

CONSEIL D'ÉTAT
Assemblée générale

Section de l'intérieur
Section des finances
Section des travaux publics
Section sociale
Section de l'administration

Séance du jeudi 16 avril 2015

N° 389.808

EXTRAIT DU REGISTRE DES
DÉLIBÉRATIONS

AVIS SUR UN PROJET DE LOI
relatif à la modernisation du droit de l'outre-mer

1. Le Conseil d'État a été saisi le 6 mars 2015 et, à titre rectificatif les 23 mars, 30 mars et 10 avril suivants, d'un projet de loi relatif à la modernisation du droit de l'outre-mer.
2. Ce projet de loi comporte des mesures relatives au développement économique et social, aux transports, à l'aménagement du territoire, à la fonction publique, aux collectivités territoriales et à la sécurité. Il procède également à la mise à jour de législations existantes (codes de la défense et de la sécurité intérieure) pour tenir compte des évolutions statutaires de plusieurs collectivités d'outre-mer.
3. Dans le domaine économique, le projet de loi prévoit la création d'un observatoire des prix, des marges et des revenus à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin et la conclusion d'accords annuels de modération des prix à Saint-Martin. Il érige en établissement public l'Agence de l'outre-mer pour la mobilité. Il habilite le Gouvernement à étendre à la Nouvelle-Calédonie les dispositions relatives à la recherche et au constat des infractions du code de la consommation.

Dans le domaine social, le projet de loi clarifie l'application à Saint-Martin et à Saint-Barthélemy du code de la sécurité sociale et habilite le Gouvernement à prendre des ordonnances en vue de réformer le droit du travail maritime à Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises, ainsi que de rapprocher Mayotte du droit commun en matière de travail, emploi et formation professionnelle.

En matière d'aménagement, d'urbanisme et de transports, il réforme l'établissement public d'aménagement de Guyane et crée un établissement public foncier et d'aménagement à Mayotte ; il adapte à la situation particulière de la Guyane la règle selon laquelle doivent être séparées les fonctions de portage foncier et d'aménagement ; il prolonge de trois années les agences de la zone des cinquante pas géométriques ; il met en cohérence les règles applicables à Saint-Barthélemy avec divers règlements pris par les instances de l'Union européenne en matière de transport aérien ; il étend aux collectivités d'outre-mer du Pacifique la procédure de « saisie conservatoire » des navires de pêche prévue par la loi du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt.

S'agissant de fonction publique, le projet de loi tend à faciliter l'accès des agents non titulaires des îles Wallis et Futuna à la fonction publique de l'État et aux deux autres fonctions publiques, ainsi qu'à favoriser la titularisation des agents contractuels des communes polynésiennes et la mobilité vers les trois fonctions publiques des agents de ces communes ainsi que de ceux de la collectivité d'outre-mer.

S'agissant de l'organisation municipale, le projet de loi adapte le code des juridictions financières aux communes et établissements publics de coopération intercommunale de Saint-Pierre-et-Miquelon, de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie ; il étend à Saint-Pierre-et-Miquelon, à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie les règles relatives à la transparence financière ; il modifie le code des communes de Nouvelle-Calédonie pour soumettre ces communes aux obligations de droit commun en matière de présentation des documents budgétaires ; il aligne sur le droit commun la détermination du nombre maximal de maires adjoints en Nouvelle-Calédonie et modifie les règles de désignation des maires délégués en Polynésie française.

Dans le domaine de l'ordre public, le projet de loi plafonne le nombre d'armes en Nouvelle-Calédonie et aménage les règles relatives aux jeux de hasard à Wallis-et-Futuna.

4. Le projet n'appelle, de la part du Conseil d'État, que les remarques et réserves suivantes.

5. S'agissant de l'étude d'impact, les compléments apportés à la demande du Conseil d'État permettent désormais de regarder celle-ci comme conforme aux prescriptions de la loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

6. S'agissant de l' « Agence de l'outre-mer pour la mobilité », société d'État créée par la loi n° 46-860 du 30 avril 1946 (tendant à l'établissement, au financement et à l'exécution de plans d'équipement et de développement des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer), que le projet transforme en un établissement public administratif portant la même dénomination, le Conseil d'État relève que ce dernier reçoit pour missions de contribuer à l'insertion professionnelle des personnes résidant habituellement outre-mer en favorisant leur formation initiale et professionnelle hors de leur collectivité de résidence ainsi que leur accès à l'emploi, de mettre en œuvre les actions relatives à la continuité territoriale qui lui sont confiées par l'État et les collectivités territoriales et enfin de gérer, pour certaines collectivités territoriales d'outre-mer, les dispositifs d'aide prévus par la loi à ces fins.

