

Société Téléfenua c/ Le Président du Gouvernement du Territoire de la Polynésie Française -

decision of the Tribunal de Première Instance de Papeete, Ordonnance de référé, 6 décembre 1993

H Lenoir* and A Moyrand**

Le fonctionnement des institutions territoriales de la Polynésie française donne très souvent l'occasion au juge naturel de l'Administration d'intervenir pour trancher les conflits opposant les acteurs politiques.¹ Il en va de même -mais dans une moindre mesure- pour le juge judiciaire puisque celui-ci peut être amené à pénétrer dans le champ des litiges administratifs lorsqu'il est sollicité sur le fondement de la théorie de la voie de fait. Mais dans cette dernière hypothèse, les requérants sont fréquemment déboutés car les conditions de la voie de fait ne sont pas réunies. L'ordonnance de référé rendue le 6 décembre 1993 par le tribunal civil de première instance de Papeete s'inscrit parfaitement, à l'occasion d'une affaire peu banale de refus de publication de décrets, dans cette tendance.

On sait que le régime législatif des territoires Outre-Mer diffère de celui régissant les autres collectivités de la République française. Au titre des particularités figure notamment la nécessité d'une promulgation et publication locales des lois et décrets soumis à la spécialité législative. En effet, en plus de leur publication au Journal officiel de la République française, les lois et décrets doivent faire l'objet de la part du Haut-Commissaire de la République, d'une promulgation et publication au Journal officiel de la Polynésie française² (J.O.P.F.). Et ces formalités sont indispensables puisqu'elles conditionnent l'entrée en vigueur et l'opposabilité des normes étatiques.

Or sur le fondement de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, la société Téléfenua souhaitait exploiter "un réseau de télédistribution de services de radiodiffusion sonore et de télévision". Mais si cette législation avait bien

* Commissaire du Gouvernement près le Tribunal administratif de Papeete.

** Maître de Conférences, Université Française du Pacifique, Centre Universitaire de Polynésie Française.

1 Cf Alain Moyrand *Le Tribunal administratif de Papeete et l'équilibre institutionnel de la Polynésie française* 32 pages, Communication lors de la Table Ronde: *Études sur le droit des pays du Pacifique Sud*, Université Française du Pacifique, 28 mai 1993.

2 L'article 91 alinéa 1 de la loi du 6 septembre 1984 portant statut du Territoire de la Polynésie française énonce que "Le haut-commissaire promulgue les lois et les décrets dans le territoire après en avoir informé le gouvernement du territoire. Il assure leur publication au Journal officiel de la Polynésie française".

satisfait aux formalités de promulgation et de publication locales, tel n'était pas le cas des deux décrets d'application, datant l'un de juillet 1992, l'autre de juillet 1993. Sollicité à de nombreuses reprises tant par la société Téléfenua que par diverses communes souhaitant bénéficier des avantages d'un réseau câblé de télévision, le représentant de l'État n'a promulgué les deux décrets que le 2 novembre 1993. Mais en revanche la publication n'a pas eu lieu, comme prévu, dans le numéro du Journal officiel suivant cette date, soit le 4 novembre, ni d'ailleurs dans ceux des 11 et 18 novembre. Ce retard s'expliquait par le fait que les autorités territoriales, qui ont en charge le service de la publication du Journal officiel, ne souhaitaient pas procéder à la publication de ces deux décrets. Fort mécontent en effet de ne point contrôler ce secteur de l'audiovisuel, le Président du gouvernement du territoire avait tenté par de multiples moyens -dont la presse locale s'est largement fait l'écho- de s'opposer à l'aboutissement du projet de télévision proposé par la société Téléfenua. Aussi le 18 novembre 1993, cette dernière assigna-t-elle devant le juge civil des référés le Président du gouvernement du territoire dans le but d'obtenir la cessation de la voie de fait dont elle s'estimait être la victime.

Le juge judiciaire devait donc apprécier si le Président du gouvernement du territoire, en tentant de s'opposer à la publication de décisions ressortissant à la compétence de l'État, avait commis une voie de fait.³ A cette question, le tribunal, après avoir rappelé la définition classique de la voie de fait - Il s'agit d'une "atteinte particulièrement grave, portée par l'administration, aux droits fondamentaux des citoyens et insusceptible de se rattacher à un pouvoir légal de l'administration"- a répondu par la négative. Mais le juge de première instance aurait-il tranché dans le même sens -en l'espèce la décision nous semble incontestable- si d'une part, les autorités territoriales s'étaient refusées à publier des normes ressortissant à la compétence du territoire et d'autre part, si le blocage du processus de publication -de normes étatiques ou territoriales- émanait du représentant de l'État?⁴ Bien que ces dernières questions n'aient pas été soumises au juge, il semble intéressant, à l'occasion de ce contentieux, de s'interroger d'une manière générale sur le refus de publication de décisions tant territoriales qu'étatiques et quel qu'en soit l'auteur: autorités territoriales ou Haut-Commissaire de la République. On constatera alors que dans presque

3 Ne sera pas commenté le problème relatif à la qualité à agir de la société Téléfenua, tant cette fin de non recevoir soulevée par le territoire était dépourvue de pertinence; en l'occurrence le juge souligne le côté absurde des prétentions arguées en défense.

4 L'article 93 alinéa 1 de la loi statutaire dispose que "Le haut-commissaire assure la publication au Journal officiel de la Polynésie française des décisions ressortissant à la compétence de l'État, le Président du gouvernement du territoire de celles ressortissant à la compétence du gouvernement du territoire, le président de l'assemblée territoriale de celles ressortissant à la compétence de l'assemblée territoriale".

tous les cas de figure,⁵ le refus de publier des normes ne peut constituer un terrain d'élection pour la théorie de la voie de fait.

Aussi, après avoir exposé le cas d'espèce soumis au juge judiciaire polynésien (I), nous envisagerons toutes les autres hypothèses de refus de publication de textes normatifs (II).

