calédonie*⁴ (« Statut de la Nouvelle-Calédonie ») est modifiée afin de « moderniser et adapter le statut aux échéances de l'« étape intermédiaire » (couvrant les mandats du congrès néo-calédonien élu en 2004 et en 2009), mentionnée au point 3.1.2 de l'accord de Nouméa »⁵. Ce sont les articles 21 III, 27 et 23 de la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie qui régissent cette étape intermédiaire, c'est-à-dire la seconde étape des transferts de compétences, telle qu'elle est prévue par l'accord de Nouméa. Chacun de ces articles correspond à des compétences et à des modalités de transfert différentes⁶. L'article 21 III concerne la police et la sécurité de la circulation aérienne intérieure et des exploitants établis en Nouvelle-Calédonie dont l'activité principale n'est pas le transport aérien international, l'enseignement du second degré public et privé, sauf la réalisation et l'entretien des collèges du

¹ La rigueur des règles présidant à la détermination du corps électoral néo-calédonien impose que l'expression de « population » soit mise entre parenthèse. Depuis la révision constitutionnelle du 24 février 1997, l'article 77 de la Constitution fige le corps électoral à celui qui était habilité à se prononcer sur l'accord de Nouméa, c'est-à-dire aux français qui sont, à la date du 6 novembre 1998, domiciliés en Nouvelle-Calédonie depuis au moins une durée de dix ans.

² C.C., n° 2009-587 DC, 30 juillet 2009, *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*, JORF, 6 août 2009, p. 13125, respectivement, pour chacune des deux expressions, cons. 16 et cons. 18. L'expression de « *fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa* » avait déjà été employée par le Conseil constitutionnel dans la décision du 15 mars 1999 sur la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, cons. 16 (n° 99-410 DC, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 51).

³ Cette loi organique était complétée par une loi ordinaire sur l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et portant ratification d'ordonnances qui n'a cependant pas été déferée au Conseil constitutionnel.

⁴ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*.

⁵ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République par D. QUENTIN, Assemblée nationale, n° 1843 et 1844, XIII^{ème} législature, 16 juillet 2009, p. 14.

⁶ Voir pour une synthèse : Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par C. COINTAT, Sénat, n° 490, Session ordinaire 2008-2009, 24 juin 2009, p. 27.

premier cycle du second degré, la santé scolaire, l'enseignement primaire privé, le droit civil, et les règles concernant l'état civil et droit commercial et la sécurité civile. Ces compétences doivent être transférées au cours de la période correspondant aux mandats du congrès commençant en 2004 et en 2009. Une loi du pays, adoptée à la majorité des 3/5^{ème} des membres du Congrès, doit établir les compétences transférées et l'échéancier des transferts au plus tard le dernier jour du sixième mois suivant le début du mandat en 2009, soit le 30 novembre 2009. Au moment du dépôt du projet de loi organique, le 17 juin 2009, aucune loi du pays n'était encore intervenue. L'article 27 de loi organique sur la Nouvelle-Calédonie vise les transferts de compétences concernant les règles relatives à l'administration des provinces, des communes et de leurs établissements publics, le contrôle de légalité des provinces, des communes et de leurs établissements publics, le régime comptable et financier des collectivités publiques et de leurs établissements publics, l'enseignement supérieur et la communication audiovisuelle. Ces compétences peuvent être transférées à la demande du congrès par le vote d'une résolution à la majorité simple après intervention d'une loi organique. Enfin, l'article 23 prévoit des transferts par décret en Conseil d'Etat, pris sur proposition du congrès, précisant la date et les modalités du transfert concernant l'Office des postes et télécommunications, l'Institut de formation des personnels administratifs, l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier, l'Agence de développement de la culture kanak et le Centre de documentation pédagogique. Les deux premiers ont fait l'objet d'un transfert ; le transfert des trois autres peut faire l'objet d'une demande en ce sens à tout moment par le vote d'une résolution du congrès à la majorité simple.

Dès septembre 2006, la perspective de cette seconde phase de transferts de compétences a donné lieu à d'importants travaux préparatoires conduits sous l'autorité du haut commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie⁷. Au niveau local, un comité de pilotage, à vocation politique et composé par les formations politiques néocalédoniennes, des groupes de travail et des comités consultatifs ont été mis à contribution afin de tracer les grandes lignes des transferts de compétences. Au niveau national, une mission d'appui, composée de magistrats et de haut-fonctionnaires, a été créée afin d'apporter un soutien technique au comité de pilotage. Cette mission d'appui a adopté des conclusions, validées par le comité de pilotage, qui ont été ensuite examinées par le comité des signataires de l'accord de Nouméa le 8 décembre 2008. En effet, selon l'article 6.5 de l'accord de Nouméa, ce comité a pour mission de « *prendre en compte les avis qui seront formulés par les organismes locaux consultés sur l'accord ; participer à la préparation des textes nécessaires pour la mise en œuvre de l'accord et veiller au suivi de l'application de l'accord* ». Autrement dit, la consultation du comité est obligatoire pour toute modification de la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie. Lors de sa réunion de décembre 2008, le comité a approuvé les modifications préconisées de la loi organique et exigées par la seconde phase de transfert. Le processus conduisant à modifier la loi organique est singulier dans la mesure où il fait appel aux acteurs locaux, largement associés au processus décisionnel concernant le statut de leur territoire. La modification du statut néocalédonien n'est au départ pas imposée *par* l'Etat. Elle est proposée

⁷ Voir pour une synthèse le rapport précité de C. COINTAT, p. 28 et s.

et discutée par les acteurs locaux *avec* l'appui de l'Etat (comité de pilotage et mission d'appui) puis adoptée par les acteurs locaux et l'Etat (comité des signataires). L'article 90 du statut néocalédonien prévoit encore la transmission du projet de loi organique pour avis au congrès de Nouvelle-Calédonie. En l'espèce, l'avis du congrès avait été demandé en urgence le 20 mai 2009 par le haut commissaire. Le délai de quinze jours n'ayant pas été respecté, l'avis a été réputé acquis et la procédure a pu suivre son cours. Le congrès de Nouvelle-Calédonie n'en a pas moins approuvé (hors délai) le projet de loi organique le 12 juin 2009, tout en proposant des modifications ou compléments. Ces modifications, qui ne pouvaient être prises en compte par le gouvernement, ont toutefois été reprises par le Sénat qui a fortement amendé le texte original présenté par le gouvernement. La loi organique adoptée par le Parlement s'organise à partir de deux axes principaux, l'organisation des transferts de compétences et la modernisation du statut de la Nouvelle-Calédonie, autour desquels de nombreuses questions ont été envisagées (compensation financière des transferts, mise à disposition des services, modalité d'intervention en matière économique, clarification des finances locales, statut des élus calédoniens...), dont certaines témoignent d'ailleurs d'une certaine communicabilité entre les différents statuts des collectivités situées outre-mer⁸.

Le second objet de la loi organique concerne la départementalisation de Mayotte. Une seule disposition est prévue. Elle complète le titre IV du livre IV de la troisième partie du Code général des collectivités territoriales par un Chapitre IV, « Département de Mayotte », et prévoit l'insertion d'un article LO 3446-1 posant le principe de la départementalisation. Le législateur ne fait que tirer les conséquences de la consultation organisée le 29 mars 2009 à Mayotte par laquelle la population mahoraise a approuvé la départementalisation de l'île à compter de mars 2011. L'intervention de la loi organique concrétise la dernière étape du processus prévu par l'article 72-4 de la Constitution qui impose, en cas de changement de régime pour une collectivité ultramarine mentionnée à l'article 72-3, la consultation des électeurs de la collectivité intéressée et l'adoption d'une loi organique.

L'urgence de l'examen du projet de loi organique a conduit le gouvernement à engager la procédure accélérée. Après une première lecture par les deux chambres, une commission mixte paritaire s'est réunie, les deux chambres adoptant le même jour, le 23 juillet 2009, le texte proposé par la commission⁹. Le Conseil constitutionnel s'est vu transmettre la loi organique définitivement adoptée par le Premier ministre le 24 juillet, sur le fondement des articles 46 et

⁸ Certaines mesures adoptées marquent une communicabilité des statuts d'outre-mer et, plus précisément, une communicabilité entre celui de la Polynésie française et celui de la Nouvelle-Calédonie. En 2004, la Polynésie avait pu bénéficier des innovations statutaires introduites au profit de la Nouvelle-Calédonie. Cette dernière profite en 2009 de certaines dispositions contenues dans le statut de la Polynésie (voir par exemple : la procédure de « délégalisation » prévue par l'article 47 de la loi organique modifiant l'article 107 du statut ; la demande d'avis des autorités locales au Tribunal administratif ou au Conseil d'Etat prévue par l'article 52 de la loi organique modifiant l'article 206 du statut ; l'autorisation de plaider prévue par l'article 53 de la loi organique créant un article 209-1).

⁹ Le projet de loi organique a été déposé le 17 juin sur le bureau du Sénat qui l'a adopté le 7 juillet. L'Assemblée nationale l'a fait le 21 juillet. Le lendemain, une commission mixte paritaire s'est réunie et le projet a été définitivement adopté le surlendemain.

