



HAL
open science

15 ans de lois du pays - Sur les chemins de la maturité

Carine David

► **To cite this version:**

| Carine David (Dir.). 15 ans de lois du pays - Sur les chemins de la maturité. 2016. hal-02541365

HAL Id: hal-02541365

<https://hal.science/hal-02541365v1>

Submitted on 18 Apr 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.

**15 ANS DE LOIS DU PAYS
EN NOUVELLE-CALÉDONIE
SUR LES CHEMINS DE LA MATURITÉ**

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a) d'une part que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

Collection Droit d'outre-mer

**15 ANS DE LOIS DU PAYS
EN NOUVELLE-CALÉDONIE
SUR LES CHEMINS DE LA MATURITÉ**

Sous la direction de Carine DAVID

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

- 2016 -

PUAM – Presses Universitaires d’Aix-Marseille
Faculté de Droit et de Science Politique
29, Avenue Robert Schuman,
13621 Aix-en-Provence Cedex 1

puam@univ-amu.fr
<http://presses-universitaires.univ-amu.fr>

Titre : *15 ans de lois du pays en Nouvelle-Calédonie. Sur les chemins de la maturité*

© PUAM, 2016
ISBN : 978-2-7314-1008-2

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

ADCK	Agence de développement de la culture kanak
AJ fam	L'actualité juridique – famille
AJDA	L'actualité juridique – droit administratif
CASS	Cour de cassation
C. com. NC	Code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie
CCT	Commission consultative du travail
CDPNC	Centre de documentation pédagogique de la Nouvelle-Calédonie
CDS	Conseil du dialogue social
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESE-NC	Conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPEL	Commission paritaire de l'emploi local
CSP	Code de la santé publique
CTNC	Code du travail de Nouvelle-Calédonie
DTENC	Direction du travail et de l'emploi de Nouvelle-Calédonie
GMFL	Groupe mélanésien Fer de lance
HCPF	Haut conseil de la Polynésie française
IRD	Institut de recherche pour le développement
JONC	Journal officiel de Nouvelle-Calédonie
JORF	Journal officiel de la République française
LARJE	Laboratoire de Recherches Juridique et Économique
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.	Loi
LO	Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie
NCCC	Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
OMS	Organisation mondiale de la santé
PUNC	Presses Universitaires de la Nouvelle-Calédonie
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RLDC	Revue Lamy de la concurrence
RJPENC	Revue juridique, politique et économique de la Nouvelle-Calédonie
RLDC	Revue Lamy droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil

RUAMM
SGG
SHNC
TCE
TFUE
TPE

Régime Unifié d'Assurance Maladie-Maternité
secrétariat général du gouvernement
Société des études historiques de Nouvelle-Calédonie
Traité instituant la communauté européenne
Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Très petites entreprises

**À Guy Agniel,
Notre poteau central**

PRÉFACE

Guy AGNIEL†

Professeur des universités en droit public, Université de la Nouvelle-Calédonie

Le regretté Guy Carcassonne, commentant l'article 77 de la Constitution, s'était exclamé : « Ce n'est plus un régime dérogatoire. C'est un régime d'exception »¹. Son indignation, ou son ironie, était suscitée par les dispositions plus que particulières dont la Nouvelle-Calédonie a été dotée suite à la conclusion de l'Accord de Nouméa, qui a substitué, une nouvelle période de réflexion de vingt ans à l'échéance d'autodétermination prévue par la loi référendaire de 1988².

Il est vrai que les articles 76 et 77 qui composent le titre XIII, intitulé « Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie », contiennent des dispositions surprenantes pour qui est familier du droit constitutionnel classique français. Guy Carcassonne en dresse la liste avec une certaine gourmandise (le renvoi, dans la Constitution elle-même, à des accords conclus entre personnes, n'ayant, pour une partie d'entre elles, pas d'autre autorité que celle de responsables de formations politiques ; à une loi ordinaire, vieille de dix ans ; à une limitation du corps électoral ; à un scrutin de caractère indéterminé...) pour en conclure : « il n'est pas exagéré d'observer que, en réalité, il s'agit moins de dispositions constitutionnelles particulières que d'une autre Constitution, celle de la Nouvelle-Calédonie ».

Parmi ces dispositions, l'une d'entre elles suscitait à tout le moins sa circonspection : la procédure relative aux « lois du pays », qui fait intervenir directement le Conseil constitutionnel pour des actes à valeur législative géographiquement limités à la seule Nouvelle-Calédonie.

On comprendra donc aisément l'inquiétude qui fut la nôtre lorsque madame Carine David vint nous solliciter pour diriger sa recherche sur la problématique de la loi du pays. Confessons-le tout de suite : une telle inquiétude n'était nullement fondée et ses travaux aboutirent, en 2005, à une thèse d'une qualité exceptionnelle, couronnée par une distinction méritée : celle du prix du GRALE³.

Dix ans après, Madame David poursuit donc ses investigations avec cet ouvrage consacré à la loi du pays, quinze ans après sa mise en place. Le laps de temps écoulé est suffisant pour dresser un premier bilan et les différents intervenants s'y sont

1 Guy CARCASSONNE, *La constitution, introduite et commentée*, 11^e édition, 2013, pages 373 et 374.

2 Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988, portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998; JORF du 10 novembre 1988, page 14087.

3 Carine GINDRE-DAVID, *Essai sur la loi du pays calédonienne - La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, L'Harmattan, 2008, 653 pages. Thèse honorée par le prix spécial du GRALE (Groupement de Recherches sur l'Administration locale en Europe) en 2006.

parfaitement attachés ; l'ouvrage est d'ailleurs pertinemment organisé en ce sens, se répartissant en trois volets :

La loi du pays, loi formelle : un parlementarisme en construction

Au cœur de l'appareil législatif calédonien : la procédure d'élaboration et d'adoption de la loi du pays, un véritable travail parlementaire mené par le congrès de la Nouvelle-Calédonie, Lyvia BRIAULT

L'impulsion du conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie dans le processus d'adoption des lois du pays, Christelle DENAT

La place du gouvernement calédonien dans la procédure législative, Robert BERTRAM

Le contrôle de la loi du pays, Carine DAVID

Quelles réformes du régime contentieux des « lois du pays » de la Polynésie française ?, Stéphane DIEMERT

Le nouveau Haut conseil de la Polynésie française, Hervé Raimana LALLEMANT-MOE

La loi du pays, loi matérielle : un domaine matériel en mouvement

Bilan de 15 ans de lois du pays, Vidjaya TIROU.

Des domaines d'intervention privilégiés

La loi fiscale du pays de Nouvelle-Calédonie au regard de la loi fiscale nationale : entre identité et spécificité, Jocelyn BÉNÉTEAU ;

15 ans de la loi du pays : De la naissance à l'émancipation du droit du travail calédonien !, Nadège MEYER ;

Relations collectives du travail et autonomie législative : des lois du pays pour quoi faire ?, Laure CHARLIER.

Des domaines en souffrance

La loi du Pays et la Coutume, Thierry XOZAME

Lois du pays en matière de santé publique : une compétence à conquérir, Guylène NICOLAS

Loi du pays et signes identitaires en Nouvelle-Calédonie, Guy AGNIEL

Perspectives d'évolution du domaine législatif en Nouvelle-Calédonie

L'avènement d'un droit civil calédonien, Sandrine SANA-CHAILLE DE NÉRÉ

La loi du pays en droit commercial : mythe ou réalité ?, Nancy TAGLIARINO-VIGNAL

La loi du pays fera-t-elle la « constitution civile de la Nouvelle-Calédonie » ?, Isabelle DAURIAC

« *Les lacunes du domaine matériel de la loi du pays : l'exemple du droit de l'environnement* », Victor DAVID

Lois du pays, droits fondamentaux et unité de l'État, Ornella SEIGNEURY

Il n'en reste pas moins qu'une question reste posée : compte tenu du scrutin d'autodétermination annoncé, quel est l'avenir de cet ouvrage ? Chant du cygne ou point d'étape ?

Car si le processus de l'Accord sur la Nouvelle-Calédonie va à son terme, il peut y avoir accès de la Nouvelle-Calédonie à la souveraineté ; on voit mal, alors, le nouvel État conserver un mécanisme qui est prévu comme transitoire et qui fait intervenir le Conseil d'État et le Conseil Constitutionnel de la République française.

En revanche, si l'issue des referenda se révèle négatif, l'Accord prévoit que :

« Les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée.

Tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée, l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette « irréversibilité » étant constitutionnellement garantie »⁴.

On n'épiloguera pas sur la formule « tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée », qui dénote la volonté des rédacteurs d'amener la Nouvelle-Calédonie à l'indépendance ; laissons-la à la sagesse (présumée ?) des hommes et des femmes politiques locaux.

La conclusion d'un nouvel accord, qui paraît être la probabilité la plus logique, permettrait cependant de laisser en vie la loi du pays.

De toute façon, dans un cas comme dans l'autre, cet ouvrage restera une référence, ayant pleinement sa place dans toute bonne bibliothèque de droit constitutionnel.

4 Accord sur la Nouvelle-Calédonie, signé à Nouméa le 5 mai 1998, article 5, alinéas 3 et 5.

PRÉAMBULE

Carine DAVID

*Maître de conférences en droit public, Habilitée à diriger des recherches,
Université de la Nouvelle-Calédonie*

Un peu plus de dix ans après ma soutenance de thèse sur la loi du pays calédonienne⁵ et quelques huit années après la parution de sa version remaniée « Essai sur la loi du pays calédonienne – La dualité de la source législative dans l'État unitaire français »⁶, il me paraissait intéressant de dresser un bilan de l'action législative du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, au moment où la période d'application de l'accord de Nouméa, acte de naissance de la loi du pays, arrive bientôt à son terme.

Ce bilan a pour objectif de s'interroger sur l'appropriation par les élus de la Nouvelle-Calédonie de l'instrument normatif mis à leur disposition dans le cadre de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998. En effet, l'un des objectifs de cet ouvrage collectif est de déterminer si l'attribution d'un pouvoir législatif à l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie s'est traduit par une évolution dans la prise de décision locale, tant dans sa forme que sur le fond.

Dès lors, il a été décidé de procéder à cette étude en reprenant la dichotomie traditionnellement utilisée en la matière entre la loi formelle et la loi matérielle.

D'un point de vue formel, la loi du pays répond-elle, au regard de sa pratique, aux modalités procédurales généralement imposées à une norme de rang législatif ? Il s'agit donc dans une première partie d'analyser dans quelle mesure la procédure d'adoption de la loi du pays a induit une pratique parlementaire digne du rang de la norme octroyée à la Nouvelle-Calédonie. Sont ainsi explorées un certain nombre de questions telles que les changements procéduraux induits par l'exercice d'un pouvoir législatif, le rôle des différentes institutions intervenant dans le processus d'adoption des lois du pays ou encore le contrôle de la loi du pays par le Conseil constitutionnel.

D'un point de vue matériel ensuite, les conseillers de la Nouvelle-Calédonie se sont-ils appropriés la norme en exploitant l'autonomie accrue induite par sa place dans la hiérarchie des normes locales ? Cette étude du domaine matériel de la loi du pays a été appréhendée en plusieurs temps. Il a tout d'abord été question de s'intéresser aux compétences transférées dès le début de la mise en œuvre du statut institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, issu de l'accord de Nouméa. À cet égard, il paraît en effet assez évident que l'étude de l'intervention du Congrès de la Nouvelle-Calédonie

5 Carine GINDRE DAVID, *La loi du pays calédonienne, témoin de la mutation de l'État unitaire français*, Thèse de doctorat soutenue le 4 juillet 2005, Université Paris 1, sous la direction des professeurs Jean Gicquel et Guy Agniel.

6 Carine GINDRE-DAVID, *Essai sur la loi du pays calédonienne – La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, éd. L'Harmattan, 2008, 700 pages.

dans les domaines privilégiés de la loi du pays (le droit fiscal et le droit du travail) permet d'entrevoir une maturité du législateur local qui, de plus en plus, s'émancipe du cadre national. Au contraire, d'autres domaines paraissent peu exploités, soit que le législateur local se soit contenté de reproduire le modèle national, sous réserve de quelques adaptations, soit qu'il ne se soit pas emparé de la compétence. Par ailleurs, il semblait nécessaire de s'intéresser à la potentialité du domaine matériel de la loi du pays. Celle-ci a tout d'abord vocation à s'exprimer dans le cadre de compétences substantielles récemment transférées : le droit civil et le droit commercial ne sont tombés dans l'escarcelle de la loi du pays qu'en juillet 2013. Il est par ailleurs apparu intéressant de se pencher sur l'extension potentielle du domaine de la loi du pays, au-delà de l'article 99 actuel de la loi organique statutaire qui définit le domaine matériel de la norme législative locale.

Bien sûr, ce bilan ne prétend pas à l'exhaustivité. Certains aspects auraient pu être évoqués ; ils ne le sont généralement pas faute d'avoir pu mobiliser des contributeurs à même d'apporter les éléments nécessaires au traitement de questions spécifiques.

Cet ouvrage collectif vise seulement à éclairer la réflexion sur la loi du pays, comme contribution à la réflexion plus globale en cours dans le cadre de la période de transition institutionnelle actuelle, du fait de l'arrivée à échéance de la période de vingt années de l'application du statut issu de l'accord de Nouméa.

À l'issue de la lecture de cet ouvrage, il reviendra aux lecteurs de juger si la loi du pays a su acquérir ses lettres de noblesses, à un moment où elle a vocation, comme le soulevait justement Guy Agniel dans sa préface, à devenir un outil normatif pérenne dans une collectivité dotée d'une autonomie politique sans précédent dans l'histoire constitutionnelle de la France ou à muter en une loi nationale, selon le résultat du referendum d'autodétermination qui doit avoir lieu d'ici le mois de novembre 2018.

En tout état de cause, il nous apparaît que la loi du pays se situe sur les chemins de la maturité...

COMITÉ SCIENTIFIQUE DE L'OUVRAGE

Le comité scientifique de l'ouvrage est composé de :

Jean Courtial, *Conseiller d'État, Membre de la mission d'expertise sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie,*

René Dosière, *député, auteur de nombreux rapports parlementaires sur la Nouvelle-Calédonie,*

Jean-Yves Faberon, *Professeur honoraire de droit public, Aix Marseille Université*

Régis Fraisse, *Conseiller d'État, Professeur associé en droit public, Université Jean Moulin Lyon 3*

Jean Gicquel, *Professeur émérite en droit public, Université Paris 1*

Ferdinand Mélin Soucramanien, *Professeur en droit public, Université Bordeaux Montesquieu, Membre de la mission d'expertise sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie,*

INTRODUCTION HISTORIQUE

De la question de la représentativité d'un « peuple citoyen » en Nouvelle-Calédonie. Retour sur l'histoire.

Isabelle MERLE

Chargée de recherche

Aix Marseille Université,

CNRS, EHESS, CREDO UMR 7308,

La Nouvelle-Calédonie, devenue colonie française en 1854, connaît depuis 130 ans, le principe de l'élection d'une assemblée représentative. Le Conseil général, créé en 1885, opéra jusqu'en 1940. Suspendu pendant la guerre et remplacé par un Conseil d'administration, il reprit ses activités entre 1944 et 1957. Sa durée d'exercice fut donc de 68 ans bien plus longue que ne le furent les assemblées qui lui succédèrent. Aboli dans le contexte de la loi-cadre Defferre, le Conseil général céda la place à l'Assemblée Territoriale en 1957 qui se transforma en Congrès du Territoire en 1985 puis en Congrès de la Calédonie en 1999.

On pourrait voir ici les étapes d'une longue histoire « démocratique » calédonienne surtout si l'on retient l'étonnante description que donne Georges Coquilhat du Conseil général dans l'ouvrage 101 mots pour comprendre l'histoire de la Nouvelle-Calédonie. Il s'agirait selon lui d'une assemblée « élue au suffrage universel » et participant à un train de mesures « libérales », s'inscrivant « en droite ligne dans l'évolution vers plus de démocratie où la III^e République engageait la France. »⁷.

On sait, cependant, que le « suffrage universel » et « l'évolution vers plus de démocratie » sous la III^e République en colonie, présentaient de sérieux biais puisqu'il ne s'agissait que d'une représentation très restreinte des seuls citoyens français jouissant pleinement de leurs droits civiques ou en d'autres termes de celle d'une minorité agissante au sein d'une majorité passive composée d'indigènes, Kanak ou assimilés (Tonkinois, Javanais, Néo-Hébridais principalement), de condamnés ou libérés privés de leurs droits civiques et étrangers (européens, japonais ou autres).

Ce n'est qu'à partir de 1957, que l'Assemblée Territoriale de la Nouvelle-Calédonie peut se targuer de représenter véritablement l'ensemble la population dite calédonienne - hommes et femmes, Kanak, non Kanak - à laquelle est étendu le principe de la citoyenneté active à partir du moment où ces derniers ont la nationalité française par naissance ou par acquisition.

La date de 1957 marque ainsi la fin d'un clivage impérial essentiel qui distinguait jusque-là, parmi les Français aux colonies, deux catégories, les citoyens d'une

7 Georges Coquilhat, « Le Conseil Général », in *101 mots pour comprendre l'histoire de la Nouvelle-Calédonie*, Édition îles de Lumière, 1997.

part et non citoyens ou sujets, d'autre part. Est substitué au critère de la citoyenneté, celui de la nationalité pour participer pleinement aux affaires de la cité dans les colonies comme en métropole. Tout Français est citoyen et tout citoyen est Français conformément au principe acquis dès le XIX^e siècle en France métropolitaine. On assiste alors à « une refondation » du « peuple citoyen » en Nouvelle-Calédonie, mais une question demeure : où commence et où finit ce « peuple citoyen » calédonien ?

Nous voudrions revenir, ici, sur quelques aspects méconnus de l'exercice de la « démocratie » en Nouvelle-Calédonie en « situation coloniale » en prenant volontairement le pari d'un paradoxe. Car au fond peut-on parler de démocratie dans un tel contexte comme le fait Coquilhat qui semble admettre sans les discuter les principes d'exclusion que sous-tendait l'organisation pratique d'une vie politique dans les colonies françaises et en Nouvelle-Calédonie. Il est vrai que la Nouvelle-Calédonie, portant dès son origine une vocation de peuplement français, fut dotée précocement d'une assemblée élue qui, par le fait même, donna naissance à un corps électoral restreint aux colons et citoyens. En s'y intéressant plus précisément, on voudrait revenir aux fondements de cette première expression politique calédonienne qui eut tant de mal à admettre le principe de l'égalité de la représentativité et l'ouverture du vote pour tous.

I. De la représentativité en contexte colonial : aux origines du Conseil général

La Nouvelle-Calédonie, à peine annexée par la France, en 1853, est déjà pensée comme une colonie de peuplement et se pose donc très précocement la question de la représentation d'un colonat naissant. Dès 1855, alors que le premier gouverneur de la Nouvelle-Calédonie, Du Bouzet procède à la création d'un Conseil d'administration, ancêtre du Conseil privé, il prévoit d'y associer deux membres de la société civile, nommés parmi les citoyens français de la colonie. L'Amiral Guillain héritant de l'institution imagine y adjoindre un « conseil consultatif » élu pour représenter les colons, mais il y renonce rapidement tant son opinion sur ces derniers est désastreuse. « Les électeurs », écrit-il en 1867, ne trouveraient pas huit sujets ayant l'intelligence pratique nécessaire pour un pareil mandat et disposés à y donner leur temps même pour une courte session annuelle.⁸

Une première pétition, pourtant, adressée le 20 mars 1873 à la Chambre des députés et signée par des citoyens français, colons ou commerçants, réclame « un conseil colonial » pour fixer la base des impôts et être consulté sur l'usage des fonds. Si aucune réponse immédiate n'est donnée sur ce point, un Conseil municipal est créé en 1874 à Nouméa, qui regroupe alors l'essentiel de la population européenne, sur le principe de la nomination. Car le nombre d'étrangers parmi les colons et par voie de conséquence le nombre fort restreint des électeurs potentiels décourage le gouverneur.

Une nouvelle pétition est signée en 1876 par 150 habitants de Nouméa pour réclamer la constitution d'un Conseil général élu sur le modèle de ceux qui fonctionnent

⁸ Lettre adressée au directeur des Colonies, Nouméa, 10 septembre 1867, CAOM, Série Géographique, 166, citée in Pierre Gasher, *La belle au bois dormant. Regard sur l'administration coloniale en Nouvelle-Calédonie, 1874-1894*, publications de la SHNC, n° 8, 1975, p. 103.

à la Réunion, Martinique et Guadeloupe et un Conseil municipal élu à Nouméa.⁹ Le gouverneur Prizbüer s'oppose à l'initiative et ordonne auprès du commissaire de police une enquête de moralité sur les pétitionnaires. « Il ne faut pas se dissimuler », écrit ce dernier, « que ce qu'on appelle la population libre se compose à peu d'exceptions près de gens tarés à un degré quelconque et que, chose remarquable, ce ne sont pas les moins tarés qui se donnent le plus d'importance et veulent être les plus gros personnages ».¹⁰ Le gouverneur ne voit que 25 à 30 personnes dignes de confiance dans la liste des pétitionnaires, chiffres que le commissaire accepte de monter à 80 « les autres n'émanant que d'individus malhonnêtes ou sans surface sociale. »¹¹ Il dénonce les signatures qui n'ont aucune valeur faites par des employés sur injonction de la maison de commerce qui les emploie. Sont traités de « peu ou pas de valeur », celles émanant d'étrangers, celles émanant d'individus « de moralité douteuse » ou « d'une faible intelligence » ou ce qui ont un emploi subalterne. Parmi celles « jugées à peu près acceptables » par le commissaire, on reconnaît quelques noms parmi un petit monde de commerçants, propriétaires, briquetiers, employés aux greffes, boulangers, capitaines au long cours et quelques conseillers municipaux.

La pétition transite jusqu'à la Chambre des députés qui, ne sachant répondre, renvoie l'affaire devant le ministre de la Marine et des Colonies. Celui-ci propose de s'en tenir à l'instauration à Nouméa d'un Conseil municipal élu sur consultation des seuls citoyens français (à l'exclusion des étrangers dont il craint l'influence). Nouméa est constituée en « commune de plein exercice » en 1879 et certains centres de brousse en commissions municipales. Les premières élections municipales sont organisées au cours de l'année et Nouméa porte à sa tête en qualité de maire, Jean-Baptiste Dézarnaulds. Le projet de Conseil général est reporté, mais revient sur le bureau du ministre sous la pression d'une nouvelle pétition soutenue par quelque 160 signatures qui lui est directement adressée en mars 1881. Dézarnaulds en tête est suivi cette fois de noms qui apparaîtront au Conseil général dans vingt années suivantes à un moment ou à un autre, Bourdinat, entrepreneur, Brun, charpentier de marine, Boutan, éleveur, Devambez, négociant, Escande, éleveur, Huët, tourneur, Leconte, éleveur. Tous les signataires sont évidemment des « hommes libres » sauf un, Lebrou qui est une remarquable exception, condamné et libéré du bagne « en instance de réhabilitation »¹².

La motivation poursuivie par ces signataires est d'obtenir la présence d'un député au Parlement français et de contrôler les dépenses sur un budget colonial que l'on dit alimenté par les impôts divers prélevés sur les contribuables, ce que le gouverneur réfute arguant que l'État en réalité contribue directement ou indirectement pour moitié au budget de la colonie en soutenant l'économie via les dépenses liées au bagne et à la fonction publique. Le ministre est conscient de la spécificité de la Nouvelle-Calédonie en tant que colonie pénitentiaire et entend surtout limiter les prérogatives d'une assemblée locale qui ne saurait s'immiscer dans « l'exécution de la loi pénale » dont le département des colonies entend avoir l'absolue maîtrise. Le ministre souhaite

9 La pétition réclame aussi la création d'un tribunal supérieur et d'un tribunal de première instance et la promulgation dans la colonie de la législation métropolitaine sur la presse, *ibid.*, p. 106.

10 *Ibid.*, p. 107.

11 *Ibid.*

12 Liste des pétitionnaires, 1881, CAOM, Série Géographique, Carton 207.

aussi limiter la surreprésentation des notables de Nouméa par rapport aux colons de l'intérieur.

Fort de ces principes, le gouverneur accepte en 1882 la création « d'un Conseil colonial » sur le modèle de ceux existant en Guyane et Cochinchine¹³, mais insiste sur la nécessité de contenir les attributions de ce conseil colonial en fonction « de l'intérêt parallèle de la transportation et de la population indigène »¹⁴. Aucune discussion n'est tolérée sur l'attribution de 110 000 hectares au domaine pénal (officialisé en 1884) et le fonctionnement de l'assemblée est strictement contrôlé : les séances ne seront pas ouvertes au public, les procès-verbaux visés par le gouverneur ainsi que leur publication au motif de « la nécessité d'assurer plus que partout ailleurs, le respect de l'autorité dans une colonie composée d'éléments aussi divers »¹⁵.

La défiance à l'égard de la représentation locale est finalement levée dans les trois années qui suivent. Le décret du 19 octobre 1883 accorde à la Nouvelle-Calédonie le droit d'élire un délégué au Conseil Supérieur des Colonies (et non un député) et la première élection « générale » sur l'ensemble de l'île a lieu le 9 mai 1884 et mène à la victoire de Léon Moncelon contre le maire de Nouméa, Dézarnaulds. Le Conseil général est, quant à lui, créé par décret, le 2 avril 1885. Il est élu pour six ans et renouvelable par moitié tous les trois ans, composé de seize membres représentant six circonscriptions électorales (cinq sur Nouméa et trois dans le premier arrondissement, deux dans les quatre autres). La première élection a lieu en juillet 1885.

Ne sont appelés aux urnes que les hommes de nationalité française, dotés du plein exercice de leur droit de citoyen et donc de condition libre, soit un total de 1209 inscrits sur les listes électorales pour une population totale estimée à 52 385 personnes dont 9061 sont cataloguées comme « blanches et libres » auxquels s'ajoutent 7 477 individus d'origine pénale et exclus du vote, 1 825 immigrants sous contrat et quelques 41 874 « indigènes de tribus ». Le corps électoral représente alors 0,002 % de la population totale de la colonie.

Parmi les premiers élus, on voit clairement émerger des figures issues d'un colonat entrepreneurial en train de constituer un capital financier dans le commerce, par l'acquisition de terres ou de titres miniers¹⁶. Certains sont dotés d'un haut capital scolaire. C'est le cas de Jean-Baptiste Dézarnaulds (1826-1909), fils de notaire et avocat de profession ayant rejoint la Nouvelle-Calédonie en 1859 via la Californie et suite à des ennuis politiques. Membre nommé au Conseil municipal de Nouméa, il devient maire entre 1879 et 1882 puis membre du Conseil général de 1885 à 1900, date de sa mort, avec deux fois la fonction de président. Outre l'exercice de sa profession d'avocat, il possède des propriétés à la Ouaménié et à Tiaré et devient membre de la Compagnie Calédonienne des Nouvelles-Hébrides lancée par l'entrepreneur Higginson. Pierre Isaac Puech est un simple commerçant à l'origine, accusé d'avoir participé à l'évasion de Rochefort et expulsé en 1874 de la colonie pour revenir en 1879

13 Note du sous-secrétaire d'État aux Colonies, février 1882, CAOM, Série géographique, carton 210.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 Nouméa : Dezarnaulds, Violette, Delabaume, Simon, Tauveron. 2^e arrondissement : Brun, Bouscarel, De Greslan. 3^e arrondissement : Evain, Maurin. 4^e arrondissement : Escande, Pezron. 5^e arrondissement : Leconte Revercé, Pelatan, Servet.

où il est successivement conseiller municipal et membre du Conseil général jusqu'en 1900. Lui aussi est lié à la Compagnie Calédonienne des Nouvelles-Hébrides. On y trouve aussi Gratien Brun (1835-1891) qui devient l'un des plus grands propriétaires de la colonie, possédant notamment 13 000 hectares à Oua Tom et Popidéry et 16 000 hectares à Cap Goulvain. Ou encore Evenor De Greslan (1839-1900), colon sucrier de la Réunion, propriétaire d'un domaine à Nimba, François-Abel Bouscarel, éleveur à Païta que l'on retrouve encore membre du Conseil général en 1890, Louis Pelatan (1855-1907), ingénieur des mines et placé au service d'Higginson pour la prospection minière. Certains ont laissé suffisamment de traces en Nouvelle-Calédonie pour être repérés par le Père O'Reilly dans son dictionnaire biographique¹⁷, mais d'autres restent anonymes. Tous, cependant, appartiennent à l'élite locale naissante qui fait fructifier ses avoirs et accède aux marches les plus hautes des affaires politiques locales ; élite qui se renouvelle au cours des décennies suivantes, mais constitue le groupe très fermé des « gros » selon la formule consacrée dans la Nouvelle-Calédonie d'avant-guerre. On peut évoquer ici des figures plus tardives. Charles Devambeze, possédant une propriété de 10 000 hectares à Ouitchambo, très proche du gouverneur Feillet, membre du Conseil général pendant une dizaine d'années entre 1896 et 1910, Henri David (1862-1942), colon Feillet dans la vallée de la Négropo, membre du Conseil général entre 1921 et 1940, opposant au gouverneur Guyon, Rordorf, fondateur et directeur de la caisse d'épargne qui siège onze ans à partir de 1925.

II. Le maintien d'un corps électoral restreint

Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, le Conseil général représente une oligarchie coloniale élue sur le principe d'une base électorale très étroite. En 1897, le corps électoral atteint le chiffre de 1 874 électeurs pour une population totale de 52 847 habitants dont 12 083 Français d'origine libre, 9 908 condamnés et libérés et 27 768 Kanak dont la population subit une dramatique chute démographique. À cela s'ajoutent 3148 immigrés sous contrat.

La population pénale de la colonie baisse progressivement dans les années qui suivent passant de 5 180 en 1911 à 2 310 en 1921 pour disparaître des recensements à partir de 1931. Parallèlement la population blanche d'origine libre progresse, 13 138 en 1911, 17 178 en 1921, 15 200 en 1931 et 18 100 en 1936 et le corps électoral absorbe progressivement les fils des condamnés, d'origine pénale, mais de condition libre et donc citoyens pleins et entiers pour atteindre en 1945 le chiffre d'environ 8 000 électeurs pour une population totale de 62 500.

La base électorale calédonienne sous la période coloniale reste très limitée symbolisant le privilège que constitue le fait d'appartenir à la catégorie des citoyens actifs, seuls habilités à élire leurs représentants parmi leur étroite communauté pour gérer les affaires de tous au niveau municipal et territorial. Pendant plus de 68 ans, aucune remise en cause n'est faite de ce mode de représentativité redoutablement inégalitaire, mais la question, cependant, affleure épisodiquement.

En 1886, le directeur de l'intérieur, nouvellement arrivé de Tahiti, ose évoquer dans une séance du Conseil général les droits électoraux dont bénéficient les anciens sujets du Royaume de Pomaré auxquels la France a accordé le statut de citoyen. La

¹⁷ Patrick O'Reilly, *Calédoniens, Société des Océaniste*, Musée de l'homme, Paris, 1980.

discussion est engagée à propos de la mise en place de l'impôt de capitation réservé aux seuls indigènes. Or on le sait, le paiement de l'impôt a longtemps été, en France comme ailleurs en Europe, le critère d'attribution de la citoyenneté active. Et certains craignent que l'imposition de cette taxe aux indigènes donne des arguments dans ce sens (soutenus par les missions catholiques par exemple¹⁸). C'est « sur le ton de la plaisanterie » que De Greslan propose « le droit de vote aux indigènes », mais à la grande surprise des membres du Conseil général, la proposition reçoit l'écoute du directeur de l'intérieur.

Le journaliste de *L'Indépendant* qui relate le débat met en garde le directeur de l'intérieur « récemment arrivé de Tahiti, où les indigènes sont parvenus, dit-on à un certain degré de civilisation [...] contre les tendances d'assimilation qui pourraient avoir des conséquences fâcheuses pour le pays qu'il administre aujourd'hui. »¹⁹. « Lorsque M. le Directeur de l'Intérieur aura parcouru la colonie, qu'il aura visité les tribus [...] alors, il changera certainement d'opinion ; il verra l'abîme qui existe aujourd'hui entre l'indigène et le colon, il comprendra combien il serait [dangereux] d'accorder la qualité d'électeur à des hommes qui sont encore nos ennemis. »²⁰. Référence est faite à l'insurrection de 1878 et aux victimes qui ont servi « les féroces appétits de ces mangeurs de chair humaine. ». « Donner le droit de vote aux canaques, tels que nous les connaissons aujourd'hui ! Mais ce serait le renversement du sens commun ! Le dernier paysan de France, quand il va voter, a encore une idée de ce qu'il fait ; il sait ce qu'est un Conseil général, un Conseil municipal, un maire. Allez en demander autant à un canaque ! Demandez-lui seulement [...] s'il est Français. Il n'y en a pas un qui soit capable de répondre à cette question [...] même ceux de la mission, à qui l'on a appris force cantiques et prières, mais qui n'ont certes pas la moindre notion de la grande patrie qui les a admis dans son sein. Demandez-le surtout aux indigènes protestants des Loyalty. Ceux-là sont plus dégourdis que les autres. Ils vous répondront carrément : I am English ! Voilà nos futurs électeurs. »²¹

La question du droit de vote pour les indigènes revient dans le cours de la guerre de 14-18 lorsqu'il s'agit d'enrôler les Kanak en tant que « volontaires » pour le front. Parmi les promesses non écrites qui leur sont faites, promesses de médailles, suppression de l'impôt de capitation, emplois réservés après guerre, lots de terre en pleine propriété dans les lotissements de la colonisation, il y a aussi l'octroi de la citoyenneté française aux anciens combattants. Maurice Leenhardt qui pousse à l'enrôlement dans les tribus protestantes est prudent comme en témoigne une lettre qu'il écrit à ses parents le 31 janvier 1916 :

18 C'est du moins ce qu'affirme le journaliste du journal *L'Indépendant* dans son article publié le 6 novembre 1886 sous le titre « Le droit de vote aux indigènes » : « Pendant la dernière session du Conseil général, je causais avec un membre de la droite du projet de taxe sur les indigènes et je lui disais : je sais pourquoi la Mission n'est pas opposée à la taxe. C'est parce que, le jour où les indigènes auront payé la capitation, on en profitera pour demander qu'ils soient électeurs. La Mission espère, par ce moyen, obtenir une grande majorité dans le pays ; mais elle se trompe. Les indigènes protestants, qui ne marcheront certainement pas avec elle, sont plus nombreux que les catholiques. », « Le droit de vote aux indigènes », in *L'Indépendant*, 6 novembre 1886.

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

« On a dit aux Canaques : vous serez comme les Blancs. Je leur prêche “vous aurez participé à la victoire et vous aurez par là une dignité nouvelle qui vous accrédi-tera auprès de la France”. C’est plus vague que ce que leur disent les Blancs, c’est plus exact aussi. »²²

Mais le fait est que l’idée circule suffisamment pour apparaître comme sujet de rédaction dans une école missionnaire catholique qui forme des jeunes d’une ving-taine d’années, le mardi 2 décembre 1919²³ :

« Quelques-uns des indigènes voudraient faire des citoyens ou quelque chose d’approchant.

1. Quels seraient pour vous les avantages d’une pareille situation ?
2. Quels en seraient les inconvénients ?
3. Si l’on vous demandait de choisir. Que choisiriez-vous ? ».

Les quelques copies dont on dispose donnent pour réponse unanime « je veux être indigène » car la citoyenneté dans l’esprit de ces jeunes kanak est associée à l’obligation d’aller à la guerre, à la crainte de ne plus pouvoir aller à la messe ou à l’école de la mission, à la crainte plus étonnante de l’endettement et d’être dans l’obligation de payer des crédits.

Ceux-là mêmes dont les parents ou grands-parents ont été refoulés sur des terres de réserve observent peut-être avec inquiétude la situation dans laquelle se trouvent certains colons de leur voisinage qui bataillent contre une accumulation de dettes contractées auprès des grandes maisons de commerce de Nouméa au risque de perdre leurs propriétés. La citoyenneté leur apparaît alors comme un risque. En revanche, ils savent que celle-ci confère des libertés dont ils sont privés en tant qu’indigènes : la liberté de circulation, la liberté d’acheter des fusils ou de l’alcool. Ce sont du moins parmi les multiples obligations ou interdictions liées au régime de l’indigénat, celles qui semblent le plus peser sur la vie quotidienne de ces jeunes Kanak en 1919.

Les promesses d’octroi de la citoyenneté, si tant est qu’elles aient eu une quel-conque réalité, ne vont pas être honorées après la guerre de 1914 et il faut attendre en fait, 1932, pour que soit promulgué en Nouvelle-Calédonie l’arrêté « relatif à l’acces-sion des indigènes à la qualité de citoyen français »²⁴. La Nouvelle-Calédonie est ainsi la dernière des colonies françaises à ouvrir une porte aux indigènes vers la citoyen-neté²⁵, « s’ils savent lire et écrire le français, s’ils ont servi la France pendant plus de 10 ans, dans l’armée de terre, de mer ou dans la fonction civile ou s’ils ont été décorés pour des faits exceptionnels ou qu’ils ont reçu la Légion d’honneur, ou qu’ils ont un

²² Sylvette Boubin-Boyer, *De la première guerre mondiale en Océanie : les guerres de tous les calédoniens*, Presses universitaires de Septentrion, 2003, p. 338.

²³ Copies trouvées dans les archives missionnaires des Pères Maristes, AAN 337.131.2.

²⁴ Décret du 3 septembre 1932 sur l’accession des indigènes à la qualité de français promulgué par arrêté du 18 octobre 1932, JONC, 5 novembre 1932.

²⁵ Cette porte étroite vers la citoyenneté a été ouverte en Algérie en 1865, en 1909 à Madagascar, 1912 en Afrique-Équatoriale française (AEF), 1913 en Indochine, 1918 en Afrique-Occidentale française (AOF) et 1921 dans les établissements français d’Océanie (EFO).

diplôme du secondaire ou le brevet du primaire supérieur, ou encore qu'ils sont mariés à une française dont ils ont un enfant, ou enfin qu'ils sont anciens combattants de la guerre de 14-18. »²⁶

À notre connaissance, aucune liste n'existe des Kanak qui auraient demandé l'accès à la citoyenneté après 1932. On peut légitimement s'interroger sur la réalité de la diffusion d'une telle information dans les tribus et sur l'intérêt qu'elle suscita parmi le petit nombre de Kanak qu'elle concernait de fait. Il faut rappeler que l'accession à la citoyenneté française était alors conditionnée par l'abandon du statut personnel et l'adoption du Code civil ce qui n'avait pas forcément de sens pour les Kanak dans les années 1930.

Une remarquable pétition écrite le 11 mai 1943 par le moniteur Cyprien Braïno, chef de Petit Coulis, au nom de 68 tirailleurs du Bataillon du Pacifique basés alors au Caire, est adressée au Gouverneur de la Colonie et au Gouverneur général Joseph Eboué²⁷. Elle exprime pour la première fois une demande explicite d'égalité des droits entre population kanak et population européenne en Nouvelle-Calédonie. Les pétitionnaires rappellent les efforts et souffrances de leurs pères et le traitement qui leur a été réservé jusqu'ici : l'engagement volontaire des anciens dans le premier conflit mondial, les réquisitions et prestations pour les services publics, les travaux chez les colons pour les récoltes ou autres, le paiement régulier de l'impôt de capitation, la construction des écoles de mission aux frais des tribus, l'acceptation de salaires très inférieurs à ceux des Européens pour un travail similaire, les règles de l'indigénat. Ils exigent la liberté de circulation, le développement des constructions d'écoles et dénoncent l'inégalité des prêts accordés aux soldats démobilisés (les prêts accordés aux tirailleurs étant deux fois et demie inférieures à ceux accordés aux soldats d'origine européenne), l'inégalité des secours apportés aux femmes mariées à des Japonais internés (réservés aux seules européennes mariées à des Japonais, refusés aux femmes indigènes) et la priorité des soutiens financiers réservés aux enfants des mobilisés européens.

« Puisque Monsieur le Gouverneur, nous défendons la devise de notre drapeau qui est Liberté, Égalité, Fraternité, pourquoi ne pas nous faire profiter de ces droits ».

On notera qu'aucune allusion n'est faite explicitement à l'octroi de la citoyenneté et à l'accès au droit de vote. En 1943, l'heure n'est pas, semble-t-il encore venue pour une telle revendication, mais elle viendra bientôt car Cyprien Kawa Braïno s'élèvera dans les années cinquante contre les restrictions électorales maintenues indûment à l'encontre des Kanak.

²⁶ Copies trouvées dans les archives missionnaires des Pères Maristes, AAN 337.131.2. Décret du 3 septembre 1932, *JONC*, 5 novembre 1932.

²⁷ Lettre rédigée par Cyprien Kawa Braïno, signée par 68 tirailleurs du Bataillon du Pacifique, le 11 mai 1943, du Caire, rééditée in Alban Bensa, *La Nouvelle-Calédonie. Vers l'émancipation*, Gallimard, Découverte, Paris, p. 152-153.

III. Le véritable ennemi d'une oligarchie. L'administration française et ses représentants

Le droit de vote accordé aux Kanak reste tout au long de la période coloniale en Nouvelle-Calédonie une sorte d'impensé pour les Kanak eux-mêmes, mais plus encore pour les membres du Conseil général qui sont, à l'évidence, convaincus du bien-fondé de leurs prérogatives et habités par un tenace sentiment de supériorité.

L'assemblée locale a pour mission essentielle le vote du budget de la colonie dont une partie s'impose à elle sous la dénomination des « dépenses obligatoires » présentées par le directeur de l'intérieur. Les dépenses facultatives peuvent être seules réduites ou augmentées.

Les élus fixent le budget des communes et statuent sur le tarif des taxes et surtout peuvent proposer de nouvelles contributions, ce qu'ils ne se priveront pas de faire pour ce qui concerne les taxes pesant sur les seuls Kanak comme l'impôt de capitation. Ils délibèrent sur l'ensemble des questions intéressant l'intérêt local qui sont extrêmement variées tels que les travaux à effectuer, la main-d'œuvre, les écoles, le financement à octroyer à la police, aux hôpitaux ou autres établissements publics, les emprunts de la colonie, etc. Ils peuvent organiser des enquêtes et s'adresser directement au gouverneur ou au ministre. Tous vœux politiques, cependant, lui sont interdits. L'Assemblée a l'obligation de voter le budget de la colonie. En cas de conflit, elle peut être suspendue ou dissoute sur arrêté motivé du Gouverneur.

Et cela va arriver à plusieurs reprises. Car le véritable adversaire du Conseil général, tout au long de sa période d'activité, va être l'administration locale.

Comme le rappelle Gasher dans son ouvrage, l'affrontement s'ouvre immédiatement en 1885 alors que les élus refusent d'entériner les 110 000 hectares accordés au domaine pénitencier puis s'opposent au montant imposé des dépenses obligatoires et souhaitent réduire considérablement les dépenses facultatives et en particulier les charges liées à un nombre élevé de fonctionnaires dont la Police que les membres du conseil général refusent de financer car rendue nécessaire, disent-ils, par la présence du bagne.

La crise est telle que le Gouverneur envisage dès 1886 la dissolution, mais craint une réélection à l'identique. Les conseillers généraux réclament à la session ordinaire de 1886 l'élection d'un député et d'un sénateur sur le modèle d'autres colonies et contestent à nouveau le principe des dépenses obligatoires²⁸. Ils discutent pied à pied la proposition du gouverneur Nouët d'instaurer pour les seuls indigènes un impôt de capitation non parce qu'ils en contestent « le but moral et fiscal », mais parce qu'ils craignent des « mouvements chez les indigènes » qui provoqueraient des dépenses supplémentaires. C'est au cours de la séance de novembre 1886 que les tensions s'exacerbent à propos d'une subvention que propose Leconte pour les écoles libres, c'est-à-dire de confessions religieuses. La proposition suscite une telle réprobation

28 DÉZARNAULDS : « [...] le rejet de principe des dépenses obligatoires n'est nullement une plaisanterie. Nous voulons être juge et non pas seulement enregistrer des décisions : le Conseil ne peut admettre qu'on lui demande de voter sur des dépenses dont on ne lui laisse pas la discussion. », Conseil général, Séance du 1^{er} septembre 1886.

parmi les anticléricaux que ces derniers quittent la salle, parmi eux, Dézarnaulds, le maire de Nouméa. À la séance suivante, la même scène se reproduit²⁹.

Le président du Conseil dénonce :

« Ces membres [qui] ont donné le spectacle d'hommes se disant libéraux et républicains, et qui foulant aux pieds le respect de la loi des majorités qui est à la base de toutes les institutions actuelles de la France et la règle de toute assemblée. Le pays appréciera où peut le conduire une telle ligne politique. ».

Le budget n'ayant pas été voté, le gouverneur exerce son droit de dissolution.

On comprend que les lignes politiques sont celles qui clivent des Français en cette fin du XIX^e siècle entre « cléricaux » et « anticléricaux », « Républicains libéraux » ou « Républicains conservateurs » avec, en arrière-fond, les représentants d'une France catholique soutenus par les missions qui ne peuvent directement participer au Conseil général (les ministres des différents cultes ne peuvent être élus) et une présence précoce de Franc-maçons qui tous trouvent échos dans une presse beaucoup plus variée qu'aujourd'hui.

La tension reprend de plus belle sous le gouvernement de Paul Feillet qui exacerbe les oppositions avec des plans de colonisation extrêmement offensifs, coûteux et parfois utopiques du point de vue des colons et très agressifs à l'encontre des Kanak qui se trouvent condamnés à un cantonnement généralisé au point de mobiliser la mission catholique en leur faveur³⁰. Le Conseil général est alors profondément clivé entre les soutiens et les opposants à Feillet et une véritable guérilla s'engage avec, en arrière-fond, un certain nombre d'affaires impliquant la mission mariste dont certaines remontent jusqu'au ministre à propos de l'appropriation des terres kanaks, du refoulement des populations indigènes et de l'implantation inconsidérée de nouveaux immigrants soutenue par une propagande mensongère³¹.

La crise débouche sur la dissolution du Conseil général, le 30 juillet 1896, conduite par le gouverneur Le Fol qui assure l'intérim de Paul Feillet, en congé en France entre le 5 juin 1896 et le 2 juin 1897. Le 6 août 1898, celui-ci écrit au ministre des colonies :

« Cette mesure qui s'imposait par suite de l'impossibilité où se trouvait l'assemblée locale de faire œuvre utile et de discuter autre chose que des intérêts particuliers a été bien accueillie par toute la partie saine de la population, notamment dans la brousse où tout le monde s'inquiétait de l'attitude prise par certains conseillers inspirés par la Mission à l'égard de la colonisation libre. Aujourd'hui les deux parties en

29 *Ibid.*

30 Cf. Affaire Ina-Tiéti pour exemple. Comité de protection et de défenses des indigènes, Spoliations de Nouvelle-Calédonie, Paris, 1901.

31 Isabelle MERLE, « Drawing settlers to New Caledonia : French colonial propaganda in the late nineteenth century » in T. CHAFER and A. SACKUR, *Promoting the colonial idea. Propaganda and Visions of Empire in France*, London, Palgrave, 2002, p. 40-52.

présence, le parti républicain progressiste et le parti qui, sous l'étiquette républicaine cache mal ses tendances réactionnaires et cléricales, sont entrées en lutte. »³²

On trouve d'un côté, les candidats favorables à l'administration et au programme de colonisation libre de Paul Feillet et de l'autre, les partisans de la mission et ceux qui refusent la suspension définitive de la transportation.

Au retour de Paul Feillet dans la colonie, l'affrontement se durcit encore, au point que ce dernier décide le 27 mai 1898 de la modification de la composition du Conseil général qui passera de seize élus pour six circonscriptions à dix-neuf élus pour neuf circonscriptions avec une plus grande représentation des électeurs de brousse. Cette réforme électorale a l'avantage pour lui de minimiser le poids des électeurs de Nouméa et des communes proches au profit de ceux de la Brousse et en particulier des nouveaux centres de colonisation qui sont supposés lui être plus favorables.

Décret du 27 mai 1898	Nouméa et proches communes	Thio, Canala, Kouaoua	Moindou, La Foa, Boulouparis	Houaïlou, Ponérihouen	Népoui, Bourail	Touho, Hienghène	Pouembout, Koné Voh	Nord
1 conseiller par nbre d'électeurs	415	155	339	182	552	66	265	474

Dans une lettre au ministre, Paul Feillet défend sa réforme :

« Il vous paraît peut-être que certaines circonscriptions électorales de la nouvelle subdivision projetée la septième par exemple de Touho à Hienghène compte un nombre bien faible d'habitants libres, 132 au total, pour élire deux conseillers généraux. À cela, je répondrai que la colonisation imminente de ces localités, je pense en effet ouvrir bientôt à Hienghène et Tipindjé des centres de colonisation. »³³.

On se doute que le Conseil général proteste par câblogramme directement auprès du ministre pour dénoncer une décision « si défavorable à la population du chef-lieu », « présentée à la signature du Président de la République sans consultation du Conseil général, sans l'avis du Conseil d'État et du Conseil supérieur des Colonies, à un moment où le ministre Lebon n'était plus que provisoirement chargé des affaires. [...] Ce décret n'est en réalité qu'une arme dirigée contre le Conseil général par M. le Gouverneur Feillet qui ne pardonne pas à l'assemblée locale la résistance qu'elle oppose quelquefois au mode d'exécution de ses projets. ».

32 Le gouverneur Le Fol au ministre, 30 juillet 1896, ANOM, Nouvelle-Calédonie, Série Géographique, C.37.

33 Lettre de Paul Feillet au ministre, 15 mars 1898, *ibid.*

Et le président du Conseil général Leconte de dénoncer les fausses promesses, les plans établis à la va-vite, les dépenses non contrôlées et « le gouverneur qui ne veut pas être contrôlé et fera des promesses à tout-va dans les petites circonscriptions. »³⁴.

Si la réforme électorale est maintenue, les tensions s'apaisent quelque peu avec le départ de Paul Feillet en septembre 1903, mais elles sont loin de disparaître avec la crise économique, agricole et minière qui caractérise cette première décennie du XX^e siècle, la baisse des ressources et la menace de « l'exode » d'émigrants français découragés. L'annonce d'une baisse des subventions accordées par la métropole à la colonie en août 1907 et la demande du ministère d'un remboursement actif des dettes accumulées envers l'État nourrissent en Nouvelle-Calédonie le sentiment que la colonie est abandonnée à elle-même. Parmi les colons libres, émergent alors des idées séparatistes comme en témoigne une pétition qui circule au même moment dans le pays, reproduite par les principaux journaux locaux dont *Le Republicain*, le 7 septembre 1907. Le texte mérite d'être cité largement :

« Nous, soussignés, Habitants de la Nouvelle-Calédonie, [...] attendu qu'en ces temps d'entente cordiale avec l'Angleterre et attendu que les petits cadeaux ont le don d'entretenir l'amitié, nous vous prions de bien vouloir nous donner à l'Angleterre. [...] Les avantages que nous retirerons mutuellement sont très grands. Vous, de votre côté, n'aurez plus à vous occuper de nous, vous ne recevrez plus de réclamations de notre part et nos criailleries ne troubleront plus votre digestion. De notre côté, nous aurons le ferme espoir de recevoir presque de suite notre autonomie, nous verrons notre Administration simplifiée et par contre le nombre de fonctionnaires diminué, et nous pourrions chercher comme nous l'entendrions à nous procurer des ressources par les moyens du Pays ; et cela, sans nous heurter à la grande indifférence et à l'esprit étroit en chose coloniale qui domine au ministère des Colonies en France. »³⁵.

La pétition prend modèle sur l'Australie pour espérer une impulsion industrielle dans le secteur des mines que « nous n'avons jamais connu » et souhaite la liberté pleine et entière de l'usage du budget local.

Dans un article d'opinion, publié le même jour dans le même journal, le signataire, sous le pseudonyme « Brutus », écrit :

« Nous voulons la Calédonie aux Calédoniens. [...] Affirmez hautement et d'une voix si forte qu'elle soit entendue jusqu'à Paris que vous en avez assez, vous, les fils de pionniers qui ont fondé cette colonie d'être traités en petits garçons par des hommes qui n'ont rien de ce qu'il faut pour vous gouverner et dont les actes ont révélé depuis longtemps l'ignorance et l'impuissance. C'est un principe chez les peuples libres que la taxe ne doit être payée que si elle a été votée par ceux qui la payent. Est-ce notre cas ? La Métropole nous impose des charges que nous n'avons pas *librement* votées. Nous Français, fils de Français, nous n'avons pas les mêmes droits que nos concitoyens de France. Pour quelles raisons ? Sommes-nous moins intelligents ? [...] Nous sommes Français et comme tels, nous avons été faits libres par quatre

34 Lettre du Président du Conseil général au ministre des colonies, le 25 juillet 1898, *ibid*.

35 Pétition in *Le Republicain*, 7 septembre 1907, ANOM, Fonds ministériels, 1Affpol/266.

révolutions. Nous réclamons le droit de parler à nos frères de France d'égaux à égaux et non pas de sujets à souverains. »³⁶

Les revendications qu'exprime Brutus ne sont pas nouvelles puisqu'elles ont trait aux dépenses obligatoires que l'État impose, les réticences qu'il émet à l'encontre des multiples demandes d'emprunts et les subventions qu'il réduit. Notons que Brutus, à aucun moment, ne semble s'interroger sur le sens qu'il donne au mot français. Alors que les Canaques sont français par nationalité, ils ne font pas partie à l'évidence des « peuples libres » qui ne payent en principe que les taxes qu'ils ont votées. L'impôt de capitation, mais aussi les prestations en nature qui leur sont imposés par le même Conseil général n'entrent pas en ligne de compte dans la discussion que mène Brutus. Car les « peuples libres » sont citoyens et seuls les citoyens calédoniens peuvent se plaindre d'être traités en sujets par la Métropole.

La crise entre le Conseil général et le gouverneur Richard, successeur de Liotard, atteint son comble en 1908 lorsque celui-ci propose de voter des impôts supplémentaires, taxes de douane, taxes sur les timbres, taxes à la consommation et relèvement de l'impôt de capitation qui sont ajournés par l'assemblée locale *sauf le relèvement de l'impôt de capitation de 10 francs à 15 francs voté à 17 voix contre 5 pour tout indigène de sexe masculin, adulte*³⁷.

Parmi les opposants, Laroque, Leconte, Mialaret, Oulès et Vincent. Et Leconte et Vincent s'élèvent contre l'injustice de la mesure :

« [...] le relèvement de l'impôt que l'on propose n'est pris que dans l'intérêt des contribuables blancs. *In petto*, les indigènes sont mécontents de ce surcroît de taxe, mais ils ne peuvent le déclarer. Je dis donc qu'ils sont attaqués, mais qu'ils ne sont pas défendus. »³⁸

Propos confirmés par Vincent qui note :

« Il est facile d'augmenter de 50 % un impôt qui atteint des gens qui ne figurent pas sur les listes électorales. Il est facile de critiquer dans des séances publiques les seuls impôts nouveaux qui touchent les électeurs et les riches. »³⁹

Le gouverneur Richard est à ce point exaspéré par le Conseil général, qu'il envoie une série de télégrammes à Paris, repris dans une lettre du 23 décembre 1908 à son ministre, pour dénoncer les stratégies de l'assemblée. Celles-ci, écrit-il, consistent à refuser de voter la plupart des taxes nouvelles proposées et de réduire plutôt et « arbitrairement » les dépenses obligatoires accordées au Secrétariat Général, aux Affaires indigènes, au Service Topographique et au service chargé de l'Agriculture, dans un intérêt électoral.⁴⁰ L'Administration, selon le gouverneur :

36 Opinion, in *Le Republicain*, 7 septembre 1907, *ibid.*

37 Cf. Procès verbaux du Conseil général, séance du 28 novembre 1908.

38 Déclaration de Sylvestre Leconte, *ibid.* p. 102.

39 Déclaration de Léon Vincent, *ibid.* p. 103.

40 Lettre adressée par le gouverneur Richard au ministre des colonies, le 23 décembre 1908, ANOM, Fonds ministériels, 1Affpol/266.

« Ne peut consentir [à] continuer les errements qui ont amené [une] accumulation de déficits par [des] prévisions inexécutables. [Le] Conseil général obéit uniquement à des considérations personnelles et entretient l'agitation allant jusqu'[au] séparatisme. [Une] dissolution et [de] nouvelles élections aggraverait la situation sans rien changer, en raison [de] l'état d'esprit du pays ingouvernable dans [les] conditions actuelles. »⁴¹

Richard propose à son ministre l'élaboration d'un décret en urgence qui *supprimer* ni plus ni moins le Conseil général de Nouvelle-Calédonie pour le remplacer, comme à Tahiti en 1903, par un Conseil d'administration composé exclusivement de membres nommés par l'administration et des membres du Conseil Privé⁴². Le ministre répond prudemment à la proposition, mais Richard insiste. Il dénonce le comportement de l'assemblée « entravant la marche [du] service public et ajoute que « d'autres raisons démontrent l'indispensabilité de cette mesure [de suppression], d'enrayer sans retard un mouvement antinational et séparatiste de plus en plus accusé à chaque réunion du Conseil Général. ». Les raisons, pour lui, tiennent à « la composition même du milieu où l'on a eu le tort d'introduire, voici vingt-quatre ans les germes des querelles politiques. Cette société où dominait, numériquement et immoralement, l'élément pénal, aurait eu besoin, la transportation même arrêtée, d'être épurée par plusieurs générations avant de jouir de la plénitude de libertés qui ne sont point accordées à nos compatriotes, cependant d'origine normale, dans les possessions nouvelles. ». En d'autres termes, Richard met sur le compte de la transportation et l'élément pénal « immoraux », les dysfonctionnements qu'il observe au sein d'une assemblée locale pourtant exclusivement composée d'hommes d'origine libre. Se refusant à reconnaître directement la responsabilité de cette élite honorablement connue, il préfère remettre en cause depuis l'origine, la légitimité même de la création d'un Conseil Général en Nouvelle-Calédonie. D'autant qu'il craint le « voisinage éminemment dangereux » de l'Australie, « la seule colonie anglaise dont le loyalisme soit suspecté par le Royaume-Uni (*sic* !). Un courant devait fatalement s'établir entre le continent et notre île, peuplés au début de la même façon, convicts là, forçats ici. ». Et Richard de rappeler « les sympathies confraternelles », « les relations d'affaires incessantes », les « unions familiales et la communauté d'intérêts importants ». « On parle couramment anglais à Nouméa ; les jeunes gens aisés (qui ne sont très probablement pas d'origine pénale) font leurs études à Sydney et bien des Calédoniens ont pour ambitions suprêmes d'aller villégiaturer aux *Blues Montains*. Les uns et les autres reviennent éblouis par le luxe et la vie intense des grandes villes et persuadés que si la Nouvelle-Calédonie faisait partie du *Commonwealth*, ce serait, pour elle et ses habitants, la fortune colossale, immédiate et la transformation magique du chef-lieu, aux maisons basses en bois, couvertes de tôle, et aux rues désertes, en une capitale de marbre où l'or ruissellerait dans des avenir bordés de *buildings*⁴³. « Le mal est ancien et profond » et pour Richard explique « la froideur avec laquelle on avait répondu à mon cri de Vive la France ! », lors de ses premières rencontres avec les

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

corps constitués, « qui n'avait eu qu'un vague écho, de politesse ou de déférence et, non pas d'enthousiasme. »⁴⁴

Pour le gouverneur Brun qui ne reste que deux mois (18 mars/24 mai 1908) dans la colonie entre Liotard et Richard, ce constat s'explique par la naissance d'une « race calédonienne » qui, sous l'influence d'un climat délicieux et d'une natalité européenne très dynamique, progresse étonnamment au point de constituer une population à part, « une race spéciale, mélange de divers éléments ethniques d'origine très dissemblable. Celle-ci côtoie une population Kanak décimée par les maladies et l'alcoolisme « et ne peut avoir avec la race française, dont elle est éloignée, dont souvent les intérêts sont en opposition avec les intérêts calédoniens au point de vue économique, industriel et commercial, [...] que des affinités bien vagues, des communautés de vues passagères ou purement théoriques. »⁴⁵

Un décret de dissolution est effectivement préparé par le ministère en 1908, mais il n'est finalement pas appliqué. Il faut noter que les gouverneurs qui se succèdent de 1905 à 1913 sont confrontés au même type de difficultés ayant le sentiment de faire face à une assemblée qui leur ait globalement hostile et qui procède par une sorte d'obstruction qu'ils dénoncent tour à tour. Si le Conseil général est finalement maintenu après la crise de 1908, les tensions vont se poursuivre avec un appel à manifestation avorté le 28 août 1909 lancé par les membres du Conseil général et du Comité de défense des intérêts calédoniens qui brandissent un projet d'affiche contre les « agissements inqualifiables » de la France provoquant une vive réaction de Richard prêt à user des forces de répression⁴⁶. Ce dernier revient le 1^{er} septembre 1909 sur les dysfonctionnements qu'il a pu observer lors de la session ordinaire, « chaque fois que le secrétaire général a voulu amener le Conseil à rentrer dans la légalité, d'où il prétend sortir, quand il lui plaît, en se basant sur des habitudes qu'il croit plus fortes que tous les décrets ou règlements. C'est surtout aux circulaires ministérielles qu'il en veut. »⁴⁷. Richard souligne que l'assemblée se compose de 18 membres, mais n'a siégé qu'avec 15, 12, 10, 8 et même 6 d'entre eux une partie des séances. Le Conseil général « a-t-il au moins, dans cette session, donné la preuve qu'il serait habile à conduire lui-même les affaires du pays ? Je suis obligé de constater que son mode de travail lui-même quand travail il y a, est absolument inefficace. [...] On distribue bien les affaires entre les bureaux [...], mais ils ne se réunissent que bien rarement pour étudier. On nomme un rapporteur qui, la plupart du temps, ne fait qu'un rapport verbal, et seulement quand il est mis au pied du mur. [...] On occupe son temps dans des discussions sans fin. De temps en temps on règle tant bien que mal une affaire sur rapport verbal. Si le représentant de l'Administration demande la mise à l'ordre du jour d'une question importante, on lui répond que le rapport n'est pas prêt. Les grosses affaires arrivent à être appelées en fin de session : il n'y a que le rapporteur qui les connaisse un peu. [...] Finalement, on déclare que la question trop importante, que les Conseillers en séance sont trop peu nombreux et qu'on n'a plus assez de temps

44 *Ibid.*

45 Rapport politique du gouverneur Brun, avril 1908, ANOM, Fonds ministériels, 1Affpol/266.

46 Lettre du gouverneur Richard au ministre, le 31 août 1909, ANOM, Fonds ministériels, 1Affpol/266.

47 Lettre du gouverneur Richard au ministre des Colonies, 10 septembre 1909, ANOM, Fonds ministériels, 1Affpol/266.

pour la régler. Et l'on renvoie ainsi indéfiniment toute affaire qui n'a pas un intérêt direct touchant à un Conseiller général. Pour celles de cette dernière catégorie, on discute vivement le pour et le contre, l'intéressé lui-même, au lieu de se retirer [...] est le premier à prendre la parole *pro domo sua* en déclarant, sans détour, que personne n'est mieux qualifié que lui, pour être documenté. Un étranger, après avoir assisté un jour à l'une de ces délibérations me disait "Je n'ai jamais vu pareille inconscience de la dignité parlementaire". »⁴⁸ Et Richard découragé, conclut :

« Le Conseil général [...] au lieu d'aider au relèvement économique et financier de la Colonie, ne sera jamais qu'un obstacle contre lequel se briseront toutes les meilleures volontés, tous les efforts d'émanation métropolitaine. »⁴⁹

Richard puis son successeur Brunet vont entrer à nouveau en guerre lorsqu'il s'agira de proposer une prime pour les mères indigènes, de tenter d'organiser l'assistance médicale indigène en 1911 puis de réformer le statut indigène en 1912-1913, réforme en souffrance depuis plusieurs années. La création d'un poste de médecin inspecteur et d'un service d'assistance médicale indigène en janvier 1911 sur l'initiative de Richard qui déplore le manque de médecins civils aptes à agir dans les tribus soulève une tempête au Conseil général qui juge qu'il a outrepassé ses droits et refuse le financement. La commission coloniale en charge du dossier, présidée par Leconte, démissionne en bloc et une campagne de presse est menée contre le gouverneur. Alors que l'on s'inquiète particulièrement dans ces années-là du déclin démographique de la population kanak, l'inspecteur des colonies, Revel, déplore à ce sujet l'incompréhension des habitants d'origine européenne « à la mémoire desquels est encore présent le souvenir des mauvais jours de l'insurrection de 1878. »⁵⁰

Brunet, quant à lui, prend l'initiative sans en référer au Conseil général d'élaborer un nouveau décret sur le statut des indigènes. La procédure est violemment critiquée par le Conseil général et une protestation est envoyée au ministre des Colonies qui répond, comme l'explique Brunet :

« Le Conseil général ne représente pas tous les éléments de la population. [...] Le Conseil général est l'émanation des colons et [...] le collège électoral de la Nouvelle-Calédonie est restreint aux seuls Français : [...] les indigènes ne participent pas à la formation des collèges électoraux, [...] il n'existe donc par entre les Canaques et le Conseil général le lien de droit public qui s'établit entre représentants et représentés, l'administration étant seule à exercer vis-à-vis des indigènes un droit de tutelle et devant seule les représenter légalement. »⁵¹

Les affrontements entre le Conseil général de Nouvelle-Calédonie et l'administration française trouvent un écho en métropole où le député de l'Eure-et-Loir et rapporteur du Budget des Colonies, Maurice Violette, publie un article à charge dans

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Mission d'inspection Fillon, Revel, 1912, ANOM, CONTR/824. Cf. sur l'Assistance indigène, l'année 1911 dans la presse, Affpol/287 et Affpol/3196.