I *Le refus de publication dans l'affaire société téléfenua / président du gouvernement du Territoire de la Polynésie française*

Aux termes de l'article 93 alinéa 1 de la loi statutaire,⁶ les autorités territoriales assurent la publication des décisions qui entrent dans leur domaine de compétence. En revanche elles n'ont pas à s'immiscer dans le processus de publication des décisions ressortissant à la compétence de l'État puisque la loi désigne le Haut-Commissaire comme l'autorité habilitée à procéder à cette formalité. C'est pourtant au sujet d'un cas de publication de normes étatiques qu'il était reproché au président de l'exécutif du territoire d'avoir commis une voie de fait. Dès lors, et quand bien même les agissements du Président du gouvernement du territoire étaient dépourvus de toute base légale, il était à peu près certain que celui-ci ne pouvait être l'auteur d'une voie de fait.

Pour affirmer qu'en s'opposant à la publication de décrets une voie de fait avait été réalisée, la société Téléfenua devait démontrer tout d'abord, que l'action du Président du gouvernement du territoire portait atteinte à une liberté fondamentale -ce qui était loin d'être évident- (A) et ensuite, que cette action était insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'Administration (B).

A *Sur l'existence d'une violation d'une liberté fondamentale*

Le refus de publication des décrets porte-t-il atteinte à une liberté publique fondamentale? Cela ne fait aucun doute pour le juge de première instance: "en l'espèce, il est certain que le défaut de publication des décrets du 24 juillet 1992 et du 22 juillet 1993 fait grief à la société Téléfenua". Pourtant, en la matière on pouvait émettre de sérieux doutes.

En effet, s'il est vrai que l'absence de publication des textes réglementaires privait la société demanderesse de la possibilité du dépôt d'une demande d'autorisation d'émettre⁷ auprès du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A.), la Cour de cassation,⁸ censurant un

5 Il n'y aurait qu'une exception, *infra*. II A.

6 Voir note n 3.

7 Il est clair que l'obtention de cette autorisation était en partie conditionnée par la publication de la réglementation.

8 Cass civ 1ère, 4 décembre 1990, Office des Postes et Télécommunications c/ Association dite Radio Maohi, *JCP* 1991, II, n 21692, p 221, note Yves Brard.

arrêt de la Cour d'appel de Papeete,⁹ avait jugé que "le droit de diffuser des émissions radiophoniques, dont l'exercice se trouve subordonné à une autorisation administrative, ne peut être tenu, en l'absence de cette autorisation, pour une liberté publique fondamentale dont la méconnaissance constituerait une voie de fait". D'ailleurs, il convient de remarquer que la société Téléfenua n'invoquait pas "la liberté de communication" mais plutôt celle de "la presse" -certainement pas en cause en l'espèce- parce qu'à de maintes reprises les juridictions avaient admis que toute atteinte à cette liberté fondamentale constituait une voie de fait.¹⁰ Mais le juge des référés a, à juste titre, requalifié le droit fondamental en cause en estimant qu'il s'agissait d'une atteinte à la liberté de communication: "le caractère fondamental de cette liberté a été affirmé de manière péremptoire à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, notamment dans la décision 248 DC du 17 janvier 1989 concernant le CSA".

En procédant de la sorte, le juge Polynésien n'a-t-il pas méconnu la solution consacrée par la Cour de cassation puisque la société demanderesse ne disposait pas d'une autorisation de diffuser des émissions? En effet, la cour suprême judiciaire laisse supposer¹¹ qu'en matière de liberté de communication, il ne peut y avoir voie de fait que si la victime des agissements de l'Administration est en possession d'une autorisation administrative délivrée par le C.S.A.

Toutefois, en estimant qu'en l'espèce il y avait atteinte à un droit fondamental, le Tribunal civil n'a pas contredit le juge de cassation¹² car, contrairement à l'affaire Radio Maohi, la société Téléfenua ne se plaignait pas de l'arrêt de son activité -puisque aucune diffusion d'émission n'avait encore eu lieu-, mais d'être empêchée de pouvoir postuler auprès du C.S.A afin d'obtenir une autorisation d'émettre. Certes, une interprétation stricte de la jurisprudence de la Cour de cassation, pourrait conduire à soutenir qu'il n'y avait pas atteinte à l'exploitation d'un service de communication puisque la société demanderesse n'était pas en possession d'une autorisation délivrée par le C.S.A. et que partant, aucune liberté publique fondamentale n'était en cause. Mais ce raisonnement ne saurait être admis car il confine à l'absurde: les personnes qui se seraient vues, par exemple, refuser la délivrance du récépissé de déclaration d'une association parce que l'absence de cet acte ne

9 Ch civ, 10 février 1989, Office des Postes et Télécommunications c Association dite Radio Maohi, *JCP* 1989, II, n 21380, note Yves Brard.

10 TC 25 mars 1889, Dufeuille, *Rec* p 412; TC 25 mars 1889, Usannaz Joris, *Rec* p 414; TC 8 avril 1935, L'action française, c/ Bonnefoy-Sibour, *Rec* 1227, concl. Josse; § 1935, III, p 76, concl. Josse; *D* 1935, III, p 25 conclusions Josse, note Waline; *RDP* 1935, p 309, concl. Josse, note Jèze.

11 Par un raisonnement *a contrario*, cf note Y Brard, sous C cass, op cit, p 221.

12 Dont la solution, au demeurant, est loin d'emporter l'adhésion puisque "subordonner la qualification de liberté publique fondamentale à l'existence d'une autorisation ne paraît (...) pas être le meilleur moyen d'assurer efficacement la protection d'une liberté"; Yves Brard note sous Cass civ Ière, 4 décembre 1990, op cit, p 222.

leur permet pas justement d'être reconnues comme une association ne pourraient pas non plus se plaindre d'une atteinte à une liberté publique fondamentale.

Aussi peu importe qu'une liberté fondamentale soit soumise à autorisation ou non puisque, dans l'affaire société Téléfenua c/ Territoire de la Polynésie française, il s'agissait pour le juge d'intervenir en amont de la liberté, en dehors de toute préoccupation d'application concrète de celle-ci. Et c'est pourquoi, en décidant que le défaut de publication des décrets portait de façon patente atteinte à une liberté fondamentale, le juge polynésien a consacré une solution qui nous paraît pleinement satisfaisante.