61 alinéa 1 de la Constitution, et a rendu sa décision le 30 juillet. L'existence de deux objets différents dans la loi organique explique que le Conseil constitutionnel ait procédé à l'examen successif et formellement dissocié de chacun d'entre eux. L'appréciation des dispositions de la loi organique relatives à la Nouvelle-Calédonie occupe la majorité de la décision. Les développements réduits consacrés à l'objet « départementalisation de Mayotte » sont exclusivement procéduraux. S'il est d'ailleurs un point commun, le seul, entre les deux objets examinés, il concerne la vérification par le Conseil constitutionnel, selon un schéma éprouvé pour le contrôle des lois organiques, du respect de la procédure d'adoption. Cette procédure présente en l'occurrence pour la Nouvelle-Calédonie et pour la départementalisation de Mayotte une spécificité (§ I).

Sur le fond, et s'agissant seulement la Nouvelle-Calédonie, il est nécessaire de rappeler l'importance de l'accord de Nouméa qui constitue une norme de référence du contrôle de constitutionnalité de la loi organique¹⁰. Ce n'est d'ailleurs qu'en ce sens, c'est-à-dire en tant que norme de référence du contrôle de constitutionnalité, qu'il est possible de soutenir que cet accord est « constitutionnalisé ». L'accord de Nouméa fait partie de ce que la doctrine italienne qualifie de « normes interposées », c'est-à-dire de « normes non constitutionnelles qui sont intégrées en tant que paramètre de référence dans les jugements de constitutionnalité, sur le fondement du renvoi à ces normes par certaines dispositions de la Charte fondamentale »¹¹. La Constitution ne fait que renvoyer à ce texte qui n'a aucune valeur (formelle) constitutionnelle, même si l'on peut penser avec Guy CARCASSONNE, d'un point de vue matériel, qu'avec le titre XIII de la Constitution « il s'agit moins de dispositions constitutionnelles particulières que d'une autre Constitution, celle de la Nouvelle-Calédonie, que notre texte de 1958, bien accueillant, abrite dans son titre XIII »¹². L'Accord de Nouméa cristallise une orientation politique sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie jusqu'au référendum d'autodétermination. Il apparaît comme un point de fixation autour duquel la loi organique doit se maintenir. Celle-ci se retrouve ainsi sous une double coupe : celle de la Constitution du 4 octobre 1958 qui tend à l'unité et qui, en tant que texte de principe, doit être respectée et celle de l'Accord de Nouméa qui garantit l'autonomie et donc la spécificité de la Nouvelle-Calédonie, en s'inscrivant dans une logique dérogatoire au droit commun constitutionnel. La clé de conciliation de ces deux aspirations contradictoires a été fournie dans la décision du 15 mars 1999 sur le statut : les dérogations à la Constitution introduites par l'Accord de Nouméa « ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord »¹³. Sous le contrôle du juge, la loi organique doit ainsi garantir l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie dans le respect de la Constitution (§ II).

¹⁰ C.C., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, précit.*, cons. 3.

¹¹ M. SICLARI, *Le « norme interposte » nel giudizio di costituzionalità*, CEDAM, 1992, *Premessa* (XI). La première formulation de la théorie des « normes interposées » a été faite par Carlo LAVAGNA (voir en ce sens : M. SICLARI, *op. cit.*, p. 3).

¹² Cité par M. CHAUCHAT, « Transferts de compétences et avenir de la Nouvelle-Calédonie », *A.J.D.A.*, 2007, p. 2243.

¹³ C.C., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, précit.*, cons. 4.

I – Le respect de procédures spécifiques d'adoption des lois organiques d'outre-mer

Même si le Conseil constitutionnel procède à l'examen successif et différencié des dispositions de la loi organique relatives à la Nouvelle-Calédonie et à Mayotte, dans chacun de ces deux domaines, l'examen de la constitutionnalité de la loi débute par l'appréciation de la régularité de la procédure d'adoption. L'examen différencié se justifie d'autant plus que la procédure d'adoption est différente pour chacune de ces collectivités. Le contrôle du respect de la procédure de modification de la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie (A) a indirectement conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer sur la nature de cette collectivité. Pour Mayotte, le contrôle du respect de la procédure de changement de catégorie de collectivité territoriale témoigne de l'extrême lourdeur de cette procédure (B).

A – La procédure de modification de la loi organique sur la « collectivité d'outre-mer » de Nouvelle-Calédonie

La première singularité procédurale dans l'adoption du statut concerne la consultation du congrès de Nouvelle-Calédonie. Celle-ci est prévue par l'article 90 du statut du 19 mars 1999. Le statut n'indique toutefois pas le moment de la consultation, même s'il précise que le congrès dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer ou de quinze jours en cas d'urgence à la demande du haut-commissaire. Selon une jurisprudence initiée à propos de la Polynésie française, le Conseil constitutionnel a toujours jugé que lorsqu'une assemblée locale d'une collectivité devait être consultée sur un texte qui la concernait, elle devait être consultée *avant* l'avis du Conseil d'Etat¹⁴. Cette jurisprudence s'applique aux collectivités d'outre-mer pour lesquelles l'article 74 de la Constitution prévoit que le statut, défini par une loi organique, fixe « *les conditions dans lesquelles [leurs] institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi (...) comportant des dispositions particulières à la collectivité* ». Pour la Nouvelle-Calédonie, le principe de la consultation ne repose pas sur la Constitution ni d'ailleurs sur l'accord de Nouméa. Lors de la révision constitutionnelle de 2003, la communicabilité des statuts ultra-marins a, de fait, conduit à transposer dans la Constitution au profit des collectivités d'outre-mer certains mécanismes qui avaient été prévus à l'origine au profit de la Nouvelle-Calédonie par la loi organique statutaire. L'alignement de la jurisprudence concernant les premières sur celle relative à la seconde y trouve une justification. D'un point de vue pratique, on ne voit d'ailleurs pas très bien ce qui justifierait que la consultation d'une assemblée locale se fasse *après* l'avis du Conseil d'Etat. En l'espèce, l'avis du congrès a été demandé en urgence le 20 mai 2009 par le haut commissaire. Le délai de quinze jours n'ayant pas été respecté, l'avis a été réputé acquis et la procédure a pu suivre son cours.

¹⁴ C.C., n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec., p. 41, cons. 20 ; n° 2007-547 DC, 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Rec., p. 60, cons. 2 ; n° 2007-559 DC, 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, Rec., p. , cons. 1 et 20.

La consultation du congrès de Nouvelle-Calédonie est le seul élément procédural local que le Conseil constitutionnel apprécie en vertu de la loi organique statutaire sur la Nouvelle-Calédonie. Or, selon l'accord de Nouméa, qui est une norme de référence du contrôle de constitutionnalité de la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie, il existe un autre organe qui doit être consulté sur toute modification du statut : le comité des signataires. Selon le point 6.5 de l'accord, ce comité doit « *participer à la préparation des textes nécessaires pour la mise en œuvre de l'accord* ». Le Conseil constitutionnel ne s'est pas considéré comme devant constater la participation de ce comité aux travaux ayant donné lieu à la préparation de la loi organique. Un tel refus pourrait se justifier dans la mesure où l'intervention de ce comité s'inscrit dans une phase de négociation locale et politique. Il n'en reste pas moins que, si celui-ci n'était pas consulté sur une modification du statut de la Nouvelle-Calédonie, l'accord de Nouméa serait violé. Dans la décision, le juge constitutionnel refuse de contrôler le respect de l'obligation procédurale posée par l'accord de Nouméa.

Le Conseil constitutionnel poursuit l'examen de la procédure d'adoption en relevant la délibération en conseil des ministres et, surtout, le dépôt du projet de loi « *en premier lieu sur le bureau du Sénat* »¹⁵. Cette précision contribue à nourrir la réflexion sur la nature de la Nouvelle-Calédonie. En effet, si le projet de loi organique doit être déposé « *en premier lieu devant le Sénat* », c'est que la Nouvelle-Calédonie est une collectivité territoriale au sens de l'article 39 de la Constitution. Ce dernier dispose en effet que « *les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat* ». Cette spécificité procédurale renvoie à l'article 24 de la Constitution qui prévoit que le Sénat « *assure la représentation des collectivités territoriales de la République* ». Exiger que le projet de loi organique sur le statut de la Nouvelle-Calédonie soit déposé d'abord sur le bureau du Sénat présuppose l'appartenance de la Nouvelle-Calédonie à la catégorie des collectivités territoriales, du moins, comme ne manquent pas de le préciser les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, au sens de l'article 39 de la Constitution.

Non réglée explicitement par l'accord de Nouméa ou par la loi organique, la question de la nature de la collectivité de Nouvelle-Calédonie a donné lieu à d'importantes discussions doctrinales, notamment sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 décembre 2006, *Genelle*¹⁶. La question posée à la juridiction administrative suprême concernait l'applicabilité d'une disposition du Code des pensions civiles et militaires de retraite à la Nouvelle-Calédonie. En vertu du principe de spécialité législative, appliqué en l'espèce et qui, on le verra, est, depuis la loi organique déferée au

¹⁵ Cons. 4.

¹⁶ C.E., sect., 13 décembre 2006, *Genelle*, R.F.D.A., 2007, p. 18 et *Semaine Juridique*, Adm. et collect. terr., n° 1, 8 janvier 2007, p. 36, conclusions S. VERCLYTTTE.

Voir sous cet arrêt reprenant tous les éléments de la controverse doctrinale sur la nature de la Nouvelle-Calédonie : O. GOHIN, « La Nouvelle-Calédonie est-elle une collectivité territoriale ? », *Semaine Juridique*, Adm. et collect. terr., n° 1, 8 janvier 2007, p. 43 ; M. VERPEAUX, « La Nouvelle-Calédonie est-elle une collectivité territoriale ? », *Dalloz*, 2007, p. 1175.