⁵¹ France Australe, 11 décembre 1912.

les *Annales coloniales* du 29 octobre 1912⁵² « au sujet du traitement qui serait infligé aux indigènes par les colons et les autorités locales [en Nouvelle-Calédonie] ». L'article évoque un rapport officiel qui dénonce :

« Soit défaut de prévoyance, soit manifestations d'appétits immédiats et grossiers, soit réaction persistante et rancunière contre les "insurgés" de 1878, soit mépris irréfléchi des blancs pour les hommes de couleur, les Assemblées élues et l'Administration n'ont généralement marqué leur action vis-à-vis des indigènes que par l'adoption de mesures de coercition et d'exception. »⁵³

Violette attaque l'administration et le Conseil général pour avoir laissé se détériorer considérablement la situation dans laquelle se trouvent les indigènes dont la population décline dramatiquement sous les coups de la lèpre, l'alcoolisme, la pratique de l'avortement, mais aussi « le déracinement » ou l'étroussure des réserves convoitées par les colons. Il rappelle que le gouverneur Richard a tenté d'améliorer l'assistance médicale indigène et a institué une prime de natalité pour les mères, mais que toutes ces mesures ont été combattues par le Conseil général qui a laissé, de surcroît, le nombre d'enfants scolarisés décliner. Sa conclusion est sans appel :

« Ainsi, en résumé, aucune politique indigène, aucune préoccupation même du sort des indigènes à la Nouvelle-Calédonie et si on n'y met pas bon ordre de façon énergique, dans cinquante ans on pourra dire que nous avons réussi à supprimer la race canaque. »⁵⁴

La guerre de 14-18 puis l'insurrection kanak de 1917 interrompent les efforts de soutien à l'assistance médicale indigène. Le statut indigène se résume à un renouvellement du décret sur l'indigénat en 1915 et un alourdissement du nombre d'infractions spéciales pesant exclusivement sur les Kanak tandis que le Conseil général continue à verrouiller toute tentative d'augmentation des impôts qui pèseraient sur la population européenne.

Le thème revient en force lorsqu'Henri d'Arbousier, remplaçant de Repiquet malade, annonce dans son discours inaugural devant le Conseil général, le 16 novembre 1923, la nécessité absolue de créer de nouvelles taxes. Il rappelle que les déficits de la colonie ont été très sérieux en 1921 et 1922 et qu'il va à nouveau prévoir un emprunt. « [Une] réserve aurait pu être créée, Messieurs, si les taxes nouvelles que vous a demandé, à plusieurs reprises, le gouverneur titulaire [Repiquet] avaient été votées [...] ». ⁵⁵ Mais les votes successifs du Conseil général ont refusé de suivre.

L'annonce de la création de nouvelles taxes et en particulier l'impôt sur le timbre, « impopulaire au plus haut point » dira le gouverneur Guyon en 1925⁵⁶, suscite une virulente campagne de protestation qui conduit à la dissolution du Conseil général, le 26 août 1924.

⁵² Reproduit dans *La France Australe*, 17 janvier 1912.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Discours de D'Arbousier, Conseil général, 16 novembre 1923.

⁵⁶ Lettre de Guyon au ministre des Colonies, 14 août 1925, ANOM, Série géographique, C.185.

Celle-ci s'accompagne d'une réforme électorale importante puisque le nombre de Conseillers généraux passe de dix-neuf à dix à partir de 1925.

La crise est sévère comme en témoignent les propos du conseiller David qui invoque rien de moins que la Révolution française lors de la session extraordinaire que le Conseil général nouvellement élu exige le 20 mars 1923 :

« Avant d'examiner les impôts votés par le Conseil Privé en vertu d'un pouvoir dictatorial devant lequel un homme libre ne saurait s'incliner, je déclare que ces nouvelles taxes ont été appliquées ou demandées au département sans que les représentants du peuple ne les aient votées ni acceptées ; vous savez Messieurs que la charte de la République est basée sur les droits imprescriptibles des droits de l'homme et du citoyen. Que dit-on dans l'énumération de ces droits ? Aucun impôt ne peut être légalement perçu s'il n'est établi par les représentants du peuple. Il en ressort donc nettement que les impôts que l'Administration a établis par sa seule volonté sont arbitraires et dictatoriaux ; c'est contre des mesures semblables que nos aînés de 1793 ont fait la grande révolution. Je regrette profondément que sous la troisième République un ministre ait remis en pratique ces procédés d'un autre âge. »⁵⁷

D'Arboussier quitte le territoire en 1924 pour être remplacé par Guyon qui va chercher à composer. Celui-ci, pour amadouer l'assemblée, propose un projet d'impôt sur le timbre « plus simple, plus souple, adapté plus étroitement aux conditions locales, moins compliqué dans son mécanisme et plus libéral en ce qui concerne la perception » comme en témoigne le président qui est satisfait de la portée sociale d'un projet fiscal conçu dans un esprit essentiellement démocratique⁵⁸. Ce dernier est aussi satisfait de la taxe supplémentaire de 30 francs pour le séjour des étrangers dans la colonie (et 10 francs en cas de renouvellement de permis de séjour) que le Conseil général n'hésite pas à promulguer dans la foulée sans que les personnes concernées aient un mot à dire. Il est aussi satisfait de la taxe supplémentaire que Guyon exige aux indigènes pour payer l'assistance médicale qui leur sera enfin fournie, mais qu'ils devront financer par un budget spécial et annexe pour ne pas coûter un sou à la colonie.

Car comme l'écrit le gouverneur Guyon au ministre, le 3 septembre 1925 :

« Les médecins de colonisation actuellement en service dans la colonie ne peuvent être entièrement chargés de cette tâche ayant à donner leurs soins à de nombreux colons européens dispersés sur des régions très étendues avec des moyens de communication et de transports rudimentaires, leur rôle d'assistance médicale indigène, bien qu'il importe qu'il devienne plus actif, ne pourra jamais être qu'accessoire. »⁵⁹

Il est prévu donc de recruter deux médecins militaires pour s'occuper de toute la population indigène de la Grande Terre et le Président du Conseil Général souhaite que la taxe de 20 francs exigée à tout indigène payant la capitation pour rémunérer ces derniers et les services infirmiers soit élevée à 23 francs car il craint que les dépenses n'excèdent les recettes. La proposition est refusée par les autres membres du Conseil

57 Conseil Général. Séance extraordinaire du 23 mars 1925.

58 Conseil Général, Séance extraordinaire du 10 juillet 1925.

59 Lettre du gouverneur au ministre, 3 septembre 1925, ANOM, Série géographique, C.185.

général. On apprend que le ministre « se montre très strict chaque fois qu'il est question d'indigénat », lui qui a refusé au Conseil Général sa demande d'augmentation de l'impôt de capitation en pleine crise d'hostilité à l'impôt sur le timbre. ». Et M. David de reconnaître « que les indigènes sont ici déjà beaucoup imposés. »⁶⁰

Pour autant cela n'empêchera pas le Conseil général de relever l'impôt de capitation de 20 francs à 30 francs en 1928 puis à 40 francs en 1932 et enfin à 60 francs en 1945. Les prestations, impôt en nature obligeant à douze jours de travail par an au service de l'administration pour tous les hommes payant l'impôt de capitation, sont institutionnalisées dès 1922. Cette fiscalité, pesant exclusivement sur les Indigènes, s'aggrave encore pendant la Seconde guerre mondiale avec une nouvelle « taxe de guerre »⁶¹. Ces hausses ou créations d'impôts sont imposées et discutées par le seul Conseil général et sans l'avis des principaux intéressés qui, tout au long de l'entre-deux-guerres, restent globalement exclus de toute forme de représentativité.

On sait, grâce à la thèse d'Ismet Kurtovitch, le long chemin qu'il faudra parcourir pour que la Nouvelle-Calédonie se dote, enfin d'une assemblée représentative de l'ensemble de la population, finalement effective en 1957. Dans les soubresauts de la défaite française en mai 1940, le Conseil général de Nouvelle-Calédonie, qui a rallié la cause de la France libre, est dissous en décembre 1940 pour être remplacé par un Conseil d'administration composé de douze membres nommés par le gouverneur Henri Sautot. Son successeur, qui tente d'introduire en 1943, « deux délégués indigènes choisis parmi les chefs canaques » dans le Conseil d'administration, se heurte à l'opposition des membres nommés⁶². L'année suivante, le commissaire des Colonies propose que « les Mélanésiens soient représentés dans le nouveau Conseil général qui succédera au Conseil d'administration » mais il se voit opposer un refus de la part du gouverneur Tallec pour qui « la mentalité de la population blanche interdit tout projet [de] représentation indigène. »⁶³. Tallec craint la « réaction violente » de la population européenne qui déjà se montre très hostile à la résidence libre accordée en 1945 à tous les travailleurs sous contrat, tonkinois ou javanais, et craint par-dessus tout la concurrence de nouveaux votants. Le Conseil Général élu le 21 janvier 1945 renoue avec le modèle d'avant-guerre qui exclut tous les « non-citoyens » mais il ne peut résister à la pression qu'exerce alors la Métropole, résolue à réformer le fonctionnement de l'Empire colonial pour tenter d'en garantir la pérennité. Conformément aux *desiderata* de la commission de la France d'outre-mer dirigée par Gaston de Monnerville, les membres du nouveaux Conseil Général ainsi que le Gouverneur Tallec sont obligés d'appliquer l'ordonnance du 22 août 1945 qui accorde le droit de vote à une poignée de « non-citoyens », sur la base capacitaire : les pasteurs protestants, les titulaires du certificat d'études primaires élémentaires, les moniteurs diplômés de l'école de

60 *Ibid.*

61 Proposée par le gouverneur Henri Sautot dans son rapport au conseil d'administration de la colonie, le 30 décembre 1940 et approuvée par arrêté le 4 février 1941, payée par tous les hommes de 18 ans à 49 ans, aptes au travail, à l'exception des anciens combattants de 14/18 pour financer les allocations aux familles de soldats indigènes engagés volontairement dans les forces armées de la France Libre. Ismet KURTOVITCH, *La vie politique en Nouvelle-Calédonie, 1940-1953*, ANRT, Lille, 1998, p. 17.

62 *Ibid.*, p. 119.

63 *Ibid.*

Montravel, les anciens combattants, les chefs et les fonctionnaires indigènes du cadre local, au total 894 nouveaux électeurs qui ne peuvent menacer les équilibres antérieurs⁶⁴. Ces derniers participent le 21 octobre 1945 à l'élection du premier député de la Nouvelle-Calédonie réclamée par le Conseil général depuis 1885. Solution acceptable pour les Européens, la première Assemblée constituante de l'après-guerre, cependant, ne s'en tient pas là et exige par la loi du 13 avril 1946 que tous les non-citoyens sachant lire le français ou travaillant ou ayant travaillé plus de deux ans comme salariés puissent voter. La tension est à son comble à Nouméa alors que l'on prépare de nouvelles élections du Conseil général qui doivent se tenir le 30 juin 1946 car une majorité des adultes mélanésiens et indochinois répondent aux critères électoraux requis. La campagne électorale prend un tour particulièrement violent contre les « Viets » en particulier sous l'égide du *Comité Calédonien*. Le rejet du projet constitutionnel en France, le 5 mai 1946, sauve la mise pour un temps des Européens de la Nouvelle-Calédonie qui lui sont majoritairement hostiles et les ressortissants des protectorats du Tonkin et de l'Annam, les plus nombreux en Nouvelle-Calédonie sont déclarés inéligibles car « dotés d'une nationalité propre »⁶⁵. Pourtant, le parti communiste local, mené par Jeanne Tunicas y Casas, se bat pour ces derniers autant que pour les Mélanésiens. Sous le couvert de ce parti, est adressé au gouvernement français, le 3 mai 1946, un cahier de revendications indigènes qui exige l'application de la loi du 13 avril et refuse le passage d'examens humiliants en langue française. « En Calédonie tous les indigènes lisent et parlent le français. Donc droit d'électeur à tous les indigènes sans passer d'examen. »⁶⁶. Un mois plus tard Cyprien Kawa Braïno, qui déjà soutenait l'égalité des droits en 1943, intervient pour exiger l'extension du droit de vote à tous les Mélanésiens. Mais Tallec profite de l'échec du premier projet constitutionnel et de l'élection d'une assemblée constituante moins à gauche que la précédente pour geler l'évolution locale de la loi électorale. Ne sont autorisés à voter qu'un groupe restreint de Mélanésiens sur la base des critères de l'ordonnance du 22 août 1945 auxquels on ajoute les volontaires du bataillon du Pacifique et les moniteurs des écoles confessionnelles catholiques ainsi que les catéchistes, soit 1 042 électeurs autochtones pour 9 582 citoyens et citoyennes de statut français en septembre 1946⁶⁷. Le corps électoral ainsi fixé en 1946 est *gelé*, pour reprendre une expression communément utilisée aujourd'hui, jusqu'en 1951, sous des prétextes largement mobilisés par Tallec : le risque des réactions violentes des Blancs et les velléités séparatistes dont ils peuvent faire preuve ou encore le désintérêt des Kanak, selon lui, pour la chose politique.

« Les canaques apprécient la liberté de circulation et la suppression du travail forcé, mais ils se désintéressent des droits politiques, plus exactement ils craignent que cela conduise au service militaire obligatoire et à la création de la propriété individuelle avec suppression du régime des réserves indigènes.[...] Les indigènes comprennent que le rapport des forces est caractérisé par leur faiblesse politique et économique et la résolution des blancs de les tenir asservis au besoin en rompant les

⁶⁴ *Ibid.*, p. 122.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 126.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, p. 131.

liens avec la France. [...] Aussi les indigènes désirent non une représentation dans le Conseil général, mais la protection contre les blancs par l'administration émanant de la métropole. Leur aspiration ne dépasse pas la délégation consultative qu'ils ne conçoivent que dans le cadre des groupes de tribus rassemblées dans le cadre des groupes de tribus rassemblées sous un même grand chef. »⁶⁸

À l'évidence, Tallec connaît mieux les Européens de Nouvelle-Calédonie que les Kanak qu'il juge à travers la grille quelque peu éculée d'un fonctionnaire d'État persuadé du bien-fondé de la tutelle de l'administration sur une population indigène passivement groupée derrière ses grands chefs. La surprise va être grande lorsqu'en 1951, la loi du 23 mai élargit brutalement le collège électoral indigène dans les territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer, y compris en Nouvelle-Calédonie, aux citoyens des deux sexes de statut particulier sachant lire le français ou ayant travaillé deux ans comme salariés ou encore chefs de famille payant l'impôt, mères de deux enfants vivants ou morts pour la France ainsi que les titulaires de pensions civiles ou militaires. 60 % des Mélanésiens en âge de voter accèdent au droit de vote et représentent désormais 45 % du corps électoral calédonien. Les inscriptions sur les listes et l'organisation rapide d'une vie politique prouvent, contrairement à ce que pouvait affirmer Tallec, la dynamique d'un véritable « réveil kanak ». Lorsque le 23 juin 1956, la loi-cadre Defferre instaure le suffrage universel dans les territoires relevant du ministère de l'Outremer, aucune force en Nouvelle-Calédonie ne peut cette fois s'y opposer.

La nouvelle assemblée territoriale est élue le 6 octobre 1957 sur la base d'un corps électoral unique composé par 13 725 Mélanésiens et 13 824 Européens⁶⁹.

Un premier pas est franchi pour accéder à l'exercice d'une démocratie locale pleinement représentative de la population votante désormais composée des seuls citoyens, les uns de statut civil, les autres de statut particulier. Les distinctions internes disparaissent au profit d'une homogénéisation d'un corps électoral fondé sur le principe de la nationalité dont la citoyenneté découle comme c'est le cas en France depuis longtemps. Le prix de cette avancée c'est précisément l'extension de ce principe de la nationalité qui autorise tout Français s'installant dans le territoire à participer aux votes nationaux et locaux. On verra peu à peu et surtout lors des événements de 1984, les limites d'une telle logique noyant les Français citoyens *et* calédoniens dans une catégorie indifférenciée de Français citoyens. C'est là que se situent tous les enjeux actuels liés au *gel du corps électoral* pour tenter de trouver une frontière à un *peuple citoyen calédonien*, seul légitime historiquement pour décider collectivement de l'avenir du pays.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 131-132, note 295.

⁶⁹ Il faut noter qu'un projet de création d'un double collège électoral a été proposé par le ministre de la France d'outre-mer en 1946 pour la Nouvelle-Calédonie, mais qu'il n'a pas été retenu par la première Assemblée constituante qui choisit de privilégier le collège unique et le principe de suffrage capacitaire. Ce dernier deviendra universel en 1957.

Le point de vue d'un président du congrès de la Nouvelle-Calédonie

Simon LOUECKHOTE

Président du congrès de la Nouvelle-Calédonie (de 1989 à 1995 et de 1999 à 2004)

Ancien Sénateur de la Nouvelle-Calédonie (1992-2011)

« La France qui assume son passé, s'impose un devoir de mémoire »,

Jacques Chirac, Président de la République.

Il était une fois la loi du pays...

C'est l'histoire d'une collectivité territoriale française, baignée par les eaux bleu turquoise du Pacifique. Son histoire n'est pas si pacifique comme l'eut aimée le découvreur, de ce vaste Océan, au pied marin pour le baptiser, Océan Pacifique.

Devenue terre Française le 24 septembre 1853, la Nouvelle-Calédonie connaîtra plusieurs évolutions institutionnelles au gré des alternances politiques en France.

On peut situer les plus importantes vers la fin des années 80. Toutefois, les plus marquantes ont débuté dès 1984.

Table ronde de Nainville-les-Roches...

La première découle de la table ronde de Nainville-les-Roches, le 8 juillet 1983, organisée par Georges Lemoine, alors Secrétaire d'État à l'Outre-mer dans le Gouvernement de Pierre Mauroy.

Pressé par des collectivités lassées d'une tutelle lointaine et sans partage, François Mitterrand, devenu Président de la République, doit respecter un de ses engagements de campagne pour l'outremer.

C'est la proposition 58 de ses 110 de candidat à l'élection présidentielle de 1983 :

« Pour les peuples de l'outremer français qui réclament un véritable changement, ouverture d'une ère de concertation et de dialogue à partir de la reconnaissance de leur identité et de leurs droits à réaliser leurs aspirations... ».

Les indépendantistes comprendront « [...] *un véritable changement en Nouvelle-Calédonie, ouverture d'une ère de concertation et de dialogue avec le peuple Kanak à partir de la reconnaissance de son identité de peuple colonisé et de victime de l'histoire et de ses droits de premier occupant, à réaliser ses aspirations, l'accession à la pleine souveraineté de la Kanaky* ».

Convaincu de l'évolution des institutions des collectivités françaises du Pacifique, Georges Lemoine réunit au Château de Nainville-les-Roches, les délégations calédoniennes dans le but de trouver ensemble les voies et les moyens de ces ambitieuses réformes.

De cette table ronde naîtra le statut de la Nouvelle-Calédonie. Celui de la Polynésie française sera exactement le même. Il prévoit une large autonomie avec le transfert aux autorités locales de la gestion des affaires publiques intérieures et le transfert de certaines compétences. Ainsi, un Gouvernement de plein exercice, dirigé par un Président élu par l'Assemblée qui constituera lui-même son équipe, participera de cette évolution vers davantage d'autonomie.

La première élection qu'il prévoit aura lieu pour la Nouvelle-Calédonie, le 18 novembre 1984.

Mais les indépendantistes ne sont pas satisfaits des termes de cet accord. Ils ne veulent pas d'un statut d'autonomie si large soit-il, avec ses attributs, et le Gouvernement, son Président et ses ministres en font partie, mais de l'indépendance sans condition pour le seul peuple Kanak, peuple colonisé, premier occupant et victime de l'histoire. Ils savent aussi, que sans restriction du corps électoral, ils n'ont aucune chance de partager le pouvoir, un pouvoir confisqué depuis longtemps par les non indépendantistes. La démographie, et notamment le faible taux de natalité chez les Kanak, ajoutée à la politique d'immigration et de peuplement voulue par Pierre Messmer, alors ministre d'État, chargé des Départements et Territoires d'outre-mer dans le Gouvernement de Jacques Chaban-Delmas, qui selon eux, n'a pas cessé, ne leur laissent aucun espoir d'accéder un jour au pouvoir.

Ils boycotteront ces élections, ce sera le début d'une longue période d'instabilité.

Portés par une haine plus que centenaire, les Kanak indépendantistes se mobilisent, à l'exception du LKS de Nidoish Naisseline, pour créer une structure qui portera leurs revendications. Ainsi né le Front de Libération Nationale Kanak et Socialiste (FLNKS), le 24 septembre 1984 à Saint-Louis.

Le Gouvernement n'aura pas pris la mesure de la tragédie qui se préparait. Les responsables indépendantistes en étaient-ils eux-mêmes conscients ?

Pour empêcher le bon déroulement du scrutin, le tout jeune mouvement indépendantiste appellera le peuple Kanak à un boycott actif. Et telle une vague de fond, les indépendantistes, essentiellement des Kanak, se soulèveront au mépris des rappels aux règles et aux injonctions des représentants de l'État, des autorités militaires et aux appels au calme de beaucoup d'autorités coutumières, politiques et religieuses.

Eloa Machoro, élevé au rang de ministre de la guerre du gouvernement provisoire de Kanaky, constitué le 24 septembre 1984, profitera de la couverture médiatique de cette journée d'élections pour fracasser l'urne dans la Mairie de Thio, commune assiégée, à l'aide d'une hache. La photo, immortalisant cet instant, fera le tour du monde.

Les Mairies de Sarraméa et d'Ouvéa seront incendiées devant des gendarmes médusés, démunis et désarmés devant tant de haine et de détermination de la part d'hommes et de femmes, jeunes et moins jeunes, emportés par l'ivresse de la violence.

Des barrages seront érigés un peu partout sur le Territoire pour empêcher les accès aux bureaux de vote. Certains n'ouvriront jamais. Certaines urnes ainsi que les matériels de vote (bulletin de vote, instructions, etc.) n'y parviendront jamais. Pour ceux qui ont réussi à ouvrir, les résultats ne seront jamais connus et les urnes détruites.

Les rares membres des bureaux de vote qui ont osé tenir tête à la horde indépendantiste et aux terroristes Kanak ont été battus, pourchassés voire parfois excommuniés.

Des comités de lutte, mobilisateurs et très actifs, verront le jour dans toutes les communes du Territoire. La chasse aux blancs, aux fachos, aux collabos, aux traîtres et autres Kanak de service, est ouvertement lancée.

Des gendarmeries seront envahies et occupées, prises en otage. La cohabitation des gendarmes, de leurs familles, plusieurs jours de suite avec les indépendantistes ne s'est pas toujours déroulée sans problèmes. Insultes, agressions, violences physiques ont émaillé ces inattendues rencontres.

Des officiers de l'armée, excédés par le laxisme du Gouvernement, dénonceront les menaces venues de leur hiérarchie de Paris leur intimant l'ordre de ne pas réagir et de laisser faire.

Un rapport parlementaire nous apprendra plus tard que les gendarmes avaient été privés de leurs moyens d'intervention, leurs armes de service et d'intervention avaient été démontées d'une partie de leur mécanisme pour empêcher le fonctionnement et les grenades d'intervention enfermées à l'armurerie avec interdiction de s'en servir.

À Lifou, la Subdivision des Îles Loyauté, ancienne appellation du Commissariat délégué de la République pour la Province des Îles depuis la mise en œuvre de l'Accord de Nouméa, équivalant d'une Sous-préfecture dans les Régions de France, a aussi été occupée. Le Chef de Subdivision (Sous-préfet) et sa famille ont été pris en otage durant plus d'une semaine. Les bâtiments souillés, les bureaux ravagés, le drapeau français descendu, incendié et remplacé par le drapeau indépendantiste, les murs tagués de mots évocateurs de l'état d'esprit du moment.

De Hienghène, Canala, Thio et Lifou, des familles entières seront rapatriées sur Nouméa par les moyens militaires. Des immeubles entiers de la Cité de Saint-Quentin seront vidés de leurs occupants pour y installer ces migrants malgré eux.

La commune de Dumbéa affectera plusieurs hectares de son domaine foncier « Lotissement Chabert » pour y installer plusieurs familles. La Nouvelle-Calédonie connaissait ses premiers réfugiés.

Plusieurs éleveurs et agriculteurs de l'intérieur et du nord du Territoire seront chassés de leur propriété, leurs maisons pillées puis incendiées, leurs élevages détruits, le bétail, les cochons, les chevaux volés ou tués.

Malgré les perturbations et contestations, les élections ont tout de même permis à la Nouvelle-Calédonie de disposer de ses institutions. L'Assemblée Territoriale élira Dick Ukeiwe à la tête d'un Exécutif de onze membres. Le Président du Gouvernement est devenu le Chef du Territoire. C'est l'une des grandes avancées de ce statut. L'autonomie, tant attendue et désirée, est en marche.

La région pacifique bouillonne et naissance du GMFL...

Yann Célény Ureguei, élevé quant à lui au rang de ministre des Affaires étrangères du gouvernement de Kanaky le même jour que son acolyte de Thio, va faire le tour des petits États du Pacifique pour expliquer la situation et demander leur soutien et notamment celui des frères mélanésiens.

Deux ans plus tard, à Goroka, la principale ville de la Province des Hauts Plateaux de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, naissait le Groupe Mélanésien du Fer de Lance. Cette organisation, qui est devenue un acteur incontournable de la politique dans la région, est composée des pays mélanésiens du bassin Pacifique, Fidji, Vanuatu, Îles Salomon, Papouasie-Nouvelle-Guinée et le FLNKS pour la Nouvelle-Calédonie.

Le statut FABIUS-PISANI...

Nommé Délégué du Gouvernement en Nouvelle-Calédonie et pour Wallis-et-Futuna, Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie par Laurent Fabius, alors Premier ministre, Edgard Pisani tente de mettre de l'ordre en calmant les esprits surchauffés. Des drames ne lui permettront pas d'aller jusqu'au bout de sa tâche (assassinat des jeunes Fels et Tual, à Thio et Boulouparis puis neutralisation d'Eloa Machoro et deux de ses lieutenants à La Foa). Son projet d'indépendance-association ne verra jamais le jour. Son portefeuille de ministre de la Nouvelle-Calédonie, cas unique dans l'histoire de la V^e République, pour lui permettre de s'exprimer à la tribune du Parlement, ne lui permettra pas plus, de faire aboutir son projet. Le soutien inattendu du Président de la République, François Mitterrand, ne lui profitera pas davantage. Invité du journal télévisé de 20H00 de Claire Chazal, sur TF1, le Chef de l'État annonce qu'il se rendra le lendemain en Nouvelle-Calédonie.

Les Calédoniens profiteront de cette opportunité et répondront à l'appel de Jacques Lafleur, devenu chef de l'opposition et de la contestation des non indépendantistes pour pavoiser la Ville de Nouméa en Bleu-Blanc-Rouge. 40 000 personnes se rassembleront devant le Haut-commissariat et alentours. François Mitterrand, accompagné de quelques-uns de ses ministres les plus emblématiques, Pierre Joxe, ministre de l'Intérieur ou encore Pierre Bregovoy, ministre des Finances. Charles Hernu, ministre de la Défense, fera quant à lui, une arrivée très remarquée. Précédant le Chef de l'État de quelques jours, il sera déposé sur un sous-marin nucléaire en mission dans la zone pour réapparaître dans la délégation du Président. Cette mise en scène est probablement destinée à montrer aux Calédoniens, à la Région pacifique et à la Communauté internationale, la volonté de la France, exprimée par le Chef de l'État, de rester en Nouvelle-Calédonie. Il avait, en effet, annoncé sur TF1 quelques jours auparavant, l'ouverture d'une base de sous-marins à Nouméa.

La délégation présidentielle ne restera que quelques heures en Nouvelle-Calédonie. Un survol de la ville en hélicoptère lui permettra de constater l'immense mobilisation des Calédoniens. Leur détermination est à la hauteur de la peur, pour beaucoup d'entre eux, de revivre les événements pas si anciens du si proche Vanuatu ou d'Algérie que François Mitterrand connaît bien.

Canala sera la seule commune où il se rendra pour y planter un arbre.

Les élections de 1985, prévues par le statut baptisé Fabius-Pisani, mettront fin au Statut Lemoine, quelques mois seulement après sa mise en place. Compte tenu de l'état d'insurrection qui prévalait sur l'ensemble du Territoire et de la quasi-impossibilité de circuler dans certaines communes, de la côte Est notamment, certains élus ne siégeront jamais Boulevard Vauban.

Le statut Fabius-Pisani prévoit le découpage du Territoire en quatre Régions (Sud, Centre, Nord et Îles) et une assemblée délibérante, le Congrès du Territoire pour

succéder à l'Assemblée Territoriale. Le Délégué du Gouvernement, Haut-commissaire de la République, redevient le Chef du Territoire et Chef de l'Exécutif. Contesté par le RPCR car il fait la part belle au FLNKS.

Trois des quatre Régions seront dirigées par le mouvement indépendantiste et seulement une le sera par les non indépendantistes, Jean-Marie Tjibaou dans le Nord, Leopold Joredie dans le Centre, Yeiwéné Yeiwene pour les Îles Loyauté et Jacques Lafleur pour le Sud. Le Congrès du Territoire sera présidé par Dick Ukeiwe.

Du statut PONS au drame d'Ouvéa...

Mais l'alternance politique en France, avec la première cohabitation entre Jacques Chirac comme Premier ministre et François Mitterand, Président de la République, mettra un terme à ce statut, âgé de tout juste quelques mois. Jacques Chirac demandera à son ami, Bernard Pons de tout mettre en 'uvre pour que l'ordre et la loi s'imposent de nouveau en Nouvelle-Calédonie et que le Territoire retrouve les voies de la sagesse.

Fraîchement nommé à la rue Oudinot, le nouveau locataire imagine pour gommer les erreurs du passé, voire les injustices, de nouvelles actions. Ainsi, pour permettre l'indemnisation de propriétaires de terres agricoles et d'élevages, chassés pendant les événements par l'insurrection Kanak indépendantiste, il crée l'Agence du Développement Rural et de l'Aménagement Foncier (ADRAF) dotée de moyens importants.

Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de cette agence, prévu par l'Accord de Nouméa, n'est toujours pas réalisé, en cause les milliers d'hectares de terre qu'elle possède mais dont elle ne sait qu'en faire et surtout qu'elle n'a pas les moyens d'en assurer l'entretien et le fonctionnement de son administration.

Mais, la tâche du nouveau ministre ne sera pas des plus simples. Et assez paradoxalement, ce ne sera pas seulement des indépendantistes que viendront les problèmes, ils viendront aussi de sa propre famille. Outre la difficulté qu'il rencontre à établir un dialogue constructif avec le FLNKS, il doit résister aux incessantes demandes de ses amis, soutiens fidèles du mouvement gaulliste et de son Premier ministre.

Très vite, Bernard Pons propose un nouveau statut. Il prévoit toujours le découpage du Territoire en quatre Régions, un Congrès du Territoire, organe délibérant et un Exécutif représenté par le Délégué du Gouvernement, Haut-commissaire de la République, également Chef du Territoire.

Ce découpage est censé mieux prendre en compte les espaces culturels et coutumiers de la Nouvelle-Calédonie. Le statut Fabius-Pisani avait déjà cette ambition.

Opposé à ce nouveau statut, le FLNKS boycottera les élections qu'il prévoit.

Le FLNKS et ses Comités de lutte resteront très mobilisés. Si la forme du boycott est plus passive, la mobilisation silencieuse, mais tout aussi efficace, impressionne.

Ainsi, les élections régionales de 1987 verront la mise en place de la Région Ouest, présidée par Harold Martin, celle de l'Est par Henri Wetta, celle du Sud par Jacques Lafleur et celle des Îles Loyauté par Simon Loueckhote.

Et cette élection a été particulièrement suivie, observée et scrutée par les candidats aux élections présidentielles. La Nouvelle-Calédonie s'est invitée dans le débat national.

À la démonstration de force et au retour à l'état de droit du Premier ministre, Jacques Chirac répond la force injuste de la loi du Président de la République, François Mitterrand. Le premier est candidat à la fonction suprême et le second est candidat à sa propre succession à cette même fonction.

La France entière est mobilisée par l'échéance nationale. La situation de la Nouvelle-Calédonie ne laisse personne indifférente.

Le mouvement indépendantiste redouble de vigueur et multiplie les actions de déstabilisation sur le terrain. Il est soutenu en cela par les pays membres du GMFL plus actifs que jamais sur le terrain diplomatique. Les organisations régionales (Forum des Îles du Pacifique) et internationales (ONU/Comité de décolonisation) sont toutes ouïes pour le peuple colonisé. La rumeur d'une intervention de l'armée papou, comme ce fut le cas au Vanuatu lors de son accession à l'indépendance, a même créé une certaine inquiétude dans l'opinion et même au plus haut niveau de l'État qui a considérablement renforcé ses moyens militaires en Nouvelle-Calédonie et dans la zone.

La campagne présidentielle bat son plein. Le FLNKS veut profiter de cette formidable opportunité pour se faire entendre et créer les conditions les meilleures, pour s'inscrire dans un processus de pleine émancipation.

Ainsi, le matin du 22 avril 1988, à Ouvéa, à quelques jours du 1^{er} tour des élections présidentielles, une centaine d'hommes armés trompent la vigilance des gendarmes et prennent d'assaut la gendarmerie. Quatre gendarmes sont massacrés. Leur état témoigne de la violence de l'attaque. Trente d'entre eux sont emmenés en otage et serviront de monnaie d'échange avec le Gouvernement.

Le 5 mai au matin, à quelques jours du 2^e tour des élections présidentielles, les militaires donnent l'assaut en vue de libérer seize des leurs, gardés en otage dans une grotte dans le nord de l'île d'Ouvéa.

François Mitterrand, réélu, appelle Michel Rocard à Matignon et lui confie la mission de trouver les voies et les moyens pour que la Nouvelle-Calédonie, cette terre si lointaine mais partie intégrante du territoire national, retrouve le chemin de la paix.

Une mission du dialogue pour des accords...

La mission du dialogue, qu'il envoie en Nouvelle-Calédonie, retiendra les déséquilibres culturels, économiques et sociaux entre les Kanak et les autres composantes de la société calédonienne, le besoin de rééquilibrage entre le nord, les Îles loyauté et le sud, le besoin de formation puis surtout après une immersion dans la Nouvelle-Calédonie profonde, une certitude, le dialogue entre les communautés est possible. Deux hommes paraissent incontournables pour cette grande œuvre, Jacques Lafleur et Jean-Marie Tjibaou.

Invités par le Premier ministre à Paris, les deux hommes, à la tête chacun d'une délégation, se rendent à l'Hôtel Matignon.

Après de longues journées et de nuits de négociations, ils signent les Accords de Matignon, c'était le 26 juin 1988.

Ainsi, après le temps de l'incompréhension et de l'intolérance, voici venu enfin le temps de l'espérance...

Les Accords de PAIX venaient d'être signés.

Les Français lui ont manifestement accordé très peu d'importance. Consulté par référendum, seulement 22 % d'entre eux ont voté.

Ils prévoient le découpage de la Nouvelle-Calédonie en trois Provinces, la Province Nord, la Province Sud et la Province des Îles. Ce découpage est la résultante de longs échanges et de constats sur l'histoire du passé récent de la Nouvelle-Calédonie.

La mission du dialogue, conduite par le Préfet Christian Blanc, connaisseur de la Nouvelle-Calédonie et de ses acteurs qu'il avait déjà rencontrés lors de son séjour comme Directeur de Cabinet du Haut-commissaire quelques années plus tôt, avait bien cerné les forces et les faiblesses de cet immense archipel peuplé de 200 000 habitants.

Entre autres dispositions qu'ils prévoient, je citerai le rééquilibrage.

Ce terme paraît galvaudé mais il comporte les ferments d'une véritable évolution de la société calédonienne.

Rééquilibrage entre les hommes, entre les communautés, entre les provinces de Nouvelle-Calédonie, sont les maîtres mots de ces accords.

En dix ans, leur durée et au travers des nouvelles institutions prévues, des compétences à transférer et des moyens que l'État s'engage à donner pour les accompagner, les Calédoniens ont désormais tous les moyens pour réussir un nouveau départ.

Rééquilibrage entre les hommes, un programme inédit de formation sera mis en place avec le programme à l'objectif ambitieux de former « 400 cadres ».

Rééquilibrage entre les communautés, les Kanak sont désormais au centre du dispositif. Le partage du pouvoir n'est plus un objectif, il est devenu réalité. L'astucieux découpage et les nouvelles institutions participent de la prise en compte de cette réalité. Les Kanak indépendantistes, étant essentiellement installés en Provinces Nord et Îles, ces deux collectivités seront dirigées par des Kanak. La Province Sud, où réside la plus grande partie des Européens et des autres communautés, très majoritairement non indépendantistes, sera dirigée par eux. Enfin, l'Assemblée délibérante, le Congrès du Territoire, réunion des assemblées des provinces, sera majoritairement, après un savant calcul, composée des non indépendantistes et présidée par eux. Chacune des deux principales composantes de la communauté calédonienne, les non et les indépendantistes, est satisfaite.

En 1989, les premières élections provinciales ont lieu. Le partage politique, imaginé par les acteurs des Accords de Matignon, se réalise comme prévu.

Pour la première fois depuis très longtemps, les Kanak, indépendantistes notamment, se sentent acteurs de leur propre avenir. Ils ont désormais les outils en main pour construire leur pays. Ils sont désormais considérés.

L'Accord de Nouméa, la continuité

Au terme des dix ans, un nouvel accord a été négocié par les acteurs calédoniens. La disparition de quelques grandes figures indépendantistes n'a pas empêché la conclusion d'un nouveau processus. L'expérience acquise de l'exercice du pouvoir,

de la gestion des affaires publiques, a ouvert la voie à de nouvelles exigences de la partie calédonienne.

Ainsi, l'Accord de Nouméa, négocié et signé à Nouméa, enrichira la Nouvelle-Calédonie de nouvelles compétences, de nouveaux moyens mais aussi de nouvelles institutions.

Un effort particulier est ainsi demandé à la représentation nationale, qui est appelée à modifier, fait exceptionnel, la Constitution de la France. La portée de l'Accord de Nouméa, le sort des calédoniens ne sont-ils pas à la hauteur de cet événement ?

La modification de la Constitution portera sur l'inscription d'un titre spécifique à la Nouvelle-Calédonie qui la sort de la catégorie des collectivités locales.

L'Accord de Nouméa a ensuite été approuvé par 72 % des Calédoniens qui se sont très fortement mobilisés, le jour du référendum.

Une collectivité *sui generis*, la disparition du terme « territoire » des titres ou des appellations et remplacé par « pays », un gouvernement composé de onze membres, élu par le Congrès pour remplacer le Haut-commissaire dans sa fonction d'exécutif, le transfert de compétences nouvelles de l'État, le partage d'autres, notamment des régaliennes vont participer d'une dimension nouvelle, qu'il convient désormais de prendre en compte.

Ils veulent être administrés dans la proximité...

Entre la très large autonomie acquise par la Nouvelle-Calédonie et la pleine émancipation, mon cœur balance.

En me consacrant à la rédaction de cette contribution, je n'ai pu m'empêcher de refaire cet historique. Il m'a paru utile pour la compréhension et le cheminement intellectuel qui a conduit à la création de « la loi du pays ».

Quiconque s'interroge sur « cette bizarrerie » comme Lionel Jospin, alors Premier ministre qualifia l'Accord de Nouméa et ne connaît pas l'histoire de la Nouvelle-Calédonie, ne comprendra jamais.

Car la loi du pays est en l'espèce un des attributs de l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie.

Dans la conscience des indépendantistes, cette délibération, qui s'appelle « loi du pays », est un acquis supplémentaire. Tout comme, le partage de compétences régaliennes de l'État, comme les relations extérieures, le permis de séjour des étrangers, la recherche, l'Université, le transfert de la compétence sur les programmes scolaires dans l'enseignement primaire, une partie de la compétence des Collèges et des Lycées, l'enseignement des langues locales ou encore la possibilité de disposer de représentants calédoniens dans les missions diplomatiques françaises de la Région et avoir ses propres signes identitaires, drapeau, hymne, couleur et graphisme sur les billets de banque et changer de nom.

Pour compléter les institutions, un Sénat coutumier en plus des Conseils d'Aires coutumières, remplacera le Conseil coutumier. Le Comité économique et social deviendra le Conseil économique, social et environnemental.

Le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avec un Président et dix membres en charge de l'animation de secteurs sera sans doute leur plus grand regret.

Si j'ai pu observer le besoin partagé « de moins d'État » entre les Calédoniens d'origine Kanak et les autres, je dois aussi dire que cette envie de liberté avait ses limites.

Ainsi, notre délégation conduite par Jacques Lafleur, aux négociations sur l'Accord de Nouméa, a toujours refusé que les membres du Gouvernement soient des Ministres de plein exercice. Si tous les pouvoirs sont concentrés entre les seules mains du Président, il ne peut les déléguer qu'au Secrétaire général du Gouvernement, les autres membres du Gouvernement se contentant d'animer les secteurs qui leurs sont attribués.

Nous avons imposé et obtenu la présence du Haut-commissaire ou de son représentant à toutes les réunions du Gouvernement avec voix consultative.

Nous avons refusé les appellations de Parlement et de Député pour le Congrès de la Nouvelle-Calédonie et ses membres.

De même, la citoyenneté calédonienne aura été un des points durs de nos échanges. Car pour beaucoup, la citoyenneté, c'est la nationalité.

Mais mieux prendre en compte l'identité des Kanak, dont l'installation sur le Territoire, au regard du peuplement du Pacifique insulaire est la plus ancienne, ne signifie en aucun cas leur reconnaître une prééminence sur les Européens, Polynésiens, Wallisiens, Indonésiens, Vietnamiens et sur toutes les autres ethnies vivant en Nouvelle-Calédonie. Il n'est nullement question de bâtir une société inégalitaire, d'introduire la ségrégation dans la France des droits de l'Homme. La diversité culturelle de la société calédonienne est perçue comme une authentique richesse. L'Accord de Nouméa donne à cette société, par l'adoption du concept nouveau de citoyenneté calédonienne, le fondement de sa construction, l'argument de sa cohésion.

Toutefois, pour les indépendantistes notamment, cette avancée supplémentaire s'inscrit dans le long processus vers la pleine souveraineté.

Conclusion...

Les Accords successifs et celui ou ceux à venir ont fait naître dans la conscience collective des Calédoniens, le souhait de tourner définitivement le dos à la période d'affrontement, le refus du rapport de force et l'engagement ferme pour la paix. De cette volonté de dialogue est née une solution politique adaptée aux exigences des uns et des autres, un cadre institutionnel équilibré et fait des adversaires d'hier, des partenaires, des alliés, qui affirment leur communauté de destin.

Cet engagement politique, qui parvient à faire converger, l'avis de la majorité en faveur de la France et la revendication de la minorité indépendantiste, est une prouesse.

C'est aussi une leçon d'humanisme : l'Accord de Nouméa se traduit par la reconnaissance de l'identité Kanak, au sein de la société calédonienne, tout en affirmant la légitimité de la présence de toutes les communautés qui la composent, c'est aussi le choix d'un destin partagé avec la France.

« [...] La référence à la période coloniale ne doit donc nullement être assimilée à un acte de contrition. L'histoire de France est enseignée à nos enfants, dans le sens du souvenir et non du repentir. Il ne viendrait, à aucun d'entre eux l'idée d'une quelconque culpabilité à l'évocation du sang versé pendant les guerres ou lors de la

Révolution française. Pourquoi, dès lors, charger d'une telle émotion la reconnaissance du fait colonial ? [...] », discours à Versailles, le 6 juillet 1998.

Et la France prouve, une fois de plus, qu'elle assume pleinement sa responsabilité, au regard de l'histoire.

La loi du pays est un des attributs de l'autonomie que le fait colonial a enfanté. C'est toute l'ambiguïté de l'histoire institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie qui repose sur la croyance que l'on peut décider, à la place des autres, ce qui est bon pour eux.

**LA LOI DU PAYS, LOI FORMELLE :
UN PARLEMENTARISME EN CONSTRUCTION**

Au cœur de l'appareil législatif calédonien la procédure d'élaboration et d'adoption de la loi du pays, un véritable travail parlementaire mené par le congrès de la Nouvelle-Calédonie

Lyvia BRIAULT

*Juriste libérale et écrivain public
Cabinet LB*

Les assemblées du palais Bourbon et du boulevard Vauban peuvent sembler bien différentes en termes d'envergure tant par leur production normative, quand l'une a d'ores et déjà adopté 326 lois depuis le début de la XIV^e législature⁷⁰ et l'autre 164 lois du pays depuis 1999, que par leur composition, quand l'une est constituée de 577 députés et l'autre de 54 conseillers. Le Parlement et le congrès de la Nouvelle-Calédonie partagent néanmoins, de manière inédite au sein de la République française, le pouvoir législatif. Il est ainsi particulièrement pertinent à l'aube de la sortie de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 (instaurateur de la loi du pays, point 2.1.3 de l'Accord) et au regard de l'importance des compétences exercées aujourd'hui par la Nouvelle-Calédonie, en termes quantitatif, compte tenu de leur nombre actuel et à venir, et qualitatif eu égard aux matières concernées à l'image du droit civil et du droit commercial, de s'intéresser aux rouages de l'appareil législatif calédonien : le congrès. Car forte de ses compétences propres, la Nouvelle-Calédonie constitue le berceau d'une construction normative innovante. Si certains lui reprochent une pratique de « copier-coller » de la législation française, il sera tout de même remarqué que libre de s'inspirer des « réussites » du monde entier, la loi du pays s'érige en traduction juridique de l'unicité de la Nouvelle-Calédonie.

À cet égard, la procédure spécifique d'élaboration et d'adoption de la loi du pays illustre le véritable travail parlementaire effectué au sein de la première institution de la Nouvelle-Calédonie. Afin d'en révéler les étapes, notre développement aura pour toile de fond l'élaboration et l'adoption de la loi du pays n^o 2014-9 du 18 février 2014 relative aux relations de travail et à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans le secteur public. Cette loi du pays porte en elle l'essence même du pouvoir législatif du congrès consistant notamment à poser les bases d'une « société plus juste et équilibrée, [...] afin] que quelles que soient nos ethnies, nos conditions de femmes ou d'hommes, on puisse, demain, construire ensemble le pays »⁷¹. Répondant

70 Informations disponibles sur le site internet de l'Assemblée nationale à l'adresse suivante : <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/statistiques-de-l-activite-parlementaire>.

71 Explication de vote, M. Lalié, Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, congrès de la Nouvelle-Calédonie,

à la nécessité de combler un vide juridique dans un domaine relevant notamment des garanties fondamentales, elle illustre l'importance du rôle de l'élu dans la production législative. De surcroît, l'instauration du droit à des relations de travail empreintes de respect et exemptes de toute forme de violence dans le secteur public constitue une véritable « innovation de la Nouvelle-Calédonie, qui diffère de la Métropole en la matière. Ce droit s'inspire du droit québécois à l'image du dispositif mise en œuvre par la loi du pays du 17 octobre 2011 intervenue dans le secteur privé »⁷². S'y ajoute l'administration de la preuve en matière de harcèlement, en matière civile, en Nouvelle-Calédonie qui diffère désormais de celle de la Métropole en retenant un régime inquisitoire plutôt qu'accusatoire⁷³.

La loi du pays résulte également des spécificités locales. Dans cette perspective, la loi du pays n° 2014-9 du 18 février 2014 relative aux relations de travail et à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans le secteur public s'applique à l'ensemble des agents et employeurs exerçant dans le secteur public. Elle répond ainsi à la pluralité de statuts de personnel qui coexistent dans le secteur public (agents contractuels de droit privé, agents relevant du statut de droit public et fonctionnaires), caractéristique propre à la Nouvelle-Calédonie⁷⁴.

Son apport est ainsi incontestable et sa procédure d'élaboration et d'adoption mérite intérêt.

Au préalable, il convient de souligner la singularité du congrès qui dispose également d'un pouvoir réglementaire, à travers les délibérations qu'ils adoptent, lesquelles interviennent dans toutes les matières non énumérées par l'article 99 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (loi organique statutaire), disposition dédiée à l'énumération des matières relevant de la loi du pays, mais relevant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie (article 22 de la loi organique statutaire). Cette particularité présente notamment l'avantage de garantir une cohérence et une rapidité d'exécution, le cas échéant, entre la loi du pays et sa délibération d'application. Elle ajoute également à la production normative du congrès.

Afin d'assister les élus dans la réalisation de leur mandat, le secrétariat général du congrès veille au bon fonctionnement de l'institution. La direction au cœur de la procédure législative y est rattachée : la direction des services de l'hémicycle ou DSHEMI. Elle est chargée « de la gestion de toute l'activité légistique du congrès, qu'il s'agisse d'un vœu, d'une résolution, d'un projet ou encore d'une proposition de délibération ou de loi du pays. »⁷⁵. En son sein, notamment, le service des commissions et des séances (secrétaires des débats et secrétaires-rédacteurs) et le service

JONC, 28 mai 2014, année 2014 - n° 212-C (C.R.), p. 49.

72 Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, p. 6.

73 Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, *op. cit.*, p. 8.

74 *Idem*, p. 13.

75 Informations disponibles sur le site internet du congrès de la Nouvelle-Calédonie à l'adresse suivante : <http://www.congres.nc/assemblee/son-organisation/le-secretariat-general/?panel=1>.

du contentieux et des affaires juridiques (chargé d'études juridiques et chef du service) ainsi que les administrateurs constituent les artisans indispensables de la chaîne législative.

En tout 18 agents composent cette direction.

Nouvellement créée, en ce mois de mai 2016, la direction des affaires juridiques et du contentieux, placée sous l'autorité des secrétaires généraux et en lien avec les conseillers, aura un rôle crucial dans la procédure d'élaboration de la loi du pays. Elle sera en outre chargée :

« d'assister directement les conseillers de la Nouvelle-Calédonie, quelle que soit leur appartenance politique, dans l'exercice de leur mandat, et notamment leur rôle de législateur ; de superviser l'élaboration des rapports spéciaux de lois du pays et de fournir une expertise juridique sur les amendements susceptibles d'être déposés dans le cadre de l'examen des projets et propositions de lois par l'Institution, de soutenir en matière légistique les propositions de textes déposés par les conseillers de la Nouvelle-Calédonie »⁷⁶

Le service du contentieux et des affaires juridiques, les administrateurs ainsi que le centre de documentation et d'information y seront rattachés.

De manière générale, la procédure d'élaboration et d'adoption des lois du pays, et de toutes normes, par le congrès, est prévue par la loi organique statutaire et le règlement intérieur de l'institution⁷⁷.

L'initiative des lois pays appartient au congrès, un ou plusieurs conseillers pouvant déposer une proposition de texte, mais également au gouvernement, qui élabore des projets de loi du pays. Qu'importe *in fine* que la loi du pays soit d'origine gouvernementale ou qu'elle émane du congrès, un élu, et donc le congrès à travers lui, s'en saisira⁷⁸ devenant *de facto* partie intégrante de l'*instrumentum* législatif.

La procédure d'élaboration d'une loi du pays diffère selon qu'elle émane du gouvernement ou du congrès. Nous consacrerons notre étude aux règles spécifiques de la procédure relative aux propositions de loi du pays (I.) en précisant tout au long de notre développement, les distinctions de cette dernière avec d'une part, les projets de loi du pays, et d'autre part, les délibérations (projet et proposition) adoptées par le congrès. Une fois l'itinéraire spécifique de la proposition de loi du pays parcouru, nous présenterons les étapes communes, aux projets et aux propositions de loi du pays, de la procédure législative (II.).

76 Avis de vacance de poste n° 3134-15-1057/SSR du 16 octobre 2015, accessible sur le site internet de la direction des ressources humaines et de la fonction publique de Nouvelle-Calédonie à l'adresse suivante : http://www.drhpnc.gouv.nc/portal/pls/portal/drh.pkg_avp.display_avis?p_id=54656.

77 Délibération du congrès n° 009 du 13 juillet 1999 portant règlement intérieur du congrès de la Nouvelle-Calédonie.

78 Voir *infra*, développement sur le rapporteur spécial.

I. Itinéraire spécifique d'une proposition de loi du pays : la phase de rédaction et de consultation

Précédées d'un exposé des motifs et contenant une fiche d'impact détaillée, élaborée, le cas échéant, avec le concours des services compétents de la Nouvelle-Calédonie, les propositions de loi du pays doivent être complètement rédigées (texte de la proposition composé d'articles) et être signées du ou des auteurs⁷⁹.

Durant cette phase de rédaction, les élus du congrès peuvent s'appuyer sur les agents du service du contentieux et des affaires juridiques⁸⁰ et les administrateurs.

La proposition de loi du pays n° 15 du 17 août 2012 relative à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans les relations de travail dans le secteur public a été déposée par les membres du bureau et ainsi « portée par l'ensemble des groupes et des formations politiques qui siègent au congrès »⁸¹.

Les propositions de loi du pays sont déposées sur le bureau du congrès ce qui se traduit *in concreto* par leur inscription, réalisée par les services du secrétariat général, sur le rôle général recensant l'ensemble des textes déposés sur le bureau du congrès (propositions et projets de lois du pays, de délibération, de résolution, de vœu). Un numéro d'ordre (en fonction de son arrivée) est attribué à la loi du pays, indiquant également la date de son dépôt. Une fois enregistrée, le président du congrès en donne récépissé et transmet, sans délai, la proposition de loi du pays, par l'intermédiaire des services du secrétariat général, aux élus⁸².

Une fois la proposition de loi du pays enregistrée et communiquée aux conseillers, les instances consultatives sont saisies, par le président du congrès, afin d'émettre leur avis sur la proposition de texte. Cette saisine est imposée par les textes en vigueur notamment par la loi organique statutaire et le règlement intérieur. Le président du congrès désigne alors, par écrit, les représentants de l'administration du congrès et, en accord avec l'auteur de la proposition, les représentants de ce dernier, qui prendront part à la discussion pour soutenir ces propositions au sein de ces instances⁸³.

Il s'agit dans cette phase de recueillir, sur la proposition de texte, l'avis d'une institution (Conseil économique, social et environnemental), d'une chambre consulaire (chambre de commerce et d'industrie) ou d'un organisme administratif (comité supérieur de la fonction publique). Ainsi, et de manière non exhaustive, les

79 Article 41 du règlement intérieur du congrès.

80 Informations disponibles sur le site internet du congrès à l'adresse suivante :

<http://www.congres.nc/assemblee/ses-attributions/loi-du-pays/?panel=3>.

81 Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, p. 4.

82 Articles 40, 41 et 42 du règlement intérieur du congrès.

83 Article 42-1 du règlement intérieur du congrès. Article 155 de la loi organique statutaire pour le CESE, article 42 de la loi organique statutaire pour le comité consultatif des mines et article 142 de la loi organique statutaire pour le congrès.

propositions de loi du pays et de délibération à caractère économique, social ou environnemental sont soumises pour avis au Conseil économique, social et environnemental (CESE) ; celles relatives aux hydrocarbures, au nickel, au chrome, au cobalt et aux éléments des terres rares, y compris celles qui sont afférentes, dans ces domaines, aux investissements directs étrangers au comité consultatif des mines ; celles concernant le travail, l'emploi, la formation professionnelle, la protection et la prévoyance sociale des salariés au conseil du dialogue social⁸⁴, celles susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement et le développement durable en Nouvelle-Calédonie au comité consultatif de l'environnement⁸⁵ ; celles relatives aux signes identitaires, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières et, notamment, à la définition des baux destinés à régir les relations entre les propriétaires coutumiers et exploitants sur ces terres et au régime des palabres coutumiers, aux limites des aires coutumières ainsi qu'aux modalités d'élection au sénat coutumier et aux conseils coutumiers, au sénat coutumier.

Dans le cadre particulier de la saisine du sénat coutumier, un système de navette « parlementaire » est mis en place, que ce soit sur un projet ou une proposition de loi du pays. En effet, ce dernier délibère sur le projet ou la proposition de loi du pays dans les deux mois suivant sa saisine. S'il ne s'est pas prononcé dans le délai impartit :

« Il est réputé avoir adopté le texte. Le texte adopté par le sénat coutumier est ensuite soumis à la délibération du congrès. Si le congrès n'adopte pas un texte identique à celui adopté par le sénat coutumier, le sénat coutumier est saisi du texte voté par le congrès. Si le sénat coutumier n'adopte pas ce texte en termes identiques dans un délai d'un mois, le congrès statue définitivement. »⁸⁶.

Certes, ici, le congrès a le dernier mot, ce qui n'est pas sans rappeler la prééminence de l'Assemblée nationale dans le bicamérisme de la V^e République. Mais, de la même manière, cette légitimité est tirée de l'élection au suffrage universel direct pour l'une et au suffrage indirect pour l'autre.

En tout état de cause, cette navette « parlementaire » entre le sénat coutumier et le congrès a le mérite d'enrichir la discussion et donc de renforcer la qualité du débat parlementaire, tout comme l'avis rendu par les différentes instances consultatives garantit, *in fine*, une proposition de loi du pays analysée par des spécialistes et surtout par des acteurs de la matière concernée assurant un certain niveau d'expertise.

Le président du congrès peut (il s'agit donc bien d'une faculté et non d'une obligation) également, après avis du bureau, soumettre la proposition de loi du pays pour avis au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie⁸⁷. Ce dernier dispose d'un mois pour rendre son avis. Cet avis s'avère particulièrement pertinent dans le cadre de lois du pays dont la technicité appelle un éclairage de la part des services compétents à l'instar de la matière fiscale où il importe de s'appuyer sur la direction du

84 Article Lp. 381-3 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie (CTNC), créé par l'article 1-IV de la loi du pays n° 2010-3 du 31 décembre 2010 relative au conseil du dialogue social.

85 Article 5 de la délibération n° 155 du 09 janvier 2006 relative au comité consultatif de l'environnement.

86 Article 142 de la loi organique statutaire.

87 Article 41 du règlement intérieur du congrès.

gouvernement en la matière. Il témoigne également d'une véritable collaboration entre les services du gouvernement et le congrès dans un objectif commun de production normative.

Si la saisine des instances consultatives peut s'avérer obligatoire, les avis rendus peuvent être dépourvus de valeur contraignante. Libre donc au congrès de suivre ou non les recommandations des différentes instances. C'est ainsi que s'agissant de la proposition n^o 15 du 17 août 2012 relative à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans les relations de travail dans le secteur public, le gouvernement, le conseil économique et social (à l'époque), le conseil du dialogue social (CDS), la commission consultative du travail (CCT) ainsi que le comité supérieur de la fonction publique de Nouvelle-Calédonie (CSFP) ont rendu des avis favorables, sous réserve de leurs observations⁸⁸, particulièrement fournies.

À titre d'exemple, les instances consultatives ont considéré la notion de « secteur public », telle qu'elle figurait dans la proposition de texte, insuffisamment précise. Suivant leurs avis, le congrès a précisé cette notion dans le cadre du Chapitre 1^{er} de ladite loi du pays⁸⁹. Le comité supérieur de la fonction publique a de surcroît relevé le caractère réglementaire de certaines dispositions, à l'instar de celles relatives à la composition, aux attributions et au fonctionnement de la commission de déontologie des relations du travail dans le secteur public⁹⁰.

Ainsi, nonobstant l'hypothèse où ces dernières ne seraient pas suivies, elles sont tout de même portées à la connaissance de tous et notamment du Conseil d'État. À cet égard, celui-ci a partagé l'avis des instances consultatives s'agissant notamment du caractère réglementaire des dispositions relatives à la commission de déontologie ainsi que de la nécessité de modifier le champ d'application de la proposition de loi du pays qui aurait eu pour effet de créer deux régimes juridiques concurrents⁹¹.

Il importe de préciser qu'à l'issue de toutes les consultations « internes », le ou les auteurs d'une proposition de loi du pays peuvent modifier le texte de la proposition avant de la transmettre pour avis au Conseil d'État. Cette faculté est restreinte à un usage unique et à la condition que les modifications apportées n'engendrent pas de questions nouvelles. Une version modifiée, qui remplace et annule la précédente proposition, est alors déposée sur le bureau du congrès⁹².

88 Avis du gouvernement du 2 octobre 2012, Avis du conseil économique et social du 21 février 2013, Avis du conseil du dialogue social du 17 juin 2013, Avis de la commission consultative du travail du 4 avril 2013 et du 13 septembre 2013, Avis du comité supérieur de la fonction publique de Nouvelle-Calédonie du 19 avril 2013.

89 Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, p. 5.

90 Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, p. 10.

91 Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, *op. cit.*, p. 10.

92 Article 42-1 du règlement intérieur du congrès.

Il apparaît également pertinent de souligner que lorsqu'il s'agit d'un projet de loi du pays ou de délibération, ces consultations sont réalisées par le gouvernement. Précédemment à l'avis du Conseil d'État, l'avant-projet de loi du pays est transmis pour information à l'ensemble des conseillers de la Nouvelle-Calédonie. Le projet de loi du pays qui sera déposé sur le bureau du congrès contiendra, quant à lui, l'ensemble des avis obligatoires susmentionnés et l'avis rendu par le Conseil d'État.

Il sera rappelé que seuls les projets et les propositions de loi du pays font l'objet d'une saisine pour avis du Conseil d'État. Tel n'est pas le cas des délibérations.

Les propositions de loi du pays sont ainsi soumises, pour avis, au Conseil d'État par le président du congrès avant leur première lecture alors que les projets de loi du pays le sont avant leur adoption par le gouvernement délibérant en conseil⁹³.

Une véritable collaboration se met en œuvre entre les services du secrétariat général et le rapporteur désigné sur la proposition de loi du pays concernée par le président de la section *ad hoc* du Conseil d'État. Des réunions préparatoires au Conseil d'État sont organisées afin d'auditionner les représentants de la proposition de loi du pays, auteur et services du secrétariat général du congrès. Sur cette base, le rapporteur élabore un projet d'avis. Ce document sert de base de travail dans le cadre de la séance de section du Conseil d'État. L'auteur ou l'un des auteurs de la proposition de loi du pays se rendent ainsi au Palais Royal assistés par le secrétariat général du congrès. Lors de cette séance, le rapporteur lit son rapport et son projet d'avis. Une discussion s'en suit avec les membres de la section et les représentants de la proposition de loi du pays, particulièrement importante aux vues notamment des spécificités locales. À l'issue de ces discussions, le projet d'avis est soumis au vote (seuls les membres de la section concernée ont voix délibérative)⁹⁴.

Toutes ces réunions préparatoires à l'avis du Conseil d'État doivent être effectuées dans des délais relativement courts car le Conseil d'État dispose d'un mois pour rendre son avis et le vote du congrès ne peut intervenir que postérieurement à celui-ci.

Les avis rendus par le Conseil d'État sont transmis par la suite au président du gouvernement, au président du congrès, au haut-commissaire et au Conseil constitutionnel. Les services du secrétariat général en assurent la transmission aux conseillers de la Nouvelle-Calédonie.

C'est ainsi que s'agissant de la proposition n° 15 du 17 août 2012 relative à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans les relations de travail dans le secteur public, les élus furent destinataires de l'avis du Conseil d'État n° 388.023 du 5 novembre 2013, particulièrement suivi par les membres du congrès dans le cadre de l'adoption de la loi du pays *ad hoc*.

93 Article 100 de la loi organique statutaire.

94 Pour de plus amples informations sur la procédure devant les formations administratives, voir le site internet du Conseil d'État à l'adresse suivante : <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Conseiller/La-procedure-devant-les-formations-administratives>.

À cet égard, le Conseil d'État a souligné « l'apport, en termes de clarté, d'intelligibilité, et d'effectivité du droit, d'un régime unifié en matière d'interdiction »⁹⁵ de harcèlement. Il a émis des recommandations « générales » à l'image des garanties fondamentales en matière de médiation ou de l'extension du dispositif aux agents en formation et en stage compte tenu de leur vulnérabilité⁹⁶ et souligné le champ d'application de certaines dispositions. Il s'est de surcroît appuyé sur le droit positif en Nouvelle-Calédonie notamment sur la loi du pays n° 2013-9 du 22 novembre 2013 relative aux titres-repas afin de préciser la notion de secteur public figurant dans la proposition de loi du pays n° 15⁹⁷.

Article par article, allant jusqu'au titre de la proposition de loi du pays, l'examen de cette proposition de texte par les instances consultatives et le Conseil d'État ainsi que les travaux, menés par l'ensemble des services, inhérents à ces consultations, illustrent la minutie du travail parlementaire calédonien.

II. Le parcours commun d'un projet et d'une proposition de loi du pays : la phase légistique et d'adoption

De retour au boulevard Vauban, la proposition de loi du pays est désormais forte de l'ensemble des avis des instances consultatives concernées et de celui du Conseil d'État. L'ensemble de ces avis a été transmis aux conseillers pour information par les services du secrétariat général du congrès.

Le président du congrès confie alors sans délai l'examen des propositions de loi du pays aux commissions compétentes⁹⁸. Il existe 13 commissions intérieures au congrès⁹⁹. Chacune d'elle est dédiée à un domaine de compétence particulier. Pour en citer quelques-unes :

- la commission des finances et du budget « chargée notamment de l'examen du budget de la Nouvelle-Calédonie et de tout texte modifiant les inscriptions budgétaires ;

- la commission de la législation et de la réglementation générales « chargée notamment de la réglementation des professions libérales et commerciales et des officiers publics ou ministériels ; de la réglementation de la procédure civile ; du droit des assurances ; des règles relatives à la commande publique et des principes directeurs du droit de l'urbanisme ; du droit civil et des règles concernant l'état civil ; de la sécurité civile ; des affaires domaniales ; chargée, en outre, de toutes les matières qui ne relèvent pas de la compétence des autres commissions » ;

⁹⁵ Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*, p. 10.

⁹⁶ Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*, p. 8.

⁹⁷ Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*, p. 5.

⁹⁸ Article 43 du règlement intérieur du congrès.

⁹⁹ Les commissions intérieures sont listées à l'article 18 du règlement intérieur du congrès.

– la commission des droits de la femme et de la famille « chargée notamment de l'examen des projets et propositions de texte ainsi que de toute question intéressant la promotion et la défense des droits de la femme et de l'enfant, la politique d'égalité des chances entre les hommes et les femmes, l'élimination de toute discrimination fondée sur le sexe ou l'âge ; de la politique de la famille ».

Le président du congrès peut saisir plusieurs commissions sur une proposition de loi du pays afin qu'elles se réunissent conjointement pour son examen. C'est ainsi que la commission du travail et de la formation professionnelle (TFP) et la commission de l'organisation administrative et de la fonction publique (OAFP) ont été saisies de l'examen de la proposition de loi du pays n° 15 du 17 août 2012 relative à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans les relations de travail dans le secteur public.

Dans le même temps, un rapporteur spécial est désigné par le congrès parmi ses membres ou par la commission permanente en intersession¹⁰⁰, le congrès ne siégeant pas. Un conseiller de la Nouvelle-Calédonie est ainsi chargé d'élaborer le rapport spécial sur un projet ou une proposition de loi du pays, conditions *sine quanon* de son examen en séance publique :

« Aucun projet ou proposition de loi de pays ne peut être mis en discussion et aux voix s'il n'a fait au préalable l'objet d'un rapport écrit, déposé, imprimé et adressé aux membres du congrès huit jours avant la séance. »¹⁰¹

Mme Corine David, ancienne conseillère, élue du groupe Calédonie Ensemble, a été désignée rapporteur sur la proposition de loi du pays n° 15 du 17 août 2012 relative à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans les relations de travail dans le secteur public.

