

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE CIVILE ET COMMERCIALE

Sous la direction de Pascal Gourdon

CA Papeete, Ch. civ., 22 juillet 2004, Mme de Obregon Lanuza c/ Conseil de l'Ordre des Avocats, n° 473 RG 04/CIV/03

Par lettre du 14 juillet 2003, Mme de Obregon Lanuza, avocate au Barreau de Madrid a sollicité son inscription au Barreau de Papeete en temps qu'avocate exerçant sous son titre professionnel espagnol, sur le fondement de la directive 98/5/CE (article 3.2).

Par courrier recommandé avec accusé de réception du 23 septembre 2003, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Papeete a notifié à Mme de Obregon Lanuza sa décision en date du 15 septembre 2003 de refus d'inscription pour les motifs suivants:

- Aux termes de la Convention d'Association entre les Pays et Territoires d'Outre-Mer et l'Union Européenne, les textes de l'Union et plus généralement le Droit Communautaire n'ont vocation à s'appliquer qu'en vertu de dispositions expresses.
- Ce principe se conforme à celui dit de spécialité législative qui prévoit en l'espèce qu'une convention internationale ne peut s'appliquer Outre-Mer que si elle le prévoit spécifiquement.
- Aucune disposition n'édicte cette applicabilité de la directive.
- Il ne peut y avoir d'applicabilité directe de cette directive sur le territoire de la Polynésie française.

Le 27 octobre 2003, Mme de Obregon Lanuza a formé un recours devant la Cour d'Appel de Papeete et ce conformément aux dispositions des articles 16, 74 et 102 du décret du 27 novembre 1991 portant organisation de la profession d'avocat, à l'encontre de la décision du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Papeete.

Mme de Obregon expose que la liberté d'établissement dans les PTOM est indéniablement, pour les ressortissants des États membres, un droit fondé par la quatrième partie du Traité instituant la Communauté Européenne et réaffirmé dans la dernière décision d'association.

Elle estime avoir le droit de s'établir en Polynésie française, puisque, les limites apportées par les textes à ce droit ne sont applicables, ni à sa personne, ni à sa profession, ni à la Polynésie.

Elle soutient que le Conseil de l'Ordre n'est pas concerné par l'article 45-2 de la décision d'association 2001, puisqu'il ne fait pas partie des "autorités du PTOM".

Elle rappelle la primauté du droit communautaire et l'applicabilité directe de la directive 98/5 pour les barreaux français.

Elle expose que le Barreau de Papeete ne présente pas de particularité au regard de la loi de 1971 et du décret de 1991 et qu'il est semblable aux autres barreaux français.

Elle fait valoir que la directive 98/5, devenue d'application directe en France, est elle aussi applicable de droit en Polynésie en ce qui concerne les dispositions claires, précises et inconditionnelles relatives à l'inscription au barreau.

Elle considère que le Conseil de l'Ordre opère une discrimination interdite par le droit communautaire applicable en Polynésie.

Elle soutient qu'en lui refusant l'accès à l'activité non salariée d'avocate indépendante, le Conseil de l'Ordre lui refuse en même temps le moyen d'exercer sa liberté d'établissement et ignore ainsi le droit communautaire applicable en Polynésie française.

Elle prétend que la décision de rejet l'empêche de tirer des revenus de l'exercice indépendant de sa profession d'avocate et ce à partir du jour où la demande d'inscription a été rejetée.

Dans ses dernières conclusions du 31 mars 2004, Mme de Obregon Lanuza invoque la transposition de la directive 98/5 litigieuse dans le cadre de la loi 2004-130 du 11 février 2004.

Elle demande à la Cour de:

Annuler la décision du conseil de l'Ordre du Barreau de Papeete du 15 septembre 2003 qui a rejeté la demande d'inscription de Madame de Obregon Lanuza,

Ordonner l'inscription immédiate de Madame de Obregon Lanuza au Barreau de Papeete, sous son titre d'origine,

Dire que l'Ordre des Avocats du Barreau de Papeete, devra, en conséquence, prendre toutes mesures nécessaires relevant de sa compétence,

Debouter l'Ordre des Avocats au Barreau de Papeete de toutes ses demandes, fins et conclusions.

Le Condamner aux entiers dépens.

Donner Acte à Madame de Obregon Lanuza de ce qu'elle est fondée à faire valoir ses droits à l'encontre de l'État français, responsable des dommages qu'il lui a causé en n'ayant pas procédé à la transposition de directive 98/5 dans les délais requis.

Pour sa part, le Conseil de l'Ordre expose avoir sollicité une consultation sur l'applicabilité de la directive 98/5 CE auprès du Professeur Gautier, Directeur du Centre d'Études Internationales et Européennes de Strasbourg.

Il soutient qu'il résulte de cette consultation que la directive dont s'agit ne s'applique pas sur le territoire de la Polynésie française.

Il précise que l'objet de la directive 98/5 ne définit pas une condition d'exercice de la liberté d'établissement mais définit le cadre, pour les ressortissants de l'Union, de l'exercice d'une profession réglementée.

Il considère que l'applicabilité n'est transposable aux P'TOM, que si la directive est visée dans la décision d'Association entre le Territoire concerné et l'Union Européenne, ce qui n'est pas le cas.

Il fait valoir que la transposition récente de la directive 98/5, en métropole, n'a prévu aucune mesure d'applicabilité des dispositions de la directive en Polynésie française.

Il demande à la Cour d'Appel de:

Débouter Mme de Obregon Lanuza de toutes ses demandes.

Confirmer la décision entreprise du Conseil de l'Ordre en date du 15 septembre 2003 en ce qu'il a notamment considéré non applicable en Polynésie française la directive n° 98/5 CE sur laquelle se fonde l'appelante.