Conseil constitutionnel, expressément mentionné dans le statut néo-calédonien, cette disposition ne devait pas s'appliquer à la Nouvelle-Calédonie. En effet, le Code ne mentionnait pas de manière expresse son application à ce territoire. Toutefois, la disposition en question faisait entrer dans son champ d'application les « *collectivités territoriales* ». Si elle n'était pas applicable à ce territoire en vertu du principe de spécialité législative, elle pouvait l'être si la Nouvelle-Calédonie était considérée comme une collectivité territoriale. Sur ce point, le Conseil d'Etat répond par la négative en jugeant que « *la Nouvelle-Calédonie n'est pas régie par le titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales de la République mais par son titre XIII, qui lui est spécifiquement consacré et que son organisation et ses compétences sont déterminées, dans le respect de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, par la loi organique du 19 mars 1999, laquelle ne la qualifie pas de collectivité territoriale* » et « *que le législateur en mentionnant les collectivités territoriales dans la liste des employeurs concernés a entendu se référer aux collectivités territoriales mentionnées à l'article 72 de la Constitution, figurant au titre XII de celle-ci* ». Le raisonnement du Conseil d'Etat n'emporte pas la conviction pour deux séries de raisons au moins.

D'une part, la question de la qualification de la Nouvelle-Calédonie en tant que « collectivité territoriale » paraît en l'espèce sans pertinence pour résoudre le litige. Il semble qu'il eût été possible de le résoudre à partir du seul principe de spécialité dont il aurait fallu retenir une interprétation classique. Le juge administratif aurait ainsi pu considérer que la précision par le législateur de l'applicabilité de la loi aux « collectivités territoriales » ne suffit pas pour présumer de l'applicabilité de celles-ci aux collectivités de la République régies par le principe de spécialité. Dans un souci de cohérence interprétative avec son voisin du Palais-Royal, en présence de l'autorité de chose interprétée par le Conseil constitutionnel, il aurait pu ajouter, par ailleurs, que la disposition en question ne pouvait être considérée « *en raison de [son] objet* » comme étant « *nécessairement destin[e] à régir l'ensemble du territoire de la République* »¹⁷.

D'autre part, la problématique nous semble moins devoir relever d'une qualification de la Nouvelle-Calédonie en tant que « collectivité territoriale » que d'une question d'applicabilité de dispositions normatives à cette collectivité. En tant qu'entité décentralisée au sein de la République, quel que soit son degré d'autonomie, la Nouvelle-Calédonie reçoit la dénomination qu'ont toutes ces entités au sein de la République, à savoir celle de collectivité territoriale. On voit mal, au-delà des sous-entendus politiques liées à cette question¹⁸, ce que serait au sein de la République française une entité territoriale décentralisée qui ne serait pas une collectivité territoriale. Il n'en reste pas moins que la Nouvelle-Calédonie dispose d'un titre spécifique dans la Constitution et d'un régime juridique dérogoratoire à la Constitution. Elle est une collectivité territoriale dont le régime juridique échappe, en vertu précisément de ce titre spécifique, au droit commun des collectivités territoriales. Toute la question est alors de savoir quelle est l'étendue de la spécificité de cette collectivité territoriale. La Nouvelle-Calédonie est en ce sens une collectivité territoriale anisotrope, c'est-à-dire « dont les propriétés varient selon les dimensions

¹⁷ C.C., n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec., p. 41, cons. 18.

¹⁸ Voir sous cet angle, O. GOHIN, « La Nouvelle-Calédonie est-elle une collectivité territoriale ? », *précit.*, p. 43.

considérée »¹⁹. Il est ainsi parfaitement possible de soutenir avec M. VERPEAUX que « la Nouvelle-Calédonie n'est pas une collectivité territoriale du Titre XII » mais que « la Nouvelle-Calédonie [est] une collectivité territoriale »²⁰.

S'il faut encore appuyer cette analyse doctrinale sur des dispositions constitutionnelles, deux arguments au moins, évoqués par la doctrine, paraissent décisifs en faveur de la qualification de la Nouvelle-Calédonie en tant que collectivité territoriale. En premier lieu, le titre XII de la Constitution, titre général de la Constitution sur les « *collectivités territoriales* », contient un article 72 alinéa 3 qui dispose que « *le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII* ». La Nouvelle-Calédonie est donc une collectivité territoriale, son existence est évoquée dans le titre qui est consacré à ces entités décentralisées, mais qui dispose d'un régime spécial dans un autre titre de la Constitution. Le fait que l'article 72 de la Constitution énonce les différentes catégories de collectivités territoriales, « *les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer* », ne semble pas constituer un obstacle à l'interprétation proposée. La Nouvelle-Calédonie fait partie des « *collectivités à statut particulier* » dans la mesure où son régime juridique dérogatoire est régi par le titre XIII de la Constitution. En second lieu, le Sénat, selon l'article 24 de la Constitution, « *assure la représentation des collectivités territoriales* ». Or, la Nouvelle-Calédonie dispose d'un représentant au Sénat alors que ce dernier assure la représentation des « *collectivités territoriales* » et non des « *collectivités territoriales et de la Nouvelle-Calédonie* ».

La décision commentée s'inscrit dans cette perspective. La jurisprudence constitutionnelle antérieure, mentionnée par le commissaire du gouvernement sur l'arrêt *Genelle*, était peu explicite. La décision du 19 mars 1999 sur le statut de la Nouvelle-Calédonie ne contient *a priori* aucun élément permettant de résoudre la question de la qualification de la Nouvelle-Calédonie. Cependant, l'articulation du régime général, concernant toutes les collectivités territoriales, avec le régime spécial, propre à la Nouvelle-Calédonie, semble abordée par le Conseil constitutionnel alors qu'il constate le caractère dérogatoire à la Constitution du régime introduit par le pouvoir de révision constitutionnelle en 1998 au profit de la Nouvelle-Calédonie. Après avoir constaté que la révision avait introduit des dispositions « *qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle* », il juge que « *de telles dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord* » de Nouméa²¹. En d'autres termes, la Nouvelle-Calédonie est soumise au respect de la Constitution, et donc au régime prévu pour les collectivités territoriales, sauf dérogation strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa. La difficulté à laquelle seront confrontés les juges, dans un second temps, est précisément d'établir ce qui relève du droit commun et ce qui relève du régime spécifique.

¹⁹ V. sur cette notion : J.-M. PONTIER, « La personnalité juridique, notion anisotrope », *R.F.D.A.*, 2007, p. 979.

²⁰ La formule exacte utilisée par M. VERPEAUX étant la suivante : « La Nouvelle-Calédonie doit être une collectivité territoriale » (« La Nouvelle-Calédonie est-elle une collectivité territoriale ? », *précit.*).

²¹ Cons. 3.

Dans la décision du 30 juillet 2003, *Loi organique relative au référendum local*, le Conseil constitutionnel avait explicité le domaine d'application de la loi en jugeant qu'elle s'appliquait « à toutes les collectivités territoriales régies par le titre XII de la Constitution »²². Cette référence « devait » être interprétée, selon les commentaires du secrétaire général du Conseil constitutionnel, comme excluant la Nouvelle-Calédonie²³. La décision n'en est pas moins peu éclairante dans la mesure où, si l'on peut difficilement soutenir que la Nouvelle-Calédonie est « régie » par le titre XII de la Constitution, dont l'article 72-3 précise qu'elle est « régie » par le titre XIII, on doit également considérer que la Nouvelle-Calédonie est « visée » par le titre XII de la Constitution, qui renvoie au titre XIII pour en encadrer le statut.

La décision du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, ne résout pas de manière plus explicite la question. Le Conseil constitutionnel a jugé que « si les provinces de la Nouvelle-Calédonie sont des collectivités territoriales de la République, elles n'en sont pas moins régies par les dispositions du titre XIII de la Constitution ; qu'il s'ensuit que l'article 72-2 de la Constitution ne leur est pas applicable de plein droit »²⁴. Cette formule n'apporte aucune certitude quant à la qualification de la Nouvelle-Calédonie dans la mesure où elle ne mentionne que les provinces. Toutefois, à ne considérer que les provinces, et non la Nouvelle-Calédonie, comme étant des collectivités territoriales, il serait difficile de concevoir l'existence de collectivités territoriales, les provinces, susceptibles d'être régies, même si ce n'est pas de plein droit, par le titre XII de la Constitution, au sein d'une entité, la Nouvelle-Calédonie, qui n'est pas elle-même une collectivité territoriale et qui serait exclusivement régie par un autre titre de la Constitution. Il paraît donc cohérent de proposer une transposition de la formule du Conseil constitutionnel concernant les provinces à la Nouvelle-Calédonie : la Nouvelle-Calédonie est une collectivité territoriale, régie par le titre XIII de la Constitution et qui, en conséquence, n'est pas soumise de plein droit au titre XII de la Constitution.

La décision du 30 juillet 2009 est indubitablement plus claire que les précédentes sans avoir pour autant, à s'en tenir à une interprétation stricte et prudente, une portée générale. Il est certes incontestable que la Nouvelle-Calédonie est considérée comme une collectivité territoriale, mais uniquement au regard de l'article 39 de la Constitution et, *a fortiori*, de l'article 24 de la Constitution. Il n'est donc pas possible de déterminer *a priori* les cas dans lesquels la Nouvelle-Calédonie sera ou ne sera pas considérée comme une collectivité territoriale ou, plus précisément, dans quel(s) cas la Nouvelle-Calédonie doit être considérée comme une collectivité territoriale échappant au droit commun qui leur est applicable. L'apport de la décision n'en est pas moins

²² C.C., 2003-482 DC, 30 juillet 2003, *Loi organique relative au référendum local*, *Rec.*, p. 414, cons. 5.