Le rôle du rapporteur spécial dans la procédure d'élaboration de la loi du pays est prépondérant. Il dispose de prérogatives particulières : il peut notamment auditionner toutes personnes qu'il juge utile de consulter¹⁰². Dans sa mission principale de rédaction du rapport spécial, le rapporteur spécial est accompagné des services du secrétariat général du congrès et tout particulièrement du service du contentieux et des affaires juridiques et des administrateurs.

À ce stade de la procédure législative, projet et proposition de loi du pays obéissent aux mêmes règles procédurales. Ils sont accompagnés, pour leur examen en commission de l'ensemble des avis rendus par les instances consultatives ainsi que de l'avis rendu par le Conseil d'État. Afin de faciliter la lecture de ces différents avis, un tableau comparatif peut être élaboré par les services du secrétariat général qui met en relief les différentes propositions de modification, le cas échéant, émises

100 Article 102 de la loi organique statutaire et article 43 du règlement intérieur.

101 *Idem*.

102 Article 15 du règlement intérieur du congrès.

par chaque instance, sur chaque article du projet ou de la proposition de loi du pays. Tous les documents nécessaires à l'examen du projet ou de la proposition de loi du pays sont annexés à la convocation de la réunion de la commission concernée par le service des commissions du congrès. Les commissions sont convoquées par leur président, 48 heures au moins avant leur réunion¹⁰³. L'ensemble des conseillers de la Nouvelle-Calédonie ainsi que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en reçoivent une copie. En effet, ces derniers, même s'ils ne sont pas membres de la commission s'agissant des élus, assistent, de plein droit, à la réunion de la commission. Ils n'ont cependant pas voix délibérative. Le président de la commission peut également accorder ce droit aux représentants de l'administration de la Nouvelle-Calédonie ainsi qu'à toute personne extérieure au congrès dûment convoquée¹⁰⁴. C'est ainsi que tenant compte d'éléments complémentaires apportés par le gouvernement en commission, le rapporteur de la proposition de loi du pays n° 15 a déposé un sous-amendement à l'amendement n° 20 visant à étendre les aggravations de peines en matière de harcèlement¹⁰⁵.

Il est intéressant de noter que, sur accord du président de la commission, toute personne peut être entendue si les membres de la commission estiment son audition utile¹⁰⁶. Ces personnes n'assistent ni au débat, ni au vote. Elles formulent leurs observations et se retirent, les travaux des commissions n'étant pas, en principe, publics¹⁰⁷, laissant les élus débattre.

Le délai de convocation des commissions permet à leurs membres un temps nécessaire à l'étude du dossier qui sera examiné et notamment de rédiger des amendements. Les élus peuvent en effet déposer des amendements au projet ou à la proposition de loi du pays consistant à modifier, compléter ou supprimer tout ou partie de ses dispositions ou y introduire des dispositions nouvelles¹⁰⁸. C'est ici que s'illustre un véritable travail de légistique. Ces amendements peuvent être déposés par les conseillers antérieurement à la réunion de la commission dédiée à l'examen de la proposition de loi du pays, au cours de ladite réunion de la commission et postérieurement à l'examen de la proposition de loi du pays, dans un délai de 72 heures au mois avant la séance et à titre exceptionnel en séance. À l'expiration de ce délai, seuls des sous-amendements, se rapportant à un amendement déposé dans les délais requis et examiné par la commission, et les amendements du rapporteur spécial, sans préjudice des éventuelles modifications apportées par les commissions intérieures, sont recevables¹⁰⁹.

103 Article 22 du règlement intérieur du congrès.

104 Article 23 du règlement intérieur du congrès.

105 Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, p. 11.

106 Article 24 du règlement intérieur du congrès.

107 Article 7 du règlement intérieur du congrès, sauf autorisation du président du congrès.

108 Article 74 du règlement intérieur du congrès.

109 *Idem*.

Lors de la réunion de la ou des commissions intérieures concernées, l'exposé des motifs de la proposition de loi du pays est lu par le rapporteur spécial. S'il s'agit d'un projet de loi du pays, l'exposé des motifs est remplacé par un rapport de présentation. Le rapporteur spécial ne doit pas être confondu avec le rapporteur de la commission, membre du bureau de la commission, qui pour tout autre texte, autre qu'un projet ou une proposition de loi du pays, est chargé de la lecture.

La discussion générale s'ouvre alors. Elle porte, comme son nom l'indique, sur l'objet et la portée du texte dans son ensemble. Elle constitue l'occasion d'échanges généraux et d'éclairages techniques entre les élus et le gouvernement, assisté par ses services administratifs, ou toutes personnes indiquées à cet effet. Chacun intervient sous le contrôle du président de la commission qui attribue la parole.

Une fois la discussion générale achevée, le président invite les membres de la commission à procéder à l'examen de la proposition de loi du pays article par article. L'occasion, le cas échéant, pour les membres de la commission de proposer des modifications et de formuler leurs observations.

L'examen du projet ou de la proposition de loi du pays en commission est essentiel car il permet aux conseillers de connaître le contexte dans lequel s'inscrit le projet ou la proposition de texte et d'en mesurer l'impact. Il s'agit d'une véritable phase législative avant la phase politique en séance publique.

Les membres de la commission, le cas échéant au nom du groupe politique qu'il représente, émettent un avis sur chaque article (favorable, défavorable, réservé) et sur l'ensemble du projet ou de la proposition de loi du pays soumis à leur examen¹¹⁰.

Un rapport de commission est rédigé par les secrétaires-rédacteurs du service des commissions du congrès et signé par le président de la commission concerné. Ce rapport établit la synthèse des débats concernant l'analyse du dossier examiné par la commission. Il relate ainsi le travail de décortilage et de consensus menés sur les dispositions de la proposition de loi du pays qui permet par la suite à l'ensemble des conseillers de disposer d'un support de travail parlementaire lors de la séance publique dédiée. Ce rapport de commission précise les avis et recommandations émis ainsi que le résultat des votes¹¹¹. Il constitue la base de l'examen du texte en séance publique lorsqu'il s'agit de tout autre texte qu'une loi du pays : projet ou proposition de délibération, de résolution et d'avis.

Les commissions du travail et de la formation professionnelle et de l'organisation administrative et de la fonction publique se sont réunies le 26 décembre 2013 afin d'examiner la proposition de loi du pays n° 15. Pas moins de 26 amendements ont été déposés, le 20 décembre 2013, par le rapporteur spécial sur cette proposition. « Ces amendements sont principalement d'ordre technique et répondent à des exigences juridiques »¹¹²

110 Article 26 du règlement intérieur du congrès.

111 Article 21 du règlement intérieur du congrès.

112 Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*, p. 12.

À ce propos, il convient de préciser que chaque amendement est rédigé, composé d'un exposé des motifs et de la proposition de modification de l'article concerné et signé de son ou ses auteurs¹¹³. La procédure de dépôt et d'adoption des amendements répond à des règles particulières. Les amendements ne sont en effet recevables que s'ils s'appliquent effectivement « à un article du texte qu'ils visent ou, s'agissant d'articles additionnels, s'ils sont proposés dans le cadre du projet ou de la proposition. Une proposition comprenant plusieurs amendements portant sur des articles différents du texte qu'ils visent, n'est pas recevable »¹¹⁴. Dès lors, la proposition d'amendement doit viser uniquement une disposition du texte. Les sous-amendements ne sont de surcroît recevables que s'ils n'ont pas pour effet de contredire le sens des amendements auxquels ils s'appliquent¹¹⁵.

Les services de la présidence du congrès communiquent ces amendements au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, à la commission compétente du congrès et à l'ensemble des élus¹¹⁶.

« Ils doivent être examinés par la commission compétente dans les deux jours qui précèdent leur examen en séance »¹¹⁷

Un amendement est examiné après lecture de l'article concerné. Les élus émettent alors un avis sur l'amendement puis sur l'article modifié ou non. Les membres des commissions ont émis un avis favorable à l'unanimité sur l'ensemble des dispositions de la proposition de loi du pays n° 15 amendée.

Le rapport n° 198 du 26 décembre 2013 des commissions du travail et de la formation professionnelle et de l'organisation administrative et de la fonction publique établit ainsi la synthèse des débats qui ont eu lieu sur la proposition de loi du pays n° 15 du 17 août 2012 relative à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans les relations de travail dans le secteur public. Le nombre élevé d'amendements renforce l'utilité du rapport de commission dans la procédure normative.

S'agissant d'une loi du pays, le rapport de commission ne sera pas lu en séance, comme pour une délibération¹¹⁸, mais annexé au rapport spécial.

Cette obligation dans la procédure législative, tirée directement de la loi organique statutaire, trouve sa traduction dans l'article 43 du règlement intérieur du congrès qui en décrit la composition :

« Ce rapport doit comporter un exposé des motifs détaillé et les éléments d'impact du projet ou de la proposition de loi du pays, et rappelle l'essentiel des observations qui ont été formulées par les instances consultatives et les commissions intérieures du congrès sur ce texte. Il conclut à l'adoption, au rejet ou à la modification du

¹¹³ Article 74 du règlement intérieur du congrès.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Il faut noter que dans le cadre de l'examen d'un texte autre qu'une loi du pays, lorsque le rapport de la commission a été imprimé et distribué, sa présentation peut se limiter à un complément d'information ou à un commentaire, sans qu'il en soit donné lecture, article 59 du règlement intérieur du congrès.

texte dont la commission a été initialement saisie. Il comporte un tableau comparatif qui fait état de ces éventuelles modifications.

En annexe du rapport doivent être insérés notamment tous les amendements déposés sur le texte, les avis des instances consultatives sollicitées, ainsi que le rapport des commissions intérieures ayant examiné le projet ou la proposition de loi du pays concernée.

Le rapport est déposé sur le bureau du congrès, pour transmission. »

Le rapport spécial établit ainsi la synthèse des travaux préparatoires menés sur la proposition ou le projet de loi du pays. Il met également en exergue l'impact du projet ou de la proposition de loi du pays. C'est en toute transparence, et conformément à leur droit à l'information, et dans un délai raisonnable, huit jours étant accordés aux conseillers pour s'imprégner du dossier¹¹⁹ comprenant tous les documents utiles, que sera examiné le projet ou la proposition de loi du pays. D'autant qu'il est accompagné d'un tableau comparatif, véritable œuvre de légistique, qui permet une lecture éclairée des dispositions de la ou du projet de loi du pays et de ses modifications le cas échéant.

Le rôle essentiel du rapporteur spécial dans le cadre de la procédure législative ressort également du fait que lorsqu'un projet ou une proposition de loi du pays est inscrit à l'ordre du jour d'une séance publique, il est celui qui ouvre la discussion¹²⁰. Il est chargé de présenter son rapport en séance¹²¹. Il en fait ainsi la lecture¹²² et rappelle les observations de la commission *ad hoc* ainsi que les avis émis par les instances consultatives.

Lorsqu'il s'agit d'un projet ou d'une proposition de texte autre qu'une loi du pays, la première étape de la procédure d'adoption est tout autre. Dans le cadre d'un projet de texte, la présentation du texte sera assurée par le président ou le membre du gouvernement en charge du secteur. Dans le cadre d'une proposition de texte, son auteur assurera sa présentation et le président du congrès invitera le gouvernement à formuler ses observations et son avis sur ladite proposition.

Personnage central dans le cadre de la discussion du projet ou de la proposition de loi du pays, aucune limite n'est imposée au rapporteur spécial dans le cadre de sa prise de parole en séance publique, contrairement aux autres conseillers dont la prise de parole est limitée à deux interventions¹²³. De surcroît, la priorité sur la prise de parole lui est octroyée lorsqu'il la demande¹²⁴.

En séance publique, la discussion générale, portant sur l'ensemble des textes soumis à délibération, précède l'examen des projets et des propositions de texte¹²⁵.

119 Article 76 de la loi organique statutaire.

120 Dans le cadre d'un projet ou d'une proposition de délibération, la discussion est ouverte par le président de la commission compétente, article 59 du règlement intérieur du congrès de la Nouvelle-Calédonie.

121 Article 59 du règlement intérieur du congrès.

122 Article 15 du règlement intérieur du congrès.

123 Article 54 du règlement intérieur du congrès.

124 Article 56 du règlement intérieur du congrès.

125 Article 60 du règlement intérieur du congrès.

Après la clôture de la discussion générale décidée par le président, le rapporteur spécial fait lecture de son rapport. Puis, le congrès procède à la discussion, ouverte par le rapporteur spécial, portant successivement sur chaque article et les amendements qui s'y rattachent¹²⁶.

« Les amendements sont mis en discussion après la discussion du texte qu'ils tendent à modifier et aux voix avant le vote de ce texte.

Lorsqu'ils viennent en concurrence, les amendements sont mis en discussion dans l'ordre ci-après : amendements de suppression et ensuite les autres amendements en commençant par ceux qui s'écartent le plus du texte proposé et dans l'ordre où ils s'y opposent, s'y intercalent ou s'y ajoutent. »¹²⁷.

Chaque orateur ne peut intervenir qu'une seule fois sur un article¹²⁸. Seuls l'un des signataires, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et les personnes qui y ont été autorisées par le président du congrès peuvent être entendus sur chaque amendement¹²⁹.

Le congrès procède au vote article par article¹³⁰. Sur chaque article, il se prononce sur le ou les amendements qui s'y rapportent et vote l'article amendé.

L'importance des amendements est telle que leur examen peut conduire à une demande de renvoi, émanant du président du congrès ou du président de la commission intérieure compétente, de la ou du projet de proposition en commission. Il en est ainsi lorsque l'adoption de certains amendements aurait pour conséquence de modifier en profondeur l'ensemble du texte discuté par le congrès¹³¹.

Précédemment au vote sur l'ensemble du projet ou de la proposition de loi du pays, cinq minutes de parole peuvent être accordées à un orateur de chacune des formations politiques du congrès et à un orateur supplémentaire par groupe politique constitué pour une explication de vote¹³². Mme Falelavaki, au nom du groupe Engagement pour une Calédonie dans la France, déclarait :

« Aujourd'hui, il est de notre devoir au sein même de cet hémicycle de dire : « stop ! ». [...] Stop à cette violence qui ne fait que niveler vers le bas notre société ! Votons aujourd'hui et ce à l'unanimité cet arsenal juridique qui permet de lutter contre ces violences identifiées, nous entendre sur cette valeur humaniste d'un monde de

126 Article 62 du règlement intérieur du congrès.

127 Article 76 du règlement intérieur du congrès.

128 Article 63 du règlement intérieur du congrès.

129 Article 77 du règlement intérieur du congrès.

130 Article 61 du règlement intérieur du congrès.

131 Article 78 du règlement intérieur du congrès.

132 Article 65 du règlement intérieur du congrès.

travail sécurisé empreint d'aucune forme de violences est capital, en particulier pour les femmes de notre pays qui en demeurent toujours les principales victimes. »¹³³

Après les explications de vote, aucune intervention des conseillers et du gouvernement n'est admise¹³⁴. Le congrès procède au vote sur l'ensemble du projet ou de la proposition de loi du pays. Le décompte des votes est assuré par les secrétaires¹³⁵.

Les lois du pays sont adoptées par le congrès au scrutin public, à la majorité absolue des membres qui le composent¹³⁶. 28 voix sont donc nécessaires. Les délibérations sont quant à elles adoptées à la majorité relative, le plus grand nombre de voix obtenues, suffit donc.

Il apparaît pertinent de rappeler qu'un conseiller « ne peut prendre part à l'adoption d'une loi du pays s'il est directement intéressé à l'affaire qui en fait l'objet, soit en son nom personnel, soit comme mandataire »¹³⁷. Cette restriction est étendue à l'ensemble des affaires intéressant le congrès notamment les délibérations¹³⁸.

Certaines lois du pays, compte tenu de l'importance particulière de leur objet dans le cadre de l'Accord de Nouméa, nécessitent une majorité qualifiée des trois cinquièmes des membres du congrès pour être adoptées, à l'instar des lois du pays relatives aux signes identitaires, au nom de la Nouvelle-Calédonie¹³⁹ ainsi que celles relatives aux compétences transférées et l'échéancier des transferts¹⁴⁰.

Un projet ou une proposition de loi du pays, ainsi que de délibération, peut faire l'objet d'une demande, émanant du président du congrès, du président du gouvernement, du président de la commission saisie au fond, du président d'un groupe d'élus du congrès, afin d'être adoptée selon une procédure simplifiée. Dans ce cadre spécifique, organisé par l'article 69 du règlement intérieur du congrès, le congrès vote immédiatement à main levée et sans débat :

« La discussion sur le texte n'intervient qu'après l'expiration d'un délai minimum de 24 heures.

La demande d'examen du texte selon la procédure d'adoption simplifiée est notifiée au gouvernement.

Les amendements des membres du congrès et de la commission saisie au fond sont recevables, au plus tard jusqu'à 19 heures, la veille de la discussion prévue le lendemain matin, ou au plus tard jusqu'à 9 heures, le jour de la discussion prévue l'après-midi.

133 Compte-rendu intégral des débats, Session budgétaire de novembre-décembre 2013 et janvier 2014, 8^e séance du mercredi 22 janvier 2014, Congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, p. 46.

134 Article 65 du règlement intérieur du congrès.

135 Article 64 du règlement intérieur du congrès.

136 Article 101 de la loi organique statutaire.

137 Article 101 de la loi organique statutaire et article 37 du règlement intérieur du congrès.

138 Article 196-IX de la loi organique statutaire et article 37 du règlement intérieur du congrès.

139 Article 5 de loi organique statutaire.

140 Article 26 de la loi organique statutaire.

Si postérieurement à ce délai, le gouvernement dépose un amendement, le texte est retiré de l'ordre du jour. Il peut être inscrit au plus tôt, lors de la séance suivante. La discussion a alors lieu selon la procédure de droit commun.

Lorsqu'un texte soumis à la procédure d'adoption simplifiée fait l'objet d'amendements dans les conditions prévues ci-dessus, le président du congrès appelle uniquement les articles qui font l'objet d'un amendement.

Sur chaque amendement, peuvent seuls intervenir l'auteur de l'amendement ou un membre de son groupe, le président du gouvernement, le président et le rapporteur de la commission saisie au fond et un orateur "contre".

Le président ne met aux voix que les amendements, les articles auxquels ils se rapportent et l'ensemble du projet ou de la proposition de loi du pays ou de délibération.

Cette procédure peut également être utilisée lorsqu'une nouvelle délibération est demandée. »

La proposition de loi du pays n° 15 du 17 août 2012 relative à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans les relations de travail dans le secteur public a été adoptée, par le congrès, le 22 janvier 2014, à l'unanimité.

Le service des séances, rattaché à la direction des services de l'hémicycle (DSHEMI), au sein du secrétariat général, rédige le compte-rendu intégral des séances, qui sera publié au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC) et mis en ligne sur le site JURIDOC, dans la rubrique – journal officiel - « débats du congrès ». Ce document permet de disposer de l'intégralité des débats menés sur la loi du pays et notamment du rapport spécial et des explications de vote des groupes d'élus du congrès. Il est signé par le président du congrès et les secrétaires du bureau.

Suite à l'adoption de la loi du pays, le service des séances du congrès se charge de la transmission de ladite loi du pays aux conseillers de la Nouvelle-Calédonie, pour information, au service de l'imprimerie administrative, rattaché à la direction des affaires administratives du gouvernement pour publication au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC)¹⁴¹ et aux services du haut-commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie pour promulgation afin d'assurer le caractère exécutoire de plein droit de la loi du pays¹⁴².

« Le président du congrès et le président de la commission permanente certifient sous leur responsabilité, chacun en ce qui le concerne, le caractère exécutoire des actes qu'ils émettent. »¹⁴³

141 Article 204 de la loi organique statutaire. La publication au JONC de la loi du pays permet de disposer des informations essentielles sur l'ensemble des travaux préparatoires menés dans le cadre de son élaboration. La référence des avis des instances consultatives, du Conseil d'État, du rapport de commission, du rapport spécial, de la date de son adoption figure à la dernière page de la loi du pays.

142 Article 204-I de la loi organique statutaire. Les délibérations sont quant à elles transmises au haut-commissaire dans le cadre du contrôle de légalité. En revanche, les vœux et les résolutions adoptés par le congrès sont exécutoires de plein droit dès leur publication au JONC, article 204-III de la loi organique statutaire.

143 Article 204-V de la loi organique statutaire.

Durant les quinze jours qui suivent l'adoption d'une loi du pays, le haut-commissaire, le gouvernement, le président du congrès, le président d'une assemblée de province ou onze membres du congrès peuvent soumettre cette loi ou certaines de ses dispositions à une seconde lecture. Cette nouvelle délibération du congrès ne peut être refusée. Elle doit intervenir moins de huit jours après la demande¹⁴⁴.

En vertu des dispositions de l'article 106 de la loi organique statutaire, le haut-commissaire¹⁴⁵ promulgue la loi du pays, avec le contreseing du président du gouvernement, soit dans les dix jours de la transmission qui lui en est faite par le président du congrès à l'expiration du délai prévu par l'article 104 (dans le cadre d'une loi du pays adoptée en seconde lecture, délai de 10 jours) pour saisir le Conseil constitutionnel, soit dans les dix jours suivant la publication au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie de la décision du Conseil constitutionnel.

Dans le cadre de sa promulgation, la loi du pays dispose d'un numéro et est datée de sa date de promulgation.

Ainsi, la proposition de loi du pays n° 15 du 17 août 2012 relative à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans les relations de travail dans le secteur public est devenue la loi du pays n° 2014-9 du 18 février 2014 relative aux relations de travail et à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans le secteur public.

Après leur promulgation, les lois du pays ne sont susceptibles d'aucun recours¹⁴⁶. Le président du congrès, le président du gouvernement, le président d'une assemblée de province et le haut-commissaire disposent cependant de la faculté de saisir le Conseil d'État « aux fins de constater qu'une disposition d'une loi du pays est intervenue en dehors du domaine défini à l'article 99 » de la loi organique statutaire¹⁴⁷. De surcroît, les dispositions d'une loi du pays peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁴⁸ illustrant parfaitement l'apport essentiel des lois du pays pour la Nouvelle-Calédonie mais également pour le système juridique de la République française.

À l'heure où le congrès initie des chantiers législatifs colossaux tels que le Code des assurances et le Code agricole et pastoral de Nouvelle-Calédonie, on ne peut que se féliciter que la loi du pays soit le fruit d'un véritable travail parlementaire au service du destin commun.

144 Article 103 de la loi organique statutaire.

145 Dans le cadre d'une délibération, le représentant de l'État assure le contrôle de légalité, voir l'article 204 de la loi organique statutaire.

146 Article 107 de la loi organique statutaire.

147 *Idem*.

148 *Ibid*.

L'impulsion du conseil économique social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie dans le processus d'adoption des lois du pays

Christelle DENAT

Chargée d'études

Conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie
(CESE-NC)

Après le gouvernement, le congrès et le sénat coutumier, le conseil économique, social et environnemental (CESE-NC) est la quatrième institution de la Nouvelle-Calédonie¹⁴⁹.

Instance consultative, il a pour mission principale de rendre des avis et de formuler des propositions aux décideurs politiques sur les sujets économiques, sociaux, culturels et environnementaux.

I. Propos liminaires sur l'institution

En Nouvelle-Calédonie, sa reconnaissance institutionnelle date de la loi référendaire de novembre 1988¹⁵⁰. Mais le député Jacques Lafleur avait, dès 1979, déposé une proposition de loi, à l'instar de ce qui existait dans les régions métropolitaines depuis 1972. Le comité économique et social est officiellement mis en place en mars 1991¹⁵¹. Il est composé de 31 membres : 28 désignés dans le cadre des provinces à raison de 8 pour le Nord, 16 pour le Sud et 4 pour les îles Loyauté ainsi que 3 membres représentant respectivement la chambre d'agriculture, la chambre de commerce et d'industrie et la chambre des métiers. « Le comité économique et social donne son avis sur les projets à caractère économique, social ou culturel qui lui sont soumis par le congrès, les assemblées de province, le conseil consultatif coutumier du territoire ou par le haut-commissaire. »¹⁵²

149 Sommaire de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 24 mars 1999, p. 1182.

150 Articles 5 & 59 de la loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, *JORF* du 10 novembre 1988, p.14087.

151 Délibération n° 122 du 8 août 1990 portant organisation et fonctionnement du comité économique et social du Territoire, *JONC* du 11 septembre 1990, p.2307. Arrêté n° 91-05/CC du 21 février 1991 constatant la désignation des membres du Comité économique et social de la Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 5 mars 1991, p. 802 ; Arrêté n° 3619-T du 15 avril 1991 constatant la composition du bureau du Comité économique et social, *JONC* du 23 avril 1991, p. 1229. Délibération n° 91-01/CES du 29 avril 1991 portant règlement intérieur du Comité Economique et Social de la Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 11 juin 1991, p. 1678.

152 Alinéa 3 de l'article 59 de la loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 susvisée.

La loi organique modifiée du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie a transformé le « comité économique et social » en « conseil économique et social », élargissant ainsi ses compétences et diversifiant les autorités habilitées à le saisir.

À l'instar de la dénomination métropolitaine et ultramarine pour les CES régionaux¹⁵³, le CESE-NC avait réalisé la demande auprès des pouvoirs publics que l'aspect environnemental, enjeu majeur pour la Nouvelle-Calédonie, soit pris en considération à l'occasion de la dernière modification de la Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie¹⁵⁴. C'est la raison pour laquelle le nom de l'institution a été modifié et précisé avec sa nouvelle mandature¹⁵⁵ :

« Conformément à l'article 6 de la loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013, à compter du prochain renouvellement des membres du conseil économique et social, cette institution s'appellera "conseil économique, social et environnemental" ».

De fait, il sera clairement précisé la compétence environnementale en matière de saisine tant s'agissant de loi du pays que de délibérations¹⁵⁶.

Aujourd'hui, il est composé de 41 membres : par délibération provinciale, les assemblées choisissent des organismes qui vont désigner leurs représentants (28), 2 sénateurs coutumiers désignés par le sénat coutumier en son sein, 2 seront désignés par le comité consultatif de l'environnement en son sein et 9 personnes qualifiées nommées par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie¹⁵⁷. L'ensemble des désignations des membres du CESE-NC est ensuite constaté par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

Ainsi nommé, chaque conseiller doit faire partie au moins d'une commission, celle-ci étant au cœur du travail du CESE-NC. L'article 12 de la délibération modifiée portant organisation et fonctionnement de l'institution¹⁵⁸ prévoit 7 commissions internes :

- commission du développement économique, de la fiscalité et du budget
- commission de la santé et de la protection sociale
- commission de l'agriculture, de l'élevage, des forêts et de la pêche
- commission de la culture, de la jeunesse et des sports

153 Conseil économique, social et environnemental régional.

154 Loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013 portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 16 novembre 2013, p. 18616 & *JONC* du 10 décembre 2013, p. 9737.

155 Article *Les Nouvelles Calédoniennes* du 16 mars 2016. Date arrêtée au 21 avril 2016.

156 Article 155 de la loi organique : « Le conseil économique, social et environnemental est consulté sur les projets et propositions de loi du pays et de délibération du congrès à caractère économique, social ou environnemental [...] ».

157 Article 153 de la loi organique modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie susvisée.

158 Délibération modifiée n° 003/CP du 5 novembre 1999 portant organisation et fonctionnement du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 7 décembre 1999, p. 6251.

- commission de l’environnement, de l’aménagement et des infrastructures¹⁵⁹
- commission de l’enseignement, de l’éducation, du travail et de la formation,
- commission des affaires coutumières

De plus, lors de la mise en place de la mandature 2010-2015, une modification de la délibération susmentionnée a ajouté 2 commissions, à savoir :

- une commission des mines, de la métallurgie et des énergies
- une commission du développement touristique

En outre, l’alinéa 3 dudit article 12 dispose que « Le conseil économique et social peut créer d’autres commissions intérieures, ainsi que des commissions spéciales pour l’examen d’affaires particulières ». Ainsi, à l’occasion de la séance plénière du 22 avril 2011, une commission de la femme est créée.

Chaque commission est composée de onze conseillers ainsi que d’un bureau, élu en son sein, comprenant un président, un vice-président et un rapporteur.

Par ailleurs, le CESE-NC comprend un bureau composé du président, de quatre vice-présidents, de deux questeurs et d’un secrétaire pour la durée de son mandat¹⁶⁰.

Ainsi organisé, le CESE-NC assure la représentation de la société civile et des forces vives calédoniennes dans toute leur pluralité. C’est ainsi que tous les secteurs de l’activité économique de la Nouvelle-Calédonie se retrouvent dans les commissions, tels que : les mines et la métallurgie, le tourisme, l’agriculture, la pêche, les professions libérales, les commerçants, le domaine sportif, les associations des différentes cultures, le sénat coutumier, les principaux syndicats de salariés et de fonctionnaires, le patronat, les personnes handicapées, l’habitat social, l’ADRAF, le conseil des femmes, etc. Lorsqu’un secteur n’est pas matérialisé, il est associé aux travaux des commissions internes, à l’instar des consommateurs ou de l’environnement par exemple.

II. Les compétences du CESE-NC et son rôle dans le processus d’adoption des lois du pays

A. Son rôle

« Le CESE-NC est consulté sur les projets et propositions de loi du pays et de délibération du congrès à caractère économique, social ou environnemental. »¹⁶¹

Cependant, qu’entendons-nous par *économique et social* ? En effet, la plupart des textes ont un contenu économique et social rendant ainsi le champ de saisine de l’institution difficilement identifiable car très vaste. Initialement, la doctrine s’est interrogée sur ce point :

159 Article 2 de la délibération n° 28/CP du 5 avril 2016 modifiant la délibération modifiée n° 03/CP du 5 novembre 1999 portant organisation et fonctionnement du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie.

160 Alinéa 3 de l’article 6 de la délibération modifiée n° 003/CP du 5 novembre 1999 portant organisation et fonctionnement du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie susvisée.

161 Alinéa 1^{er} de l’article 155 de la loi organique modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie.

« La fonction publique, le domaine public, la desserte aérienne ont des aspects économiques et sociaux. On pourrait même soutenir, par une peut-être trop facile opposition des deux premiers alinéas de l'article 155, que le domaine culturel est le seul expressément exclu de l'obligation de consultation [...] on ne peut que noter la difficulté, et espérer qu'elle sera résolue par une définition étroite. »¹⁶²

Aujourd'hui, aucune définition précise n'a été apportée mais la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour les lois du pays et celle du Conseil d'État pour les délibérations, ont contribué à délimiter ce champ. Par exemple, le premier a estimé que la fiscalité ne constituait pas une mesure à caractère économique et social¹⁶³.

Outre le président du gouvernement pour les projets et le président du congrès pour les propositions, les assemblées de province et le sénat coutumier peuvent le saisir ou le consulter dans le secteur économique, social, culturel ou environnemental. Celui-ci dispose d'un délai d'un mois pour donner son avis, ramené à quinze jours en cas d'urgence.

Par ailleurs, de sa propre initiative, le CESE-NC peut réaliser en « autosaisine » des études sur tout sujet concernant le développement de la Nouvelle-Calédonie¹⁶⁴. Il s'agit de dossiers qui sont traités sur plusieurs mois et sont bien plus conséquents tant en densité qu'en personnes auditionnées.

Ainsi, le rôle principal de cette institution n'est pas de se subroger aux pouvoirs publics, mais de les aider dans leur prise de décisions en leur apportant des éléments de réflexion issus de la société civile organisée, permettant *de facto*, l'aboutissement à un consensus dans la norme législative ou réglementaire à adopter.

En pratique, qu'il s'agisse d'une saisine ou d'une autosaisine, ce sont les commissions qui, désignées par le bureau du CESE-NC¹⁶⁵, établissent leur calendrier de travail, auditionnent les invités qu'elles décident d'entendre¹⁶⁶, préparent les syn-

162 François Garde, *Les Institutions de la Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, 2001, p. 241-242.

163 Décision du Conseil constitutionnel n° 2000-1LP du 27 janvier 2000 relative à la loi du pays n° 99-003 instituant une taxe générale sur les services : « Considérant que la loi du pays déferée au Conseil constitutionnel, qui modifie le code des impôts applicable en Nouvelle-Calédonie, a exclusivement pour objet de créer une nouvelle imposition assise sur les prestations de services effectuées à titre onéreux ; que cette imposition est destinée à abonder le budget de la Nouvelle-Calédonie ; qu'ainsi, la loi du pays contestée ne revêt pas un « caractère économique » au sens de l'article 155 précité ; que, par suite, son adoption par le congrès ne devait pas être nécessairement précédée de la consultation du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie ».

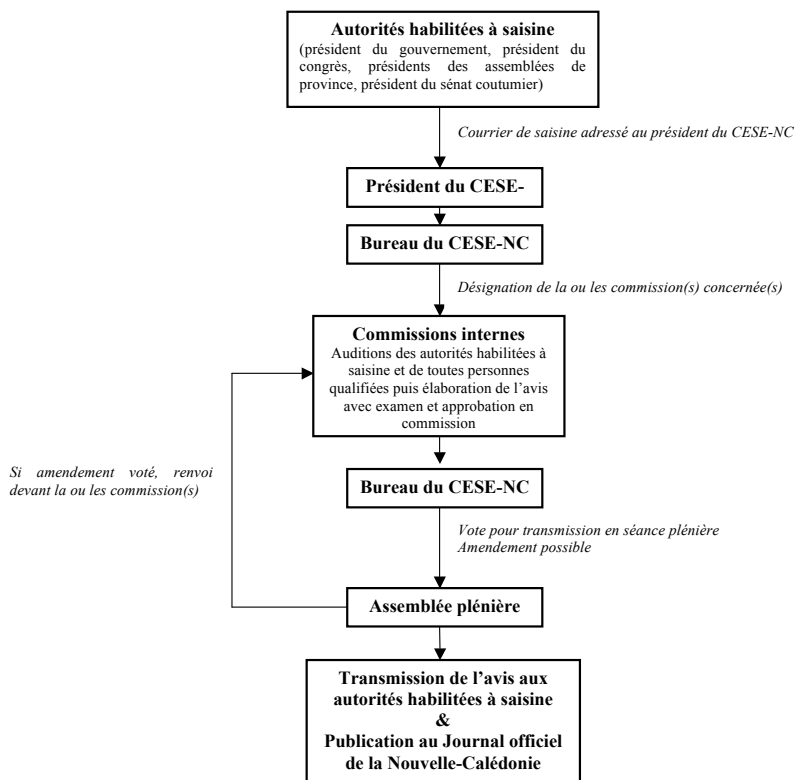
164 Article 18 de la délibération modifiée portant organisation et fonctionnement du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie : « Le conseil économique et social peut émettre des vœux sur des sujets à caractère économique, social et culturel, à destination des autorités habilitées à le saisir ».

165 Alinéa 1^{er} de l'article 16 de la délibération modifiée portant organisation et fonctionnement du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie : « Dès saisine du conseil économique et social par le gouvernement ou son président, le président du congrès, les assemblées de province ou le sénat coutumier, le bureau soumet à la commission concernée l'affaire relevant de sa compétence en indiquant le délai d'examen. ».

166 Alinéa 3 de l'article 14 de la délibération modifiée portant organisation et fonctionnement du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie : « Les commissions peuvent entendre toute personne qualifiée qu'elles jugent utile. ».

thèses, approuvent les projets d'avis et de vœux. Ceux-ci sont soumis au bureau puis à l'ensemble des conseillers siégeant en séance plénière pour adoption¹⁶⁷.

B. Schéma d'une saisine



Source : article « L'impulsion du conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie dans le processus d'adoption des lois du pays », Christelle DENAT

S'agissant de la procédure d'amendement, tout conseiller peut déposer un amendement qui devra être présenté au CESE-NC 48 heures avant la séance plénière. Lorsque la ou les commission(s) estime(nt) qu'un amendement, s'il était adopté, modifierait profondément le texte discuté, elle(s) peu(ven)t demander un renvoi devant la commission pour un nouvel examen. Dans ce cas, le conseil statue. Les amendements sont débattus après la discussion du texte principal.

¹⁶⁷ Article 15 de la délibération modifiée portant organisation et fonctionnement du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie : « Les commissions sont saisies par le bureau mais seul le conseil économique et social en assemblée plénière, après rapport de la commission intéressée, peut donner l'avis sollicité. ».

C. La saisine en matière de loi du pays

Qu'il s'agisse d'une loi du pays ou d'une délibération, la saisine se déroule de la même manière. Cependant, l'article 155 de la loi organique modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie dispose que « le CESE-NC est consulté sur **les projets et propositions de loi du pays** et de délibération du congrès à caractère économique, social ou environnemental. ». Or, en pratique, l'institution réceptionne des **avant-projets** de loi du pays et non des **projets**.

Cette particularité est issue d'une demande expresse du Conseil d'État d'avoir à disposition l'avis de toutes les instances consultatives avant de lui-même se prononcer dans le délai d'un mois qui lui est imparti.

En effet, celui-ci est saisi pour avis obligatoire sur tous les projets de loi du pays avant qu'ils ne soient soumis au vote du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie¹⁶⁸ et sur toute proposition de loi du pays avant sa première lecture¹⁶⁹.

D. La portée des avis du CESE-NC en matière de loi du pays

S'interroger sur la portée des avis du CESE-NC revient à se demander « à quoi sert le CESE-NC ? ». « La question est souvent posée. Mesurer l'utilité des travaux du conseil économique et social, c'est en revenir au vieux débat sur l'utilité de la fonction consultative »¹⁷⁰. Le principe de base de l'intervention, dans le processus de la décision politique, d'un organisme consultatif, est que ses avis n'ont pas de caractère contraignant. De fait, le suivi des suites données à ses recommandations est très difficilement mesurable.

« Ainsi, un délai très important peut intervenir entre l'expression d'une proposition et sa traduction concrète dans une décision prise par le gouvernement ou le congrès [...]. Il peut également arriver que la proposition du CES-NC soit reprise sous une forme quelque peu différente, ce qui complique l'établissement de sa filiation »¹⁷¹.

Toutefois, cinq exemples de loi du pays peuvent répondre à la question de l'utilité des travaux du CESE-NC :

1. la prise en compte du *statut des bénévoles* mentionnée dans une recommandation d'un avis de 2001¹⁷² repris par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à l'occasion des jeux du Pacifique de 2011 dans la loi du pays du 17 octobre 2011 portant diverses mesures en faveur de la promotion du sport et du statut des bénévoles au sein des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie¹⁷³ ;

168 Alinéa 1^{er} de l'article 100 de la loi organique modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie : « Les projets de loi du pays sont soumis, pour avis, au Conseil d'État avant leur adoption par le gouvernement délibérant en conseil. ».

169 Alinéa 2 de l'article 100 de la loi organique modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie.

170 Revue des pionniers n° 27 de décembre 2010, p. 4.

171 *Ibid*, p. 22.

172 Avis n°16/2001 du 31 août 2001 concernant le projet de délibération relatif au sport en Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 25 novembre 2001, p. 4764.

173 Loi du pays n° 2011-3 du 17 octobre 2011 portant diverses mesures en faveur de la promotion du sport et du statut des bénévoles au sein des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 18 octobre 2011 p. 7935.

2. *Le harcèlement moral et sexuel* sur les lieux de travail étudié dans un vœu de 2002¹⁷⁴ dont le travail a été salué par le Conseil d'État qui a intégré certaines de ses propositions dans son avis, avec une mise en œuvre par les pouvoirs publics en 2011 pour le secteur privé et 2014 pour le secteur public¹⁷⁵.

3. À l'occasion de l'étude du projet de loi de pays sur le *prêt à taux zéro*, le CESE-NC avait suggéré que la construction ancienne puisse entrer dans le champ d'application¹⁷⁶. Non seulement le Conseil d'État a approuvé cette proposition, mais le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie l'a reprise dans sa loi du pays du 17 décembre 2010 instituant un crédit d'impôt au titre d'une avance remboursable ne portant pas intérêt, dénommée « prêt à taux zéro »¹⁷⁷.

4. *Le statut des agents non titulaires* étudiés dans un vœu¹⁷⁸ puis dans un avis¹⁷⁹ dont des recommandations juridiques similaires ont été formulées par le Conseil d'État encore en travail.

5. Le vœu relatif au *droit des assurances*¹⁸⁰ qui a pu être une base de travail pour l'élaboration de l'avant-projet de loi du pays relative au livre III et au livre V du Code des assurances applicables en Nouvelle-Calédonie.

Par conséquent, le CESE-NC semble aujourd'hui de plus en plus sollicité et ses avis sont écoutés. « Preuve en est l'intervention du Conseil d'État dans le cadre des projets de loi du pays qui, tenant compte de nos préconisations sur le prêt à taux zéro et le harcèlement au travail par exemple, a demandé au gouvernement de modifier sa copie »¹⁸¹.

174 Rapport et vœu du conseil économique et social n°02/2002 du 20 février 2002 concernant l'étude relative au harcèlement sexuel et moral au travail, *JONC* du 5 mars 2002, p.1206.

175 Loi du pays n° 2011-5 du 17 octobre 2011 relative aux relations de travail et à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel au travail, *JONC* du 18 octobre 2011, p. 7938 ; Loi du pays n° 2014-9 du 18 février 2014 relative aux relations de travail et à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans le secteur public, *JONC* du 25 février 2014, p. 2026.

176 Rapport et avis du conseil économique et social n°11/2010 du 25 août 2010 relative à un projet de loi du pays instituant un crédit d'impôt au titre d'une avance remboursable ne portant pas intérêt, dénommée « prêt à taux zéro », *JONC* du 9 septembre 2010 p. 7904.

177 Loi du pays n° 2010-12 du 17 décembre 2010 instituant un crédit d'impôt au titre d'une avance remboursable ne portant pas intérêt, dénommée « prêt à taux zéro », *JONC* du 20 décembre 2010, p. 10074.

178 Rapport et vœu du conseil économique et social n°01/2012 du 10 février 2012 relatif au statut des agents non titulaires en Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 13 mars 2012, p. 2136.

179 Rapport et avis du conseil économique et social n°16/2012 du 21 novembre 2012 relatifs à la saisine en urgence portant sur l'avant-projet de loi du pays relatif aux agents non titulaires des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 4 décembre 2012, p. 9241.

180 Rapport et vœu n° 02/2011 du 25 août 2011 concernant l'autosaisine relative au droit des assurances en Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 3 novembre 2011, p. 8308.

181 Propos de l'ancien président de l'institution, mandature 2010-2015, Monsieur Yves Tissandier, *Revue Objectif*, avril-mai 2011, p. 8.

III. Récapitulatif des avis rendus sur les lois du pays¹⁸²

Tous les avis et vœux du CESE-NC sont publiés au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie, rendant les travaux de l'institution accessibles à tous.

A. Des domaines toujours exclus du champ de la saisine

Le développement que connaît actuellement le pays, notamment dans le secteur économique, fiscal, culturel et environnemental, façonne le paysage, modifie les comportements, influence et change les rapports entre les individus. Toujours à l'occasion de la dernière modification de la Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, le CESE-NC a émis le souhait de pouvoir également être consulté sur l'ensemble de ces thématiques à savoir les secteurs de la fiscalité, culturel et environnemental ainsi que sur le projet de budget de la Nouvelle-Calédonie. En ce sens, ce dernier représentant la mise en œuvre concrète des politiques de développement et de construction du pays, il semble judicieux que le CESE-NC puisse se prononcer, d'autant que son avis est uniquement consultatif. D'ailleurs, les CES régionaux sont amenés à se prononcer sur celui de la région.

Aujourd'hui, trois domaines restent exclus de son champ de saisine : le budget de la Nouvelle-Calédonie et la fiscalité pour lesquels le CESE-NC a reçu une fin de non-recevoir et tout ce qui relève des principes directeurs de la fonction publique¹⁸³.

Cependant, s'agissant de la fiscalité, une brèche a été ouverte lors de la saisine sur un ensemble de textes dénommés « plan ISA » consistant en un plan de prévention quadriennal contre le tabac, l'alcool et les autres drogues. Celle-ci comprenait entre autres un avant-projet de loi du pays portant modification de l'affectation de la taxe de consommation intérieure sur les produits du cru et de la fabrication locale ainsi qu'un projet de délibération fixant les taux de la taxe de la consommation intérieure.

B. Conclusion

Après plus de vingt ans d'existence, le CESE-NC fait désormais partie du paysage institutionnel de la Nouvelle-Calédonie. Ses avis et ses vœux sont de plus en plus entendus et ses recommandations reprises lors des débats des pouvoirs publics. Aussi, son impulsion dans le processus d'adoption des lois du pays est primordiale.

Malgré la simple fonction consultative n'impliquant aucun aspect contraignant dans les avis rendus, le Conseil d'État a souhaité mettre en valeur la position de cette institution et le contenu de ses avis en matière de loi du pays. La valeur ajoutée des travaux du CESE-NC tient d'abord à la composition de son assemblée : « Rejetant toute instrumentalisation et toute marginalisation, le CES, en sa qualité de représentant de la société civile organisée, a la volonté de jouer pleinement son rôle comme instance principale de la consultation calédonienne, orientée vers l'intérêt général, comme instance de débat et de confrontation d'idées dans l'écoute et le

182 Voir, Annexe. Source : Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie.

183 Par exemple : Loi du pays n° 2014-16 du 24 décembre 2014 relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, *JONC* n° 9109 du 30 décembre 2014, p. 12560.

respect, comme instance d'anticipation et de révélation des enjeux et défis auxquels nous sommes et seront confrontés. »¹⁸⁴

D'ailleurs, après plusieurs mois d'attente de son renouvellement, la juridiction administrative suprême avait réitéré l'importance de l'institution en mentionnant l'espoir de la prochaine mise en place de la nouvelle mandature¹⁸⁵.

184 Propos de l'ancien président du conseil économique et social, mandature 2010-2015, Monsieur Yves Tissandier, *Revue des pionniers*, n°35, juillet 2012.

185 Article *Les Nouvelles Calédoniennes* du 14 mars 2016.

La place du gouvernement calédonien dans la procédure législative

Robert BERTRAM

Docteur en droit public

*Directeur de publication de la Revue Juridique, Politique et Économique
de Nouvelle-Calédonie*

Introduction

Si la loi de la République est votée par le Parlement, la loi du pays en Nouvelle-Calédonie est votée par le congrès. Cette dénomination « loi du pays » apparaît pour la première fois dans l'Accord de Nouméa, permettant ainsi à cette institution d'avoir une « vocation parlementaire »¹⁸⁶. Le tout récent rapport d'information du Sénat sur cette assemblée de la Nouvelle-Calédonie reprend la formule de Gaël Yanno, alors président du congrès, comme étant la « troisième assemblée législative française »¹⁸⁷.

En accordant à cette collectivité du Pacifique la possibilité de voter des textes ayant valeur législative, l'Accord de Nouméa permet à la Nouvelle-Calédonie de mieux s'autonomiser, de bénéficier d'une « souveraineté partagée »¹⁸⁸ et éventuellement de progresser vers la souveraineté. En effet, dans le préambule, au point 5, alinéa 5, l'Accord de Nouméa considère que « certaines des délibérations du Congrès du territoire auront valeur législative ».

L'Accord de Nouméa est laconique à l'égard des lois du pays. C'est seulement dans le document d'orientation au point 2.1.3. qu'il est précisé que « certaines délibérations du congrès auront le caractère de loi du pays [...] ». Il faut donc se reporter à la loi organique de 1999 qui applique juridiquement les principes de l'Accord de

186 René DOSIÈRE, député, rapporteur de la commission des Lois sur le projet de loi organique portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, Assemblée nationale, mercredi 11 septembre 2013, compte rendu n° 25.

187 Sénat, rapport d'information n° 104, Sophie Joissains, Jean-Pierre Sueur et Catherine Tasca, enregistré à la Présidence du Sénat le 19 novembre 2014, p. 14.

188 Accord de Nouméa, préambule, point 3, alinéa 8. Jean-Yves FABERON, « La Nouvelle-Calédonie, “pays à souveraineté partagée” », *RDJ*, n° 3, 1998, pp. 645-648, Xavier MAGNON, « La Nouvelle-Calédonie : un “pays à souveraineté partagée” ? », in *Le statut d'autonomie régionale en droit comparé, Revue marocaine d'administration locale et de développement*, n° 63, Rabat, 2009, p. 135-149.

Nouméa pour connaître et déterminer quelles délibérations du congrès sont des « lois du pays ».

Celles-ci relèvent du chapitre II du titre III sur les Institutions de la Nouvelle-Calédonie. Déclinées en neuf articles, les lois du pays, limitativement définies, permettent au congrès de s'imposer face aux trois Provinces et surtout d'unifier et de renforcer la législation calédonienne. Au cours du processus d'élaboration d'une loi du pays, le Conseil d'État est systématiquement saisi pour avis et le texte ayant valeur législative le soustrait aux juridictions administratives pour relever du Conseil constitutionnel.

Selon l'article 73 de la loi organique, « l'initiative des lois du pays [...] appartient concurremment au gouvernement et aux membres du congrès ». Il est de tradition dans la culture juridique française d'appeler projets de loi les textes déposés au nom de l'exécutif et propositions de loi les textes qui émanent des membres de l'assemblée délibérante.

Quelle est l'application de ce droit procédural en Nouvelle-Calédonie ? La procédure législative peut-elle être mesurée à l'aune de son résultat sachant qu'en Nouvelle-Calédonie, il n'y a pas de chambre bicamérale¹⁸⁹ et que le gouvernement est dit « collégial » ? Le fonctionnement de l'initiative des lois du pays entre les deux institutions que sont le congrès et le gouvernement est-il ordonné, équitable et efficace ? Le déséquilibre que l'on peut noter en métropole au profit du gouvernement est-il de mise ici, en ce pays qui se promet au consensus ?

En déterminant succinctement l'action du gouvernement et l'action du congrès dans la procédure législative (I), on s'aperçoit dans la pratique que le gouvernement pluraliste calédonien, bien que classé deuxième institution, s'avère également, comme le Gouvernement central, prééminent dans ce mode d'élaboration de ces lois locales (II).

I. L'initiative des lois du pays

A. La procédure de mise en forme d'une loi du pays

À l'instar de ce qui se déroule en métropole, en Nouvelle-Calédonie, l'initiative d'une loi, loi du pays en l'occurrence, est partagée entre l'assemblée délibérante et l'exécutif, c'est-à-dire entre le congrès et le gouvernement dit « collégial »¹⁹⁰.

189 Le bicaméralisme suppose l'existence d'un Parlement composé de deux chambres distinctes, une chambre haute et une chambre basse. Le système institutionnel calédonien ne comporte pas de « Parlement ». Cependant, le système d'organisation politique en Nouvelle-Calédonie prévoit néanmoins un « sénat coutumier », ce qui pourrait laisser penser à un bicaméralisme traditionnel, mais ce sénat créé par l'Accord de Nouméa ne porte que la parole coutumière. Sa fonction est d'être le gardien et le défenseur de l'identité kanak. En dehors de la communauté kanak, le sénat coutumier n'a aucune compétence envers les autres communautés, ce qui ne permet pas de retenir le système du bicaméralisme tel qu'il est conçu dans les démocraties modernes, il est simplement partiel.

190 Carine Gindre-David, *Essai sur la loi du pays calédonienne. La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, L'Harmattan, 2008, p. 656.

Les lois du pays relèvent de l'article 99 de la loi organique. Initialement, cette *ratione materiae* recouvrait douze items et dernièrement, avec la modification de 2013¹⁹¹, un treizième a été rajouté pour permettre la création d'autorités administratives indépendantes. À l'avenir, ce champ d'application ne pourra que s'étoffer compte tenu de l'étendue des transferts de compétence opérés¹⁹².

L'élaboration d'une loi du pays passe par la compétence détenue des uns et des autres. Cette initiative est reconnue à tout membre du congrès, c'est-à-dire aux 54 élus¹⁹³ auxquels s'ajoutent les onze membres du gouvernement¹⁹⁴ dont certains ne sont pas issus de l'élection. Pour mener à bien ces délibérations particulières, des avis sont sollicités auprès d'un organe extérieur, le Conseil d'État en formation administrative et aussi éventuellement d'organes propres à la Nouvelle-Calédonie.

Pouvoir partagé soit individuellement, soit collégalement, la loi du pays, avant d'être déposée sur le bureau du congrès, c'est-à-dire enregistrée par les services du secrétariat général, fait l'objet de nombreuses auditions et études.

La proposition de loi de pays préparée par un ou plusieurs membres du congrès doit être précédée d'un exposé des motifs, entièrement rédigée, signée et accompagnée d'une fiche d'impact détaillée. Le président du congrès, en fonction de l'avis de son bureau, peut, avant son examen en commission, soumettre cette proposition de loi du pays à l'avis du gouvernement. L'inscription de cette proposition au bureau du congrès se fait dans l'ordre d'arrivée.

Un ou plusieurs membres du gouvernement préparent un avant-projet de loi du pays qui ne peut être approuvé majoritairement par le gouvernement collégial qu'après avoir été soumis pour avis au Conseil d'État.

Aucun domaine n'est réservé, chaque institution peut dans la limite du champ d'application de l'article 99 de la loi organique élaborer un projet ou une proposition

191 Loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013 portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* n° 0266 du 16 novembre 2013, texte n° 2, p. 18616.

192 Au même titre que le domaine de la loi est extensible selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État admet que le congrès peut par ses lois du pays opérer une validation législative de ses propres délibérations, Conseil d'État, Section sociale et Section des finances, avis n° 371.362 du 8 mars 2005, *loi du pays portant validation des impositions perçues au titre de la taxe sur le fret aérien et validant la délibération relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie*. Le congrès peut également légiférer dans un domaine non encore mentionné à l'article 99 de la loi organique, Conseil d'État, Section sociale n° 387.224, Assemblée générale des jeudis 14 et 21 février 2013, *Statut de la mutualité en Nouvelle-Calédonie*.

193 Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, article 62, *JORF* n° 68 du 21 mars 1999.

194 Depuis l'application de l'Accord de Nouméa, tous les gouvernements élus ont été composés de onze membres sauf un de dix membres, celui présidé par Pierre Frogier du 28 novembre 2002 au 9 mai 2004. Cette règle répond à l'application de l'article 109 alinéa 1 de la loi organique de 1999 : « Le nombre des membres du gouvernement, compris entre cinq et onze, est fixé préalablement à son élection par délibération du congrès ».

de loi du pays. Si une loi du pays est votée en dehors de son champ d'application, l'irrecevabilité « législative » est résolue puisqu'elle est d'office considérée comme relevant du domaine réglementaire¹⁹⁵. On peut aussi déplorer un oubli dans cette procédure calédonienne : c'est qu'il n'y ait pas d'équivalent strict de l'irrecevabilité financière prévue à l'article 40 de la Constitution¹⁹⁶, c'est-à-dire que les conseillers de la Nouvelle-Calédonie peuvent voter des textes diminuant les ressources publiques ou aggravant une charge publique¹⁹⁷. Cette « carence » est néanmoins contrôlée lorsqu'une commission examine un texte. Elle a en effet, parmi ses obligations, de le soumettre pour avis à la commission des finances et du budget, car un texte « *modifiant les inscriptions budgétaires sont, avant d'être présentées devant le congrès, soumises pour avis à la commission des finances et du budget* ». Par cette transmission, elle informe les élus des conséquences de leur vote sur les divers équilibres financiers¹⁹⁸.

L'étude d'une future loi du pays passe éventuellement le filtre de plusieurs instances consultatives.

Alors que le Conseil d'État est obligatoirement saisi de tout projet ou proposition de loi du pays, d'autres organes consultatifs le sont en fonction des secteurs intéressés.

La juridiction suprême de l'ordre administratif donne, avant que le gouvernement ne se prononce en collégialité, son avis sur tout projet de loi du pays. Concernant une proposition de loi de pays, ce Conseil d'État donne son avis avant que celle-ci ne soit étudiée en première lecture. Le vote du congrès n'intervient que lorsque cette haute instance a rendu son avis. En cas de silence de cette haute juridiction, l'avis est réputé donné au bout d'un mois. Cet avis est transmis au président du gouvernement, au président du congrès, au représentant de l'État en Nouvelle-Calédonie, et au Conseil constitutionnel. Dans sa vérification, il s'assure aussi que la loi du pays relève bien de l'article 99 de la loi organique.

En dehors du Conseil d'État, d'autres organes consultatifs (institutions, chambres consulaires, ou un organe administratif) sont consultés en fonction des secteurs concernés par le texte. Il peut s'agir du sénat coutumier, du conseil économique,

195 Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, art. 107.

196 Constitution du 4 octobre 1958, article 40 : « Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ».

197 Loi du pays portant modification du complément retraite de solidarité, congrès de la Nouvelle-Calédonie, 3^e mandature, compte-rendu intégral des débats, session extraordinaire d'octobre 2012, séance unique du lundi 15 octobre 2012 (après-midi), *JONC* n° 174 –C du mercredi 16 janvier 2013.

198 Délibération du congrès n° 009 du 13 juillet 1999 portant règlement intérieur du congrès de la Nouvelle-Calédonie, art. 21, al. 3, *JONC* du 20 juillet 1999, p. 3605. La loi organique de 1999 est restrictive pour le vote du budget par le congrès, article 84 dernier alinéa : « Aucune augmentation de dépenses ou diminution de recettes ne peut être adoptée si elle ne trouve pas sa contrepartie dans les recettes prévues ou si elle n'est pas accompagnée d'une proposition d'économie ou de ressources nouvelles de la même importance » et pour une assemblée de province, l'article 183, dernier alinéa stipule : « Aucune augmentation de dépenses ou diminution de recettes ne peut être adoptée si elle ne trouve pas sa contrepartie dans les recettes prévues ou si elle n'est pas accompagnée d'une proposition d'économie ou de ressources nouvelles de la même importance ».

social et environnemental, du comité consultatif des mines, du conseil des mines, du comité consultatif de l'environnement, de la commission consultative du travail, du comité supérieur de la fonction publique territoriale, de la chambre de commerce et d'industrie ou de la chambre d'agriculture.

Lorsque ces diverses instances ont rendu leur avis, la procédure d'adoption d'une loi du pays est ensuite entièrement de la responsabilité de l'assemblée délibérante.

B. La procédure d'adoption d'une loi du pays

Le congrès, par le biais de son président, gère le texte en deux temps. D'abord en interne sur le plan de l'examen pour la mise en forme et l'audition, pour avis, de toutes personnes utiles à l'optimisation de la future loi du pays et, en séance publique pour son amélioration et son adoption définitive.

La procédure particulière d'adoption d'une loi du pays requiert la nomination d'un rapporteur spécial désigné par le congrès, ou s'il ne siège pas, par la commission permanente.

Ce dernier rédige un rapport circonstancié conformément à l'article 102 de la loi organique :

« Aucun projet ou proposition de loi de pays ne peut être mis en discussion et aux voix s'il n'a fait au préalable l'objet d'un rapport écrit, déposé, imprimé et adressé aux membres du congrès huit jours avant la séance ».

Lorsque le texte peut être présenté aux conseillers en audience publique, il est inscrit à l'ordre du jour par le président du congrès après avis de son bureau. Cette compétence est partagée avec le gouvernement qui lui-même peut faire inscrire par priorité tous projets ou propositions de loi du pays « dont il estime la discussion urgente ». Et pour ce qui concerne les conseillers, ils ne peuvent faire inscrire en priorité à l'ordre du jour que les propositions de loi du pays, ceci uniquement si la moitié des membres du congrès le demande.

Lorsque l'inscription du projet ou proposition de la loi du pays est entérinée, le président du congrès fait parvenir aux conseillers huit jours avant la séance publique, sauf cas d'urgence, cette proposition ou ce projet accompagné d'un rapport et de tous les documents explicatifs.

Un projet ou une proposition de loi du pays peut faire l'objet d'une demande de procédure d'adoption simplifiée¹⁹⁹. Si tel est le cas, la discussion sur le texte ne peut intervenir qu'après l'expiration d'un délai minimum de vingt-quatre heures. Les éventuels amendements font l'objet d'une période raccourcie et ne donnent lieu à une lecture que les articles du texte concerné par ces amendements. Le vote lui aussi ne porte que sur les modifications et sur l'ensemble du texte.

¹⁹⁹ Délibération du congrès n° 009 du 13 juillet 1999 portant règlement intérieur du congrès de la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, art. 69.

De même en début de séance ou en cours de discussion, les conseillers peuvent proposer des questions préalables ayant « pour objet de faire décider qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir la discussion ou de poursuivre la délibération »²⁰⁰ ou des motions préjudicielles qui tendent : « soit à l'ajournement du débat jusqu'à la réalisation de certaines conditions, soit au renvoi de l'ensemble du texte nouveau devant la commission saisie au fond ou à l'examen, pour avis, d'une autre commission »²⁰¹.

Le rapporteur du projet ou de la proposition de loi du pays lit l'exposé qu'il a rédigé pour exposer le texte juridique qui est soumis aux conseillers. Une discussion générale s'engage sur l'ensemble de ce projet ou de cette proposition de loi du pays. Ensuite, la lecture est faite article par article ainsi que les amendements afférents, en prenant dans l'ordre ceux qui proposent une suppression puis ensuite ceux qui proposent des modifications. Les conseillers votent d'abord les amendements puis ensuite l'article rattaché.

Une fois tous les articles entérinés, chaque formation politique dispose d'un temps de parole pour expliquer le sens de leur vote sur la loi du pays. Elle est ensuite soumise au vote des conseillers qui doivent se prononcer à la majorité absolue des suffrages exprimés.

Même votée par le congrès, une loi du pays peut faire l'objet d'une seconde lecture conformément à l'article 103 de la loi organique. Celle-ci est de droit. Entériner cette nouvelle délibération, c'est permettre pendant les quinze jours qui suivent cette adoption, au haut-commissaire, au gouvernement, au président du congrès, au président d'une assemblée de province ou à onze membres du congrès, de la demander, et que le congrès soit en session ou pas, il se réunit spécialement à cet effet.

Ces mêmes responsables, hormis les conseillers qui passent de onze à dix-huit disposent pendant dix jours de la possibilité de saisir ensuite, éventuellement, le Conseil constitutionnel qui lui, dispose de trois mois pour se prononcer. Lorsque cette saisine est le fait des membres du congrès, la lettre de transmission doit comporter autant de signatures que de membres favorables au recours.

Toute saisine doit être argumentée en droit et en fait et être déposée au greffe du tribunal administratif, lequel informe les autres autorités titulaires de ce même droit. Cette information leur ouvre le droit de présenter des observations pendant un délai de dix jours.

Cette haute juridiction publie sa décision concomitamment au *Journal officiel de la République française* et au *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie*. Elle considère soit que la loi du pays est conforme à la Constitution, soit partiellement promulgable. Dans ce cas, le gouvernement peut demander dans les dix jours le vote d'une nouvelle délibération pour écarter la disposition contestée afin que le texte soit en conformité avec la Constitution.

200 Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, art. 71.

201 *Ibid.*, art. 72.

Lorsque la loi du pays n'est plus susceptible de recours, elle est transmise par le président du congrès au haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie pour qu'elle soit promulguée avec le contreseing du président du gouvernement. Le délai accordé est de dix jours. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie exécute les lois du pays en prenant les arrêtés *ad hoc*.

Toutes les lois du pays prises dans le cadre de l'article 99 de la loi organique ont force de loi. Une fois promulguées elles ne sont susceptibles d'aucun recours mais peuvent par contre faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité²⁰². Comme mentionné *supra*, toute loi du pays intervenant en dehors du domaine restrictif de l'article 99 de la loi organique de 1999 est automatiquement du domaine réglementaire.

Le Conseil d'État est saisi de toutes contestations sur la nature juridique d'une loi du pays. Celles-ci peuvent apparaître soit lors d'un procès devant une juridiction de l'ordre administratif ou judiciaire, auquel cas il est sursis à toute décision sur le fond, soit d'une autorité, telle le haut-commissaire, le président du congrès, le président du gouvernement ou le président d'une assemblée de province. L'autorité qui saisit le Conseil d'État est tenue d'informer les autres autorités pour qu'elles puissent éventuellement présenter leurs observations dans un délai de quinze jours. Dans tous les cas, le Conseil d'État se prononce dans les trois mois de la saisine.

Une loi du pays ne sera respectée que si elle comporte des sanctions. Ce pouvoir d'organiser la répression pour non-respect des dispositions d'une loi du pays est dévolu au congrès.

Dans la pratique, le gouvernement, bien que considéré comme deuxième institution, affirme nettement sa prééminence dans la procédure législative. Cette situation résulte de la composition pluraliste de cet exécutif.

II. La prééminence du gouvernement sur le congrès

Il est bien dit dans la loi organique que l'initiative des lois du pays appartient concurremment au gouvernement et aux membres du congrès. Cependant, une simple étude des textes déposés nous indique que cette initiative est très largement utilisée par les membres du gouvernement et que les membres du congrès n'utilisent cette possibilité que très parcimonieusement²⁰³.

202 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, articles 23-1 à 23-12, *JORF* du 9 novembre 1958, p. 10129 ; loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* n° 0287 du 11 décembre 2009, p. 21379, texte n° 1.

203 Depuis la mise en place de la première mandature en 1999 et jusqu'à fin 2014, 144 lois du pays ont été adoptées et promulguées. La répartition entre l'exécutif et le congrès est de 133 projets de lois de pays et seulement 11 propositions de lois de pays, soit 7 % de l'ensemble, archives du centre de documentation du congrès de la Nouvelle-Calédonie.

A. Un domaine partagé

L'initiative des lois du pays n'est pas ségréguée. Chacune des deux institutions peut s'arroger le droit d'en élaborer.

Rien ne prive les conseillers de leur liberté de déposer une proposition de loi du pays sur le bureau du congrès. Cette faculté repose sur les 54 individualités membres du congrès et aussi, éventuellement, le regroupement de « conseillers de la Nouvelle-Calédonie ». Ainsi, les possibilités sont multiples pour que le congrès soit le creuset d'un bouillonnement législatif. Il s'avère au contraire que la production législative du congrès est très faible. Elle est *epsilon*, puisqu'elle ne représente que quelque 7 % de l'ensemble depuis 1999, soit *grosso modo* moins d'une loi du pays par an adoptée et promulguée²⁰⁴.