Subsidiairement et dans l'hypothèse où par extraordinaire la Cour considérerait comme applicable ladite directive,

Renvoyer le dossier à la connaissance du Conseil de l'Ordre afin que soient déterminées les conditions et modalités de vérification de l'aptitude de l'impétrante à l'exercice de la profession d'avocat en Polynésie française.

Le Procureur Général, à qui la procédure a été communiquée, n'a pas déposé de conclusions écrites.

MOTIFS DE LA DECISION

A Sur l'Applicabilité du Droit Dérivé en Polynésie Française

Le statut de la Polynésie française en droit communautaire est celui des Pays et Territoires d'Outre-Mer (PTOM). Ce statut particulier découle du jeu combiné de l'article 3 § 1-s, de l'article 299 du traité CE et surtout de la quatrième partie du traité CE intitulée: "l'association des pays et territoires d'outre-mer" (articles 182 à 188). Aux termes de l'article 182 du traité CE, "les États membres conviennent d'associer à la Communauté les pays et territoires non européens entretenant avec le Danemark, la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni des relations particulières.

Ces pays et territoires ci-après dénommés "pays et territoires" sont énumérés à la liste qui fait l'objet de l'annexe II du présent traité".

Ces territoires sont soigneusement individualisés par le traité. Il en résulte que le seul et unique régime juridique qui s'applique aux PTOM est celui de l'association c'est-à-dire les articles 182 à 188 du traité, ainsi que les actes de droit dérivé pris en application desdites dispositions.

Le but de l'association est défini par le traité CE comme, étant "la promotion du développement économique et social des pays et territoires, et l'établissement des relations économiques étroites entre eux et la Communauté dans son ensemble" étant entendu que "conformément aux principes énoncés dans le préambule du présent traité, l'association doit en premier lieu permettre de favoriser les intérêts des habitants de ces pays et territoires et leur prospérité, de manière à les conduire au développement économique, social et culturel qu'ils attendent".

Cette première approche de l'association montre qu'il ne s'agit pas de faire des pays et territoires d'outre-mer des excroissances du marché commun ou marché intérieur caractérisé par l'emprise des quatre libertés fondamentales (libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux). La Cour de Justice des Communautés européennes l'a, de ce point de vue, clairement indiqué.

Pour le juge communautaire,

Bien que les PTOM soient des pays et territoires associés ayant des liens particuliers avec la communauté, ils ne font pas partie de cette dernière et se trouvent à son égard dans la même situation que les pays tiers (voir avis 1/78, du 4 octobre 1979, Rec. p. 2871, point 62, et 1/94, du 15 novembre 1994, Rec. p. I-5267, point 17).

Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a par ailleurs précisé que:

"Le régime de libre circulation des marchandises entre les PTOM et la Communauté, découlant de la quatrième partie du traité n'a pas pour objectif l'établissement d'un marché intérieur semblable à celui institué par le traité entre les États membres (TPI 14 septembre 1995).

De même, dans l'affaire *Kaeffér et Procacci*, la Cour a considéré que les actes de droit dérivé organisant le droit d'entrée et de séjour sur les territoires des États membres et conçus comme un élément indispensable de la liberté d'établissement, n'étaient pas applicables en tant que tels; seule la décision d'association est d'application.

Il résulte ainsi de la jurisprudence que les seuls textes applicables et invocables sont:

- l'article 3 § 1-s du traité CE,
- les articles 182 à 188 indus du traité CE,
- les actes de droit dérivé pris en application desdites dispositions.

Les actes de droit dérivé pris par le Conseil de l'Union européenne sont envisagés au regard de l'article 187 du traité CE aux termes duquel,

"Le Conseil statuant à l'unanimité élabore, à partir des réalisations acquises et sur la base des principes inscrits dans le présent traité, les dispositions relatives aux modalités et à la procédure de l'association entre les pays et territoires et la communauté".

En application de cette disposition, le Conseil a adopté une série de "décisions", la dernière en date étant la décision n° 2001/822/CE du Conseil du 27 novembre 2001 "relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté", complétée par un règlement n° 2304/2002 de la Commission du 20 décembre 2002, portant application de la décision n° 2001/822 CE du Conseil "relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne".

La dernière décision d'association du 27 novembre 2001, rend par elle-même, un certain nombre de textes de droit dérivé applicables sur les territoires du PTOM.

Toutefois, cette décision d'association ne fait pas référence à la directive n° 98/O5 CE du Parlement et du Conseil du 16 février 1998 "visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise".

Dès lors, il est établi que le texte de droit dérivé, que constitue la directive 98/O5 CE, n'a pas été rendu applicable dans les PTOM par la dernière décision d'association en date du 27 novembre 2001.

B Sur le Champ d'Application des Règles de l'Association

Le droit communautaire prévoit l'application dans les PTOM du droit d'établissement et de la prestation de services.

En effet, conformément à l'article 183-5e du Traité;

Dans les relations entre les États membres et les pays et territoires d'outre-mer, le droit d'établissement des ressortissants et sociétés est réglé conformément aux dispositions, et par application des procédures prévues au chapitre relatif au droit d'établissement et sur une base non discriminatoire, sous réserve des dispositions particulières prises en vertu de l'article 187.

Les dispositions particulières établies par le Conseil en vertu de l'article 187 figurent dans la décision n°2001/822/CE du Conseil "relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne" (JOCE n° L 31, du 30 novembre 2001).

L'article 45 § 2 de la décision d'association précise que:

- La Communauté applique aux PTOM les engagements pris dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (GATS) dans les conditions prévues dans ledit accord et en conformité avec la présente décision. En application desdits

engagements, les États membres ne pratiquent aucune discrimination entre les habitants, les sociétés et les entreprises des PTOM.