²³ J.-E. SCHOETTL, « La loi organique sur le référendum local », *L.P.A.*, n° 192, 25 septembre 2003, p. 8.

M. VERPEAUX note par ailleurs que dans la décision rendue le même jour sur la loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales (n° 2003-478 DC, 30 juillet 2003, *Rec.*, p. 406), le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur le domaine d'application de la loi. L'expérimentation semble donc possible pour la Nouvelle-Calédonie (« La Nouvelle-Calédonie est-elle une collectivité territoriale ? », *précit.*, note 14).

²⁴ C.C., n° 2003-500 DC, 29 juillet 2003, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, *Rec.*, p. 116, cons. 6.

décisif car il est désormais certain que la Nouvelle-Calédonie *peut* être considérée comme une collectivité territoriale, au moins au sens de l'article 39 de la Constitution. Le malaise lié à la qualification de la Nouvelle-Calédonie est levé.

L'examen du respect du reste de la procédure d'adoption de la loi organique soulève moins de discussion. Le juge constate de manière générique que les dispositions de l'article 46 de la Constitution ont été respectées et, qu'en particulier, le dixième alinéa de l'article 19 de la loi organique relatif au Sénat a bien été adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées. L'appréciation de la disposition de la loi organique relative à la départementalisation de Mayotte sous l'angle (exclusif) procédural a une portée moindre, tout en témoignant cependant de la lourdeur de la procédure à mener en cas de changement de catégorie de collectivité territoriale.

B – La procédure du changement de catégorie de collectivité territoriale de Mayotte

Le seul article de la loi organique concernant Mayotte pose le principe selon lequel la collectivité départementale de Mayotte devient une collectivité régie par l'article 73 de la Constitution et prévoit le nom de la future collectivité (« *Département de Mayotte* »), le moment du changement du statut (« *à compter de la première réunion suivant le renouvellement de son assemblée délibérante en 2011* ») et les compétences dévolues à la nouvelle collectivité (« *les compétences dévolues aux départements d'outre-mer et aux régions d'outre-mer* »).

La voie vers la départementalisation de Mayotte a été empruntée dès 2000. L'accord sur l'avenir de Mayotte du 27 janvier 2000²⁵ a prévu que cette collectivité serait érigée en « *collectivité départementale* », lui permettant « *d'adopter une organisation juridique, économique et sociale qui se rapprochera le plus possible du droit commun et qui sera adaptée à l'évolution de la société mahoraise* ». La population mahoraise sera consultée et se prononcera en faveur de cet accord le 2 juillet 2000. La loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte²⁶ concrétisera ses orientations. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 inscrira Mayotte dans l'article 72-3 alinéa 2 de la Constitution et obligera à l'adoption d'une loi organique pour établir son statut, conformément au nouvel article 74 de la Constitution. Ce dernier impose un rehaussement normatif du statut de Mayotte, réalisé avec la loi organique du 21 février 2007²⁷. Le statut de Mayotte est inséré dans la (nouvelle) sixième partie du Code général des collectivités territoriales (CGCT) consacrée aux collectivités d'outre-mer de l'article 74 de la Constitution. La loi organique de 2007 a également modifié une disposition de la loi de 2001 qui permettait au conseil général de Mayotte d'adopter une résolution portant sur la modification du statut de Mayotte. Désormais, l'article LO 6111-2 du CGCT prévoit que le

²⁵ Cet accord a été signé par le secrétaire d'Etat à l'outre-mer, au nom du Gouvernement, et par les représentants des trois partis politiques représentés au conseil général de Mayotte, à savoir le Mouvement Populaire Mahorais, le Rassemblement Pour la République et le Parti Socialiste ainsi que par le président du conseil général. Il a été publié au *Journal officiel* le 8 février 2000.

²⁶ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 *relative à Mayotte*.

²⁷ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 *portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*.

conseil général de Mayotte peut adopter à la majorité de ses membres et au scrutin public « *une résolution portant sur la modification du statut de Mayotte et son accession au régime de département et région d'outre-mer défini à l'article 73 de la Constitution* ».

C'est en application de cette disposition que le conseil général de Mayotte a demandé le 18 avril 2008, par le vote d'une résolution adoptée à l'unanimité, d'accéder au régime de département et de région d'outre-mer visé par l'article 73 de la Constitution. Le 16 décembre 2008, le ministre chargé de l'outre-mer, Yves JEGO, rendit publique une « feuille de route » précisant l'étendue et la portée de la départementalisation. Le changement statutaire envisagé est couvert par l'article 72-4 alinéa 1^{er} de la Constitution. Il n'implique aucune révision constitutionnelle car si les collectivités situées en outre-mer sont mentionnées explicitement dans l'alinéa 2 de l'article 72-3, celui-ci ne précise pas le régime dont elles relèvent, article 73 (département et région d'outre-mer) ou article 74 (collectivité d'outre-mer) de la Constitution. L'évolution statutaire n'en exige pas moins une procédure lourde. Tout changement « *de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité (...) aient été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant* ». L'alinéa 1^{er} de l'article 72-4 prévoit le caractère obligatoire de la consultation et, le cas échéant, de l'accord de la population concernée. Les modalités de la consultation sont celles du référendum d'outre-mer régi par l'alinéa 2 de la même disposition. La procédure référendaire est calquée sur celle de l'article 11 de la Constitution, dans sa rédaction antérieure à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : l'initiative appartient au Chef de l'Etat sur proposition du gouvernement ou sur proposition conjointe des deux assemblées publiées au *Journal officiel* ; la consultation doit porter sur l'organisation, les compétences ou le régime législatif d'une collectivité située en outre-mer et, lorsque la consultation porte sur un changement statutaire et qu'elle est intervenue sur proposition du gouvernement, ce dernier doit faire une déclaration devant chaque assemblée suivie d'un débat.

Dans l'examen de la seule disposition organique relative à Mayotte, le Conseil constitutionnel apprécie le respect de ces exigences constitutionnelles préalables à l'adoption de la loi organique. Il relève que le Président de la République a, sur proposition du gouvernement, décidé par un décret du 20 janvier 2009 de consulter les électeurs de Mayotte sur « *la transformation de Mayotte en une collectivité unique appelée « Département », régie par l'article 73 de la Constitution, exerçant les compétences dévolues au départements et aux régions d'outre-mer* ». Il constate l'existence d'une déclaration du gouvernement suivie d'un débat devant chacune des deux chambres et enfin, et surtout, l'approbation du changement de statut par la majorité des électeurs. A l'instar de qu'il avait fait lors du passage de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy du statut de commune à celui de COM²⁸, le juge constitutionnel se borne à constater l'existence de chacune des phases procédurales exigées par la Constitution. Il n'exerce de manière explicite aucun contrôle sur l'exigence

²⁸ C.C., n° 2007-547 DC, 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Rec., p. 60, cons. 29.

constitutionnelle de clarté et de loyauté de la consultation, qu'il a pourtant lui-même dégagée²⁹. Un tel contrôle ne semble donc devoir s'imposer que lorsqu'il intervient *a priori*, avant que la consultation n'ait lieu, et plus précisément lorsqu'il est saisi *a priori* de la loi organisant la consultation comme c'était le cas pour la consultation de la population de la Nouvelle-Calédonie en 1987 et celle de la population de Mayotte en 2000. Dans la décision du 30 juillet 2009, le Conseil constitutionnel occulte la question d'un éventuel contrôle de l'exigence de clarté et de loyauté de la consultation pour se contenter de prendre acte de la tenue de la consultation. Le pragmatisme l'emporte au détriment du respect des exigences constitutionnelles, dans la mesure où une censure *a posteriori* d'une consultation implique l'organisation d'une nouvelle consultation. On peut considérer avec Marthe FATIN-ROUGE STEPHANINI³⁰ que seule une formalisation constitutionnelle du principe du contrôle de la clarté et de la loyauté des consultations est en mesure de garantir un meilleur respect de ces exigences. Il faudrait également que l'intervention du Conseil constitutionnel pour en sanctionner le respect soit expressément prévue dans la Constitution.

Ces conditions « pré-organiques » remplies, le Conseil constitutionnel s'intéresse à la procédure législative organique proprement dite. De manière générique à nouveau, il constate l'existence d'une consultation du conseil général de Mayotte, prévue par l'article LO 6113-3 du CGCT, intervenue, conformément à une jurisprudence déjà évoquée, avant l'avis du Conseil d'Etat, d'une délibération du conseil des ministres, d'un dépôt du projet d'abord devant le Sénat et de la soumission à la délibération et au vote du Parlement dans les conditions prévues par l'article 46 de la Constitution.

Le passage du statut de COM à celui de DROM n'est pas sans poser des difficultés techniques et pratiques. Il implique en effet une triple intervention : deux interventions du législateur organique, l'une pour poser le principe du changement de statut (article 72-4 alinéa 1 de la Constitution) et l'autre pour abroger le précédent statut du COM concerné (posé par une loi organique), ainsi qu'une intervention du législateur ordinaire pour fixer le nouveau régime juridique du territoire. Le législateur organique a choisi en 2009 de ne prévoir que le principe du passage du statut de COM à celui de DROM de Mayotte à une échéance déterminée. Un tel choix

²⁹ C.C., n° 87-226 DC, 2 juin 1987, *Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 34, cons. 7 ; n° 2000-428 DC, 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, JORF, 10 mai 2000, p. 6976, cons. 15.

