



HAL
open science

L'Union européenne et ses outre-mer intégrés : quand l'exception devient commune

Didier Blanc, Eric Carpano, Gaelle Marti

► **To cite this version:**

Didier Blanc, Eric Carpano, Gaelle Marti. L'Union européenne et ses outre-mer intégrés : quand l'exception devient commune. L'exception en droit de l'Union, Presses universitaires de Rennes, pp.267-286, 2019, 9782753577336. hal-02493140

HAL Id: hal-02493140

<https://hal.science/hal-02493140>

Submitted on 19 Mar 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'Union européenne et ses outre-mer intégrés : quand l'exception devient commune

« Il n'y a pas de prescription en histoire »¹

Didier BLANC

Professeur de droit public

Université de La Réunion – CRJ EA 14

Eric Carpano et Gaelle Marti (Directeurs de publication)

Les rapports entre la règle et son exception ont de tout temps nourri la réflexion juridique dans la mesure où cette dernière « ne doit son existence qu'à la règle de droit »². La règle a pour caractère d'être générale et impersonnelle, valant pour tous, elle tire sa force de l'indistinction de son application, l'égalité devant la règle, quel que soit son contenu, y est consubstantielle. Pour ces mêmes raisons mais reposant sur des motifs symétriquement opposés : l'application indifférenciée de la règle peut créer de l'inégalité ; des régimes d'exception existent au nom de la particularité des situations dans lesquelles la règle est appelée à s'insérer. A cet égard, il est possible de distinguer trois grands régimes d'exception. Tout d'abord, l'exception est à côté de la règle, elle y est « en principe étrangère ». Ensuite, elle peut être intégrée dans la règle sous deux formes : soit l'alternative, la norme « prévoit sa propre mise en échec », soit la dérogation consistant en « une solution originale »³. Enfin, l'exception procède d'une violation de la règle. La seconde acception sera ici retenue, elle rend à la fois compte en droit de l'Union d'une différenciation par exclusion réalisée par la mise à l'écart de la règle visant le commun⁴, caractère essentiel de ce droit⁵, et par dérogation avec l'application de mesures spécifiques.

Ces deux aspects de l'exception⁶, l'exception-exclusion et l'exception-dérogation « sont des procédés juridiques régulièrement utilisés dans le cadre de la démarche de différenciation »⁷. Laquelle trouve un vaste champ en droit de l'Union européenne pour ses territoires d'outre-mer, c'est-à-dire situés hors de l'Europe géographique⁸. Leurs relations se déploient autour de la notion d'« intégration

¹ J. Gracq, *Le rivage des syrtes*, Paris, José Corti, 1989, p. 228.

² F. Saint-Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003, p. 673.

³ *Ibid.*, p. 674.

⁴ Sur cette notion : P.-Y. Monjal, « A la recherche d'une notion perdue : "le commun", in P.-Y. Monjal et E. Neframi (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 7 et s.

⁵ V. R. Mehdi et E. Brosset, « De quoi le droit de l'Union est-il le nom ? A propos du droit de l'Union en tant que droit commun des Etats membres », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 669 et s.

⁶ Pour certains auteurs, la dérogation au sens strict n'est pas une forme de l'exception, mais en est distincte, : v. G. Cornu, Association Henri Capitant, *Dictionnaire de vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2016, 11^{ème} ed., p. 336.

⁷ I. Vestris, *Le statut des régions ultrapériphériques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 31.

⁸ Le choix de cette expression est fait par commodités, ainsi que le souligne J. Ziller, juridiquement l'Union européenne n'a pas de territoire (mais un champ d'application territorial) et les seuls outre-mer mentionnés sont les « pays et territoires d'outre-mer » (PTOM) associés à l'Union sur la base de la quatrième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et de l'annexe II aux traités institutifs. « Les "outre-mer de l'Union européenne" », *Rev. UE*, 2017, n° 610, p. 408.

différenciée »⁹, leur diversité est reconnue dans l'unité¹⁰. La reconnaissance par le droit primaire d'une différenciation au bénéfice des outre-mer européens s'opère avec le traité d'Amsterdam¹¹. Traité de la différenciation dans la mesure où il introduit également le mécanisme de la coopération renforcée¹², il accorde à certains territoires de son outre-mer le statut de régions ultrapériphériques (ci-après RUP) en insérant dans l'article 299 CE (art. 349 TFUE) relatif au champ territorial du traité un paragraphe qui leur est consacrées¹³. Outre leur éloignement, presque toujours teinté d'insularité, ces régions abritant une population avoisinant de nos jours les 5 millions d'habitants¹⁴, ont un PIB par habitant qui représente pour les territoires français 60% de la moyenne du niveau métropolitain tandis que le taux de chômage, particulièrement élevé chez les jeunes, est proche de 25% avec une pointe à 27% pour La Réunion¹⁵. Dans ces conditions sans déchirer la carte postale ensoleillée et azurée de la vie ultramarine, du moins doit-elle être singulièrement écornée.

Les RUP ne constituent pas à elles seules l'outre-mer européen, une seconde catégorie au régime disparate existe : les Pays et territoires d'Outre-mer (PTOM). Leur statut renvoie à la première acception de l'exception en vertu duquel « elle tient une place à côté de la règle »¹⁶. Les liens entre l'Union et les PTOM sont tissés au titre de l'association suivant l'article 198 TFUE¹⁷. Bien qu'il s'agisse d'une « association octroyée »¹⁸, les PTOM sont dans une situation d'extériorité à l'égard du droit de l'Union ; l'association exclut par principe l'intégration, bien qu'elle puisse la préparer. En dépit de l'atténuation au fil du temps de cette extériorité¹⁹ et des incertitudes nées du flou jurisprudentiel²⁰, il n'en demeure pas moins que l'opposition est franche entre non-application de principe du droit de l'Union aux PTOM en vertu de l'association²¹ et intégration, même différenciée, au bénéfice des RUP. Il s'agit d'une différence de nature plus que de degré. Le traité par la liaison qu'il réalise entre l'identification des RUP et leur régime juridique soutient cette analyse. Les territoires concernés initialement par l'ex-article 299 CE (article 355 § 1 TFUE) sont les départements

⁹ V. J.-V. Louis et Ph. Manin (dir.), *Vers une Europe différenciée ? Possibilité et limite*, Paris, Pedone, 1996.

¹⁰ V. L. Tesoka L. et Ziller J. (dir.), *Union européenne et outre-mers unis dans leurs diversités*, Aix-Marseille, PUAM, 2008.

¹¹ V. L. Sermet, « La notion juridique de l'ultrapériphéricité communautaire », *Europe*, 2002, n° 6, chr. 7, p. 3.

¹² V. H. Bribosia, Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne. Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam, *CDE*, 2000, n° 1-2, p. 57 et s.

¹³ V. I. Vestris, *op. cit.*, p. 323 et s.

¹⁴ Environ 4,9 millions d'habitants, soit moins d'1% de l'ensemble de l'Union, mais plus que de nombreux Etats membres comme ceux des pays baltes, le Luxembourg, l'Irlande ou la Croatie.

¹⁵ Tableau de bord FEDOM 2017 : <http://www.fedom.org/wp-content/uploads/2016/04/TABLEAU-DE-BORD-FEDOM-MAJ-130217.pdf> (p. 16 et 36).

¹⁶ F. Saint-Bonnet, *op. cit.*, p. 674.

¹⁷ « Les États membres conviennent d'associer à l'Union les pays et territoires non européens entretenant avec le Danemark, la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni des relations particulières ».

¹⁸ V. D. Dormoy, Association des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) à l'Union européenne, *JCP Europe*, fasc. 473, n° 22 et s. L'association octroyée dans le traité CEE est une association interne tandis que l'association externe lie l'Union à des pays tiers là où les PTOM ne sont pas des territoires souverains.

¹⁹ V. D. Perrot, « L'Europe hors d'Europe – Pays et territoires d'outre-mer et Régions ultrapériphériques », *Rev. UE*, 2017, n° 613, p. 636 et s.

