

20 ANS DE LOI DU PAYS

Il m'a été demandé de mettre en perspective et en débat cette notion de loi du pays qui fête ses 20 ans, en commençant par souligner **cette exception législative française**. Puis, après nos témoignages historiques, de **mettre en perspective la loi du pays**, ce qui lancera le débat.

Partie 1

Sur cette exception législative française ou calédonienne, je voudrais souligner certains points de réflexion, sans faire de plan académique compliqué.

L'Accord de Nouméa, en son point 2.1.3, **innovait** : *Certaines délibérations du Congrès auront le caractère de loi du pays et de ce fait ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel avant leur publication, sur saisine du représentant de l'État, de l'Exécutif de la Nouvelle-Calédonie, d'un président de province, du président du Congrès ou d'un tiers des membres du Congrès.*

La **rupture** est forte ! Suivant l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, *La loi est l'expression de la volonté générale (...) elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. L'indivisibilité de la République* signifie l'unité du pouvoir normatif, **qui repose sur l'unicité du souverain qui ne peut être que le peuple français**, et par **l'unité du pouvoir politique, qui se traduit, sur le plan juridique, par l'existence d'une seule catégorie de lois**, adoptées par des représentants de la souveraineté ou directement par référendum, et qui ont vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire. Cette indivisibilité du pouvoir normatif implique qu'il n'existe qu'une seule catégorie de lois. **C'est à cela que dérogeait la loi du pays calédonienne !**

Une procédure a été créée qui est, à bien des égards, **originale** : un domaine législatif matériel défini par l'article 99 de la loi organique, qui en fait l'équivalent l'article 34 de la Constitution, une initiative des lois de pays partagée entre le gouvernement et le Congrès, un avis préalable du Conseil d'État, la nomination d'un rapporteur spécial dont le rôle ne se confond pas avec le rapport de la

commission compétente, soit deux points de vue plutôt qu'un, une promulgation partagée entre le Haut-commissaire et le président du gouvernement, un contrôle par le Conseil constitutionnel par la voie directe ou la question prioritaire de constitutionnalité.

Bref, toute la panoplie du législateur.

L'origine du concept était triple :

- Politique : un symbole fort d'émancipation d'un pays inscrit sur la liste des pays à décoloniser et qui voguait vers son émancipation ;
- Juridique : les nombreuses compétences législatives transférées devaient rester législatives et ne pas basculer dans le domaine réglementaire des délibérations ;
- Manœuvrière : conserver une tradition d'incontestabilité de la loi ...battue en brèche avec l'institution de la QPC au 1^{er} mars 2010.

Mais l'innovation politique a été polluée, amoindrie, par des initiatives portées depuis l'extérieur. Et cette innovation s'est insérée dans un contexte institutionnel lui-même original, qui rend l'ensemble encore un peu improvisé.

Un mot sur la pollution de cette originalité calédonienne, un mot sur le contexte particulier de la loi du pays.

La pollution

L'apparition de la « fausse » loi du pays en Polynésie française en 2004, sous le contrôle du Conseil d'État et non pas du Conseil constitutionnel, a doublement pollué l'innovation calédonienne.

- Polluée d'abord, sur la valeur de la loi du pays. La loi du pays en Polynésie est un acte administratif particulier adopté par l'Assemblée de la Polynésie. Et elle est soumise au contrôle du Conseil d'État. Les lois du pays calédoniennes sont bien des actes législatifs. La loi organique le dit à l'article 107. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, l'a dit, le Conseil d'État aussi dans l'avis n° 370002 du 2 mars 2004 sur le projet de loi du pays relatif aux actes coutumiers et le TANC aussi dans le jugement du 2 mars 2000, Bensimon ! Mais Wikipedia dit encore un acte « *quasi-législatif* » !
- Polluée ensuite, parce que si la Polynésie est bien inscrite sur la liste de l'ONU des pays à décoloniser, la France s'oppose farouchement à son

émancipation. La loi du pays polynésienne jette alors une ambiguïté politique sur sa compatibilité avec une large autonomie au sein des institutions unitaires de la République.

Polluée aussi parce qu'on commence à douter même en France du modèle français de l'unité de la loi¹. On est à une époque où on tue même les vaches sacrées...