La population de Mayotte avait déjà souffert d'une certaine ambiguïté de la question qui lui avait été posée lors du second référendum d'autodétermination ou, plus exactement, de maintien dans la République. Deux questions avaient été posées à la population de Mayotte. Le 8 février 1976, il s'agissait de se prononcer sur le maintien de Mayotte dans la République ; le 11 avril 1976, la question portait sur le statut de Mayotte. Afin d'éviter un vote massif en faveur de la départementalisation de Mayotte, le gouvernement avait posé une question volontairement ambiguë : « désirez-vous que Mayotte conserve ou abandonne le statut de territoire s'outre-mer ? ». La population de Mayotte rejette le statut de territoire d'outre-mer avec 97,47 % des suffrages exprimés alors que 79,59 % des votants déposent un bulletin nul afin de se prononcer en faveur de la départementalisation de Mayotte. Voir sur cette question le rapport précité de C. COINTAT, p. 32.

³⁰ M. FATIN-ROUGE STEPHANINI, « L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, 2007, p. 1552.

obligera donc à l'adoption d'une nouvelle loi organique et d'une loi ordinaire avant le terme fixé par l'article LO 3446-1 nouveau du CGCT. Sans doute, une intervention simultanée aurait été plus simple, à condition de prévoir l'entrée en vigueur du nouveau régime juridique et l'abrogation de l'ancien statut au moment du passage du statut de COM à celui de DROM « à compter de la première réunion suivant le renouvellement de [l'] assemblée délibérante » de Mayotte. D'un point de vue constitutionnel, le Conseil constitutionnel n'a vu aucun obstacle au choix qui a été fait par le législateur organique.

II – La préservation de l'autonomie néo-calédonienne dans le respect de la Constitution

Sur le fond, le Conseil constitutionnel soulève cinq séries de dispositions relatives à la Nouvelle-Calédonie dans la loi organique : la répartition des compétences avec l'Etat, les modalités des transferts de compétences, l'applicabilité des lois et règlements, la consultation du congrès et des dispositions diverses. Sur cet ensemble, il procédera à trois déclarations de contrariété à la Constitution, à une réserve d'interprétation et à un déclassement d'une disposition organique. Quatre thèmes généraux se dégagent : la compétence du législateur organique (A), le respect des transferts de compétences établis par l'accord de Nouméa (B), l'interprétation stricte de l'habilitation constitutionnelle en faveur de la préférence locale (C) et la préservation de l'autonomie institutionnelle du congrès de Nouvelle-Calédonie (D).

A – La compétence du législateur organique

La question de la compétence du législateur organique aura soulevé une interrogation, conduit à un déclassement et donné lieu à un « considérant balai ».

L'article 18 de la loi organique contrôlée a inséré dans le statut un article 6-2 relatif au principe de spécialité législative, qui précise les conditions d'application des lois et règlements en Nouvelle-Calédonie. Il peut d'ailleurs apparaître étonnant d'avoir attendu 2009 pour inscrire ce principe dans le statut, même s'il s'appliquait à la Nouvelle-Calédonie lorsqu'elle était un territoire d'outre-mer et que le Conseil d'Etat avait maintenu l'application de ce principe après 1999³¹. L'explicitation du principe de spécialité pour la Nouvelle-Calédonie conduit à distinguer trois situations : « dans les matières qui relèvent de la compétence de l'Etat, sont applicables en Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin » ; par exception à ce principe, certaines dispositions législatives ou réglementaires limitativement énumérées sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie ; sont également applicables de plein droit, « toute autre disposition législative ou réglementaire qui, en raison de son objet, est nécessairement destinée à régir

³¹ C.E., sect., 13 décembre 2006, *Genelle, précit.* ; voir en particulier sur cette question, F. LENICA, J. BOUCHER, « De l'interprétation du code des pensions civiles et militaires de retraite à l'obscur clarté de la Constitution », *A.J.D.A.*, 2007, p. 363.

l'ensemble du territoire de la République ». Cette dernière formule intègre dans la loi organique un élément issu de la jurisprudence constitutionnelle. Dans la décision du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, le Conseil constitutionnel était saisi d'une disposition du statut de la Polynésie française explicitant le principe de spécialité. Cette disposition ne prévoyait que les deux premières situations évoquées pour la Nouvelle-Calédonie (application si les textes le prévoit et, par exception, application de plein droit des textes intervenant dans les domaines limitativement énumérés). Le juge a formulé une réserve *additive* en jugeant que « *toutefois, cette énumération ne saurait être entendue comme excluant les autres textes qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire de la République* »³². C'est précisément cette formule qui est reprise en 2009 pour la Nouvelle-Calédonie. Le Conseil constitutionnel demeure toutefois discret et modeste face à la consécration par le législateur organique de sa jurisprudence, contrairement à ce qu'il avait pu faire, dans la même situation, dans la décision du 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*. Dans cette dernière décision, il affirmait, de manière pour le moins surprenante³³, que la disposition de loi organique en question était « *conforme à la réserve d'interprétation figurant au considérant 18 de la décision du Conseil constitutionnel du 12 février 2004* »³⁴. Le changement de territoire concerné, la Nouvelle-Calédonie et non la Polynésie, rendait toutefois difficile la réitération d'une telle formule.

L'inscription par la loi organique du principe de spécialité législative soulevait une difficulté de compétence pour le Conseil constitutionnel. Si la Constitution prévoit dans son article 74, au profit des COM, que la loi organique statutaire fixe « *les conditions dans lesquelles les lois et règlements sont applicables* », elle demeure muette sur cette question pour la Nouvelle-Calédonie. L'accord de Nouméa n'est pas plus explicite. Le Conseil constitutionnel trouve cependant un fondement constitutionnel à la compétence du législateur organique dans l'article 77 de la Constitution. La formule contenue dans cette disposition, selon laquelle une loi organique doit « *assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies* » par l'accord de Nouméa, est interprétée par le Conseil constitutionnel comme renvoyant « *nécessairement* » à la loi organique « *le soin de fixer les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables* »³⁵. Le Conseil constitutionnel conclut que la disposition contestée « *qui a cet objet, n'est pas contraire à la Constitution* ». Par cette formule, il précise que la question de la compétence du législateur organique pour instituer le principe de spécialité ne renvoie pas à la répartition des compétences entre le législateur ordinaire et le législateur organique mais constitue une question de principe. Le législateur organique pouvait-il poser le principe de spécialité législative ? Une telle interrogation renvoie en substance à l'application même du principe de spécialité législative en Nouvelle-Calédonie. Si la disposition de

³² C.C., n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec., p. 41, cons. 18.

³³ Voir nos observations critiques dans cette revue, n° 74, 2008, pp. 286-287.

³⁴ C.C., n° 2007-557 DC, 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, précit., cons. 5.

³⁵ Cons. 13.

loi organique, à défaut d'habilitation constitutionnelle, avait été déclarée contraire à la Constitution pour incompétence, cette censure aurait rejailli sur le principe même de spécialité législative. L'absence d'habilitation constitutionnelle vaudrait en effet *a fortiori* pour le législateur ordinaire. La formulation du considérant du Conseil constitutionnel apparaît de la sorte ambiguë parce que la question de principe de l'applicabilité du principe de spécialité législative en Nouvelle-Calédonie est résolue par le Conseil constitutionnel sous couvert d'une question de compétence du législateur organique. On voit mal cependant ce qui pouvait faire obstacle au principe de spécialité législative en Nouvelle-Calédonie. Le Conseil constitutionnel a choisi d'exercer un contrôle explicite de l'article 18 de la loi organique. Il était donc nécessaire de trouver un fondement constitutionnel au principe de spécialité législative.

Le Conseil constitutionnel a ensuite déclassé une disposition de loi organique qui prévoit que le gouvernement présente à une commission, la commission consultative d'évaluation des charges instituée par le statut de Nouvelle-Calédonie, un bilan de l'évolution des emplois de l'Etat entre le transfert des compétences et la fin de la mise à disposition des personnels correspondants. Il relève que cette disposition ne relève pas du « *domaine de la loi organique défini par l'article 77* » de la Constitution et qu'elle n'a donc « *pas le caractère organique* »³⁶. Cette disposition doit être considérée non seulement comme non organique en elle-même, mais non organique du fait de sa séparabilité de dispositions organiques. En effet, le déclassement doit être lu au regard du « *considérant balai* » relatif au caractère organique des dispositions de loi contestées. A l'issue de l'examen des dispositions de loi relatives à la Nouvelle-Calédonie et à Mayotte, le Conseil précise en effet que les « *autres dispositions* », dans le premier cas, les « *dispositions* » dans le second, « *sont organiques par elles-mêmes ou du fait de leur inséparabilité de dispositions organiques* »³⁷. L'absence de motivation par le Conseil constitutionnel du déclassement auquel il procède, comme c'est souvent le cas dans ce type de situation, ne permet pas d'apprécier avec pertinence la portée de ce choix.