B L'action du Président du gouvernement du territoire s'analyse-t-elle comme une mesure insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'Administration?

Pour répondre à cette seconde interrogation, le juge des référés a fort classiquement estimé qu'il convenait de distinguer deux cas de figure, selon que l'acte du Président du gouvernement du territoire était une "décision" ou un "agissement". On sait en effet qu'en ce qui concerne les voies de fait par manque de droit -comme c'était le cas en l'espèce- leur existence peut résulter soit d'un acte administratif soit d'une opération administrative.

Dans le premier cas de figure, ce n'est pas l'édiction d'un tel acte qui suffit à caractériser la voie de fait mais son exécution, c'est-à-dire un acte matériel,¹³ ou une menace précise et imminente d'exécution. En d'autres termes ce sont les effets provoqués par cet acte qui constitue la voie de fait. Et c'est pour mettre rapidement un terme à de tels effets, que la compétence de ces actions a été attribuée au juge judiciaire. En effet, le juge civil -et tout particulièrement celui statuant en matière de référé- possède "d'énergiques pouvoirs préventifs et curatifs qui ne sont pas en principe susceptibles d'être mis en oeuvre par le juge administratif contre l'administration".¹⁴ Dans le cas contraire où aucune conséquence ne résulterait d'un acte administratif même manifestement illégal, nul besoin de saisir le juge judiciaire puisque l'annulation de cet acte ou sa déclaration d'inexistence pourrait aussi bien être obtenue du juge administratif.¹⁵

En l'espèce, pour que la voie de fait soit constituée, il eût fallu que le Président du gouvernement du territoire soit l'auteur d'une décision de refus, explicite ou implicite, de publication des décrets dans le J.O.P.F. Dans cette hypothèse en effet, les conséquences résultant de cet acte administratif porteraient gravement préjudice à la société demanderesse

13 En ce sens André de Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 1, 12e édition, LGDJ 1992, p 360.

14 *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, Jacques Moreau, "Voie de fait", n 68.

15 Cf CE 31 janvier 1958, Sté des Établissements Lassale, *Rec* p 63: annulation; TC 27 juin 1966, Guigon c/ Armées, *Rec* p 830, *AJDA* 1966, note A de Laubadère, p 547; *D* 1968, note J-C Douence, p 7; *JCP* 1967, II, n 15135, conclusions R Lindon: déclaration d'inexistence.

puisque cette dernière ne serait pas fondée à invoquer l'application des décrets. Or, comme le constate fort justement le juge des référés d'une part, une telle décision n'a jamais été prise et d'autre part, il n'entraîne pas dans les prérogatives du Président du gouvernement du territoire de procéder à la publication de décisions ressortissant à la compétence de l'État: "Il résulte des articles 91 et 93 de la loi du 6 septembre 1984 que le Haut-Commissaire a seul qualité pour assurer la publication au JOPF des décisions ressortissant de la compétence de l'État et que la seule prérogative attribuée au gouvernement territorial en la matière est afférente au droit d'être informé".

Aussi, *a priori*, on ne peut qu'être étonné de ce que l'action diligentée par la Société Téléfenua ait été dirigée à l'encontre d'une autorité incompétente pour prendre une décision dans le processus de publication de décrets. Mais une telle demande est parfaitement justifiée si l'on considère à présent que la voie de fait résulte d'une opération administrative.

De fait, les autorités territoriales ne faisaient pas mystère de leur opposition à la publication des décrets de 1992 et 1993 parce que ces textes auraient probablement permis à la société Téléfenua de réaliser son projet de télévision.¹⁶ Le jour même où l'arrêté de promulgation fut pris par le Haut-Commissaire, cet acte fut transmis au Président du gouvernement du territoire, mais il ne fut pas publié au Journal officiel local dans les délais habituels. Se basant sur ce constat et des déclarations des conseillers proches du gouvernement, la société demanderesse soutenait que le Président du gouvernement du territoire manifestait ainsi son intention de contrecarrer le processus normal de publication des décrets. Une telle situation était d'autant plus possible que l'imprimerie officielle du territoire constitue un service, non doté de la personnalité morale, rattaché au ministère des Finances et des Réformes Administratives du territoire de la Polynésie Française. Aussi rien n'était plus simple pour les autorités territoriales de suggérer à ses agents de ne pas procéder à la publication des décrets.

Cependant le juge judiciaire rejetait cette argumentation en se basant sur le fait que la preuve d'actes matériels imputés au Président du gouvernement du territoire n'étaient pas rapportée: "il n'est pas établi que des ordres ont été donnés par lui au personnel de l'imprimerie officielle". Mais à supposer que "l'intervention intempestive du Gouvernement pour contrecarrer le processus de publication" ait pu clairement être démontrée, l'existence de la voie de fait n'aurait pas pour autant été établie. On doit, en effet, approuver le juge des référés lorsqu'il constate qu'"en toute hypothèse, à supposer que de tels ordres aient été

16 On doit signaler que ce cas de figure, aussi singulier soit-il, n'est pas le premier du genre. TA Papeete, 21 mars 1989, Territoire de la Polynésie française c/ Etat, *Recueil de jugements, 1988-1989*, Imprimerie Officielle, Tahiti, p 53: La demande du Président du gouvernement du territoire tendant à l'annulation de l'ordre donné par le Haut-Commissaire à l'agent responsable de l'édition du JOPF, de procéder à la publication d'une loi ainsi que celle visant le refus de rapporter cet ordre, sont irrecevables car elles sont dirigées contre une mesure d'ordre intérieur.

donnés, ces directives ne seraient pas de nature à entraver le processus de publication des décrets litigieux dans la mesure où le Haut-Commissaire, dans sa sphère de compétence exclusive, dispose des moyens juridiques adéquats pour passer outre à une résistance dépourvue de toute base légale".