Au regard de son objet et de la nature de ses activités, en particulier de la mission relative à la continuité territoriale qui ne ressortit à la compétence d'aucun établissement public national équivalent, la nouvelle Agence de l'outre-mer pour la mobilité constitue à elle seule une nouvelle catégorie d'établissements publics et sa création relève de la loi. Il convient dès lors que le projet en définisse les règles constitutives. La désignation des ministres de tutelle, qui n'est pas une règle constitutive, relève du pouvoir réglementaire et ne doit pas figurer dans le texte de la loi. En revanche, les mentions relevant du pouvoir réglementaire peuvent être maintenues dans le projet de loi pour des raisons de lisibilité de la réforme : la dénomination de l'établissement public et son caractère administratif.

Le projet de loi confère par ailleurs aux agents du nouvel établissement public la qualité d'agents contractuels de droit public, par dérogation au principe, posé à l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, selon lequel les emplois civils permanents de l'État et de ses établissements publics à caractère administratif sont occupés par des fonctionnaires ou des agents publics titulaires assimilés. Dès lors que cette exception ne concerne que les agents de l'un des établissements publics administratifs de l'État, cette disposition ne confère pas au projet le caractère d'un « *projet de loi (...) modifiant la loi du 13 juillet 1983 (...) ou dérogeant à cette loi, pour les trois fonctions publiques* » au sens des dispositions de l'article 2 du décret n° 2012-148 du 30 janvier 2012 relatif au Conseil commun de la fonction publique. Son examen ne requiert donc pas la consultation préalable de cet organisme.

7. S'agissant de la création, à Mayotte et en Guyane, d'établissements exerçant à la fois des missions foncières et d'aménagement, le Conseil d'État a estimé que des considérations d'intérêt général, liées à l'aménagement et à la maîtrise foncière de ces deux collectivités, justifiaient qu'il fût dérogé à la règle de séparation des activités de portage foncier et d'aménagement des établissements publics de l'État instituée par l'article 94 de la loi n° 2005-32 de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005, qui a conduit à l'institution de deux catégories distinctes d'établissements publics, fonciers d'une part, d'aménagement d'autre part.

En revanche, il n'a pas estimé que cette dérogation caractérisait la création d'une nouvelle catégorie d'établissements publics appelant l'intervention du législateur en application de l'article 34 de la Constitution.

En effet, l'Agence foncière et technique de la région parisienne (AFTRP), établissement public de l'État, agit à la fois en matière foncière et en matière d'aménagement en vertu des articles L. 321-29 à L. 321-36 du code de l'urbanisme. Elle exerce en outre son activité sous la même tutelle administrative que celle prévue pour les deux nouveaux établissements de Guyane et de Mayotte.

Dès lors que le périmètre d'intervention de l'AFTRP, limité à l'Ile-de-France par le décret n° 62-479 du 14 avril 1962 (dont l'objet ne correspond d'ailleurs à aucun projet d'aménagement prédéterminé), n'est pas, en l'espèce, une règle constitutive au sens de l'article 34 de la Constitution, la création des deux nouveaux établissements de la Guyane et de Mayotte n'implique pas de dispositions législatives autres que celles nécessaires pour déroger aux règles législatives particulières régissant la catégorie actuellement constituée par la seule AFTRP. Ces dispositions devront donc être insérées dans la section 3, relative à l'AFTRP, du chapitre I^{er} du titre II du livre III du code de l'urbanisme.

Ont été regardées comme des règles constitutives dérogeant à celles de la catégorie constituée par l'AFTRP notamment les dispositions, applicables seulement à l'établissement de Mayotte, conférant au collège des représentants de l'État la majorité des voix au sein du conseil d'administration, alors qu'en Guyane, en l'absence de règle dérogatoire, s'appliqueront les règles de proportion entre catégories représentées au sein du conseil d'administration prévues pour l'AFTRP en vertu de l'article L. 321-33 du code de l'urbanisme.

Relèvent aussi du pouvoir législatif, sans pour autant constituer des règles constitutives au sens de l'article 34 de la Constitution, les dispositions selon lesquelles le décret en Conseil d'État créant les établissements ne pourra être pris qu'après la consultation des organes délibérants des collectivités territoriales comprises dans leurs périmètres, dont l'avis, faute d'être émis dans un délai de trois mois, sera réputé favorable.