Une des causes essentielles de cette grande disparité est le peu de moyens dont disposent les membres du congrès, en comparaison à ceux du gouvernement. Les services administratifs propres au congrès, même rompus aux arcanes juridiques, ne sont pas suffisants pour une montée en puissance des éventuelles propositions des conseillers. Les effectifs en comparaison de ceux dont dispose le gouvernement sont très insuffisants, ils sont même disproportionnés. Les conseillers du congrès ne disposent que d'un riche centre de documentation et d'information et d'un service du contentieux et des affaires juridiques (SCAJ).

Une seconde cause relève de la composition pluraliste du gouvernement. Ce dernier est élu à la représentation proportionnelle des groupes du congrès et s'avère donc être par extrapolation une minireprésentation de l'assemblée délibérante. Dans cet exécutif, tous les courants politiques sont représentés, et fatalement les lois de pays quand elles sont étudiées collégalement par les membres du gouvernement subissent les améliorations ou les critiques de l'opposition à l'intérieur de celui-ci. Lorsque la loi du pays est entre les mains du congrès, le pluralisme du gouvernement a fait son œuvre. Les élus du congrès ne peuvent - en général - guère amender un texte ayant subi l'essentiel des amendements par le gouvernement.

Actuellement, le pouvoir législatif autonome est accordé au congrès et non à la commission permanente. La brièveté des sessions du congrès est telle qu'il pourrait être envisagé, selon René Dosière, d'attribuer cette compétence également à la commission permanente pour permettre une plus copieuse élaboration des lois du pays²⁰⁵.

204 Cette assertion doit être temporisée car les conseillers de la Nouvelle-Calédonie ont déposé plusieurs propositions de loi du pays. Ils ont commencé dès 2001 avec cinq propositions de loi du pays, en 2003 avec une seule, pour ces deux années aucune n'aboutit ; en 2005 avec trois dont une seule fut adoptée et promulguée ; en 2006 à nouveau avec cinq sans résultat ; en 2009, avec une seule adoptée et promulguée ; en 2010 avec trois sans succès ; en 2011 avec sept dont seulement deux furent adoptées et promulguées ; en 2012 avec six débouchant sur quatre lois du pays adoptées et promulguées et en 2013 à nouveau avec sept dépôts de propositions de loi de pays dont seulement trois furent adoptées et promulguées. Ainsi, pour les années 2002, 2004, 2007, 2008 et 2014, aucune proposition de loi de pays ne fut déposée sur le bureau du congrès.

205 Assemblée nationale, rapport 1275, René Dosière, 21 décembre 1998, tome I, article 74.

En dehors de l'admission de plein droit de l'ensemble des conseillers de la Nouvelle-Calédonie et des membres du gouvernement, les conseillers membres d'une commission peuvent entendre, pour mieux maîtriser un sujet, toutes personnes qu'elles jugent utiles de consulter²⁰⁶.

Pour ce qui concerne le gouvernement, sa marge de manœuvre est plus importante car chacun de ses membres est chargé « d'animer et de contrôler un secteur de l'administration ». Ainsi, si un membre du gouvernement dispose des multiples compétences disséminées au sein de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie, le gouvernement dans son ensemble dispose pour son action de toutes les directions de la fonction publique calédonienne.

Le gouvernement calédonien est pluraliste, c'est-à-dire que ses membres - indépendantistes et non-indépendantistes - affichent des opinions politiques diamétralement opposées au sein de ce collège. Lors de l'étude d'un avant-projet de loi du pays, chaque tendance politique fait valoir ses arguments pour modifier en sa faveur le texte juridique. Lors de son retour du Conseil d'État, le congrès se trouve devant un texte où tous les avis ont été exprimés et éventuellement retenus. Le gouvernement s'étant pratiquement comporté comme la miniassemblée délibérante du congrès, l'essentiel du travail est fait et ce dernier peut se trouver démuni pour exercer sa véritable fonction. En effet, le congrès peut se retrouver à étudier un texte ayant fait l'objet de profonds remaniements par le gouvernement et qui n'offre plus d'aspérités particulières pour l'amender.

Dans le cadre de la procédure législative d'une loi du pays, le gouvernement affiche une prééminence sans partage. La presque totalité des lois du pays votées par le congrès sont d'essence exécutive.

Cette situation découle de la répartition des compétences entre ces deux institutions. Le gouvernement calédonien dispose pour mener à bien sa mission de toutes les compétences des directions administratives. En effet :

« Dans le cadre de leur mission d'animation et de contrôle, les membres du gouvernement bénéficient du concours du secrétariat général, de la direction générale des enseignements, des directions, services et établissements publics relevant de leur secteur, pour mener à bien les projets qui entrent dans le cadre de la déclaration de politique générale du gouvernement et, si nécessaire, par des orientations complémentaires établies par lettres de mission »²⁰⁷.

L'ensemble du gouvernement, pour élaborer une loi du pays, est assuré du soutien de l'ensemble des services administratifs. C'est donc grâce à cette multitude que l'exécutif peut prendre l'initiative de projets de loi du pays. Au sein d'une équipe

206 Délibération du congrès n° 009 du 13 juillet 1999 portant règlement intérieur du congrès de la Nouvelle-Calédonie, art. 24, *op. cit.*

207 Règlement intérieur du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, art. 3, *JONC* du 7 juin 2012, p. 4004.

resserrée tel le gouvernement, l'efficacité est toujours plus grande qu'au sein d'un aéropage plus étoffé.

La grande différence entre ces deux institutions, c'est que le gouvernement pour élaborer une loi du pays adresse à la ou aux directions compétentes son avant-projet de loi du pays pour qu'il soit construit. Les membres du congrès avec leurs propositions de loi sont très en deçà de cette possibilité.

B. Une compétence ciblée

Au gré des divers articles de la loi organique de 1999, la loi du pays relève parfois de la compétence de l'une ou de l'autre institution.

Qu'il s'agisse d'un projet ou d'une proposition de loi du pays, le comité consultatif des mines et le conseil des mines sont consultés par le congrès lorsque la loi du pays est relative « aux hydrocarbures, au nickel, au chrome, au cobalt ou aux éléments des terres rares ». Lorsque le congrès reçoit un projet ou une proposition de loi du pays, visé par le conseil des mines, approuvé par le gouvernement, il ne peut l'amender, il l'adopte ou la rejette.

Au bénéfice de l'assemblée délibérante, dans le cadre de ses fonctions de conseiller de la Nouvelle-Calédonie, tout membre du congrès se doit « d'être informé des affaires qui font l'objet d'un projet ou d'une proposition de loi du pays ». À l'occasion de l'étude d'un texte, le congrès est mis en valeur par le droit d'amendement qui n'appartient qu'aux membres du congrès, aux commissions et au rapporteur spécial, ce qui sous-entend que les membres du gouvernement ne disposent pas de ce droit.

Ce droit d'amendement est diversement appliqué puisque certains textes subissent plus ou moins le dépôt de demandes de modifications. Par exemple, parmi toutes les lois du pays adoptées par le congrès ce sont les propositions de loi du pays qui ont fait l'objet de très nombreux amendements²⁰⁸, alors que les projets de loi du pays beaucoup moins²⁰⁹.

Le congrès en tant qu'assemblée délibérante doit, conformément à la loi organique, laisser une très grande place au gouvernement dans l'élaboration des lois du pays. Cet exécutif dispose de nombreux pouvoirs pendant la procédure législative au sein du congrès.

208 Loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 21 novembre 2013, p. 9244 ; Loi du pays n° 2014-9 du 18 février 2014 relative aux relations de travail et à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans le secteur public, *JONC* du 25 février 2014, p. 2026. Ces deux lois du pays ont fait respectivement l'objet de vingt-six amendements chacune.

209 Loi du pays n° 2007-2 du 13 février 2007 relative aux occupations constitutives de droits réels sur le domaine public de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et de leurs établissements publics, *JONC* du 27 février 2007, p. 1366 ; Loi du pays n° 2009-010 du 28 décembre 2009 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de police et sécurité de la circulation maritime s'effectuant entre tous points de la Nouvelle-Calédonie et de sauvegarde de la vie humaine en mer dans les eaux territoriales, *JONC* du 15 janvier 2010, p. 278. Seule cette dernière loi du pays de 2009 a fait l'objet d'un seul amendement.

La disposition contenue à l'article 41 alinéa 3 du règlement intérieur du congrès de porter éventuellement à la connaissance du gouvernement des propositions de loi du pays pourrait paraître surprenante si elle n'était dictée par le pragmatisme. En fait, dans cette procédure, le congrès utilise les compétences à la disposition du gouvernement et non une quelconque sujétion à l'égard de l'exécutif.

Le gouvernement est membre du conseil des mines, pas le congrès. Cet exécutif, s'il s'agit d'un projet ou d'une proposition de loi du pays, a donc voix prépondérante lorsqu'il y a partage égal des voix au sein de ce conseil. Un avis défavorable du gouvernement donné à la suite d'un avis défavorable de l'État enterre définitivement la procédure.

Lorsque le Conseil constitutionnel décide, en publiant au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie, que la loi du pays peut être partiellement promulguée, le gouvernement après un délai de latence de dix jours peut demander au congrès une nouvelle délibération pour purger la partie incriminée afin que le texte soit conforme à la Constitution.

Le gouvernement est informé des réunions des commissions intérieures du congrès et ses membres peuvent y assister de droit. Il en est de même avec la commission permanente qui peut être réunie à la demande du président du gouvernement et où « la participation des membres du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie est de droit ».

Le poids du gouvernement se fait également sentir dans la procédure législative quant à l'ordre du jour puisque l'exécutif « arrête les projets de délibération et projets de loi du pays qui sont soumis au congrès ».

Conclusion

Le mimétisme de la procédure législative calédonienne par rapport au Parlement de la République n'est pas contestable. Cependant, l'exécutif calédonien, dans l'exercice quotidien, se taille une part léonine dans l'initiative des lois du pays. Sur la totalité de ces lois votées par le congrès depuis le début de l'Accord de Nouméa, le gouvernement cumule 93 % de projets de loi du pays.

Cette disproportion peut éventuellement trouver un début d'explication dans l'exercice de ce nouveau pouvoir permettant le vote de lois du pays. Une période de rodage a vraisemblablement été nécessaire aux élus pour circonscrire l'ampleur de leur rayon d'action et expliquer en partie leur grande inertie dans ce pouvoir d'initiative qui n'a pas été mis en œuvre. Il est surprenant de constater que les membres du congrès n'ont, dès la mise en place effective de l'Accord de Nouméa en 1999, que peu

utilisé l'initiative de proposer des lois du pays au sein de leur assemblée et, lorsqu'ils l'utilisaient, aucune suite particulière n'apparaissait²¹⁰.

La loi du pays, qui met à mal *l'expression de la volonté générale* reconnue au Parlement, est pour partie de la compétence de la première institution qui n'en a que le nom puisque le président de cette assemblée n'a pas la prééminence qu'il devrait avoir par rapport aux autres institutions²¹¹.

La loi du pays est également pour partie de la compétence du gouvernement qui, par son autorité unique qu'il exerce au sein de la fonction publique territoriale dispose, seul globalement, de toute la matière grise possible pour faire écrire les lois du pays. Alors que les membres du congrès ne peuvent participer à une quelconque réunion du gouvernement, les membres de l'exécutif peuvent eux concourir à l'élaboration des lois du pays avec les conseillers de la Nouvelle-Calédonie.

Au même titre que l'ensemble des conseillers de la Nouvelle-Calédonie, les membres du gouvernement sont admis de plein droit au sein des commissions. Ils peuvent débattre, défendre leur point de vue, voire imposer un point de vue, mais ne peuvent voter. Concernant la commission permanente, « la participation des membres du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie est de droit ».

Textuellement, dans certains domaines le gouvernement impose son point de vue en faisant pression sur le congrès pour accepter la loi du pays. Il demande à l'assemblée délibérante de l'adopter sans l'amender ou de la rejeter purement et simplement. Le conseil des mines est un des exemples²¹² parmi d'autres de la prééminence de l'exécutif sur le congrès.

Le président du gouvernement peut sous certaines conditions convoquer le congrès en session ordinaire ainsi qu'extraordinaire. Il peut également convoquer la commission permanente. Quant à l'ordre du jour du congrès et de la commission permanente, le gouvernement a un droit de regard.

Même si les textes ne mettent pas suffisamment en valeur la première institution qu'est le congrès, que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie supplante logiquement cette assemblée délibérante, les conseillers de la Nouvelle-Calédonie semblent vouloir rétablir un certain équilibre en étant plus volontaires dans le dépôt sur le bureau du congrès de propositions de loi du pays. Le congrès n'est pas démun

210 Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie*, SCEREN, CDP Nouvelle-Calédonie, 2011, 306 pages, p. 222. Par exemple entre 1999 et 2010, soit onze années, seules deux propositions de loi du pays ont été adoptées et promulguées, voir Mathias CHAUCHAT, *ibid.*, et archives du centre de documentation du congrès.

211 Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 77.

212 Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, art. 42, IV, dernier alinéa : « Le projet ou la proposition de loi du pays [...] approuvé par le gouvernement, soit dans sa rédaction initiale, soit dans la rédaction proposée par l'État, est soumis, [...] au congrès [...] ; le congrès [...] adopte le projet ou la proposition de loi du pays [...] approuvé par le gouvernement sans l'amender ou le rejette. ».

sur le plan des compétences puisqu'il est organe législatif et organe réglementaire de la Nouvelle-Calédonie.

Durant la démission, le 16 décembre 2014, des membres de Calédonie ensemble du gouvernement de Cynthia Ligeard, ce dernier expédiait les affaires courantes. Indirectement cette situation a valorisé le congrès qui s'est retrouvé au centre de la vie politique calédonienne en centralisant provisoirement la totalité de l'initiative des lois du pays.

Le contrôle de la loi du pays, une jurisprudence entre assimilation et autonomisation

Carine DAVID

Maitre de conférences HDR en droit public

Université de la Nouvelle-Calédonie

Membre du Laboratoire de recherches juridiques et économiques (LARJE)

Issu d'un courant doctrinal prenant son essor à partir de la fin du XIX^e siècle, la nécessité de mettre en place un contrôle de constitutionnalité en France n'a trouvé à s'exprimer que sous la V^e République et plus particulièrement à partir de la fameuse décision du Conseil constitutionnel de 1971, dite « liberté d'association »²¹³. En France, comme dans la plupart des démocraties, il s'impose désormais comme consubstantiel à la procédure législative.

À cet égard, la différence entre les modalités de contrôle de la loi du pays calédonienne et des actes dénommés « lois du pays » adoptés par l'Assemblée de Polynésie française est symptomatique en ce qu'elle caractérise la relation inconditionnelle entre le contrôle effectué par le juge constitutionnel et la nature législative de l'acte soumis au contrôle. C'est justement parce que le Constituant refusait la dissémination d'une norme locale de nature législative dans l'outre-mer français qu'a été inventée une procédure de contrôle de la loi du pays polynésienne, acte réglementaire malgré l'homonymie, devant le Conseil d'État.²¹⁴

Ainsi, le contrôle de constitutionnalité de la loi du pays calédonienne par le Conseil constitutionnel a été affiché, et donc perçu, comme le symbole de la nature législative de l'instrument normatif local. La compétence de la cour constitutionnelle pour effectuer le contrôle des lois du pays est d'ailleurs symboliquement la seule modalité procédurale imposée par l'Accord de Nouméa²¹⁵. L'article 77 de la Constitution renvoie pour sa part de manière lapidaire à la loi organique statutaire pour la définition des modalités de ce contrôle.

Tout aussi symbolique est la décision d'étendre la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité aux lois du pays.

213 Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114, Recueil, p. 29.

214 *Essai sur la loi du pays calédonienne – La dualité de la source législative dans l'État unitaire*, éd. L'Harmattan, Coll. GRALE/CNRS, 2008, p. 494 et s. : développements consacrés au pouvoir « quasi-législatif » des collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie. Voir la contribution de S. DIEMERT dans le présent ouvrage.

215 Dans son point 2.1.3., le document d'orientation de l'Accord de Nouméa précise que : « certaines délibérations du Congrès auront le caractère de loi du pays et de ce fait ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel avant leur publication, sur saisine du représentant de l'État, de l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie, d'un Président de province, du Président du Congrès ou d'un tiers des membres du Congrès ».

Avec le contrôle de la loi du pays calédonienne, le Conseil constitutionnel conserve son monopole du contrôle de constitutionnalité de la norme législative dans l'ordre juridique français. Dès lors, cet encadrement juridictionnel de la loi du pays permet de garantir le contrôle du juge constitutionnel sur le contenu des normes législatives locales, ainsi que sur sa procédure d'adoption.

Présenté par R. Carré de Malberg comme corollaire de l'absence d'identification de la loi comme « expression de la volonté générale »²¹⁶, le contrôle de constitutionnalité de la loi est venu pallier l'absence d'identité entre volonté des parlementaires et volonté populaire.

Appréhendé par ce prisme, le contrôle de constitutionnalité de la loi du pays semble s'imposer dans la mesure où le caractère divisé de la société calédonienne renforce nécessairement cette absence d'identification entre la volonté générale et la volonté parlementaire. Dès lors, la norme législative locale doit être analysée selon une dialectique duale. En effet, le contrôle de constitutionnalité de la loi du pays doit nécessairement être réalisé à l'aide d'une double grille de lecture : celle d'une collectivité territoriale jouissant d'une autonomie extrêmement poussée dans le cadre d'un État unitaire et celle d'un territoire évoluant dans un cadre démocratique mais dont le processus d'émancipation et le caractère divisé de la société imposent des distorsions à certains principes républicains.

Le recul qu'il est possible de prendre s'agissant du contrôle de la loi du pays par le Conseil constitutionnel aujourd'hui reste néanmoins relatif tant la faiblesse du nombre de décisions ne permet que d'esquisser à grands traits certaines tendances. Si l'on ne dispose que de très peu d'indications s'agissant de la procédure d'adoption de la loi du pays, le contrôle sur le fond permet de mettre au jour un certain nombre d'éléments.

Un premier constat permet de souligner l'incomplétude du contrôle de la loi du pays même si l'extension de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité aux normes législatives locales permet d'en limiter les conséquences.

Un deuxième constat réside dans l'oscillation du Conseil constitutionnel entre assimilation et autonomisation de sa jurisprudence relative aux lois du pays.

Enfin, un dernier constat semble devoir être fait quant à la difficulté pour le Conseil constitutionnel d'asseoir son autorité face aux autorités politiques locales.

Dès lors, après avoir établi un bilan quantitatif de l'action du Conseil constitutionnel depuis 1999 s'agissant des lois du pays (I), une analyse de la jurisprudence du juge constitutionnel et de son appréhension localement sera effectuée (II).

I. L'action contentieuse limitée du Conseil constitutionnel sur les lois du pays

La procédure de contrôle de la loi du pays est inscrite aux articles 103 à 105 et 107 de la loi organique n^o 99-209 du 19 mars 1999. Comme pour la procédure de contrôle des lois ordinaires inscrite aux articles 61 et 61-1 de la Constitution, peu d'éléments sont imposés par le législateur organique. Ainsi, le Conseil constitutionnel, qui n'a jamais formalisé la procédure applicable devant lui²¹⁷, reste libre d'en fixer les contours²¹⁸.

216 R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, éd. Economica, 1984, p. 221.

217 En dehors du contentieux électoral et référendaire.

218 À ce sujet, voir Jean Gicquel, « L'autonomie de la procédure suivie par le Conseil constitutionnel », in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 587-596.

Soumise au contrôle de constitutionnalité *a priori* par voie d'action comme au contrôle *a posteriori* par voie d'exception, la loi du pays calédonienne fait globalement l'objet de peu de déférés au juge constitutionnel même si une tendance à l'accroissement semble se dessiner ces dernières années.

Depuis 1999, sur les 164 lois du pays adoptées par le congrès de la Nouvelle-Calédonie²¹⁹, neuf saisines du Conseil constitutionnel ont eu pour objet de contrôler la conformité de dispositions de lois du pays au bloc de constitutionnalité tel qu'applicable en Nouvelle-Calédonie, dont quatre par la procédure de la QPC²²⁰.

Le tableau ci-après dresse le bilan de ces saisines tant en ce qui concerne le contrôle *a priori* sur saisine politique que s'agissant des questions prioritaires de constitutionnalité soulevées à l'encontre de dispositions législatives locales.

A. Contrôle de constitutionnalité *a priori* par voie d'action

N° de la décision	Loi du pays visée	Domaine	Décision
Décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000	Loi du pays n° 2000-002 du 14 février 2000 relative à l'institution d'une taxe générale sur les services	Droit fiscal	Conformité
Décision n° 2006-2 LP du 5 avril 2006	Loi du pays n° 2006-4 du 14 avril 2006 relative à la représentativité des organisations syndicales de salariés	Droit syndical	Irrecevabilité du fait de l'insuffisance du nombre de conseillers ayant signé le recours
Décision n° 2013-3 LP du 1 ^{er} octobre 2013	Loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie	Droit commercial	Conformité ; absence d'atteinte à la liberté d'entreprendre
Décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014	Loi du pays n° 2014-16 du 24 décembre 2014 relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie	Droit de la fonction publique	Non-conformité totale ; atteinte au principe de préférence locale pour l'emploi
Décision n° 2014-5 LP du 27 février 2015	Loi du pays n° 2015-2 du 19 mars 2015 portant création de centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces	Droit fiscal	Conformité ; pas d'atteinte au principe de rééquilibrage des ressources fiscales entre provinces

Fig. 4

²¹⁹ Décompte au 31 mars 2016.

²²⁰ La décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014 portant sur le droit du travail en Nouvelle-Calédonie ne concerne pas des dispositions contenues dans une loi du pays mais dans des textes législatifs (loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 et ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985) relevant alors de la compétence de l'État.

B. Contrôle de constitutionnalité a posteriori par voie d'exception

N° de la décision	Loi du pays visée	Domaine	Décision
Décision n° 2011-205 QPC du 9 novembre 2011	Loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 relative au Code du travail de Nouvelle-Calédonie	Droit du travail	Non-conformité totale + Effet différé Atteinte aux droits collectifs des agents non titulaires de l'administration locale
Décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012	Loi du pays n° 2011-6 du 17 octobre 2011 portant validation des actes pris en application des articles 1er et 2 de la délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 relative à la régulation des importations de viandes et abats en Nouvelle-Calédonie	Droit commercial/ Validation législative	Conformité (absence d'atteinte à la liberté d'entreprendre) + réserve d'interprétation (censure de la validation législative)
Décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013	Loi du pays n° 2009-6 du 16 avril 2009 relative au code minier de la Nouvelle-Calédonie	Droit minier	Conformité ; absence d'atteinte au principe de participation issu de l'article 7 de la charte de l'environnement
Décision n° 2016-539 QPC	Décision n° 2016-539 QPC	Droit fiscal	En instance

Fig. 5

On peut le constater, le nombre de contrôles opérés sur des dispositions législatives adoptées par le congrès de la Nouvelle-Calédonie est faible. On peut néanmoins constater une évolution sensible puisque trois des cinq saisines par les autorités politiques ont eu lieu depuis 2013 et que la procédure de QPC a par ailleurs rendu possible la contestation des dispositions législatives du pays adoptées depuis 1999.

La faiblesse du nombre de saisines du Conseil constitutionnel est favorisée par la nécessité, avant tout déféré au juge constitutionnel, d'une seconde délibération des dispositions législatives litigieuses. C'est seulement lorsque cette deuxième lecture a été effectuée qu'il est possible de faire appel à l'arbitrage du Conseil par une saisine

motivée²²¹. On peut constater qu'un certain nombre de lois du pays ont fait l'objet d'une demande de seconde lecture et n'ont pas été déférées au Conseil constitutionnel.

Par ailleurs, il convient de bien comprendre que les modalités de la prise de décision dans le cadre institutionnel spécifique de la Nouvelle-Calédonie expliquent en partie le faible recours à l'arbitrage du juge constitutionnel. En effet, « la plupart des lois du pays adoptées à ce jour sont issues de projets proposés par le Gouvernement et dont le contenu a au préalable été arrêté en réunion de collégialité, parfois après d'âpres négociations. On le comprend, l'originalité du système ainsi mis en place a pour conséquence que les discussions entre formations politiques ont lieu en amont, au sein de l'exécutif, et non devant l'assemblée législative. Cette spécificité est essentielle à souligner pour comprendre l'inefficacité du contrôle *a priori* de la loi du pays »²²².

Par ailleurs, notons que sur les neuf saisines sur des lois du pays, quatre aboutissent à une déclaration de conformité aux dispositions de la Constitution, une est déclarée irrecevable et une dernière est en cours d'instance. Dès lors, seules deux décisions de non-conformité et une réserve d'interprétation ont été prononcées.

Au-delà de cet aspect quantitatif, il y a lieu de constater que peu de saisines portent sur les dérogations constitutionnelles accordées à la Nouvelle-Calédonie, à l'exception de la décision du 21 novembre 2014 rendue relativement à la question de la préférence locale pour l'emploi dans la fonction publique.

II. Les enseignements de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois du pays

Dès lors, quels enseignements tirer de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'égard des lois du pays ? Ils sont de plusieurs ordres et nous aborderons successivement les plus importants d'entre eux.

A. *Les conditions de recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité*

D'un point de vue procédural tout d'abord, le Conseil constitutionnel a pu préciser les conditions de recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité à l'égard d'une loi du pays. Dès la deuxième décision QPC rendue sur des dispositions législatives issues d'une loi du pays²²³, le Conseil constitutionnel a établi deux critères de recevabilité.

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel vérifie que les dispositions contestées ont bien été adoptées selon la procédure fixée aux articles 100 à 103 de la loi organique statutaire. Ce faisant, il exclut donc clairement les dispositions qui auraient été adoptées par la voie réglementaire dans une matière qui relève désormais du domaine législatif local. Cette solution permet d'exclure un nombre important de dispositions

221 Ce qui exclut les saisines blanches.

222 C. DAVID, « Lois du pays et question prioritaire de constitutionnalité : Vers une progression de l'état de droit en Nouvelle-Calédonie », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 98, 2014/2, p. 321.

223 Décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012, réitéré dans la décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013.

antérieures à l'attribution d'un pouvoir législatif au Congrès de la Nouvelle-Calédonie dans des domaines qui relèvent aujourd'hui de la loi du pays. Ainsi, en est-il d'un nombre important de dispositions du Code des impôts de Nouvelle-Calédonie, du droit de la fonction publique ou encore, à un degré moindre du droit de la protection sociale²²⁴. Au contraire, les dispositions en matière de droit du travail ayant été codifiées en 2008, elles ont *de facto* basculées dans leur intégralité dans le champ potentiel de la QPC alors qu'un certain nombre d'entre elles relevaient jusqu'alors du domaine réglementaire²²⁵.

Dès lors, il apparaît que le caractère contestable des dispositions dépend de leur codification ou de leur modification par une loi du pays. Le Conseil constitutionnel retient ici un critère formel de la loi. Ce choix conduit à une solution discutable en pratique du fait du caractère anachronique qu'il instaure du point de vue du champ d'application de la QPC.

Le Conseil constitutionnel fixe une seconde condition de recevabilité qui repose à la fois sur un élément formel et matériel. En effet, le juge constitutionnel fait une référence indirecte au domaine matériel de la loi du pays, tout en ne se prononçant pas lui-même sur ce point. Il formule en réalité une présomption de nature législative des dispositions incluses dans une loi du pays : la disposition contestée ne doit pas avoir fait l'objet d'une décision de déclassement par le Conseil d'État, en application de l'article 107 de la loi organique statutaire²²⁶. Contrairement au Conseil d'État qui préconisait un contrôle du respect du domaine matériel de la loi du pays²²⁷, le Conseil constitutionnel a décidé de ne pas s'imposer ce contrôle.

En tout état de cause, sachant que le Conseil d'État n'a encore jamais été saisi d'une telle demande, cette seconde condition n'entraîne pas de difficulté particulière. Elle est par ailleurs tout à fait logique, le déclassement d'une disposition législative ayant pour objet et pour effet de lui ôter sa nature législative.

224 À un degré moindre car le droit de la protection sociale a considérablement évolué depuis 2000 et cette modernisation s'est faite par la voie de lois du pays.

225 En effet, alors que l'État était compétent jusqu'au 1^{er} janvier 2000 pour fixer les principes directeurs du droit du travail par la voie législative, le Congrès du Territoire intervenait pour sa part par la voie réglementaire pour fixer par délibération les modalités d'application des textes nationaux. Lors du transfert de l'intégralité de la compétence en matière de droit du travail à la Nouvelle-Calédonie, il a été considéré que la notion de principes fondamentaux recouvrait un spectre plus large que les principes directeurs. En conséquence, des dispositions réglementaires issues de délibérations territoriales ont été codifiées dans la partie législative du Code du travail, les rendant donc contestables par la voie d'une QPC.

226 Article 107 alinéas 3 et 4 de la loi organique : « Les dispositions d'une loi du pays intervenues en dehors du domaine défini à l'article 99 ont un caractère réglementaire. Lorsqu'au cours d'une procédure devant une juridiction de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire, la nature juridique d'une disposition d'une loi du pays fait l'objet d'une contestation sérieuse, la juridiction saisit, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, le Conseil d'État qui statue dans les trois mois. Il est sursis à toute décision sur le fond jusqu'à ce que le Conseil d'État se soit prononcé sur la nature de la disposition en cause.

Le Conseil d'État peut également être saisi par le président du congrès, par le président du gouvernement, par le président d'une assemblée de province ou par le haut-commissaire, aux fins de constater qu'une disposition d'une loi du pays est intervenue en dehors du domaine défini à l'article 99. ».

227 C-E. SÉNAC, « La recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité contre une loi du pays de Nouvelle-Calédonie : désaccords au Palais-Royal », *RFDA*, 2012, p. 977 et s.

B. Une jurisprudence entre assimilation et reconnaissance de l'autonomie législative²²⁸

Globalement, il apparaît que le Conseil constitutionnel oscille entre assimilation et distanciation quant au contenu de sa jurisprudence lorsqu'il s'agit de statuer sur des dispositions de lois du pays.

À cet égard, la possibilité reconnue au congrès de la Nouvelle-Calédonie de recourir à la procédure de validation législative, dans des conditions identiques à celles imposées à la loi nationale, constitue un exemple d'assimilation.

Si le Conseil d'État avait déjà admis cette possibilité en 2004²²⁹ et qu'une loi du pays de validation avait déjà été adoptée par le passé²³⁰, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de la confirmer en 2012²³¹. Dans sa décision du 22 juin 2012, il a d'ailleurs anéanti le caractère rétroactif des dispositions dont il était saisi par le biais d'une réserve d'interprétation, estimant que « aucun motif d'intérêt général suffisant »²³² ne justifiait cette validation, procédant à une exacte transposition de sa jurisprudence relative aux lois nationales.²³³

Cette volonté d'assimilation du Conseil constitutionnel entre la loi nationale et la loi du pays constitue d'ailleurs un trait caractéristique de la jurisprudence de la cour constitutionnelle qui lorsqu'elle est saisie sur la base de fondements constitutionnels pour lesquels la Nouvelle-Calédonie ne s'est pas vue reconnaître de dérogations, procède par analogie à sa jurisprudence relative aux lois nationales.

Ainsi en est-il par exemple en matière de droit de l'environnement²³⁴. On peut en effet s'interroger sur l'appréciation stricte faite par le Conseil constitutionnel des

228 Sur ce point, *cf.* DAVID, « Commentaire de la décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013 - Le difficile positionnement du Conseil constitutionnel par rapport à la loi du pays : entre assimilation et reconnaissance des spécificités », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 95, 2013/3, p. 977-982.

229 Le Conseil d'État a en effet confirmé cette possibilité dans un avis du 2 mars 2004 sur l'avant-projet de loi du pays relatif aux procès-verbaux de palabres coutumiers (Avis n° 370.002 du 2 mars 2004, non publié). En effet, constatant qu'une disposition de l'avant-projet de loi du pays validait rétroactivement une délibération, le Conseil d'État affirme que : « compte tenu de la valeur législative que possèdent les lois du pays et de l'intérêt général qui s'attache à la validation des procès-verbaux transcrivant des conventions portant sur les terres coutumières dans un objectif de développement économique, le projet peut, à bon droit, procéder à une telle validation ». Respectant les conditions fixées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière, le juge administratif ajoutait que cette validation devait intervenir, « sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée ».

230 Le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avait en effet initié l'adoption d'une loi du pays de validation, afin d'anticiper les inconvénients de l'annulation de la délibération du 19 décembre 2000 portant modification du tarif des douanes de Nouvelle-Calédonie par le Conseil d'État. La loi du pays a également devancé les conséquences possibles de cette annulation sur une autre délibération dérivée intervenue dans les mêmes conditions en matière de sécurité sociale. Le projet de loi du pays avait été motivé par l'imminence de l'arrêt du Conseil d'État dans l'affaire dite « de la taxe sur le fret aérien ». Loi du pays n° 2005-5 du 6 juillet 2005 portant validation des impositions perçues au titre de la taxe sur le fret aérien et validation de la délibération relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 19 juillet 2005, p. 4294.

231 Décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012.

232 Considérant n° 9.

233 C. DAVID, « L'assimilation du régime des lois du pays à celui des lois nationales dans le cadre de la QPC », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 2012/4, p. 863-866.

234 Décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013.

obligations découlant de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Pris en tenaille entre la nécessité de maintenir une unité de sa jurisprudence et celle de reconnaître un pouvoir d'appréciation au congrès, le Conseil constitutionnel a dans cette dernière décision fait primer la première.²³⁵

Pour autant, cela n'empêche pas forcément le Conseil constitutionnel de reconnaître au congrès de la Nouvelle-Calédonie une marge d'appréciation propre au pouvoir politique dont il dispose via son pouvoir législatif et à se démarquer de sa jurisprudence concernant les lois nationales. Néanmoins, cette distanciation ne paraît être opérée qu'en matière économique.

Ainsi, le Conseil a pu considérer que la fixation par le Congrès d'un seuil au-delà duquel une autorisation du gouvernement local est obligatoire pour procéder à une opération de concentration ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, le législateur local pouvant tenir compte des particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie et des insuffisances de la concurrence sur de nombreux marchés ou encore du degré de concentration dans un secteur donné²³⁶. Et ce alors même que les taux fixés par le congrès de la Nouvelle-Calédonie se situaient significativement en retrait par rapport aux normes nationales ou relatives à l'outre-mer.²³⁷ Ce qui a conduit O. Le Bot à considérer que cette décision « marque également en ce qu'elle confirme les atteintes très larges dont la liberté d'entreprendre peut faire l'objet sans encourir de censure, spécialement en Nouvelle-Calédonie »²³⁸.

Dans un sens différent, pour ne pas dire contradictoire, le juge constitutionnel a considéré que le monopole d'un établissement public en matière d'importation de viande ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, le congrès pouvant prendre en compte les particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie et les besoins d'approvisionnement du marché local. Il est d'ailleurs remarquable que le juge administratif saisi sur ce point ait eu une position très différente du pouvoir d'appréciation du congrès dans le cadre de l'exercice, cette fois, de son pouvoir réglementaire²³⁹. Comme le souligne O. Le Bot :

« Les motifs retenus ne constituent pas des considérations impérieuses d'intérêt général. Ils sont pourtant regardés comme suffisants pour valider l'atteinte importante portée à la liberté d'entreprendre. Le contraste avec la solution retenue par le juge administratif est saisissant. La liberté d'entreprendre demeure, aujourd'hui comme hier, mieux protégée dans le prétoire du juge administratif que dans celui du juge constitutionnel »²⁴⁰.

235 C. DAVID, « Commentaire de la décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013 - Le difficile positionnement du Conseil constitutionnel par rapport à la loi du pays : entre assimilation et reconnaissance des spécificités », *op. cit.*

236 Décision n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013.

237 J-P. PASTOREL, « Contrôle de concentration et outils de régulation en Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2014, p. 2499.

238 O. LE BOT, « Régulation de l'économie : les pouvoirs très larges de l'autorité publique en Nouvelle-Calédonie », *Constitutions*, 2013, p. 601.

239 C. DAVID, « L'assimilation du régime des lois du pays à celui des lois nationales dans le cadre de la QPC », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 2012/4, p. 863-866.

240 O. LE BOT, « Les limites très lâches de la liberté d'entreprendre (à propos du monopole d'importation des viandes en Nouvelle-Calédonie) », *Constitutions*, 2012, p. 638.

On le voit, en matière économique, la marge d'appréciation reconnue au législateur local est importante.

Dès lors, comment expliquer une telle différence de positionnement de la part du Conseil constitutionnel en fonction des domaines d'intervention du législateur ? Le juge constitutionnel semble considérer que les spécificités économiques de la Nouvelle-Calédonie lui permettent d'introduire sans conséquence une distorsion de sa jurisprudence et de valider des textes en matière de droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie alors qu'il ne l'aurait probablement pas fait pour d'autres collectivités²⁴¹. Il lui est par contre plus difficile d'acter une distanciation s'agissant de l'application de la Charte de l'environnement, les spécificités en ce domaine ne semblant pas justifier un écart de jurisprudence.

Une autre réserve qu'il est possible d'émettre s'agissant de la marge de manœuvre que le Conseil constitutionnel semble vouloir laisser au congrès de la Nouvelle-Calédonie réside dans l'appréciation de la décision n° 2014-4 LP du 21 novembre 2014²⁴². Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a considéré que le principe de préférence locale pour l'emploi en Nouvelle-Calédonie, inscrit dans l'accord de Nouméa, avait un caractère impératif.

La loi du pays soumise à son appréciation mettait en place un dispositif d'intégration de personnels non titulaires de la fonction publique locale dans une volonté de résorption de l'emploi précaire. Les présidents des assemblées de la province Nord et des Îles Loyauté reprochaient au Congrès de ne pas avoir prévu de dispositions favorisant les personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie, en méconnaissance du principe de préférence locale pour l'accès à l'emploi.

Le Conseil constitutionnel considère que le principe est impératif et que le congrès aurait dû faire bénéficier les citoyens de la Nouvelle-Calédonie et les personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence d'une priorité d'accès aux emplois publics. Faute d'un tel dispositif, il censure l'intégralité de la loi du pays.

Il en ressort que le congrès de la Nouvelle-Calédonie ne dispose d'aucune marge d'appréciation quant à la pertinence et la nécessité avérée de la mise en œuvre d'un accès privilégié aux fonctions publiques locales. S'agissant d'une assemblée législative d'un territoire en voie d'émancipation et appelé à s'autodéterminer dans un avenir proche, le paradoxe²⁴³ est cocasse²⁴⁴.

C. L'autorité lacunaire des décisions du Conseil constitutionnel

Pour finir, il convient de souligner un aspect préoccupant quant à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. En effet, il apparaît clairement un manque de pénétration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en Nouvelle-Calédonie, lié

241 J-P. PASTOREL, *op. cit.* Voir aussi N. Tagliarino-Vignal, « Un droit de la concurrence pour la Nouvelle-Calédonie », 1^{re} partie, *RLDC* 41/2014, p. 82 et s., 2^e partie, *RLDC* 42/2015, p. 101 et s.

242 J-P. PASTOREL, « L'objectif constitutionnel de préférence locale en matière d'emploi en Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, 2015, p. 224.

243 On peut rapprocher cette décision de l'état d'esprit qui a prévalu s'agissant de la question des transferts de compétences prévus à l'article 21 III de la loi organique statutaire. De la même manière, la forme impérative du texte a été interprétée comme fondant le caractère obligatoire des transferts.

244 A. ZARCA, « L'imprégnation française de la discrimination positive : de l'obligation de favoriser l'accès des néo-calédoniens à la fonction publique locale », *AJFP*, 2015, p. 193.

à la faible autorité dont celle-ci semble jouir auprès des autorités locales. En ce sens, l'extension de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité aux lois du pays est heureuse en termes de préservation de l'État de droit en Nouvelle-Calédonie²⁴⁵.

On peut en effet illustrer ce constat à travers quelques exemples.

Le premier exemple réside dans l'absence de mise en œuvre de la décision n° 2011-205 QPC du 9 décembre 2011²⁴⁶. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel avait censuré avec effet différé une disposition du Code du travail de Nouvelle-Calédonie excluant du bénéfice des dispositions relatives au droit d'expression des salariés, à l'exercice du droit syndical, aux institutions représentatives du personnel et aux salariés protégés, les agents contractuels de l'administration. Il reprochait au législateur local de n'avoir pas prévu de dispositions alternatives, le vide juridique ainsi créé ayant pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale et au principe de participation des travailleurs.

Par cette censure différée, le Conseil constitutionnel laissait au Congrès jusqu'au 1^{er} janvier 2013, soit un peu plus de 12 mois, pour adopter des dispositions visant à garantir aux agents contractuels de l'administration la liberté syndicale et le droit de participation. Plus de trois ans après l'expiration de ce délai, le législateur local n'a toujours pas adopté les dispositions nécessaires. Si la censure du Conseil constitutionnel est entrée en vigueur, l'inadéquation des dispositions du Code du travail local applicables aux salariés ne permet pas de garantir les droits collectifs des agents non titulaires de l'administration calédonienne. En effet, à titre d'illustration, quelle pourrait être la réalité de la protection accordée à un agent contractuel délégué syndical dont l'appréciation des causes du licenciement serait réalisée par un agent – l'inspecteur du travail – en lien hiérarchique avec l'employeur – le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie – à l'origine de la mesure d'éviction ?

Malgré de multiples mises en demeure des autorités de l'État envers les représentants des institutions locales, aucun projet de loi du pays n'a fait l'objet de discussion au sein de l'assemblée législative locale plus de quatre ans après la décision du Conseil constitutionnel²⁴⁷, alors même que L. Janicot soulignait que « le Conseil constitutionnel fait preuve de largesse en laissant un délai d'un an au Congrès pour satisfaire aux exigences constitutionnelles »²⁴⁸.

Cette carence dans l'autorité des décisions du juge constitutionnel n'est pas isolée. L'exemple de la loi du pays sur l'emploi local dans le secteur privé²⁴⁹ est tout aussi révélatrice de la faculté des autorités politiques locales à faire fi de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Lors d'un contrôle effectué à l'occasion de la réforme de la loi organique statutaire, le juge constitutionnel avait considéré que :

245 C. DAVID, « Lois du pays et question prioritaire de constitutionnalité : Vers une progression de l'état de droit en Nouvelle-Calédonie », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 98, 2014/2, p. 317-344.

246 Voir L. Janicot, « QPC sur une loi du pays en Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 2012, p. 355.

247 Un projet de loi du pays a néanmoins été récemment déposé sur le bureau du congrès et les discussions en commission ont eu lieu en mars/avril 2016.

248 L. Janicot, *op. cit.*

249 Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, *JONC* du 12 août 2010, p. 6934.

« l'application des mesures de priorité à l'emploi au conjoint d'un citoyen de Nouvelle-Calédonie ou d'une personne justifiant d'une durée suffisante de résidence, à son partenaire ou à son concubin, qui n'aurait pas la qualité de citoyen de Nouvelle-Calédonie ou ne remplirait pas la condition de durée suffisante de résidence en Nouvelle-Calédonie, n'a pas de fondement dans l'accord de Nouméa et ne constitue pas une mesure nécessaire à sa mise en œuvre »²⁵⁰, concluant ainsi à l'inconstitutionnalité d'une telle disposition.

Pourtant, malgré cette censure, le projet de loi présenté au Conseil d'État pour avis contenait les dispositions en faveur des conjoints dans une rédaction très proche de celle invalidée par le Conseil constitutionnel l'année précédente. Constatant l'inconstitutionnalité, le Conseil d'État avait logiquement demandé la suppression de telles dispositions étendant le bénéfice des mesures d'accès privilégié à l'emploi local aux conjoints des citoyens et des personnes remplissant la condition de résidence.

Néanmoins, ces dispositions ont été maintenues dans le texte final de la loi du pays²⁵¹, en violation délibérée de la décision du Conseil constitutionnel. Au surplus, lors de la seconde lecture du texte, préalable indispensable à une éventuelle saisine du Conseil, les élus indépendantistes ont obtenu qu'un degré de priorité soit établi entre les citoyens d'une part, et les personnes justifiant d'une certaine durée de résidence d'autre part. Il s'agit là encore d'une disposition discutable au regard d'une réserve d'interprétation émise par le Conseil en 1999²⁵².

Cette déférence à l'égard de la norme constitutionnelle pourrait paraître anecdotique si elle n'intervenait pas dans un contexte plus général dans lequel le consensus politique local amène à un reniement de décisions actées par le Constituant. En effet, la décision du comité des signataires du 10 février 2016 de ne pas appliquer les règles issues de la révision constitutionnelle de 2007 sur le corps électoral restreint pour les élections aux assemblées de province et au congrès démontre la relativité inquiétante de la prise en compte de la règle constitutionnelle en Nouvelle-Calédonie, qui plus est avec l'assentiment de l'État français.

Certes, on pourrait objecter que dans les cas de l'emploi local dans le secteur privé et du corps électoral restreint, le non-respect de la règle constitutionnelle a pour effet de limiter le champ d'application de dérogations constitutionnelles attentatoires aux libertés fondamentales. Il n'en reste pas moins que cette tendance à considérer la règle constitutionnelle comme optionnelle est d'autant plus préoccupante dans un territoire en voie d'émancipation dans la mesure où elle instaure des précédents discutables qui pourraient se répéter et conduire à une dérive du fonctionnement démocratique des institutions et d'une remise en cause de l'État de droit en Nouvelle-Calédonie. À moins qu'elle ne doive être interprétée comme un révélateur que l'émancipation est déjà bien amorcée...

250 Décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, rec. p. 152.

251 Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, *op. cit.*

252 Décision n° 99-409 DC du 15 mars 1999, Journal officiel du 21 mars 1999, p. 4234.

En conclusion, il apparaît qu'un nombre important de questions restent en suspens s'agissant des lois du pays que le juge constitutionnel serait le bienvenu à trancher. Pour cela, encore faudrait-il qu'il soit saisi plus fréquemment.

Ainsi, il serait intéressant et fort utile de connaître la position du Conseil constitutionnel sur l'impact que pourrait avoir les censures du juge constitutionnel de dispositions législatives nationales dont l'équivalent serait contenu dans une loi du pays²⁵³.

De la même manière, on souhaiterait mieux percevoir l'appréhension par le Conseil constitutionnel des modalités de détermination du domaine matériel de la loi du pays. En effet, si le Conseil constitutionnel semble appliquer le critère finaliste déjà utilisé par le Conseil d'État pour déterminer le domaine matériel de la loi du pays dans sa décision n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013²⁵⁴, il serait intéressant qu'il se prononce de façon plus claire sur cette question. Dans ce cadre, le refus du juge constitutionnel de contrôler le respect du domaine matériel de la loi du pays lorsqu'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre de dispositions contenues dans une loi du pays ne favorise pas une telle prise de position. Il serait pourtant utile de pouvoir anticiper dans quelle mesure le domaine matériel de la loi du pays peut être appréhendé au-delà des matières énumérées à l'article 99²⁵⁵.

253 Voir à cet égard les développements d'I. DAURIAC dans sa contribution dans le présent ouvrage : « La loi du pays fera-t-elle la “constitution civile de la Nouvelle-Calédonie” ? ».

254 Décision n°2013-3 LP du 1 octobre 2013, Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 4 octobre 2013 page 16505, considérant n° 10.

255 Voir à titre d'illustration la contribution de V. DAVID dans cet ouvrage : « Les lacunes du domaine matériel de la loi du pays : l'exemple du droit de l'environnement ».

Quelles réformes du régime contentieux des « lois du pays » de la Polynésie française ?

Stéphane DIEMERT

*Président du tribunal administratif et de la cour administrative d'appel,
Ancien conseiller pour les affaires juridiques et institutionnelles
du ministre de l'Outre-mer (2002-2006),
Ancien président du Haut conseil de la Polynésie française (2013-2015)*

On sait que, à la différence des lois du pays de la Nouvelle-Calédonie, celles de la Polynésie française demeurent des actes administratifs et n'ont donc pas force législative.

Leur régime contentieux, aujourd'hui contesté en raison notamment de l'excessive incertitude qu'il fait peser sur le délai d'entrée en vigueur de ces textes, est actuellement fixé par les articles 176 à 180-5 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. L'article 140 de la même loi organique détermine quant à lui le domaine des lois du pays ainsi que certains effets susceptibles d'être attachés à ces actes²⁵⁶, les articles 130, 141 et 143 fixent quelques règles présidant aux modalités de leur discussion et de leur adoption par l'Assemblée de la Polynésie française, tandis que l'article 159 prévoit leur adoption par la voie du référendum local.

Ce régime a déjà fait l'objet de deux réformes : ainsi, la loi organique du 7 décembre 2007 a aligné le domaine des lois du pays sur celui des lois nationales en supprimant l'énumération matérielle prévue à l'article 140 et en la remplaçant par un simple renvoi au domaine de la loi. Par ailleurs, la loi organique du 1^{er} août 2011 a distingué le régime contentieux des lois du pays fiscales de celui des autres lois du pays : les recours dirigés contre les premières n'étant plus suspensifs, elles peuvent être promulguées dès leur adoption, et ainsi entrer en vigueur dès leur publication, sans autre délai que celui qu'elles fixent.

L'actuel régime contentieux des lois du pays fait l'objet de critiques récurrentes fondées, d'une part, sur le caractère suspensif du recours (hors le cas des lois du pays fiscales) qui, combiné avec un intérêt à agir trop largement entendu (ou, du moins, apprécié par le juge au terme d'un trop long délai), paralyserait inutilement l'action législative du Pays en permettant à n'importe quel requérant de saisir le Conseil d'État

256 L'article 140 de la loi organique statutaire dispose que : « Les actes de l'assemblée de la Polynésie française, dénommés «lois du pays», sur lesquels le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique, sont ceux qui, relevant du domaine de la loi, soit ressortissent à la compétence de la Polynésie française en application de l'article 13, soit sont pris au titre de la participation de la Polynésie française à l'exercice des compétences de l'État dans les conditions prévues aux articles 31 à 36. Les actes pris sur le fondement du présent article peuvent être applicables, lorsque l'intérêt général le justifie, aux contrats en cours. ».

aux seules fins de gêner l'action de la majorité élue et ce, sans équivalent au niveau national ou dans d'autres collectivités d'outre-mer, d'autre part, sur les délais de jugement par le Conseil d'État, qui dépasseraient régulièrement les trois mois impartis par la loi organique statutaire. De ces critiques, il peut se déduire que le régime des lois du pays présenterait au final plus d'inconvénients que d'avantages et que le régime antérieur des délibérations était plus aisément praticable que l'actuel. Pour autant, la question se pose de savoir si le régime conçu en 2004 et modifié en 2007 et 2011 – ces deux dernières réformes ayant justement fait la preuve de sa plasticité – a été exploité jusque dans ces ultimes possibilités : tel ne semble pas être le cas.

La présente contribution envisage, à cadre constitutionnel constant – c'est-à-dire hors hypothèse d'une modification de l'article 74 de la Constitution qui viendrait conférer valeur législative aux actes des collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie intervenant dans le domaine de la loi – les propositions de réforme susceptibles d'aboutir à la rénovation d'un régime contentieux devenu peu compréhensible, afin de mieux le concilier avec la logique démocratique et l'efficacité de l'action publique tout en approfondissant les potentialités offertes par l'article 74 de la Constitution en matière de « régime juridictionnel spécifique » des lois du pays.

On examinera successivement les questions suivantes :

1. Les délais de jugement par le Conseil d'État ;
2. La suppression ou le maintien du caractère suspensif du recours ;
3. La limitation de l'intérêt à agir des requérants ;
4. Le rôle du haut-commissaire de la République ;
5. L'obligation pour le juge de renoncer à la pratique de « l'économie des moyens » ;
6. Le traitement spécifique des vices de légalité externe ;
7. L'atténuation des effets d'annulation des décisions du Conseil d'État ;
8. L'application aux « lois du pays » des jurisprudences *Cie ALITALIA* et *M. VILLEMMAIN* sur l'obligation d'adopter certaines mesures destinées à remédier à des illégalités de l'état du droit ;
9. L'extension de certains effets rétroactifs attachés aux lois du pays : la possibilité de tirer les conséquences rétroactives des décisions de justice ;
10. Le « déclassement » des lois du pays dans le cadre de la procédure contentieuse ;
11. L'institution d'une procédure de « reclassement » des délibérations intervenues dans le domaine des lois du pays ;
12. L'alignement du régime de la responsabilité de la Polynésie française « du fait des lois du pays » sur le régime de responsabilité du fait des lois.

Ces propositions supposent évidemment que la notion de *contrôle juridictionnel spécifique*, tel que prévu par l'article 74 de la Constitution, autorise de tels aménagements. Au vu des évolutions constatées par ailleurs dans l'ensemble du contentieux administratif « de droit commun », sous l'effet des modifications législatives et aussi de la jurisprudence du Conseil d'État qui n'hésite plus à rompre avec des traditions bien établies, il n'est pas apparu au Haut conseil que les dispositions de l'article 74 imposent, pour régler le contentieux des lois du pays, de s'inspirer du recours pour

excès de pouvoir en ne l'adaptant que marginalement aux spécificités polynésiennes. La référence au contentieux de l'excès de pouvoir relève d'abord du confort de l'habitude : elle n'est pas imposée par le texte constitutionnel, pour autant que le droit au recours juridictionnel effectif n'est pas remis en cause. On relèvera que le Conseil d'État lui-même a reconnu, à propos des réformes intervenues dans le domaine du contentieux de l'urbanisme en vertu de l'ordonnance n° 2103-638 du 18 juillet 2013, que ces dispositions « affectent la substance du droit de former un recours pour excès de pouvoir contre une décision administrative » (CE, Avis, 18 juin 2014, *SCI Mounou*, req. n° 376113) : on conçoit mal que de telles réformes, admissibles en droit commun, ne le seraient pas pour le régime contentieux des lois du pays de la Polynésie française alors même que le texte constitutionnel l'a prévu.

1. Les délais de jugement des recours par le Conseil d'État

L'article 177 de la loi organique statutaire dispose, en son premier alinéa, que : « Le Conseil d'État se prononce dans les trois mois de sa saisine. ». Le délai imparti au Conseil d'État pour juger de la légalité des lois du pays n'est que rarement respecté, comme en atteste le graphique figurant ci-après :

Sur 52 lois du pays déférées au Conseil d'État depuis 2004 et jusqu'en 2014 : 16 instances, (soit 30,7 % du total) ont été jugées en trois mois au plus ; 10 (soit 19,2 %) l'ont été entre 3 et 6 mois ; et 26 (soit 50 %) en 6 mois ou plus, dont 14 (soit 26,9 %) en 9 mois ou plus, 5 (soit 9,6 % en 12 mois ou plus, et 4 (soit 7,6 %) en 15 mois ou plus (dont l'une en 20 mois). Depuis 2015, en revanche, le Conseil d'État respecte davantage le délai qui lui est imparti.

Faute de mécanisme de sanction raisonnablement envisageable, ce délai ne peut que demeurer indicatif. Son dépassement peut se justifier lorsque les questions à juger présentent des difficultés particulières ; en outre, le fonctionnement interne du Conseil d'État statuant au contentieux, qui prévoit – et c'est heureux – une procédure dotée de nombreux « filtres » destinés à garantir la qualité de la décision à rendre, s'accommode sans doute mal d'un délai qui, pour paraître long aux acteurs locaux, est en réalité très bref à l'échelle du contentieux administratif, et inférieur aux délais moyens de jugement d'une affaire par le Conseil d'État (hors contentieux de l'urgence). Il paraît donc difficile d'envisager raisonnablement un délai de jugement inférieur à trois mois ; une durée proche de six mois est plus réaliste.

La pertinence du maintien d'une telle prescription non suivie d'effets dans la loi organique est donc discutable – étant entendu que le seul effet de droit qui pourrait s'attacher à cette disposition paraît résider dans la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait des dommages éventuellement causés à la Polynésie française par une durée de jugement excessive. Reste que le non-respect de ce délai par le Conseil d'État pourrait conduire le président de la Polynésie française à décider de promulguer la loi du pays en cause, dès lors que la seule sanction susceptible d'affecter l'acte de promulgation (contre lequel le recours n'est pas suspensif), consisterait en l'annulation de cet acte en tant qu'il porte sur des dispositions de loi du pays éventuellement illégales. Ainsi, on aboutirait en tout état de cause au même résultat qu'une décision du Conseil d'État rendue sur la loi du pays elle-même : l'impossibilité d'appliquer la disposition litigieuse, tandis que les autres dispositions, non contestées, auraient été promulguées et seraient entrées en vigueur.

Si, comme il sera proposé plus loin, les recours formés devant le Conseil d'État contre les lois du pays non fiscales perdaient leur caractère suspensif, la question du délai de jugement des recours dirigés contre les lois du pays ne se poserait évidemment plus : la loi du pays serait promulguée et alors susceptible de recevoir pleine application, tandis que les éventuelles conséquences juridiques d'une annulation ultérieure, pour complexes qu'elles puissent être, seraient réglées, soit par application des règles jurisprudentielles existantes, soit par des mécanismes nouveaux. Cette situation nouvelle n'aurait toutefois pas les mêmes implications politiques que le mécanisme actuel, lequel aboutit à la suspension immédiate de la loi du pays, pour de longs mois, dans des conditions finalement peu favorables à la majorité, élue démocratiquement, qui l'a adoptée, alors même qu'aucun mécanisme de filtre n'est prévu pour permettre le rejet rapide des requêtes irrecevables, le cas échéant instrumentalisées par l'opposition politique.

En revanche, si ces recours devaient conserver un caractère suspensif, il conviendrait, à tout le moins, d'organiser une procédure de « filtrage » permettant que soient rejetées par ordonnance du président de la Section du contentieux, dans des délais aussi brefs que possible, les requêtes entachées d'une irrecevabilité manifeste ou présentées par un requérant dépourvu d'intérêt pour agir ou ne démontrant pas qu'il possède la qualité donnant intérêt pour agir, ou ne répondant pas aux nouveaux critères de recevabilité susceptibles d'être fixés par le législateur organique. Une telle procédure s'apparenterait, *mutatis mutandis*, à celle de l'admission des pourvois en cassation devant le Conseil d'État. Elle permettrait au moins que soient, sans attendre, rejetées les requêtes qui, présentées par les requérants « institutionnels », ne contiennent pas les moyens de droit ou de fait (et, par extension, les moyens dépourvus des précisions suffisantes pour permettre d'en apprécier le bien-fondé) exigés par la loi organique, ou qui, présentées par les requérants « ordinaires » (personnes physiques ou morales) sont irrecevables en raison de l'absence d'intérêt pour agir, ou de qualité donnant intérêt pour agir, des requérants.

Il appartiendrait alors au Pays d'être particulièrement diligent pour soulever, dans son mémoire en défense, les fins de non-recevoir destinées à signaler au juge qu'il peut prendre une décision de non-admission, ce qui soulève en conséquence la question des délais de communication des requêtes et mémoires aux parties et du respect du principe du contradictoire (dès lors qu'est invoqué en défense le défaut d'intérêt pour agir, le requérant doit en effet avoir la possibilité de répliquer utilement à la fin de non-recevoir qui lui est opposée). Ces délais devraient être strictement définis (par voie réglementaire) et impérativement respectés – étant entendu que le recours aux moyens de communication électronique peut y contribuer.

2. La suppression ou le maintien du caractère suspensif du recours contre les lois du pays

En l'état du droit positif, les lois du pays fiscales sont promulguées immédiatement après leur adoption et peuvent faire l'objet d'un recours en annulation, similaire au recours classique en excès de pouvoir. Le régime de ces lois du pays est donc très proche de celui d'un décret réglementaire du Premier ministre.

Il résulte d'une décision du juge des référés du Conseil d'État, concernant la collectivité d'outre-mer de Saint-Barthélemy, également dotée de l'autonomie (dont

les actes du conseil territorial intervenant dans le domaine de la loi sont soumis au même régime que les lois du pays fiscales) que la procédure de référé-suspension de droit commun leur est applicable, en l'absence de disposition contraire de la loi organique²⁵⁷. Aussi, une loi du pays fiscale promulguée et déjà entrée en vigueur peut voir son application suspendue lorsqu'il existe, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur sa légalité et lorsque l'urgence le justifie.

La question de savoir si, comme en droit commun du contrôle de légalité, les demandes de suspension formées par le haut-commissaire de la République sont ou non subordonnées à la condition d'urgence n'est pas tranchée. De même, le référé « liberté fondamentale » paraît applicable en pareille occurrence, même si les conditions de sa mise en œuvre seront sans doute rarement réunies par une loi du pays (ce recours trouvant sans doute plus avantagement à s'appliquer à l'encontre d'actes administratifs pris en application d'une loi du pays). En revanche, les lois du pays autres que fiscales voient leur promulgation suspendue le temps que d'éventuels recours puissent être formés, pendant une période d'au moins cinq semaines ; si ces recours sont effectivement déposés, le délai de promulgation de la loi du pays continue d'être suspendu jusqu'à la décision du Conseil d'État. Une disposition de loi du pays déclarée illégale ne peut donc être promulguée ni mise en application. Ce régime est proche de celui des lois adoptées par le Parlement ou de celui des lois du pays adoptées par le congrès de la Nouvelle-Calédonie. Il s'agit donc d'un recours par voie d'action, *a priori* et abstrait. La norme censurée par le juge n'entrera jamais en vigueur.

Faut-il maintenir ce système dual en vigueur ? Ou bien ne vaut-il pas mieux l'unifier, en alignant l'ensemble du régime contentieux des lois du pays sur le régime contentieux des lois du pays fiscales ? Peut-on envisager des solutions intermédiaires ? Les réponses suivantes peuvent être apportées à ces interrogations :

Les critiques formées contre le régime suspensif des recours sont connues : ces recours, qui peuvent être jugés dans des délais longs, et qui peuvent être déclenchés par toute personne physique et morale dont l'intérêt à agir ne fait l'objet d'aucun contrôle dans un délai bref suivant leur dépôt, sont peu compatibles avec la mise en œuvre rapide de dispositifs, notamment économiques et sociaux, qui, pourtant votés par une majorité dotée de la légitimité démocratique nécessaire, se trouvent ainsi paralysés soit par des recours futiles à finalité purement politique, susceptibles d'être engagés par tout opposant, soit par des recours simplement destinés à la protection d'intérêts corporatistes. Ces recours *a priori*, dont nombre sont voués à l'échec, n'ont remplissent pas moins l'effet d'un « veto suspensif » sans équivalent connu dans un régime parlementaire démocratique. En outre, le dispositif actuel conduit à ce que l'entière loi du pays soit soumise au Conseil d'État, et voit donc sa promulgation suspendue, quand bien même le requérant n'en conteste qu'une seule disposition, séparable le cas échéant du reste du texte. Or, la séparabilité d'une disposition d'une loi du pays du reste de son contenu ne peut pas toujours s'apprécier aisément, ce qui rend délicate la mise en place d'un mécanisme de « filtrage » rapide qui permettrait de promulguer le texte indépendamment de la disposition contestée.

Ces critiques ne sont pas dénuées de pertinence, si l'on veut bien comparer la situation résultant au niveau national de la mise en œuvre de l'article 61 de la Constitution : les lois déferées au Conseil constitutionnel sont examinées dans un

257 CE, jug. réf., 22 févr. 2012, *Sté France Télécom*, req. n° 356207.

délai qui n'excède jamais un mois, ce qui permet au Gouvernement de disposer d'une prévisibilité certaine quant à leur mise en œuvre. Dans les démocraties parlementaires européennes qui connaissent le contrôle de constitutionnalité par voie d'action ouvert à la minorité parlementaire²⁵⁸, les recours engagés contre les lois ne sont pas suspensifs de promulgation – même si, dans certaines hypothèses, la juridiction constitutionnelle peut décider de suspendre la loi contestée.

À l'inverse, la suppression du caractère suspensif du recours pourrait faire naître les critiques suivantes : d'abord, celle de l'atteinte au droit au recours - mais on a déjà dit que la substance du droit au recours des particuliers contre les lois du pays ne serait pas fondamentalement atteinte dès lors que, à l'occasion d'un recours dirigé contre un acte administratif faisant application d'une loi du pays, ils pourraient toujours contester la légalité de cette dernière par la voie de l'exception d'illégalité ; ensuite, celle de la sécurité juridique résultant de ce que, désormais, les lois du pays déclarées illégales, ayant été promulguées et ayant déjà produit des effets, leur annulation *ex post* aurait des conséquences différentes de celle de la simple interdiction de promulgation : mais, outre que c'est déjà la situation des lois du pays fiscales, et que le juge administratif peut dans certaines circonstances moduler les effets des annulations qu'il prononce, il est possible d'éviter cette situation en modifiant la portée des décisions du Conseil d'État.

Pour autant, il n'apparaît pas possible de retenir d'autres pistes de réforme. Ainsi, même si l'hypothèse peut paraître *a priori* séduisante, il est difficile de distinguer, parmi les lois du pays, et hors les lois du pays fiscales, celles qui, destinées à la mise en œuvre immédiate d'une politique économique et sociale, doivent être promulguées immédiatement, de celles qui, affectant des règles destinées à davantage de pérennité, pourraient demeurer régies par un système de recours à effet suspensif. Autant, il est aisé de distinguer la fiscalité des autres mesures législatives, autant il devient complexe d'élaborer des critères qui permettraient de distinguer au sein des autres lois du pays celles dont la promulgation ne doit souffrir aucun retard. Seules, peut-être, les mesures législatives relatives au régime de protection sociale pourraient être plus aisément identifiables. Par ailleurs, la tentation serait grande – comme en témoigne une pratique réelle, quoique discrète, depuis 2011 – de mêler, dans une même loi du pays, des mesures fiscales et/ou sociales à d'autres, pourtant insusceptibles de conduire à la suspension de la promulgation, afin néanmoins de procéder à cette dernière dans les meilleurs délais et sans véritable risque contentieux. Confier à l'Assemblée de la Polynésie française elle-même le soin de déclarer « urgentes » certaines lois du pays, même à la majorité qualifiée, aux fins de les soustraire au caractère

258 Ainsi, en Allemagne, sont autorisés à saisir la Cour constitutionnelle, le gouvernement fédéral, les gouvernements fédérés et un tiers des membres du Bundestag (art. 93, al. 1 (2^o) de la Loi fondamentale et § 13-6 de la loi sur la Cour constitutionnelle du 12 mars 1951). Cette voie de droit n'est enfermée dans aucun délai et permet de faire contrôler les lois fédérales ou fédérées et les règlements, peu importe que la norme ait été promulguée avant l'entrée en vigueur de la LF (1949) ou après cette date. Elle n'est utilisée qu'à environ deux reprises chaque année. En Espagne, le recours (qui n'a plus d'effet suspensif depuis 1985) contre les lois et des textes de valeur législative, émanant de l'État ou des communautés autonomes, peut être formé dans les trois mois qui suivent la publication de l'acte par le président du gouvernement, le défenseur du peuple (homologue du médiateur de la République en France), cinquante députés ou cinquante sénateurs et par les autorités exécutives et les assemblées des communautés autonomes, pour les seuls recours qui concernent des actes qui empiètent sur le champ de compétences de ces collectivités territoriales.

suspensif du recours, pourrait aboutir à ce que cette urgence soit systématiquement invoquée et décidée, au risque d'ailleurs de l'apparition d'un contentieux spécifique sur des décisions de cette nature – car on voit mal pourquoi le juge administratif refuserait de statuer sur une décision de cette nature s'il en était saisi.