B - Le respect des transferts de compétences établis par l'Accord de Nouméa

L'aménagement des transferts de compétences prévus lors de la seconde phase par l'article 3.1.2 de l'accord de Nouméa constitue le cœur de la loi organique. Cet accord représente sur cette question la norme de référence principale du contrôle de constitutionnalité de la loi. Le Conseil est attentif à ce que toute modification de la loi organique statutaire sur les questions de compétence, y compris en dehors des transferts de la seconde phase, respecte l'accord de Nouméa.

Il relève ainsi que le remplacement de la dénomination de la compétence exercée par l'Etat au titre de la « *défense, au sens de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense* » par celle de « *défense nationale* » respecte l'accord de Nouméa. Son article 3.3 concerne les

³⁶ Cons. 8.

³⁷ Respectivement cons. 20 et 25.

compétences régaliennes de l'Etat qui ne pourront être transférées « *jusqu'à la nouvelle organisation politique résultant de la consultation des populations intéressées* » sur l'accession à l'indépendance. Parmi ces compétences régaliennes, l'article 3.3 mentionne de manière générique la « *défense* ». Dans ces conditions, le changement de dénomination prévu par la loi organique de 2009 respecte, selon le Conseil constitutionnel, l'accord de Nouméa³⁸.

Le Conseil veille également à ce que l'aménagement des transferts de la seconde phase ne bouleverse pas le calendrier fixé par l'accord de Nouméa. Suite à un amendement du Sénat, l'article 3 de la loi modifie l'article 26 de la loi organique de 1999 relatif au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences en matière de droit civil, d'état civil et de droit commercial et de sécurité civile. A l'origine, c'est-à-dire dans le statut de 1999, ces compétences relevaient de l'article 21 III 4° et 5°. Selon l'article 26 du statut originel, le transfert des compétences mentionnées à l'article 21 III devait se faire « *au cours de la période correspondant aux mandats du congrès commençant en 2004 et 2009* », selon les modalités prévues par une loi du pays adoptée « *au plus tard le dernier jour du sixième mois suivant le début de chaque mandat* » (soit le 30 novembre 2009). Parce que le congrès n'avait toujours pas adopté cette loi du pays, bloquant ainsi les transferts de compétences et risquant de la sorte de méconnaître les prescriptions de la loi organique, le Sénat a décidé d'assouplir l'échéancier. Concernant ces compétences, il a été prévu que « *la loi du pays relative au transfert des compétences visées aux 4° et 5° du même III est adoptée au plus tard le dernier jour de la deuxième année suivant le début du mandat du congrès commençant en 2009* ». Le juge relève que ce dispositif reporte « *au 31 décembre 2011 la fin de la période au cours de laquelle doit être prise la loi du pays relative aux transferts de ces compétences* ». Or, l'article 3.1.2 impose un transfert de ces compétences au cours « *du second et du troisième mandats du Congrès* ». Le Conseil constate que les compétences « *seront effectivement transférées au cours du même mandat* » et donc la conformité à la Constitution de l'article 3 de la loi organique³⁹. Que ce soit dans les six premiers mois après le début du mandat de 2009 (délai d'origine en 1999) ou dans les deux ans après le début de ce même mandat, c'est bien, conformément à l'accord de Nouméa, *au cours* du mandat que le transfert a lieu.

L'aménagement des transferts de compétences de la seconde phase a également conduit à adopter des modalités particulières de compensation de charges, en particulier pour les investissements engagés par la Nouvelle-Calédonie pour exercer sa compétence relative à l'enseignement public du second degré et à l'enseignement privé. Sur ce point, l'article 8 de la loi organique insère dans le statut de 1999 une disposition qui prévoit que « *l'Etat assure, jusqu'à leur terme, le financement des opérations de réalisation des lycées d'enseignement général, technique et professionnel du Mont-Dore et de Pouembout qu'il a engagées avant que le transfert ne soit effectif* ». Pour le Conseil constitutionnel, il résulte des 2° et 3° du III de l'article 21 (transfert selon les modalités prévues à l'article 26 de l'enseignement du second degré public et privé, sauf la réalisation et l'entretien des collèges du premier cycle du second degré de la santé scolaire et de l'enseignement primaire privé)

³⁸ Cons. 5.

³⁹ Cons. 6.

et de l'article 26 du statut (transfert de ces compétences après adoption d'une loi du pays adoptée « au plus tard le dernier jour du sixième mois suivant le début du mandat du congrès commençant en 2009 ») que « la compétence concernée devra être transférée au cours de la période correspondant au mandat du congrès commençant en 2009 ». Les dispositions de l'article 8 de la loi organique sur les compensations de charge sont sans effet sur la date du transfert de cette compétence. Le juge précise que « sous cette réserve, l'article 8 n'est pas contraire à la Constitution »⁴⁰. Il formule ainsi une réserve d'interprétation neutralisante. Les modalités de compensation de charges ne sauraient emporter d'effet sur la date des transferts de compétences.

L'examen des dispositions de loi relatives à l'aménagement des transferts de la seconde phase par rapport aux délais de transfert aurait sans doute pu faire l'économie de ces formules. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 26 du statut de 1999, qui pose le calendrier des transferts en conformité avec l'accord de Nouméa et qui fixe les modalités de transfert des compétences visées aux 2^o, 3^o, 4^o et 5^o du III de l'article 21, n'a pas été modifié. Il prévoit toujours que « les compétences attribuées à l'Etat par les dispositions du III de l'article 21 sont transférées à la Nouvelle-Calédonie au cours de la période correspondant aux mandats du congrès commençant en 2004 et 2009 ». Quels que soient les aménagements contrôlés de manière explicite par le Conseil constitutionnel concernant les transferts des compétences visées aux 2^o, 3^o, 4^o et 5^o du III de l'article 21, qui renvoie de toute façon pour leurs modalités à l'article 26, les délais sont les mêmes qu'en 1999. Le constat du maintien de ces dates aurait suffi pour constater la conformité de la loi organique avec l'accord de Nouméa.

Enfin, le Conseil constitutionnel a censuré l'article 12 de la loi organique introduisant un article 59-1 relatif à l'aménagement des transferts de compétences en matière d'enseignement au titre des 2^o et 3^o du III de l'article 21 du statut. Cet article prévoit qu'à la date d'entrée en vigueur de ces transferts, « les personnels rémunérés sur le budget de l'Etat au titre de l'exercice de ces compétences sont mis à la disposition de la Nouvelle-Calédonie ». Cette mise à disposition est globale et gratuite, l'Etat gardant à sa charge la rémunération du personnel enseignant. L'alinéa 3 de cet article, qui fait l'objet d'une censure, dispose que dans un délai de cinq ans après l'adoption de la loi du pays posant l'échéancier et les modalités du transfert des compétences évoquées en matière d'enseignement, « une convention passée entre le haut-commissaire et le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie fixe les modalités de [cette] mise à disposition ». Ce même alinéa prévoit qu'à défaut d'une telle convention dans le délai prescrit un décret en Conseil d'Etat, « pris sur proposition du Congrès à la majorité de ses membres », fixera le terme de la mise à disposition et ses modalités. Le Conseil constitutionnel ne remet pas en cause le principe de la mise à disposition mais l'une de ses modalités d'exercice. En effet, sur le principe, l'accord de Nouméa prévoit dans son article 3 que durant la période des transferts de compétences « l'Etat participera (...) à la prise en charge financière des compétences transférées. Cette compensation financière sera garantie par la loi constitutionnelle ». L'article 77 de la Constitution précise que la loi organique fixe « la répartition des charges résultant » des transferts de compétences. Le législateur organique était donc habilité à prévoir une mise à

⁴⁰ Cons. 7.

disposition du personnel rémunéré sur le budget de l'Etat. En revanche, il ne pouvait subordonner à une proposition du congrès le décret du Conseil d'Etat qui fixe les modalités de transfert des compétences et le terme de cette mise à disposition. En conséquence, le Conseil censure l'énoncé de l'alinéa 3 de l'article 59-1 du statut ajouté par la loi organique de 2009 qui prévoit la proposition du congrès. La procédure mise en œuvre en cas d'échec dans un certain délai de la procédure contractuelle entre le haut-commissaire et le président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie ne saurait être subordonnée à une initiative locale. Compte tenu du laconisme de l'accord de Nouméa et de l'article 77 de la Constitution sur cette question précise et technique, il est pour le moins difficile d'identifier avec certitude la raison d'être de la solution du Conseil constitutionnel. Alors que c'est l'Etat qui supporte le poids financier de la mise à disposition et qu'une première procédure conventionnelle entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie réglant ses modalités a échoué, on peut penser que seul l'Etat doit être en mesure de décider de ces modalités et surtout de la période à l'issue de laquelle il ne supportera plus cette charge. Ajoutons que dans la décision du 15 mars 1999, la procédure du décret en Conseil d'Etat sur proposition du congrès n'avait fait l'objet d'aucune remarque sur sa conformité à la Constitution que ce soit pour le changement des limites des provinces visé par l'article 2 du statut ou le transferts des établissements visés par l'article 23 du statut (le décret devant préciser les modalités et la date du transfert). A supposer la jurisprudence du Conseil constitutionnel cohérente sur ce point, ce n'est donc pas la procédure en elle-même qui soulève des difficultés, mais son utilisation dans un domaine dans lequel une maîtrise étatique doit être préservée.