Dans la révision constitutionnelle de 2003² relative à l'organisation décentralisée de la République, la France **a autorisé l'expérimentation législative locale**. Cela consiste en l'autorisation donnée par une loi à une collectivité territoriale d'appliquer une politique publique ne faisant pas partie de ses attributions légales, pour une période donnée, généralement de 5 ans. **Même très encadré, ce dispositif fait que la loi n'est plus tout à fait la même pour tous... ce qui était le cœur de la différence calédonienne.** L'expérimentation est encore assez peu utilisée. La loi du 13 août 2004 a autorisé, sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution, l'expérimentation en matière de gestion des fonds structurels européens, de lutte contre l'habitat insalubre, etc. Sur le fondement de l'article 72 al. 4, la loi du 21 août 2007 a permis l'expérimentation du RSA (revenu de solidarité active), aujourd'hui généralisé.

Pour les départements et régions d'outre-mer, l'adaptation des normes législatives a été également élargie, alors même que l'article 73 de la Constitution, révisé le 28 mars 2003, dispose, certes, que *Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit*. Mais, les alinéas suivants prévoient en effet *qu'ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités*. **Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées par la loi. Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées par la loi à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi.** Ce pouvoir d'adaptation aux caractéristiques locales n'est cependant pas possible pour les matières considérées comme régaliennes et qui ne peuvent être régies que par une loi nationale. Cela crée du relativisme...

¹ Michel Verpeaux, l'unité et la diversité dans la République, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°42, janvier 2014.

² Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

Le Constituant, une fois encore en 2003, a aussi été conduit à reconnaître **l'existence des populations d'outre-mer au sein du peuple français**, sans doute pour lutter contre une conception ultra-rigide de la notion de peuple qui avait été affirmée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a en effet permis d'insérer un alinéa 1^{er} à l'article 72-3 qui proclame que *La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité*. En faisant une distinction, dont les contours ne sont pas précisés, entre le peuple et les populations, le Constituant a voulu aussi réaffirmer l'unité du peuple français, mais en même temps reconnaître une certaine diversité historique, géographique et culturelle des populations situées outre-mer. Ce qui, rappelons-le **n'affecte pas le peuple kanak** qui a fait l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle au titre XIII et qui partage avec le peuple français, pour une durée transitoire, la même nationalité. Peuple, populations, communautés, ces mots créent du relativisme...

Tout cela affaiblit dans l'opinion publique l'originalité calédonienne et noie le concept de souveraineté qu'elle incarne.

Un mot sur le contexte particulier de la loi du pays

Cette innovation de notre loi du pays s'est insérée dans un contexte institutionnel faussement bicaméral. La loi du pays calédonienne ne relève en réalité que d'une seule lecture et d'une seule chambre, un monocaméralisme de fait. **Le bicamérisme est sans doute trop partiel pour un instrument très puissant.**

L'article 142 de la loi organique confie au Sénat coutumier, à l'égard du Congrès, les attributions habituelles d'une seconde chambre, par un mécanisme de navette, mais pour les seules lois du pays relatives à sa propre composition et à celle des conseils coutumiers, aux signes identitaires, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières ou encore aux limites des aires coutumières. En vertu de l'article LO. 143, la consultation du Sénat est obligatoire pour les textes intéressant l'identité kanak et facultative dans les autres matières.

Et il ne faut pas compter non plus sur le Conseil Économique, Social et environnemental pour équilibrer. Suivant l'article 155 de la loi organique, *le CESE est consulté sur les projets et propositions de loi du pays et de délibération du congrès à caractère économique, social ou environnemental*. Mais, selon la décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000 du Conseil constitutionnel, sur la taxe

générale sur les services, la loi fiscale ne revêt pas un caractère économique au sens de l'article LO. 155... Plus d'un tiers des lois du pays ont porté sur le droit fiscal et les abus ont été nombreux.

On perd, à cause de l'absence de seconde lecture, qui n'est que facultative et demandée comme préalable à la saisine du Conseil constitutionnel, le temps de la réflexion, celui aussi de la presse, des professionnels et des universitaires, qui peuvent disséquer pendant qu'il en est encore temps... Le risque est le vote à l'arrachée d'un texte pas assez abouti, avec une évaluation (souvent budgétaire) très insuffisante.