Il ne faut pas confondre en effet deux éléments: la compétence pour prendre une décision relative à la publication qui ne peut, en vertu des dispositions des articles 91 et 93 de la loi statutaire, revenir qu'au Haut-Commissaire et la gestion matérielle de l'activité de publication qui faisait partie des attributions du gouvernement territorial. Dès lors, toute entrave à la compétence du Haut-Commissaire pouvait aisément être surmontée et c'est ce qui fut fait en l'espèce. En effet, le 2 décembre, le Haut-Commissaire a ordonné la réquisition du directeur des publications du J.O.P.F. et des services chargés de la confection de ce journal pour l'insertion de l'arrêté de promulgation des deux décrets et de ces deux décrets dans le plus prochain numéro du Journal officiel local. Cette publication eut lieu effectivement dans le J.O.P.F. du 9 décembre.

En supposant que cet ordre de réquisition n'ait pas été suivi d'effet, le Haut-Commissaire aurait pu aussi suppléer à la publication au J.O.P.F. par d'autres procédés valables de publicité. En effet, la jurisprudence administrative n'est pas formaliste:¹⁷ elle considère que "si la publication régulière¹⁸ est impossible, tous les autres procédés permettant d'arriver au même résultat, c'est-à-dire à la connaissance par les intéressés du texte les concernant, sont admissibles".¹⁹ De fait, à de nombreuses occasions le juge administratif a estimé qu'en cas de circonstances exceptionnelles, la publicité des textes normatifs doit être considérée comme suffisante lorsque les intéressés ont été informés par affichage ou par notification individuelle.²⁰ D'ailleurs en l'espèce, seul importait que l'arrêté de promulgation fasse l'objet d'une publication puisque les décrets ayant déjà été insérés au Journal officiel métropolitain il n'était pas nécessaire que leur texte soit reproduit au Journal officiel

17 Ni du reste la jurisprudence judiciaire: Cass civ 30 novembre 1864, D. 1985, I, p 186, cité par François Miclo, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, Economica 1982, p 194. Ainsi, en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles, la publicité peut être effectuée par tous les autres moyens prescrits par le chef du territoire, Civ. 30 novembre 1804, DP 63, P; 186, cité par François Luchaire, *Droit d'outre-mer et de la coopération*, PUF, 2e édition, 1966, p 279.

18 "Lorsqu'aucun texte n'a imposé un mode de publicité déterminé, il appartient au juge de rechercher si l'acte réglementaire a fait l'objet d'une publicité de nature à assurer son entrée en vigueur et à faire courir le délai de recours. Si le mode de publicité est déterminé par un texte, le juge applique ce texte. Il s'agit dans le premier cas de savoir si la publicité a été suffisante; dans le second de dire si elle a été régulière", conclusions Mme Grévisse sur CE ass 12 avril 1972, *Sieur Brier*, Rec p 276.

19 Raymond Odent, *Contentieux administratif*, fascicule 1, Les Cours de Droit, 1976-1981, p 41.

20 Voir par exemple: CE ass 5 avril 1946, *Sieur Rouy*, Rec p 107; CE 18 novembre 1949, *Sieur Plat*, Rec p 488; CE 23 juin 1950, *Sieur Lacroix*, Rec p 384; CE ass 12 avril 1972, conclusions Mme Grévisse, Rec p 272-287; note Pierre Delvolve, D 1973, p 228-234; note J-M Auby, D. 1973, p 681-687.

local.²¹ Enfin, indépendamment de toutes circonstances exceptionnelles, le Conseil d'État a estimé qu'une convention internationale destinée à régir la situation des populations d'un territoire donné n'était pas opposable aux dites populations faute d'avoir fait l'objet soit d'une publication au Journal officiel local soit de tout autre procédé de publicité.²²

Compte tenu des moyens juridiques dont dispose le représentant de l'État pour passer outre aux éventuelles directives émises par les autorités territoriales dans la perspective de contrecarrer le processus de publication de textes normatifs, le juge des référés, en affirmant que cette résistance abusive, bien que dépourvue de toute base légale, ne constituerait pas pour autant une voie de fait, a pris une décision parfaitement logique avec cette dernière théorie. Il est en effet conforme à l'état du droit et des principes qui régissent la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions, que le juge judiciaire ne puisse pénétrer dans le champ des litiges qui opposent des autorités administratives entre elles. La voie de fait n'a pas été conçue pour réguler les conflits internes à l'administration. D'ailleurs les jugements ou arrêts qui ont admis des voies de fait pour censurer des actes régissant les rapports entre autorités et agents administratifs sont fort rares -et très critiqués.²³ Dans le même esprit on doit admettre qu'aucune voie de fait ne saurait être constituée dans les rapports inter-administration -quand bien même, comme en l'espèce, le comportement d'une institution s'avérerait choquant au regard de ce que l'on peut attendre du fonctionnement normal du service public-, c'est-à-dire mettant en relation des personnes publiques distinctes. L'autonomie conférée aux collectivités décentralisées est contrôlée et sanctionnée par les organes de l'État et les contentieux qui prennent naissance à cette occasion appartiennent à leur juge naturel.²⁴

21 En ce sens, cf les nombreuses jurisprudences judiciaires citées par François Miclo, op cit, p 194, notes 4, 5 et 6. Voir aussi, François Luchaire, op cit, p 279. Le juge administratif estime aussi qu'il n'est pas nécessaire que le texte soit reproduit dans le Journal officiel local s'il a déjà fait l'objet d'une publication en métropole: CE 8 mai 1908, Bonnet, Rec p 470. Mais, il est vrai, comme le constate François Miclo, que la solution est moins évidente aujourd'hui pour la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie depuis l'entrée en vigueur des statuts du 6 septembre 1984, cf. Jurisclasseur civil, "Application de la loi outre-mer", n 162.