²⁰ Dans son arrêt Leplat, la Cour de justice observe que « les dispositions générales du traité ne sont pas applicables aux PTOM sans référence expresse ». CJCE, 12 févr. 1992, aff. C-260/90, *Leplat c/ Territoire de la Polynésie française*, pt. 10, ECLI:EU:C:1992:66. Toutefois, dans certaines circonstances elle les assimile à des pays tiers, comme en matière de libre circulation des capitaux. V. CJUE, 5 mai 2011, aff. C-384/09, *Prunus SARL et Polonium SA c/ Directeur des services fiscaux*, ECLI:EU:C:2011:276. V. T. M'saïdié, L'assimilation des PTOM à des pays tiers dans le cadre de la libre circulation des capitaux : note à propos de l'arrêt de la Cour de justice du 5 mai 2011, *Prunus SARL et Polonium SA c/ Directeur des services fiscaux*, aff. C-384/09, *RTDE Eur.*, 2013, n° 4, p. 713 et s.

²¹ Décision n° 2013/755/UE du Conseil du 25 novembre 2013 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à l'UE, JOUE L 344, 19 décembre 2013, p. 1.

français d'outre-mer (la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion), les Açores, Madère (Portugal) et les Canaries (Espagne) tandis que l'article 355 § 2 TFUE retient que les dispositions des traités leur sont applicables.

A la faveur du traité de Lisbonne deux changements sont opérés en la matière : d'une part, le choix d'une liste énumérative est fait en lieu et place d'un renvoi à des catégories forgées par le droit interne²², confirmant en cela si besoin était l'indépendance entre statut constitutionnel et européen²³, et d'autre part, cette énumération exhaustive n'est pas enclose suivant les termes de l'article 355 § 6 TFUE. Ce dernier prévoit que le « Conseil européen, sur initiative de l'État membre concerné, peut adopter une décision modifiant le statut à l'égard de l'Union d'un pays ou territoire danois, français ou néerlandais ». C'est sur le fondement de cette clause passerelle statutaire qu'à la demande de la France, le Conseil européen a décidé à l'unanimité d'accorder à compter du 1^{er} janvier 2014 à Mayotte le statut de RUP, alors qu'auparavant il s'agissait d'un PTOM²⁴. De sorte que, si juridiquement la frontière est étanche entre chacun des statuts, un même territoire peut migrer de l'un vers l'autre. En tout état de cause la signification attachée à ce mouvement doit être lue à l'aune de la tension entre intégration et association ainsi que l'indique la décision du Conseil européen : cette « modification du statut à l'égard de l'Union de Mayotte, qui répond à une demande démocratiquement exprimée, devrait constituer une étape cohérente avec l'accès de Mayotte à un statut proche de celui de la métropole »²⁵.

Un mouvement inverse l'a précédé à la suite du détachement de la Guadeloupe de deux de ses communes, devenues collectivités d'outre-mer (COM) : Saint-Martin et Saint-Barthélemy²⁶ ; celle-ci décidant de rejoindre les PTOM. A nouveau l'intention est univoque : il s'agit « de lui voir conférer un statut à l'égard de l'Union mieux adapté à celui dont elle dispose en droit interne, au regard notamment de son éloignement physique de la métropole, de son économie insulaire et de petite taille uniquement orientée vers le tourisme et confrontée à des difficultés concrètes d'approvisionnement qui rendent délicate l'application d'une partie des normes de l'Union »²⁷.

Pour sa part, Saint-Martin, « plus petite RUP de l'UE, véritable petit poucet »²⁸, a décidé de conserver le régime juridique européen qui lui était applicable tout en optant pour un régime de droit interne marqué du sceau de la spécificité : celui de collectivité d'outre-mer (COM), attentif aux

²² Comme l'écrit L. Grard : « la Communauté européenne a hérité de l'histoire de ses Etats membres ». « La situation des départements d'outre-mer dans la République française », in L. Grard et A. de Raulin (dir.), *Le développement des DOM et la Communauté européenne*, Paris, La documentation française, 1998, p. 9.

²³ V. F. Rakotondraso, « Les interactions entre statut constitutionnel et statut européen de l'Outre-mer français : autour des articles 72-3, 72-4, 73, 74 de la Constitution », in H. Gaudin (dir.), *La Constitution européenne de la France*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2017, p. 312 et s.

²⁴ Décision n° 2012/419/UE du 11 juill. 2012 modifiant le statut à l'égard de l'Union européenne de Mayotte, *JOUE* L 204, 31 juillet 2012, p. 131. V. H. Pongérard-Payet, « Les principales implications de l'octroi du statut de région ultrapériphérique au département de Mayotte », in D. Blanc et F. Cafarelli (dir.) *1946-2016 : Soixante-dix ans de départementalisation ultra-marine : entre unité constitutionnelle et diversité législative dans la République*, Aix-Marseille, PUAM, Collection Droit d'outre-mer, 2017, p. 199 et s.

²⁵ Considérant 5.

²⁶ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, *JORF*, 22 février 2007, p. 3121.

²⁷ Décision (2010/718/UE) du Conseil européen, du 29 octobre 2010, *JOUE* L 325, 9 décembre 2010, p. 1. La référence à Saint-Barthélemy disparaît des articles 349 et 355 § 1 TFUE tandis qu'elle est ajoutée à la liste des PTOM de l'annexe II suivant l'article 198 TFUE.

²⁸ L. Grard, « Quel statut européen pour la collectivité outre-mer de Saint-Martin ? », *AJDA*, 29 juin 2015, n°22, p. 1252.

particularités locales²⁹. Paradoxe que résume le professeur Loïc Gard : « elle est pleinement européenne, alors qu'elle est en situation différenciée au regard des lois de la République »³⁰. Cet entre-deux statutaire « suscite l'intérêt puisqu'il révèle les potentialités de l'article 355 § 6 TFUE qui précise le point de départ statutaire, RUP ou PTOM, mais non le point d'arrivée. Est seulement mentionnée « une décision modifiant le statut à l'égard de l'Union » sans renvoyer à une catégorie préexistante (RUP ou PTOM). Ainsi, comme le souligne le professeur Danielle Perrot : « Il pourrait donc être tentant pour chacune des régions concernées de rechercher un statut inédit, cumulant les avantages de l'un des types existants et gommant les inconvénients de l'autre »³¹. Ainsi au-delà d'une inversion statutaire entre ces deux statuts juridiques, l'élaboration d'un statut *sui generis* est à envisager³².

Cette éventualité est loin d'épuiser les potentialités du statut de RUP dans la mesure où sa mise en oeuvre fait débat. La Commission attachée à la pleine application du droit porte une vision restrictive heurtant les régions concernées, dont les représentants affirment en sens inverse qu'il est « primordial de concrétiser et d'exploiter toutes les possibilités offertes par l'article 349 du TFUE, en s'y référant de façon systématique, en amont, lors de l'élaboration des différentes politiques susceptibles de produire leurs effets sur les RUP »³³. C'est dans ce contexte que la communication de la Commission du 24 octobre 2017 annonce une « nouvelle approche »³⁴. Ses incidences demeureront sans doute limitées dans la mesure où cédant à certaines facilités langagières, la Commission avait déjà lancé en 2008 un « nouveau paradigme »³⁵ à la faible portée. Il est à craindre que cette « nouvelle approche », sorte de *nouveau* « nouveau paradigme », constitue une illustration supplémentaire « d'un blocage plus ou moins dissimulé sous des échanges de rapports répétitifs depuis plusieurs décennies »³⁶ élaborés par la Commission. Cette tension résulte du cheminement des traités entre l'affirmation univoque de la soumission territoriale des outremer au droit communautaire - à laquelle veille la Commission en sa qualité de gardienne des traités-, sous réserve d'exceptions sélectives, vers une intégration matériellement différenciée par l'habillage de mesures spécifiques au bénéfice des RUP. En d'autres termes, l'application sélective du droit communautaire aux outre-mer témoigne initialement d'une préférence laissée à une exception-exclusion cédant peu à peu devant une exception-adaptation (I). Sa reconnaissance par l'octroi du statut de RUP, consolidée par le traité de Lisbonne³⁷, nourrit leurs aspirations à la généralisation d'un traitement dérogatoire. De sorte que l'application spécifique du droit de l'Union ouvre la voie à une généralisation de l'exception-adaptation (II).