Une autre étrangeté est que la loi du pays s'insère dans le contexte d'un gouvernement collégial pour le pays. Toutes les tendances sont représentées au sein du gouvernement. Et cette collégialité affecte l'exercice classique des pouvoirs lors du vote de la loi du pays. Ainsi, lors des débats, le règlement du Congrès donne le droit d'amendement aux seuls membres du Congrès, aux commissions et au rapporteur spécial³. Le gouvernement lui-même n'en dispose pas. Ce doit être le seul cas au monde où l'exécutif ne dispose pas du droit d'amendement pour adapter son projet aux réalités des majorités ou des sensibilités parlementaires. La cause est la collégialité du gouvernement et sa difficulté corrélative à pouvoir réunir un consensus en séance. Le ministre doit actuellement passer par son groupe pour agir ou réagir, ce qui est très paradoxal, car absolument pas collégial... Ce point est pénalisant, car il rend difficile la maîtrise des débats par l'exécutif qui dispose pourtant de l'essentiel de la capacité d'expertise ; il devrait sans doute pouvoir être corrigé par une plus grande latitude personnelle d'initiative du membre du gouvernement en charge. On mesure alors que deux lectures ne seraient pas de trop...

Malgré cet amoindrissement, cette pollution, dans l'explication politique de la loi et son insertion dans un contexte institutionnel lui-même très innovant, la loi du pays calédonienne est une novation fondamentale, car **elle participe de l'exercice d'une parcelle de souveraineté d'un pays en voie d'accession à sa souveraineté**. C'est bien la raison pour laquelle elle demeure unique à ce jour dans l'ensemble français.

³ Article 74 du règlement intérieur du Congrès (délibération n° 9 du 13 juillet 1999, modifiée).

Partie 2

Il m'a été demandé de mettre en perspective et en débat cette notion de loi du pays qui fête ses 20 ans, en commençant par souligner **cette exception législative française**. Puis après nos témoignages historiques de **mettre en perspective la loi du pays**, ce qui lancera le débat.

Je voudrais souligner quelques points qui le méritent.

Premier point en débat, les zones potentielles d'arbitraire dans la procédure de la loi du pays

Suivant l'article 100 de la loi organique, les projets de loi du pays sont soumis, pour avis, au Conseil d'État avant leur adoption par le gouvernement délibérant en conseil. Les propositions de loi du pays sont soumises, pour avis, au Conseil d'État par le président du Congrès avant leur première lecture. Le vote du Congrès intervient après que le Conseil d'État a rendu son avis. L'avis est réputé donné dans le délai d'un mois. Les avis mentionnés au présent article sont transmis au président du gouvernement, au président du Congrès, au Haut-commissaire et au Conseil constitutionnel.

Le refus du président du Congrès, alors Simon Loueckhote, de transmettre au Conseil d'État les propositions de lois du pays n'est pas sanctionné. Dans un jugement, n° 0200039-1 du 25 juillet 2002, Nicole Waïa c/ Congrès de la Nouvelle-Calédonie, **le TANC s'est considéré incompétent pour la procédure législative**. Son attitude vient de loin. Elle vient de la loi des **16 et 24 août 1790** sur l'organisation judiciaire qui a interdit aux *tribunaux de « prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif »*, et qui a créé cette subordination du juge aux autres pouvoirs. Seulement, nous ne sommes plus sous la Révolution et un autre raisonnement est possible. Le juge aurait pu se fonder sur la lettre de la loi organique qui impose au président du Congrès cette transmission et n'accepter son refus que sous le bénéfice de l'erreur manifeste d'appréciation. Si la proposition est manifestement insuffisamment aboutie, le président peut alors refuser de transmettre. On a déséquilibré le système institutionnel en empêchant de fait les propositions de loi qui ne sont pas acceptées par le groupe majoritaire ; l'engagement de certains présidents par la suite de transmettre, ne peut réparer tout à fait cette faute originelle. Car tout repose sur une décision arbitraire du président. Arbitraire et pas discrétionnaire, car elle n'est de fait pas contrôlée par le juge.

Puisqu'on en est aux zones d'arbitraire, **profitons pour signaler une incongruité.** La procédure de l'avis du Conseil d'État est fixée par le décret n° 99-821 du 17 septembre 1999. Des commissaires du gouvernement, fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie désignés par le président, sont chargés de rapporter sur chaque projet de loi du pays, généralement accompagnés du membre du gouvernement concerné. Les projets ou propositions de lois du pays sont examinés par la section compétente du Conseil d'État (Intérieur, Finances, Sociale, Travaux publics) suivant une grille de lecture ordonnée : consultations requises, respect des compétences, respect du domaine de la loi du pays, contrôle de constitutionnalité, contrôle de conventionnalité, codification, à laquelle s'ajoutent le plus souvent des remarques de forme et rédactionnelles. Les avis ne lient pas le gouvernement ou les membres du Congrès.