C – L'interprétation stricte de l'habilitation constitutionnelle en faveur de la préférence locale

La possibilité pour la population locale de Nouvelle Calédonie de bénéficier de mesures préférentielles en matière d'emploi a été inscrite dans l'accord de Nouméa. Le point 5 prévoit, « afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, [que] des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie ». L'article 77 de la Constitution indique que la loi organique sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie détermine « les règles relatives à l'emploi ». L'article 24 de la loi organique de 1999 précise que « dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié » et que « de telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale ». L'emploi public comme l'emploi privé sont concernés par la possibilité de prévoir un traitement préférentiel au profit des populations locales. Une telle politique, qui « trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa »⁴¹, s'apparente dans un sens large à une politique de discrimination positive⁴². Selon la définition proposée par

⁴¹ C.C., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, précit.*, cons. 16 ; décision commentée, cons. 18.

⁴² Voir pour une synthèse éclairante sur les discriminations positives : M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *R.F.D.A.*, 2002, pp. 561 et s.

Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, une discrimination positive est « une différenciation juridique de traitement créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles »⁴³. Le caractère temporaire de la mesure paraît devoir se situer au cœur de la notion. Une politique de discrimination positive vise à compenser une inégalité de fait. Elle doit s'arrêter une fois que l'égalité de fait s'est réalisée. Or, la politique en faveur de l'emploi de la population locale de Nouvelle-Calédonie n'a pas, en principe, de caractère temporaire. Ce n'est pas une inégalité de fait qui justifie la mesure. L'accord de Nouméa mentionne en effet, à l'appui de cette politique, « l'étroitesse du marché de l'emploi ». Celle-ci n'est pas temporaire. Face à un nombre restreint d'emplois sur l'île, il faudra toujours favoriser l'emploi des populations locales. En outre, s'il est vrai que, par ces mesures, il s'est agi de compenser une inégalité historique dont ont été victimes les kanaks⁴⁴ ; il n'en reste pas moins que le cercle des bénéficiaires de ces mesures dépasse largement cette catégorie de la population. Cette politique en faveur de l'emploi de populations locales s'éloigne d'autant de la définition retenue des discriminations positives. Le terme de préférence locale, malgré la charge négative d'une telle expression, semble plus adapté et a le mérite d'identifier clairement le type de mesures concernées.

Deux catégories de personnes susceptibles de bénéficier de mesures préférentielles sont visées par la loi organique de 1999 : les citoyens de la Nouvelle-Calédonie et les personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence. Cette distinction contribue d'ailleurs à établir plusieurs catégories juridiquement distinctes de populations en Nouvelle-Calédonie⁴⁵. En 1999, le Conseil avait formulé une réserve d'interprétation relative à l'appréciation de la durée suffisante en jugeant que celle-ci devait reposer sur « des critères objectifs et rationnels en relation directe avec la promotion de l'emploi local, sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa ; qu'en tout état de cause, cette durée ne saurait excéder celle fixée par les dispositions combinées des articles 4 et 188 pour acquérir la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie »⁴⁶.

L'article 58 de la loi organique a entendu étendre de manière considérable les bénéficiaires des mesures de préférence locale en matière d'emploi puisque les conjoints, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité et les concubins de citoyens de Nouvelle-Calédonie ou de personnes

⁴³ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, Droit public positif, 1997, p. 207 ; reprise également par le même auteur in *Droit des libertés fondamentales*, sous la direction de L. FAVOREU, Dalloz, Précis, 5^{ème} édition, 2009, § 431.

⁴⁴ Voir en ce sens : M. MAISONNEUVE, « Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française ? », *précit.*

⁴⁵ La citoyenneté néocalédonienne conduit à créer trois catégories juridiques de populations en Nouvelle-Calédonie : les citoyens calédoniens (étant entendu que les citoyens néo-calédoniens se subdivisent à leur tour entre ceux qui sont habilités à voter pour le référendum d'autodétermination et/ou ceux qui peuvent désigner les membres du congrès néocalédonien et ceux des assemblées de province), ceux qui disposent d'une durée de résidence suffisante et qui sans être citoyen peuvent bénéficier de mesures préférentielles et les autres enfin qui, ne pouvant ni voter, ni bénéficier de mesures préférentielles, sont en définitive incités à rentrer en métropole.

⁴⁶ Cons. 17.

justifiant d'une durée suffisante de résidence peuvent, comme ces derniers, en profiter. Face à ce dispositif, le Conseil constitutionnel rappelle dans un premier temps ce qu'il avait jugé dans la décision du 15 mars 1999, décision à laquelle il se réfère explicitement : « *le principe de mesures favorisant les personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie, pour l'accès à un emploi salarié ou à une profession indépendante, ou pour l'exercice d'un emploi dans la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie ou dans la fonction publique communale, trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa* »⁴⁷. Il poursuit de manière originale par rapport en 1999 en mettant en lumière le caractère dérogoire de telles mesures au regard du principe d'égalité : « *la mise en œuvre d'un tel principe, qui déroge aux principes constitutionnels d'égalité devant la loi et d'égal accès aux emplois publics, garantis par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne saurait fonder d'autres restrictions que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de cet accord* »⁴⁸. L'accord de Nouméa déroge à la Constitution. Aussi, comme l'avait précisé le Conseil constitutionnel de manière générale en 1999, les dérogations à la Constitution « *ne sauraient[-elles] intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord* »⁴⁹. La décision de 2009 met en avant le caractère problématique de la politique de préférence locale vis-à-vis du principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ce qui implique que seul ce qui est strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord sera admissible d'un point de vue constitutionnel. En l'espèce, l'extension des mesures de préférence locale en matière d'emploi au profit des conjoints, partenaires ou concubins de personnes en bénéficiant n'a pas, pour le Conseil constitutionnel, « *de fondement dans l'accord de Nouméa et ne constitue pas une mesure nécessaire à sa mise en œuvre* ». La disposition de la loi organique est en conséquence censurée. Elle fournit au Conseil constitutionnel l'occasion de rappeler que les politiques préférentielles demeurent, en principe, contraires à la Constitution. Sans entrer dans le détail d'une jurisprudence connue⁵⁰, on rappellera que les discriminations, et *a fortiori* les discriminations positives, reposant sur les critères suspects énoncés par l'article 1^{er} de la Constitution (origine, race et religion) sont interdites, sauf lorsqu'elles favorisent « *l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». Les seules discriminations positives admises par le Conseil constitutionnel à partir d'une formule générale, et non ponctuellement comme en matière de fonction publique, concernent celles qui reposent sur le territoire, en tant que critère discriminant neutre, même s'il s'agit, à travers le territoire, de mener une politique préférentielle au profit de ses habitants⁵¹.

D – La préservation de l'autonomie institutionnelle du Congrès néo-calédonien

⁴⁷ Cons. 18, reprenant le début du cons. 16 de la décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *précit.*

⁴⁸ Cons. 18.

⁴⁹ C.C., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *précit.* cons. 3.

⁵⁰ Voir en particulier les développements sur le principe d'égalité et les discriminations positives de F. MELIN-SOUCRAMANIEN in *Droit des libertés fondamentales*, sous la direction de L. FAVOREU, *op. cit.*

⁵¹ Selon une formule contenue dans la décision du 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire* (n° 94-358 DC, *Rec.*, p. 183, cons. 34) : « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement et à l'aménagement de certaines parties du territoire national dans un but d'intérêt général* ».

L'article 19 de la loi organique donne une nouvelle rédaction à l'article 90 de la loi organique relatif à la consultation du congrès de Nouvelle-Calédonie sur certains projets et propositions de loi ou projets d'ordonnance. La communicabilité statutaire des collectivités ultra-marines joue en ce domaine pour lequel on peut constater avec l'article 19 de la loi organique une influence du statut polynésien sur celui de la Nouvelle-Calédonie⁵². En outre, si l'article 74 de la Constitution prévoit, pour les COM, que la loi organique statutaire fixe « *les conditions dans lesquelles ses institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance* », transposant et constitutionnalisant ainsi au profit des COM une procédure prévue à l'origine dans le statut de Nouvelle-Calédonie de 1999, aucune mesure équivalente n'est explicitée par l'article 77 de la Constitution. Le nouvel article 90 intègre dans le statut, comme le signalent les commentaires aux *Cabiers du Conseil constitutionnel*, deux éléments issus de la jurisprudence constitutionnelle : la consultation de l'assemblée locale avant l'avis du Conseil d'Etat (alinéa 4 de l'article 90 du statut), exigence déjà évoquée, et la consultation obligatoire de l'assemblée, et non de la commission permanente, sur le statut organique⁵³ (alinéa 8 de l'article 90 du statut).