²⁹ Depuis la révision constitutionnelle de 2003 une grande diversité caractérise les statuts internes de l'outre-mer français. V. E. Jos, « La diversité des statuts constitutionnels des collectivités territoriales situées en outre-mer », in *La diversité du droit : mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 637 et s.

³⁰ L. Gard, *AJDA*, 2015, *op. cit.*, p. 1253.

³¹ « Saint-Martin, collectivité d'outre-mer face à ses obligations de région ultrapériphérique », *Rev. UE*, 2015, n°589, p. 352.

³² V. le « discours de politique générale » du nouveau président du Conseil exécutif de la Collectivité (avril 2017) : http://www.com-saint-martin.eu/La-presidence_Saint-Martin-Services_492.html.

³³ Memorandum conjoint des régions ultrapériphériques. Pour un nouvel élan dans la mise en oeuvre de l'article 349 TFUE, mars 2017, document révisé en juin, p. 17.

³⁴ Un partenariat stratégique renouvelé et renforcé avec les régions ultrapériphériques de l'Union européenne, COM(2017) 623 final, p. 3.

³⁵ Les régions ultrapériphériques : un atout pour l'Europe, COM(2008) 642 final, 17 octobre 2008, p. 6.

³⁶ Rapport remis par M. Letchimy (député et président du conseil régional de Martinique) au Premier ministre *L'article 349 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : contribution à l'application du cadre dérogatoire au service d'un projet global de développement des régions ultrapériphériques*, 24 mai 2013, p. 6.

³⁷ N. Rubio, « La consolidation du régime des régions ultrapériphériques par le traité de Lisbonne », *Gaz. Pal.* 2008, n° 171, p. 65 s.

I – L’application sélective du droit communautaire aux outre-mer : de l’exception-exclusion à l’exception-adaptation

Le droit communautaire est conçu initialement sur un registre binaire, soit il s’applique pleinement aux territoires d’outre-mer, soit ils peuvent y échapper suivant une approche sélective excluant certaines matières de son domaine, illustrative d’une exception-exclusion. Cette application territoriale sous réserve d’exceptions sélectives est la contrepartie du principe de leur intégration (A). Le caractère assez fruste de cette alternative explique le passage vers une exception-dérogação propice à la réalisation d’une intégration différenciée ; si la première est assimilable à une exception par soustraction, la seconde, l’est à une exception par addition ou adaptation. Ce mouvement résulte de la construction d’une notion : celle de régions ultrapériphériques (B).

A) L’intégration territoriale de l’outre-mer européen assortie d’une exception par soustraction

Le régime de l’outre-mer européen est partagé entre deux parts inégales : l’application du droit communautaire ; l’exclusion sélective de certaines matières. Sa situation est simple au regard du droit naissant puisque selon l’article 79 al. 1 du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l’acier (CEEA) du 18 avril 1951 : « Le présent traité est applicable aux territoires européens des hautes parties contractantes ». Tournée vers le charbon et l’acier, matière première et production industrielle absente des départements d’outre-mer, l’application territoriale du droit communautaire est ainsi circonscrite à l’Europe géographique³⁸. Ici l’exception procède du premier sens qui y est attachée et renvoie à son étymologie : « (*ex-capere*), elle est ce qui est hors de prise »³⁹.

En revanche, alors que le secteur concerné – le nucléaire civil – aurait pu laisser penser à une reproduction de ce dispositif, le traité instituant la Communauté européenne de l’énergie atomique (CEEA) pose le principe d’une intégration susceptible d’être modulée. Pour ce faire, les rédacteurs des traités reprennent le critère géographique du traité de Paris de « territoires européens », pour ensuite s’en affranchir en retenant que sauf « dispositions contraires, les stipulations du présent Traité sont applicables aux territoires européens des États membres et aux territoires non européens soumis à leur juridiction »⁴⁰. L’unification réalisée par le traité de Lisbonne supprimant la structure en pilier de l’Union européenne et lui attribuant la personnalité juridique est sans effet sur le régime fixé par le traité Euratom ; l’existence de la CEEA et de sa personnalité juridique étant maintenues.

Au même moment, le traité instituant la Communauté économique européenne (CEE) opte pour une exception-exclusion procédant du critère géographique initial doublé d’un critère matériel. Ainsi, l’article 227, § 2 CEE prévoit que concernant « les départements français d’outre-mer, les dispositions particulières et générales du présent Traité relatives :

- à la libre circulation des marchandises,
- à l’agriculture, à l’exception de l’article 40, paragraphe 4,
- à la libération des services,
- aux règles de concurrence,

³⁸ D. Custos, Champ d’application du droit communautaire et de l’Union. – Régions ultrapériphériques (RUP) : principes du statut européen, *JCP Europe*, fasc. 471, n° 2.

³⁹ F. Saint-Bonnet, *op. cit.*, p. 673.

⁴⁰ Article 198 CEEA.

- aux mesures de sauvegarde prévues aux articles 108, 109 et 226,
- aux institutions,

sont applicables dès l'entrée en vigueur du présent Traité ».

Hors de cette énumération, cette même disposition stipule : « Les conditions d'application des autres dispositions du présent Traité seront déterminées au plus tard deux ans après son entrée en vigueur, par des décisions du Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission ».

Le choix a été fait d'une application sélective et ciblée sous réserve de l'énonciation de matières devant relever de la règle commune. Sur ce fondement, le Conseil a décidé d'étendre l'application du traité à la libre circulation des capitaux (art. 67 à 73 CEE⁴¹). Sans se considérer lié par l'écoulement du délai de deux ans, le Conseil a opéré une sélection au profit du droit d'établissement et des paiements (art. 52 à 58 CEE et art. 108 CEE⁴²), de la libre circulation des travailleurs (art. 49, 50⁴³ et 51⁴⁴) et du Fonds social européen (art. 123 à 127 CEE⁴⁵). A côté de cette application sélective du traité (le droit primaire), à ces territoires d'outre-mer, le droit dérivé a aussi fait l'objet d'une casuistique, l'adoption d'un règlement peut être suivie d'un autre texte de même nature⁴⁶ ou non⁴⁷, étendant son champ d'application aux départements français.

Face à ce régime disparate, quoique resserré par la dualité, la Cour de justice s'appuie sur un raisonnement inspiré du droit constitutionnel interne⁴⁸, pour - dans son arrêt Hansen⁴⁹ à la célébrité posthume⁵⁰ - prendre acte du fait que « les DOM faisant partie intégrante de la République (...) les dispositions du traité et du droit dérivé doivent donc s'appliquer de plein droit » à l'issue du délai de deux ans prévus par l'article 227, § 2 CEE. Une fois expiré, « il reste toujours possible de prévoir ultérieurement des mesures spécifiques en vue de répondre aux besoins de ces territoires ». Cette opportunité est rapidement saisie par le Conseil, autorisant la France par deux directives du même jour à exclure l'application de plusieurs directives d'harmonisation fiscale⁵¹. En réalisant une

⁴¹ Décision portant application à l'Algérie et aux départements français d'outre-mer des dispositions du traité relatives aux mouvements de capitaux, JOCE 43, 12 juillet 1960, p. 919.

⁴² Décision 64/350/CEE du Conseil, du 25 février 1964, JOCE 93, 11 juin 1964, p. 1484.

⁴³ Décision 68/359/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, portant application aux départements français d'outre-mer des articles 48 et 49 du traité, JOCE L 257, 19 octobre 1968, p. 1.

⁴⁴ Décision 71/238/CEE du Conseil, du 14 juin 1971, JOCE L 149, 5 juillet 1971, p. 1.

⁴⁵ Décision 71/364/CEE du Conseil, du 8 novembre 1971, JOCE L 249, 10 novembre 1971, p. 73.