- Les autorités des PTOM traitent les sociétés, ressortissants et entreprises des États membres de manière non moins favorable qu'ils traitent les sociétés, ressortissants et entreprises d'un pays tiers et ne discriminent pas entre les sociétés ressortissants et entreprises des pays membres.

Par ailleurs, il convient de rappeler que dans l'affaire Kaeffer et Procacci, qui portait sur le droit de séjour et d'établissement d'un Allemand et d'un Italien en Polynésie française, la Cour de justice des Communautés Européenne a indiqué, dans un arrêt du 12 décembre 1990:

"Lorsque, dans un pays ou territoire d'outre-mer d'un État membre, l'accès des nationaux de cet État membre, non originaires du pays ou territoire en question, à certaines activités professionnelles indépendantes est soumis à certaines restrictions, telle la délivrance d'une autorisation d'établissement préalable, ces restrictions s'appliquent aussi aux ressortissants des autres États membres".

Ainsi, le principe de non-discrimination affirmé par l'arrêt Procacci et Kaeffer, consiste à ne pas conférer aux ressortissants d'un État membre de l'Union Européenne moins de droits qu'aux ressortissants de la République.

Madame de Obregon Lanuza, ressortissante de l'Union Européenne, disposerait donc des mêmes droits à l'inscription au Barreau de Papeete qu'un avocat de nationalité française, dans la mesure où elle serait titulaire des mêmes diplômes que celui-ci.

Mais, la demande de Mme de Obregon Lanuza ne se situe pas dans ce cadre là, puisqu'elle sollicite son inscription pour exercer sous son titre professionnel espagnol.

Dans ces conditions, la liberté d'établissement au sens de la décision d'association ne permet pas à Madame de Obregon Lanuza de demander son inscription au Barreau de Papeete en se fondant directement sur la directive.

C Sur l'Applicabilité de la Directive 98/05 CE en Polynésie Française

Les dix-huit articles de la directive 98/05 tendent à instituer une nouvelle voie d'accès à la profession d'avocat en France.

Le bénéfice de la directive 98/05 s'étend aux ressortissants communautaires détenant un titre équivalent à celui d'avocat en France.

La directive 98/05 a été transposée en métropole par le titre 1^{er} de la Loi 2004-130 du 11 février 2004.

Cependant, cette loi n'a pas été rendue applicable en Polynésie française.

En effet, l'article 75 de la loi prévoit que les mesures d'adaptation de la nouvelle loi seront prévues par voie d'ordonnance et que les projets d'ordonnance comportant des dispositions relatives à la Polynésie française sont en outre soumis à l'assemblée de ce territoire.

Dans ces conditions, le législateur n'a pas estimé que les dispositions résultant de la directive européenne, qu'il transposait, était applicable de plein droit en Polynésie française.

Dès lors, en l'absence de toute mesure d'applicabilité en Polynésie française, il y a lieu de confirmer la décision du Conseil de l'Ordre en date du 15 septembre 2003 en ce qu'il a rejeté la demande de Madame Maria Del Milagro de Obregon Lanuza tendant à son inscription au Barreau de Papeete.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant en audience solennelle conformément à l'article R 212-5 du Code de l'organisation judiciaire et en chambre du conseil;

Confirme la décision du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Papeete du 15 septembre 2003, refusant l'inscription au Barreau de Papeete de Madame Maria Del Milagro de Obregon Lanuza;

Laisse les dépens, s'il en est, à la charge de Madame de Obregon Lanuza.

L'Ordre règne en Polynésie française! La décision rendue le 22 juillet 2004 par la Cour d'appel de Papeete invite à cette réflexion, car il y est confirmé le refus d'inscription d'une avocate espagnole au tableau du Conseil de l'Ordre de Polynésie française.¹

Cette avocate avait contesté la décision ordinaire lui faisant grief en saisissant la Cour d'appel, en première instance, pour que celle-ci statue en audience solennelle conformément à l'article R 212-5 du Code de l'organisation judiciaire. L'appelante fondait sa requête sur la directive 98/5/CE² "visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise".³ Pour sa part, le Conseil de l'Ordre des avocats de Polynésie française excipait du caractère inapplicable de cette directive communautaire dans les pays et territoires d'outre-mer (PTOM).

1 Décision de refus du Conseil de l'Ordre des avocats de Polynésie française du 15 sept 2003.

2 JOCE n° L 77 du 14 mars 1998.

3 Subsidiairement, sur la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques et transposant la norme communautaire en droit interne français, JO n° 36 du 12 février.

La Cour d'appel, en confirmant la décision du Conseil de l'Ordre, permet à l'institution ordinale de pratiquer un certain protectionnisme. Les soixante-treize avocats polynésiens peuvent se féliciter de ce dénouement s'ils redoutent l'afflux en Polynésie française - qui ne compte que 250 000 habitants - d'une partie des 350 millions d'Européens.⁴ Certains Européens convaincus des bienfaits de la libéralisation des échanges seront peut-être d'un avis différent, y voyant une atteinte à la liberté de circulation et d'installation.⁵

Au plan strictement juridique, cette décision invite à exprimer deux séries d'observations. La première a trait au champ d'application des traités (I), la seconde concerne l'application des directives communautaires (II).

I LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DES TRAITES

Un argument avancé par le Conseil de l'Ordre des avocats, à l'appui du refus d'inscription de l'avocate espagnole, est fondé sur l'application de la spécialité législative.⁶ Or, une confusion semble commise dans un domaine qui, pourtant, n'apparaît plus incertain. En matière de conventions internationales, on doit affirmer l'inapplicabilité de la spécialité législative (A), ce qui entraîne, en corollaire, l'application de plein droit des normes conventionnelles aux collectivités d'outre-mer (B).