Au regard des différentes modalités de consultation du congrès fixées par l'article 90 nouveau du statut, le Conseil constitutionnel ne relève que celle prévue par le dixième alinéa de cet article. Celui-ci dispose que : « *le Congrès peut également être consulté par le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat sur les propositions de loi mentionnées au présent article. Le haut-commissaire est informé de cette consultation. Le Congrès dispose d'un mois pour rendre son avis. Ce délai est réduit à quinze jours, en cas d'urgence, à la demande du président de l'Assemblée nationale ou du président du Sénat. Le délai expiré, l'avis est réputé avoir été donné* ». Malgré le silence de la Constitution sur ce point, le Conseil reconnaît la compétence du législateur organique pour « *fixer les conditions dans lesquelles les institutions de la Nouvelle-Calédonie sont consultées, à la demande des présidents des assemblées parlementaires, sur les propositions de loi comportant des dispositions particulières à la Nouvelle-Calédonie* »⁵⁴. La communicabilité statutaire est complétée par le Conseil constitutionnel par une originale communicabilité des dispositions constitutionnelles relatives aux COM au profit de la Nouvelle-Calédonie, qui repose sur une logique de transposabilité *a fortiori*. Si la loi organique portant statut d'un COM est habilitée à prévoir des modalités de consultations des assemblées locales sur les textes qui intéressent la collectivité à laquelle elles sont rattachées, *a fortiori* la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie peut le faire. Ce n'est cependant pas le principe même de cette consultation qui soulève difficulté, mais les modalités de son exercice. Il y lieu de remarquer à cet égard que, lors de l'examen du statut en 1999, le Conseil constitutionnel n'avait pas examiné explicitement la conformité à la Constitution de l'article 90 du statut. En 2009, la possibilité pour les présidents des assemblées (nationales) de

⁵² Voir l'article 9 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

⁵³ C.C., n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *précit.*, cons. 19 : « *Considérant que l'article 9 délimite le domaine des actes soumis à la consultation obligatoire des institutions de la Polynésie française ; que, si, en vertu de son sixième alinéa, la commission permanente peut, en dehors des sessions de l'assemblée de la Polynésie française, émettre des avis sur les projets et les propositions de loi introduisant, modifiant ou abrogeant des dispositions particulières à la Polynésie française, c'est à la double condition que la commission y ait été habilitée par l'assemblée et que les textes en cause ne portent pas sur des questions réservées par la Constitution à la loi organique statutaire* ».

⁵⁴ Cons. 16.

demander que le congrès de Nouvelle-Calédonie se prononce en urgence est censurée par le Conseil constitutionnel. Selon ce dernier, le législateur organique « *ne saurait, sans méconnaître la séparation des pouvoirs, (...) permettre [aux présidents des assemblées parlementaires] de décider de réduire le délai de consultation du Congrès de Nouvelle-Calédonie* »⁵⁵. Le Conseil constitutionnel censure alors la formule « *à la demande du président de l'Assemblée nationale ou du président du Sénat* », mais pas l'ensemble de la phrase sur l'urgence, qui pouvait pourtant apparaître comme inséparable de la formule censurée. Une question pratique se pose en effet : qui peut demander l'urgence ? Au vu de la censure partielle du Conseil constitutionnel, personne n'est en mesure de le faire⁵⁶. A moins que ce ne soit le haut commissaire⁵⁷ selon une interprétation par analogie avec ce qui se passe pour la Polynésie⁵⁸ et en vertu de la communicabilité des statuts. Selon l'alinéa 7 de l'article 90 du statut de Nouvelle-Calédonie c'est le haut-commissaire qui demande l'urgence, comme dans l'alinéa 5 de l'article 9 du statut de Polynésie. Toutefois, dans ce dernier cas, « *à la demande du président de l'Assemblée nationale ou du président du Sénat, le haut-commissaire est tenu de consulter l'assemblée de la Polynésie française* », alors que dans le premier, « *le congrès peut également être consulté par le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat* ». L'entremise du haut-commissaire n'est pas exigée pour la Nouvelle-Calédonie, alors qu'elle l'est pour la Polynésie, même si, en pratique, elle semble devoir s'imposer. Une telle interprétation pragmatique se heurte à une précision contenue dans l'alinéa 10 de l'article 90 dans sa rédaction issue de la loi organique de 2009. Cet alinéa précise que « *le haut-commissaire est informé de* » la consultation du congrès par l'un des présidents des assemblées parlementaires. S'il est seulement « *informé* », il ne saisit pas le congrès au nom des présidents des assemblées et, *a fortiori*, il n'est pas en mesure de demander l'urgence. La question demeure ouverte. Une chose est sûre, la compétence du haut commissaire pour demander l'urgence en cas de saisine par les présidents des assemblées parlementaires est moins claire en Nouvelle-Calédonie qu'en Polynésie.

Sur le fond, le recours à la séparation des pouvoirs a de quoi surprendre. Son utilisation suppose l'existence d'un « pouvoir » en Nouvelle-Calédonie qui trouve son expression en l'espèce dans le congrès de ce territoire. Le degré d'autonomie de la Nouvelle-Calédonie, témoignant d'une autonomie politique et non plus seulement administrative conférée à ce territoire, justifie d'appréhender le congrès en termes de « pouvoir ». En revanche, il est difficile de se satisfaire de la situation dans laquelle le principe de séparation des pouvoirs est utilisé. Il l'est dans une procédure de consultation par le président d'une assemblée nationale, à son initiative, d'une assemblée locale, alors que l'intervention du premier raccourcit le délai de consultation ouvert au second. A transposer un tel raisonnement à une procédure nationale prévue par la Constitution,

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Après censure, l'énoncé qui nous intéresse est le suivant : « *Le Congrès dispose d'un mois pour rendre son avis. Ce délai est réduit à quinze jours, en cas d'urgence [censuré par le Conseil constitutionnel]* ».

⁵⁷ Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 90 du statut, c'est le haut-commissaire qui saisit le congrès dans un certain nombre de cas et notamment « *sur les projets de loi et propositions de loi et les projets d'ordonnance qui introduisent, modifient ou suppriment des dispositions particulières à la Nouvelle-Calédonie* ».

⁵⁸ Voir l'article 9 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française* et son interprétation par le Conseil constitutionnel (C.C., n° 2007-559 DC, 6 décembre 2007, *précit.*, cons. 33).

la procédure accélérée demandée par le Gouvernement, qui réduit le temps de discussion du Parlement, constitue une méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs. En outre, la demande d'urgence des présidents des assemblées parlementaires ne concerne qu'une consultation et non une décision et se fait précisément à l'initiative de l'autorité qui a décidé de saisir le congrès.

L'application du principe de séparation des pouvoirs dans des rapports entre une autorité nationale et une autorité locale est également peu convaincante. La séparation des pouvoirs, du moins celle qui est consacrée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, n'est susceptible d'être conçue qu'au sein d'une même entité politique et non entre plusieurs d'entre elles et en particulier entre une entité nationale et une entité locale.

Enfin, elle ne saurait être conçue comme marquant seulement une répartition de compétences, mais plus largement une répartition entre trois fonctions : législative, exécutive et juridictionnelle⁵⁹. M. DE VILLIERS et T.S. RENOUX considèrent en ce sens que « la séparation des pouvoirs se distingue de la répartition constitutionnelle des compétences normatives »⁶⁰. Le principe de séparation des pouvoirs ne saurait permettre de censurer une incompétence mais de sanctionner une intrusion d'une autorité dans la fonction d'une autre autorité. Elle présente ainsi une dimension plus symbolique que technique. En l'espèce, la possibilité de demander l'urgence apparaît plus comme une question (technique) de compétence que comme une question (symbolique) de fonctions. De plus, quelle est la fonction du congrès de Nouvelle-Calédonie à laquelle il a été porté atteinte par les présidents des assemblées parlementaires ? La fonction consultative est-elle rattachable à la fonction législative ?

La solution du Conseil constitutionnel sur l'intervention des présidents des assemblées parlementaires est parfaitement inverse à celle qu'il a retenue concernant la nécessaire proposition du congrès pour qu'un décret en Conseil d'Etat puisse intervenir pour déterminer les modalités de la mise à disposition par l'Etat du personnel en matière d'enseignement. Avec la réduction du délai de consultation du congrès, c'est l'intrusion nationale qui est censurée au nom du principe de séparation des pouvoirs ; avec la subordination d'un décret en Conseil d'Etat à une initiative du congrès, c'est l'intrusion locale qui est contraire à la Constitution. Une telle différence de traitement n'est pas pour autant contradictoire et se justifie pleinement au regard des contextes différents dans lesquels chacune d'entre elles s'inscrit.

A l'image de la loi organique contrôlée, la décision du 30 juillet 2009 apparaît comme une décision technique. Le contrôle du droit de l'outre-mer est relativement balisé et banalisé dans le prolongement des décisions de principe sur l'adoption des statuts⁶¹ ou sur un changement de

⁵⁹ Voir en ce sens : T.S. RENOUX, « L'apport du Conseil constitutionnel à la théorie de la séparation des pouvoirs en France », *Dalloz*, 1991, chron., p. 169.

⁶⁰ M. DE VILLIERS, T.S. RENOUX, *Code constitutionnel*, 3^{ème} édition, Litec, 2005, § 361, p. 180.

⁶¹ Pour la Nouvelle-Calédonie : C.C., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, précit.*

statut au titre de l'article 72-4 alinéa 1^{er} de la Constitution⁶². Certains éléments de cette décision n'en sont pas moins significatifs et parfois originaux. L'interprétation restrictive des possibilités de conduire en Nouvelle-Calédonie une politique de préférence locale en matière d'emploi tend à marquer la réticence du juge à admettre les discriminations positives fondées sur les critères suspects énoncés par l'article 1^{er} de la Constitution. La Nouvelle-Calédonie peut être considérée comme une « collectivité territoriale », au moins au sens de l'article 39 de la Constitution. L'application du principe de séparation des pouvoirs dans les rapports entre les présidents des assemblées parlementaires et le congrès de Nouvelle-Calédonie témoigne d'une considération particulière accordée par le juge constitutionnel à la singulière collectivité territoriale de Nouvelle-Calédonie. La Nouvelle-Calédonie demeure une collectivité d'exception au sein de la République, dont le régime dérogatoire apparaît d'autant plus justifié qu'il est provisoire.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Perpignan – *Via Domitia*

⁶² A propos de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy : C.C., n° 2007-547 DC, 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, précit.*