Enfin, par cohérence avec les règles applicables tant aux établissements publics fonciers et aux établissements publics d'aménagement qu'à l'Agence foncière et technique de la région parisienne qui dérogent à l'application des dispositions du titre II de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public en figurant à l'annexe III à cette loi, le Conseil d'État a estimé qu'il convenait d'inscrire également à cette annexe ces deux établissements.

8. S'agissant des Agences pour la mise en valeur des espaces urbains de la zone dite « des cinquante pas géométriques » de Guadeloupe et de Martinique, le Conseil d'État a considéré que la loi n'avait pas à évoquer les modalités de leur liquidation, alors que la cessation de leurs activités n'est pas prévue avant le 31 décembre 2018, que la nécessité de la liquidation n'est pas certaine en l'état et que, en tout état de cause, il incombe au pouvoir réglementaire de régler les questions relevant de sa compétence liées à la liquidation des biens d'un établissement public de l'État.

9. S'agissant des agents publics de la Polynésie française, le Conseil d'État n'a pu retenir la rédaction initiale du 3° de l'article 9 modifiant le quatrième alinéa de l'article 75 de l'ordonnance n° 2005-10 du 4 janvier 2005 portant statut général des fonctionnaires des communes et groupements de communes de la Polynésie française, pas plus que celle issue de la saisine rectificative du Gouvernement du 10 avril 2015, dans la mesure où, dans un cas comme dans l'autre, la loi introduit une différence de traitement dans la gestion des agents non titulaires n'ayant pas été intégrés à l'expiration de leur délai d'option entre, d'une part, ceux qui relèvent de la convention collective des agents non fonctionnaires de l'administration de la Polynésie française (agents dits « ANFA ») et, d'autre part, ceux qui n'en relèvent pas, sans que cette différence de traitement apparaisse justifiée, en l'état, au regard de l'objet de la loi qui l'établit, par des différences de situation ou un motif d'intérêt général.

En outre, si le Gouvernement a, dans la version de ces dispositions issue de la saisine rectificative, apporté des précisions sur les modalités de mise en œuvre des règles applicables à ces agents quant à l'évolution de leurs rémunérations, celles-ci empiètent, au regard des dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution, sur la compétence dévolue au pouvoir réglementaire en la matière.

La rédaction retenue par le Conseil d'État se borne, par suite, à prévoir que les rémunérations de l'ensemble de ces agents non titulaires feront l'objet de réexamens périodiques suivant des modalités qui devront être définies par décret en Conseil d'État. Il appartiendra alors au Gouvernement de préciser, à cette occasion, les motifs susceptibles de fonder, le cas échéant, des différences dans les régimes applicables suivant les catégories d'agents concernées.

10. S'agissant de l'extension, moyennant adaptation, à Saint-Pierre-et-Miquelon des dispositions de l'article L. 243-7 du code des juridictions financières relatives aux suites données aux observations des chambres territoriales des comptes, le Conseil d'État a relevé que cet article ne fait pas encore partie de l'ordonnancement juridique, puisque sa création est prévue par l'article 30 du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, lequel n'a pas été adopté par le Parlement à ce jour. Estimant que le présent projet ne pouvait anticiper sur l'adoption d'une loi en cours d'examen par le Parlement, le Conseil d'État a remplacé la référence à l'article L. 243-7 du code des juridictions financières, dans un nouvel article consacré à Saint-Pierre-et-Miquelon, par la substance du futur article L. 243-7.

Le Conseil d'État a, par ailleurs, limité aux communes de Polynésie française, de Nouvelle-Calédonie et de Saint-Pierre-et-Miquelon et à leurs établissements publics de coopération intercommunale, l'extension des dispositions prévoyant que l'exécutif d'une collectivité territoriale doit présenter à son assemblée délibérante un rapport exposant les actions qu'il a entreprises à la suite des observations de la chambre territoriale des comptes. En effet, s'agissant des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution, un tel dispositif, qui touche aux rapports entre les institutions propres à ces collectivités et, par suite, à leurs « règles d'organisation et de fonctionnement », relève de la compétence de la loi organique, contrairement aux dispositions purement procédurales de l'article L. 243-5 du code des juridictions financières, relatif à la communication des observations définitives de la chambre territoriale des comptes aux instances de la collectivité. Il en va de même pour la Nouvelle-Calédonie et ses provinces, en application de l'article 77 de la Constitution.

Cet avis a été délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'État dans sa séance du jeudi 16 avril 2015.