A Inapplicabilité de la Spécialité Législative

Le Conseil de l'Ordre des avocats soutient que "les textes de l'Union européenne et plus généralement le droit communautaire n'ont vocation à s'appliquer [en Polynésie française] qu'en vertu de dispositions expresses". Le Conseil précise que "ce principe se conforme à celui dit de spécialité législative qui prévoit en l'espèce qu'une convention internationale ne peut s'appliquer outre-mer que si elle le prévoit spécifiquement".

Cette affirmation apparaît convaincante, tant elle est exprimée avec certitude. Toutefois, il est des convictions qui sont "des ennemis de la vérité plus dangereux que les mensonges".⁷ Le fait qu'elle soit rapportée sans réserves, dans un arrêt de la Cour d'appel de Papeete, peut lui donner quelque crédit aux yeux du juriste non averti.

4 En ce sens, Rapport du Conseil Économique, Social et Culturel de Polynésie française: "Enjeux économiques, sociaux et culturels des relations entre la Polynésie française et l'Europe", 3 février 1998, n°105/CESC, spécialement p 5.

5 Conformément au principe énoncé aux art. 52 et 59 du traité CE.

6 Sur la notion de spécialité législative, voir notamment: Sem (G), Introduction au statut juridique de la Polynésie française, Papeete (Tahiti) DDOM, 1996, spéc p 125-138; Brard (Y), Nouvelle-Calédonie et Polynésie française: les "lois du Pays" de la spécialité législative au partage du pouvoir législatif, *in* RJP vol 1 - hors-série, 2001, p 47-71; Peres (J), Application des lois et règlements en Polynésie française - Répartition des compétences, *in* RJP vol 8, 2002, p 181-207.

7 Nietzsche, Ainsi parlait Zarathoustra.

En réalité, la "spécialité législative" n'est pas invocable lorsqu'il est question de l'application territoriale des conventions internationales. La notion a été formée pour rendre effectif le principe inscrit à l'article 74 de la Constitution depuis 1946 jusqu'à une date récente, selon lequel les territoires d'outre-mer - les collectivités d'outre-mer depuis 2004⁸ - se voient reconnaître une "organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres". En d'autres termes, on a admis que les lois et règlements adoptés, en métropole, ne doivent pas être rendus systématiquement applicables dans les collectivités d'outre-mer.

Seuls les domaines, à propos desquels le principe d'unité du droit ne peut souffrir aucune exception, échappent à l'exigence d'une mention expresse d'application. Classiquement, il s'agissait de la législation criminelle, du régime des libertés publiques et de l'organisation politique et administrative. La loi du 9 juillet 1970 y avait ajouté l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités, créant ainsi le concept des lois applicables de plein droit.⁹ Désormais, il convient de se référer à l'article 7 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française qui prescrit la façon dont s'appliquent les lois et règlements:¹⁰

"Dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, sont applicables en Polynésie française les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin.

Par dérogation au premier alinéa, sont applicables de plein droit en Polynésie française, sans préjudice de dispositions les adaptant à son organisation particulière, les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives:

- 1 la composition, l'organisation, le fonctionnement et les attributions des pouvoirs publics constitutionnels de la République, du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes, du Tribunal des conflits et de toute juridiction nationale souveraine, ainsi que du Médiateur de la République et du Défenseur des enfants;
- 2 A la défense nationale;
- 3 Au domaine public de l'État;
- 4 A la nationalité, à l'état et la capacité des personnes;

8 L'outre-mer français a été réorganisé par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juil. 2003. Ainsi, la Constitution reconnaît désormais l'existence de "populations d'outre-mer" (art.72-3) et établit les catégories de collectivités suivantes en outre-mer: les départements et régions d'outre-mer (DOM et ROM); les collectivités d'outre-mer; la Nouvelle-Calédonie et les Terres australes et antarctiques françaises (TAAF) qui possèdent chacune des particularités.

9 Art. 1^{er} et 2 de la loi n° 70-589 du 9 juil. 1970, *JO* du 9 juil.

10 *JO* n° 52 du 2 mars 2004, p 4183.

5 Aux statuts des agents publics de l'État.

Sont également applicables de plein droit en Polynésie française les lois qui portent autorisation de ratifier ou d'approuver les engagements internationaux et les décrets qui décident de leur publication".

On observe à cet égard que, depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, l'article 74 de la Constitution ne justifie plus directement la spécialité législative. Désormais, celle-ci résulte de la loi organique, propre à chaque collectivité d'outre-mer, qui détermine "les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables". Un auteur a pu interpréter cette évolution comme confortant expressément la spécialité législative.¹¹ On peut aussi estimer que la compétence ainsi donnée au législateur pourrait provoquer, à l'avenir, un déclin de la spécialité législative.

Quoi qu'il en soit, il convient de retenir ici, essentiellement, que la spécialité législative ne concerne que les normes de valeur législative et réglementaire. Contrairement à ce que soutient le Conseil de l'Ordre, la spécialité ne saurait être appliquée aux conventions internationales.

B Application des Normes Conventionnelles

Autrefois, il était considéré que le silence d'une convention internationale au sujet de son champ d'application territorial impliquait l'exclusion des colonies des États signataires. Cette clause dite "coloniale" n'est plus admise aujourd'hui, car elle génère une trop grande insécurité juridique.¹² A la place, une véritable présomption d'applicabilité des normes conventionnelles est mise en œuvre sur l'ensemble du territoire de chaque État signataire. Seule l'exclusion expresse d'une "dépendance", par une déclaration d'un État partie à un traité multilatéral, permet de soustraire celle-ci au champ d'application territorial d'une norme conventionnelle.