⁴⁶ Pour un exemple : règlement (CEE) n° 109/70 du Conseil du 19 décembre 1969, portant établissement d'un régime commun applicable aux importations de pays à commerce d'État suivi du règlement (CEE) n° 110/70 du Conseil du même jour, relatif à l'application aux départements d'outre-mer du règlement (CEE) n° 109/70, JOCE L 19, 26 janvier 1970, p. 1 et 43.

⁴⁷ Décision du Conseil du 18 avril 1967, relative à l'application aux départements français d'outre-mer du règlement n° 160/66/CEE du Conseil portant instauration d'un régime d'échanges pour certaines marchandises résultant de la transformation de produits agricoles, JOCE 81, 26 avril 1967, p. 1630.

⁴⁸ V. I. Vestris, « Statuts internes, statut de régions ultrapériphériques : une interaction relative », in D. Blanc et F. Cafarelli, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁹ CJCE, 10 octobre 1978, Hansen c. Hauptzollamt Flensburg, aff. 148/77, ECLI:EU:C:1978:173, pts 9 et 10.

⁵⁰ Aucune chronique de jurisprudence de la CJCE dans les principales revues de droit international et de droit communautaire n'en rend compte sous cet angle.

⁵¹ Onzième directive 80/368/CEE du Conseil, du 26 mars 1980, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Exclusion des départements français d'outre-mer du champ d'application de la directive 77/388/CEE ; directive 80/369/CEE du Conseil autorisant la République française à ne pas appliquer dans les départements français d'outre-mer les directives 72/464/CEE et 79/32/CEE concernant les impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés, JOCE L 90, 3 avril 1980, respectivement p. 41 et 42.

interprétation libérale et non littérale du traité⁵², « la Cour de justice a procédé à un renversement de présomption, et a rendu le droit communautaire applicable de plein droit, sauf si le Conseil statuant à l'unanimité en décide explicitement autrement »⁵³. La Cour de justice a confirmé sa position à la faveur de l'arrêt Legros⁵⁴ et indiqué sans surprise le caractère limitatif de l'énumération exposée à l'article 227 § 2 CEE⁵⁵.

Ainsi, D. Perrot souligne : « bien au-delà de 1960, la sélectivité combinée à l'hybridité perdure, quoiqu'elle s'amenuise ; elle continue de tenir lieu de différenciation juridique. Ce schéma devient de moins en moins tenable à mesure que le droit commun s'étend, au point qu'il peut s'avérer opportun de prévoir l'inverse, à savoir que tout le droit commun serait applicable pour les DFOM, à moins de dispositions contraires »⁵⁶. Au début des années 1980 la situation des territoires d'outre-mer est caractérisée par un régime de droit commun tempéré par une exception-exclusion. Or, précisément l'affirmation jurisprudentielle du principe d'une indistinction conduit progressivement à une exception-adaptation, présentant une alternative au dilemme entre application et non-application, entre intégration et exclusion : la différenciation.

B) La construction de l'exception par addition, naissance d'une notion : l'ultrapériphérie

Echapper au droit applicable ne suffit pas aux territoires d'outre-mer européens, cette différenciation, qui peut être qualifiée de négative en ce sens qu'elle procède d'une exception-exclusion, résulte du dilemme entre le tout ou rien. A l'inverse il est permis d'y opposer une différenciation positive, par adaptation ou addition. Sa première manifestation, isolée il est vrai⁵⁷, remonte à une directive du 30 juin 1981 concernant le développement de l'agriculture dans les départements français d'outre-mer. Les motifs en sont parfaitement explicites : « pour atteindre les objectifs de la politique agricole commune (...) des dispositions particulières, *adaptées* à la situation des zones agricoles les plus défavorisées quant à leurs conditions de production, doivent être prises au niveau de la Communauté »⁵⁸. L'adaptation est dictée par deux grandes considérations : un « sous-développement très accentué par rapport aux autres régions de la Communauté » et une « situation particulièrement défavorable au point de vue du rendement et des revenus agricoles ». En vertu de cette exception-dérogation, la France est habilitée à présenter une action commune faisant l'objet d'un financement au titre de la PAC.

⁵² Ce que suggère l'expression « *au plus tard* deux ans après son entrée en vigueur », nous soulignons. Dans ses conclusions l'avocat général M. Capotorti commence par considérer qu'« à l'expiration de ce délai, tout le traité est devenu applicable », puis cède devant un argument tenant plus du principe de réalité : l'adoption de décisions du Conseil comme on le sait à l'issue de ce délai, v. conclusions, rec. p. 1816.

⁵³ M. Dony, « Territoire communautaire », in A. Barav et C. Philip (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 1075.

⁵⁴ CJCE, 16 juillet 1992, Administration des douanes et droits indirects c. Léopold Legros et autres, aff. C-163/90, pt. 8, ECLI:EU:C:1992:326.

⁵⁵ CJCE, 9 août 1994, René Lancry SA c. Direction générale des douanes et Société Dindar Confort, Christian Ah-Son, Paul Chevassus-Marche, Société Conforéunion et Société Dindar Autos c. Conseil régional de la Réunion et Direction régionale des douanes de la Réunion, aff. jtes C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93, pt. 37, ECLI:EU:C:1994:315.

⁵⁶ V. D. Perrot, *Rev. UE*, 2017, n° 613, *op. cit.*, p. 642.

⁵⁷ En général la prise en compte positive de la spécificité remonte à 1989 avec le programme POSEIDOM, en ce sens : G. Ciavarini Azzi, « L'Union européenne et ses régions ultrapériphériques », in M. Elfort, J.-Y. Faberon et alii. (dir.), *La Loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000. Quelles singularités dans la France et l'Europe ?* Aix-Marseille, PUAM, 2001, p. 551.

⁵⁸ Directive 81/527/CEE du Conseil, JOCE L 197, 20 juillet 1981, p. 38. Nous soulignons.

Deux programmes communautaires lancés en même temps à l'initiative de la Commission, STAR (Service de Télécommunications Avancées pour les Régions européennes) et VALOREN (VALorisation du potentiel ENergétique endogène)⁵⁹ concernent en France les départements d'outre-mer mais également la Corse. Aussi, est-ce surtout à partir du Programme d'Options Spécifiques à l'Éloignement et à l'Insularité des Départements français d'Outre-Mer (POSÉIDOM)⁶⁰ qu'est isolée la naissance d'une différenciation ultramarine suivant une approche globale. Cette intention reçoit une manifestation simultanée avec l'adoption de la décision relative à l'octroi de mer⁶¹. Cette ressource fiscale frappant à la fois les importations de marchandises et les activités de production en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte et à La Réunion, est reconduite jusqu'au 31 décembre 2020⁶², témoignant en cela de la relative pérennité de l'exception-adaptation. Centrée initialement sur la France, ce programme est fondé il est vrai sur l'article 227 § 2 CEE relatif à l'application sélective du traité pour les départements français d'outre-mer⁶³. Par la suite, l'initiative communautaire POSÉIDOM va s'étendre aux territoires ayant des caractéristiques comparables à la faveur de l'adhésion en 1986 de l'Espagne et du Portugal. Au point d'être modélisée simultanément par l'adoption en 1991 pour la première d'un Programme d'Options Spécifiques à l'Éloignement et à l'Insularité des CANaries (POSÉICAN⁶⁴) et pour le second d'un programme équivalent destiné à Madère et aux Açores (POSÉIMA⁶⁵), rencontrant un indéniable succès attesté par sa prolongation jusqu'à nos jours⁶⁶.

A la charnière des années 1990, une notion fait son apparition : celle de « régions ultrapériphériques »⁶⁷. Absente de la décision POSÉIDOM de 1989 elle figure dans les motifs des deux décisions de 1991 et se trouve au cœur de la communication de la Commission lançant l'initiative communautaire REGIS (pour Régions isolés) prévoyant des prêts et aides non remboursables destinés aux régions ultrapériphériques⁶⁸. L'expression est ensuite à l'origine de la Déclaration n° 26 annexée au traité de Maastricht précisément relative aux régions ultrapériphériques. Elle contient en germe la consécration opérée par le traité d'Amsterdam en évoquant d'une part, plusieurs de leurs traits propres : « (grand éloignement, insularité, faible superficie, relief et climat difficile, dépendance économique vis-à-vis de quelques produits) dont la constance et le cumul portent lourdement préjudice à leur développement économique et social ». D'autre part, elle « estime que, si les dispositions du traité instituant la Communauté européenne et du droit dérivé s'appliquent

⁵⁹ Règlements (CEE) n° 3300/86 et n° 3301/86 du 27 octobre 1986, JOCE L 305, 31 octobre 1986, p. 1 et 6.