Tout cela est fort bien. Ce qui l'est moins est que l'avis du conseil d'État est secret. Il n'est communiqué qu'au président du gouvernement, au président du Congrès, au Haut-commissaire et au Conseil constitutionnel. Dans la pratique, il existe les initiés et les non-initiés. La procédure législative doit être transparente et publique. Si le Conseil d'État ne veut pas bouger, le président du Congrès devrait mettre en ligne immédiatement ces avis sur le site du Congrès. L'avis n'est d'ailleurs pas une garantie absolue ; lorsqu'on veut faire passer une disposition constitutionnellement très limite, on ne la porte pas à l'avis du Conseil d'État, pour ne pas la « carboniser ». Il suffit de l'introduire dans la discussion par amendement... et personne n'y verra que du feu⁴.

Second point en débat, un contrôle insuffisant

Suivant les articles 103 à 105 de la loi organique, pendant les 15 jours qui suivent l'adoption d'une loi du pays, le Haut-commissaire, le gouvernement, le président du Congrès, le président d'une assemblée de province ou 11 membres du Congrès peuvent soumettre cette loi ou certaines de ses dispositions à une nouvelle délibération du congrès. La nouvelle délibération ne peut être refusée ; elle ne peut intervenir moins de 8 jours après la demande. S'il n'est pas en session, le congrès est spécialement réuni à cet effet (...). La loi du pays qui a fait l'objet

⁴ Par négociation directe entre les groupes politiques non indépendantistes, et sur la suggestion d'un groupe constitué au Congrès, Calédonie ensemble, il a été ajouté dans le projet de loi en 2013 sur la défiscalisation du logement intermédiaire, la possibilité de faire bénéficier les primo-accédants d'une remise d'impôt pour le logement qu'ils construisent et occupent eux-mêmes. Le Conseil d'État n'a jamais examiné la constitutionnalité de ce dispositif.

d'une nouvelle délibération du Congrès en application de l'article 103 peut être déferée au Conseil constitutionnel par le Haut-commissaire, le gouvernement, le président du Congrès, le président d'une assemblée de province ou 18 membres du Congrès. Ils disposent à cet effet d'un délai de dix jours. (...) Chaque saisine contient un exposé des moyens de droit et de fait qui la fondent ; elle est déposée au greffe du tribunal administratif (...). Le Conseil constitutionnel se prononce dans les 3 mois de sa saisine. (...) Si le Conseil constitutionnel constate que la loi du pays contient une disposition contraire à la Constitution et inséparable de l'ensemble de la loi, celle-ci ne peut être promulguée.

Le faible nombre de saisines et de déclaration d'inconstitutionnalité n'est pas une si forte garantie que cela. Il existe un fort bémol : ni les partis, ni l'État n'aiment déferer. L'exemple de la loi du pays sur le logement intermédiaire est édifiant. Outre le fait qu'il s'est agi d'une niche fiscale exagérée et aberrante économiquement, et qui a déjà vidé les caisses publiques de 15 milliards, le mécanisme est parfaitement contraire à la Constitution. Suivant l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés*. La possibilité pour les foyers très aisés de faire disparaître leur impôt sur le revenu entraîne « *une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* », pour reprendre la formule du Conseil constitutionnel⁵, et plus largement détruit le pacte social et fiscal. La possibilité pour les classes moyennes de convertir directement leur impôt en accession à la propriété pendant 10 ans, apparaît aussi clairement inconstitutionnelle. L'impôt doit servir à la contribution aux charges communes. L'impôt ici paie pour l'enrichissement patrimonial individuel ou familial. Les motifs d'inconstitutionnalité sont grossiers et évidents. Le groupe FLNKS a demandé une seconde lecture, mais n'a pas déferé, ne voulant pas devenir, à la veille des provinciales, le bouc émissaire de la crise du bâtiment. La seconde lecture s'est faite sous la pression du BTP dans la rue. Et l'État a été inexistant et n'a rien fait...