L'article 29 de la Convention de Vienne de 1969 exprime ce principe radicalement opposé à celui de la spécialité législative: "A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire".¹³

Certes, deux objections ont pu faire douter de la validité de cette affirmation. En premier lieu, on a dénié son caractère contraignant à la convention de Vienne, car elle n'a pas été ratifiée par la France.¹⁴ En second lieu, on a soutenu que les conventions internationales n'entrent en vigueur

11 Diémert (S), Le droit de l'outre-mer, in L'outre-mer, Coll. "Pouvoirs", n° 113 (Ed du Seuil, 2005) 109-130.

12 On pourrait en dire autant de la spécialité législative.

13 Article repris par la Convention de Vienne relative au droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales du 21 mars 1986.

14 Voir Gomez Robledo (A), Le *jus cogens* international, sa genèse, sa nature, ses fonctions (RCADI, 1982) vol 172, p 9; Christol Carl Q, *Judge Manfred Lachs and the principle of jus cogens*, *Journal of Space Law*, n° 1-2, 1^{er} juin 1994, p 33-45.

dans le droit interne qu'après leur ratification législative qui doit comporter, pour ce qui concerne l'outre-mer, une mention expresse d'applicabilité.

Mais, le Conseil constitutionnel a levé le doute en affirmant un principe analogue à celui contenu dans la Convention de Vienne. Dans sa décision 88-247 DC du 17 janvier 1989, le Conseil énonce que "le champ d'application territorial d'une convention internationale est déterminé par ses stipulations ou par les règles statutaires de l'organisation internationale sous l'égide de laquelle elle a été conclue".¹⁵ Il faut donc en déduire que "la détermination de ce champ d'application ne relève [...] pas de la loi qui en autorise la ratification".¹⁶ Autrement dit, un État ne peut pas, par des réserves émises au moment de la ratification, modifier unilatéralement les stipulations d'un traité. Dans le même esprit, le Conseil constitutionnel - faisant application de l'adage *Pacta sunt servanda*¹⁷ - a rappelé qu'"une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité...".¹⁸

Le Conseil d'État a adopté une position identique dans son arrêt *Smets*, du 14 mai 1993, à propos de l'application en Nouvelle-Calédonie de la convention franco-australienne d'extradition du 31 août 1988.¹⁹ Le juge communautaire a, pour sa part, fait expressément référence au texte de la Convention de Vienne de 1986, dans son arrêt *Levy* du 2 août 1993.²⁰

En matière de conventions internationales, on applique donc le principe exactement opposé à celui de la spécialité législative: les conventions internationales signées par la France produisent leurs effets en Polynésie française dès publication de la loi de ratification, sauf, mention expresse d'exclusion. Pour autant, on ne saurait affirmer que le droit communautaire est applicable en Polynésie française sans restriction.

II LE CHAMP D'APPLICATION DES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES

La volonté des États membres de conduire les pays et territoires d'outre-mer (PTOM) sur la voie du développement les a incités à inclure, dans le droit communautaire originaire, des

15 Relative à la loi portant ratification de la convention internationale du travail n° 159, Rec. p 15, considérant n° 4; RJC, p I-338; *JO* du 18 janvier 1989, p 753 [Conformité]; Favoreu L (RDP, 1989) 481.

16 *Idem*.

17 "Les conventions doivent être respectées".

18 Disposition qui fait écho à l'article 55 de la Constitution française de 1958 et se trouve intégrée à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969. En ce sens, Roland (H) et Boyer (L), *Adages du droit français*, 3^e éd., Litec, 1992, p 621, n° 5.

19 CE, 14 mai 1993, *Smets*, AJDA, 1993, p 500: "en l'absence de toute clause de la convention [...] et de toute réserve de la France visant à exclure la Nouvelle-Calédonie du champ d'application de cette convention, la publication de celle-ci au *Journal officiel* de la République française, le 16 déc. 1989, l'a rendue exécutoire dans ce territoire".

20 CJCE, 2 août 1993, *Levy*, C-158/91, Rec. I-4287.

dispositions particulières les concernant. L'article 3 §1 (s), l'article 299 et surtout les articles 182 à 188 qui constituent la quatrième partie du traité CE, confèrent aux PTOM un statut original.²¹ Ce régime juridique - adopté le 27 novembre 2001 - prévoit l'inapplicabilité du droit dérivé (A) au profit de l'application des règles de l'association (B).²²

A Inapplicabilité du Droit Dérivé

Le régime d'association ne vise pas à faire des PTOM des excroissances du marché commun, dont on sait qu'il est caractérisé par l'emprise des quatre libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Pour le juge communautaire, "l'association des PTOM doit être réalisée selon un processus dynamique et progressif qui peut nécessiter l'adoption de plusieurs dispositions aux fins de réaliser l'ensemble des objectifs énoncés à l'article 132 du traité, tenant compte des réalisations acquises grâce aux décisions antérieures du Conseil"²³.