⁶⁰ Décision 89/687/CEE du Conseil du 22 décembre 1989, JOCE L 399, 31 décembre 1989, p. 39.

⁶¹ Décision 89/688/CEE du Conseil du 22 décembre 1989 relative au régime de l'octroi de mer dans les départements français d'outre-mer, JOCE L 399, 31 décembre 1989, p. 46. V. F. T. Rakotondrahaso, « Octroi de mer et départementalisation », in D. Blanc et F. Cafarelli, *op. cit.*, p. 189.

⁶² Décision 940/2014/UE du Conseil du 17 décembre 2014, JOUE L 367, 23 décembre 2014, p. 1. La loi n°2015-762 du 29 juin 2015 relative à l'octroi de mer adapte cette décision en droit interne, JORF, 30 juin 2015, p. 10979.

⁶³ V. L. Lebon, « L'économie générale de l'application territoriale du traité de Rome », *Rev. UE*, 2017, n°613, p. 631 et s.

⁶⁴ Décision 91/314/CEE du Conseil du 26 juin 1991, JOCE L 171, 29 juin 1991, p. 5.

⁶⁵ Décision 91/315/CEE du Conseil 26 juin 1991, *idem*, p. 10.

⁶⁶ V. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre du régime de mesures spécifiques dans l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques de l'Union (POSEI), COM(2017) 797 final, 15 décembre 2016 et COM(2017) 623 final, précité p. 8.

⁶⁷ La paternité de l'expression revient en général à M. Mota Amaral, président de la région autonome des Açores de 1976 à 1995. Sur l'origine de la notion : P. Guillaumin, « La dimension ultrapériphérique de l'Union européenne », in J.-D. Hache (dir.), *Quel statut pour les îles d'Europe ?*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 106.

⁶⁸ Communication C(90) 1562/1 aux États membres fixant les orientations pour les programmes opérationnels dans le cadre d'une initiative communautaire concernant les régions ultrapériphériques que les États membres sont invités à établir, JOCE C 196, 4 août 1990, p. 15.

de plein droit aux régions ultrapériphériques, il reste possible d'adopter des mesures spécifiques en leur faveur, dans la mesure et aussi longtemps qu'il existe un besoin objectif de prendre de telles mesures en vue d'un développement économique et social de ces régions »⁶⁹.

Cette déclaration annonce le régime juridique à venir de la relation entre outre-mer et droit de l'Union : l'intégration par le refus d'une exclusion territoriale combinée avec une exception-adaptation. Fixé par l'article 299 § 2 TCE (art. 349 TFUE) tel que modifié par le traité d'Amsterdam, ce statut repose pour commencer sur le principe d'une pleine application du traité CE⁷⁰. Il poursuit en introduisant une rupture dans cette application (« toutefois »), fondée sur les particularités économiques, sociales et géographiques de ces régions. Enfin, il se clôt sur les modalités d'adoption des mesures spécifiques, pour retenir la procédure de consultation concernant divers domaines énumérés (« politiques douanières et commerciales, la politique fiscale, les zones franches, les politiques dans les domaines de l'agriculture et de la pêche, les conditions d'approvisionnement en matières premières et en biens de consommation de première nécessité, les aides d'État, et les conditions d'accès aux fonds structurels et aux programmes horizontaux »). Le dernier alinéa est attentif à la préservation de l'intégrité et de la cohérence de l'ordre juridique que ne sauraient atteindre ces mesures spécifiques⁷¹. Bien que la Commission considère que la reconnaissance de ce statut de RUP ne débouche pas sur « un régime "d'opt-out" généralisé »⁷², elle prépare une intégration différenciée étendue.

Celle-ci intervient avec le traité de Lisbonne à la faveur d'un dispositif scindé par une inversion : la spécificité des régions ultrapériphériques est d'abord soulignée par l'article 349 TFUE ; la pleine application des traités est ensuite affirmée par l'article 355 TFUE en complément de l'article 52 TUE. Il résulte de cette combinaison un « élargissement de l'invocabilité de l'adaptation au sein du droit primaire »⁷³, puisque le champ de la différenciation couvre désormais à la fois le TFUE et le TUE. Enfin, la mention de l'adverbe notamment à l'alinéa 2 explicite la volonté des auteurs des traités d'écarter l'approche limitative telle qu'interprétée par la Cour de justice dans l'arrêt Lancry précité et de privilégier une adaptation *erga omnes*⁷⁴. Il s'ensuit que la consolidation du statut des RUP ne se fait pas à périmètre constant mais épouse un cadre élargi ouvrant la voie à une généralisation de l'exception-adaptation.

II – L'application spécifique du droit de l'Union aux RUP : vers la généralisation de l'exception-adaptation

L'inversion des perspectives par une exception-adaptation (art. 349 TFUE) dissociée pour précéder l'intégration territoriale (art. 355 TFUE) pose la question de sa portée. Les éléments de

⁶⁹ Texte reproduit in E. Jos et D. Perrot, *Les départements d'outre-mer et le droit de l'Union européenne*, Travaux de la CEDECE. Série textes et documents, Paris, La documentation française, 2000, p. 20.

⁷⁰ Devenu article 355 § 1 TFUE.

⁷¹ V. D. Perrot, « Intégrité et cohérence de l'ordre juridique communautaire », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, p. 617.

⁷² Rapport de la Commission sur les mesures destinées à mettre en oeuvre l'article 299 § 2 - les régions ultrapériphériques de l'Union européenne, COM(2000) 147 final, p. 33.

⁷³ D. Custos, JCP Europe, fasc. 471, *op. cit.*, pt. 32.

⁷⁴ « Les mesures visées au premier alinéa portent notamment sur les politiques douanières et commerciales, la politique fiscale, les zones franches, les politiques dans les domaines de l'agriculture et de la pêche, les conditions d'approvisionnement en matières premières et en biens de consommation de première nécessité, les aides d'État, et les conditions d'accès aux fonds structurels et aux programmes horizontaux de l'Union ».

réponse avancés par la Cour de justice confortent le régime de l'exception-adaptation attaché aux RUP en étendant son emprise sur le droit dérivé (A). Toutefois, le gain jurisprudentiel de certitudes quant au domaine d'application de l'article 349 TFUE s'accompagne corrélativement d'un trouble procédural quant à sa mise en œuvre ; le flou procédural chasse la précision matérielle (B).

A) La consolidation du régime de l'exception-adaptation par un domaine étendu au droit dérivé

La consécration d'une disposition par le traité d'Amsterdam dédiée aux RUP soulève la question - tôt posée par les institutions européennes - de ses incidences institutionnelles et normatives. En réponse aux interrogations d'un député européen, le président de la Commission observe que : « le Conseil a tranché à l'unanimité, s'agissant des mesures qu'il a adoptées en juin dernier, pour le recours à la double base juridique. Pour sa part, la Commission maintient sa position quant à l'utilisation de l'article 299, paragraphe 2 comme base juridique pour les seules mesures dérogatoires *aux dispositions du traité*, sans préjudice du recours aux bases juridiques spécifiques prévues pour les politiques communes »⁷⁵. Ainsi, un cumul des bases juridiques est possible suivant les lignes jurisprudentielles alors fixées par la Cour de justice⁷⁶, et illustré par la première mise en œuvre de l'article 299 § 2 CE au sujet de la révision du POSEIMA⁷⁷. Il est également possible, hors de toute mention dans les visas de cet article, de le voir mentionné dans les motifs et le dispositif de la réglementation européenne en particulier en matière de politique de cohésion économique et sociale. Mais en aucun cas, il ne peut faire figure de *lex specialis*, « il serait difficilement envisageable que cet article serve de fondement juridique unique et permette par là même de contourner des règles de procédure plus rigoureuses »⁷⁸. En d'autres termes, prévoyant la seule consultation du Parlement européen au terme d'un avis que doit solliciter le Conseil avant de se prononcer à la majorité qualifiée, cet article ne pourrait être utilisé afin de substituer ce mode décisionnel à d'autres l'associant plus étroitement comme colégislateur de l'Union⁷⁹. Cette tentation est dissipée par la conception de la Commission car elle entend, à la différence du Conseil, réserver la prise en compte des RUP aux adaptations touchant le droit primaire⁸⁰. De toute évidence, en ne partageant pas cette lecture le Conseil ouvre la voie à de possibles reculs des droits du Parlement européen ; l'exclusivité potentielle de l'article 349 TFUE comme base juridique est susceptible d'anéantir la procédure législative ordinaire inaugurée par le traité de Lisbonne.