22 CE sect 7 décembre 1945, Société Ranc, Tiburce et Cie, Rec p 247; S 1946, III, p 29, conclusions Lefas.

23 Cf Alain Moyrand, note sous Papeete, Ch civ, 26 février 1992, JCP 1992, II, n 21926, p 339-340. De telles décisions pourraient cependant s'expliquer (mais ne seraient pas pour autant justifiées) si l'on admettait qu'en adoptant un comportement illégal, l'une des parties au conflit agit comme une personne privée ... Mais dans cette hypothèse le recours à la théorie de la "dénaturation" amènerait le juge judiciaire à porter une appréciation des plus délicates sur le comportement de l'Administration et en tout état de cause le tribunal devrait renvoyer à la juridiction administrative l'appréciation d'une telle question.

24 Et en l'espèce, il a été précisé que le représentant de l'État avait pris rapidement des mesures qui se sont avérées fort efficaces.

Cas de refus de publication de textes normatifs

Les autres hypothèses de refus de publication de textes normatifs nous amèneront à inguier le cas où cet acte est encore imputable aux autorités territoriales -mais, à la érence de l'espèce soumise au juge polynésien, sont désormais en cause des décisions ortissant à leur propre compétence- ; du cas où le blocage du processus de publicité des nes étatiques serait le fait du Haut-Commissaire. Cette analyse permet de souligner qu'en ui concerne tout d'abord des autorités territoriales, il est toujours possible de passer e aux agissements dont ces dernières pourraient se rendre coupable et qu'en tout état de se, pas plus le Président du gouvernement du territoire que le Président de l'assemblée itoriale ne peuvent commettre de voies de fait lorsqu'ils tentent de contrecarrer le cessus de publication de leurs propres décisions ; mais qu'en revanche en refusant de ier cette carence, le Haut-Commissaire se rendrait coupable d'une voie de fait (A). issant en second lieu, du refus du Haut-Commissaire de procéder à l'insertion des lois et rets dans le Journal officiel local, aussi regrettable soit-il, ce comportement est eptible de se rattacher à un pouvoir légal de l'Administration et dès lors le représentant 'État ne commet pas de voie de fait. Ce n'est pas dire pour autant que l'attitude du Haut- nmissaire ne puisse pas être sanctionnée juridictionnellement; mais les actions ouvertes victimes de tels abus ne peuvent être portées que devant le juge administratif (B).

Sur l'application des règles de la voie de fait

On supposera à présent, qu'une autorité territoriale refuse de procéder à la publication décisions ressortissant à sa compétence.²⁵ *A priori*, un tel cas de figure semble icilement imaginable, mais le fonctionnement des institutions territoriales révèle parfois pratiques pour le moins surprenantes²⁶ ... et d'ailleurs il est topique de constater que ce de figure a bel et bien été envisagé par la loi statutaire.

Deux autorités territoriales sont nommément désignées par le statut du territoire pour céder à la publication de textes normatifs. Il a été précisé en effet, que le Président du ivernement du territoire est chargé d'assurer la publication des décisions arrêtées par le eil des ministres et que de même le Président de l'assemblée territoriale se voit confier la sion de publier les délibérations votées par l'assemblée délibérante du territoire. En ce concerne cette dernière autorité, il faut réserver le cas spécifique où, en vertu de l'article linéa 2 de la loi statutaire, le conseil des ministres du territoire viendrait à demander

Cf l'article 93 de la loi statutaire. *Supra* note 3.

Tel le cas par exemple du blocage des portes de l'assemblée délibérante par son Président afin d'empêcher que la majorité des conseillers ne siège, cf. Alain MOYRAND, note sous Cour d'appel de Papeete, 26 février 1992, op cit.

une seconde lecture d'une délibération de l'assemblée territoriale.²⁷ Dans cette hypothèse, l'exécution de la délibération est suspendue jusqu'à la seconde lecture. On imagine aisément que tant que ce nouvel examen de la délibération n'a pas eu lieu, le Président de l'assemblée territoriale pourra se dispenser de procéder à une telle publication.²⁸

L'absence de publication de textes normatifs territoriaux du fait d'une volonté délibérée des autorités territoriales -en supposant que ces textes réglementent un domaine relatif aux droits fondamentaux- ne constituerait pas non plus une voie de fait puisque la loi statutaire à prévu un mécanisme juridique permettant à l'autorité de tutelle de surmonter cette résistance: "a défaut de publication dans un délai de 15 jours des actes ressortissant à la compétence du territoire, le Haut-Commissaire en assure sans délai la publication".²⁹ On retombe ainsi dans l'hypothèse déjà évoquée³⁰ où une autorité administrative dispose de moyens juridiques adéquats pour passer outre à un refus de publication.

Mais si les autorités locales ne peuvent jamais commettre de voie de fait en tentant de s'opposer à la publication de textes normatifs étatiques³¹ ou territoriaux, la même solution ne saurait prévaloir si le refus de publication de décisions territoriales émanait du représentant de l'État. Étant donné en effet, qu'une disposition législative fait expressément obligation au délégué du gouvernement de se substituer à la carence des autorités territoriales, l'abstention de celui-ci s'analyserait comme un acte insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'Administration. Constatant au terme d'un délai de 15 jours, que les autorités territoriales se sont abstenues d'accomplir une obligation légale, le Haut-Commissaire doit procéder immédiatement à cette publication des textes normatifs territoriaux.³² Dans le cas contraire, l'abstention du représentant de l'État serait susceptible de former une voie de fait.

Mais nous allons voir que cette dernière solution ne peut être invoquée lorsque le Haut-Commissaire se refuse à procéder à la publication des textes normatifs étatiques.

27 La loi statutaire précise que les actes de l'assemblée territoriale doivent être transmis sans délai au Président du gouvernement du territoire, cf art 74 al 1.

28 Le cas se serait produit une fois... et jamais cette seconde lecture n'a eu lieu. Ce qui a permis d'enterrer un acte jugé inopportun.

29 Article 93 alinéa 2.

30 Supra I B.

31 Supra I.

32 Il serait possible aussi d'envisager de sanctionner l'attitude des autorités territoriales. Il est évident que la loi statutaire attribue à ces dernières une compétence liée (cf l'emploi du présent de l'indicatif). Mais cette sanction ne pourrait être que l'annulation par le juge administratif de ce refus de publication.