La Cour d'appel de Papeete rappelle ce point fondamental, en se référant à l'article 131 alinéa 2 du traité CE qui stipule, notamment, que "[...] l'association doit en premier lieu permettre de favoriser les intérêts des habitants de ces pays et territoires et leur prospérité, de manière à les conduire au développement économique, social et culturel qu'ils attendent". On peut reprocher à ses dispositions leur caractère équivoque. En réalité, ce régime est hybride dans la mesure où il est inspiré à la fois par une volonté d'intégration communautaire et par une assimilation aux pays tiers.²⁴

Un avis rendu par le juge communautaire est encore plus explicite, à cet égard: "Bien que les PTOM soient des pays et territoires associés ayant des liens particuliers avec la communauté, ils ne font pas partie de cette dernière et se trouvent à son égard dans la même situation que les pays tiers".²⁵ Dans le même esprit, le TPICE explique la nature du régime général des PTOM: "Le régime de libre circulation des marchandises entre les PTOM et la Communauté, découlant de la quatrième partie du traité n'a pas pour objectif l'établissement d'un marché intérieur semblable à celui institué par le traité entre les États membres".²⁶ Cette comparaison avec les pays tiers - malgré

21 Voir notamment BLOT (J), L'application du traité CE aux territoires d'outre-mer, AJDA 2003, p 1426-1429.

22 N° 2001/822/CE du Conseil, JOCE L 314/12 du 30 nov 2001 (rectif. L 064, 7 mars 2002), complétée par le règlement d'application n° 2304/2002 de la Commission du 20 déc 2002, JOCE L 348/82 du 21 déc. 2002. La précédente décision 91/482/CEE du Conseil du 25 juil 1991 n'était applicable que jusqu'au 1^{er} déc. 2001.

23 CJCE, 22 avril 1997, *Road Air*, C-310/95, Rec I-2229, cons 40; 11 février 1999, *Antillean Rice Mills*, C-390/95, Rec I-769, cons 36.

24 En ce sens, BRIAL (F), *Décentralisation territoriale et coopération internationale: le cas de l'outre-mer*, éd. l'Harmattan, 1997, p 138.

25 Avis 1/78 du 4 oct. 1979, Rec I-2871, cons 62. Voir également en ce sens: 1/94, du 15 nov 1994, Rec I-5267, cons 17.

26 TPICE, 14 sept 1995, aff jointes, T-480 et T-483/93, Bull UE 09-1995.

l'établissement de relations privilégiées - a été consacrée dans l'arrêt *Leplat* rendu, le 12 février 1992, par la CJCE.²⁷ La Cour y juge que l'association des PTOM à l'Europe "fait l'objet d'un régime défini dans la quatrième partie du traité [...], de sorte que les dispositions générales du traité ne sont pas applicables aux PTOM sans référence expresse".²⁸

Il convient d'approuver aussi la Cour d'appel de Papeete d'avoir fait référence à l'arrêt de la CJCE du 12 déc 1990, *Kaeffer et Procacci*.²⁹ En effet, cette décision précise, notamment, que lorsque la décision d'association renferme des dispositions inconditionnelles, claires et précises, comme celles que contiennent les directives, celles-ci sont dotées d'un effet direct. Cela signifie que la décision d'association peut s'appliquer dans le droit interne des États, sans qu'il soit nécessaire, ni permis, de transposer préalablement cette règle dans le droit interne.

Or, la décision d'association contient, dans son seizième considérant, un énoncé parfaitement explicite: "Les dispositions générales du traité et le droit qui en est dérivé ne sont pas automatiquement applicables aux PTOM, sauf dispositions expresses contraires". En d'autres termes, il faut considérer que ne sont applicables dans les PTOM que les textes expressément mentionnés dans la décision d'association.

Effectivement, la décision rend certaines normes de droit dérivé expressément applicables, au bénéfice des PTOM. A l'article 39 § 5 de la décision, on relève que "les États membres concernés encouragent l'adoption par les PTOM des mesures d'ordre juridique et administratif internes nécessaires pour mettre en œuvre: [...] la directive 2000/59/CE du Parlement européen et du Conseil...".³⁰ Dans l'annexe II E de la décision, des sources du droit dérivé permettent aux PTOM de bénéficier de financements, dans des domaines déterminés. Sont d'abord concernés le domaine de l'aide alimentaire et humanitaire³¹ et celui des actions communautaires en faveur des

27 Aff C-260/90, Rec I-643

28 Voir également dans le même sens: CJCE, 28 janv. 1999, *Van der Kooy*, aff C-181/197.

29 Aff jointes C-100 et 101/ 89, Rec I-4647.

30 Directive 2000/59/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 nov. 2000 sur les installations de réception portuaires pour les déchets d'exploitation des navires et les résidus de cargaison (*JO L 332* du 28 déc 2000, p 81).

31 Décision 1999/576/CE du Conseil du 29 juin 1999, concernant la signature et la déclaration d'application à titre provisoire de la convention relative à l'aide alimentaire de 1999 au nom de la Communauté européenne (*JO L 222* du 24 août 1999, p 38); Décision 2000/421/CE du Conseil du 13 juin 2000, concernant la conclusion de la convention relative à l'aide alimentaire de 1999 au nom de la Communauté européenne (*JO L 163* du 4 juil 2000, p 37); Règlement (CE) n° 1292/96 du Conseil du 27 juin 1996, concernant la politique et la gestion de l'aide alimentaire et des actions spécifiques d'appui à la sécurité alimentaire (*JO L 166* du 5 juil 1996, p 1); Règlement (CE) n° 1257/96 du Conseil du 20 juin 1996 concernant l'aide humanitaire (*JO L 163* du 2 juil. 1996, p 1).

organisations non gouvernementales.³² Sont ensuite intéressés les domaines de la formation et de la sensibilisation dans le domaine du développement,³³ de l'environnement,³⁴ de la santé et de la lutte contre les drogues et de la démographie dans les pays en développement.³⁵ Enfin, les aides spécifiques dans le domaine du développement conduisent aussi à l'application de deux règlements du Conseil.³⁶ Dans l'annexe II-F de la décision, d'autres dispositions issues du droit dérivé sont déclarées applicables aux ressortissants des PTOM qui permettent la mise en œuvre de différents programmes institués par des décisions du Conseil.³⁷

Il ressort de ce qui précède que la directive n° 98/05 CE, qui était invoquée à l'appui de sa demande par l'avocate espagnole, n'est pas applicable en Polynésie française. Ainsi, les juges de la Cour d'appel de Papeete ont confirmé, à raison, que l'Ordre des avocats était fondé à invoquer les effets du régime d'association pour s'opposer à l'application de cette directive.