Ces appréciations divergentes quant à la mise en œuvre du statut différencié des RUP sont entretenues, voire aggravées par les modifications apportées par le traité de Lisbonne. Tout en reprenant la formulation antérieure (le Conseil « arrête des mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application du présent traité à ces régions, y compris les politiques communes ») l'article 349 TFUE introduit un balancement à la clôture de l'alinéa 1 laissant place au doute : « Lorsque les mesures spécifiques en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également sur proposition de la Commission et après

⁷⁵ Question écrite P-1691/01 posée par Sérgio Marques (PPE-DE) à la Commission. JOCE, n° 81 E, 4 avril 2002, pp. 52-53. Nous soulignons.

⁷⁶ V. B. Peter, « La base juridique des actes communautaires », *RMCUE*, 1994, n°378, pp. 324-325.

⁷⁷ Règlement (CE) n° 1453/2001 du Conseil du 28 juin 2001 portant mesures spécifiques concernant certains produits agricoles en faveur des Açores et de Madère, JOCE L 198, 21 juillet 2001, p. 26.

⁷⁸ N. Rubio, « Les régions ultrapériphériques de l'Union européenne », in Tesoka L. et Ziller J. (dir.), *op. cit.*, p. 133.

⁷⁹ V. D. Blanc « Le Parlement européen législateur », in M. Blanquet (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 91 et s.

⁸⁰ V. Rapport Letchimy, précité p. 17.

consultation du Parlement européen ». Si, premièrement, l'absence de toute précision quant au mode de votation doit être lue à l'aune de l'article 16, § 3 TUE retenant que « le Conseil statue à la majorité qualifiée, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement », il semble deuxièmement opérer une distinction entre les adaptations touchant aux « conditions de l'application du présent traité », situées au niveau du droit primaire, et les « mesures spécifiques » relevant d'une « procédure législative spéciale » et par conséquent du droit dérivé. L'article 289 § 3 TFUE lie indéfectiblement la procédure d'adoption et la nature de l'acte : « Les actes juridiques adoptés par procédure législative constituent des actes législatifs ». Il s'ensuit que les mesures spécifiques issus d'une procédure législative, sont des actes législatifs. Enfin et troisièmement, si l'ajout a vraisemblablement pour fonction d'assurer une adaptation à la majorité qualifiée pour des procédures (approbation et consultation), spéciales en raison de l'unanimité les caractérisant, le sort de la procédure législative ordinaire ne semble pas réglé. Ainsi plus qu'une clarification, la précision apportée par la dernière phrase de l'alinéa 1 de l'article 349 TFUE « a malheureusement rendu l'eau trouble »⁸¹.

Toutefois, et de prime abord, le traité de Lisbonne conforte la position du Conseil impliquant une différenciation valant aussi bien pour le droit primaire que pour le droit dérivé contrairement à la position défendue par la Commission. Le changement statutaire de Mayotte créé les conditions idéales permettant à la Cour de justice de clarifier la portée de l'article 349 TFUE dans la mesure où il entraîne l'adoption d'un ensemble de mesures spécifiques intéressant le droit dérivé. Le contentieux qu'il génère au cœur de l'arrêt rendu le 15 décembre 2015⁸² arrive même à point nommé pour ceux se demandant « si ce texte ne se heurte pas à un certain nombre de prétextes juridiques, qui en faussent et en perturbent la fonction et l'application »⁸³. Suivant les conceptions précédemment exposées, la Commission privilégie des bases juridiques propres aux matières concernées par l'exception-adaptation du droit dérivé, dont la PAC, tandis que le Conseil entend se fonder sur l'article 349 TFUE. De son côté, le Parlement européen refuse le choix de l'exclusivité de ce fondement dans la mesure où il se traduit par une forte diminution de son rôle dans le processus normatif.

Face aux prétentions des parties, la Cour de justice étend la diffusion du statut des RUP au terme d'un triple mouvement. Tout d'abord, comme il fallait s'y attendre⁸⁴, la distinction opérée par la Commission entre droit primaire et droit dérivé n'est pas recevable, il convient selon la Cour « de souligner que les "conditions de l'application des traités", au sens de cet article, doivent être comprises comme couvrant à la fois les conditions relatives à l'application du droit primaire de l'Union et celles relatives à l'application des actes de droit dérivé adoptés sur le fondement de ce droit primaire »⁸⁵. En conséquence, l'adaptation du droit dérivé peut se faire suivant la procédure prévue à l'article 349 TFUE, à savoir par le Conseil à la majorité qualifiée après avoir consulté le Parlement européen quand bien même la législation initiale aurait été l'œuvre conjointe des deux

⁸¹ V. conclusions de l'avocat général N. Wahl sous l'arrêt CJUE (gde ch.), 15 déc. 2015, Parlement européen et Commission européenne c. Conseil, aff. C-132/14 à C-136/14, ECLI:EU:C:2015:425, pt. 52.

⁸² CJUE, gde ch., 15 déc. 2015, Parlement et Commission c/ Conseil, soutenu par Espagne, France et Portugal, aff. jtes C-132/14 à C-136/14, ECLI:EU:C:2015:813. Obs. D. Simon, *Europe*, 2016, Comm. 39, pp. 14-15 ; D. Perrot, « La première interprétation de l'article 349 TFUE par la CJUE », *Rev. UE*, 2017, n° 604, p. 40 et s. V. également H. Pongérard-Payet, *op cit.*, p. 215 et s.

⁸³ Rapport Letchimy précité p. 8.

⁸⁴ En règle générale, la Cour de justice ne fait pas de la référence au « traité » le siège d'une distinction entre droit primaire et droit dérivé.

⁸⁵ Pt. 72 de l'arrêt du 15 déc. 2015.

suivant l'article 289 § 1 TFUE. Cette solution a pour elle la simplicité quant à l'adaptation d'un droit dérivé formé d'actes concernant plusieurs secteurs.

Ensuite, l'interprétation de la Cour de justice assure une large ouverture au recours à l'article 349 TFUE en n'exigeant pas, contrairement à ce que soutenait le Parlement européen, que les mesures spécifiques soient justifiées « non seulement par la situation économique et sociale structurelle de la région ultrapériphérique concernée, mais aussi par l'existence de l'un au moins des facteurs énumérés limitativement à l'article 349, premier alinéa, TFUE, propres à cette région ». Selon sa jurisprudence « un lien de rattachement de la mesure spécifique envisagée avec des caractéristiques et contraintes particulières de la région ultrapériphérique en cause » suffit⁸⁶. Enfin, les mesures d'adaptation ne se bornent pas à prendre en compte « la situation économique et sociale structurelle », mais peuvent aussi porter sur d'autres champs comme l'environnement⁸⁷.

Les possibilités élargies de mise en oeuvre de l'article 349 TFUE participent de la consolidation du statut des RUP, est-elle pour autant annonciatrice de sa généralisation dans un environnement procédural apuré ?