B Le cadre juridictionnel des actions ouvertes aux victimes d'un refus de publication

L'étude exhaustive des cas de refus de publication nous amène à envisager, en dernière hypothèse, celui où le Haut-Commissaire s'abstiendrait de publier des lois et décrets soumis à la spécialité législative.³³ On constate alors que si, à l'instar des prérogatives conférées aux autorités territoriales, le Haut-Commissaire ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire mais au contraire d'une compétence liée pour publier les décisions ressortissant à la compétence de l'État, cette obligation juridique n'est enfermée dans aucun délai.³⁴

Est-ce à dire pour autant que le représentant de l'État puisse disposer d'un droit de veto en s'opposant indéfiniment à la publication (et aussi à la promulgation) des textes? On sait que la jurisprudence administrative a développé la notion de "délai raisonnable", pour censurer l'Administration qui s'évertuerait à méconnaître son obligation d'appliquer les lois et règlements.³⁵ Toutefois, cette sanction de ce "retard anormal" à prendre les mesures réglementaires ou individuelles d'exécution des lois et règlements s'accommode de délais qui dépassent parfois plusieurs mois et ne saurait donc être considérée comme une mesure efficace pour vaincre l'inertie de l'Administration.

Mais, le problème de l'obligation de publication (et de la promulgation) des textes législatifs et réglementaires n'est pas identique à celui relatif à l'obligation d'appliquer ces mêmes textes. On peut comprendre que dans cette dernière hypothèse le délai puisse atteindre quelques mois puisque l'Administration doit souvent établir des réglementations -et dispose

33 Et il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école. De nombreux exemples sont donnés par la doctrine. Cf par exemple l'étude de Hubert Lenoir: "Le record en la matière étant détenu, si l'on peut dire, par la loi du 21 juin 1865 relative aux associations syndicales qui n'a été promulguée que le 16 juin 1888, soit 123 ans après", in "La promulgation des lois et des décrets en Polynésie française", Communication lors de la Table Ronde: *Études sur le droit des pays du Pacifique Sud*, Université Française du Pacifique, 28 mai 1993. Sur la même question voir Yves-louis Sage "De l'application des normes en Polynésie Française", in Communication lors de la Table Ronde: *Études sur le droit des pays du Pacifique Sud*, Université Française du Pacifique, mai 1992.

34 Certes, la circulaire du 21 avril 1988 relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer, à la consultation des assemblées locales de l'outre-mer et au contreseing des ministres chargés des DOM-TOM (JORF 24 avril 1988, p 5457) précise bien que "le délai de publication (...) doit être aussi bref que possible" ... mais ce texte n'a pas force obligatoire puisqu'il est dépourvu de valeur réglementaire.

35 Voir CE ass 27 novembre 1964, Ministre des Finances et des affaires économiques c/ Dame veuve Renard, Rec p. 590, Conclusions Y Galmot; AJDA 1964, p 678, chron. M Puybasset et JP Puissochet; D 1965, p 632, note JM Auby; RDP 1965, p 716, conclusions; CE 23 novembre 1979, Secrétaire d'État aux anciens combattants c/ Le Meillour, Rec p 431; CE 7 octobre 1981, Secrétaire d'État aux anciens combattants c/ Époux Briffa, RDP 1982, p 1416; CE 15 février 1984, Ministre des affaires étrangères c/ Larivière, Rec T p 489; CE 24 juin 1992, M Soulat, AJDA 1992, p 691, observations P Letourneur; CE 9 avril 1993, Sté des auteurs des arts visuels, JCP 1993, IV, n 1534, p 181.

pour ce faire d'une grande latitude³⁶ - et que par ailleurs, s'agissant de l'obligation d'assurer l'exécution de textes de nature réglementaire, celle-ci est subordonnée à la condition que les dispositions à appliquer aient été légalement prises.³⁷ En revanche lorsqu'il s'agit, pour l'autorité administrative, de promulguer ou publier des lois ou décrets, le choix du moment n'est pas conditionné par les mêmes impératifs. En effet, tout d'abord, le représentant de l'État n'a pas à édicter de nouvelles mesures ni même à modifier celles contenues dans les textes qu'il doit publier. Ensuite, on ne saurait reconnaître au Haut-Commissaire le pouvoir d'apprécier la légalité des normes législatives ou réglementaires qui seront insérées dans le Journal officiel local puisque cela reviendrait à reconnaître à une autorité inférieure au parlement et soumise au gouvernement, la possibilité de suspendre l'applicabilité des textes émanant de ces organes.³⁸ S'il est vrai que le représentant de l'État s'est vu confier un contrôle de légalité, celui-ci ne concerne que les actes des autorités territoriales.³⁹

Ce n'est pas dire pour autant que le Haut-Commissaire ne peut disposer d'aucun choix du moment pour accomplir les formalités de promulgation et de publication. Si en principe promulgation et publication doivent être faites "immédiatement, dès l'arrivée dans la colonie [i.e. à présent dans le territoire] du journal officiel de la République",⁴⁰ l'ajournement de ces formalités peut "être justifié par les circonstances locales".⁴¹ Ainsi le Conseil d'État, dans un arrêt Société maïserie et aliments de Bétail, relatif à un décret fixant un régime douanier, a reconnu que "dans les circonstances de l'affaire" un retard de trois semaines pour promulguer et publier ce texte n'était pas anormal parce que les services du haut-commissariat devaient procéder à une répartition des produits entre les différents bureaux de douane.

36 L'autorité compétente peut ainsi "répartir entre plusieurs textes réglementaires la fixation de ces modalités d'application", CE 13 juillet 1962, Kevers-Pascalis, *Rec* p 475; D 1963, p 606, note JM Aubry.

37 "Les mesures par lesquelles l'autorité administrative diffère la mise en application d'une réglementation illégale ne sauraient être entachées d'illégalité", CE sect 8 janvier 1960, Laiterie Saint-Cyprien, *Rec* p 10.