On peut même avancer qu'une loi qui serait rendue applicable en Polynésie française et qui contiendrait, par hypothèse, des dispositions conformes au droit dérivé communautaire, mais contraires à la décision d'association, pourrait être contestée par toute personne physique ou morale. Il serait possible de réclamer l'exclusion de la norme interne contraire à la décision d'association et

32 Résolution du Parlement européen, du 14 mai 1992, sur le rôle des organisations non gouvernementales (ONG) dans la coopération au développement (*JO C* 150 du 15 juin 1992, p 273) et Règlement (CE) n° 1658/98 du Conseil du 17 juil 1998, relatif au cofinancement avec les organisations non gouvernementales européennes s'occupant du développement d'actions dans les domaines intéressant les pays en développement (*JO L* 213 du 30 juil. 1998, p 1, modif. par le règlement (CE) n° 1726/2001 du Parlement européen et du Conseil (*JO L* 234 du 1 sept. 2001, p 10).

33 Règlement (CE) n° 2863/98 du Conseil du 22 déc. 1998, relatif à l'intégration des questions d'égalité des sexes dans la coopération au développement (*JO L* 354 du 30 déc 1998, p 5).

34 Règlement (CE) n° 2493/2000 du Parlement européen et du Conseil du 7 nov. 2000, relatif à des mesures visant à promouvoir la pleine intégration de la dimension environnementale dans le processus de développement des pays en développement (*JO L* 288 du 15 nov. 2000, p 1); Règlement (CE) n 2494/2000 du Parlement européen et du Conseil du 7 nov 2000, relatif à des mesures visant à promouvoir la conservation et la gestion durable des forêts tropicales et des autres forêts dans les pays en développement (*JO L* 288 du 15 nov 2000, p 6).

35 Règlement (CE) n° 2046/97 du Conseil du 13 oct 1997, relatif à la coopération Nord-Sud en matière de lutte contre les drogues et la toxicomanie (*JOL* 287 du 21 oct. 1997, p 1); Règlement (CE) n° 550/47 du Conseil du 24 mars 1497, relatif aux actions dans le domaine du VIH/SIDA dans les pays en développement (*JO L* 85 du 27 mars 1997, p 1).

36 Règlement (CE) n° 2258/96 du Conseil du 22 nov 1996, relatif à des actions de réhabilitation-reconstruction en faveur des pays en développement (*JO L* 306 du 28 nov. 1996, p 1); Règlement (CE) n° 1659/98 du Conseil du 17 juil. 1998 relatif à la coopération décentralisée (*JO L* 213 du 30 juil. 1998, p 6).

37 Programmes éducation-formation, en faveur des entreprises, recherche-développement-innovation et culture-audiovisuel.

la substitution du régime d'association.³⁸ En cas de recours porté devant la CJCE, le principe de coopération, découlant de l'article 10 CE imposerait à un organe administratif, qui aurait été saisi d'une demande en ce sens, de réexaminer sa décision administrative pour tenir compte de l'interprétation de la disposition par le juge communautaire.³⁹

Si la directive n° 98/05 CE n'est donc pas applicable en Polynésie française, il demeure toutefois que, s'agissant de la liberté d'établissement et d'exercice d'un avocat, il ne suffit pas d'affirmer cette inapplicabilité.

B Application des Règles de l'Association

Comme le fait la Cour d'appel de Papeete, il est utile de se référer à l'article 45.2.b. de la décision d'association qui précise que "les autorités des PTOM traitent les sociétés ressortissantes et entreprises des États membres de manière non moins favorable qu'ils traitent les sociétés, ressortissantes et entreprises d'un pays tiers et ne discriminent pas entre les sociétés, ressortissantes et entreprises des États membres".

Il résulte de ce texte qu'un ressortissant d'un pays membre de l'Union européenne qui désire s'installer sur le territoire de la Polynésie française, pour y exercer une activité libérale, bénéficie - de droit - du libre accès et du libre séjour, d'une part, et de l'application d'une réglementation analogue à celle applicable aux nationaux, d'autre part. La CJCE avait affirmé précédemment ce principe de non-discrimination dans son arrêt *Kaefer et Procacci* ainsi rédigé: "lorsque, dans un pays ou territoire d'outre-mer d'un État membre, l'accès des nationaux de cet État membre, non originaires du pays ou territoire en question, à certaines activités professionnelles indépendantes est soumis à certaines restrictions, [...], ces restrictions s'appliquent aussi aux ressortissants des autres États membres".⁴⁰ La Cour d'appel de Papeete n'aurait pas dû se contenter d'affirmer que "la demande de Mme de Obregon Lanuza ne se situe pas dans ce cadre là, puisqu'elle sollicite son inscription pour exercer sous son titre professionnel espagnol".

A propos d'une exigence de diplôme, les juges n'auraient-ils pas dû se conformer à l'arrêt récent de la CJCE "*Morgenbesser*"?⁴¹ Le juge communautaire y précise qu'en l'absence de directive applicable, ce qui est le cas en l'espèce, "les autorités d'un État membre sont tenues, lorsqu'elles examinent la demande d'un ressortissant d'un autre État membre tendant à obtenir l'autorisation d'exercer une profession réglementée, de prendre en considération la qualification professionnelle de l'intéressé en procédant à une comparaison entre, d'une part, la qualification

38 De manière analogue au principe posé par l'arrêt d'assemblée *Nicolo* du Conseil d'État, 20 octobre 1989, Rec Lebon, p 190.