B) Le trouble procédural d'une exception-adaptation en quête de généralisation

Naturellement la querelle de la base juridique renvoie à des enjeux institutionnels quant à la procédure applicable, procédure législative ordinaire ou spéciale. Or, de toute évidence, le couplage de la procédure de codécision à la majorité qualifiée par le traité de Lisbonne, sans assécher ce contentieux, en diminue l'assiette. Il reste que le repli parlementaire causé par la solution de la Cour de justice est à rebours de la tendance générale suivie par les révisions des traités depuis l'Acte unique. Pour analyser son ampleur avec précision, il convient de revenir à la partie de l'article 349 TFUE dont l'appréciation a échappé au juge de l'Union.

Du propre aveu de l'avocat général, l'eau troublée par le traité de Lisbonne attendra avant d'être clarifiée, estimant que « dans le cadre des présentes affaires jointes, il n'est pas nécessaire de trancher cette question de manière déterminante ». On peut objecter qu'elle n'est pas davantage tranchée, même de façon non déterminante, puisqu'elle est tout bonnement occultée. Or, pour reprendre l'image magistrale, ne pas agiter l'eau ne suffit pas à en dissiper les ondes bien au contraire. De son côté, la doctrine s'est interrogée sur « la signification de la phrase bien sibylline ajoutée à l'alinéa 1^{er} de cet article 349 »⁸⁸, sans emporter véritablement la conviction ; chaque auteur apportant des résultats propres en sollicitant des ressources éloignées les unes des autres⁸⁹.

Il est permis d'avancer que les rédacteurs des traités ont raisonné non à partir de l'opposition entre procédures législatives spéciales et ordinaire mais à l'intérieur de la première catégorie. Dans la mesure où l'adoption d'une mesure par le Conseil après consultation du Parlement européen se fait à l'unanimité, la précision est destinée à maintenir la majorité qualifiée, et surtout lorsque la procédure

⁸⁶ Pt. 69 de l'arrêt.

⁸⁷ Pts. 97 et s. de l'arrêt.

⁸⁸ D. Perrot, « Les Régions ultrapériphériques françaises selon le Traité de Lisbonne », *RTDE*, 2009, n° 4, p. 732.

⁸⁹ Pour une présentation synthétique des options doctrinales : conclusions de l'avocat général (note XXX)

législative spéciale procède d'une « codécision passive »⁹⁰, c'est-à-dire lorsque l'approbation du Parlement européen est exigée, l'émission de son avis suffira. En d'autres termes, la précision apportée découle de l'introduction par le traité de Lisbonne de procédures législatives spéciales ne se cantonnant pas à la seule consultation du Parlement européen et caractérisées par l'unanimité, là où suivant la forme prévue par l'article 299, § 2 CE la consultation était jointe à la majorité qualifiée. Si cette relation peut être un cadre d'analyse commun, ses incidences sur la fonction parlementaire peuvent pareillement susciter une appréciation concordante : la mise en œuvre du statut des RUP traduit une exception procédurale limitant le rôle du Parlement européen.

S'impose alors l'idée selon laquelle le droit primaire, œuvre des Etats, est adapté par leurs représentants au sein du Conseil, la consultation parlementaire est ici le gage donné à la résorption du déficit démocratique, tandis que le droit dérivé, œuvre des institutions du triangle normatif, s'accommode mal d'une adaptation aux formes allégées, en raison d'une participation minimale du Parlement européen après qu'il ait pu endosser les habits de colégislateur lors de l'élaboration précisément de la législation, objet de l'exception-adaptation. Faut-il considérer que dans ce cas, ayant forgé le socle normatif, le Parlement européen n'a pas à y revenir de manière approfondie et active pour l'adapter aux RUP. Le déséquilibre et l'asymétrie des raisonnements entre le droit primaire et le droit dérivé entretiennent le malaise quant à l'appréciation de l'article 349 TFUE et le caractère bancal de sa mise en œuvre. La solution de la Cour de justice, incontestable dans son principe, les RUP doivent bénéficier d'un traitement différencié étendu au droit dérivé, entraîne des imperfections procédurales et des manquements élémentaires à la logique démocratique.

Sans doute conviendrait-il de revoir le dispositif de l'article 349 TFUE dans le sens de sa clarification et dans celui de la promotion des pouvoirs du Parlement européen. Le premier s'accommode sans mal d'une réécriture signalant par exemple que les mesures spécifiques sont en toutes hypothèses adoptées à la majorité qualifiée après avis du Parlement européen, et ce afin de supprimer la précision tortueuse apportée par le traité de Lisbonne. Le second peut passer par la mise en œuvre d'une résonance entre les procédures dont le droit de l'Union est familier⁹¹, en prévoyant par exemple que l'adaptation par des mesures spécifiques du droit dérivé emprunte des formes identiques à celles ayant présidé à son adoption. Si une réécriture est toujours possible à la faveur d'une révision des traités, la circonscription des effets négatifs de la solution de la Cour de justice réside plus sûrement dans la modulation de sa portée.

Suivant l'analyse du professeur D. Perrot, des « indices laissent entrevoir des freins à une généralisation absolue » de la solution de l'arrêt. Ils découlent en substance de deux considérations. Est fragilisé d'une part le droit en vigueur lorsqu'il repose sur une autre base juridique que l'article 349 TFUE assortie de la procédure législative ordinaire. Et d'autre part, lorsque le même texte s'applique aux régions de droit commun et aux RUP, comme en matière de fonds structurels, faut-il pour l'avenir dissocier les deux au risque de doubler les actes et les procédures ? A la complication s'ajoute la régression des prérogatives parlementaires. Sans compter que cela « rappellerait de façon inversée la pratique erronée antérieure à l'arrêt *Hansen*, où un acte de portée générale pouvait être

⁹⁰ V. D. Blanc « Le Parlement européen législateur », in M. Blanquet (dir.), *La prise de décision dans le système de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 91 et s.

⁹¹ Par exemple l'article 218 § 6 TFUE retient quant à la conclusion des accords portant sur des matières régies par la procédure législative ordinaire l'association du Parlement européen sous la forme d'un pouvoir d'approbation.

suivi, parfois le même jour, d'une décision le rendant applicable aux DOM »⁹². Ainsi, les précisions apportées par la Cour de justice s'agissant du domaine normatif de l'article 349 TFUE soulèvent de légitimes interrogations.

Pour autant, l'affaire tranchée par la Cour de justice possède à nos yeux tous les caractères du « case test » pour ne valoir que dans une situation comparable, à savoir le changement de statut d'un territoire ultramarin. Dans la mesure où les textes contestés consistaient *exclusivement* en des mesures spécifiques, l'exclusivité de l'objet appelait l'exclusivité du fondement. Le fait n'est pas nouveau et se perpétue, une illustration peut être trouvée dans la récente proposition de décision du Conseil autorisant la France à appliquer un taux réduit concernant certaines taxes indirectes sur le rhum «traditionnel» produit en Guadeloupe, en Guyane française, en Martinique et à La Réunion présentée par la Commission au titre de l'article 349 TFUE⁹³ ; la décision adaptée avait une base juridique identique⁹⁴. Inversement si l'on ose dire, la Commission continue de mêler base juridique sectorielle et mention de l'article 349 TFUE dans les visas sans que ce dernier ne contamine les modalités d'élaboration de l'acte par une exclusion de la procédure législative ordinaire⁹⁵. Seule l'annulation du futur acte adopté au motif que la mention des RUP et des dispositions les concernant devrait être isolée du texte au motif de la nécessité de l'exclusivité du fondement, l'article 349 TFUE, serait de nature à démentir l'analyse. Si le risque est faible d'une action contentieuse à cette fin, il ne gagne pas davantage en consistance lorsque la Commission prévoit une exception-exclusion s'agissant du système d'échanges de quotas relatif à l'avion civile qui ne s'applique « pas aux vols au départ ni aux vols à destination de régions ultrapériphériques »⁹⁶, puisqu'elle se fait sans le renfort de l'article 349 TFUE.