38 Il serait pour le moins curieux que le Haut-Commissaire dispose en la matière de davantage de pouvoir que le Président de la République lorsque ce dernier promulgue les lois. D'ailleurs un ministre qui donnerait l'ordre au délégué du gouvernement de ne pas procéder à la promulgation d'un décret émettrait un acte illégal car comme le faisait remarquer à juste titre le commissaire du gouvernement Fournier, "Si le ministre estimait que le décret attaqué présentait des imperfections, il lui appartenait de provoquer son abrogation", conclusions sur CE 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, *RJPOM* 1960, p 443.

39 Et en tout état de cause, le Haut-Commissaire ne peut en suspendre l'applicabilité; il ne peut que les déferer au juge administratif.

40 François Miclo, *Le régime législatif des départements d'outre-mer et l'unité de la République*, op cit, p 191.

41 Idem.

Mais dans notre cas d'espèce, aucun argument de la sorte ne pouvait être avancé par le Haut-Commissaire. L'ajournement de la publication des deux décrets aurait été illégal. Néanmoins, la théorie de la voie de fait, ne pourrait pas s'appliquer dans notre cas puisque l'attitude du représentant de l'État consistant à refuser d'insérer les décisions étatiques au Journal officiel local n'est pas insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'Administration.⁴² La loi est sans doute mal faite⁴³ ... mais c'est la loi.

Toutefois, il serait possible de soutenir que le Haut-Commissaire commet une voie de fait, puisque des jurisprudences concordantes des juges judiciaire, administratif et des conflits⁴⁴ ont admis que tel est le cas lorsque l'Administration utilise de manière inadéquate des pouvoirs qui lui sont confiés pour l'exercice d'autres activités.⁴⁵ Concrètement, la personne qui reprocherait au représentant de l'État de s'abstenir de procéder à la publication d'une loi ou d'un décret, pourrait prétendre qu'un tel agissement est manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice du pouvoir conféré à l'Administration dans sa fonction de

42 "...Si l'Administration possède un titre qui lui permettrait d'agir, la qualification de voie de fait ne sera pas retenue même au cas où les agissements litigieux reflètent un excès de pouvoir ou une confusion grossière", *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, Jacques Moreau, jurisclesseur, op cit, n 57.

43 Si à l'époque coloniale il était effectivement difficile d'enfermer dans un délai déterminé la publication des décisions étatiques, compte tenu de l'éloignement des territoires et des lenteurs des moyens de communication, tel n'est plus le cas à l'aire du Fax. Dès lors, il serait souhaitable qu'un délai pour procéder à la publication des décisions ressortissant à la compétence de l'État soit imparti à l'autorité chargée de cette attribution. Quant à la promulgation, non seulement elle constitue une procédure inutile mais sa constitutionnalité est douteuse, voir sur ce dernier point, l'étude de Hubert Lenoir, op cit.

44 C cass 1ère ch civ 28 novembre 1984, deux arrêts, D 1985, p 313, note C Gavalda; *JCP* 1986 II n° 20600, note M Lombard; *RCDIP* 1985, P 506, note G Peiser; *RFDA* 1985, p 760, concl P-A Sadon; TC 9 juin 1986, Eucat c/ Trésorier-payeur général du Bas-Rhin, *Recueil Lebon*, p 301; *AJDA* 1986, p 428, chron M Azibert et M. de Boisdeffre; *D* 1986, p 493, note C Gavalda; *JCP* 1987 II n° 20746, note B Pacteau; *RD*, 1987, p 1073, note J Robert et p 1082, concl M -A Latoumerie; *RFDA* 1987, p 53, concl; CE 4 mai 1988, Plante, *Recueil Lebon*, p 695; *RD* 1990, p 913; *RFDA* 1989, p 194, note B Pacteau.

45 Ainsi le juge apprécie "le rapport existant entre la mesure contestée et, non pas les pouvoirs de l'administration en général, mais un pouvoir déterminé, caractérisé par sa finalité" Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 7e édition, 1993, p 696.

publication des textes normatifs. Toutefois, cette conception très extensive de la notion de voie de fait⁴⁶ n'a -déjà- probablement plus cours.⁴⁷

Mais si la voie de fait ne peut censurer le refus du Haut-Commissaire de publier des décisions étatiques, d'autres sanctions, relevant de la compétence du juge administratif, sont heureusement envisageables... à défaut d'être -hélas- aussi efficaces. On pourrait tout d'abord admettre que le Tribunal administratif puisse annuler le refus du représentant de l'État de procéder à l'insertion des textes dans le Journal officiel local. Bien qu'à notre connaissance ce cas n'ait pas encore été soumis au juge administratif, il y a lieu de remarquer que ce contentieux est fort proche d'un refus d'édicter des règlements nécessaires à l'application d'une loi ou d'un décret.⁴⁸ Pour ce faire le requérant devrait faire constater par le juge que l'Administration a dépassé un "délai raisonnable". Mais le terrain du contentieux de la légalité n'est pas la seule voie de droit ouverte aux victimes de la méconnaissance par l'Administration de son obligation de publier les textes normatifs. Les justiciables seraient aussi fondés à invoquer que l'attitude de l'Administration est génératrice de responsabilité.⁴⁹ D'ailleurs, tant en matière de promulgation que de publication tardives, la Haute Juridiction administrative a admis que de tels agissements étaient de nature à engager la responsabilité pour faute de l'État.⁵⁰

Société Téléfunua c. Le Président du gouvernement du Territoire de la Polynésie Française

The legislative system for the French Overseas Territories differs from that of other jurisdictions of the French Republic. One of the main differences relates to the need for promulgation and publication at a local level of all statutes and decrees to which the

46 Elle revient en fait à censurer les détournements de pouvoir ou de procédure gravement irrégulier; ce qui a favorisé et légitimé une tendance naturelle du juge judiciaire -le Professeur René Chapus parle d'"égarements judiciaires", op cit, p 693- à déceler des voies de fait de manière excessive.