Réserver aux seuls requérants « institutionnels » - le haut-commissaire, le président de la Polynésie française, le président de l'Assemblée de la Polynésie française ou six représentants à l'Assemblée de la Polynésie française - un recours à caractère suspensif aurait sans doute le mérite de contraindre l'opposition qui entend contester une loi du pays à y procéder, sans pouvoir recourir à un « faux-nez ». Mais on peut se demander si réserver cette prérogative aux élus minoritaires, alors que les requérants ordinaires en seraient désormais privés, n'irait pas jusqu'à leur conférer une forme de « privilège » - alors même qu'ils n'ont déjà pas à justifier de leur intérêt à agir, que la loi organique leur confère de plein droit - qui excéderait les limites admissibles en termes d'égalité entre les justiciables, et créerait « une différence de situation entre les représentants à l'assemblée de la Polynésie française et les autres justiciables qui n'est pas justifiée au regard de l'objectif de contrôle juridictionnel des actes administratifs » (Cons. const. n° 2007-559 DC, 6 déc. 2007, cons. 25 & 26). En outre, retenir cette option conduirait à maintenir un double délai de recours, l'un ouvert aux seules autorités « politiques », et l'autre aux requérants ordinaires. La promulgation des lois du pays en serait forcément retardée.

Au total, comme on peut le constater, les solutions alternatives ne sont pas satisfaisantes. C'est pourquoi le Haut conseil préconise qu'il soit mis fin au caractère suspensif de promulgation du recours contre les lois du pays. Cette solution, déjà admise pour les lois du pays fiscales, et qui existe, *mutatis mutandis*, dans les deux autres collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie pour ceux des actes de leur Conseil territorial intervenant dans le domaine de la loi, présente le double avantage de la simplicité d'emploi et de la constitutionnalité - le Conseil constitutionnel n'ayant vu aucun inconvénient à la création par la loi organique du 1^{er} août 2011 d'un régime contentieux par voie d'action à l'encontre des lois du pays fiscales.

Afin de renforcer les garanties offertes aux justiciables, il importe par ailleurs, d'une part, et dès lors que le recours n'aura plus d'effets suspensifs, de prévoir un allongement des délais actuels de saisine, qui pourraient sans difficulté être portés à un mois (au lieu de quinze jours) pour les requérants « institutionnels » et à deux mois (au lieu d'un mois) pour les requérants ordinaires. Ce doublement des délais actuels ne jouerait sans doute qu'une influence marginale sur le nombre de recours déposés. Il contribuerait, toutefois, à une amélioration de la qualité des requêtes. D'autre part, d'instituer expressément une procédure de « référé-liberté » à l'encontre des lois du pays : outre qu'un tel recours est sans doute d'ores et déjà possible en l'absence de dispositions contraires de la loi organique, et qu'il vaut donc mieux que celle-ci traduise *expressis verbis* l'état complet du droit en vigueur, on relèvera qu'un tel recours a vocation à demeurer exceptionnel (il n'en a jamais été déposé depuis 2004), dès lors qu'il est peu probable qu'une loi du pays soit *self-executing* au point de ne pas nécessiter, pour son application, la prise d'actes administratifs subséquents qui pourraient toujours être contestés devant le juge des référés. Et enfin, d'accorder au Défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante, la possibilité de former un recours contre une loi du pays : cette faculté, qui s'inscrit clairement dans sa mission

constitutionnelle, lui permettrait ainsi d'intervenir à la demande de particuliers, dans le délai recours de deux mois qui leur serait désormais ouvert.

Si la suppression du caractère suspensif du recours n'était pas retenue, divers mécanismes alternatifs pourraient être envisagés : ainsi, de l'instauration d'une procédure d'admission destinée à « filtrer » les requêtes et ainsi à permettre que soient rejetées dans un délai relativement bref celles qui sont irrecevables (*cf. supra*, 1.). S'agissant plus particulièrement des requérants « institutionnels », il pourrait être envisagé de lier, comme en Nouvelle-Calédonie, la possibilité d'exercice du recours à l'existence d'une nouvelle délibération de la loi du pays. L'article 104 de la loi organique du 19 mars 1999 subordonne en effet la saisine du Conseil constitutionnel par les autorités habilitées (haut-commissaire, gouvernement, président du congrès, président d'une assemblée de province ou dix-huit membres du congrès) à l'existence d'une nouvelle lecture, dont l'article 103 de la même loi organique prévoit qu'elle peut être demandée, dans les quinze jours qui suivent l'adoption de la loi du pays, par le haut-commissaire, le gouvernement, le président du congrès, le président d'une assemblée de province ou onze membres du congrès (la nouvelle lecture peut ne porter que sur certaines dispositions de la loi du pays). Un tel dispositif présente l'avantage de responsabiliser les saisines émanant des autorités habilitées, en les conduisant, le cas échéant, à rendre publics les griefs sur lesquels pourra reposer leur recours ultérieur. En outre, les demandeurs de la nouvelle lecture peuvent parfaitement ne pas saisir le juge ultérieurement – mais d'autres requérants « institutionnels » seraient alors en situation de former ce recours, la formalité obligatoire étant accomplie. L'instauration d'une exigence de seconde délibération, préalable au recours, pourrait donc être envisagée sans difficultés si ce recours continuait de posséder un effet suspensif de promulgation. Le caractère « spécifique » du recours juridictionnel paraît autoriser cette forme de recours préalable à la saisine du juge, au moins autant que les dispositions constitutionnelles relatives à la Nouvelle-Calédonie (il est remarquable que le Conseil constitutionnel ait validé une telle obligation que ni l'article 77 de la Constitution ni l'Accord de Nouméa n'envisagent). Il suffirait de prévoir, à l'article 176 de la loi organique statutaire, que la demande de nouvelle lecture - sommairement motivée - doit être présentée par l'un des requérants institutionnels dans le délai de huit jours qui suit l'adoption de la loi du pays, la nouvelle lecture devant ensuite intervenir dans les quinze jours de la demande.

Dans le cas de la Polynésie française, il ne fait guère de doute que ces modalités particulières de recevabilité des recours pourraient être admises par le Conseil constitutionnel : dès lors qu'il n'a pas jugé inconstitutionnelle l'absence d'exigence d'un intérêt pour agir des requérants « institutionnels », il est peu probable qu'il censurerait des dispositions qui, à l'inverse, feraient peser sur les mêmes une condition de recevabilité spécifique – pour autant que cette condition n'entrave pas excessivement leur droit au recours.

3. La limitation de l'intérêt à agir des requérants

Dans le cadre du dispositif actuellement en vigueur, l'extrême libéralisme avec lequel le juge administratif peut être saisi d'une requête dirigée contre une loi du pays, qui découle de la conception très large de la notion d'intérêt à agir en matière d'excès

de pouvoir²⁵⁹, se conjugue avec l'effet suspensif du recours pour concourir à la diffusion, dans l'opinion, du sentiment d'une forme de dérèglement du régime contentieux des lois du pays qui, en tant qu'il peut conduire à la paralysie du législateur polynésien par toute requête émanant d'une personne physique ou morale dont l'intérêt à agir ne fait l'objet d'aucun contrôle préalable, échappe manifestement aux buts qui lui ont été assignés lors de l'adoption de la loi organique statutaire.

Il a déjà été suggéré que l'instauration d'une procédure d'admission des requêtes devant le Conseil d'État pourrait au moins permettre de rejeter très rapidement les requêtes irrecevables pour défaut d'intérêt à agir et ne pas retarder inutilement la promulgation de la loi.

Dans l'hypothèse d'une réforme de la loi organique qui supprimerait le caractère suspensif de promulgation des recours dirigés contre les lois du pays non fiscales, pour l'aligner sur le statut contentieux dont sont dotées ces dernières depuis 2011, une éventuelle restriction de l'accès au Conseil d'État fondée sur l'intérêt du requérant se poserait évidemment en termes moins pressants que si le caractère suspensif du recours était maintenu. L'absence d'effet suspensif au recours justifie alors moins qu'il soit porté atteinte à l'accès au juge, et l'exemple des recours formés à l'encontre des lois du pays fiscales, depuis la réforme entreprise par la loi organique du 1^{er} août 2011, démontre qu'il y a finalement peu à craindre, en termes d'inflation des recours *a posteriori*, du maintien du critère de recevabilité désormais bien établi de l'intérêt à agir.

Toutefois, même dans le cas où les recours cesseraient d'être suspensifs, il peut néanmoins être envisagé, comme ce fut d'ailleurs le cas au moment de l'élaboration du projet de loi organique statutaire en 2003, de restreindre l'accès du recours par voie d'action contre les lois du pays aux personnes qu'elles concernent plus directement encore que celles excipant d'un simple intérêt pour agir. Il convient donc de s'interroger sur les possibles modifications de l'état du droit en ce qui concerne l'intérêt à agir au regard des conclusions de la requête et l'intérêt à agir au regard des moyens de droit soulevés par la requête

3.1. Restreindre l'intérêt à agir au regard des conclusions de la requête dans le contentieux des lois du pays.

Une première piste de réflexion peut porter sur la possibilité de restreindre l'intérêt à agir des requérants à l'encontre de la loi du pays (ou de certaines de ses dispositions). Elle concerne donc les *conclusions* de la requête en annulation, c'est-à-dire l'objet du recours : soit la loi du pays dans son intégralité, soit certaines de ses dispositions²⁶⁰.

Le projet de loi organique statutaire examiné par le Conseil d'État en 2003, écartant la traditionnelle notion d'intérêt à agir, dont les rédacteurs du texte estimaient

259 La question de l'intérêt à agir se pose évidemment de manière bien différente en plein contentieux, dans lequel sont en cause des intérêts subjectifs : « Il y a rarement à douter que celui qui réclame la reconnaissance d'un droit subjectif, dont il s'affirme titulaire, n'ait pas intérêt donnant qualité à agir », R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Ed. Montchrestien, 13^e éd. 2008, n^o 565.

260 L'intérêt à agir s'apprécie en principe disposition par disposition, ce qui ne pose guère de difficultés lorsque l'objet de la loi du pays est unique. Toutefois, dans le cas d'une loi du pays, portant sur divers objets ne présentant pas entre eux un lien suffisant, le requérant peut théoriquement se voir dénier l'intérêt pour agir à l'encontre d'une partie de la loi.

qu'il était de nature à ouvrir trop largement l'accès au juge administratif, avait retenu une ouverture du recours aux seules personnes « justifiant de la lésion directe d'un droit ». Cette notion, inspirée du plein contentieux et du droit administratif allemand²⁶¹ aurait eu pour conséquence, si elle avait été retenue, de rendre irrecevable les recours formés par les syndicats, les groupements professionnels et les diverses associations et plus généralement par tous les défenseurs de droits ou d'intérêts collectifs – puisque de tels organismes peuvent difficilement se prévaloir de la lésion d'un « droit » (hors celui qui les affecterait en leur propre qualité de personne morale) qui est en réalité celui de leurs seuls adhérents pris individuellement et ne saurait être regardé comme un « intérêt collectif ». Cette formulation aurait ainsi restreint le champ des requérants aux seules personnes physiques ou morales dont la situation personnelle était susceptible d'être directement affectée, négativement, par la disposition d'une loi du pays.²⁶² On sait que, le Conseil d'État ayant rendu un avis négatif sur ce point²⁶³ – au motif que la mesure envisagée portait atteinte au droit à un recours effectif – le Gouvernement, suivi en cela par le législateur organique, s'est finalement résigné à retenir la notion traditionnelle d'*intérêt pour agir*. L'affirmation selon laquelle une restriction de l'accès direct au Conseil d'État dans le cadre d'un contrôle par voie d'action porterait atteinte au droit à un recours effectif peut toutefois être discutée, dès lors que sont en cause des actes intervenant dans le domaine de la loi et que des normes législatives matériellement identiques ne peuvent, ni au niveau national, ni en Nouvelle-Calédonie, être directement contestées par voie d'action, devant quelque juge que ce soit par un particulier. En outre, la restriction de l'accès au juge de l'action n'interdit pas que, par la voie de l'exception d'illégalité, à l'occasion d'un litige relatif à un acte administratif faisant application d'une loi du pays, soit contestée la légalité de cette dernière.

La question se pose donc de savoir s'il n'est pas temps de réitérer la tentative abandonnée en 2003, et d'écarter « l'intérêt pour agir » au profit de « la lésion directe d'un droit » ou d'une « affectation directe et personnelle » de la situation d'un particulier, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale. Dans l'hypothèse où le recours demeurerait suspensif, cette évolution est évidemment souhaitable, pour limiter les requêtes suspensives à simple vocation dilatoire. Elle nécessiterait, en

261 La loi fédérale sur la juridiction administrative (*Verwaltungsgerichtsordnung* ou *VgO*) dispose, en son art. 42.2, que : « Dans la mesure où la loi n'en dispose pas autrement, le recours [à fin d'annulation d'un acte administratif ou d'injonction à le prendre] n'est recevable que si le requérant fait valoir qu'il est lésé dans ses droits par l'acte administratif individuel en cause ou par le refus ou l'abstention de l'édicter. ».

262 Le quatrième alinéa de l'art. 263 (ex 230 TCE) du TFUE dispose que : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution. ». Les alinéas 1^{er} et 2 du même article disposent que : « La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Elle contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. À cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission. ».

263 Avis n° 369.253 du 9 octobre 2003.

tout état de cause, que soit mise en place une procédure rapide par laquelle le recours serait, ou non, admis sur le fondement de la lésion du droit invoqué.

Cependant, même si le recours cessait d'être suspensif, un recentrage des possibilités de recours par voie d'action – étant bien entendu que la voie de l'exception d'illégalité comme celle de l'application des jurisprudences *Cie Alitalia* et *M. Villemain* resteraient toujours ouvertes à toute personne justifiant d'un intérêt pour agir – peut trouver sa justification. Encore faudra-t-il que soit politiquement assumée la restriction du recours direct des défenseurs d'intérêts collectifs que sont les syndicats, les organismes professionnels et les associations.

Le Conseil constitutionnel lui-même n'a pas exclu que la voie de l'excès de pouvoir soit fermée à certains requérants, et notamment aux organisations syndicales, contre les actes réglementaires, pourvu que soit maintenue la possibilité d'un recours contre un acte individuel pris sur son fondement et, à cette occasion, la possibilité d'exciper de son illégalité : dans sa décision n° 2011-129 QPC du 13 mai 2011, rendue à propos du statut des fonctionnaires parlementaires, le juge constitutionnel décide en effet que :

« les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 permettent à tout agent des assemblées parlementaires de contester, devant la juridiction administrative, une décision individuelle prise par les instances des assemblées parlementaires qui lui fait grief ; à cette occasion, l'agent intéressé peut à la fois contester, par la voie de l'exception, la légalité des actes statutaires sur le fondement desquels a été prise la décision lui faisant grief et engager une action en responsabilité contre l'État ; à cette même occasion, une organisation syndicale a la possibilité d'intervenir devant la juridiction saisie ; que, par suite, en ne permettant pas à une telle organisation de saisir directement la juridiction administrative d'un recours contre un acte statutaire pris par les instances d'une assemblée parlementaire, le législateur a assuré une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et le principe de séparation des pouvoirs garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

Aussi, il est possible de soutenir que l'avis négatif rendu en 2003 par le Conseil d'État ne correspond plus à l'état du droit :

- Au niveau national, le contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) comporte des dispositions de nature législative et réglementaire qui – on synthétise ici, sans doute trop brièvement leur contenu – réservent l'accès au juge aux personnes physiques ou morales « qu'en raison des inconvénients ou des dangers que le fonctionnement de l'installation présente » pour les intérêts définis par ailleurs par le code, les personnes physiques se voyant en tout état de cause plus facilement reconnaître un intérêt à agir que les personnes morales. En outre, les seules personnes ayant acquis ou pris à bail un immeuble postérieurement à la publication de l'acte d'autorisation ou d'enregistrement de l'ICPE sont recevables à déférer les actes administratifs concernés au juge administratif. Cette limitation *ratione temporis* de l'intérêt à agir est particulièrement significative et constitue ainsi une restriction d'importance au « libéralisme » de l'intérêt à agir.

- Le contentieux de l'urbanisme donne d'autres exemples de la limitation de l'intérêt à agir traditionnellement entendu : ainsi, alors que l'intérêt à agir s'apprécie

en principe à la date de la saisine du juge, l'article L. 600-1-1 du Code de l'urbanisme (issu de la loi du 13 juillet 2006) impose aux associations requérantes une condition de recevabilité spécifique : le dépôt de leurs statuts doit être antérieur à l'affichage en mairie de la demande d'attribution de l'autorisation d'occupation des sols contestée. Par ailleurs, l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme a notamment inséré dans le Code de l'urbanisme un article L. 600-1-2 nouveau qui dispose que :

« Une personne autre que l'État, les collectivités territoriales ou leurs groupements ou une association n'est recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager que si la construction, l'aménagement ou les travaux sont de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien qu'elle détient ou occupe régulièrement ou pour lequel elle bénéficie d'une promesse de vente, de bail, ou d'un contrat préliminaire mentionné à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation. ».

La notion d'*affectation directe* d'un droit – en l'occurrence celui d'occupation, d'utilisation ou de jouissance d'un bien – est donc désormais exigée, au lieu du simple intérêt pour agir, pour que soit recevable un recours pour excès de pouvoir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager.

De même, l'évolution récente de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de contentieux contractuel démontre que le Conseil d'État n'hésite pas à faire prévaloir, désormais, la notion d'intérêts subjectifs sur ceux, plus objectifs, de l'intérêt à agir. L'arrêt *SMIRGEOMES* (CE, Sect., 3 oct. 2008, req. n° 305420), a ouvert la voie, en matière de référé précontractuel, en faisant obligation au juge de « rechercher si l'entreprise qui se saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure à laquelle ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente »²⁶⁴. L'arrêt *Département du Tarn et Garonne* (req. n° 358994) rendu le 4 avril 2014 par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État, juge qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif « susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine », par sa passation ou ses clauses, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Il est remarquable que cette nouvelle voie de droit se substitue purement et simplement, pour les tiers autres que les candidats évincés, au traditionnel recours pour excès de pouvoir, qui leur est désormais fermé.

²⁶⁴ L'art. L. 551-1 du Code de justice administrative ouvrait, dans sa rédaction alors en vigueur, la voie du référé précontractuel aux personnes « qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'État dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local ».

Or, les considérations liées à l'intérêt général et à la sécurité juridique qui s'attachent à la limitation des possibilités de recours contre des actes individuels relatifs à l'occupation des sols ou à des ICPE, ainsi qu'aux recours en matière contractuelle, paraissent bien, selon nous, fonder en Polynésie française un régime nouveau de recevabilité contre les actes matériellement législatifs de l'Assemblée de la Polynésie française, dont le rôle - « qui ne se limite pas à la simple administration²⁶⁵ » - ne saurait être légitimement entravé par des recours trop généreusement admis, eu égard en particulier aux coûts induits pour la collectivité qui, dotée d'un pouvoir matériellement législatif, est soumise à des contraintes que l'État ne subit pas quand il adopte des mesures substantiellement identiques.

Aussi, au vu des évolutions ici rappelées, tant législatives que jurisprudentielles, une restriction relative au recours par voie d'action peut être envisagée. Elle aura pour conséquence immédiate la fermeture de cette voie de recours direct aux défenseurs d'intérêts collectifs que sont les syndicats, les organismes professionnels et les associations. Quant au choix entre la notion de justification de la *lésion directe d'un droit* ou de l'*affectation directe et personnelle*, il n'est pas seulement terminologique : on perçoit bien que la première formule est plus restrictive que la seconde. En tout état de cause, il ne serait envisageable de retenir cette proposition de modification de la loi organique statutaire que si le caractère suspensif du recours était maintenu. Il n'est pas certain, en effet, qu'une telle modification, *prima facie* séduisante, résiste à une politique jurisprudentielle qui entendraient n'en tenir compte que d'une manière limitée. Chargé d'appliquer cette réforme, le Conseil d'État sera finalement seul juge du degré de restriction qu'il entendra apporter à sa définition traditionnelle de l'intérêt pour agir et, si la fermeture de l'accès au juge pour les défenseurs d'intérêts collectifs ne serait sans doute que difficilement contournée, eu égard à la volonté du législateur organique, les recours des particuliers pourraient en revanche être admis, sur le long terme, sans que la modification de l'état du droit ne se traduise par une restriction significative.

3.2. L'intérêt à agir au regard des moyens soulevés dans la requête

Alors que la limitation de l'intérêt à agir des requérants par rapport à l'acte lui-même peut, comme on l'a vu, rencontrer des difficultés non négligeables, eu égard à la restriction qu'elle semble apporter au droit fondamental au recours, la limitation de la capacité des requérants à soulever seulement des moyens en rapport direct avec l'intérêt qu'ils invoquent paraît soulever moins de difficultés de principe. L'arrêt, susmentionné, *Département du Tarn et Garonne* rendu le 4 avril 2014 par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État juge en effet que les tiers « ordinaires » (hors représentant de l'État et membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales) à un contrat administratif et admis à contester sa passation ou certaines de ses clauses, outre qu'il ne sera recevable à agir que s'il est « susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine », ne pourront en outre invoquer que des « vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ». Cette décision rompt – alors

²⁶⁵ Cons. const., n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*.

même qu'elle ferme en outre la voie de l'excès de pouvoir aux actes détachables du contrat – avec un principe bien établi qui n'opérait pas de distinction entre les moyens susceptibles d'être soulevés dans cadre d'un recours en annulation (le Conseil d'État ayant même abandonné en 1995 la restriction qui pesait sur les membres des organes délibérants des collectivités territoriales qui n'étaient recevables, en cette seule qualité, qu'à soulever des moyens en rapport avec la méconnaissance de leurs droits et attributions). Ainsi, en excès de pouvoir, le requérant est-il recevable à soulever tout moyen à l'appui de ses conclusions à fin d'annulation, y compris des moyens qui apparaissent *prima facie* comme contraire à ses intérêts subjectifs : ainsi, de la demande d'annulation de la composition d'un organisme collégial qui a formulé une proposition de nomination pourtant favorable au requérant, recevable néanmoins à soulever l'irrégularité de la composition de cet organe, à l'encontre de la nomination d'un concurrent pour la nomination à pourvoir.

Une telle limitation de la recevabilité des moyens aurait pour effet de limiter considérablement les vices de légalité externe susceptibles d'être invoqués. Ainsi, il est probable que la méconnaissance des règles relatives à la consultation obligatoire d'un organe collégial ne pourrait plus être invoquée que par les membres dudit organe, mais sans que ces derniers soient forcément recevables à soulever contre l'acte attaqué des moyens de légalité interne, dont l'invocation serait réservée au requérant intéressé par le fond des dispositions contestées. Dans un tel système, et à titre d'exemple, seuls les membres du Conseil économique, social et culturel (en dehors des requérants institutionnels qui ne seraient pas soumis à cette limitation de l'invoicabilité des moyens) pourraient invoquer la méconnaissance de leurs prérogatives consultatives résultant du défaut de consultation préalable de ce Conseil (dans les cas où la loi organique le prévoit).

Le débat contentieux serait ainsi – à l'exception des questions de compétence, lesquelles sont d'ordre public et peuvent donc être soulevées *proprio motu* par le juge – recentré sur les questions de légalité interne. Une telle mesure ne paraît pas porter une atteinte excessive au droit au recours juridictionnel effectif. À la différence de la restriction de la capacité à saisir le juge lui-même, dont on a dit *supra* que son institution pouvait rencontrer de sérieux obstacles, pour une mise en œuvre effective aléatoire, la limitation de l'invoicabilité de certains moyens ne soulève pas des difficultés de même nature. En tout état de cause, cette mesure ne serait applicable qu'aux requérants non « institutionnels », c'est-à-dire aux personnes physiques et morales mentionnées au II de l'article 176 de la loi organique statutaire. Les requérants institutionnels, pour leur part, resteraient recevables à soulever tout moyen.

4. Le rôle du représentant de l'État

Les attributions constitutionnelles du représentant de l'État, qui comprennent « la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois »²⁶⁶ ne sauraient être réduites. Le juge constitutionnel en a déduit (Cons. const., n° 2004-490 DC, 12 févr. 2004, cons. 110), d'abord, qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose que le caractère exécutoire des actes des collectivités territoriales dépende,

²⁶⁶ Article 72 de la Constitution de la V^e République du 4 octobre 1958.

dans tous les cas, de leur transmission au représentant de l'État ; ensuite, que la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 est satisfaite dès lors que, outre la faculté pour les intéressés de saisir le juge administratif, le représentant de l'État a la possibilité d'exercer un contrôle de légalité ; enfin, qu'il appartient au législateur de mettre le représentant de l'État en mesure de remplir en toutes circonstances les missions que lui confie le dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution, notamment en ayant recours à des procédures d'urgence.

Dans l'hypothèse de la suppression du caractère suspensif du recours contre l'ensemble des lois du pays, il importerait de consacrer explicitement dans la loi organique - ce que n'a pas fait le législateur organique en 2011 sans s'attirer, curieusement, la moindre critique sur ce point du Conseil constitutionnel - la capacité du haut-commissaire de la République à demander qu'il soit sursis à l'application de la loi du pays promulguée, sans que la condition d'urgence lui soit opposable²⁶⁷. À cette fin, la loi organique pourrait comprendre un dispositif, inspiré de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, destiné à être mis en œuvre lorsqu'est invoquée, soit l'atteinte à une liberté publique ou individuelle ou à un droit fondamental, soit la répartition des compétences entre l'État, le Pays et les communes. Il serait fait droit à cette demande de suspension dès lors qu'elle comporterait l'exposé d'un moyen sérieux, en l'état de l'instruction. Une telle demande serait jugée par le président de la Section du contentieux du Conseil d'État ou par un conseiller d'État délégué par lui.

D'autres solutions sont théoriquement envisageables, comme celle qui consisterait à conserver au seul recours engagé par le représentant de l'État un caractère suspensif de promulgation. On relèvera toutefois que cette faculté soulèverait une difficulté d'ordre constitutionnel, le Conseil constitutionnel ayant jugé inconstitutionnelles des dispositions qui :

« ont pour effet de permettre au représentant de l'État de provoquer à tout moment, jusqu'à ce que le juge administratif ait statué définitivement sur le recours en annulation, la suspension, pendant un délai de trois mois, des actes des collectivités locales dans des domaines importants relevant de leurs compétences en interrompant, le cas échéant, leur mise en œuvre » et qui « privent ainsi de garanties suffisantes l'exercice de la libre administration des collectivités locales prévu par l'article 72 de la Constitution » (Déc. n° 92-316 DC du 20 janvier 1993).

Il est probable que le juge constitutionnel jugerait excessives les entraves ainsi posées à la libre administration de la Polynésie française.

5. L'obligation pour le juge de renoncer à la pratique de « l'économie des moyens »

Traditionnellement, le juge de l'excès de pouvoir dispose, lorsqu'il doit statuer sur un acte susceptible d'être annulé à plusieurs titres, de la liberté de choisir le moyen

²⁶⁷ Cf. *supra*, l'art. L. 551-1 du code de justice administrative ouvrait, dans sa rédaction alors en vigueur, la voie du référé précontractuel aux personnes « qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'État dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local ».

qu'il retiendra pour prononcer son annulation. S'il est naturellement tenu d'examiner l'ensemble des moyens de la requête, et éventuellement de soulever les moyens qui sont d'ordre public, il demeure libre de retenir le moyen d'annulation qu'il estime être le plus pertinent. Il n'a pas à statuer expressément sur les moyens qu'il ne retient pas, même s'il peut lui arriver de souligner dans les motifs de sa décision, et de manière incidente, que d'autres moyens étaient susceptibles de prospérer.

Cette pratique dite de « l'économie de moyens » ne connaît qu'une exception, en matière d'urbanisme²⁶⁸. Dans un souci de sécurité juridique et afin de conforter la mission didactique du juge, il peut être envisagé que, dès lors que le Conseil d'État ne serait plus astreint à statuer dans un délai déterminé, la loi organique lui impose d'abandonner la méthode de « l'économie de moyens » et de statuer sur l'ensemble des moyens soulevés à l'encontre d'une loi du pays – au moins, en l'état du dossier. Les institutions polynésiennes pourraient ainsi mettre en œuvre une loi du pays « purgée » des critiques de légalité soulevées en cours d'instance. Les enseignements ainsi apportés par l'arrêt du Conseil d'État contribueraient à éclairer les institutions de la Polynésie française dans la perspective de l'adoption ultérieure d'autres lois du pays.

6. Le traitement spécifique des vices de légalité externe

En l'état actuel du droit, toute loi du pays peut voir sa légalité perpétuellement contestée, par la voie de l'exception, même pour un motif tiré de son illégalité « externe », et fondée notamment sur l'irrégularité de la procédure de son adoption, ou sur l'incompétence de l'Assemblée de la Polynésie française.

Il a déjà été indiqué (cf. 3.2.) que la limitation des moyens susceptibles d'être soulevés à l'appui d'un recours en annulation aux seuls moyens en relation avec l'intérêt invoqué par le requérant sera susceptible de réduire les cas dans lesquels l'illégalité pour vice de forme ou de procédure pourrait être retenue par le juge.

S'agissant plus précisément des éventuelles irrégularités affectant la procédure d'adoption des lois du pays au regard des règles relatives aux consultations préalables obligatoires, il s'infère de la jurisprudence du Conseil d'État - et notamment de l'arrêt *M. Vernier* du 17 juillet 2013 (req. n° 365320) - que :

- d'une part, l'irrégularité de la procédure de consultation d'un organe à vocation consultative créé par une simple délibération, même antérieure à la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, peut être valablement invoquée à l'appui d'un recours dirigé contre une loi du pays, lorsque son texte institutif dispose qu'il « est saisi des projets de réglementation relatifs à » une matière donnée (en l'occurrence : la situation des agents publics, titulaires ou

268 L'article L. 600-4-1 du Code de l'urbanisme dispose en effet que : « Lorsqu'elle annule pour excès de pouvoir un acte intervenu en matière d'urbanisme ou en ordonne la suspension, la juridiction administrative se prononce sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier ». Le Conseil d'État a jugé que : « les dispositions de l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme, qui imposent que lorsqu'elle annule pour excès de pouvoir un acte intervenu en matière d'urbanisme ou en ordonne la suspension, la juridiction administrative se prononce sur l'ensemble des moyens de la requête qu'elle estime susceptibles de fonder l'annulation ou la suspension, en l'état du dossier, ont pour objet de permettre que les parties à un litige mettant en cause un acte intervenu en matière d'urbanisme soient éclairées sur l'ensemble des vices susceptibles d'entacher la légalité de cet acte. », CE, 16 juin 2004, *Sté Laboratoire de biologie végétale Yves Rocher*, req. n° 254172 - 264448.

non, s'agissant du Conseil supérieur de la fonction publique de la Polynésie française institué par la délibération n^o 95 216 AT du 14 décembre 1995,

- et d'autre part, que, saisie du moyen, la Haute Juridiction, l'a regardé comme opérant alors qu'une déclaration d'inopérance était possible, si les procédures consultatives instituées par des textes eux-mêmes adoptés antérieurement à la création de cette nouvelle catégorie d'actes juridiques que sont les lois du pays par la loi organique du 27 février 2004, avaient été regardée comme non opposables au législateur du pays. Bien mieux²⁶⁹, le Conseil d'État assimile la consultation d'un organe tel que le Conseil supérieur de la fonction publique de la Polynésie française, à celle du Conseil économique, social et culturel (CESC) pourtant créé par la loi organique statutaire. En effet, après avoir rappelé que les dispositions de l'article 151 de cette loi organique – qui imposent que, lorsqu'il est saisi d'un projet de loi du pays, le Conseil économique, social et culturel le soit de l'ensemble des questions posées par le texte avant son adoption par le conseil des ministres – « ne font pas obstacle à ce que des amendements, y compris d'origine gouvernementale, soient déposés en cours de discussion devant l'assemblée de la Polynésie française dès lors que ces amendements ne sont pas dépourvus de tout lien avec le texte soumis à celle-ci », le Conseil d'État juge que, « dans le cas où, après avoir recueilli son avis, mais avant de déposer le projet à l'Assemblée, le Gouvernement envisage d'apporter à son projet des modifications qui posent des questions nouvelles, il doit le consulter à nouveau » et - c'est là l'essentiel de l'apport de cet arrêt - qu'« il en va de même en ce qui concerne le Conseil supérieur de la fonction publique de la Polynésie française lorsque que ce dernier a fait l'objet d'une première consultation sur un projet de loi du pays ».

Cette situation aboutit donc à ce que des textes ayant valeur de simple délibération et antérieurs à une loi du pays peuvent imposer des procédures de consultation dont la méconnaissance entraînera la censure de la loi du pays... Il serait donc bienvenu que la possibilité de contester, par le moyen tiré d'un vice de procédure, la procédure d'adoption des lois du pays au motif que les dispositions prescrivant la consultation obligatoire d'un organisme consultatif n'ont pas été respectées, soit limitée aux seuls cas dans lesquels cette consultation résulte, soit de la loi organique elle-même (cas du CESC), soit, à tout le moins, d'une loi du pays. Ainsi serait supprimée la situation paradoxale, issue de l'arrêt *M. Vernier*, de lois du pays potentiellement illégales du fait qu'elles n'ont pas été soumises à la consultation d'un organe consultatif imposée par une délibération – voire par un arrêté...

Les lois du pays sont ainsi affectées, du fait de la possibilité d'invoquer perpétuellement un vice d'illégalité externe d'une fragilité permanente, que vient partiellement compenser, pour le cas où la méconnaissance des règles sur la procédure consultative serait invoquée, l'application éventuelle de la jurisprudence traditionnelle en vertu de laquelle un tel vice n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier que l'irrégularité a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'elle a privé les intéressés

²⁶⁹ Par application des principes notamment rappelés par son arrêt du 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne*, req. 290416 : une autorité administrative est tenue de se conformer aux dispositions réglementaires légalement édictées qui fixent les règles de forme et de procédure selon lesquelles elle doit exercer ses compétences ; ces dispositions s'imposent à elle tant qu'elles sont en vigueur et alors même que cette autorité en serait l'auteur ou qu'elles émaneraient d'une autorité qui lui est subordonnée ; qu'une décision à caractère réglementaire ou individuel prise en méconnaissance de ces règles est en principe illégale.

d'une garantie (jurisprudence à laquelle l'arrêt *Danthony*²⁷⁰ a redonné une certaine actualité).

S'il n'est pas envisageable de laisser sans sanction la violation des règles de compétence, et en particulier des règles relatives à la répartition des compétences entre la Polynésie française et l'État, il est en revanche possible de limiter les effets des vices de légalité externe simplement fondés sur la méconnaissance des règles de forme ou de procédure. Le droit national du contentieux de l'urbanisme connaît déjà ce type de limitation du droit au recours dans l'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme²⁷¹, validé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994. Il est donc envisageable de réduire à un an la durée pendant laquelle pourrait être contestée, pour vice de forme ou vice de procédure, une disposition de loi du pays. De même, pourrait-il être admis que la méconnaissance d'une règle fixant la compétence de l'Assemblée de la Polynésie française ne puisse plus être remise en cause au-delà de ce délai. En revanche, le moyen tiré de l'incompétence matérielle de la collectivité de Polynésie française demeurerait, eu égard au caractère fondamental qui s'attache à la question de la compétence respective de l'État, du Pays et des communes, perpétuellement recevable dans le cadre de l'exception d'illégalité.

7. L'atténuation de la rigueur des effets des annulations décidées par le Conseil d'État

En l'état actuel du droit, si le Conseil d'État, faisant droit à un recours, juge qu'une disposition d'une loi du pays est illégale : il déclare que la loi du pays ne peut être promulguée. Dans ce cas, elle n'entre jamais en application et il ne n'ensuit aucune conséquence juridique. S'il s'agit d'une loi du pays fiscale, déjà promulguée, il l'annule comme il le ferait pour tout acte réglementaire. Dans ce dernier cas, l'acte est censé être annulé *ab initio*, et les effets juridiques qu'il a produits sont en principe anéantis.

On sait toutefois que, pour éviter les inconvénients d'une solution aussi radicale, le Conseil d'État a atténué les effets des annulations contentieuses : il résulte en

270 CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony & a.*, req. n° 335033 : « - Si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie. - L'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte. ».

271 L'article L. 600-1 du Code de l'urbanisme dispose en effet que : « L'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma directeur, d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan d'occupation des sols, d'un plan local d'urbanisme, d'une carte communale ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause. Les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables à l'acte prescrivant l'élaboration ou la révision d'un document d'urbanisme ou créant une zone d'aménagement concerté. Les deux alinéas précédents ne sont pas applicables lorsque le vice de forme concerne : - soit l'absence de mise à disposition du public des schémas directeurs dans les conditions prévues à l'article L. 122-1-2 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains ; - soit la méconnaissance substantielle ou la violation des règles de l'enquête publique sur les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales ; - soit l'absence du rapport de présentation ou des documents graphiques. ».

effet de l'arrêt *Association AC !*, rendu le 11 mai 2004 par son Assemblée du contentieux, que si l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu, il peut être dérogé, à titre exceptionnel, au principe de l'effet rétroactif de l'annulation, lorsqu'il « est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets ». Le juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqué devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - met en balance les conséquences de la rétroactivité de l'annulation et les inconvénients que présente, eu égard notamment au principe de légalité et au droit des justiciables à un recours effectif, la limitation dans le temps de ses effets. S'il estime que ces éléments justifient qu'il soit dérogé au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses, il lui revient de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il aura déterminée. Dans l'hypothèse où, comme il est proposé, le recours devant le Conseil d'État perdrait son caractère suspensif, la jurisprudence *AC !* trouverait naturellement toute sa pertinence.

Toutefois, il est envisageable d'aller plus loin, et d'aligner les effets des décisions du Conseil d'État rendues sur les lois du pays promulguées sur ceux des décisions du Conseil constitutionnel rendues dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. On sait que l'article 62 de la Constitution dispose qu'une disposition déclarée inconstitutionnelle dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité « est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. ». Aucun principe de valeur constitutionnelle ne paraît interdire qu'un tel régime soit transposé aux lois du pays de la Polynésie française : les pouvoirs d'annulation du juge administratif ne sont pas absolus, et le législateur peut les aménager – la jurisprudence elle-même s'y autorisant. On ne saurait inférer de la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 (n° 86-224 DC), et notamment de la précision selon laquelle : « relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » de prohibition d'un régime spécifique de contrôle de légalité qui conduirait à l'abrogation d'un texte réglementaire plutôt qu'à son annulation. L'abrogation ici envisagée constituerait d'ailleurs bien une hypothèse de « réformation » de l'acte, et le « principe » de l'annulation d'un acte administratif par le juge n'ayant pas valeur constitutionnelle, il peut être écarté par la loi au bénéfice d'un système différent, qui préserve en tout état de cause le droit constitutionnel à un recours effectif.

8. L'application aux « lois du pays » des jurisprudences *C^e ALITALIA* et *M. VILLEMMAIN* sur l'obligation de modifier un état du droit illégal

Les lois du pays étant des actes administratifs, soumis aux principes généraux du droit, elles se trouvent donc, sauf disposition contraire de la loi organique, régies par l'ensemble des principes jurisprudentiels dégagés par le Conseil d'État, et notamment ceux qui prévoient la possibilité d'une abrogation des actes réglementaires illégaux dès l'origine, ou devenus illégaux. Sur cette question, la jurisprudence est très favorable aux administrés qui sont recevables, nonobstant l'expiration des délais de recours contentieux ouverts dans le cadre des recours directs en annulation, à saisir le juge administratif d'une demande tendant à l'annulation d'une demande, adressée au titulaire du pouvoir réglementaire et tendant, soit à l'abrogation d'un acte illégal, soit à la modification de la réglementation en vigueur pour tirer les conséquences d'une loi qui a créé une situation juridique nouvelle. Le juge administratif peut en outre être saisi de conclusions à fin d'injonction tendant à ce que l'autorité compétente édicte les mesures nécessaires à l'exécution de sa décision dans le délai qu'il fixe.

Ainsi, en vertu de l'arrêt *C^e Alitalia* (CE, Ass., 3 févr. 1989, req. n° 74052), l'autorité administrative compétente est tenue de faire droit à toute demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, que ce règlement soit devenu illégal en raison de circonstances de droit ou de fait postérieures à son édicition ou que ce règlement ait été illégal dès sa signature. En vertu de l'arrêt *M. Villemain* (CE, Ass., 28 juin 2002, req. n° 220361), lorsque, sans pour autant rendre par elle-même inapplicables des dispositions réglementaires incompatibles avec elle, une loi crée une situation juridique nouvelle, il appartient au pouvoir réglementaire, afin d'assurer la pleine application de la loi, de tirer toutes les conséquences de cette situation nouvelle en apportant, dans un délai raisonnable, les modifications à la réglementation applicable qui sont rendues nécessaires par les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes et, en particulier, aux principes généraux du droit tels que le principe d'égalité.

Si ces principes jurisprudentiels sont sans nul doute applicables aux lois du pays de la Polynésie française, et leur sanction justiciable du Conseil d'État – quoique la jurisprudence soit, à ce jour, demeurée taise sur la question, faute pour le juge administratif d'en avoir été saisi – il n'en demeure pas moins que cette application n'est même pas mentionnée dans la loi organique, et encore moins adaptée aux spécificités de l'action législative. L'état du droit n'étant pas précisément déterminé par la loi organique elle-même, et faute d'arrêt du Conseil d'État réglant la question, le Tribunal administratif de la Polynésie française puis la Cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris, 8 déc. 2014, req. n° 13PA03888, *S.A.E.M. Air Tahiti Nui*) ont retenu une solution très contestable, qui les a conduits à admettre leur compétence pour juger de la légalité d'un refus implicite d'abroger une loi du pays résultant du silence gardé par le président de la Polynésie française sur une demande d'abrogation qui lui avait été présentée²⁷².

272 La Cour administrative d'appel, tout en rejetant au fond la demande d'annulation de la décision de refus d'abrogation, a toutefois cité, dans les motifs de son arrêt, les dispositions de l'article 179 de la loi organique, aux termes duquel : « Lorsque, à l'occasion d'un litige devant une juridiction, une partie invoque par un moyen sérieux la contrariété d'un acte prévu à l'article 140 dénommé "loi du pays" avec la Constitution, les lois organiques, les engagements internationaux, ou les principes généraux du droit, et que cette question commande l'issue du litige, la validité de la procédure ou constitue le fondement des

Une telle complexité était pourtant évitable. En effet, s'agissant du contentieux des décrets, il est admis de longue date que le refus de prendre un décret – et donc celui d'abroger un décret – relève de la compétence de premier et dernier ressort du Conseil d'État, compétent de manière générale pour statuer sur les recours en excès de pouvoir contre les décrets. Plus généralement, le juge de la légalité d'un acte est toujours compétent, sauf texte contraire, pour juger de la légalité du refus de prendre cet acte. On comprend mal, dès lors, pourquoi le Tribunal administratif et la Cour administrative d'appel n'ont pas décliné leur compétence, et au moins transmis au Conseil d'État les recours de cette nature, qui paraissent – ce que la Cour reconnaît d'ailleurs implicitement – relever du contrôle juridictionnel spécifique. La jurisprudence du Conseil d'État en matière de recours contre les actes de promulgation des lois du pays – qu'il regarde comme relevant de sa compétence directe – aurait pu leur montrer le chemin à suivre. Enfin, on relèvera qu'il est pour le moins contestable de regarder comme valablement dirigée une demande d'abrogation d'une loi du pays adressée au Président de la Polynésie française – lequel ne dispose d'aucune compétence juridique pour *abroger* une loi du pays (tout au plus peut-il, en droit, demander au conseil des ministres de délibérer sur un projet de loi du pays à inscrire à l'ordre du jour de l'Assemblée).

Il importe donc de clarifier l'état du droit existant, que les solutions jurisprudentielles sus-évoquées n'ont pas conduit à simplifier. C'est pourquoi il conviendrait de transposer expressément les principes jurisprudentiels aux lois du pays et d'en préciser les modalités d'application, notamment en termes de délais : seraient recevables à engager une demande de modification de la loi du pays le haut-commissaire de la République, le Président de la Polynésie française, le Président de l'Assemblée de la Polynésie française, dix représentants ou toute personne justifiant d'un intérêt pour agir (on retient ici, volontairement, une acception large de la recevabilité de l'action des particuliers) ; l'Assemblée, saisie de la demande, disposerait de trois mois pour se prononcer ; à l'expiration de ce délai, l'auteur de la demande pourrait saisir le Conseil d'État, dans un délai de deux mois, afin qu'il enjoigne à l'Assemblée de la Polynésie française d'adopter les mesures nécessaires dans le délai qu'il fixera, et qui ne pourra être inférieur à trois mois.

poursuites, la juridiction transmet sans délai la question au Conseil d'État, par une décision qui n'est pas susceptible de recours. Le Conseil d'État statue dans les trois mois. Lorsqu'elle transmet la question au Conseil d'État, la juridiction sursoit à statuer. » Ainsi, à suivre la Cour – et pour autant qu'il faille donner cette portée-là à cet arrêt, dont la rédaction n'est pas explicite sur ce point (la Cour rejetant les moyens de la requérante au motif de leur inopérance), il semble donc que le refus d'abroger une loi du pays en application de la jurisprudence *Cie Alitalia*, doive conduire à apprécier la légalité de cette loi du pays par la voie de l'exception, et à ce que le Conseil d'État soit saisi de cette question de légalité dans le cadre de la procédure de question préjudicielle prévue à l'article 179 précité. Ainsi, c'est bien le Conseil d'État qui se prononcera *in fine* sur la légalité intrinsèque du refus d'abrogation, au terme d'une procédure qui pourra donc impliquer les trois niveaux de la juridiction administrative, et qui mêle le « contrôle juridictionnel spécifique » au contentieux classique de l'excès de pouvoir.

9. L'extension de certains effets rétroactifs attachés aux lois du pays : la possibilité de tirer les conséquences rétroactives des décisions de justice

En principe, un acte réglementaire, ne peut pas comporter d'effets rétroactifs, sauf si la loi l'y habilite : il s'agit là d'un principe général du droit (CE, Ass., 25 juin 1948, *Sté du journal « L'Aurore »*), auquel seule la loi peut déroger, l'article 2 du Code civil disposant en effet que : « La loi ne dispose que pour l'avenir. Elle n'a point d'effet rétroactif. ». On sait que le principe de non-rétroactivité n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle, sauf en matière répressive. En outre, la rétroactivité est en principe proscrite, d'une part, en matière fiscale – sauf en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles et, d'autre part, dans le cas où il est procédé à la validation d'actes administratifs qui font l'objet d'une contestation contentieuse, afin de respecter le principe du procès équitable. L'article 140 de la loi organique statutaire envisage déjà un cas de rétroactivité : il dispose en effet que : « Les actes pris sur le fondement du présent article peuvent être applicables, lorsque l'intérêt général le justifie, aux contrats en cours. ».

Il serait utile de compléter le dispositif existant pour prévoir l'hypothèse de l'annulation d'actes pris par les institutions de la Polynésie française : on pense à celle d'une loi du pays relative aux impositions, ou à l'annulation d'un concours de la fonction publique du Pays. Dans de telles occurrences, l'adoption d'une loi de validation est en principe nécessaire pour que soit assurée la validité des actes intervenus sur le fondement de la disposition annulée mais eux-mêmes non encore censurés par le juge. En l'état actuel du droit, il revient au législateur organique, et donc à une autorité de l'État, d'adopter les dispositions rétroactives de validation, alors même que l'État ne possède plus la compétence pour légiférer en Polynésie française dans la matière concernée... Cette situation - qui s'est déjà rencontrée localement, notamment à l'occasion du contentieux l'impôt foncier ²⁷³n'est pas satisfaisante et peu respectueuse de l'autonomie. Il devrait normalement revenir au législateur du Pays de tirer les conséquences des éventuelles annulations contentieuses et de prononcer lui-même les validations nécessaires, sous réserve de respecter les règles - désormais très restrictives, eu égard à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dont le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État se sont inspirés²⁷⁴ - qui encadrent un tel exercice. Une loi du pays qui excéderait les limites ainsi posées, tant par la jurisprudence européenne que nationale, serait immanquablement censurée.

Aussi, et sans se dissimuler que la constitutionnalité d'une telle proposition est susceptible d'être discutée – eu égard à la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel qui semble réserver au législateur pareille compétence – il est suggéré que soit inscrite dans la loi organique une disposition permettant aux lois du pays de

273 Loi organique n° 2002-161 du 11 février 2002 portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française.

274 Est ainsi exigé un « impérieux motif d'intérêt général » (un intérêt purement financier ne suffit pas) ; afin d'éviter qu'un acte puisse, par le truchement d'une validation, échapper à tout contrôle juridictionnel quelle que soit l'illégalité invoquée, le juge vérifie que la validation est « strictement limitée dans sa portée ».

comporter des dispositions rétroactives destinées à régler, dans un but d'intérêt général, les conséquences de décisions juridictionnelles.

10. Le « déclassement » des lois du pays dans le cadre de la procédure contentieuse

Le second alinéa de l'article 180 de la loi organique statutaire prévoit que :

« Lorsque le Conseil d'État a déclaré qu'elles ne relèvent pas du domaine défini à l'article 140, les dispositions d'un acte prévu à l'article 140 dénommé "loi du pays" peuvent être modifiées par les autorités normalement compétentes. Le Conseil d'État est saisi par le président de la Polynésie française, le président de l'assemblée de la Polynésie française ou le ministre chargé de l'outremer. Il informe de sa saisine les autres autorités qui sont titulaires du pouvoir de le saisir ; celles-ci peuvent présenter des observations dans le délai de quinze jours. Le Conseil d'État statue dans un délai de trois mois. ».

Ces dispositions, inspirées de celles de l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, et qui possèdent leur équivalent en Nouvelle-Calédonie (article 107 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999) sont destinées à favoriser le « déclassement » de dispositions indûment adoptées sous la forme de loi du pays alors qu'elles auraient pu l'être par la voie d'une délibération ou d'un arrêté en conseil des ministres, selon le cas. Ainsi « déclassée », une disposition de loi du pays peut ensuite être modifiée par l'institution normalement compétente (l'Assemblée de la Polynésie française ou sa commission permanente, ou le conseil des ministres). Cette procédure est un gage de souplesse, puisqu'elle peut éviter de devoir adopter une nouvelle loi du pays – et donc engager un débat devant l'Assemblée et s'exposer aux délais de promulgation et aux vicissitudes du recours suspensif, alors même qu'un texte de niveau inférieur pourrait pourvoir à la modification envisagée. Ce dispositif pourrait utilement être complété par l'extension du droit de saisine du Conseil d'État, actuellement limité au président de la Polynésie française, au président de l'Assemblée de la Polynésie française et au ministre chargé de l'outremer, à dix représentants.

Au-delà, il conviendrait aussi de prévoir que, dans le cadre de la procédure contentieuse elle-même, le Conseil d'État pourrait, soit d'office, soit à la demande des parties, procéder au déclassement exprès de dispositions de la loi du pays contestée dont il sera apparu au cours de l'instance qu'elles ressortissent au domaine réglementaire. On sait que la Section du contentieux du Conseil d'État²⁷⁵, s'inspirant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel « *Blocage des prix et des revenus* » (Const. const., n° 82-143 DC du 30 juill. 1982), a déjà jugé que :

« Si, aux termes de l'article 140 de la loi organique du 27 février 2004, les "lois du pays" ne doivent en principe comporter que des dispositions relevant du domaine de la loi et ne sauraient donc contenir de dispositions réglementaires relevant des compétences du conseil des ministres de la Polynésie française, il ressort de l'ensemble des dispositions du titre VI de cette même loi organique que le législateur

275 CE, Sect., 1^{er} févr. 2006, *Cne de Papara et M. Sandras*, req. ° 286584.

organique n'a pas entendu frapper d'illégalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une « loi du pays ».

Prévoir que de telles dispositions puissent être « délégalisées » au stade de la phase contentieuse permettrait en tout état de cause de faire l'économie d'un recours ultérieur à la procédure de l'article 180.

11. L'institution d'une procédure de « reclassement » des délibérations intervenues dans le domaine des lois du pays

À l'inverse du « déclassement » envisagé ci-dessus, il n'existe pas dans la loi organique de pendant de cette procédure qui permettrait, par « reclassement », de constater qu'une délibération ou un arrêté antérieurs à la création des lois du pays sont intervenus dans le domaine désormais réservé à ces actes. Si les délibérations intervenues dans le domaine de la loi du pays après l'entrée en vigueur du statut de 2004 sont en principe entachées d'un vice de procédure – sous réserve de l'application de la jurisprudence *Danthony* – les délibérations et les arrêtés adoptés avant l'entrée en vigueur de ce statut ne sont évidemment pas illégaux.

Ils ne peuvent toutefois plus être modifiés que par une loi du pays, pour celles de leurs dispositions intervenues dans le domaine législatif. Or, la question de savoir si ces textes ressortissent du domaine législatif ou du domaine réglementaire peut parfois appeler des réponses délicates. Il est donc proposé que l'article 180 soit complété par des dispositions permettant au Conseil d'État de déclarer que des dispositions de ces actes formellement réglementaires sont intervenues – ou pas – dans le domaine de la loi.

12. L'alignement du régime de la responsabilité de la Polynésie française « du fait des lois du pays » sur le régime de responsabilité du fait des lois

En l'état actuel du droit, et bien que la jurisprudence du Conseil d'État soit encore silencieuse sur cette question, il est peu douteux que le régime de la responsabilité de la Polynésie française à raison des dommages causés du fait des lois du pays relève du régime classique de la responsabilité pour faute : toute illégalité commise par une autorité administrative est en principe constitutive d'une faute, et les lois du pays sont des actes administratifs.

Or, la jurisprudence du Conseil d'État relative à la responsabilité de l'État du fait des lois est mieux adaptée à la spécificité de l'action législative. Il en résulte que cette responsabilité est susceptible d'être engagée, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi, à la condition toutefois que cette loi n'ait pas exclu toute indemnisation, et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés. L'article 74 de la Constitution ne paraît pas exclure que le « contrôle juridictionnel spécifique » exercé par le Conseil d'État s'étende jusqu'au régime de la responsabilité du fait des lois du pays.

*

En conclusion, il apparaît que les pistes ici envisagées sont constitutionnellement acceptables. Elles renforceraient l'efficacité de l'action publique en Polynésie française sans porter au droit au recours – toujours maintenu dans le cadre d'une exception d'illégalité portant sur la légalité interne d'une loi du pays – une atteinte excessive. Il appartient au législateur organique de s'emparer de cette question afin d'améliorer un système perfectible au vu de l'expérience acquise depuis douze ans d'application du statut d'autonomie de 2004.

Les propositions ici présentées sont de nature à régler la plupart des difficultés rencontrées depuis l'entrée en vigueur du statut d'autonomie dans le domaine considéré.

Le nouveau Haut conseil de la Polynésie française

Hervé Raimana LALLEMANT-MOE

Docteur de droit public (Laboratoire Gouvernance et Développement Insulaire – UPF et Centre de Droit International – Lyon III), enseignant-contractuel à l'Université de la Polynésie française, Conseiller-associé du Haut conseil de la Polynésie française.

Résumé

Sur les cendres de l'ancien Haut conseil de la Polynésie française dont la disparition était devenue effective le 1^{er} août 2011, un nouvel organe au même intitulé a été recréé par la délibération n^o 2014-27 APF du 14 mars 2014. Organe de consultation juridique placé auprès du gouvernement de la Polynésie française (dont l'une des missions principales est l'examen des lois du pays), sa création et les divers contentieux devant les juridictions administratives à propos de celle-ci font l'objet de polémiques politiques, médiatique, voire même doctrinale, quant à l'intérêt pour une Collectivité d'outre-mer de se doter d'un tel outil. Au regard des importantes différences entre l'ancien Haut conseil et sa version actuelle, il semble incontournable de présenter les missions de cette autorité bénéficiant de l'autonomie fonctionnelle.

« Les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie bénéficient de l'éclairage de vos formations consultatives [À propos du Conseil d'État] et, si celles de la Polynésie française n'ont pas, contrairement à elles, valeur législative, elles n'en interviennent pas moins dans des domaines législatifs dont la sensibilité est susceptible, au moins dans certains cas, de justifier en amont de l'exercice de votre contrôle contentieux, une expertise juridique crédibilisée par des garanties d'indépendance et de compétence. »²⁷⁶

La Polynésie française s'est dotée d'un tel organe d'expertise juridique dès 2004. En effet, selon l'article 163 de la loi organique initiale n^o 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française :

« Il est institué un haut conseil de la Polynésie française chargé notamment de conseiller le président de la Polynésie française et le gouvernement dans la confection des actes prévus à l'article 140 dénommés “ lois du pays”, des délibérations et des actes réglementaires. ».

²⁷⁶ Conclusions du Rapporteur public Édouard Crépey, CE, 19 février 2014, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, req. n^o 370850 & 371540.

Sur la base de cet article, les projets et propositions de lois du pays devaient ainsi être obligatoirement soumis au Haut conseil dans l'objectif de contribuer à la qualité du travail normatif²⁷⁷. Le Haut conseil disposait d'un délai de six semaines pour rendre ses avis²⁷⁸, ces derniers n'étant pas publiés, la seule autorité habilitée à les communiquer aux tiers étant celle à l'origine de la saisine²⁷⁹. La loi organique n° 2011-918 du 1^{er} août 2011 relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française – modifiant les statuts de la collectivité – a mis fin à l'existence de cet organe consultatif.

En 2013, un nouveau Haut conseil de la Polynésie française est créé par une délibération²⁸⁰, ce texte étant complété par une loi du pays adoptée le même jour. La délibération précitée ayant été annulée²⁸¹ et la loi du pays non promulguée²⁸², l'organe est refondé par la délibération n° 2014-27 APF du 14 mars 2014. L'arrêté n°1398 CM du 17 octobre 2013, complété par l'arrêté n°560 CM du 3 avril 2014, précise ses attributions et le statut de ses membres. Placé auprès du gouvernement, il est chargé de rendre des avis sur toute question de nature juridique, de rédaction ou de codification de textes normatifs, de participer à l'amélioration de la qualité, de l'intelligibilité et de l'accessibilité du droit en Polynésie française, ou encore en matière de déontologie des agents publics ou de relations entre les usagers et l'administration.

Malgré des missions proches, les différences entre l'ancien et le nouveau Haut conseil sont évidentes et une description du nouvel organe semble incontournable, le Conseil d'État l'ayant même qualifié²⁸³ comme « concourant à l'équilibre institutionnel de la Polynésie française ». En huit ans de fonctionnement, l'ancien organe aura été l'auteur de 295 avis alors que le nouvel avatar du Haut conseil de la Polynésie française, après moins de deux ans d'existence, a déjà transmis au Président de la Polynésie française plus de 270 avis. Par ailleurs, il est souvent présenté comme étant un Secrétariat Général du gouvernement²⁸⁴ « *bis* » alors que le conseil juridique n'est qu'une mission parmi d'autre pour le SGG²⁸⁵.

277 R. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, « Deux ans de contentieux des “lois du pays” de la Polynésie française devant le Conseil d'État », *AJDA*, 2007, p. 2366 ; A. Moyrand, « Les “lois du pays” en Polynésie française : du projet au bilan », in M. Debene et J.P Pastorel (dir.), *La “loi du pays” en Polynésie française*, éd. L'Harmattan, coll. Portes Océanes, p. 39-68.

278 Arrêté n° 142/CM du 25 août 2004 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Haut conseil.

279 J. Peres, « L'élaboration de la « loi du pays » », in M. Debene et J.P Pastorel (dir.), *La “loi du pays” en Polynésie française*, éd. L'Harmattan, *op. cit.*, *supra*, p. 89-99.

280 Délibération n° 2013-149 APF du 11 juillet 2013.

281 Jugement du Tribunal Administratif de la Polynésie française, 22 avril 2014, Oscar Temaru, n° 1300462.

282 Arrêt du Conseil d'État (10^e et 9^e sous-sections réunies) n° 370850-371540 du 19 février 2014.

283 À propos de l'examen de la loi du pays n° 2013-17 LP/APF relative au Haut conseil de la Polynésie française du 11 juillet 2013, CE, 19 février 2014, Haut-commissaire de la République en Polynésie française, req. n° 370850 & 371540.

284 Arrêté n° 381 CM du 23 juin 2005 portant organisation du secrétariat général du gouvernement de la Polynésie française.

285 Article 2 de l'arrêté n°381 CM du 23 juin 2005 portant organisation du secrétariat général du gouvernement de la Polynésie française :

« Le secrétariat général du gouvernement a pour mission principale d'assister le Président et le gouvernement de la Polynésie française dans l'exercice de leurs attributions. Il veille au bon fonctionnement de ces

L'étude du fonctionnement du Haut conseil de la Polynésie française (I) ainsi que de ses attributions consultatives (II) est donc plus que nécessaire pour appréhender la nature de cet organe dans son ensemble.

I. Le fonctionnement du Haut conseil de la Polynésie française

Les missions du nouveau Haut conseil de la Polynésie française (A) sont prises en charge par ses différents membres (B).

A. Ses missions

Ses attributions générales sont décrites par l'article 1^{er} de la délibération n^o 2014-27 du 14 mars 2014 :

« Le Haut conseil de la Polynésie française est consulté par le Président de la Polynésie française sur toute question de nature juridique, de rédaction ou de codification de textes normatifs ainsi que sur la simplification et l'amélioration de la qualité, de l'intelligibilité et de l'accessibilité du droit, sur la déontologie des agents publics ou sur les relations entre les usagers et l'administration, selon le cas, lorsque le Président le décide ou lorsqu'un arrêté en conseil des ministres le prévoit. ».

Il peut être « consulté par le Président de la Polynésie française sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. ». L'article 1^{er} de l'arrêté n^o1398 CM du 17 octobre 2013 précise le rôle du Haut conseil en ces termes :

« Par ses avis et ses recommandations, le haut conseil contribue à la sécurité juridique des actes du Président et du gouvernement de la Polynésie française. Il contribue, par ses conseils et son expertise, à la confection des projets de loi du pays, des projets de délibération ou des projets d'arrêté qui lui sont soumis [...]. Il peut être consulté par le Président de la Polynésie française sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. ».

institutions et à la régularité de leurs actes. Il est le garant de l'action gouvernementale. Il coordonne l'activité des services de l'administration de la Polynésie française.

^À ce titre et dans le respect des instructions du Président de la Polynésie française, il a pour attributions :

- la mise en place des gouvernements et l'organisation du travail gouvernemental ;
- l'assistance dans l'élaboration des actes et le conseil dans le choix des procédures ;
- le conseil juridique, économique et financier ;
- la mise en forme et le suivi des procédures liées aux travaux du conseil des ministres ;
- le recueil et la diffusion des normes juridiques de la Polynésie française ;
- la coordination et le contrôle de la défense des intérêts de la Polynésie française devant les juridictions ;
- l'enregistrement, la notification, la diffusion, la transmission et la conservation des actes ;
- la direction de la publication au Journal officiel de la Polynésie française ;
- le suivi des conventions liant l'État et la Polynésie française ;
- le suivi des projets du gouvernement portés devant l'assemblée de la Polynésie française, le Conseil économique, social et culturel et le haut conseil de la Polynésie française, en liaison avec le ministère désigné à cet effet ;
- la chancellerie de l'ordre de Tahiti Nui. ».

Simple organe consultatif autonome d'expertise juridique assistant le Président et le gouvernement de la Polynésie française, le Haut conseil a subi une véritable déferlante contentieuse à l'initiative de certains groupes politiques et du représentant de l'État en Polynésie française. Ces différentes saisines des juridictions administratives se basaient sur le fait qu'il n'est possible de créer ce type d'autorité qu'à l'aide d'une modification de la loi organique statutaire. Alors même que le Haut conseil de la Polynésie française est une autorité consultative dotée de l'autonomie fonctionnelle se rapprochant nettement des services du Pays, il lui a été reproché d'être titulaire de compétences propres à une institution et d'avoir été créé à l'image du Conseil d'État. À titre d'exemple, malgré l'absence totale de compétences juridictionnelles et un domaine de consultation propre à des normes infra-législatives, la note relative à l'avis du Conseil d'État du 10 mars 2015²⁸⁶ de Jean-Marc Pastor est très maladroitement intitulée « La Polynésie française n'aura pas son propre Conseil d'État »²⁸⁷.

Le Haut conseil se réunit en séance collégiale pour délibérer sur les avis, les propositions et les recommandations qu'il est appelé à formuler dans le cadre de ses attributions. Si les séances ne sont pas publiques, le président du Haut conseil peut néanmoins inviter à y participer les personnes dont les connaissances sur la matière examinée contribuent à éclairer les débats : tel peut être le cas des auteurs d'un projet de texte. Le rapport rédigé comporte une analyse complète du dossier et, pour un projet de texte, propose des modifications à sa rédaction. L'avis, signé par le président et le ou les rapporteurs, est ensuite notifié au Président de la Polynésie française ; il est également transmis, informellement, aux personnes directement intéressées (secrétaire général du Gouvernement, ministres, membres des cabinets présidentiel ou ministériels et chefs de services intéressés). Le contenu des avis n'est pas rendu public et est protégé par le secret professionnel²⁸⁸. Des sanctions pénales et disciplinaires sont prévues en cas de manquement à cette règle. Seul le Gouvernement peut décider de rendre ces avis publics. Il convient de préciser à ce propos que la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA), dans son avis 20142508 rendu le 24 juillet 2014 estime que les avis du Haut conseil ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux secrets protégés par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 et peuvent en conséquence être communiqués sur demande des administrés. À l'instar de la publication des avis du Conseil d'État sur le site « Legifrance » depuis le 19 mars 2015, le maintien d'un tel secret semble peu importun, même s'il ne faut pas oublier que

286 CE, 10 mars 2015, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, req. n° 386585.

287 J.M. Pastor, « La Polynésie française n'aura pas son propre Conseil d'État », *ADJA*, Dalloz, 2015.

288 L'article 18 de l'arrêté n° 1398 CM du 17 octobre 2013 dispose que : « Art. 18. — Caractère secret des délibérations et des avis du haut conseil. - Les séances du haut conseil ne sont pas publiques. Tous ceux qui assistent à ses travaux ne peuvent en divulguer publiquement la teneur et notamment le contenu des votes et opinions qui sont exprimés par chacun des membres de l'institution sur les affaires qui y sont examinées, sous les sanctions prévues par l'article 226-1 du code pénal et sans préjudice des sanctions disciplinaires qui peuvent être infligées aux intéressés.