39 CJCE 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, PA n° 18, 26 janvier 2005, p 5, note Th GEORGOPOULOS.

40 Précité.

41 CJCE, 16 nov. 2003, *Morgenbesser*, aff. C-313-01, JO C 289 du 10 oct 2001, cons 57.

attestée par ses diplômes, certificats et autres titres ainsi que par son expérience professionnelle pertinente et, d'autre part, la qualification professionnelle exigée par la législation nationale pour l'exercice de la profession en cause".⁴² L'exigence de non-discrimination imposait un tel examen du dossier de l'appelante. Or, il ne ressort à aucun moment dans l'arrêt commenté que l'Ordre ait procédé à cet examen.

La Cour d'appel de Papeete se contente donc de relever l'absence d'application du droit dérivé communautaire, alors qu'une autre jurisprudence communautaire tout aussi pertinente aurait pu l'inspirer.⁴³ Dans une affaire jugée par la CJCE en 1991, une avocate grecque souhaitait exercer sa profession en Allemagne. Cet État lui opposait une fin de non-recevoir car, à l'époque, aucune directive n'était encore entrée en vigueur. La Cour a jugé que si la formation de l'avocate n'était pas estimée équivalente à celle exigée en Allemagne, cet État ne pouvait pas lui refuser immédiatement l'accès à la profession. Les autorités allemandes devaient lui demander de prouver qu'elle avait acquis les qualifications et l'expérience professionnelle qui n'étaient pas exigées dans son pays d'origine.

Certes, la solution donnée par les juges est conforme à la volonté politique qui domine actuellement en Polynésie française. L'article 45.3. de la décision d'association traduit cette politique, qui permet aux PTOM "dans le but de promouvoir ou soutenir l'emploi local [...] d'établir des réglementations, en faveur de leurs habitants et des activités locales".⁴⁴ Cette faculté qui n'existait pas sous l'empire de la précédente décision d'association, offre la possibilité au gouvernement de la Polynésie française de prendre des mesures favorisant l'accès des Polynésiens⁴⁵ aux emplois salariés du secteur privé comme aux activités non salariées.⁴⁶

42 Voir aussi CJCE, 16 mai 2002, *Commission/Espagne*, C-232/99, Rec. I-4235, cons 21.

43 CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, affaire C-340/89, Rec I-2357.

44 L'art 45.1.b. que sont "habitants d'un PTOM" les personnes ayant leur résidence habituelle dans un PTOM et qui sont des ressortissants d'un État membre ou qui jouissent d'un statut juridique spécifique à un PTOM. Cette définition ne porte pas atteinte aux droits conférés par la citoyenneté de l'Union au sens du traité.

45 Le critère est aux termes de l'art. 18, al. 1^{er} de la loi organique du 27 mars 2004 précitée: la durée suffisante de résidence sur le territoire ou la durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec une personne remplissant cette condition.

46 Cette faculté est transcrite à l'art 18, al. 1^{er} de la loi organique du 27 mars 2004 précitée. Sur la discrimination positive, voir notamment la revue *Pouvoirs* n° 111 de novembre 2004, collectif, "Discrimination positive", éd Seuil, 224 p; Oraison (A), La tendance à la généralisation du principe contestable de la "discrimination positive" dans une partie de la France ultra-marine. Réflexions critiques sur le principe de la "préférence régionale" mis en œuvre en Polynésie française par la loi organique du 27 février 2004 sur la base du nouvel article 74 de la Constitution, *Bulletin de l'AUPF*, n° 2, avril 2005, p 9.

Il faut observer, toutefois, que la profession d'avocat ne pourrait pas bénéficier d'une "loi du pays" dont l'objet serait d'établir une réglementation favorable aux professionnels polynésiens.⁴⁷ D'abord, ces mesures de restriction doivent être justifiées par des critères objectifs, en relation directe avec les nécessités du soutien ou de la promotion de l'emploi local.⁴⁸ Ensuite, elles devraient être appliquées indifféremment aux avocats en provenance de métropole. On imagine aisément que cela donnerait matière à controverse. Enfin, et surtout, une telle réglementation se heurterait à l'article 14-2° de la loi organique qui réserve à l'État, notamment, la compétence relative à l'organisation de la profession d'avocat.

En définitive, l'arrêt de la Cour d'appel de Papeete du 22 juillet 2004 s'inscrit parfaitement dans le débat actuel qui dépasse le cadre étroit de la Polynésie française. Récemment au cours d'un débat télévisé, le Président de la République Jacques Chirac répondant à une jeune avocate qui souhaitait savoir dans quelle mesure son diplôme pourrait être reconnu au niveau européen s'est exprimé ainsi: "Je vais tout vous avouer, je ne connais pas exactement le système de reconnaissance européenne concernant les certificats d'aptitude à la profession d'avocat. Je le regrette, mais je ne le connais pas...".⁴⁹

47 "La loi du pays est une norme mi-carpe mi-lapin, matériellement législative mais formellement réglementaire". Voir à ce sujet, A Troianiello, La loi du pays expression de l'autonomie polynésienne, *in* L'autonomie en Polynésie française, collectif, éd. RJP hors série n° 4, 2004, p 179-195.

48 Loi organique du 27 mars 2004, précit, art 18, al 4.

49 Débat du Président de la République avec des jeunes sur TF1: "Référéndum: En direct avec le Président", Palais de l'Élysée, jeudi 14 avril 2005.