47 Cf TC 17 juin 1991, Madhaoui, JCP 1991, IV, p 391; TC 4 juillet 1991, Couach, JCP 1991, IV, p 392. Citant la décision du Tribunal des conflits "Préfet de la Seine-Saint Denis contre Akiana" (1er mars 1993, D 1993, inf rap 93; JCP 1993, IV, 1132, observ M-C Rouault; DA 1993 n° 220), Etienne Picard souligne que celle-ci s'inscrit "dans un mouvement tendant à circonscrire les limites de la notion de voie de fait qu'un certain nombre de juridictions judiciaires ont tendance à concevoir de façon un peu indéterminée, et large en tout cas, suite à l'interprétation abusive de certaines jurisprudences du Tribunal des conflits lui-même", JCP 1993, I, n° 3700, p 365.

48 CE 13 juillet 1962, Kevers-Pascalis, op cit.

49 Il y a lieu de souligner là encore l'analogie avec le contentieux du refus de prendre les mesures nécessaires à l'application des lois et décrets, cf CE ass 27 novembre 1964, Dame Veuve Renard, op cit.

50 CE sect 7 décembre 1945, Société Ranc, Tiburce et Cie, op cit; CE sect 11 mars 1960, Société Maïserie et aliments de bétail, op cit.

principle of legislative specialty relates. And so, in addition to their publication in the Official Gazette of the French Republic, statutes and decrees must be promulgated and published in the Official Journal of French Polynesia (JOPF) by the High Commissioner of the Republic. These formalities are necessary pre-conditions since they provide the basis for the entry into force of the legislation and for the practical effect of the State rules.

On the basis of the Law of 30 September 1986 relating to freedom of communication, the Telefunua Company wished to develop "a network for the distribution of radio and television services". Though requested on numerous occasions, both by the Telefunua Company and various communities of French Polynesia which wished to take advantage of cable television services, the High Commissioner only promulgated the two decrees on 2 November 1993. But the publication never took place as planned in the issue of the *Official Gazette* following (that is to say, of 4 November), nor in the Gazettes of 11 or 18 November. The delay is explained by the fact that the territorial authorities, which have responsibility for the publication of the Official Gazette, did not wish to publish these two decrees. The President of the Territorial Government, who was very dissatisfied about his lack of control of this particular sector of audio-visual communication, had tried in many ways to oppose the fulfilment of the television project planned by the Telefunua Company. And so, on 18 November 1993, the Telefunua Company laid a petition against the President of the Territorial Government before the Civil Judge of the Court of First Instance with the object of obtaining an order to stop the obstructiveness of which it believed it was a victim.

The President of the Court of First Instance in Papeete in his decision of 6 December 1993 had to decide whether the President of the Territorial Government in trying to prevent the publication of the decisions which had emanated from the State in the exercise of the State's jurisdiction had committed a wrong (*voie de fait*). The court answered this question in the negative: It referred to the classic definition of *voie de fait* as "a particularly serious harm caused by the administration which affects the fundamental rights of the citizens and which is incapable of being attached to a legal government power".

In order to sustain the view that by opposing the publication of the decrees a harm had been done by the President, the Telefunua Company had first of all to show that the action of the Territorial President affected a fundamental freedom. It did not matter that the fundamental freedom could be subject to permission since in the Telefunua case there was a question of the judge intervening on behalf of liberty outside of any concern with the concrete application of that liberty. And this is why in deciding that the failure to publish the decrees amounted to a clear violation of a fundamental liberty, the Judge made a decision which appears fully satisfying.

Secondly, the Telefunua Company had to establish that the action of the President was incapable of relating to the exercise of a power by the government. Here the Judge, in a typical traditional approach, held that it was necessary to distinguish two types of case,

according to whether what the President of the Territorial Government did was a "decision" or a "action". As far as "voies de fait" are concerned, where there is an absence of right — as was the case here — their existence can result either from a administrative statement or from administrative activities.

In the case in hand, in order for the wrong to be established, it would have been necessary for the President of the Territorial Government to have made a writing which refused the publication of the decrees in the JOPF expressly or implicitly. On this hypothesis, the consequences of this administrative document would cause grave loss to the plaintiff company since it would be unable to take advantage of the application of the decrees. As was quite rightly established by the Judge, on the one hand such decision had never been taken, and on the other hand it was not within the powers of the President of the Territorial Government to publish decisions which were within the competence of the State itself:

It follows from Articles 91 and 93 of the Law of 6 September 1984 that the High Commissioner alone has the capacity to publish in the JOPF decision which are within the competence of the State, and the only right given to the Territorial Government in the matter is the right to be informed.

Also, a priori, it is surprising that the action commenced by the Telefunua Company had been brought against an authority which had no power to take a decision in the process relating to the publication of decrees. Such a petition is perfectly justified if the harm is seen to flow from administrative action. The judge rejected this approach on the basis of the absence of proof that the particular actions imputed to the President were not proved.

The other possible basis for the refusal of publication of legal documents leads to distinguishing the case where the action can be imputed to the territorial authorities (but, unlike the case before the Judge here, the decisions are those which are within the jurisdiction of the territorial authorities), from the case where the failure in the publication process is the act of the High Commissioner. This analysis emphasises the fact that as far as the territorial authorities are concerned, it is always possible to go beyond the actions for which the territorial authorities can be held responsible and that, in any case, neither the President of the Territorial Government nor the President of the Territorial Assembly can commit harm (*voie de fait*) when they try to obstruct the publication process of their own decisions. On the other hand, in refusing to make up for this omission, the High Commissioner is himself guilty of causing harm. Considering in the second place the refusal of the High Commissioner to proceed to the publication of statutes and decrees in the local Gazette — regrettable as that may be, this behaviour could be related to a legal power of the government, and therefore the State representative could not commit a *voie de fait*. This is not to say, however, that the behaviour of the High Commissioner could not be controlled by

a court, but the causes of action available to victims of such behaviour can only be brought before the administrative courts.