Les avis du haut conseil rendus à la demande du Président de la Polynésie française, sont communiqués au Président de la Polynésie française qui seul peut décider de les rendre publics ou de les transmettre au président de l'assemblée de la Polynésie française. Avec l'accord du Président de la Polynésie française, les avis du haut conseil peuvent être publiés ou mentionnés dans le rapport annuel du haut conseil.

Le rapport rédigé par chaque rapporteur sur les projets de textes ou sur les demandes d'avis autres que rendues en application de l'article 15 peut, avec l'accord du rapporteur et du président du haut conseil, être communiqué, en totalité ou par extraits, à l'administration à l'origine de la saisine. ».

la publication systématique des avis du Haut conseil de la Polynésie française pourrait représenter une menace contentieuse évidente, étant entendu que l'organe met en exergue les éventuelles illégalités de normes pouvant être attaquées par tout usager²⁸⁹.

Il convient de préciser que l'article 11 de l'arrêté 1398 CM du 17 octobre 2013 prévoit que le Haut conseil dispose d'un délai d'un mois à compter de la saisine pour rendre son avis.

« En cas d'urgence, ce délai peut être abrégé sans toutefois pouvoir être inférieur à quinze jours et sur la demande spécialement motivée du Président de la Polynésie française ». En 2014, la procédure d'urgence a affecté plus de la moitié des saisines obligatoires et 95 % des projets de loi du pays à caractère fiscal.

B. Sa composition

Le Haut conseil est actuellement composé d'un Président, de deux conseillers et d'un conseiller associé, et de quatre auditeurs. Parce qu'ils sont appelés à rendre des avis qui nécessitent un haut niveau de technicité, le Président et les conseillers, issus du privé ou du public, sont recrutés parmi les spécialistes du droit public.

Le président est obligatoirement choisi parmi les membres de la juridiction administrative²⁹⁰ (conseillers d'État, maîtres des requêtes au Conseil d'État ou magistrats du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ayant atteint le grade de président) ; l'intéressé est détaché de plein droit auprès de la Polynésie française²⁹¹. Selon la délibération du 14 mars 2014, les conseillers et les conseillers associés sont tous techniciens et praticiens aguerris en droit public. Les conseillers sont choisis « après avis du président du Haut conseil, parmi les personnes possédant une compétence et une expérience reconnues qui, soit sont fonctionnaires de catégorie A en activité ou retraités, ou équivalent, soit membres ou anciens membres des professions juridiques et judiciaires, soit possèdent un diplôme d'études juridiques de niveau au moins égal au master II » (Art. 3-III) ; les conseillers associés

289 Les lois du pays, les délibérations et les arrêtés pris en conseil des ministres étant des actes de nature réglementaire.

290 L'article 27-1 de l'arrêté n°1398 CM du 17 octobre 2013, tel que modifié par l'arrêté n°560 CM du 3 avril 2014 dispose que : « Le président du haut conseil est choisi, avec son accord, parmi les conseillers d'État, les maîtres des requêtes au Conseil d'État ou les magistrats du corps ayant atteint le grade de président. Le président de la Polynésie française saisit à cette fin le secrétaire général du Conseil d'État d'une demande tendant au détachement de longue durée de l'intéressé, dans les conditions prévues au titre II du décret du 16 septembre 1985 [...]. Le président est nommé par arrêté délibéré en conseil des ministres. [...] ».

291 Le Tribunal administratif de la Polynésie française a confirmé la légalité de ce détachement dans son jugement du 25 mars 2015 (n° 14391) en précisant que : « Ces dispositions ont pour seul objet de fixer le cadre à l'intérieur duquel doit être exercé, par l'autorité compétente, le choix de la personne nommée à la présidence du haut conseil de la Polynésie française ; qu'elles n'ont pas pour effet d'imposer une quelconque obligation aux membres des corps de la fonction publique d'État qu'elles mentionnent, non plus qu'aux autorités investies des pouvoirs de gestion de ces corps ni à celles qui sont compétentes pour prononcer le détachement des membres en cause, et n'ont pas davantage pour effet de modifier la consistance des droits que ces derniers tirent de leur appartenance à ces corps, notamment du droit à détachement rappelé au point 3 ; que la mesure édictée par ces dispositions ne saurait, dès lors, être regardée comme relevant du statut de la fonction publique de l'État, au sens notamment de l'article 14 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ; que, par suite, en adoptant ces dispositions, le conseil des ministres n'a pas méconnu le champ des compétences réservées à l'État par ce dernier article ; ».

sont choisis « en fonction de leurs connaissances approfondies ou de leur expérience particulière et reconnue dans les différents domaines du droit ou des activités publiques » (Art. 3-IV). Les auditeurs sont de jeunes universitaires, doctorants ou agents publics de la Polynésie française dans la pratique du droit : l'article 3-V de la délibération du 14 mars 2014 dispose à cet égard qu'ils « participent aux travaux du Haut conseil dans le but d'acquérir une formation approfondie aux techniques de légistique et d'amélioration de la qualité du droit. ». Les membres du Haut conseil sont nommés pour une durée de six ans pour le Président et de quatre ans pour les conseillers ; la durée du mandat des conseillers associés ne peut excéder un an, renouvelable. Celle du mandat des auditeurs est d'un an ou deux ans, renouvelable une fois.

Le Haut conseil dispose d'un service administratif qui veille à son bon fonctionnement. Il est dirigé par un secrétaire général, fonctionnaire de catégorie A, nommé par arrêté en conseil des ministres sur la proposition du Président du Haut conseil ; le secrétaire général est assisté lui-même de deux secrétaires.

Si les missions assurées par les membres du Haut conseil de la Polynésie française consistent globalement à assister juridiquement le Président de la Polynésie française et son gouvernement, elles se traduisent concrètement par la saisine de cet organe sur des projets de normes.

II. Les consultations du Haut conseil de la Polynésie française

Le Haut conseil de la Polynésie française peut être consulté à l'initiative d'une saisine du Président de la Polynésie française (A), mais il peut aussi décider de s'auto-saisir sur des problématiques juridiques diverses (B).

A. Les saisines du Président de la Polynésie française

L'article 5 de l'arrêté n^o 1398 CM du 17 octobre 2013 modifié instaurait une consultation obligatoire et des missions très larges pour le Haut conseil²⁹². Ce champ d'action a été modifié par les récents développements contentieux. Ainsi, selon le

292 « Art. 5. - Consultation obligatoire du haut conseil. - I. - Projets de loi du pays, de délibération et de convention. - (supprimé, Ar n^o 560 CM du 3/04/2014, art. 6-1^o -a), le haut conseil est saisi par le Président de la Polynésie française, avant leur délibération en conseil des ministres :

1^o Des projets de loi du pays ;

2^o Des projets de délibération à caractère réglementaire ; (inséré, Ar n^o 560 CM du 3/04/2014, art. 6-1^o -b) « à l'exception des projets de délibération à caractère exclusivement budgétaire » ;

3^o Des projets de convention mentionnés par les dispositions suivantes de la loi organique du 27 février 2004 :

a) Article 16 : arrangements administratifs avec les administrations de tout État ou territoire du Pacifique en vue de favoriser le développement économique, social et culturel de la Polynésie française ;

b) Article 17 : conventions de coopération décentralisée avec des collectivités territoriales françaises ou étrangères ;

c) II de l'article 25 : convention avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel sur l'association de la Polynésie française à la politique de communication audiovisuelle.

II. - Saisine du Conseil constitutionnel, du tribunal administratif de la Polynésie française ou du Conseil d'État. - (supprimé, Ar n^o 560 CM du 3/04/2014, art. 6-2^o), le haut conseil est également saisi :

1^o Des projets de saisine du Conseil constitutionnel en application du I de l'article 12 de la loi organique du 27 février 2004 ;

jugement du Tribunal administratif de la Polynésie française n° 1400391 du 25 mars 2015 :

« 10. Considérant qu'eu égard à l'étendue du champ d'intervention obligatoire ainsi attribué au haut conseil par les articles 5 et 7 mentionnés ci-dessus, dont les prévisions ne sont assorties d'aucune exception, l'arrêté attaqué doit être regardé comme affectant l'équilibre des institutions de la Polynésie française, tel que défini par le législateur organique ; qu'en outre, en obligeant le gouvernement de la Polynésie française à choisir entre le texte des projets initiaux qu'il soumet au haut conseil et celui résultant des avis éventuellement émis par cet organe, les dispositions de l'article 13 cité ci-dessus ont pour effet de modifier le régime des actes de la Polynésie française alors même que le président de la collectivité n'aurait pas encore pris d'instruction en ce sens ; que ces dispositions relatives au champ d'intervention obligatoire et aux conséquences de l'avis rendu par le haut conseil de la Polynésie française sont divisibles des autres dispositions de l'arrêté attaqué relatives notamment à la nomination de son président et à la rémunération de ses membres ; ».

L'article 5 précité ayant été annulé par le juge administratif, ne subsiste dès lors que l'article 6 disposant que : « Le haut conseil peut être saisi par le Président de la Polynésie française sur toute question juridique ou sur tout projet ou toute proposition de texte non mentionnés aux articles précédents. ». Le Haut conseil de la Polynésie française se voit donc confirmé dans sa mission générale de consultation juridique, étant entendu que les saisines de cet organe ne seront à présent que facultatives.

En 2014, le gouvernement de la Polynésie française a saisi le Haut conseil à 150 reprises, soit de projets de texte (qu'il s'agisse de lois du pays, de délibérations, d'arrêtés : 130 projets au total), soit de projets de saisine pour avis de la juridiction administrative, soit de questions de droit (20 consultations à ce dernier titre). Dans le détail, le Haut conseil a été saisi de 66 projets de loi du pays, dont 21 avaient un objet exclusivement fiscal. Cet organe a aussi été saisi de 39 projets de délibération, dont une série de 7 qui soulevait une question commune (changement de la dénomination de dépendances du domaine public de la Polynésie française). Il convient de ne pas oublier les 24 saisines sur des projets d'arrêtés, dont deux portant dispositions

2 ° Des projets de saisine pour avis du tribunal administratif de la Polynésie française en application de l'article 175 de la loi organique du 27 février 2004 ;

3 ° Des projets de recours devant le Conseil d'État en vue d'obtenir le déclassement des lois du pays en application des articles 180 et 180-5 de la loi organique du 27 février 2004.

III. - Projets d'instruction générale ou de circulaire. – (supprimé, Ar n° 560 CM du 3/04/2014, art. 6-3 °), le haut conseil est saisi par le Président de la Polynésie française des projets d'instructions générales ou de circulaires relatives à la codification, à la simplification ou à l'amélioration de la qualité du droit et de son accessibilité ou aux relations des usagers avec les administrations, ainsi qu'à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêt.

Le haut conseil est également consulté sur les projets d'instruction ou de circulaire qui sont relatifs à ses relations avec les services du gouvernement et notamment aux modalités selon lesquelles il est saisi par lui. IV. – (remplacé, Ar n° 560 CM du 3/04/2014, art. 6-4 °) Projets d'arrêté réglementaire. - Le haut conseil est saisi des projets d'arrêté réglementaire lorsque sa consultation est spécialement prévue à cette fin par une loi du pays, une délibération ou un arrêté.

Le haut conseil est également saisi pour avis, avant leur délibération en conseil des ministres, sur les projets d'arrêtés réglementaires qui affectent ses attributions, son fonctionnement ou le statut de ses membres. ».

réglementaires d'application des délibérations relatives au Haut conseil (il s'agit là d'un cas de saisine obligatoire). Comme énoncé précédemment, le Haut conseil a aussi été saisi de 20 questions de droit, dont une étude sur une possible réforme de l'article 74 de la Constitution ou un projet d'ordonnance relative à la Partie Législative d'un code national²⁹³.

B. Les auto-saisines

Le Haut conseil s'est vu reconnaître par son statut la possibilité d'émettre des avis et des recommandations de sa propre initiative. C'est l'une des différences principales entre l'ancienne institution du même nom et le nouveau Haut conseil de la Polynésie française²⁹⁴. Il est ainsi à l'origine en 2014 de 56 propositions et recommandations intéressant la mise en œuvre des compétences du Pays qu'il a transmis au Président de la Polynésie française. Elles se subdivisent en trois catégories : les propositions de modification du statut d'autonomie, les saisines du Conseil constitutionnel et des juridictions administratives, ainsi que certaines questions juridiques.

Le Haut conseil a entrepris une réflexion propre, indépendante de celle menée par ailleurs par le Gouvernement, en vue d'améliorer le statut d'autonomie de la Polynésie française, tel qu'issu de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et dans les limites de l'article 74 de la Constitution.

Ainsi, il a formulé à l'attention du Président de la Polynésie française 32 propositions de modification de la loi organique statutaire : ces avis peuvent être qualifiés de « techniques » dans la mesure où ils sont inspirés par la pratique quotidienne du statut, par l'évolution de la jurisprudence et par les avis émis par les juridictions administratives. Ils s'inscrivent donc dans une démarche pragmatique d'amélioration du fonctionnement du statut d'autonomie, indépendamment de choix politiques qui n'appartiennent naturellement qu'aux responsables seuls dotés de la légitimité pour les exprimer.

Le Haut conseil effectue une veille permanente sur le nécessaire respect du partage des compétences entre l'État et le Pays, en vue d'une mise en œuvre effective des dispositions de l'article 12 de la loi organique statutaire qui, mettant en œuvre une faculté ouverte par l'article 74 de la Constitution, prévoient que le Conseil constitutionnel peut être saisi, notamment par le Président de la Polynésie française, afin de constater que des dispositions législatives nationales sont intervenues, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi organique, dans le champ de compétences de la Polynésie française. Si le Conseil constitutionnel constate cet empiètement, la disposition législative fait ainsi l'objet d'un « déclassement » et peut être modifiée par l'Assemblée de la Polynésie française. Cette disposition n'avait été jusqu'alors utilisée qu'une seule fois, en 2007²⁹⁵, et avait abouti au rejet de la demande de déclassement.

293 À propos d'un projet d'ordonnance relatif à la partie législative du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

294 Ainsi le HCPF avait rendu 28 avis en 2007, alors que la nouvelle version de cet organe en a rendu 240 en 2014.

295 DC n°2007-1 LOM du 03 mai 2007 - Compétences fiscales en Polynésie française : Demande du Président de la Polynésie française du 27 mars 2007 tendant à voir déclarer de la compétence de la

Le Haut conseil a estimé que ce dispositif ne devait pas rester lettre morte, d'autant que les incursions du Législateur dans le domaine de compétences de la Polynésie française comportent, au-delà de l'empiètement lui-même, qui viole la loi organique, un sérieux inconvénient : celui d'empêcher toute modification ultérieure du texte, ainsi doté de toute la force des lois, par les institutions du Pays. Le Haut conseil a donc proposé au Président de la Polynésie française, par 7 avis motivés, de saisir le Conseil constitutionnel. La Haute juridiction a reconnu dans cinq de ces décisions l'empiètement total ou partiel de l'État dans des matières relevant désormais de la compétence de la Polynésie française. Elle a ainsi procédé à leur déclassement comme en dispose l'article 12 de la loi organique statutaire. Cette recrudescence des demandes de « déclassement » par la Polynésie française a poussé le Conseil constitutionnel à publier une description de la procédure²⁹⁶. C'est dans le cadre de l'examen des projets de textes émanant du Gouvernement que le Haut conseil s'auto-saisit de questions juridiques qu'il juge utile de transmettre aux juridictions administratives. Il s'agit notamment de questions de droit qui posent des difficultés d'interprétation ou de mise en œuvre de la loi organique statutaire. Ainsi a-t-il proposé de saisir le tribunal administratif de 12 demandes d'avis à transmettre au Conseil d'État, en application de l'article 175 du statut d'autonomie. À la date de rédaction du présent rapport, 9 de ces demandes d'avis ont été transmises aux juridictions administratives, et le Conseil d'État a rendu deux avis²⁹⁷.

Le Haut conseil s'est saisi spontanément à 5 reprises de questions qui lui ont paru présenter un intérêt certain pour la Polynésie française dont notamment les conséquences à tirer de l'arrêt « Vernier » en termes de sécurité juridique des lois du pays contestées sur le fondement de l'irrégularité de la consultation préalable d'un organisme consultatif²⁹⁸ ou encore la modification du code de procédure civile de la Polynésie française²⁹⁹.

Polynésie française les pouvoirs attribués à l'État, en matière de taxes aéroportuaires, par les dispositions du 29^o du I de l'article 20 de la loi ordinaire n^o2007-224 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer. Le 3 mai 2007, le Conseil constitutionnel a rejeté cette demande en considérant que le statut de la Polynésie française n'interdit pas à l'État d'y instituer des taxes destinées à couvrir une partie au moins des coûts exposés par lui dans l'exercice d'attributions qu'il conserve sur le territoire de cette collectivité. Une interprétation contraire serait contraire au principe d'égalité devant les charges publiques énoncé par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

296 *Décembre 2014 : Les décisions « LOM » du Conseil constitutionnel*, Site du Conseil constitutionnel, source internet :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/decembre-2014-les-decisions-lom-du-conseil-constitutionnel.142748.html>.

297 Notamment sur la procédure administrative non contentieuse, confirmée comme étant de la compétence de la Polynésie française.

298 CE, 17 juill. 2013, req. n^o 365320. L'irrégularité de la procédure de consultation d'un organe à vocation consultative créé par une simple délibération, même antérieure à la loi organique n^o 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, peut être invoquée à l'appui d'un recours dirigé contre une loi du pays.

299 À propos de l'introduction dans le code de procédure civile de la Polynésie française de dispositions relatives à la question préjudicielle entre juridictions civiles et administratives.

Si le Haut conseil de la Polynésie française a un bilan positif indéniable depuis sa création en 2013, force est de constater qu'il ne fait pas l'unanimité auprès des forces politiques locales³⁰⁰. Ainsi, si les juridictions administratives ont confirmé l'existence de cet organe (tout en limitant le champ d'action de ses missions), le pouvoir politique peut dans l'absolu toujours défaire ce qu'il a lui-même créé. Dans ce cas de figure, un retour devant l'Assemblée de la Polynésie française pour abroger la Délibération n° 2014-27 APF du 14 mars 2014 sur le Haut conseil de la Polynésie française serait nécessaire. *A contrario*, un nouveau réajustement de l'arrêté n° 1398 CM du 17 octobre 2013 relatif au Haut conseil de la Polynésie française, dans le respect des décisions du Tribunal Administratif de la Polynésie française et des avis du Conseil d'État serait tout autant possible, tout comme *a fortiori*, une modification de la loi organique statutaire. Au final, le Haut conseil n'aura pu survivre aux bouleversements politiques à l'Assemblée de la Polynésie française, et cet organe fût supprimé sur la base de la délibération n° 2015-68 APF du 8 septembre 2015 portant abrogation de la délibération n° 2014-27 APF du 14 mars 2014 sur le haut-conseil de la Polynésie française et de l'arrêté n° 1360 CM du 17 septembre 2015 portant abrogation de l'arrêté n° 1398 CM du 17 octobre 2013 modifié relatif au haut conseil de la Polynésie française. Sur la base d'un bilan très honorable, il est possible de se poser la question de la « résurrection » de cette autorité consultative dans le futur, étant donné la complexité redoutable du droit applicable en Polynésie française.

300 La dépêche de Tahiti du 2 mai 2015 n'hésitant pas à publier en première page : « Le Haut conseil : c'est fini », en précisant que le nouveau gouvernement de la Polynésie française préparait une communication en Conseil des ministres et que sa disparition n'était qu'une « question de jours ».

**LA LOI DU PAYS, LOI MATÉRIELLE :
UN DOMAINE MATÉRIEL EN MOUVEMENT**

Bilan de 15 ans de lois du pays

Vidjaya TIROU

Secrétaire général du Congrès de la Nouvelle-Calédonie

Depuis l'entrée en vigueur de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 qui est la traduction juridique de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, le congrès a adopté 164 lois du pays dont :

- 64 en matière fiscale ;
- 26 en matière de protection sociale (dont une adoptée le 21 avril 2016 et donc pour laquelle un délai de quinze jours court conformément aux dispositions de l'article 103 de la loi organique statutaire) ;
- 31 en matière de droit du travail (dont une adoptée le 21 avril 2016 et donc pour laquelle un délai de quinze jours court conformément aux dispositions de l'article 103 de la loi organique statutaire) ;
- 17 en matière douanière ;
- 5 en matière de transferts de compétences ;
- 3 en matière domaniale ;
- 2 en matière de droit minier ;
- 7 en matière de fonction publique ;
- 1 en matière de mutualité ;
- 1 en matière de droit coutumier ;
- 3 en matière économique ;
- 1 en matière de droit commercial ;
- 1 en matière de principes directeurs du droit de l'urbanisme ;
- 1 en matière de droit des assurances (adoptée le 7 avril 2016 et donc pour laquelle le délai de quinze jours, conformément aux dispositions de l'article 103 de la loi organique statutaire, arrivera à échéance le 22 avril 2016) ;
- 1 en matière de droit sur le code agricole et pastoral (déférée au Conseil Constitutionnel le 16 avril 2016).

Depuis plus de 15 ans, la Nouvelle-Calédonie s'est forgé une expérience législative grâce au contrôle du Conseil d'État sur ces lois du pays.

En effet, ce contrôle systématique et obligatoire, exercé en vertu des dispositions de l'article 100 de la loi organique statutaire s'agissant des consultations *a priori* et *a posteriori* selon les modalités définies à l'article 107 de cette même loi, a permis :

- d'améliorer la qualité rédactionnelle des textes adoptés par le congrès : le travail mené avec les rapporteurs et les sections du Conseil d'État a eu une vertu pédagogique. Il a conduit la Nouvelle-Calédonie à apporter un soin particulier à la rédaction

de ses textes et plus particulièrement des lois du pays. Celle-ci a en outre mis en place des formations en légistique (rédaction de textes) pour ses juristes. Enfin, l'expérience acquise pour les lois du pays a permis d'apporter plus de rigueur également dans la rédaction des délibérations à caractère réglementaire.

Par ailleurs, il convient de noter que sous la mandature 2009-2014, le président du congrès a été amené à solliciter l'avis du Conseil d'État sur 18 propositions de loi du pays déposées sur le bureau du congrès (11 d'entre elles ont été adoptées) et quelquefois, sur des propositions concurrentes de projets du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (minimum vieillesse, complément de retraite de solidarité, régulation de la concurrence par exemple). Le contrôle du Conseil d'État accompagne et favorise le pouvoir d'initiative des membres du congrès ;

- de renforcer la sécurité juridique des lois du pays : le Conseil d'État opère notamment un contrôle de constitutionnalité (conformité aux principes constitutionnels et aux stipulations de l'Accord de Nouméa) et de conventionalité (conformité aux conventions internationales ratifiées par la France) sur les lois du pays. Même s'il ne réécrit pas les projets qui lui sont soumis par la Nouvelle-Calédonie, il est amené à formuler de précieuses recommandations rédactionnelles que les membres du congrès s'attachent à prendre en compte.

Il convient de noter que sur les 164 lois du pays adoptées à ce jour, seules 5 d'entre elles ont été déférées au Conseil constitutionnel (une seule a été partiellement censurée et une autre a été déclarée irrecevable faute de respect du nombre de signatures prévu à l'article 104 de la loi organique statutaire).

Le contrôle *a priori* du Conseil d'État revêt une importance particulière depuis le 1^{er} mars 2010. En effet, depuis cette date, les lois pays peuvent, comme les lois nationales, faire l'objet de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) transmises au Conseil constitutionnel soit par la Cour de cassation soit par le Conseil d'État en vertu des dispositions de l'article 107 de la loi organique statutaire. Quatre³⁰¹ lois du pays ont fait l'objet, depuis lors, d'une question prioritaire de constitutionnalité (une seule procédure de QPC a abouti, en 2011, à l'abrogation d'un article du Code du travail³⁰²) ;

- de définir le régime juridique des lois du pays : la possibilité, pour la Nouvelle-Calédonie, de produire des normes à caractère législatif est une véritable innovation dans la République. En effet, la loi n'est plus, depuis 1999, le monopole du Parlement. Les avis du Conseil d'État permettent aujourd'hui d'affirmer que ces lois du pays sont de « véritables » lois. Ainsi, à titre d'exemple, le Conseil a admis que les lois du pays pouvaient être rétroactives sous certaines conditions, interprétatives ou de validation, ce qui était, jusqu'alors, propre aux seules lois nationales ;

301 Décision n° 2011-205 QPC du 09 décembre 2011 ; Décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012 ; Décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013 et Décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014.

302 Décision n° 2011-205 QPC du 09 décembre 2011.

- de bénéficier de l'appui technique du Conseil d'État sur des sujets complexes : outre le contrôle opéré sur les projets qui lui sont soumis, le Conseil d'État a bien voulu apporter un précieux concours à la Nouvelle-Calédonie pour la rédaction de projets particulièrement complexes. Ce fut le cas, dès 2002, dans le cadre de la réécriture de la loi du pays sur le RUAMM³⁰³. *Idem* pour la rédaction du Code du travail entre 2005 et 2008³⁰⁴. Enfin, son appui technique a été particulièrement utile dans le cadre de la rédaction, avec les partenaires sociaux, de la loi du pays relative à la promotion et au soutien de l'emploi local dans le secteur privé, adoptée en 2010³⁰⁵.

- de former les administrateurs du congrès de la Nouvelle-Calédonie : l'institution compte aujourd'hui parmi ses effectifs, trois administrateurs, dont le premier fut recruté en 2014. Ces administrateurs, dont le dernier recruté est actuellement en formation en Métropole, ont chacun pu bénéficier de stages au Conseil d'État au sein de la section des finances et de la section sociale. Ces stages leur ont permis de comprendre les modalités du contrôle *a priori* et *a posteriori* opéré sur les lois nationales et les lois du pays. Les administrateurs du congrès ont également vu leurs formations complétées par des stages au sein de l'Assemblée nationale, du Sénat et du Conseil constitutionnel.

D'une manière générale, il convient de souligner la grande compréhension dont fait preuve le Conseil quant aux enjeux qui entourent certains projets de lois du pays contenant des dispositions sans équivalent dans la République.

Ainsi en a-t-il été sur :

- la régulation du conventionnement des médecins (1999)³⁰⁶ ;
- les lois fiscales destinées à l'accompagnement des projets miniers (2001)³⁰⁷ ;
- le domaine public maritime (2001)³⁰⁸ ;
- le régime de stabilité fiscale des entreprises du secteur métallurgique (2002)³⁰⁹ ;
- les règles de droit du travail applicables aux salariés étrangers détachés sur les chantiers d'usines métallurgiques (2002)³¹⁰ ;

303 Loi du pays n° 2001-16 du 11 janvier 2002 relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie.

304 Lois du pays n° 2005-01 du 11 janvier 2005, n° 2006-03 du 8 février 2006, n° 2006-10 du 22 décembre 2006 et n° 2008-02 du 13 février 2008.

305 Loi du pays n° 2010-09 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local.

306 Loi du pays n° 1999-01 du 19 octobre 1999 relative au dispositif conventionnel entre certains professionnels de santé et les organismes de protection sociale de la Nouvelle-Calédonie.

307 Loi du pays n° 2001-09 du 17 juillet 2001 relative à certains investissements concernant le secteur de la métallurgie des minerais.

308 Loi du pays n° 2001-17 du 11 janvier 2002 sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces.

309 Loi du pays n° 2002-18 du 16 avril 2002 relative au régime de stabilité fiscale des entreprises du secteur métallurgique et minier.

310 Loi du pays n° 2002-021 du 20 septembre 2002 relative aux règles applicables aux entreprises établies hors de la Nouvelle-Calédonie y effectuant une prestation de services avec du personnel salarié et modifiant l'ordonnance modifiée n°85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie.

- le régime des actes coutumiers (2006)³¹¹;
- les signes identitaires (2008)³¹² ;
- le code minier (2009)³¹³ ;
- les transferts de compétences (2009-2012)³¹⁴ ;
- l'emploi local (2009)³¹⁵ ;
- la validation du monopole de l'OCEF (2011)³¹⁶ ;
- le gel des prix (2013)³¹⁷.

Ces textes ont été examinés, pour la plupart, en section. D'autres l'ont été par l'assemblée générale du Conseil, ce qui témoigne de l'intérêt porté sur les lois du pays et de la complexité des questions qui ont pu lui être soumises.

Par ailleurs, certains conseillers d'État sont, en quelque sorte, devenus de véritables spécialistes des lois du pays. Par exemple, un conseiller d'État, de la section des finances, a ainsi été nommé rapporteur sur 45 projets de lois du pays.

Enfin, les relations de coopération avec les sections sont excellentes. C'est donc un partenariat fructueux qui est entretenu avec le Conseil d'État.

In fine, le nombre croissant d'avis rendus par le Conseil d'État, par mandature, sur des projets ou propositions de lois du pays qui ont été adoptés au congrès démontre la forte capacité de production législative de la Nouvelle-Calédonie :

- I^{er} mandature (1999-2004) : 32 lois du pays adoptées ;
- II^e mandature (2004-2009) : 43 lois du pays adoptées ;
- III^e mandature (2009-2014) : 61 lois du pays adoptées ;
- IV^e mandature (2014-à aujourd'hui) : 27 lois du pays adoptées.

Alors que cette haute instance accompagne pleinement la Nouvelle-Calédonie dans son travail législatif, il faut également souligner que les élus de Nouvelle-Calédonie accordent le plus grand respect à ses recommandations. Toutes les observations formulées par le Conseil d'État ont été suivies par les élus locaux, soit directement au niveau du gouvernement collégial soit au congrès par les Conseillers de la Nouvelle-Calédonie sous forme d'amendements aux projets ou propositions de texte.

311 Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

312 Loi du pays n° 2010-11 du 9 septembre 2010 relative à trois signes identitaires de la Nouvelle-Calédonie.

313 Loi du pays n° 2009-06 du 26 avril 2009 relative au code minier de la Nouvelle-Calédonie (partie législative).

314 Lois du pays n° 2009-09, n° 2009-10 et 2009-11 du 28 décembre 2009 ; Lois du pays n° 2012-01 et 2012-02 du 20 janvier 2012.

315 Loi du pays n° 2010-09 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local.

316 Loi du pays n° 2011-06 du 17 octobre 2011 portant validation des actes pris en application des articles 1^{er} et 2 de la délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 relative à la régulation des importations de viande et abats en Nouvelle-Calédonie.

317 Loi du pays n° 2013-7 du 27 septembre 2013 relative au plafonnement des prix des produits et prestations de services offerts en Nouvelle-Calédonie.

DES DOMAINES D'INTERVENTION PRIVILÉGIÉS

La loi fiscale du pays de Nouvelle-Calédonie au regard de la loi fiscale nationale : entre identité et spécificité

Jocelyn BÉNÉTEAU

*Maître de conférences en droit public à l'Université de la Nouvelle-Calédonie
Laboratoire de Recherches Juridique et Économique (LARJE)*

Le droit fiscal ne compte pas parmi les matières transférées à la Nouvelle-Calédonie par la loi organique du 19 mars 1999³¹⁸ prise sur le fondement de l'article 77 de la Constitution et de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998³¹⁹. En effet, les institutions de la Nouvelle-Calédonie disposent d'une compétence en matière fiscale depuis le début du XX^e siècle³²⁰. L'étendue de cette compétence a varié selon les périodes sans toutefois être remise en cause. L'article 22 de la loi organique susvisée définit aujourd'hui la compétence de la Nouvelle-Calédonie en matière fiscale :

« La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes :

1^o Impôts, droits et taxes perçus au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie ; création ou affectation d'impôts et taxes au profit de fonds destinés à des collectivités territoriales, d'établissements publics ou d'organismes chargés d'une mission de service public ; création d'impôts, droits et taxes au bénéfice des provinces, des communes, des établissements publics de coopération intercommunale ; réglementation relative aux modalités de recouvrement, au contrôle et aux sanctions »³²¹.

Cette compétence n'est pas une compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie, l'État pouvant prélever sur le territoire de la collectivité des impositions de toutes natures destinées à financer les missions d'intérêt général qui lui incombent

318 Contrairement à d'autres matières telles que le droit civil, les règles concernant l'état civil et le droit commercial. V. article 21-III 4^o de la loi organique n^o 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *JORF*, n^o 0068 du 21 mars 1999, p. 4197.

319 Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, *JORF*, n^o121 du 27 mai 1998, p. 8039.

320 Dès la loi du 13 avril 1900, le conseil général de Nouvelle-Calédonie, créé en 1885, va être autorisé, à l'instar des conseils généraux des autres colonies françaises, à délibérer « sur le mode d'assiette, les tarifs et les règles de perception des contributions et taxes ». Loi du 13 avril 1900 *portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1900*, article 33 §3, *JORF*, 14 avril 1900, p. 2312. Sur la question de la compétence de la Nouvelle-Calédonie en matière fiscale, voir : J. Bénéteau, « L'autonomie fiscale de la Nouvelle-Calédonie », in X. Cabannes (Ed.), « Regards sur la fiscalité dans le Pacifique sud », *Comparative Law Journal Of the Pacific. Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. Hors-série XVIII, 2015, p. 5-24.

321 Le 6^o de l'article ajoute aux compétences de la Nouvelle-Calédonie le « régime douanier », qui inclut la fiscalité douanière.

dans le cadre de ses compétences, voire tout autre prélèvement de nature fiscale dès lors qu'il n'est pas affecté à une collectivité ou un établissement public de Nouvelle-Calédonie³²². On notera cependant que l'État n'exerce cette compétence qu'à la marge³²³. Cette compétence n'est pas davantage originale, puisque d'autres collectivités situées outre-mer peuvent également réglementer la matière. Ainsi, à titre d'exemples, les collectivités de Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon disposent d'une compétence d'attribution en matière d'impôts, droits et taxes, sous certaines réserves, et la Polynésie française réglemente la matière fiscale au titre de sa compétence de droit commun³²⁴.

L'innovation de la loi organique du 19 mars 1999 réside alors dans l'exercice partiel par la Nouvelle-Calédonie de sa compétence en matière fiscale par voie de délibérations du congrès à caractère de lois du pays, alors qu'auparavant cette compétence était exercée uniquement par voie de délibérations à caractère réglementaire. C'est l'originalité du système fiscal calédonien au regard du système fiscal d'autres collectivités dotées d'une compétence similaire en la matière, puisque la Nouvelle-Calédonie est aujourd'hui la seule collectivité française à être dotée d'une véritable compétence législative³²⁵.

Le congrès de la Nouvelle-Calédonie s'est particulièrement saisi de cette compétence législative en matière fiscale. En effet, l'analyse quantitative des cent cinquante-six lois du pays adoptées par le congrès du mois de janvier 2000 au mois de mars 2015 fait apparaître que cinquante-neuf l'ont été en matière fiscale, sans compter la dizaine de lois du pays relatives à la fiscalité douanière. Ainsi, plus d'un tiers de l'activité législative du congrès de la Nouvelle-Calédonie de ces quinze années a été consacrée à des textes fiscaux. De manière plus anecdotique, on peut relever que les deux premières lois du pays adoptées par le congrès étaient des lois fiscales. L'objet des lois fiscales du pays adoptées durant cette période est varié. Certaines lois du pays ont créé de nouveaux impôts et en ont déterminé les règles relatives à l'assiette et au recouvrement³²⁶, d'autres ont modifié ou supprimé des règles fiscales adoptées par

322 Les assemblées délibérantes des collectivités *infra*-territoriales de Nouvelle-Calédonie (provinces et communes) ne disposent en revanche que du pouvoir de fixer le taux de certains prélèvements fiscaux qui leur sont affectés, dans les limites prévues par le congrès (article 52 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*).

323 La taxe d'aéroport prévue à l'article 1609 *quater* du Code général des impôts est, à titre d'exemple, un prélèvement étatique en vigueur en Nouvelle-Calédonie.

324 Sur la question de la compétence de la Polynésie française en matière fiscale, voir : A. Guigue, « L'autonomie fiscale de la Polynésie française », in X. Cabannes (Ed.), « Regards sur la fiscalité dans le Pacifique sud », *Comparative Law Journal Of the Pacific. Journal de Droit Comparé du Pacifique*, Vol. Hors-série XVIII, 2015, p. 25-38.

325 Les lois du pays de Polynésie française demeurent des actes administratifs.

326 L'on peut citer notamment plusieurs impôts créés dans le but de financer la protection sociale en Nouvelle-Calédonie : la taxe générale sur les services (loi du pays n° 2000-002 du 14 février 2000 *relative à l'institution d'une taxe générale sur les services*, *JONC*, 15 février 2000, p. 722), la taxe sur les alcools et les tabacs en faveur du secteur sanitaire et social (loi du pays n° 2001-014 du 13 décembre 2001 *instituant une taxe sur les alcools et les tabacs en faveur du secteur sanitaire et social*, *JONC*, 18 décembre 2001, p. 5719), la taxe de solidarité sur les services (loi du pays n° 2001-013 du 31 décembre 2001 *instituant une taxe de solidarité sur les services affectée à la CAFAT au titre du financement de la protection sociale*,

voie réglementaire avant l'entrée en vigueur de la loi organique ou postérieurement par voie législative, certaines ont eu pour objet unique d'édicter des règles relatives à la procédure et aux sanctions fiscales³²⁷.

Dès lors que cohabitent deux législateurs sur le territoire de la République³²⁸, la comparaison entre la loi fiscale nationale et la loi fiscale du pays s'impose. Alors qu'au plan national, « tout le régime juridique de l'impôt est dominé par le principe de la légalité fiscale découlant de l'article 14 de la Déclaration de 1789, repris par l'article 34 de la Constitution »³²⁹, on constate que les règles fiscales ne sont que partiellement fixées en Nouvelle-Calédonie par des lois du pays. Cette spécificité du système fiscal calédonien marque la différence entre les domaines de la loi fiscale nationale et de la loi fiscale du pays, qui comportent malgré tout de forts liens de parenté (I).

JONC, 31 décembre 2001, p. 6978), la contribution sociale additionnelle à l'impôt sur les sociétés (loi du pays n° 2005-3 du 11 janvier 2005 instituant une contribution sociale additionnelle à l'impôt sur les sociétés pour les entreprises réalisant plus de deux cent millions de bénéfices et portant diverses dispositions d'ordre fiscal, *JONC.*, 14 janvier 2005, p. 143), ou encore la contribution calédonienne de solidarité (loi du pays n° 2014-20 du 31 décembre 2014 instituant une contribution calédonienne de solidarité, *JONC*, 31 décembre 2014, p. 12959). D'autres prélèvements ont été créés au profit des collectivités infra-territoriales de Nouvelle-Calédonie, notamment : la taxe provinciale sur les nuitées des établissements hôteliers (loi du pays n° 2001-015 du 9 janvier 2002 relative à la taxe provinciale sur les nuitées des établissements hôteliers, *JONC*, 18 janvier 2002, p. 222), la taxe communale sur l'électricité et la taxe sur l'électricité due par les distributeurs publics d'énergie électrique (loi du pays n° 2002-023 du 30 décembre 2002 relative à la taxe communale sur l'électricité et à la taxe sur l'électricité due par les distributeurs publics d'énergie électrique, *JONC*, 31 décembre 2002, p. 7722), la taxe provinciale sur les communications téléphoniques (loi du pays n° 2003-4 du 23 avril 2003 relative à la taxe provinciale sur les communications téléphoniques, *JONC*, 29 avril 2003, p. 2016), la taxe communale d'aménagement (loi du pays n° 2010-5 du 3 février 2010 instituant une taxe communale d'aménagement, *JONC*, 11 février 2010, p. 967), la taxe communale sur les chiens (loi du pays n° 2014-2 du 21 janvier 2014 modifiant la taxe communale d'aménagement, instituant une taxe communale sur les chiens et portant diverses dispositions d'ordre fiscal, *JONC*, 6 février 2014, p. 1174), ou enfin les centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces (loi du pays n° 2015-2 du 19 mars 2015 portant création de centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces, *JONC*, 19 mars 2015, p. 2226). Enfin, d'autres prélèvements affectés ont été créés, notamment la taxe sur les conventions d'assurances, affectée à l'agence pour la prévention et l'indemnisation des calamités agricoles ou naturelles (loi du pays n° 2003-2 du 29 janvier 2003 instituant une taxe sur les conventions d'assurances affectée à l'agence pour la prévention et l'indemnisation des calamités agricoles ou naturelles, *JONC*, 4 février 2003, p. 558), et la cotisation des employeurs sur les salaires au titre de la formation professionnelle, affectée principalement aux organismes consulaires (loi du pays n° 2001-08 du 7 juin 2001 relative à la cotisation des employeurs sur les salaires au titre de la formation professionnelle, *JONC*, 19 juin 2001, p. 2945).

327 En la matière, la loi du pays la plus emblématique est celle qui a introduit, tardivement, dans le droit fiscal calédonien, le délit de fraude fiscale. Loi du pays n° 2013-2 du 30 mai 2013 instituant des sanctions pénales réprimant les infractions à la législation et à la réglementation fiscale, *JONC*, 31 mai 2013, p. 4371.

328 Depuis 2013, le Conseil constitutionnel fait référence expressément au « législateur du pays » de Nouvelle-Calédonie. V. notamment : Cons. Const., décision n° 2013-678 DC du 14 novembre 2013, *Loi organique portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie*, *JORF*, 16 novembre 2013, p. 18634 ; Rec., p. 1028.

329 L. Philip, *Droit fiscal constitutionnel*, Economica, Coll. Finances publiques, 2014, p. 11. Le législateur national dispose d'une large compétence en matière fiscale. Le Parlement légifère en matière fiscale par le biais de lois ordinaires ou de lois financières (lois de finances et lois de financement de la sécurité sociale) et le gouvernement ne dispose que d'une compétence résiduelle pour réglementer la matière.

La loi fiscale nationale et la loi fiscale du pays peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel avant la promulgation de la loi ou par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité. Là encore, le contrôle de la loi fiscale du pays comporte certaines spécificités, qui tiennent aux règles de procédure selon lesquelles le Conseil constitutionnel peut être saisi, à la nature des dispositions fiscales pouvant faire l'objet d'un contrôle, et aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Quant à l'interprétation de la loi fiscale du pays, celle-ci devrait être effectuée en prenant en considération le contexte calédonien et sans se référer à l'interprétation de la norme fiscale nationale analogue dès lors qu'elle n'est pas identique à la norme fiscale calédonienne (II).

I. Le domaine de la loi fiscale du pays

Le domaine de la loi fiscale nationale, défini par l'article 34 de la Constitution, a été progressivement élargi sous l'effet d'une jurisprudence libérale du Conseil constitutionnel désormais bien établie en la matière. La jurisprudence relative au domaine de la loi fiscale du pays, défini à l'article 99-2^o de la loi organique du 19 mars 1999, est en revanche encore balbutiante et ne permet pas d'affirmer sans conteste que les domaines de la loi fiscale nationale et de la loi fiscale du pays seraient similaires³³⁰. On relève cependant de fortes similitudes entre les dispositions de l'article 34 de la Constitution et celles de l'article 99-2^o de la loi organique (A). L'article 99-2^o de la loi organique précise que les règles relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature doivent être fixées par des lois du pays, or on constate que le corpus normatif fiscal calédonien contient encore des dispositions réglementaires qui relèvent depuis 1999 du domaine de la loi fiscale du pays (B).

A. Le domaine de la loi fiscale du pays au regard du domaine de la loi fiscale nationale

Aux termes de l'article 34 de la Constitution, « la loi fixe les règles concernant [...] l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ».

L'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose que « les lois du pays interviennent dans les matières suivantes [...] : [...] 2^o Règles relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature »³³¹. Ces deux formulations voisines du domaine de la loi fiscale nationale et de celui de la loi fiscale du pays (2) laissent apparaître néanmoins une dissemblance majeure : l'exclusion du taux des prélèvements fiscaux du domaine de la loi fiscale du pays (1).

330 Si l'on écarte le fait que le taux des prélèvements fiscaux ne relève pas du domaine de la loi fiscale du pays.

331 On relèvera que l'article 99-2^o de la loi organique du 19 mars 1999 ne précise pas expressément mais sous-entend que la décision même de créer un impôt relève du domaine de la loi du pays.

1. La dissemblance : l'exclusion du taux du domaine de la loi du pays

Selon l'article 34 de la Constitution, les règles concernant le taux des impositions de toutes natures sont fixées par la loi³³². L'article 99-2 de la loi organique ne fait pas mention des règles relatives au taux des impôts, droits et taxes de toute nature, qui par conséquent ne relèvent pas du domaine de la loi du pays, mais du domaine du règlement.

Un organe, deux sources normatives. Alors que les règles fiscales nationales sont *quasi intégralement* issues de lois votées par le Parlement, les règles fiscales calédoniennes sont fixées, pour partie par voie de délibération à caractère de loi du pays, pour partie par voie de délibération à caractère réglementaire. En Nouvelle-Calédonie, un organe unique, le congrès, va ainsi délibérer, tantôt sur des textes à valeur législative, lorsqu'ils contiennent des dispositions relatives à l'assiette ou au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature, tantôt sur des textes à caractère réglementaire, lorsqu'il s'agira de déterminer le taux des prélèvements fiscaux, ces textes pouvant également être précisés par arrêtés du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

Le Conseil d'État a jugé que les délibérations adoptées par le Congrès fixant le taux des impôts, droits et taxes de toute nature étaient des mesures réglementaires d'application des lois du pays déterminant les règles relatives à l'assiette et au recouvrement de ces prélèvements. Par conséquent, une délibération sur le taux d'un prélèvement de nature fiscale ne peut être adoptée avant la promulgation de la loi du pays déterminant l'assiette et les modalités de recouvrement de ce prélèvement³³³. L'on relèvera par ailleurs que dans l'hypothèse où le taux d'un prélèvement de nature fiscale serait fixé par une loi du pays, les dispositions correspondantes n'acquerraient pas pour autant une valeur législative, comme le mentionne l'article 107 de la loi organique du 19 mars 1999 aux termes duquel « les dispositions d'une loi du pays intervenues en dehors du domaine défini à l'article 99 ont un caractère réglementaire ». Enfin, si le congrès n'adopte pas la délibération fixant le taux d'un prélèvement fiscal, dont il a préalablement déterminé, par une loi du pays, les règles relatives à l'assiette et au recouvrement, le prélèvement en cause ne peut entrer en vigueur.

C'est ce qui s'est produit concernant la taxe générale sur les activités³³⁴, impôt de type TVA qui devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

Une question de procédure et de contrôle. L'exclusion du taux des prélèvements fiscaux du domaine de la loi du pays a des incidences en termes de procédure d'adoption et de contrôle des textes fiscaux. En effet, la procédure d'adoption des lois du pays diffère de la procédure d'adoption des délibérations du congrès à caractère réglementaire. Les projets de loi du pays doivent être soumis, pour avis, au

332 Pour autant, le législateur national peut autoriser d'autres entités, notamment les collectivités territoriales, à fixer le taux des impôts qui leur sont affectés, mais dans les limites qu'il a lui-même fixées.

333 CE, 12 janvier 2005, n° 255272.

334 Loi du pays n° 2012-4 du 22 mars 2012 instituant une taxe générale sur les activités, JONC, 29 mars 2012, p. 2472.

Conseil d'État avant leur adoption par le gouvernement délibérant en conseil et les propositions de loi du pays doivent être soumises, pour avis, au Conseil d'État par le président du congrès avant leur première lecture, le vote du congrès ne pouvant intervenir qu'après que le Conseil d'État a rendu son avis³³⁵. De plus, sur chaque projet ou proposition de loi du pays, un rapporteur doit être désigné par le congrès et aucun projet ou proposition de loi de pays ne peut être mis en discussion et aux voix s'il n'a fait au préalable l'objet d'un rapport écrit, déposé, imprimé et adressé aux membres du congrès huit jours avant la séance³³⁶. La procédure d'adoption des délibérations du congrès à caractère réglementaire est beaucoup moins contraignante, ce qui permet au congrès de pouvoir modifier plus aisément le taux d'un prélèvement fiscal. Enfin, le contrôle des actes réglementaires du congrès fixant le taux des prélèvements fiscaux relève de la compétence du juge administratif alors que le contrôle des lois du pays déterminant les règles relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature relève de la compétence du Conseil constitutionnel, saisi avant la promulgation de la loi ou à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité³³⁷.

2. Les ressemblances

Si l'exclusion du taux des prélèvements fiscaux du domaine de la loi fiscale du pays marque la différence entre les compétences législatives respectives du Parlement et du congrès de la Nouvelle-Calédonie, en revanche, on ne peut que constater la parenté des dispositions de l'article 34 de la Constitution et de l'article 99-2^o de la loi organique du 19 mars 1999, sans préjuger toutefois de manière certaine de la pertinence d'une interprétation des dispositions de la loi organique au prisme de l'interprétation des dispositions de la Constitution. Les deux articles comportent des similitudes, manifestes en ce qui concerne la notion d'*assiette*, probables s'agissant des notions de *modalités de recouvrement*, de *recouvrement* partiellement confirmées par le juge de l'impôt quant aux notions d'*impôts, droits et taxes de toute nature* et d'*impositions de toutes natures*.

Les notions d'*assiette* de l'article 34 de la Constitution et de l'article 99-2^o

LO : une parenté manifeste. Le législateur fiscal national et le législateur fiscal calédonien sont tous deux compétents pour fixer l'assiette, pour l'un des impositions de toutes natures, pour l'autre des impôts, droits et taxes de toute nature. Il paraît difficile de concevoir que la notion d'assiette ait une portée différente en droit fiscal national et en droit fiscal calédonien. Elle implique pour le Parlement et le congrès de fixer les règles relatives à la recherche et à l'évaluation de la matière imposable, règles qui permettent donc de déterminer la base d'imposition. L'identité de la notion d'assiette dans l'un et l'autre des deux systèmes fiscaux est manifeste.

Les notions de *modalités de recouvrement* et de *recouvrement* : une parenté probable. Les expressions « règles concernant [...] les modalités de recouvrement » de l'article 34 de la Constitution et « règles relatives [...] au recouvrement » de l'article 99-2^o de la loi organique du 19 mars 1999, bien que non

335 Article 100 de la loi organique n^o 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

336 Article 102 de la loi organique n^o 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

337 Voir *infra*.

identiques, ne paraissent pas davantage devoir être considérées comme étrangères l'une de l'autre. Il semble alors envisageable de se référer à la jurisprudence constitutionnelle relative à la loi fiscale nationale pour délimiter la notion de recouvrement figurant à l'article 99-2^o de la loi organique. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion dans sa décision n^o 2012-225 QPC du 30 mars 2012 de préciser l'expression « modalités de recouvrement » d'une imposition figurant à l'article 34 de la Constitution. Il a considéré que ces modalités de recouvrement « comprennent les règles régissant le contrôle, le recouvrement, le contentieux, les garanties et les sanctions applicables à cette imposition ». Cette délimitation de l'expression « modalités de recouvrement » a été confirmée par le Conseil dans sa décision n^o 2012-298 QPC du 28 mars 2013³³⁸.

Les notions d'impositions de toutes natures et d'impôts, droits et taxes de toute nature : une parenté partiellement confirmée. La notion d'*impôts, droits et taxes de toute nature* de l'article 99-2^o LO s'apparente à celle d'*impositions de toutes natures* figurant à l'article 34 de la Constitution. La notion d'*impositions de toutes natures* est définie de manière négative par le Conseil constitutionnel depuis sa décision n^o 82-124 L du 23 juin 1982³³⁹. Le Conseil a entendu la notion, dans un premier temps, comme visant tous les prélèvements obligatoires ne constituant pas des taxes parafiscales ou des rémunérations pour services rendus, dans un second temps, avec la disparition des taxes parafiscales, comme englobant l'ensemble des prélèvements obligatoires ne constituant pas des rémunérations pour services rendus ou des cotisations sociales. Le Conseil d'État s'est rangé à la position du Conseil constitutionnel depuis son arrêt *S.A. Établissements Outters* du 20 décembre 1985³⁴⁰.

Cette définition négative, par élimination ou par défaut, des *impositions de toutes natures* a eu pour effet d'accroître la compétence du Parlement en matière fiscale. Peut-elle être étendue aux *impôts, droits et taxes de toute nature* visés à l'article 99-2^o de la loi organique du 19 mars 1999 ? La Cour administrative d'appel de Paris est venue apporter en partie une réponse positive à cette question dans un arrêt du 28 septembre 2015³⁴¹. Devant se prononcer sur la légalité d'une délibération du conseil municipal de la commune du Mont-Dore fixant le tarif des divers droits municipaux, des redevances et taxes pour l'année 2013, la Cour a été amenée à déterminer la nature juridique d'un prélèvement destiné à financer le service public d'assainissement collectif. Conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, la Cour a considéré que :

« Ne constituent pas des impôts de toute nature pouvant être institués par le seul législateur les redevances demandées à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public ou les frais d'établissement ou d'entretien d'un ouvrage public

338 Cons. const., décision n^o2012-298 QPC du 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne*, *JORF* du 30 mars 2013, p. 5457, *Rec.*, p. 513, cons. 5.

339 Cons. const., décision n^o 82-124 L du 23 juin 1982, *Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 13 et du deuxième alinéa de l'article 14 de la loi n^o 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution*, *JORF*, 24 juin 1982, p. 1994, *Rec.*, p. 99.

340 CE, Ass., 20 décembre 1985, *S.A. Établissements Outters*, *Rec.*, p. 382.

341 CAA de Paris, 28 septembre 2015, n^o 14PA01718, *Union fédérale de consommateurs Que choisir – Nouvelle-Calédonie c/commune du Mont-Dore*.

qui trouvent leur contrepartie dans des prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage ».

La Cour a alors partiellement annulé la délibération qui appliquait le prélèvement en cause à des personnes non raccordées au réseau public d'assainissement. Ce prélèvement ne pouvait pas être qualifié, concernant ces personnes, de redevance pour service rendu, puisqu'elles ne bénéficiaient pas du service, et entraînait alors dans la catégorie des impôts, droits et taxes de toute nature relevant du domaine de la loi du pays et donc de la compétence du congrès de la Nouvelle-Calédonie. Cette jurisprudence témoigne de l'exclusion des redevances pour service rendu de la notion d'*impôts, droits et taxes de toute nature* de l'article 99-2^o de la loi organique. Reste à confirmer que les cotisations sociales n'entrent pas davantage dans le cadre de cette notion pour affirmer l'identité des expressions *impositions de toutes natures* et *impôts, droits et taxes de toute nature*³⁴². Si une telle interprétation était suivie par la jurisprudence, le congrès de la Nouvelle-Calédonie verrait sa compétence législative accrue par cette définition par élimination, à l'instar du Parlement.

B. L'inadéquation entre le domaine de la loi fiscale du pays et le corpus normatif fiscal du pays

Si l'on s'en tient à la lettre de l'article 99-2^o de la loi organique du 19 mars 1999, l'ensemble des règles relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature devraient être contenues dans des textes à valeur législative. Or, de nombreuses dispositions régissant la matière figurent encore aujourd'hui dans des textes à caractère réglementaire (2), car, suite à l'adoption de la loi organique, le législateur calédonien n'a pas effectué le travail de codification à droit constant des dispositions fiscales relevant depuis lors du domaine de la loi du pays (1).

1. Le défaut de codification législative à droit constant des dispositions fiscales du domaine de la loi du pays

En Nouvelle-Calédonie, la codification des textes fiscaux a été opérée, suite à la promulgation de la loi statutaire du 9 novembre 1988³⁴³, par la délibération n^o 17/CP du 15 novembre 1989 *portant codification des textes fiscaux*³⁴⁴. Ce texte a instauré le *code territorial des impôts* regroupant les textes fiscaux en vigueur affectés des modifications rendues nécessaires par leur codification. Il s'agissait alors d'un texte à valeur réglementaire regroupant des textes à valeur réglementaire. Suite à

342 Un doute subsiste également concernant les taxes parafiscales, toujours mentionnées dans la loi organique du 19 mars 1999, en son article 209-12 qui énumère les annexes explicatives devant accompagner le budget primitif de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, notamment « la liste des taxes parafiscales ».

343 Loi n^o 88-1028 du 9 novembre 1988 *portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998*, *JORF*, 10 novembre 1988, p. 14087.

344 Délibération n^o 17/CP du 15 novembre 1989 *portant codification des textes fiscaux*, *JONC*, 16 janvier 1990, p. 72. La codification des textes fiscaux a débuté en France (au sens fiscal du terme) dans les années 1920, sous la forme de codes épars. Le code général des impôts est issu de quatre décrets et d'un arrêté du 6 avril 1950 (*JORF*, 30 avril 1950, p. 4469 et s.). Le livre des procédures fiscales a été créé par deux décrets et un arrêté du 15 septembre 1981 (*JORF*, 18 septembre 1981, p. 2494 et s.).

la promulgation de la loi organique du 19 mars 1999, le congrès de la Nouvelle-Calédonie ne s'est pas saisi de sa compétence pour effectuer un travail de codification législative à droit constant des dispositions fiscales contenues dans le code des impôts et relevant dès lors du domaine de la loi du pays³⁴⁵. Une telle codification aurait permis par ailleurs de purger le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie de ses dispositions obsolètes. Aussi, depuis l'entrée en vigueur de la loi organique, les dispositions fiscales relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature issues de lois du pays sont intégrées au code *au fil de l'eau*. D'anciennes dispositions réglementaires relevant désormais du domaine de la loi du pays sont par ailleurs progressivement modifiées et acquièrent une valeur législative. D'autres sont supprimées. Néanmoins, le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie contient encore des dispositions réglementaires relevant du domaine de la loi du pays.

2. La survivance de dispositions fiscales réglementaires relevant du domaine de la loi du pays dans l'ordonnement juridique calédonien

Les principes de continuité de l'État et de permanence des textes veulent que les textes législatifs et réglementaires demeurent applicables tant qu'ils n'ont pas été abrogés de façon explicite ou implicite³⁴⁶. Sur cette question, les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation sont conformes et s'appliquent notamment aux hypothèses de changement de régime juridique et de changement de régime politique. Cette position de la jurisprudence a été synthétisée par le président Odent dans sa formule « les lois survivent aux révolutions tant qu'il n'en est pas ordonné autrement ». La petite révolution qui a consisté en 1999 à doter la Nouvelle-Calédonie d'un statut *sui generis*³⁴⁷ et à octroyer au congrès de la Nouvelle-Calédonie une compétence législative en certaines matières, dont une partie de la matière fiscale, n'a pas eu pour effet de faire disparaître de l'ordonnement juridique calédonien les dispositions fiscales adoptées antérieurement à la loi organique du 19 mars 1999 et relevant depuis l'entrée en vigueur de la loi organique du domaine de la loi du pays. Ces dispositions fiscales demeurent donc applicables tant qu'elles n'ont pas été abrogées ou modifiées par une loi du pays. L'article 222-I de la loi organique confirme cette persistance des textes en vigueur avant le changement de statut de la collectivité, en précisant que :

« Les dispositions législatives et réglementaires en vigueur en Nouvelle-Calédonie à la date de la promulgation de la présente loi organique et qui ne lui sont pas contraires demeurent applicables »³⁴⁸.

345 Cette lacune incombe également au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie qui, aux termes de l'article 127-18⁰ de la loi organique du 19 mars 1999, « prépare la codification des lois du pays et de la réglementation édictée par la Nouvelle-Calédonie ». Notamment, le service de légistique et de diffusion du droit de la direction des affaires juridiques est chargé de la codification à droit constant.

346 Sauf s'ils contiennent des dispositions limitant leur durée d'application.

347 Antérieurement, et depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946, la Nouvelle-Calédonie avait le statut de territoire d'outre-mer.

348 Cet article ne semble pas viser exclusivement les dispositions législatives et réglementaires nationales étendues à la Nouvelle-Calédonie, mais semble également concerner les textes de nature réglementaire adoptés par les institutions de la Nouvelle-Calédonie avant l'entrée en vigueur de la loi organique.

Coexistent alors dans l'ordonnement juridique calédonien, notamment dans le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie, des dispositions de nature réglementaire et de nature législative relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature.

Cette situation a notamment pour effet d'entrouvrir uniquement la porte du Conseil constitutionnel aux contribuables de la Nouvelle-Calédonie qui souhaiteraient contester par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité des dispositions du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie qui porteraient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

II. Le contrôle et l'interprétation de la loi fiscale du pays

La loi fiscale du pays peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité qui présente certaines particularités par rapport au contrôle exercé sur la loi fiscale nationale (A). Par ailleurs, les normes fiscales édictées par le législateur du pays de Nouvelle-Calédonie sont nécessairement sujettes à interprétation, interprétation qu'il peut être tentant d'opérer par référence à la loi fiscale nationale ayant un objet analogue (B).

A. Le contrôle de constitutionnalité de la loi fiscale du pays

À l'instar du contrôle exercé sur la loi fiscale nationale, le contrôle de la loi fiscale du pays relève de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel. Par conséquent, le juge administratif n'est pas compétent pour contrôler les dispositions d'une loi fiscale du pays. Le président du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a ainsi rejeté par ordonnance la requête d'un contribuable qui demandait au tribunal l'annulation d'une loi du pays en rappelant qu'il résulte des dispositions des articles 99 et 107 de la loi organique du 19 mars 1999 que « les lois du pays ont force de loi et qu'elles ne sont susceptibles d'aucun recours après leur promulgation » et qu'« il n'appartient pas, en conséquence, au juge administratif d'en apprécier leur conformité à la Constitution ni même à un principe général »³⁴⁹.

La loi fiscale du pays peut, tout comme la loi fiscale nationale, faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité avant sa promulgation (1) ou par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité (2). Là encore, on constate de fortes similitudes entre le contrôle exercé sur la loi fiscale nationale et la loi fiscale du pays, mais on relève également des spécificités relatives à la loi fiscale du pays.

1. Le contrôle *a priori* de la loi fiscale du pays

À l'instar des lois fiscales nationales, les lois fiscales du pays peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité avant leur promulgation, conformément aux articles 104 et suivants de la loi organique du 19 mars 1999. Les spécificités du contrôle de la loi fiscale du pays tiennent aux règles de procédure selon lesquelles le

349 TA de Nouvelle-Calédonie, 3 mars 2016, n° 1600066, X.

Conseil constitutionnel peut être saisi, à la nature des dispositions fiscales pouvant faire l'objet d'un contrôle, et aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

La spécificité des règles de procédure. La loi fiscale du pays peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité selon une procédure plus contraignante que celle applicable à la loi fiscale nationale, car le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que dans l'hypothèse où la loi du pays a fait l'objet d'une nouvelle délibération du congrès, ce qui explique en partie le faible nombre de saisines du Conseil constitutionnel relatives à une loi du pays. Du mois de janvier 2000 au mois de mars 2015, le Conseil constitutionnel n'a rendu que cinq décisions *LP*, dont deux concernant la matière fiscale³⁵⁰. La spécificité du contrôle de constitutionnalité des lois fiscales du pays tient également aux autorités titulaires du droit de saisine du Conseil : le haut-commissaire, le gouvernement, le président du congrès, le président d'une assemblée de province ou dix-huit membres du congrès³⁵¹.

La spécificité des normes contrôlées. Le contrôle de constitutionnalité ne peut porter que sur les dispositions à caractère législatif issues des délibérations à caractère de lois du pays, c'est-à-dire, en matière fiscale, sur les règles relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature. Le Conseil constitutionnel ne peut statuer sur les textes de nature réglementaire fixant le taux de ces prélèvements. En ce sens, le Conseil a considéré, dans sa décision n° 2014-5 *LP*, qu'il n'était saisi et ne pouvait être saisi que de la loi du pays portant création au profit des provinces de centimes additionnels sur la taxe sur les spectacles et les produits des jeux et que pour statuer sur la conformité à la Constitution d'une loi du pays, il ne saurait prendre en compte un projet de disposition réglementaire qui, s'il avait été adopté, aurait relevé du contrôle de la juridiction compétente, à savoir la juridiction administrative³⁵². En excluant le taux des prélèvements fiscaux du domaine de la loi fiscale du pays et par conséquent du contrôle de constitutionnalité, la loi organique du 19 mars 1999 écarte en partie l'application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel,

350 Cons. const., décision n° 2000-1 *LP* du 27 janvier 2000, *Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services*, *JORF*, 29 janvier 2000, p. 1536, *Rec.*, p. 53 ; Cons. const., décision n° 2014-5 *LP* du 27 février 2015, *Loi du pays portant création de centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces*, *JORF*, n°0051, 1^{er} mars 2015, p. 4020.

351 Article 104 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

352 Cons. const., décision n° 2014-5 *LP* du 27 février 2015, *Loi du pays portant création de centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces*, précitée, cons. 9. Les requérants soutenaient en effet, à l'appui de leur requête, que la loi du pays déferée était accompagnée d'une proposition de délibération dont l'objet était de réduire les taux de la taxe sur les spectacles et les produits des jeux dans une proportion telle que la perte de recettes pour le budget de la Nouvelle-Calédonie aurait été équivalente au produit des centimes additionnels institués au profit des provinces par la loi du pays déferée. Les cercles et établissements de jeux étant implantés quasi intégralement en province Sud, cette dernière aurait été le bénéficiaire exclusif des centimes additionnels sur la taxe sur les jeux. La combinaison de cette loi du pays et de la délibération en cours d'adoption sur les taux de la taxe aurait conduit ainsi à substituer une recette fiscale de la province Sud à une recette fiscale de la Nouvelle-Calédonie. Cela constituait selon les requérants un contournement de la clé de répartition de la dotation de fonctionnement des provinces, prélevée sur les ressources de la Nouvelle-Calédonie, fixée par l'article 181 de la loi organique du 19 mars 1999, et un détournement de la règle, prévue par ce même article, selon laquelle cette clé de répartition ne peut être modifiée qu'à une majorité des trois cinquièmes des membres du congrès.

notamment celle relative au caractère confiscatoire de l'impôt. Néanmoins, si une loi du pays venait à fixer le taux d'une imposition en méconnaissance des dispositions de l'article 99-2^o de la loi organique du 19 mars 1999, sans que la procédure prévue à l'article 107 de la loi organique³⁵³ ait été mise en œuvre, le Conseil constitutionnel se déclarerait probablement compétent pour en examiner la conformité à la Constitution.