Et puisqu'on parle toujours du transfert des compétences de l'article 27 au pays (même si la Nouvelle-Calédonie et les provinces sont exclues du périmètre pour elles-mêmes), disons que c'est le moment de regarder ailleurs, chez nos voisins, et de développer un modèle d'autorité administrative indépendante pour la mise en œuvre objective des contrôles.

⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. n° 116 à 123.

Troisième point de débat, le copié-collé de la Métropole

Je ne serai pas long sur ce point. Nos lois du pays sont trop souvent des copiés-collés de la Métropole. Alors que nous sommes en Mélanésie, entourés de pays à la tradition entrepreneuriale anglo-saxonne, si proches de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, qui sont à bien des égards des modèles de gouvernance et d'efficacité économique et administrative, nos regards se tournent vers la lointaine France. **J'aurais la cruauté** ici de prendre l'exemple de notre fonction publique territoriale, copie de l'incomparable modèle français, ou de notre Code du travail à l'efficacité, la légèreté et la simplicité légendaires plutôt que ceux de la Nouvelle-Zélande, pourtant si proche. Il faut là une révolution culturelle et la formation de nos fonctionnaires en dehors de la seule France et même de la seule Nouvelle-Calédonie. **Un stage d'un an dans la zone Pacifique**, hors Polynésie française et Wallis-Et-Futuna, serait le minimum avant la titularisation pour tous les fonctionnaires de catégorie A de la Nouvelle-Calédonie.

Quatrième point de réflexion en forme de conclusion, la créature de la loi du pays échappera-t-elle à son créateur ?

Le domaine matériel de la loi du pays est défini à **l'article 99 de la loi organique, qui est notre petit art. 34 à nous** : 1° *Signes identitaires et nom (...)* ; 2° *Règles relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et taxes (...)* ; 3° *Principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale ; garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie et des communes* ; 4° *Règles relatives à l'accès au travail des étrangers* ; 5° *Statut civil coutumier, régime des terres coutumières (...)* ; 6° *Règles concernant les hydrocarbures, le nickel, le chrome, le cobalt et les éléments des terres rares* ; 7° *Règles du droit domanial de la Nouvelle-Calédonie et des provinces (...)* ; 8° *Règles relatives à l'accès à l'emploi (...)* ; 9° *Règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ; (...)* 10° *Principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales* ; 11° *Répartition entre les provinces de la dotation de fonctionnement et de la dotation d'équipement (...)* ; 12° *Compétences transférées et échancier de ces transferts (...)* ; 13° *Création d'autorités administratives indépendantes (...)*. Son contrôle est assuré par la procédure de délégalisation de l'article 107 devant le Conseil d'État.

4 domaines communs avec l'art. 34 de la Constitution : impôts, principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ; règles concernant l'état et la capacité des personnes, régimes matrimoniaux, successions et libéralités ; principes fondamentaux concernant la propriété, les droits réels et obligations civiles et commerciales.

La loi organique y a rajouté les matières sensibles localement (signes identitaires, accès à l'emploi, transferts de compétence, etc.) ; ce qui n'est pas dans l'art. 99 demeure de la compétence du Congrès (et non nécessairement du gouvernement), mais est du domaine de la délibération (règlementaire).

La question pour l'avenir est de savoir s'il y aura **une dynamique** de la loi du pays. Autrement dit, le domaine de la loi du pays peut-il s'étendre ? Le Conseil constitutionnel en Métropole a déjà estimé possible pour le législateur national d'intervenir dans des domaines simplement liés à des matières de l'article 34 de la Constitution. Il l'a fait dans sa décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Réforme de la planification*.

L'extension du domaine de la loi, ainsi admise par le Conseil constitutionnel en France, a déjà été transposée par le Conseil d'État aux lois du pays de la Nouvelle-Calédonie, en admettant que **le Congrès pouvait procéder à la validation législative de ses propres délibérations** dans la sombre affaire de la Taxe sur le Fret Aérien⁶... Les limitations de l'article 99 de la loi organique ne paraissent pas si solides.

Voilà ces quelques questions en débat.

Le 7 septembre 2019,

Mathias CHAUCHAT
Professeur des Universités
Agrégré de droit public
Université de la Nouvelle-Calédonie
mathias.chauchat@unc.nc - <https://larje.unc.nc>

⁶ Conseil d'État avis n° 371.362 du 8 mars 2005 de la section sociale et de la section des finances du Conseil d'État, *Loi du pays portant validation de la TFA* (taxe sur le fret aérien).