Au-delà de ces aspects juridiques, le véritable enjeu tient dans le caractère systématique d'un « réflexe RUP » que devrait nourrir la Commission⁹⁷. Tel est le sens de la résolution du 6 juillet 2017 du Parlement européen qui, estimant « que l'article 349 du traité FUE a été utilisé de manière limitée et qu'il pourrait être interprété de manière plus novatrice et positive » décline les mesures à prendre et les orientations à adopter pour un ensemble de secteurs allant de la politique agricole à un ensemble de matières formé de la recherche, de l'environnement, de l'éducation, de la culture, du transport, de l'énergie et des télécommunications en passant naturellement par la politique de cohésion⁹⁸. Le Sénat français partage cette position, invitant par exemple « la Commission européenne à acclimater les normes européennes réglementant l'agriculture et l'élevage aux contraintes propres des RUP en

⁹² D. Perrot, *Rev. UE*, 2017, n° 604, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁹³ COM(2017) 297 final, 9 juillet 2017.

⁹⁴ Décision n° 896/2011/UE du Conseil du 19 décembre 2011 modifiant la décision 2007/659/CE en ce qui concerne sa période d'application et le contingent annuel pouvant bénéficier d'un taux d'accise réduit, JOUE L 345, 29 décembre 2011, p. 18.

⁹⁵ Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, COM(2016) 605 final, 14 septembre 2016, voir aussi considérant 250.

⁹⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE en vue de maintenir l'actuelle restriction du champ d'application pour les activités aériennes et de préparer la mise en œuvre d'un mécanisme de marché mondial à partir de 2021, COM(2017) 54 final, 3 février 2017.

⁹⁷ Un exemple de ce défaut nous est donné par sa proposition de règlement relative à l'accès au marché des services portuaires et la transparence financière des ports vierge de toute référence aux RUP, COM(2013) 296 final. Le Parlement européen l'a amendée afin de leur permettre d'échapper à la législation européenne (rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour l'accès au marché des services portuaires et la transparence financière des ports, A8/0023/2016, 17 février 2016, p. 8 et 32). Finalement, l'article 1^{er} du règlement autorise cette exception-exclusion (JOUE L 57, 3 mars 2017, p. 1).

⁹⁸ Résolution sur la promotion de la cohésion et du développement dans les régions ultrapériphériques de l'Union : application de l'article 349 du traité

tenant compte des spécificités des productions en milieu tropical »⁹⁹. L'intérêt des sénateurs pour la prise en compte de la spécificité ultramarine est tel que de leur propre aveu la délégation sénatoriale pour l'Outremer possède un « "code génétique" européen »¹⁰⁰. Cette convergence de vues crée une dynamique, la prise en compte de la spécificité motivant des mesures particulières est de nature à entraîner un vaste mouvement d'exception-adaptation ; plus de spécificités appelant plus de spécificités. Il est toutefois borné par les mécanismes décisionnels au sein du Conseil, où seuls trois Etats membres (Espagne, France et Portugal) sont concernés, « si bien que rien ne garantit la prise en compte des intérêts spécifiques » des RUP¹⁰¹. Cette affirmation ne perd pas de son acuité tant la « nouvelle approche » annoncée par la Commission est modeste dans ses propres recommandations puisqu'elle entend seulement « veiller à ce que les préoccupations et les intérêts des régions ultrapériphériques soient dûment pris en considération, le cas échéant, dans les analyses d'impact et l'évaluation des politiques »¹⁰², reproduisant ainsi à peu de choses près les termes employés dans sa précédente communication consacrée aux RUP¹⁰³. Au final, la Commission reste bien en deçà d'un « réflexe RUP ».

En revanche et symétriquement, de leur côté, les RUP témoignent d'un évident « réflexe Europe ». Si pour elles il n'est pas douteux qu'elles fassent partie intégrante de l'Europe, elles attendent en retour, depuis longtemps et inlassablement que le droit de l'Union soit pensé et conçu à leur aune ; que l'exception devienne pour elles commune.

Simultanément, ce mouvement emporte des répercussions internes dans la mesure où le droit français prévoit la consultation des collectivités d'outre-mer lorsque des textes les concernant sont en discussion devant les institutions de l'Union¹⁰⁴. Il reste que la portée de ce dispositif est très initialement jugée pour l'essentiel comme symbolique¹⁰⁵.

⁹⁹ Résolution européenne sur l'inadaptation des normes agricoles et de la politique commerciale européenne aux spécificités des régions ultrapériphériques, 22 novembre 2016, JORF, 24 novembre 2016, texte n° 75. Sur la propension des parlementaires français à défendre les intérêts de leurs RUP : V. D. Blanc, « L'Union européenne devant le Parlement français : XIVème législature (2012-2017) », *Europe*, juin 2017, Etude 6, p. 9 et *Europe*, novembre 2017, Etude 10, p. 14.

¹⁰⁰ V. RI n° 617 sur le bilan triennal de son activité, fait par M. Magras au nom de la Délégation sénatoriale aux outre-mer, 6 juil. 2017, p. 19.

¹⁰¹ V. J. Ziller, « L'intégration européenne dans l'océan Indien : une puissance commerciale au service du développement », in D. Blanc et J. Dupont-Lassalle, *L'Union européenne dans l'océan Indien, un modèle de puissance, une puissance modèle, RDUE*, Hors-série, 2018.

¹⁰² COM(2017), 623 final, p. 5.

¹⁰³ « Conformément aux conclusions formulées par le Conseil en juin 2010, la Commission veillera à ce que, le cas échéant, la dimension ultrapériphérique soit prise en considération dans les analyses d'impact et autres travaux préparatoires pour de nouvelles initiatives stratégiques ». Les régions ultrapériphériques de l'Union européenne : vers un partenariat pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM(2012) 287 final, 20 juin 2012, p. 7.

¹⁰⁴ Article L. 4433-3-2 CGCT.

¹⁰⁵ V. D. Perrot, « Les formes de participation de collectivités ultramarines à l'élaboration d'actes de la Communauté européenne », in M. Elfort, J.-Y. Faberon *et alii.* (dir.), *La Loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000. Quelles singularités dans la France et l'Europe ?* Aix-Marseille, PUAM, 2001, p. 584.

Annexes

Article 299 § 2 du traité instituant le Communauté européenne

2. Les dispositions du présent traité sont applicables aux départements français d'outre-mer, aux Açores, à Madère et aux îles Canaries.

Toutefois, compte tenu de la situation économique et sociale structurelle des départements français d'outre-mer, des Açores, de Madère et des îles Canaries, qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête des mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application du présent traité à ces régions, y compris les politiques communes.

Le Conseil, en arrêtant les mesures visées au deuxième alinéa, tient compte des domaines tels que les politiques douanières et commerciales, la politique fiscale, les zones franches, les politiques dans les domaines de l'agriculture et de la pêche, les conditions d'approvisionnement en matières premières et en biens de consommation de première nécessité, les aides d'État, et les conditions d'accès aux fonds structurels et aux programmes horizontaux de la Communauté.

Le Conseil arrête les mesures visées au deuxième alinéa en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique communautaire, y compris le marché intérieur et les politiques communes.

Article 349 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Compte tenu de la situation économique et sociale structurelle de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique, de la Réunion, de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, des Açores, de Madère et des îles Canaries, qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement, le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête des mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application des traités à ces régions, y compris les politiques communes. Lorsque les mesures spécifiques en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen.

Les mesures visées au premier alinéa portent notamment sur les politiques douanières et commerciales, la politique fiscale, les zones franches, les politiques dans les domaines de l'agriculture et de la pêche, les conditions d'approvisionnement en matières premières et en biens de consommation de première nécessité, les aides d'État, et les conditions d'accès aux fonds structurels et aux programmes horizontaux de l'Union.

Le Conseil arrête les mesures visées au premier alinéa en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique de l'Union, y compris le marché intérieur et les politiques communes.

Article 355 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Outre les dispositions de l'article 52 du traité sur l'Union européenne relatives au champ d'application territoriale des traités, les dispositions suivantes s'appliquent :

1. Les dispositions des traités sont applicables à la Guadeloupe, à la Guyane française, à la Martinique, à la Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, aux Açores, à Madère et aux îles Canaries, conformément à l'article 349.