La spécificité des normes de référence. Le Conseil constitutionnel, après avoir implicitement jugé que la loi organique du 19 mars 1999 constituait une norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois du pays³⁵⁴, a expressément considéré dans sa décision n^o 2014-4 LP du 21 novembre 2014³⁵⁵, puis, à l'occasion du contrôle d'une loi fiscale du pays, dans sa décision n^o 2014-5 LP du 27 février 2015³⁵⁶, que le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa et des dispositions organiques prises pour leur application.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la méconnaissance alléguée de règles de procédure d'adoption des lois du pays figurant dans la loi organique du 19 mars 1999. Il a rejeté le grief tiré de la consultation du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie, préalablement à l'adoption d'une loi fiscale du pays, car la loi du pays contestée ne revêtait pas un « caractère économique »³⁵⁷. Le Conseil a également écarté à deux reprises le moyen tiré du défaut de consultation du comité des finances locales, préalablement à l'adoption d'une loi fiscale du pays, l'objet des lois du pays déferées ne concernant pas les relations financières entre la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes, puisque les nouveaux impôts avaient été institués au bénéfice du budget de la Nouvelle-Calédonie³⁵⁸. Le Conseil constitutionnel a enfin considéré que n'était pas de nature à entacher d'irrégularité la procédure d'adoption d'une loi fiscale du pays, l'absence de soumission à l'avis du Conseil d'État des modifications apportées par le congrès au projet ou à la proposition de loi du pays qui lui avait été soumise. En l'espèce, le Conseil d'État avait bien été consulté sur le projet de loi du pays initial³⁵⁹. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a rejeté des griefs tirés d'une méconnaissance du principe de rééquilibrage des ressources fiscales entre les provinces et de l'atteinte au principe de la libre administration

353 Voir *supra*, CE, 12 janvier 2005, n^o 255272.

354 Cons. const., décision n^o 2000-1 LP du 27 janvier 2000, *Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services*, précitée ; Cons. Const., décision n^o 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, *JORF*, 4 octobre 2013, p. 16505, Rec., p. 951.

355 Cons. const., décision n^o2014-4 LP du 21 novembre 2014, *Loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie*, *JORF*, n^o0271, 23 novembre 2014, p. 19674.

356 Cons. const., décision n^o 2014-5 LP du 27 février 2015, *Loi du pays portant création de centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces*, précitée.

357 Cons. const., décision n^o 2000-1 LP du 27 janvier 2000, *Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services*, précitée, cons. 4.

358 *Ibid.*, cons. 7 ; Cons. const., décision n^o 2014-5 LP du 27 février 2015, *Loi du pays portant création de centimes additionnels sur la taxe sur les jeux, spectacles et divertissements au profit des provinces*, précitée, cons. 4.

359 *Ibid.*, cons. 6.

des collectivités territoriales³⁶⁰. La méconnaissance par le législateur fiscal calédonien de sa propre compétence peut également être invoquée par référence aux dispositions combinées des articles 99 et 107 de la loi organique. À ce titre, le Conseil d'État a rappelé que le législateur calédonien était dans l'obligation de fixer les règles relatives au recouvrement lorsqu'il a créé une taxe nouvelle³⁶¹. Il doit donc exercer pleinement sa compétence en matière fiscale.

Au-delà du contrôle exercé au regard des dispositions de la loi organique du 19 mars 1999 et des orientations définies par l'accord de Nouméa, le Conseil constitutionnel peut exercer son contrôle sur la loi fiscale du pays au regard de la Constitution et contrôler notamment sa conformité aux principes constitutionnels de l'impôt, tels que le principe d'égalité en matière fiscale, le principe de nécessité de l'impôt, le principe de non-rétroactivité de la loi fiscale instituant des sanctions, ou aux libertés et droits individuels garantis par la Constitution, tels que l'inviolabilité du domicile ou encore le droit de propriété.

2. Le contrôle *a posteriori* de la loi fiscale du pays

Aux termes du deuxième alinéa de l'article 107 de la loi organique du 19 mars 1999 :

« les dispositions d'une loi du pays peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui obéit aux règles définies par les articles 23-1 à 23-12 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ».

Depuis la mise en place de cette nouvelle procédure de contrôle des lois du pays, et jusqu'en mars 2015, quatre questions prioritaires de constitutionnalité relatives à des lois du pays ont été soumises au Conseil constitutionnel. Aucune de ces questions ne portaient sur la conformité d'une loi fiscale du pays aux droits et libertés que la Constitution garantit. Le Conseil d'État a néanmoins renvoyé au Conseil constitutionnel, le 10 février 2016, la question de la conformité à la Constitution du deuxième alinéa du I de l'article Lp. 52 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie³⁶².

La garantie accordée au contribuable de la Nouvelle-Calédonie est moindre que celle dont bénéficie le contribuable national. En effet, la question prioritaire de constitutionnalité ne peut être soulevée qu'à l'encontre de dispositions législatives. Ainsi, le contribuable de la Nouvelle-Calédonie ne peut contester au moyen de la question prioritaire de constitutionnalité la détermination du taux d'une imposition par voie de délibération du congrès à caractère réglementaire, sauf dans le cas où

360 *Ibid.*, cons. 8.

361 CE, section des finances, avis n° 372.696 du 7 février 2006 *relatif au projet de loi du pays portant réforme de la fiscalité des produits pétroliers*, non publié. Le Conseil d'État étant saisi pour avis de tout projet et toute proposition de loi du pays, il peut être amené à se prononcer sur sa conformité à la Constitution.

362 CE, 10 février 2016, n° 394701.

le congrès aurait déterminé le taux du prélèvement en cause par une loi du pays en méconnaissance des dispositions de l'article 99-2^o de la loi organique et dans l'hypothèse où la procédure de l'article 107 de la loi organique³⁶³ n'aurait pas été mise en œuvre. Le contribuable de la Nouvelle-Calédonie ne peut davantage contester des dispositions fiscales relevant du domaine de la loi du pays, incluses ou non dans le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie, adoptées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi organique par voie de délibérations à caractère réglementaire, et qui n'auraient pas été postérieurement reprises ou modifiées par une loi du pays³⁶⁴. La question ne peut porter que sur les dispositions à caractère législatif relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature, ce qui limite fortement la portée de la garantie des droits et libertés accordée au contribuable de la Nouvelle-Calédonie.

En revanche, le champ des droits et libertés invocables par le contribuable de la Nouvelle-Calédonie dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité semble similaire au plan national et au plan local. L'ensemble des droits et libertés garantis par la Constitution intéressant la matière fiscale semblent pouvoir être invoqués dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'encontre d'une loi fiscale du pays.

L'incompétence négative du législateur fiscal calédonien peut également être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où cette méconnaissance par le législateur fiscal calédonien de sa propre compétence affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit³⁶⁵.

B. L'interprétation de la loi fiscale du pays

La complexité du droit fiscal implique nécessairement d'en dégager le sens, la portée. L'interprétation des textes fiscaux est, au niveau national comme en Nouvelle-Calédonie, d'abord le fait du juge de l'impôt, accessoirement le fait de l'administration fiscale (1).

L'autonomie du système fiscal calédonien devrait impliquer une interprétation autonome des textes fiscaux adoptés par le congrès, mais dès lors que la norme fiscale calédonienne s'inspire largement de la norme fiscale nationale, il est tentant, parfois de manière erronée, d'interpréter les lois fiscales du pays au regard de la loi fiscale nationale (2).

363 Voir *supra*, CE, 12 janvier 2005, n° 255272.

364 Dans l'hypothèse où une loi du pays ne modifierait que quelques termes d'un article du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie, il est probable que le Conseil constitutionnel ne considérerait pas que l'article constitue un tout indivisible et n'accepterait pas de contrôler l'ensemble des dispositions de l'article mais uniquement les dispositions issues de la loi du pays.

365 Cons. const., décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*, *JORF*, 19 juin 2010, p. 11149, *Rec.*, p. 114 ; Cons. const., décision n° 2012-298 QPC du 28 mars 2013, *Sarl Majestic Champagne*, *JORF*, 30 mars 2013, p. 5457 ; Cons. const., décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013, *Association « Ensemble pour la planète »*, *JORF*, 28 avril 2013, p. 7401. Cette dernière décision fait référence à l'incompétence négative du législateur du pays de Nouvelle-Calédonie.

1. Les acteurs de l'interprétation de la loi fiscale du pays

L'interprétation de la loi fiscale est d'abord le fait du juge de l'impôt. Comme au plan national, le contentieux fiscal est réparti de manière déséquilibrée en Nouvelle-Calédonie entre le juge administratif, doté d'une large compétence en la matière, et le juge judiciaire, doté d'une compétence résiduelle en la matière. Schématiquement, selon les articles 1112-I et 1112-II du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie et la jurisprudence y afférente, relève de la compétence du tribunal administratif le contentieux en matière d'impôts directs et de prélèvements fiscaux sur le chiffre d'affaires, perçus par voie de rôle ou par versements spontanés, ainsi qu'en matière d'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, alors que relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires les décisions rendues par l'administration fiscale en matière d'impôts et de contributions perçus sur liquidation et de droits d'enregistrement.

L'interprétation de la loi fiscale est également le fait de l'administration fiscale elle-même. L'administration fiscale calédonienne, comme l'administration fiscale nationale, interprète les textes fiscaux, la doctrine administrative ainsi dégagée étant sous certaines conditions opposable à l'administration, mais également contestable devant le juge de l'impôt.

On relèvera qu'en Nouvelle-Calédonie la doctrine administrative ne fait que peu l'objet d'une publication, contrairement à la doctrine administrative nationale.

2. La tentation de l'interprétation de la loi fiscale du pays par référence à la loi fiscale nationale ayant un objet analogue

Même si la norme fiscale adoptée par le congrès de la Nouvelle-Calédonie est largement inspirée de la norme fiscale adoptée par le Parlement, le système fiscal calédonien doit être considéré comme distinct du système fiscal national. Les règles édictées dans l'un et l'autre des deux systèmes ne sont généralement pas identiques et, lorsqu'elles sont identiques, n'ont pas toujours été adoptées dans le même contexte. Aussi, l'interprétation de la loi fiscale du pays devrait être effectuée dans la plupart des cas de manière autonome et non au regard de la loi fiscale nationale ou de l'interprétation de la loi fiscale nationale par l'administration ou le juge de l'impôt.

Le contribuable de la Nouvelle-Calédonie, généralement par la voix de son conseil, peut être tenté par cette méthode erronée d'interprétation de la loi fiscale calédonienne pour contester l'impôt mis à sa charge. Ainsi, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté la requête d'une société métallurgique et minière, totalement exonérée d'impôt sur les sociétés et activités métallurgiques ou minières, qui entendait bénéficier du crédit d'impôt formation prévu par le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie en invoquant notamment une doctrine administrative métropolitaine et une situation paraissant comparable à celle des entreprises métropolitaines situées dans des zones franches qui bénéficient d'une exonération d'impôt sur les sociétés pour une durée limitée dans le temps. Le tribunal administratif a considéré que la société requérante ne pouvait utilement invoquer l'ancienne doctrine administrative métropolitaine relative à l'application du crédit d'impôt-formation issu de l'article 69 de la loi de finances pour 1988, aujourd'hui abrogé, qui visait des situations fiscales

différentes prévoyant des allègements partiels ou des exonérations temporaires pour des durées de deux à cinq ans³⁶⁶.

L'interprétation erronée de la norme fiscale calédonienne au regard de la norme fiscale nationale peut être aussi le fait de l'administration fiscale calédonienne. À titre d'exemple, dans une série d'affaires, le tribunal administratif a considéré que l'autonomie fiscale propre à la Nouvelle-Calédonie empêchait que l'administration fiscale puisse utilement comparer la patente instituée sur le territoire par la délibération n° 248 du 10 décembre 1975 et maintenue depuis lors avec la taxe professionnelle qui s'est substituée à la patente en métropole par l'effet de la loi n° 75-678 du 29 juillet 1975³⁶⁷.

Le juge de l'impôt lui-même peut succomber aux travers qu'il reproche par ailleurs aux parties à un procès fiscal. Ainsi, devant déterminer si l'exercice de la profession de diététicien pouvait ouvrir droit à l'exonération de taxe de solidarité sur les services prévue au 1° de l'article Lp. 918 D du Code des impôts de la Nouvelle-Calédonie au profit des « soins dispensés aux personnes par les membres des professions médicales et paramédicales », le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a considéré qu'« il résulte des termes mêmes de ces dispositions qu'elles ont été directement inspirées par les principes mis en œuvre par le législateur national en matière d'exonération de taxe sur la valeur ajoutée, notamment à l'article 261 du code général des impôts dans sa rédaction issue de l'article 31 de la loi du 29 décembre 1978 »³⁶⁸. Étant donné que le législateur national, en se référant aux « soins dispensés aux personnes par les membres des professions médicales et paramédicales » a entendu exonérer uniquement les soins dispensés par les membres des professions médicales et paramédicales réglementées, le tribunal administratif en a déduit que le législateur fiscal du pays devait être regardé comme ayant été animé d'intentions identiques et que l'exonération réclamée devait être réservée aux seules professions médicales ou paramédicales réglementées. Ce n'est pas tant la solution que la motivation du jugement qui est contestable en l'espèce, motivation qui est fondée sur les termes mêmes des dispositions du texte et qui aboutit à comparer deux impôts différents puisque la taxe de solidarité sur les services n'est pas un impôt de type TVA, notamment du fait qu'elle ne frappe que les prestations de services et qu'elle n'est pas déductible, sauf rares exceptions. Par ailleurs, une exonération d'impôt peut être motivée en Nouvelle-Calédonie par des considérations locales autres que celles qui peuvent motiver une exonération accordée par la loi fiscale nationale. Cela ne signifie pas qu'en toute hypothèse l'interprétation de la loi fiscale du pays doit être effectuée de manière autonome. Le contentieux de l'application de la loi fiscale du pays relève des juridictions de l'État unitaire, qui interpréteront inévitablement de manière uniforme des dispositions identiques.

366 TA de Nouvelle-Calédonie, 17 septembre 2015, n° 1500018, *Société Vale Nouvelle-Calédonie*.

367 TA de Nouvelle-Calédonie, 25 octobre 2012, n° 1200189, *M. X.*; TA de Nouvelle-Calédonie, 12 décembre 2013, n° 1300175, *M. X.* La solution du tribunal administratif a été confirmée par la cour administrative d'appel de Paris : CAA de Paris, 4 octobre 2013, n° 12PA00402.

368 TA de Nouvelle-Calédonie, 17 septembre 2015, n° 1400218, *Société X. diététicienne*.

15 ans de la loi du pays : De la naissance à l'émancipation du droit du travail calédonien !

Nadège MEYER

*Maître de conférences en droit privé
Université de la Nouvelle-Calédonie
Membre du LARJE (EA 3329)*

Le transfert total de la compétence normative du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie découle de l'article 22 2^o de la loi organique du 19 mars 1999. Ce transfert, effectif depuis le 1^{er} janvier 2000³⁶⁹, a donné du fil à retordre au législateur néo-calédonien.

En effet, les lois du pays allaient devoir se préparer dans un contexte de méconnaissance du droit du travail positif en raison de l'existence d'un véritable imbroglio juridique. Celui-ci s'était construit au fil des années suite au va-et-vient de compétences entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie qu'a connu cette branche du droit.

L'alternance des compétences entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie avait créé un foisonnement de textes applicables sans véritable cohérence.

L'instauration des lois du pays par la loi organique du 19 mars 1999 intervient donc dans ce contexte particulièrement confus des lois sociales applicables en Nouvelle-Calédonie.

Pour autant, et alors que la situation qui vient d'être décrite pouvait inciter le législateur néo-calédonien à délaisser cette branche du droit, celle-ci fait partie des transferts de compétences que l'on peut qualifier de réussis.

L'intervention de la loi du pays en droit du travail est relativement fréquente sans pour autant être excessive. En quinze ans, vingt-huit lois du pays ont été adoptées et promulguées à ce jour en droit du travail. Le droit social, entendu comme le droit du travail et de la protection sociale est une des branches du droit privé les plus prolifiques en termes de lois du pays. En effet, l'ensemble des acteurs s'est emparé de cette source du droit qui provient tantôt de projets, tantôt de propositions de lois du pays, initiées tant par le politique, que par les professionnels ou les partenaires sociaux.

Parmi la trentaine de lois du pays adoptées en droit du travail, deux d'entre elles méritent d'ores et déjà d'être mentionnées car elles caractérisent à elles seules l'histoire de l'évolution de la loi du pays en droit du travail. Il s'agit d'une part, de la

369 Loi du pays n^o 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* n^o 0068 du 21 mars 1999, p. 4197.

loi du pays du 13 février 2008 relative au Code du travail de Nouvelle-Calédonie³⁷⁰ et d'autre part, de celle du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local³⁷¹.

Mais au-delà de ces deux lois du pays emblématiques, la particularité du rôle joué par les lois du pays en droit du travail tient au fait qu'elles ont structuré cette branche du droit en organisant le cadre juridique indispensable et propice à la paix sociale, et permettant ainsi aux partenaires sociaux de participer à l'élaboration du droit du travail (I).

Parallèlement à ce mouvement, la loi du pays a cherché à s'émanciper du droit du travail métropolitain en contextualisant la norme sociale aux spécificités sociales et économiques de la Nouvelle-Calédonie. Ce mouvement législatif, plus récent, doit se poursuivre et s'accompagner de la mise en place de limites, de « garde-fou » ayant pour objet de brider les velléités de tout bord qui pourraient aller à l'encontre d'un intérêt supérieur à l'intérêt collectif, que l'on qualifiera pour l'instant, d'intérêt général de l'entreprise³⁷² (II).

I. L'originalité des lois du pays en droit du travail

La compétence normative du droit du travail a beaucoup varié au fil des années. En effet, cette branche du droit privé a été régie tout d'abord par le Code du travail de l'outremer de 1952. Après abrogation de ce Code en 1982³⁷³, le droit métropolitain a alors régi la matière qui est devenue en 1985 une compétence partagée entre l'État fixant les principes directeurs du droit du travail et la Nouvelle-Calédonie compétente pour le reste.

Suite au transfert total du droit du travail au 1^{er} janvier 2000, la loi du pays intervient dans ce contexte particulier, ayant entraîné un foisonnement de lois applicables en la matière.

Le rôle majeur joué par le législateur néo-calédonien a alors été de construire le cadre juridique permettant de garantir la sécurité juridique qui faisait défaut en la matière (A).

Il était de toute façon impossible d'engager des réformes ou de faire évoluer le droit du travail, en raison de la méconnaissance des règles du droit social en vigueur en Nouvelle-Calédonie par l'ensemble des acteurs concernés par le droit du travail : employeurs, salariés, partenaires sociaux, magistrats, avocats ou autres juristes.

La construction de ce cadre juridique était devenue d'autant plus indispensable que les relations sociales s'étaient particulièrement dégradées dans les années qui ont

370 Loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 relative au Code du travail de Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 27 février 2008, p. 1442.

371 Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, *JONC* du 12 août 2010, p. 6934.

372 Est-ce l'intérêt général, l'intérêt social, l'intérêt de l'entreprise... Ceci reste à déterminer.

373 Ordonnance n° 82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, *JORF*, 29 déc. 1982, p. 3899.

précédé le transfert de compétence. La volonté politique et la nécessité sociale ont ainsi imposé la codification du droit du travail local.

La méthode retenue pour l'élaboration de la loi du pays relative à la codification du droit du travail, consistant à associer les partenaires sociaux de manière récurrente, a jeté les bases des interactions et relations à venir, qu'entretiennent depuis lors le législateur néo-calédonien et les partenaires sociaux.

Au-delà de la construction du droit du travail par la loi du pays, une véritable collaboration - plus exactement une « co-élaboration » - s'est instaurée entre le législateur et les partenaires sociaux, permettant même de parler de « co-construction » de la loi du pays en droit du travail (B).

A. La loi du pays, outil d'un droit du travail intelligible et vivant

Le transfert de compétence de l'édiction de la norme sociale à la loi du pays est intervenu dans un climat social particulièrement dégradé et marqué par des conflits collectifs récurrents et durs, voire parfois violents³⁷⁴.

L'absence de dialogue social qui caractérise la période du transfert de compétence du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie résulte, pour une grande part, de l'insécurité juridique qui régnait depuis fort longtemps en droit du travail.

En effet, la méconnaissance du droit social positif provenait de l'imbroglio juridique créé par les va-et-vient incessants et le partage de compétences³⁷⁵ opéré entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie.

D'aucuns invoquaient des dispositions qui n'étaient pas applicables à la Nouvelle-Calédonie en raison du principe de spécialité législative, d'autres s'appuyaient sur des dispositions abrogées... Mais dans la confusion des normes applicables à la Nouvelle-Calédonie, il faut avouer qu'aucune norme ne reprenait et ne confortait l'état du droit positif en la matière.

Nombre de conflits collectifs découlaient d'une méconnaissance du droit du travail qui s'accompagnait de la certitude de chacun d'invoquer la règle en vigueur et d'être dans son « bon droit »³⁷⁶. Cet état de fait se trouvait accru par l'existence d'un recueil des textes relatifs au droit du travail édité par la Direction du travail en 1994

374 Cf. à ce propos, les actes du colloque : 10^e anniversaire du Pacte social, Direction du Travail et de l'Emploi de Nouvelle-Calédonie, <http://www.dtenc.gouv.nc/portal/page/portal/dte/librairie/fichiers/13080125.PDF> : « En 1998, on compte 43 conflits sociaux. Plus de 12 000 journées de travail perdues... Même chose en 1999, avec des conflits d'une exceptionnelle dureté ». Le conflit Cellocal illustre particulièrement bien les tensions sociales qui existaient alors entre les partenaires sociaux et paralysant ainsi toute avancée du droit conventionnel du travail.

375 Issu de la loi n^o 84-821 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 7 septembre 1984, p. 2840 et de la loi du 6 septembre 1984 et de l'ordonnance n^o 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie, *JORF*, 15 novembre 1985, p. 13227.

376 Selon l'aveu même du Directeur du travail de l'époque, beaucoup de conflits sociaux reposaient selon lui sur des revendications ou l'affirmation de droits sans connaître véritablement l'état du droit local. Selon les termes du Directeur du travail et de l'emploi lors de l'adoption de la partie réglementaire du Code du travail de Nouvelle-Calédonie : « Je crois que tous les observateurs et les acteurs s'accordent à considérer que si la relation de travail est aussi souvent conflictuelle c'est parce qu'elle ne s'inscrit pas dans le respect de la règle de droit. Mais comment pouvait-elle l'être avec un code qui justement n'existait pas, avec des

et jamais remis à jour depuis, sur lequel les acteurs sociaux et même la Cour de cassation³⁷⁷ se fondaient encore plus de dix ans après.

Même si les partenaires sociaux y étaient hostiles de prime abord, il était primordial de rendre le droit du travail calédonien intelligible et accessible afin de pacifier les relations sociales. Tel a été le rôle joué par la loi du pays, initiée par une forte volonté politique relayée par une vigoureuse demande sociale.

La loi du pays a ainsi contribué à l'apaisement social en permettant de sceller les bases d'un droit commun du travail, un droit partagé par l'ensemble des acteurs de l'entreprise, salariés, employeurs et partenaires sociaux.

La loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 relative au Code du travail de Nouvelle-Calédonie, adoptée huit ans après le transfert de compétence législative du droit du travail à la loi du pays, a permis d'apporter la sécurité juridique qui faisait défaut jusqu'alors.

Elle a été la première étape indispensable de l'appropriation du droit du travail par le législateur et les acteurs calédoniens. Ce besoin de sécurité juridique était tel que les partenaires sociaux invoquaient les articles du Code du travail de Nouvelle-Calédonie alors même que la loi du pays relative au Code du travail en était encore qu'à l'état de simple projet.

L'adoption de la loi du pays relative au Code du travail de Nouvelle-Calédonie a certes créé la sécurité juridique qui était indispensable pour des relations sociales apaisées, mais elle a également permis de faire évoluer cette branche du droit.

En effet, la codification du droit du travail ayant été réalisée, à quelques exceptions près, à droit constant, le législateur néo-calédonien pouvait ensuite s'attacher à faire évoluer ce droit.

Dès lors, l'objectif assigné aux lois du pays qui ont suivi la codification a été de mettre à jour certaines dispositions du Code du travail pour lesquelles la codification a mis en exergue leur obsolescence.

Tel est le cas de la loi du pays n° 2009-7 du 19 octobre 2009³⁷⁸ relative à la santé et la sécurité au travail. La plupart des dispositions y afférant dataient des années 80 et ne tenaient pas compte des évolutions législatives intervenues depuis lors en métropole. La loi du pays a ainsi introduit l'obligation pour l'employeur d'évaluer les risques professionnels et a étendu les pouvoirs de l'inspecteur du travail lorsqu'il constate l'existence d'un danger réel et imminent au sein d'une entreprise ou d'un

textes qui n'étaient pas accessibles et qui étaient illisibles », Compte-rendu intégral des débats au Congrès, séance unique du jeudi 14 février 2008, matin, inédit.

377 Cf. Cass. soc., 17 septembre 2003, pourvoi n° 02-600.03, inédit (en ligne sur *juridoc*) : « Vu l'article 1466 du recueil des textes du droit du travail de la Nouvelle-Calédonie ; Attendu qu'en application de ce texte, dans les dix jours de sa saisine, le tribunal d'instance statue sur les contestations relatives à la régularité des élections, sur avertissement donné trois jours à l'avance à toutes les parties intéressées ». Pour d'autres exemples : Cass. soc., 10 décembre 2003, pourvoi n° 02-60696, inédit ; Cass. soc., 17 mars 2004, pourvoi n° 03-60116, *Bull. civ.*, V, n° 91, p. 81 ; Cass. soc., 29 mars 2005, pourvoi n° 04-60246, inédit. Le site *juridoc* permet d'accéder au Code du travail de Nouvelle-Calédonie dont la partie législative en ligne a été mise à jour le 11 février 2016.

378 *JONC* du 27 octobre 2009, p. 8724.

chantier. Ces dispositions faisaient défaut en droit local alors qu'elles avaient été consacrées depuis la fin des années 80 en métropole.

La loi du pays n° 2010-1 du 12 janvier 2010³⁷⁹ portant diverses dispositions relatives au droit du travail en Nouvelle-Calédonie a précisément eu pour objet de mettre à jour ou de compléter le Code du travail par des dispositions applicables en métropole depuis longtemps, comme la déclaration préalable à l'embauche. Jusqu'alors, l'employeur devait déclarer toute embauche de salarié dans les 48 heures qui suivaient celle-ci. Cette loi du pays renforce également le volet répressif du travail dissimulé.

Dans le même état d'esprit, il peut être fait état de la loi du pays ayant instauré la validation des acquis de l'expérience³⁸⁰, dispositif qui n'existait pas en Nouvelle-Calédonie.

La vague de lois du pays qui a suivi la promulgation du Code du travail de Nouvelle-Calédonie n'a eu de cesse de mettre à jour et de compléter le droit positif issu de la codification.

Il arrive encore aujourd'hui que des lois du pays interviennent ponctuellement pour continuer ce travail de mise à jour. Tel a été le cas de la loi du pays n° 2013-6 du 27 septembre 2013 modifiant les dispositions du Code du travail relatives aux journalistes.

Suite au changement de direction survenu, en mai 2013, au journal quotidien « les Nouvelles Calédoniennes », certains journalistes ont voulu invoquer la clause de cession. Ceux-ci se sont alors trouvés dans une impasse, car cette clause introduite en 1935 en droit métropolitain, n'avait pas été transposée en droit local. Les journalistes avaient seulement la possibilité de démissionner et ce, sans indemnités. Il en était de même de la clause de conscience.

Ce cas particulier met en évidence le fait que le législateur néo-calédonien met à jour le droit du travail en fonction des besoins qui se font sentir ou lorsqu'il constate une lacune.

Tel pourrait être le cas à l'avenir des dispositions relatives aux licenciements économiques, qui sont à l'heure actuelle particulièrement peu consistantes et au moins en partie obsolètes, notamment en termes de mesures qui accompagnent les licenciements économiques et qui sont destinées à favoriser le maintien dans l'emploi³⁸¹.

Il ne s'agit pas de tomber dans l'excès inverse et de rigidifier le droit du licenciement économique, mais d'anticiper les mesures d'accompagnement qui pourraient s'avérer particulièrement utiles en cas de retournement de conjoncture économique et de vagues massives de suppression d'emplois.

Dans un premier temps, la loi du pays a donc permis de créer un droit du travail intelligible, accessible à tous et vivant.

Le législateur local a aussi et surtout donné aux partenaires sociaux l'outil indispensable au développement de la négociation collective. À cet égard, la loi du pays a également eu pour objectif d'inviter les partenaires sociaux à participer à la

379 *JONC* du 21 janvier 2010, p. 463.

380 Loi du pays n° 2010-4 du 3 février 2010 relative à la validation des acquis de l'expérience et portant modification du Code du travail de Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 11 février 2010, p. 965.

381 À titre d'exemple, le plan de sauvegarde de l'emploi (incluant un plan de reclassement) qui accompagne les licenciements collectifs pour motif économique d'au moins dix salariés sur une même période de 30 jours dans les entreprises d'au moins 50 salariés n'existe pas en droit du travail calédonien.

construction de la norme sociale. Cette incitation a recueilli un tel investissement en particulier des partenaires sociaux, qu'il est possible aujourd'hui d'évoquer le terme de co-construction de la loi du pays sociale.

B. La loi du pays, source co-construite du droit du travail

Les relations entre les partenaires sociaux et le législateur avaient été organisées avant la codification du droit du travail calédonien. En effet, l'ordonnance du 13 novembre 1985³⁸² relative aux principes directeurs du droit du travail en Nouvelle-Calédonie avait institué une commission consultative du travail qui devait être consultée sur tout projet de loi du pays relatif au droit social.

Des mécanismes de consultation des partenaires sociaux ont donc été formellement mis en place afin que ceux-ci soient associés à l'élaboration de la loi du pays en droit du travail (1).

Toutefois, cette concertation entre le législateur néo-calédonien et les partenaires sociaux ne se limite pas à ce qu'impose le Code du travail et va bien au-delà en associant les partenaires sociaux à l'élaboration de la loi du pays en dehors de tout cadre juridique organisé (2).

1. La concertation organisée par le Code du travail

Des interactions entre les partenaires sociaux et le législateur avaient été établies dès l'ordonnance du 13 novembre 1985³⁸³ relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie, dans la mesure où l'article 81 de cette ordonnance avait institué une commission consultative du travail composée en « nombre égal d'employeurs et de salariés désignés par les organisations représentatives des uns et des autres »³⁸⁴.

Cette commission, mise en place et présidée par le gouvernement, est chargée d'émettre un avis sur « tous les textes concernant le travail, l'emploi, la protection et la prévoyance sociales des salariés »³⁸⁵. De manière identique, le conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie doit être consulté sur tout projet de loi du pays entrant dans le champ social.

Ainsi, à l'instar du droit métropolitain³⁸⁶, un mécanisme de consultation obligatoire des partenaires sociaux à l'occasion de tout projet de loi du pays portant sur les thèmes sus-énoncés a été instauré. Il s'agit d'une consultation qui ne lie absolument pas le législateur néo-calédonien quant à la suite à donner à la loi du pays ou ses éventuels amendements.

382 Ord. n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail en Nouvelle-Calédonie, *JORF* n°0265 du 15 novembre 1985, p. 13227.

383 *Idem*.

384 Article Lp. 382-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

385 Article R. 382-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

386 Article L. 1 du Code du travail.

Suite à l'organisation d'une session du dialogue social par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, les partenaires sociaux ont dressé le constat suivant : les instances actuelles³⁸⁷, dont fait partie la commission consultative du travail, ne permettent pas l'émergence d'un véritable dialogue social. Les partenaires sociaux ont alors fait part de leur volonté d'être pleinement associés au processus législatif en matière sociale et de devenir une force de proposition en la matière.

Ceux-ci ont donc clairement affirmé le fait que la simple consultation préalable à l'adoption des lois du pays en droit du travail était insuffisante et qu'ils souhaitaient jouer un autre rôle.

La création du Conseil du dialogue social³⁸⁸ est donc intervenue dans ce contexte particulier. Selon les termes employés par les partenaires sociaux, la création de ce Conseil est la consécration de la « promotion de la démocratie sociale »³⁸⁹ en Nouvelle-Calédonie qui reconnaît les partenaires sociaux comme de véritables acteurs dans la définition et la mise en œuvre des politiques sociales. Dès lors, tout projet de loi du pays « concernant le travail, l'emploi, la formation professionnelle, la protection et la prévoyance des salariés »³⁹⁰ doit être soumis pour avis au Conseil du dialogue social.

Même s'il apparaît une certaine redondance entre les avis de la commission consultative du travail et du Conseil du dialogue social, ce dernier a vocation à occuper une place plus ambitieuse auprès du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

En effet, au-delà de la simple consultation obligatoire du Conseil du dialogue social sur tout projet de loi du pays en droit social, celui-ci dispose d'autres fonctions plus ambitieuses, notamment celle de co-définir avec la puissance publique les politiques sociales et de co-construire les règles du droit social calédonien.

Non seulement le Conseil du dialogue social doit être systématiquement associé aux travaux préparatoires aux projets de lois du pays, mais il dispose également d'un droit d'initiative et peut aussi présenter des propositions de réformes au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie lors de la conférence sociale annuelle.

Malheureusement, les partenaires sociaux n'ont pas encore investi pleinement le Conseil du dialogue social et n'ont pas de ce fait saisi cette opportunité. Il apparaît que la structure a du mal à trouver un mode de fonctionnement satisfaisant sur le plan de l'organisation formelle, ce qui a pour effet d'impacter sa production substantielle.

387 Parmi les instances du dialogue social (consultation des partenaires sociaux et/ou instances paritaires), figurent non seulement la commission consultative du travail mais également le Conseil économique et social (et environnemental), la CAFAT (Caisse de Compensation des Prestations Familiales, des Accidents du Travail et de Prévoyance des travailleurs de Nouvelle-Calédonie), le SMIT (Service médical interentreprises du travail), etc.

388 Loi du pays n° 2010-13 du 31 décembre 2010 relative au Conseil du dialogue social, *JONC* du 31 décembre 2010, p. 10934.

389 La démocratie sociale est définie par les partenaires sociaux calédoniens comme étant « le droit d'être associé dans le respect des processus démocratiques, à l'initiative et à l'élaboration des politiques sociales et à la co-construction des règles ».

http://www.dtenc.gouv.nc/portal/page/portal/dte/librairie/pdf/dialogue_social/forum08/fds_vendredi_14%20_novembre08.pdf.

390 Article Lp. 381-3 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

Au-delà de la consultation sus-évoquée, le Conseil du dialogue social peut également se saisir des projets de lois du pays présentés par le gouvernement lors de la conférence sociale annuelle³⁹¹ afin d'organiser une concertation en son sein et suspendre ainsi l'adoption de la loi du pays³⁹². À l'issue de cette concertation, le Conseil du dialogue social émettra des propositions au gouvernement. Ce dernier n'est pas pour autant légalement tenu de s'y conformer.

Le Code du travail de Nouvelle-Calédonie organise donc, soit une consultation pour avis des partenaires sociaux sur tout projet ou proposition de loi du pays³⁹³, soit une concertation sur les projets de lois du pays afin qu'ils puissent émettre des propositions destinées à amender le projet de loi du pays soumis par le gouvernement.

Au vu des difficultés de fonctionnement du Conseil du dialogue social et du simple rôle consultatif joué par la commission consultative du travail, des modes informels de consultation se sont créés et développés en dehors de tout cadre juridique. Ils permettent d'aboutir à une production satisfaisante³⁹⁴ des lois du pays en droit du travail.

2. Le processus informel d'élaboration de la loi du pays

Il apparaît que les partenaires et plus généralement, les acteurs sociaux ne se sont pas contentés de la consultation organisée par le Code du travail. D'autres modes de concertation se sont mis en place et aboutissent à une véritable co-construction de la loi du pays en droit du travail.

Cette co-construction est apparue lors de l'élaboration de la loi du pays relative au Code du travail de Nouvelle-Calédonie. Les partenaires sociaux ont été pleinement associés au processus de codification via une consultation périodique des différentes organisations syndicales et patronales au fur et à mesure de la consolidation du droit du travail positif. La Direction du Travail et de l'Emploi de Nouvelle-Calédonie organisait des réunions au cours desquelles le travail de consolidation et de codification³⁹⁵ leur était présenté ainsi que les éventuelles modifications apportées.

L'élaboration de la loi du pays s'est donc faite en totale concertation avec les partenaires sociaux.

Hormis cet exemple un peu particulier, il convient de remarquer que l'étude de la co-construction informelle de la loi du pays doit s'attacher à distinguer l'initiative de la loi du pays de son élaboration.

391 La conférence sociale annuelle est organisée par les articles Lp. 381-4 et Lp. 381-5 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie. Elle a vocation à définir, chaque année, un agenda social partagé entre les partenaires sociaux et le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

392 Sauf en cas d'urgence. Cf. article Lp. 381-5 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

393 Plus généralement, sur tous les textes relatifs au droit du travail (Art. Lp. 381-3 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie).

394 En qualité et en quantité.

395 La codification a été réalisée à droit constant. Il y a néanmoins eu quelques adaptations et modifications du droit positif.

Ainsi, s'agissant tout d'abord de l'initiative, celle-ci peut certes provenir de manière classique du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie dans le cadre d'un projet de loi du pays ou d'un ou plusieurs élus du Congrès émettant une proposition de loi du pays. Tel a été le cas de la loi du pays relative à l'insertion par le travail³⁹⁶ ou celle relative au groupement d'employeurs³⁹⁷, issues toutes deux d'une volonté politique.

Mais au-delà de ces deux vecteurs institutionnels, le législateur néo-calédonien peut être sollicité par les professionnels d'un secteur en particulier. Tel a été le cas des artistes lors de l'adoption de la loi du pays relative au portage salarial³⁹⁸, ou encore des journalistes³⁹⁹ lors du changement de direction du seul journal quotidien de la Nouvelle-Calédonie. S'agissant de ces derniers, il était opportun de compléter le Code du travail particulièrement laconique à leurs propos.

Il peut également être appelé à adopter des lois du pays en réponse aux sollicitations d'un ou plusieurs groupes de pression pour l'adoption d'une législation, comme lors du projet de loi du pays relative aux titres repas⁴⁰⁰.

La sollicitation du législateur peut également émaner des partenaires et acteurs sociaux qui appellent de leur vœu une loi du pays sur un thème précis. Tel est le cas de la loi du pays instaurant une protection de l'emploi local ou celle relative au conseil du dialogue social.

Cette initiative des partenaires sociaux présente un caractère informel dans la mesure où elle n'émane pas d'instances prévues à cet effet⁴⁰¹. Il convient de relever que les deux lois du pays précitées résultent des propositions faites dans le cadre des sessions du dialogue social.

Ces dernières ont été mises en place par la Direction du Travail et de l'Emploi de Nouvelle-Calédonie afin d'inscrire les acteurs sociaux dans une démarche de construction d'un système consensuel des relations sociales et mettre fin au recours systématique aux conflits collectifs pour trouver des solutions.

Le principe même de ces sessions est d'associer à la réflexion non seulement les partenaires sociaux, mais également des directeurs de ressources humaines, des fonctionnaires ainsi que des élus. Les travaux de ces auditeurs qui s'échelonnent sur plusieurs mois, voire années, tendent à aboutir à une ou plusieurs propositions consensuelles qui sont restituées et partagées avec le reste de la société lors d'un forum du dialogue social.

396 Loi du pays n° 2014-10 du 12 mars 2014 relative à l'insertion par le travail, *JONC* du 20 mars 2014, p. 2596.

397 Loi du pays n° 2014-3 du 12 février 2014 relative au groupement d'employeurs, *JONC* du 25 février 2014, p. 1998.

398 Loi du pays n° 2014-14 du 16 octobre 2014 relative au portage salarial et modifiant le Code du travail, *JONC* du 21 octobre 2014, p. 9961.

399 Loi du pays n° 2013-6 du 27 septembre 2013, *JONC* du 8 octobre 2013, p. 7982, modifiant les dispositions du Code du travail relatives aux journalistes. Pour être tout à fait exact, le Congrès avait à plusieurs reprises émis la nécessité de modifier le statut des journalistes, mais aucune loi du pays n'avait pour autant été proposée en ce sens par les institutions calédoniennes.

400 Loi du pays n° 2013-9 du 22 novembre 2013 relative aux titres repas, *JONC* du 28 novembre 2013, p. 9422.

401 Comme le Conseil du Dialogue Social.

Lors des forums du dialogue social, les auditeurs émettent le souhait que leurs propositions consensuelles soient reprises dans le cadre d'une ou plusieurs lois du pays. Tel a été le cas lors du troisième forum sur le dialogue social qui a demandé la mise en place du Conseil du dialogue social.

Les auditeurs du dialogue social ne se contentent pas d'interpeller le législateur néo-calédonien et vont également jusqu'à élaborer le contenu de la réforme qu'ils souhaitent voir aboutir.

Leur action s'apparente à la négociation et à la conclusion d'un accord collectif, accord repris ensuite en tout ou partie par le législateur.

Pour autant, il ne s'agit pas d'une loi négociée au sens juridique de ce terme et telle que pratiquée par les partenaires sociaux en métropole. En effet, les auditeurs du dialogue social ne sont pas forcément tous des partenaires sociaux, puisque des professionnels du secteur privé ou public ou encore des politiques peuvent y être associés.

Certaines de ces sessions ont été composées d'auditeurs exclusivement choisis parmi les partenaires sociaux. Mais même dans ce cas-là, il ne peut être question d'une loi négociée. En effet, la loi négociée s'inscrit dans le cadre d'une négociation organisée au niveau interprofessionnel, alors qu'au cours des sessions du dialogue social, les partenaires sociaux qui négocient ne sont pas nécessairement ceux qui auraient été habilités à négocier au niveau interprofessionnel.

De manière concrète, lorsque les auditeurs trouvent un consensus à l'issue d'une session du dialogue social, ces derniers n'ont envisagé que les grandes lignes de leur réforme. Il reste alors à mettre en forme et à mesurer l'impact de leur volonté sur les autres législations sociales existantes⁴⁰².

La mise en forme de la loi du pays peut alors se faire de deux manières.

La première méthode consiste pour le gouvernement à reprendre la volonté des auditeurs et à rédiger le projet de loi du pays en tenant compte des grandes lignes dressées par les auditeurs.

Cette méthode est également celle qui a été adoptée en dehors du cadre d'une session du dialogue social pour certaines lois du pays, notamment celle relative à l'intéressement⁴⁰³. S'agissant de cette dernière, le gouvernement a consulté les partenaires sociaux afin de recueillir leur point de vue sur le sujet et leurs orientations éventuelles. L'exécutif a ensuite, rédigé de manière unilatérale le projet de loi du pays.

La seconde façon de procéder, qui bénéficie de la préférence des partenaires sociaux, consiste à réaliser une écriture partagée de la loi du pays. Le travail de co-écriture s'avère particulièrement long en raison du consensus nécessaire sur le choix des mots employés. Dans ce cas précis, le travail du législateur néo-calédonien est plus que réduit, même si celui-ci n'adopte pas nécessairement les lois du pays qui lui sont ainsi soumises sans amendements.

402 Leur réforme peut même parfois déborder le champ du droit social.

403 Loi du pays n° 2014-8 du 18 février 2014 relative à l'intéressement, *JONC* du 25 février 2014, p. 2023.

Toute la difficulté dans ce cas précis résulte du fait que les partenaires sociaux n'ont pas été formés à la légistique et que le texte rédigé peut tout aussi bien comprendre des dispositions d'ordre juridique que des engagements moraux.

Au-delà de ces difficultés formelles, la loi du pays en droit du travail fait l'objet d'une véritable construction collective qui s'organise en dehors du Code du travail.

Qu'il s'agisse de propositions ou de projets de lois du pays, la demande d'intervention du législateur peut être portée par différents acteurs autres que politiques, tels que les partenaires sociaux, la société civile⁴⁰⁴ ou encore les professionnels d'un secteur.

Au-delà de la forme que peut emprunter la construction de la loi du pays, celle-ci est un fabuleux outil de régulation des relations sociales en Nouvelle-Calédonie.

II. La loi du pays, outil de régulation des relations de travail

Depuis le transfert de compétence du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie, la loi du pays a joué un rôle majeur dans la mesure où elle a permis d'apporter la sécurité juridique qui faisait défaut jusqu'alors dans cette branche du droit. Cette étape indispensable pour parvenir à des relations sociales pacifiées permettant de promouvoir l'essor de la négociation collective est désormais achevée. Dès lors, la loi du pays peut s'attacher au fond du droit du travail (A).

Au-delà des réformes et des évolutions de fond nécessaires en la matière, la loi du pays se doit encore de jouer une autre fonction vis-à-vis des partenaires sociaux, celle de garantir le respect d'un certain ordre social (B).

A. La loi du pays, outil d'émancipation du droit du travail

La loi du pays est un fabuleux outil d'émancipation du droit du travail calédonien par rapport au droit du travail métropolitain.

Pour autant, le transfert de compétence normative n'est pas un élément suffisant en soi pour engendrer *de facto* la production de lois du pays différentes de la législation métropolitaine. Bien au contraire, créer une législation spécifique à la Nouvelle-Calédonie s'avère beaucoup plus difficile que de rester dans le giron du droit métropolitain et d'adopter localement des législations identiques ou similaires.

Certaines branches du droit transférées à la Nouvelle-Calédonie sont restées très proches des législations métropolitaines en raison soit de la cristallisation⁴⁰⁵ du droit positif par un abandon ou un désintérêt de la matière, soit de l'adoption de législations similaires⁴⁰⁶.

S'agissant du droit du travail, le législateur néo-calédonien a pris le parti de créer un droit contextualisé, adapté aux relations de travail spécifiques au territoire, tant en raison de ses particularités économiques que sociales.

404 Tel a été en partie le cas pour la loi du pays relative aux relations de travail et à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel au travail, *JONC* du 18 octobre 2011, p. 7938.

405 Comme en droit des assurances.

406 Tel est le cas en droit fiscal ou en droit de la protection sociale.

Bien que prévue dans le Préambule de l'accord de Nouméa⁴⁰⁷ et la loi organique du 19 mars 1999⁴⁰⁸, la loi du pays la plus caractéristique à cet égard est très certainement celle relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local⁴⁰⁹.

Sans être aussi emblématiques, d'autres lois du pays ont permis d'adopter une législation sociale adaptée aux spécificités de la Nouvelle-Calédonie.

À titre d'exemple, la loi du pays relative aux relations de travail et à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel au travail⁴¹⁰ s'inspire certes du droit métropolitain, mais aussi et surtout du droit canadien, et ce, afin de répondre au plus juste aux nécessités locales. À cette occasion, la loi du pays a inscrit dans le Code du travail le droit au respect au travail. Ainsi, l'article Lp. 113-1 dispose que « tout salarié a droit à des relations de travail empreintes de respect et exemptes de toute forme de violence. Toute personne a le devoir de contribuer, par son comportement, au respect de ce droit ». La consécration de ce principe dans la loi du pays ne relève certainement pas du hasard et s'inscrit, d'une part, dans des relations de travail trop souvent conflictuelles en Nouvelle-Calédonie, et, d'autre part, dans un contexte multiculturel. Ce dernier vient parfois troubler les relations de travail dans la mesure où le comportement d'un salarié ou d'un employeur sera « normal » ou acceptable pour certains et absolument intolérable pour d'autres⁴¹¹.

La loi du pays relative à l'interdiction du harcèlement au travail permet également de remarquer que le législateur néo-calédonien s'inspire parfois du droit métropolitain⁴¹² mais aussi d'autres législations, canadienne en l'occurrence, voire parfois de législations des pays de *common law* de la zone Pacifique, pour répondre au mieux aux problématiques calédoniennes.

De manière identique, le législateur, guidé en ce sens par les partenaires sociaux, s'est largement inspiré du droit québécois qui a mis en place le Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre, pour créer le Conseil du dialogue social⁴¹³.

407 Préambule de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 : « [...] La taille de la Nouvelle-Calédonie et ses équilibres économiques et sociaux ne permettent pas d'ouvrir largement le marché du travail et justifient des mesures de protection de l'emploi local. [...] Afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie [...] ».

408 Article 24 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF* n° 68 du 21 mars 1999, p. 4197 :

« Dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés. [...] La durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays ».

409 Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010, *JONC* du 12 août 2010, p. 6934.

410 Loi du pays n° 2011-5 du 17 octobre 2011, *JONC* du 18 octobre 2011, p. 7938.

411 La notion de respect n'est pas universelle. Ainsi, le fait de ne pas dire « bonjour » sera vécu par certains comme un affront alors que d'autres y seront totalement indifférents.

412 Au moins pour une part s'agissant de la loi du pays relative au harcèlement moral et sexuel au travail.

413 Lors du troisième forum du dialogue social, Fernand Matteau, Président du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre a présenté, afin d'inspirer éventuellement les auditeurs de la session, l'instance éponyme qui existe au Québec :

http://www.dtenc.gouv.nc/portal/page/portal/dte/librairie/pdf/dialogue_social/forum08/matteau.pdf.

Même si le travail d'adaptation du droit du travail au contexte calédonien est en marche, il reste néanmoins encore du chemin à parcourir pour que la loi du pays intègre totalement la multiculturalité qui caractérise les relations de travail en Nouvelle-Calédonie. Ainsi, la justification des absences pose un réel problème au sein des entreprises calédoniennes. En effet, hormis les causes d'absences autorisées, héritées des lois métropolitaines, telles les absences pour cause de maladie, d'accident du travail ou non, ou celles résultant d'évènements familiaux déterminés par les conventions collectives, aucune absence justifiée par des raisons liées à la coutume (kanak ou wallisienne) notamment en cas de mariage coutumier, de décès, de fêtes coutumières..., des absences liées à des fêtes asiatiques⁴¹⁴, n'a été à ce jour consacrée par le législateur néo-calédonien⁴¹⁵.

Il convient toutefois de nuancer ce dernier propos, car si la contextualisation du droit du travail aux spécificités des entreprises calédoniennes doit certes émaner des lois du pays, elle proviendra également des conventions collectives et de la jurisprudence.

Les lois du pays en droit du travail, notamment celles dont le contenu s'émancipe du droit métropolitain, ont besoin de vivre, d'être expérimentées, d'attendre que la jurisprudence calédonienne s'étoffe. Lorsque la loi du pays diffère de la loi métropolitaine, il est alors impossible de s'appuyer sur la jurisprudence dégagée par la chambre sociale de la Cour de cassation. Pour autant, les contentieux locaux qui font l'objet d'un pourvoi sont rares et laissent persister des doutes quant à l'interprétation que retiendraient les magistrats de la Cour de cassation par rapport aux jurisprudences locales.

Ainsi, s'agissant de contentieux relatifs à la représentativité, aucun pourvoi n'a été interjeté à ce jour sur des jugements rendus en dernier ressort par le Tribunal de première instance de Nouméa. Sur certaines questions, il paraît évident que la Cour de cassation casserait les jugements calédoniens, mais en l'absence de saisine de la Haute Cour, la jurisprudence du Tribunal de première instance ou celle du Tribunal du travail diffère profondément de celle retenue de manière constante par la Haute juridiction nationale. À titre d'exemple, le Tribunal de première instance a reconnu la validité d'un délégué du personnel suppléant désigné délégué syndical dans une entreprise de moins de cinquante salariés, alors qu'une jurisprudence constante de la Cour de cassation précise que seul le délégué du personnel titulaire peut être désigné délégué syndical pour la durée de son mandat.

B. La loi du pays, gardienne de l'intérêt social

Même si la Nouvelle-Calédonie reste soumise à l'ensemble des principes et droits formant le bloc de constitutionnalité, la loi du pays en droit du travail se doit de jouer le rôle d'un « garde-fou ».

La loi du pays doit bien évidemment préserver l'intérêt général, mais elle est également appelée à assurer une autre fonction, celle de gardienne d'un intérêt

414 Par exemple, pour la fête du Têt en raison d'une forte population d'origine asiatique établie en Nouvelle-Calédonie.

415 Seules quelques conventions collectives tiennent compte de la diversité culturelle qui caractérise la Nouvelle-Calédonie.

supérieur aux intérêts individuels et collectifs des salariés, des employeurs et des organisations syndicales et patronales.

S'agissant tout d'abord de la préservation de l'intérêt général, entendu dans sa conception volontariste⁴¹⁶, c'est-à-dire comme la volonté générale dépassant les intérêts particuliers, la loi du pays est garante du respect d'autres principes qui animent son action, tels le respect de l'équilibre des finances publiques ou le respect des principes de protection sociale. En effet, il peut arriver que les partenaires sociaux trouvent un consensus permettant de conclure un accord collectif qui excède leur domaine de compétence, ou plus couramment, qui a des répercussions sur d'autres institutions ou organismes. Le rôle du législateur est alors de brider la volonté, certes partagée, des partenaires sociaux en mettant en concurrence, et en comparant, les intérêts catégoriels à l'intérêt général.

Actuellement, les partenaires sociaux calédoniens ont tellement investi le droit du travail, qu'il revient au législateur de contrôler leur action et leurs accords, accords qui peuvent n'être que de circonstances. Tel est le cas, par exemple, de la volonté des partenaires sociaux les plus représentatifs de réduire le nombre d'organisations syndicales représentatives en Nouvelle-Calédonie. Certaines organisations syndicales de salariés estiment que le nombre de syndicats représentatifs en Nouvelle-Calédonie est trop important⁴¹⁷. Ce constat est par ailleurs partagé par certaines organisations patronales. D'un commun accord, les organisations précitées souhaitent que le seuil⁴¹⁸ de représentativité soit augmenté afin de réduire le nombre de partenaires sociaux représentatifs. Si l'on peut entendre, voire même comprendre l'intérêt des organisations tant patronales que syndicales de réduire le nombre d'interlocuteurs, il est plus difficilement acceptable de revoir les critères de représentativité dans ce seul et unique objectif. Si autant d'organisations syndicales de salariés sont à ce jour, représentatives, c'est précisément parce que l'ensemble des salariés ne se reconnaît pas dans la ou les idées défendues par les deux ou trois organisations syndicales les plus représentatives actuellement. Les autres syndicats, qui sont loin d'être des organisations marginales ont et doivent continuer à exister dans le paysage social calédonien et ce, afin de garantir une certaine démocratie sociale. C'est à cet égard que la loi du pays doit jouer son rôle de garant de l'intérêt général.

Les partenaires sociaux peuvent donc rechercher à mettre en avant des intérêts catégoriels et trouver un consensus à ce propos, au détriment d'un intérêt plus collectif, voire au détriment de l'intérêt général.

De façon identique, il a été mis en évidence au cours de sessions du dialogue social que les partenaires sociaux devaient être formés afin qu'ils se professionnalisent⁴¹⁹. Ceux-ci ont alors décidé de créer l'institut supérieur du travail de Nouvelle-Calédonie, entièrement financé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Cet institut a précisément pour objet d'organiser des formations paritaires et non partisans

416 Par opposition à la conception utilitariste qui considère l'intérêt général comme la somme des intérêts particuliers.

417 Il existe actuellement cinq organisations syndicales représentatives au niveau interprofessionnel, ce qui est important relativement au nombre de salariés en Nouvelle-Calédonie.

418 Principalement le critère de l'audience électorale.

419 Conclusions du troisième forum sur le dialogue social, 14 novembre 2008.

au bénéfice des partenaires sociaux. Faute de loi du pays imposant aux partenaires sociaux de se former via cet institut, certaines organisations syndicales ou patronales n'envoient jamais aucun de leurs membres se former dans ce cadre. Il n'est absolument pas question d'interdire aux partenaires sociaux d'organiser des formations dans le cadre de leur centrale syndicale, il s'agit seulement de conforter ces formations par une connaissance partagée et objective du droit du travail.

Au-delà de l'intérêt que peuvent avoir les centrales syndicales de maintenir ce type de formation, qui ne tend pas au même objectif de professionnalisation des acteurs, l'intérêt collectif des salariés ou des employeurs n'est pas pris en compte. Tel est le rôle que doit jouer la loi du pays afin que l'intérêt collectif, et au-delà l'intérêt général, soit préservé et valorisé.

Cette illustration amène à évoquer un autre intérêt que la loi du pays se doit de protéger et de promouvoir par des dispositions d'ordre public. Il s'agit de l'intérêt social, entendu comme étant l'intérêt de l'Entreprise personne morale, qui tend à assurer la pérennité et la prospérité de l'entité.

Il est alors question de préserver un intérêt qui dépasse non seulement les intérêts catégoriels que peuvent vouloir défendre les partenaires sociaux, mais aussi les intérêts des salariés ou ceux des employeurs à titre particulier. Cet ordre public de l'Entreprise pourrait être qualifié d'ordre public social, mais pas au sens que recouvre habituellement ce terme en droit du travail⁴²⁰. Cet ordre public social transcende l'ensemble des intérêts individuels et collectifs des personnes physiques.

Dans cette perspective, la loi du pays se doit de fixer des règles qui déterminent les limites que les partenaires sociaux ne peuvent pas franchir, ou les règles incitant les partenaires sociaux à négocier dans un cadre très précis.

De manière plus concrète, les partenaires sociaux ont désormais tendance à vouloir tout négocier, tout régenter par le biais de la négociation collective de façon à s'affranchir du cadre plus strict que représente pour eux la loi du pays. Or, la culture de la négociation collective est naissante en Nouvelle-Calédonie. En effet, les partenaires sociaux, plus habitués aux relations de travail conflictuelles, n'ont pas encore acquis assez d'expérience en la matière non seulement sur un plan technique, mais aussi et surtout sur un plan plus fondamental. La négociation collective a besoin d'évoluer, de mûrir. Au-delà de son rôle de garant de l'ordre public, le législateur néo-calédonien doit s'efforcer d'instituer un cadre précis dans lequel les partenaires sociaux doivent s'inscrire.

La négociation collective est un art qui requiert de l'expérience et de la responsabilité.

À l'heure actuelle, la loi du pays doit accompagner les partenaires sociaux dans cette voie en suscitant leur négociation sur certains thèmes, notamment en étoffant la négociation annuelle obligatoire dans les entreprises ou en imposant aux partenaires sociaux de négocier sur d'autres thèmes que la rémunération.

Dans une période où la conjoncture économique semble hésitante, il pourrait être opportun que la loi du pays impose aux partenaires sociaux de négocier des accords de méthode en cas de recours aux licenciements économiques.

420 Il n'est absolument pas question dans ce cas d'un ordre public favorable aux salariés.

Dans un autre domaine, la loi du pays devrait imposer une obligation de négocier l'adaptation des classifications de la convention de branche au niveau de l'entreprise afin de référencer l'ensemble des métiers présents dans l'entreprise et leur associer une rémunération correspondante. Ce vide conventionnel est très souvent source de conflit dans les entreprises, car les salariés n'ont pas de visibilité quant à leur position actuelle et les perspectives d'évolution professionnelle au sein de l'entreprise.

De manière identique, rares sont les entreprises⁴²¹ qui se sont dotées d'accords de méthode en matière de dialogue social, et ce, afin d'éviter les conflits collectifs.

Plus généralement et à l'instar de la codification du droit du travail, le législateur devrait imposer une obligation de consolidation de l'ensemble des accords collectifs d'entreprise. En effet, un autre imbroglio juridique demeure, celui du foisonnement d'accords collectifs d'entreprise et la difficulté de déterminer le droit conventionnel positif. La sécurité juridique qui était nécessaire au niveau de l'ensemble du droit du travail et qui a abouti à la codification du droit du travail est également primordiale pour clarifier le droit conventionnel applicable dans chaque entreprise et susciter ainsi la négociation collective.

Enfin et surtout, la loi du pays doit aménager un cadre et des limites à la négociation. Ainsi, tout ne doit pas et ne peut pas être négociable. Pour autant, si la loi du pays met en place des « garde-fous » et incite à une négociation plus qualitative que quantitative, la conclusion des accords collectifs peut alors s'affranchir du respect de l'ordre public social⁴²² dans le sens classique du terme.

À l'heure actuelle, la loi du pays n'offre que deux cas dans lesquels il est possible de conclure des accords dérogatoires : en matière de modulation du temps de travail et lorsqu'un accord d'entreprise prévoit des modalités particulières d'application des majorations de salaires décidées par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels⁴²³. Afin de rendre le droit conventionnel plus riche, la loi du pays doit ouvrir le champ de la négociation collective à des thèmes⁴²⁴ auxquels les partenaires sociaux ne pensent pas nécessairement, ou sur lesquels ils sont réticents à s'aventurer tout en garantissant le respect d'un ordre public de l'entreprise⁴²⁵.

La Loi du pays a donc joué un rôle considérable en droit du travail en offrant la sécurité juridique qui faisait défaut depuis des décennies dans cette branche du droit.

En apaisant les relations sociales, elle a ainsi permis de créer un cadre propice à la négociation collective de telle sorte que les partenaires sociaux sont entrés dans le « tout contractuel » ou le « tout conventionnel ». Ils s'érigent en législateur et

421 CARSUD est à notre connaissance la seule entreprise ayant conclu ce type d'accord collectif.

422 L'ordre public social est ici entendu comme étant un minimum légal susceptible d'être amélioré par voie conventionnelle.

423 Cf. article Lp. 332-19 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

424 Il pourrait s'agir d'accords collectifs sur le dialogue social dans l'entreprise, sur la prévention des risques psycho-sociaux, des accords de méthode sur différents thèmes...

425 Il s'agit dans ce dernier cas de garantir le respect de l'intérêt de l'Entreprise, au-delà des intérêts particuliers ou collectifs qui peuvent exister dans cette entité.

lorsqu'ils demandent son intervention, ce n'est que pour donner une valeur législative au consensus qu'ils ont trouvé dans le cadre d'un accord collectif.

La loi du pays se doit désormais de réguler cette envie irrépressible de « tout négocier » d'une part en incitant les partenaires sociaux à ouvrir le champ de leurs négociations et d'autre part en s'affirmant comme garant d'un ordre public social renouvelé.

Relations collectives du travail et autonomie législative : des lois du pays pour quoi faire ?

Laure CHARLIER

*Responsable de l'Institut des Relations Sociales de Nouvelle-Calédonie
DEA « Droit privé »*

Le droit des relations collectives du travail regroupe l'ensemble des normes et des mécanismes qui assurent le fonctionnement de la démocratie sociale au travers de ses deux principales composantes que sont le paritarisme et la négociation collective⁴²⁶.

Il constitue, à côté du droit des relations individuelles du travail, une face d'une même réalité : celle d'une société en construction, tâtonnant dans une maîtrise que chacun souhaite raisonnée de son développement.

Une réalité qui, en Nouvelle-Calédonie comme ailleurs, ne peut s'affranchir de ses origines historiques et de sa multiculturalité à nulle autre pareille qui ont fait émerger un modèle à part de relations sociales⁴²⁷.

Modelé par l'histoire, par la sociologie des forces, le droit calédonien des relations collectives du travail est un processus fait d'initiatives et de nécessaires changements qui devraient être autant d'éléments constitutifs de son identité.

Dresser un état des lieux des lois du pays adoptées en matière de relations collectives du travail depuis le 1^{er} janvier 2000, date du transfert par l'État de sa compétence en matière de droit du travail, de droit syndical et d'inspection du travail⁴²⁸ en application de l'accord de Nouméa peut passer par quelques chiffres : sur 27 lois du pays adoptées en droit du travail, 7 d'entre elles concernent les relations collectives⁴²⁹.

Cela peut paraître à première vue modeste.

Il s'agit cependant d'une production de règles législatives majeures car porteuses d'une nouvelle vision et d'une nouvelle dynamique des relations du travail calédoniennes.

L'originalité de ces lois du pays tient à leur mode de conception bien en amont de leur adoption par l'assemblée législative qu'est le congrès de la Nouvelle-Calédonie.

426 Bernard Bossu, François Dumont, Pierre-Yves Verkindt, *Droit du travail*, Montchrétien, 2011.

427 Jean Lespinasse, *Le travail forcé dans les colonies françaises et la SDN*, thèse de doctorat, Bordeaux, 1933.

428 Article 22-2^o de la loi organique n^o 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

429 www.juridoc.gouv.nc, rubrique Le Droit - Lois du pays >> Recherche : Droit du travail.

Carine David décrit l'« ingénierie institutionnelle océanienne privilégiant le consensus » des autorités politiques calédoniennes⁴³⁰. Cette ingénierie se double, singulièrement en matière de relations collectives du travail, de l'empreinte des partenaires sociaux dans la définition du contenu même des lois du pays.

Cette élaboration trouve l'une de ses sources majeures dans la signature le 20 octobre 2000 du Pacte social⁴³¹ entre une grande partie des partenaires sociaux⁴³², le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et le Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie. Ce texte fondateur est le fruit d'âpres négociations qui se sont échelonnées plusieurs mois dans un climat de tensions sociales.

Le préambule de cette déclaration d'intention commune prévoyait que :

« L'année 2000 doit permettre de créer les conditions d'une véritable paix sociale nécessaire au développement économique, notamment par la reconnaissance et le respect des partenaires sociaux dans le champ d'action qui est le leur. C'est une nouvelle vision des relations sociales qui doit naître, plus constructive et plus sereine ».

Le texte audacieux décline en sept points⁴³³ un ensemble de mesures à mettre en œuvre pour y parvenir.

Bon nombre de lois du pays en matière de droit du travail ont été prises en application du Pacte social.

Une seconde démarche constitue, simultanément, la source de plusieurs lois du pays adoptées en la matière.

Les sessions du dialogue social initiées à compter de décembre 2005⁴³⁴ qui réunissent les partenaires sociaux ont notamment pour objectif de « faire émerger un ou plusieurs projets qui permettent d'améliorer de façon durable le dialogue social ». Les auditeurs de cet espace inédit d'échange s'accordent sur une méthode, des objectifs généraux, la nécessité de produire des projets, un calendrier et un pilotage.

Le Pacte social a bien évidemment constitué une référence fondamentale pour la fixation des objectifs généraux des sessions⁴³⁵. Les travaux des quatre sessions or-

430 Carine David, « Lois du pays et Question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'état de droit en Nouvelle-Calédonie », *Revue française de droit constitutionnel*, avril 2014, n° 98, p. 317-344.

431 Pacte social du 20 octobre 2000, *JONC* du 2 novembre 2000, n° 7498, p. 5934 et s.

432 Le Pacte social sera finalement signé par les organisations syndicales suivantes : la FSFAOP, le SLUA, l'USOENC, l'UT CFE-CGC, l'UTFONC, la Fédération artisanale de NC, la Fédération des métiers et entreprises de NC, la Fédération patronale, la Fédération des PME, le Syndicat des commerçants négociants et le Syndicat des éleveurs de NC.

433 Ces points sont les suivants : 1. Pour une refondation des relations entre partenaires sociaux. 2. Pour une revalorisation des conditions de vie des plus défavorisés. 3. Pour la création d'emplois. 4. Pour la protection de l'emploi local. 5. Pour la mise en place de la couverture sociale unifiée. 6. Pour le maintien et l'amélioration du régime de retraite complémentaire. 7. Pour la préservation des intérêts vitaux de la Nouvelle-Calédonie.

434 À l'origine, les sessions du dialogue social ont été organisées à l'initiative du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et de l'État avec le concours de l'Institut National du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle.

435 Actes du colloque consacré au 10^e anniversaire du Pacte social, 20 octobre 2010, DTENC, avril 2011.

ganisées depuis 2005⁴³⁶ ont conduit à l'élaboration de différents projets de texte⁴³⁷ et ont impulsé une nouvelle approche de la régulation sociale⁴³⁸ en Nouvelle-Calédonie.

Ce mode de conception de la loi du pays a jeté les bases de larges perspectives d'évolution en démontrant l'influence du dialogue social pour créer la norme.

L'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999 attribue aux lois du pays le soin de fixer les « principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical »⁴³⁹.

Le transfert du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie à compter du 1^{er} janvier 2000 a rendu indispensable la codification complète de la matière. La loi du pays du 13 février 2008⁴⁴⁰ a permis la création du Code du travail de la Nouvelle-Calédonie facilitant l'accès à la règle de droit de tous ses utilisateurs. Il est incontestablement devenu un instrument que se sont appropriés les acteurs sociaux, notamment dans l'exercice des relations collectives de travail et peut être regardé comme contribuant à la qualité de ces rapports.

Les lois du pays adoptées depuis quinze ans constituent les fondations d'un système cohérent de relations sociales. Sa construction est passée par une redéfinition à la fois des acteurs du dialogue social et de leurs rôles (I) et par l'instauration de mécanismes de nature à faciliter la régulation de ces relations (II).

I. Des lois du pays pour structurer les acteurs du dialogue social et leurs rôles

Le législateur local, prenant en compte les aspirations de démocratie sociale⁴⁴¹ exprimées lors des discussions de préparation du Pacte social a entendu assurer la restauration de la légitimité des acteurs du dialogue social (A) qui elle-même conditionne celle des accords collectifs du travail (B) négociés et signés par ces mêmes acteurs.

436 La première session du dialogue social (2006-2007) portait sur le financement des organisations syndicales représentatives et la protection de l'emploi local. La deuxième session organisée en 2008 portait sur le dialogue social territorial et sur les relations de travail. La troisième session (2011-2012) s'intitulait « Pour une réforme des institutions représentatives du personnel » et la quatrième session (2013-2014) « Comment mieux accompagner vers l'emploi et permettre une meilleure application de la loi sur l'emploi local ? ».

437 Le plus emblématique étant devenu la loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, *JONC* du 12 août 2010, p. 6934 et s. Cette loi du pays ne sera pas traitée dans le présent article consacré aux relations collectives du travail et non à l'emploi.

438 « La régulation est l'ensemble des mécanismes par lesquels un système social s'équilibre, gère son changement, arbitre entre les intérêts et les valeurs des différents groupes qui se manifestent en son sein », Raymond Boudon et François Bourricaud, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 1982.

439 Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

440 Loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 relative au Code du travail de Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 27 février 2008, p. 1442 et s.

441 « La notion de démocratie sociale renvoie à l'idée que les membres de la société civile doivent pouvoir participer notamment par l'intermédiaire des groupements qui les rassemblent, à la gestion des organismes sociaux et à la production de normes juridiques qui les concernent non seulement en tant que citoyens politiques mais aussi en tant qu'hommes situés dans leurs milieux professionnels, familiaux, culturels (etc.) », Bernard Bossu, François Dumont, Pierre-Yves Verkindt, *Droit du travail*, Montchrétien, 2011.

A. La restauration de la légitimité des acteurs

Lieux d'expression constitués pour la défense d'intérêts professionnels, les syndicats sont reconnus comme les acteurs privilégiés du dialogue social à la condition que leur légitimité soit incontestable. C'est aux fins d'asseoir cette dernière sur de nouvelles règles qu'une réforme de leur représentativité a été entreprise. Cette évolution indispensable n'a cependant pas eu totalement les effets escomptés sur la légitimité des acteurs de l'entreprise.

1. La réforme de la représentativité des organisations syndicales de salariés

Quelle organisation syndicale peut prétendre représenter les intérêts des travailleurs calédoniens, des salariés du secteur privé, des salariés d'une branche d'activité précise, des salariés d'une profession ou encore ceux d'une entreprise ?

C'est à cette question fondamentale que la loi du pays du 14 avril 2006 relative à la représentativité des organisations syndicales de salariés⁴⁴², prise en application du Pacte social⁴⁴³ a entendu répondre.

Le contexte de cette réforme s'inscrivait dans un paysage syndical disséminé, dix organisations syndicales de salariés bénéficiant d'une représentativité⁴⁴⁴ facilitée par des critères non cumulatifs fixés par l'ordonnance du 13 novembre 1985⁴⁴⁵. Or, la représentativité syndicale conditionne des prérogatives exorbitantes du droit des relations collectives du travail⁴⁴⁶. Selon le rapporteur de la loi du pays :

« L'exigence de la représentativité tient au souci de structurer les relations sociales. Il s'agit pour les pouvoirs publics et les organisations professionnelles d'employeurs de pouvoir négocier avec un nombre limité d'interlocuteurs sérieux et crédibles. Les pouvoirs publics doivent cependant s'assurer que ces syndicats

442 Loi du pays n° 2006-4 du 14 avril 2006 relative à la représentativité des organisations syndicales de salariés, *JONC* du 18 avril 2006, p. 2719 et s. codifiée désormais aux articles Lp. 322-1 et s. du Code du travail de Nouvelle-Calédonie (CTNC).

443 Le paragraphe 1 du Pacte social relatif à la refondation des relations entre les partenaires sociaux énonçait que « Pour exercer pleinement leur rôle, les organisations patronales et syndicales doivent être représentatives, reconnues, responsables, respectées et respectueuses de la légalité. ». Parmi des dispositifs à mettre en œuvre, le point 1.2.2. visait expressément la représentativité des organisations syndicales de salariés en détaillant un certain nombre de propositions. Pacte social, *JONC* du 2 novembre 2000, n° 7498, p. 5934.

444 L'UTFO, l'USOENC, l'USTKE, l'USGCINC, le SOTPM, la FCCNC, le SNPNC, la FSFAOFP, l'UTCFCGECG et le SLUA. Arrêtés successifs portant désignation des organisations et syndicats professionnels reconnus représentatifs au niveau du Territoire : arrêté n° 2014 du 18 août 1988, *JONC* du 30 août 1988, p. 1377, n° 3396 du 22 décembre 1988, *JONC* du 10 janvier 1989, p. 423, n° 3189-T du 9 juillet 1997, *JONC* du 15 juillet 1997, p. 2360.

445 Selon l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail, ces critères étaient les suivants : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté.

446 Notamment en matière de participation au débat territorial, de gestion d'organismes paritaires, de négociation collective, de représentation du personnel ou d'exercice du droit syndical dans l'entreprise.

représentent, effectivement, l'intérêt collectif des salariés au nom desquels ils prétendent agir »⁴⁴⁷.

Afin de coller aux réalités des besoins de la négociation collective et d'identification de ses réels acteurs, un nouveau niveau de représentativité est venu s'ajouter au niveau territorial et à celui de l'entreprise : le niveau interprofessionnel du secteur privé. Désormais, en application d'une rigoureuse règle de concordance, chaque syndicat doit faire la preuve de sa représentativité à chaque niveau d'appréciation concerné et ce, au moyen d'un nouveau critère objectif : le seuil d'audience électorale.

La loi du pays vient ici recentrer le dialogue social sur ses acteurs les plus légitimes en affirmant avec vigueur un principe démocratique venu s'ajouter aux anciens critères que sont les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et une ancienneté révisée à deux ans à cette occasion. La représentativité se démontre donc depuis 2006 par le terrain obligeant ainsi les représentants du personnel présentés par les organisations syndicales à être particulièrement à l'écoute des salariés qui les élisent.

L'audience électorale à atteindre pour décrocher le sésame de la représentativité au niveau territorial passe par l'obtention d'une moyenne générale de voix lors des élections des représentants du personnel des secteurs public et privé⁴⁴⁸ au moins égale à 5 % du total des suffrages valablement exprimés tous collèges confondus⁴⁴⁹. Cette audience dans le secteur privé, au niveau interprofessionnel est fixée au même pourcentage de voix⁴⁵⁰ obtenu lors des élections des délégués du personnel titulaires.

Compte tenu du paysage économique calédonien, les élections des délégués du personnel sont les plus répandues. Elles sont organisées tous les deux ans, depuis la loi du pays du 15 janvier 2001⁴⁵¹ qui constitue historiquement la première loi du pays adoptée en matière de relations collectives du travail. Ces critères sont appliqués de façon identique pour la composition de tous les organismes paritaires (CAFAT, FSH, mutuelles...), consultatifs (CESE, CCT, comité consultatif des prix, CDS...) ou délibératifs (CPEL)⁴⁵².

447 Rapport au congrès de Philippe Gomès du 5 janvier 2006, *JONC* du 18 avril 2006, p. 2721.

448 La délibération précise en son article 4. I. qu'il s'agit dans le secteur privé, des élections des délégués du personnel titulaires et dans le secteur public, des élections des représentants des fonctionnaires aux commissions administratives paritaires mais aussi de celles des délégués du personnel titulaires des agents non fonctionnaires. Délibération n° 229 du 13 décembre 2006 relative à la représentativité des organisations syndicales de salariés, *JONC* du 26 décembre 2006, p. 9140. Cet élément est désormais codifié à l'article R. 322-1 du CTNC.

449 Article 58 de l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985 modifié par la loi du pays du 14 avril 2006, désormais codifié à l'article Lp. 322-1 du CTNC.

450 Article 58-1 de l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985, désormais codifié à l'article Lp. 322-2 du CTNC.

451 Loi du pays n° 2000-007 du 15 janvier 2001 relative à la durée du mandat des délégués du personnel, *JONC* du 16 janvier 2001, p. 303. Auparavant, l'article 64 de la délibération n° 49/CP du 10 mai 1989 relative aux groupements professionnels et à la représentation des salariés fixait le mandat des délégués du personnel à un an.

452 Caisse de compensation des prestations familiales, des accidents du travail et de prévoyance des travailleurs (CAFAT), Fonds social de l'habitat (FSH), Conseil économique, social et environnemental (CESE), Commission consultative du travail (CCT), Conseil du dialogue social (CDS), Commission paritaire de l'emploi local (CPEL).

Enfin, dans l'entreprise ce critère minimal est porté à 10 % des suffrages valablement exprimés dans au moins un collège à l'occasion des élections des délégués du personnel ⁴⁵³ titulaires.

Ce recentrage sur les acteurs les plus crédibles du dialogue social s'est également traduit par l'abandon de la présomption irréfragable de représentativité des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau territorial pour la création de sections syndicales et la désignation de délégués syndicaux au sein des entreprises calédoniennes de plus de 50 salariés.

Le législateur calédonien a ainsi mis fin à cette faveur accordée mécaniquement aux syndicats de salariés reconnus représentatifs territorialement qui pouvait faciliter artificiellement leur implantation dans les entreprises, malgré une audience réelle très faible. Cette présomption a en effet, été disqualifiée en présomption simple dévolue aux syndicats affiliés à une organisation reconnue représentative dans le secteur privé au niveau interprofessionnel ⁴⁵⁴. Elle peut désormais, en cas de contestation, être combattue par la preuve contraire telle l'absence de présentation de candidats aux dernières élections des délégués du personnel ou l'absence de versement de cotisations syndicales de la part d'adhérents.

Bien évidemment, si un ancrage dans l'entreprise peut être démontré par l'organisation syndicale, l'implantation syndicale dans l'entreprise s'en trouvera pleinement justifiée.

Par ailleurs, la loi du pays du 14 avril 2006 a institué au profit des syndicats reconnus représentatifs dans le secteur privé au niveau interprofessionnel (et non plus au niveau territorial) ou à ceux qui y sont affiliés une présomption irréfragable de représentativité pour la présentation des candidats au 1^{er} tour des élections des délégués du personnel ⁴⁵⁵ mais aussi, par cohérence au 1^{er} tour des élections des comités d'entreprise ⁴⁵⁶.

Le choix des candidats aux élections devient particulièrement crucial. Derrière lui se joue des enjeux d'importance comme l'amélioration de la syndicalisation, le recentrage de l'action syndicale sur la défense de l'intérêt collectif des salariés car c'est à ces derniers qu'il revient, d'arbitrer le dialogue social en légitimant eux-mêmes les syndicats ⁴⁵⁷. Le chantier de la représentativité syndicale reste ouvert puisque les partenaires sociaux calédoniens ont prévu que le sujet soit réexaminé dans les deux prochaines années ⁴⁵⁸.

453 Article 58-2 de l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985, codifié désormais à l'article Lp. 322-3 du CTNC.

454 Article 61 de l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985, codifié désormais à l'article Lp. 323-12 du CTNC.

455 Article 50 de la délibération n° 49/CP du 10 mai 1989 relative aux groupements professionnels et à la représentation des salariés, codifié désormais à l'article Lp. 341-25 du CTNC.

456 Article 62 de la délibération n° 49/CP du 10 mai 1989 relative aux groupements professionnels et à la représentation des salariés, codifié désormais à l'article Lp. 341-40 du CTNC.

457 Le dernier arrêté relatif à la représentativité des organisations syndicales de salariés est celui du 10 juin 2015, arrêté n° 2015-1011/GNC, JONC du 18 juin 2015, p. 4992.

458 Ce réexamen est mentionné dans l'accord interprofessionnel sur le financement du dialogue social du 17 décembre 2014, www.medef.nc, rubrique Relations sociales >> Recherche : *financement dialogue social* >> 3.

2. Une distorsion avec la réalité toutefois maintenue par le législateur

Si l'objectif de la réforme de la représentativité des organisations syndicales était la « redynamisation de la négociation collective » afin de « mobiliser les acteurs les plus *concernés dans le champ d'application de l'accord négocié* »⁴⁵⁹, le législateur calédonien n'a pas été jusqu'à réformer le statut du délégué syndical afin d'aligner la légitimité de ce mandat sur la nouvelle donne démocratique de l'entreprise.

En toute logique, il aurait été utile de prévoir la perte automatique du mandat du délégué syndical dès lors que l'organisation syndicale à l'origine de sa désignation n'atteint plus le seuil des 10 % de suffrages valablement exprimés lors des dernières élections des délégués du personnel⁴⁶⁰.

L'épicentre du système de relations collectives du travail étant l'entreprise, cette absence de remise en cause des mandats en cours des délégués syndicaux apparaît perturbatrice voire dommageable au dialogue social d'entreprise. Ce représentant siège en effet de droit en qualité de représentant syndical au comité d'entreprise dans les entreprises de moins de 300 salariés mais participe surtout à la négociation collective et notamment au temps fort que constitue la négociation annuelle obligatoire⁴⁶¹. On ne peut que constater avec perplexité la situation en appelant le législateur à intervenir.

Refonder la représentativité sur le principe de l'influence réelle des organisations permet aux syndicats de peser de tout leur poids dans le cadre de la négociation d'accords avec le monde patronal.

B. Le renforcement de la légitimité des conventions et accords collectifs du travail

Le principe de légitimité est au cœur des dispositions selon lesquelles la licéité d'une convention ou d'un accord collectif suppose l'absence d'opposition des acteurs de la négociation collective.

La refonte récente du régime de l'intéressement a par ailleurs été l'occasion de réviser les conditions de validité de ce type d'accords en imposant la représentation syndicale comme négociateur de droit commun de tels accords.

459 Rapport au congrès du 5 janvier 2006, 5.1., p. 2727, *JONC* du 18 avril 2006.

460 La réforme métropolitaine de la représentativité des organisations syndicales (issue de la loi du 20 août 2008 et donc postérieure à celle de la Nouvelle-Calédonie) a été jusqu'à imposer que le délégué syndical recueille sur son nom « au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants », cf. art. L2143-3 du Code du travail national.

461 L'article Lp 323-30 du CTNC prévoit un délai de quinze jours pour contester la désignation d'un délégué syndical. Passé ce délai, la désignation est purgée de tout vice. La jurisprudence locale estime en effet que la perte de représentativité ne constitue pas un fait nouveau susceptible de remettre en cause la désignation d'un délégué syndical intervenue ultérieurement (TPI, 1^{er} février 2010, n°10-133).

1. L'absence d'opposition majoritaire : nouvelle condition de validité des conventions et accords collectifs

Tirant les conséquences de la modification des critères de représentativité syndicale, la loi du pays du 14 avril 2006 a procédé à la réécriture du deuxième alinéa de l'article 19 de l'ordonnance modifiée du 13 novembre 1985 en ces termes :

« La convention ou l'accord collectif de travail est un acte écrit à peine de nullité, qui est conclu entre, d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés reconnues représentatives (...) et d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs ou tout autre groupement d'employeurs pris individuellement »⁴⁶².

Le législateur local procède ainsi à une redéfinition des acteurs aptes à négocier puis à conclure une convention ou un accord collectif de travail.

En conséquence, côté salarial, sous réserve de l'invitation à la négociation de toutes les organisations syndicales représentatives dans leur champ d'application, la seule signature par une organisation syndicale de salariés représentant soit 5 % minimum des suffrages valablement exprimés tous collèges confondus dans le secteur privé au niveau interprofessionnel soit 10 % minimum des suffrages valablement exprimés dans au moins un collège au sein de l'entreprise suffit à la validité d'un accord collectif même non majoritaire.

Si un large compromis semble atteignable au niveau interprofessionnel ou au niveau des accords de branche, cette condition de validité des conventions et accords est loin de favoriser cette même culture au sein de l'entreprise. Elle serait même dans la pratique, susceptible de secréter certaines surenchères.

Or, l'objet de la négociation collective n'est-il pas de rechercher et d'obtenir une majorité de signatures qui soit le reflet d'un compromis qui légitime l'accord, le mieux étant l'unanimité ?

Par ailleurs la distorsion constatée quant au maintien du mandat du délégué syndical désigné par un syndicat devenu non représentatif compte tenu des nouveaux critères, pose la question récurrente en pratique de la valeur juridique des accords signés dans de telles circonstances.

En application de l'article 19 de l'ordonnance précitée, ces accords n'ont pas la force obligatoire conférée aux accords collectifs du travail. Il s'agit d'accords atypiques : l'équivalent de simples engagements unilatéraux de la part de l'employeur dénués de sécurité juridique, susceptibles d'engendrer difficultés d'application, conflits de normes et donc malentendus. En conséquence, c'est tout l'édifice du statut collectif des salariés qui se trouve ainsi perturbé et ce, en contradiction avec l'esprit de la loi du pays du 14 avril 2006.

Le législateur calédonien a toutefois pris soin d'instaurer un véritable verrou par l'instauration d'un droit d'opposition cette fois majoritaire des conventions et accords collectifs du travail.

L'article 19-1 de l'ordonnance créé par ladite loi prévoit en effet que :

462 Ces dispositions sont désormais codifiées à l'article Lp. 332-1 du CTNC.

« La validité d'une convention ou d'un accord collectif du travail est subordonnée à l'absence d'opposition d'une ou des organisations syndicales représentant plus de la moitié des suffrages valablement exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut des délégués du personnel dans le champ d'application de la convention ou de l'accord collectif ».

Ce principe d'opposition a donc pour objet de soumettre un accord à la censure des syndicats non signataires mais majoritaires (seuls ou ensemble) concernés. Il est un gage de vérification du contenu des accords conforme à l'intérêt collectif des salariés et de possibilité d'action par les non signataires. Une fois exercée, l'opposition est une condition de suspension de l'applicabilité de l'accord concerné.

Peu utilisé en pratique, l'avantage de ce nouveau verrou est d'être de nature à influencer sur la stratégie des acteurs de la négociation collective et à faire évoluer leurs pratiques dans une perspective de consensus le plus large possible.

2. La réforme de l'intéressement : la redéfinition des objectifs poursuivis et des négociateurs de droit commun des accords

L'adoption de la loi du pays du 18 février 2014 relative à l'intéressement⁴⁶³ traduit la volonté commune du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et des partenaires sociaux de voir le pouvoir d'achat des salariés progresser et de réviser un dispositif institué en 1990. La réforme du régime juridique de l'intéressement vise également à favoriser son développement dans la négociation collective.

Le législateur a procédé tout d'abord à une redéfinition des objectifs du dispositif. L'accord d'intéressement vise à la fois l'accroissement des revenus des salariés et l'amélioration de la performance et de la compétitivité des entreprises, il constitue pour ces raisons, un outil de cohésion sociale. Afin d'optimiser la réalisation de ces objectifs communs, l'article Lp. 361-3 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie (CTNC) impose désormais aux entreprises de plus de 50 salariés dans lesquelles sont constituées des sections syndicales d'organisations représentatives et qui ne disposent pas d'intéressement, une négociation annuelle sur cette thématique⁴⁶⁴. Les entreprises de moins de 50 salariés ne sont pas pour autant exclues de ce dispositif incitatif⁴⁶⁵.

L'article Lp. 361-1 du CTNC affirme deux principes fondamentaux de nature à rompre avec le passé : les caractères à la fois collectif et aléatoire de l'intéressement⁴⁶⁶.

463 Loi du pays n° 2014-8 du 18 février 2014 relative à l'intéressement, *JONC* du 25 février 2014, p. 2023 et s., codifiée aux articles Lp.361-1 et s. du CTNC.

464 Il s'agit donc bien d'un nouveau thème de négociation annuelle obligatoire (NAO).

465 L'article Lp. 361-6 du CTNC prévoit : « Les entreprises non soumises aux dispositions des articles Lp. 333-4 et suivants peuvent instaurer volontairement un intéressement soit en mettant en œuvre les dispositions définies au présent chapitre, soit en recourant à un dispositif simplifié dont le contenu et les modalités de mises en œuvre sont déterminés par accord collectif interprofessionnel ». Notons qu'aucune négociation d'un accord interprofessionnel n'a pour le moment débuté à ce sujet.

466 « L'intéressement a pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats de l'entreprise, à l'accroissement de ses performances ou à l'amélioration de sa productivité. Il présente un caractère aléatoire et résulte d'une formule de calcul liée aux résultats, à l'accroissement des performances ou à

L'intéressement trouve en effet sa contrepartie dans la réalisation d'un objectif de performance ou de productivité fixé pour l'ensemble des salariés de l'entreprise et non dans la réalisation d'une prestation de travail individualisée. Il s'agit d'un mode de rémunération collective d'un effort collectif, ce qui justifie l'exonération sociale et fiscale⁴⁶⁷ dont il bénéficie.

Au surplus, l'intéressement est conditionné par des critères pertinents et mesurables (les résultats de l'entreprise, l'accroissement des performances, l'amélioration de la productivité de l'entreprise) fixés préalablement mais dont la réalisation est aléatoire⁴⁶⁸. Ceci prohibe toute forme d'intéressement minimum ou forfaitaire. Cette nouvelle condition de validité implique incontestablement un changement des mentalités et des pratiques.

Ce caractère collectif suppose que tous les salariés de l'entreprise soient les bénéficiaires de l'intéressement⁴⁶⁹.

La loi du pays a toutefois assoupli la portée de ce principe en intégrant le souhait des partenaires sociaux d'une prise en compte d'une ancienneté minimum des salariés dans l'entreprise pour bénéficier de l'intéressement⁴⁷⁰. Elle a de plus, rendu possible la modulation de l'intéressement en considération de la présence effective du salarié dans l'entreprise⁴⁷¹ sans réguler son versement selon des critères trop largement individuels qui viendraient en contradiction avec son objet.

Le législateur calédonien a par ailleurs procédé à une redéfinition des négociateurs du dispositif en instituant un ordre légal et non plus optionnel des interlocuteurs. Tirant une nouvelle fois les conséquences des règles de représentativité du droit positif, l'article Lp. 361-2 1^o du CTNC donne la priorité à l'instauration de l'intéressement par voie d'accord conclu entre l'employeur et le ou les délégués syndicaux désignés par les organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise. Il est donc bien question ici de raviver le principe du monopole syndical en matière de négociation collective, ce qui fait écho aux besoins de recentrage des acteurs de la

l'amélioration de la productivité de l'entreprise au cours d'une période de référence dont la durée ne peut être supérieure à douze mois ni inférieure à trois mois. ».

467 L'article Lp. 361-19 prévoit que les sommes versées au titre de l'intéressement bénéficient d'un régime d'exonération sociale dans la limite de 20 % de l'ensemble des salaires bruts versés par l'entreprise au cours de la période de référence. L'article Lp. 361-20 prévoit que les entreprises peuvent déduire des bases retenues pour l'assiette de l'impôt sur les sociétés ou sur le revenu, le montant des sommes versées en application d'un accord d'intéressement dans les conditions fixées par le Code des impôts de la Nouvelle-Calédonie.

468 L'article Lp. 361-16 alinéa 2 précise en effet que « Pour ouvrir droit aux exonérations prévues par l'article Lp. 361-19, il doit être déposé au plus tard le premier jour du quatrième mois précédant la clôture du premier exercice social concerné par l'accord d'intéressement » à un moment où les résultats de l'entreprise sont inconnus.

469 L'article Lp. 361-9 l'énonce clairement.

470 Selon l'article Lp. 361-10 du CTNC : « L'accord peut conditionner le bénéfice de l'intéressement à une durée d'ancienneté dans l'entreprise. Une délibération du congrès fixe la durée d'ancienneté maximale exigible ». L'article R. 361-8 a fixé cette durée maximale à 3 mois alors que les travaux du CDS proposaient une variation comprise entre 0 et 9 mois.

471 Articles Lp. 361-11 et Lp. 361-13 du CTNC. L'article R. 361-9 précise quant à lui que : « Les déductions opérées au titre du mécanisme de modulation prévu à l'article Lp. 361-13 ne peuvent excéder 30 % du montant de la prime individuelle totale qui aurait été perçue ».

négociation sur le sort de la collectivité des salariés et sur le nécessaire dépassement de conflits d'intérêts purement individuels.

Pragmatique, la loi du pays rend possible l'organisation d'une négociation extra syndicale en cas de carence de représentation syndicale ou d'échec des négociations selon un ordre légal⁴⁷².

Afin d'assurer la pédagogie des négociations et de faciliter le contrôle des accords par l'autorité administrative, le législateur a redéfini les mentions et le régime des accords d'intéressement tout en garantissant une large information, aussi bien collective qu'individuelle, autour du dispositif⁴⁷³.

Rendant compte des besoins d'évolution du dialogue social calédonien, les lois du pays ont entendu faciliter les processus de coordination à la fois entre les acteurs sociaux mais également entre ces acteurs et la puissance publique.

II. Des lois du pays pour faciliter la régulation des relations sociales calédoniennes

Favoriser la construction d'un dialogue social renouvelé nécessite d'accorder les moyens nécessaires à la réalisation de cet objectif. Ces moyens ont été octroyés grâce à des financements spécifiques (A) mais aussi grâce à la création d'un espace de concertation dédié (B).

A. L'instauration d'aides au financement par la puissance publique des organisations syndicales représentatives de salariés et d'employeurs mais aussi d'actions en faveur du dialogue social

L'apport des lois du pays *portant diverses dispositions relatives au droit du travail en Nouvelle-Calédonie*⁴⁷⁴ dans l'édifice législatif calédonien n'est pas négligeable. Loin de seulement compléter ou corriger l'état du droit, elles sont susceptibles de contenir certaines innovations.

Tel est le cas de la loi du pays du 12 janvier 2010⁴⁷⁵ venue acter le principe de la participation de la Nouvelle-Calédonie au financement des organisations syndicales représentatives et plus largement au dialogue social, traduisant ainsi une nouvelle fois, la politique volontariste du gouvernement en la matière.

472 L'article Lp. 361-2 prévoit qu'à défaut de délégués syndicaux, l'accord peut être institué par accord conclu au sein du comité d'entreprise, à défaut, par accord conclu avec les délégués du personnel voire par référendum interne.

473 L'accord d'intéressement doit en effet prévoir les modalités d'information individuelle des salariés leur permettant de vérifier que les critères de répartition ont été correctement appliqués. Le projet doit par ailleurs être soumis pour avis au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel au moins 15 jours avant sa signature. Les délégués syndicaux ainsi que le comité d'entreprise, ou à défaut, les délégués du personnel, doivent être informés et consultés chaque année sur l'exécution des clauses de l'accord.

474 Ces lois sont aussi connues sous le nom de « lois balai » car elles rassemblent des dispositions disparates souvent insuffisantes pour aboutir, seules, à des lois du pays.

475 Loi du pays n° 2010-1 du 12 janvier 2010 portant diverses dispositions relatives au droit du travail en Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 21 janvier 2010, p. 463 et s., codifiée aux articles Lp.322-5 et s. et Lp. 383-1.

Les organisations syndicales de salariés et d'employeurs, en qualité de groupements constitués pour la défense d'intérêts professionnels ou catégoriels communs n'ont vocation à exercer aucune activité lucrative⁴⁷⁶. Leurs ressources proviennent essentiellement des cotisations de leurs adhérents insuffisantes à assurer leur autofinancement⁴⁷⁷.

Or, il est indéniable que la qualité du dialogue social est directement liée aux moyens financiers et humains dont ses acteurs disposent. Ils leur permettent de développer leur capacité d'expertise économique, technique, juridique ou encore sociale.

Les organisations syndicales se situent en effet au carrefour du débat et des diverses négociations sociales de l'échelon territorial à celui de l'entreprise. Elles assurent par ailleurs des missions d'intérêt général comme la gestion paritaire d'organismes sociaux⁴⁷⁸.

Le Pacte social envisageait la question de ce financement sous l'angle de l'indispensable formation des partenaires sociaux.

Prenant acte des échanges de la première session du dialogue social⁴⁷⁹, une contribution par la puissance publique s'est traduite, dès 2007 et 3 années durant, par le versement d'aides financières accordées aux syndicats représentatifs par voie de conventions conclues avec le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

La loi du pays du 12 janvier 2010 est venue sécuriser juridiquement cette aide assurant ainsi sa pérennité. L'article 2 de cette loi attribue le versement d'aides financières ou d'avantages en nature au profit des organisations syndicales de salariés et d'employeurs reconnues représentatives au niveau de la Nouvelle-Calédonie⁴⁸⁰.

En désignant ces bénéficiaires, le législateur est venu compléter le dispositif instauré par la réforme de la représentativité et parfaire sa logique.

Il institue un financement public proportionnel aux suffrages obtenus lors des élections professionnelles et établit donc un lien entre ce financement et l'audience électorale obtenue par les organisations syndicales de salariés⁴⁸¹. Ce même lien est,

476 Article Lp. 321-1 du CTNC : « Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ».

477 Le taux de syndicalisation en Nouvelle-Calédonie, secteurs public et privé confondus, avoisinerait les 20 %. Il s'élève à titre comparatif à 8 % en France métropolitaine. Pour la donnée métropolitaine : Rapport Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier ministre, mai 2006, www.ladocumentationfrancaise.fr.

478 Les syndicats représentatifs siègent notamment au conseil d'administration de la CAFAT, du FSH, de la Mutuelle du commerce ou encore de l'organisme de retraite complémentaire CRE-IRCAFEX aujourd'hui géré par Humanis.

479 Dès 2006, l'attribution de moyens financiers était posée par les partenaires sociaux comme un préalable à toute discussion relative à l'amélioration du dialogue social. C'est pourquoi le premier axe des discussions de la première session du dialogue social portait sur la question du financement des organisations syndicales représentatives et a abouti à la formulation de propositions concrètes par les auditeurs. *Les sessions du dialogue social de Nouvelle-Calédonie 2006-2009. La démarche, les travaux des auditeurs, le bilan*, fascicule DTENC, IV^e Forum sur le dialogue social, septembre 2009, p. 12 et s.

480 Article Lp. 322-5 du CTNC.

481 Arrêté n° 2014-2509/GNC du 23 septembre 2014 relatif au versement de la participation financière de la Nouvelle-Calédonie pour le fonctionnement des organisations syndicales de salariés représentatives, *JONC* du 2 octobre 2014, p. 9420.

pour le moment, effectué s'agissant du nombre d'entreprises adhérentes aux organisations syndicales patronales⁴⁸².

Le champ de l'utilisation de l'aide est élargi par rapport aux objectifs affichés lors des discussions du Pacte social : il ne concerne plus exclusivement la formation des adhérents mais également le fonctionnement interne des organisations syndicales.

La loi subordonne par ailleurs l'attribution de l'aide financière au respect de l'ordre public en prévoyant que :

« Toute atteinte manifeste et répétée à l'ordre public sanctionnée par l'autorité judiciaire, commise dans le cadre de leur action syndicale par une ou plusieurs personnes siégeant au sein des organes dirigeants du syndicat ou exerçant un mandat de représentation du syndicat, entraîne le non-versement des aides ou la restitution de celles-ci »⁴⁸³.

Cette disposition affirme le principe fondamental selon lequel tout financement versé par la puissance publique ne peut servir que l'intérêt général. Dès lors que l'action syndicale dégénère en un abus constaté par le juge, l'aide de la Nouvelle-Calédonie ne peut plus se concevoir.

La nature publique des fonds versés justifie enfin le strict encadrement de leur utilisation. Les organisations syndicales bénéficiaires sont tenues d'établir des comptes annuels et d'en justifier⁴⁸⁴. Cette exigence induit un changement des pratiques, ces dernières faisant culturellement preuve de grande prudence en la matière. Comme l'a précisé au moment des débats au congrès le membre du gouvernement concerné, cette transparence est toutefois limitée à la seule justification de l'utilisation des fonds publics versés et ne vise pas l'ensemble des ressources des organisations syndicales⁴⁸⁵.

Ce qui est attendu de leur part est une utilisation conforme à l'objet pour lequel ces subventions sont attribuées : permettre un meilleur fonctionnement matériel des organisations syndicales et développer l'expertise de leurs représentants par la formation. Ces objectifs étant eux-mêmes en synergie avec ceux affichés 10 ans auparavant : la construction de relations sociales plus constructives et sereines rendue possible par la compréhension mutuelle des attentes du corps économique et du corps social.

Au-delà de ces aides directes au financement des syndicats représentatifs, l'article 7 de la loi du pays du 12 janvier 2010 portant diverses dispositions relatives au droit du travail prévoit le principe du soutien par la puissance publique d'actions en faveur de l'amélioration et de la promotion du dialogue social mais également en faveur de l'amélioration des conditions de travail en entreprise⁴⁸⁶.

482 La question de la pesée de la représentativité patronale est une question récurrente du débat calédonien.

483 Article Lp. 322-5 aliéna 2 du CTNC.

484 Article Lp. 322-6 du CTNC.

485 Propos de Philippe Germain, membre du gouvernement chargé d'animer le secteur de l'économie, de l'industrie et du travail. Compte-rendu intégral des débats au congrès, séance du 9 décembre 2009, *JONC* du 14 janvier 2011, p. 761.

486 Article Lp. 383-1 du CTNC, il s'agit par exemple des « journées santé et sécurité » ou encore des sessions et forums du dialogue social.

L'assemblée locale est ainsi venue accroître la transparence des sources du financement du dialogue social offrant par la même occasion aux partenaires sociaux l'opportunité de renforcer leur expertise⁴⁸⁷.

La construction d'un nouveau mode de gouvernance⁴⁸⁸ sociale a trouvé une autre transcription, la même année, grâce à la création du conseil du dialogue social.

B. La création du conseil du dialogue social

La Nouvelle-Calédonie s'est dotée d'une instance officielle de concertation sociale dont le bilan, près de 5 ans après sa création, apparaît nuancé.

1. La mise en place d'un nouvel espace de gouvernance sociale

La loi du pays du 31 décembre 2010 relative au conseil du dialogue social⁴⁸⁹ trouve une nouvelle fois ses racines dans le Pacte social qui prévoyait que le renouveau des relations entre les partenaires sociaux devait s'inscrire dans le cadre d'« *une démocratie sociale plus vivante au travers notamment de la création d'une commission du dialogue social* »⁴⁹⁰ mais plus précisément dans les propositions des auditeurs de la deuxième session du dialogue social⁴⁹¹.

À cette occasion, les partenaires sociaux ont fait connaître leur volonté d'être reconnus comme de véritables acteurs de la définition et de la mise en œuvre des politiques publiques en matière de dialogue social, d'emploi, de formation et de développement économique. Rappelant que cette démarche s'inscrivait dans un contexte de promotion de la démocratie sociale par le développement de la régulation sociale et de recherche d'une bonne gouvernance, ils ont décliné les grandes lignes de l'organisation, des missions et du fonctionnement du conseil du dialogue social (CDS)⁴⁹².

487 Cette expertise devrait se trouver encore renforcée. En effet, les négociations interprofessionnelles consacrées au financement des moyens humains des organisations syndicales représentatives entamées depuis 2003 ont abouti le 17 décembre 2014 à la signature d'un accord interprofessionnel sur le financement du dialogue social.

Cet accord prévoit le versement par tous les employeurs relevant d'un statut de droit privé d'une contribution fixée à 0,075 % calculée sur une masse salariale correspondant aux salaires de base conformément au plafond « Autres régimes de la CAFAT ». Cet accord est susceptible de faire l'objet d'un arrêté d'extension. Il est téléchargeable sur le site www.medef.nc, rubrique Relations sociales >> Recherche : *financement dialogue social* >> 3.

488 La gouvernance se définit comme « un processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux, d'institutions, pour atteindre des buts propres discutés et définis collectivement », Raymond Boudon et François Bourricaud, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 1982.

489 Loi du pays n° 2010-13 du 31 décembre 2010 relative au conseil du dialogue social, *JONC* du 31 décembre 2010, p. 10934 et s.

490 Point 1.5 du Pacte social, *JONC* du 2 novembre 2000, n° 7498, p. 5934 et s. Cette commission a été mise en place à compter d'octobre 2000. En 2004, elle a réalisé un bilan du Pacte social, s'est penchée sur les modalités d'augmentation du SMG et du SMAG. En 2005, la commission a examiné le projet de texte relatif à la réforme de la représentativité des organisations syndicales de salariés.

491 Cette session organisée en 2008 avait pour thématique le dialogue social territorial et les relations de travail.

492 *Les sessions du dialogue social de Nouvelle-Calédonie 2006-2009. La démarche, les travaux des auditeurs, le bilan*, fascicule DTENC, IV^e Forum sur le dialogue social, septembre 2009, p. 34 et s.

L'article Lp. 381-1 du CTNC affirme le caractère bipartite et paritaire du CDS qui « comprend, en nombre égal, des représentants des organisations syndicales de salariés et des représentants des organisations syndicales d'employeurs, reconnues représentatives au niveau de la Nouvelle-Calédonie ».

Cet espace est donc conçu comme un lieu d'échange, de débat et de recherche de consensus entre partenaires sociaux.

Les articles Lp. 381-2 et Lp. 381-4 organisent un mécanisme de dialogue social institutionnalisé. Il s'agit d'un nouveau processus de concertation régulier, de nature à permettre l'implication des partenaires sociaux dans les réformes sociales. Le rendez-vous qui permet d'en faire état est la conférence sociale annuelle.

Celle-ci suppose un travail de préparation concerté entre les pouvoirs publics et le CDS qui se formalise par cet événement au cours duquel le CDS est officiellement informé et répond aux orientations de l'action du gouvernement, de ses projets et de son calendrier de réformes dans les domaines que sont le travail, l'emploi, la formation professionnelle, la protection et la prévoyance sociales des salariés. En pratique, l'aboutissement des discussions est retranscrit dans une feuille de route commune appelée « agenda social partagé » qui dresse un inventaire des thèmes prioritaires des réformes à mener⁴⁹³.

L'adoption des réformes sociales suscitant parfois la réprobation d'une partie des partenaires sociaux, la concertation sociale préalable apparaît comme un gage d'apaisement et d'effectivité du droit : c'est tout l'intérêt du processus amorcé par cette loi du pays.

Le souhait de coconstruction des textes législatifs entre les partenaires sociaux et le politique se heurtant à l'impossibilité de déroger par une loi du pays aux modalités de vote des textes par les élus du congrès, la solution posée par l'article Lp. 381-5 du CTNC énonce :

« Lorsque le conseil du dialogue social souhaite engager une concertation en son sein sur l'un des projets présentés par le gouvernement lors de la conférence sociale annuelle, il le lui fait connaître et indique le délai qu'il estime nécessaire pour mener à bien cette concertation. ».

Le rapporteur de la loi du pays eut l'occasion de préciser qu'il s'agissait d'un « temps réservé garanti aux partenaires sociaux pour leur permettre de travailler et de faire des propositions sur des thèmes présentés par le gouvernement lors de la conférence sociale annuelle »⁴⁹⁴. L'initiative et la capacité des partenaires sociaux à être force de proposition sont ici privilégiées.

La suite des attributions du CDS est énumérée de façon non exhaustive par l'article Lp. 381-3 du CTNC. L'instance exerce des attributions consultatives puisqu'il

493 Six agendas sociaux partagés ont été adoptés par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et les partenaires sociaux, le premier (agenda social 2008-2009) est antérieur à la loi du pays n° 2010-13 du 31 décembre 2010 instituant le CDS. Chaque nouvel agenda synthétise les réformes restant à mener et en ajoute de nouvelles.

494 Rapport n° 65 du 26 octobre 2010 de Michel Lasnier, *JONC* du 21 avril 2011, p. 8 et s.

est chargé de donner un avis sur tous les textes mais aussi plus largement toutes les questions relatives aux domaines qui lui sont attribués⁴⁹⁵.

Il est par ailleurs force de proposition en matière d'évolution des salaires minimums garantis mais aussi de suivi des salaires minimums conventionnels et contribue ainsi à assurer le dynamisme et la cohérence des négociations de branche.

Il est également chargé de la définition des actions à mettre en œuvre pour assurer la formation des acteurs sociaux⁴⁹⁶ de nature à renforcer leur expertise en matière de relations sociales mais aussi à prendre toutes initiatives pour favoriser le développement du dialogue social.

Le CDS est enfin appelé à jouer un rôle actif en matière de production d'outils de gestion des relations du travail dans l'entreprise et de mise en œuvre de dispositifs d'anticipation et de régulation des conflits sociaux.

C'est le choix d'une démocratie dite participative qui semble avoir été fait en Nouvelle-Calédonie grâce à cette loi du pays qui comporte un ensemble de dispositions novatrices. Mais cette instance tarde, en pratique, à trouver la place qui devrait être la sienne.

2. Un espace qui peine à trouver, pour le moment, toute sa place

Différentes raisons structurelles mais aussi sans doute culturelles peuvent expliquer le fait que le CDS et les mécanismes prévus peinent à trouver leur vitesse de croisière.

S'agissant de son rôle, les attributions purement consultatives du CDS sont un frein à son efficacité même si de plus larges prérogatives consistant à lui donner la place d'une véritable institution seraient de nature à heurter les dispositions de la loi organique statutaire du 19 mars 1999⁴⁹⁷.

Néanmoins, à ce jour, le CDS ne motive pas ses avis sur les projets de textes qui relèvent de sa compétence, cette motivation lui permettrait pourtant d'exposer officiellement ses arguments. Une publicité, qui reste à organiser, serait également de nature à renforcer son autorité.

S'agissant de son fonctionnement, il semble que les règles internes de départage des voix aient été longtemps défavorables à la recherche du consensus⁴⁹⁸.

495 Le travail, l'emploi, la formation professionnelle, la protection et la prévoyance sociales des salariés.

496 Ces actions de formation des acteurs sociaux sont notamment réalisées depuis 2009 par l'Institut des Relations Sociales de Nouvelle-Calédonie (IRS-NC).

497 Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, *JORF* du 21 mars 1999, p. 4197. La répartition des compétences normatives est rigoureusement prévue par la loi statutaire.

498 Les résolutions du CDS étaient adoptées jusqu'en septembre 2015 à la majorité des 2/3. Cette majorité impliquait, qu'au moindre désaccord par exemple de 5 représentants des organisations syndicales représentatives sur les 14 nommés, la résolution ne soit pas adoptée (7 représentants sont nommés par le collège employeurs et 7 par le collège salariés : Arrêté n° 2015-1803/GNC du 8 septembre 2015 portant nomination des membres du conseil du dialogue social, *JONC* du 17 septembre 2015, p. 8411, modifié par l'arrêté n° 2015-2361/GNC du 3 novembre 2015, *JONC* du 12 novembre 2015, p. 10701). Le CDS mène depuis 2015 une réflexion sur la réforme de son mode de gouvernance interne. A cette fin, son règlement intérieur a été modifié en mai 2015 : il envisage notamment la création d'un comité exécutif chargé de la prise des décisions courantes ou encore une clarification des décomptes des voix en réunion plénière.

Pour ces raisons, le CDS n'a pas encore eu pleinement l'occasion de se positionner en tant que véritable outil au service du dialogue social et force de proposition.

S'agissant de son champ d'action, si le législateur a souhaité instaurer une coopération permanente entre les partenaires sociaux et la puissance publique locale, il faut avouer qu'une certaine complexité se constate au gré des enjeux et de l'actualité sociale calédonienne : les instances et les conférences se multiplient⁴⁹⁹. Aussi indispensables qu'elles soient, elles concourent au manque de lisibilité du rôle du CDS et de la conférence sociale prévue par le Code du travail⁵⁰⁰.

L'absence de délimitations claires du domaine réservé au législateur, du domaine partagé entre le législateur et les partenaires sociaux ainsi que de la chronologie de leurs interventions et enfin du domaine réservé à la négociation collective, ne facilite pas le rôle du CDS.

L'article Lp. 381-5 du CTNC qui organise le temps réservé à la concertation par le CDS semble avoir un caractère contraignant. Le gouvernement ne se doit pas d'adopter, sauf cas d'urgence, les projets présentés à la conférence sociale annuelle pendant la période retenue par les membres du CDS pour se concerter.

Les travaux organisés autour de la réforme de l'intéressement sont symptomatiques des difficultés de cette articulation. Cette thématique a fait l'objet de la création d'une commission interprofessionnelle logée au sein du CDS dès 2010 au sein de laquelle un projet d'accord interprofessionnel a trouvé un consensus entre partenaires sociaux. Un arbitrage politique et des contingences juridiques n'ont permis qu'une reprise *a minima* des dispositions arrêtées au sein du CDS à l'occasion de l'adoption de la loi du pays du 18 février 2014 relative à l'intéressement, provoquant le mécontentement des partenaires sociaux qui estiment que le gouvernement a dénaturé les travaux du CDS⁵⁰¹.

Des raisons culturelles peuvent par ailleurs expliquer que le CDS soit encore en recherche d'efficacité. La nouvelle gouvernance sociale a besoin de temps pour se construire. La culture calédonienne de la confrontation et la difficulté des partenaires sociaux à faire des concessions constituent encore une réalité. Cet espace apparaît pour le moment trop souvent comme une caisse de résonance des conflits en cours.

Le CDS souffre des imperfections de sa jeunesse mais son horlogerie peut être révisée. Il peut être un lieu précieux de réflexion, de coopération et de régulation sociale.

499 La signature des Accords économiques et sociaux le 12 juin 2012 entre les groupes politiques et les syndicats de salariés, accords préparés par la commission « Vie chère » du congrès a donné lieu, suite à une grève générale qui s'est déroulée en mai 2013, à l'organisation par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie les 20 et 21 août 2014 d'une conférence économique, sociale et fiscale au cours de laquelle un agenda économique, social et fiscal partagé a été signé.

500 La dernière conférence sociale annuelle s'est déroulée le 21 décembre 2015 et a donné lieu à l'élaboration de l'agenda social partagé 2016-2017.

501 Les débats qui se sont tenus le 10 janvier 2014 au sein de la Commission du travail et de la formation professionnelle du congrès à l'occasion de l'audition des représentants des syndicats de salariés et d'employeurs qui précédait la présentation du rapport consacré au projet de loi du pays relative à l'intéressement en attestent.

Sa place centrale a été rappelée à l'occasion de la conférence économique, fiscale et sociale des 20 et 21 août 2014.

Cet ancrage du dialogue social dans la production de la norme ne peut être générateur que de progrès dans la façon dont la Nouvelle-Calédonie construit son modèle de relations sociales. La signature récente au sein d'une commission interprofessionnelle logée au CDS, de l'accord collectif interprofessionnel sur le financement de la formation et la création d'un fonds d'assurance formation⁵⁰² du 30 juin 2015 en est une parfaite illustration.

Le droit occupe la place qu'on lui donne.

La Nouvelle-Calédonie a naturellement hérité d'une tradition de pays de droit écrit et légiféré. Il apparaît donc logique que la loi du pays constitue, dans une société en construction, la source majeure du droit du travail.

En cette matière singulièrement, la loi protège et guide l'action.

Il n'y a pas de droit social si la règle n'est pas connue et impérative, l'instauration d'un Code du travail de Nouvelle-Calédonie, par la loi du pays du 13 février 2008, procède de cette pédagogie indispensable. Depuis près de quinze ans, le législateur local a permis la construction d'un ensemble cohérent et structurant de relations collectives.

En 2012, Bernard Chérioux relevait cependant que cette production normative « s'apparente, pour l'essentiel, à un mimétisme juridique qui se limite à une transposition, avec quelques adaptations mineures, des textes métropolitains en Nouvelle-Calédonie »⁵⁰³ et s'interrogeait sur la réelle portée de l'autonomie législative locale.

Dans le domaine circonscrit des relations collectives du travail, cette analyse peut être tempérée. Les lois du pays adoptées concrétisent les principes dégagés dans le cadre du Pacte social et traduisent une vision ambitieuse des relations du travail calédoniennes en faisant, il est vrai, souvent appel à des mécanismes éprouvés à l'échelon national⁵⁰⁴ ou européen⁵⁰⁵.

La réactivation du projet de réforme des institutions représentatives du personnel⁵⁰⁶ est la parfaite occasion de créer un système de représentation du personnel

502 Cet accord prévoit le versement d'une contribution obligatoire de la part de toutes les entreprises calédoniennes fixée à 0,2 % des rémunérations brutes versées par l'employeur plafonnées à la tranche 1 du RUAMM et ce, à compter du 1^{er} janvier 2017. On ne peut que se féliciter du futur accès à la formation notamment de tous les salariés des TPE et plus globalement du développement des compétences nécessaire à la compétitivité des entreprises. Cet accord est téléchargeable sur le site www.medef.nc, rubrique Espace info >> Recherche : FAIF NC.

503 Bernard Chérioux, « L'évolution du droit du travail en Nouvelle-Calédonie », *Revue juridique politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n° 20, 2^e semestre 2012, p. 4-21. Cet article dresse un précieux historique du droit du travail calédonien et décrit les raisons objectives qui expliquent ce phénomène d'assimilation.

504 Comme en matière d'intéressement.

505 Le Conseil du dialogue social s'inspire largement du modèle européen d'implication des partenaires sociaux.

506 La 3^e session du dialogue social (2011-2012) était consacrée à ce chantier. Face aux résistances exprimées par certaines organisations syndicales représentatives de salariés, ce projet paraissait en sommeil. La partie « agenda social » de l'agenda économique, fiscal et social signé le 21 août 2014 lui a redonné

adapté aux réalités locales. Il s'agira de s'affranchir de l'héritage national du mille-feuille d'institutions⁵⁰⁷ qui, compte tenu du paysage économique calédonien, montre ses limites. Les enjeux en termes de renouvellement des pratiques du dialogue social en entreprise et de conciliation des aspirations du corps économique et social sont majeurs.

Le débat relatif à la place de la loi du pays parmi les sources du droit du travail mérite d'être élargi à celui de la place du droit produit par la puissance publique par rapport au droit négocié.

L'autonomie instaurée par l'accord de Nouméa est bien entendu celle d'une autonomie détenue par l'assemblée législative locale.

En matière sociale, la notion de « partage des compétences », précieuse en Nouvelle-Calédonie, pourrait trouver une nouvelle illustration et offrir aux partenaires sociaux une place encore plus active dans l'élaboration de la norme.

Ce partage pourrait s'exercer selon différentes modalités⁵⁰⁸ tout en préservant les pouvoirs du législateur local en matière de détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical mais aussi de contrôle de l'effectivité de l'ordre public social.

À cette occasion les concepts de relations collectives du travail, de rapport collectif au travail ou encore de négociation collective mériteraient d'être redéfinis afin de faire droit à un certain nombre de réalités calédoniennes⁵⁰⁹.

Ce droit social innovant ne se concevra en toute vraisemblance que progressivement grâce à un changement des mentalités, des positionnements et des pratiques de la part de toutes les parties prenantes.

La puissance publique a historiquement tendance à se méfier des corps intermédiaires. Paradoxalement, les partenaires sociaux traditionnellement méfiants à l'égard du pouvoir législatif en attendent beaucoup, au risque parfois de demander à la loi de pallier les insuffisances de la négociation collective et ainsi de réduire leur rôle.

Il nous faut conclure en répondant à la question : *Des lois du pays pour quoi faire ?*

la priorité dans le but de « favoriser la compétitivité des entreprises par la relance du dialogue social », www.gouv.nc. La conférence sociale du 21 décembre 2015 a confirmé sa relance par une mention de cette réforme dans l'agenda social partagé 2016-2017.

507 Mais aussi de s'affranchir de la récente loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi ; www.legifrance.gouv.fr.

508 S'agissant du thème de la place respective de la loi et du contrat, certaines modalités du rôle dévolu à la négociation collective sont envisagées par le rapport Hadas-Lebel ou encore par le rapport Combrexelle. *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Raphaël Hadas-Lebel, Rapport au Premier ministre, mai 2006, p. 39, www.ladocumentationfrançaise.fr, Jean-Denis Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, septembre 2015, www.gouvernement.fr.

509 Le rapport de mission d'appui au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie élaboré par Marc Biehler intitulé *Fluidifier, animer, équiper : éléments de stratégie pour l'emploi* propose par exemple une piste d'évolution qui consiste à « promouvoir une sous-traitance porteuse de sécurités adéquates par la négociation de filière (donneurs d'ordres et preneurs d'ordre, salariés, travailleurs indépendants) ». Marc Biehler, Rapport de mission, *Fluidifier, animer, équiper : éléments de stratégie pour l'emploi*, avril 2014, p. 37 et s. Le rapport intégral ainsi que sa synthèse sont téléchargeables sur le site www.gouv.nc.

En matière de relations collectives, la production législative a permis la structuration des acteurs du dialogue social et de leurs rôles mais aussi l'organisation de la régulation des relations sociales calédoniennes. Et ceci ne devrait être qu'un début.

L'essence même des termes « lois-du-pays » n'est-elle pas de constituer une source qui permette au droit du travail calédonien de se construire en prenant en compte à la fois les spécificités économiques et sociales locales ainsi que le point de vue des acteurs ?

À moyen ou plus long terme, la piste la plus prometteuse est de repenser la complémentarité entre la loi et la négociation collective.

Mais nul partage de pouvoir ne se conçoit sans partage de responsabilité.

DES DOMAINES EN SOUFFRANCE

La loi du Pays et la Coutume

Thierry XOZAME

*Doctorant en droit à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne
Secrétaire général du conseil coutumier Drubea-Kapumë
Président de l'Association Case Juridique Kanak (ACJK)*

« Une loi doit avant tout être une loi juste. La politique moderne fait de la loi un fétiche simplement parce que c'est la loi. ». (Mohandas Karamchand Gandhi 1868 – 1948).

La loi du Pays, créée par l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 et instaurée par l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie⁵¹⁰, ne porterait pas si bien son nom, si le législateur calédonien occultait toute la dimension que recèle la deuxième partie de l'expression de la loi : le « Pays ».

Ce Pays, dont chacun possède sa propre vision de l'avenir statutaire, mais dans lequel toute personne généralement de passage ou qui s'attache à la Nouvelle-Calédonie, loue les beautés paysagères, apprécie sa diversité pluriculturelle dans ses appartenances de vie et de ses pratiques communautaires, signe d'un humanisme original, magnifié par la devise au fronton du bâtiment du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie « Terre de parole, terre de partage ».

Une terre de parole, où la parole cérémonielle kanak, attachée au lien à la terre, imprime ses faits et gestes dans l'espace-temps et dispose ainsi de son organisation sociale, de son art de vivre en communauté, exprimé à travers : la Coutume.

Il en serait ainsi, dans le meilleur des mondes, si le droit institutionnel légitimé traduisait aussi justement et de manière équilibrée, le mode de vie et les aspirations des pratiques du peuple kanak, à travers ses propres organes délibératif et exécutif.

Or, force est de constater qu'il existe depuis 15 ans, une seule loi du Pays relative à la Coutume, c'est la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers⁵¹¹.

Censée régir les actes coutumiers de la vie civile des personnes de statut coutumier, ladite loi est aujourd'hui exposée à des situations complexes de la vie moderne en matière de vie familiale monoparentale, de succession des biens couplés entre règles de droit commun et de droit coutumier ou encore des conséquences d'une dissolution de mariage simplement en matière de garde d'enfant. Ainsi, demanderait-elle à l'avenir un formalisme plus abouti, pour garantir le respect des consentements des personnes concernées par l'acte coutumier. Toutefois, la loi du pays de 2007 relative à l'acte coutumier est essentielle, si ce n'est fondatrice du droit coutumier kanak. Elle met en lien les autorités coutumières, les conseils coutumiers et les officiers publics

510 La loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JONC*, 24 mars 1999, p. 1182.

511 La loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers, *JONC* du 30 janvier 2007, p. 647.

coutumiers. Les articles 1, 2, 5 de la loi du pays précitée⁵¹² traduisent le cheminement du palabre à la décision coutumière sous l'égide des autorités coutumières, laquelle décision est retranscrite en acte authentique par les officiers publics coutumiers.

En effet, la parole coutumière, le verbe, à la base du palabre joue un rôle déterminant dans le processus des étapes du palabre car organisée en discussion selon les *us* et coutumes kanak des huit aires coutumières⁵¹³, cette discussion aboutit sur une décision coutumière, concertée entre les autorités coutumières concernées par l'acte coutumier. La finalisation de la décision coutumière en acte coutumier par la transcription de l'officier public coutumier garantit la preuve de la décision, et donc la sécurité juridique de l'acte. Il est certain qu'en des domaines du droit privé les plus variés : mariage, dissolution du mariage, ouverture de la succession, changement de nom, adoption, construction individuelle, projet économique de construction ou d'exploitation, bail, contrat et autres (cf. formulaire de l'acte coutumier édité par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie), l'acte coutumier joue immanquablement un rôle de création et de pérennisation de la norme Coutume.

La première loi du pays relative à la Coutume joue ainsi un rôle fondateur, dans la pose de la première pierre législative, de la construction de l'édifice du droit coutumier, un tel édifice qui ne fait que refléter le mode de vie et l'organisation sociale kanak. Au contenu de la loi du pays, il est fortement envisageable à l'avenir, de les consolider en faisant référence au socle commun des valeurs et des principes fondamentaux de la civilisation kanak, communément désigné « Charte du peuple kanak ».

Fruit d'un travail mené par les conseils coutumiers et le sénat coutumier et proclamé le 26 avril 2014 par l'assemblée du peuple kanak à Ko We Kara⁵¹⁴, la Charte résume l'ensemble des valeurs kanak et des principes fondamentaux qui gouvernent ses *us* et coutumes. Quand bien même la Charte ne dispose pour le moment que d'une

512 Article 1 : « Le palabre est une discussion organisée selon les usages de la coutume kanak, à l'issue de laquelle une décision coutumière est adoptée. Cette décision peut être transcrite dans le cadre d'un acte coutumier. ». Article 2 : « La tenue d'un palabre est libre. Il se tient sous l'autorité du chef de clan, du chef de la tribu ou du grand chef, à défaut, du président du conseil des chefs de clans.

Un registre de ces autorités coutumières est instauré pour chaque aire coutumière auprès des conseils coutumiers respectifs qui en assurent la tenue. ». Article 5 : « Lorsqu'un acte coutumier est sollicité par une personne physique ou morale, ou requis aux termes des textes en vigueur en Nouvelle-Calédonie, l'autorité coutumière saisie d'une telle demande doit l'adresser à l'officier public coutumier compétent.

La demande porte les mentions obligatoires suivantes :

- l'identité, l'adresse et le domicile du demandeur,
- L'objet du palabre (un dossier sera communiqué selon le cas),
- l'identité, l'adresse et le domicile des personnes concernées par le palabre. ».

513 Article 1^{er} § 9 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : « Les aires coutumières de la Nouvelle-Calédonie sont : *Hoot Ma Whaap, Paicf-Cèmuhi, Ajië Aro, Xârâciù, Drubea-Kapumë, Nengone, Drehu, Iaai* ».

514 Article 20 § 1 de la délibération du sénat coutumier n° 29/DL du 28 juillet 2000 portant règlement intérieur du sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, *JONC*, 31 décembre 2015, p. 12403 : « L'assemblée du peuple kanak telle que stipulée dans la Charte du Peuple kanak fixant le socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation kanak, composée des grands chefs, des chefs, des présidents des conseils de district, des présidents des conseils des chefs de clan, se réunit chaque année, un jour calendaire avant la fête culturelle de l'igname nouvelle. ».

valeur déclarative⁵¹⁵, elle éclaire au préalable toute construction juridique normative en établissant clairement les principes fondamentaux de la civilisation kanak, et pour n'en citer que les cinq premiers parmi les 18 principes : 1- La Vie, 2- Le Nom, 3- La Parole, 4- Le lien à la terre, 5- Le discours coutumier.

Le contenu futur de la loi du Pays relative aux dispositions de la coutume peut tendre dans cette direction. Il n'est qu'à constater les prémices du préambule de la proposition de la loi du pays relative aux successions coutumières kanak⁵¹⁶ initiée par les conseils coutumiers et le sénat coutumier :

« La société kanak, fondée sur une culture ancestrale et patriarcale, reconnaît également la prééminence du lien matrilineaire et la place des oncles utérins dans les événements touchant un membre du clan.

La mort ouvre au défunt le chemin des ancêtres par lesquels les vivants existent et s'identifient. Ainsi, la mort n'est pas une fin, mais un perpétuel recommencement. Les ignames offertes aux oncles utérins à la levée de deuil, scellent la continuité des échanges ; l'igname nourrit les vivants et le sang des morts nourrit l'igname qui s'épanouit dans la terre bienfaitrice.

Le rôle culturel de la femme est essentiel. Du don de sang à l'oncle utérin, la femme est détentrice du lien entre les clans et les chefferies. Son statut et ses droits doivent être protégés par la présente loi du pays, laquelle rappelle les principes et valeurs qui doivent gouverner tous les aspects de la mort en milieu coutumier kanak.

Le palabre, est l'espace central d'expression, d'écoute et de respect. Il doit favoriser le déroulement harmonieux de "l'après-mort". ».

En s'obligeant à rester fidèle à la Parole d'hier, d'aujourd'hui et de demain, les autorités, les institutions coutumières et le sénat coutumier ont décidé de rédiger la présente loi du pays relative aux successions coutumières kanak. ».

Alors, si depuis 15 ans, une seule loi du Pays relative à la Coutume a été adoptée, elle n'en demeure pas moins la loi du Pays la plus importante que le législateur calédonien ait posé : la fondation législative du droit coutumier kanak.

À cette unique loi du pays consacrée à l'acte coutumier, elle pose l'unité du corpus coutumier et prépare à des évolutions résolument optimistes portées par les valeurs de la Charte du peuple kanak. Pour mémoire, trois propositions de lois du pays attendent d'être débattues devant les instances du congrès et du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie : la modification de la loi du Pays sur les actes coutumiers de 2007, la succession coutumière kanak et la protection des savoirs traditionnels.

En épilogue, s'il nous fallait une dernière parole d'un noble Vieux Kanak pour traduire la relation entre « La loi du Pays et la Coutume », il est dit que « le Pays,

515 Délibération n° 06-2014/SC du 15 juillet 2014 constatant la proclamation et portant adoption de la charte du peuple kanak fixant le socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation kanak, *JONC* du 5 août 2014, p. 6815.

516 Délibération n° 08-2015/SC du 2 juillet 2015 portant proposition de la loi du pays relative aux successions coutumières kanak, *JONC*, p. 6851.

c'est aussi la Coutume » et la loi du pays se doit également de refléter la Parole de la Coutume »⁵¹⁷.

La loi dite loi du Pays retrouverait ainsi de sa justesse, de son équilibre et de son authenticité au sein du corpus législatif calédonien, dans la vision d'une nouvelle société et un Pays en devenir.

517 Parole de l'ancien président du conseil coutumier Drubea-Kapumë, M. Vincent Kamodji, lors de l'assemblée générale du Pays Drubea-Kapumë en avril 2011, Interview dans les Nouvelles-Calédoniennes du 18 avril 2011, p. 11 : « Chez nous, il n'y a qu'une seule route, c'est la Coutume ».

Lois du pays en matière de santé publique : une compétence à conquérir

Guyène NICOLAS

*Maître de conférences de droit public, HDR,
Aix-Marseille Université, Centre de droit de la santé
(UMR 7268 ADES, AMU/EFS/CNRS)*

La santé fait partie des premières compétences transférées à la Nouvelle-Calédonie. La loi-cadre, dite loi Deferre, du 23 juin 1956⁵¹⁸ a apporté à la Nouvelle-Calédonie son autonomie initiale en confiant à l'assemblée locale un pouvoir réglementaire⁵¹⁹. Le décret n° 57-811 du 22 juillet 1957⁵²⁰ établit dans son article 40 que « l'assemblée prend des délibérations portant réglementation territoriale dans [...] 23^o) Hygiène et santé publique, thermalisme ». À ce domaine central de compétence, s'ajoutent d'autres matières ayant une incidence sur la protection de la santé comme, au 11. - régime des eaux non maritimes, protection des sols, protection de la nature et des végétaux, lutte phytosanitaire ou au 12. - lutte contre les épizooties ou encore au 33. - sécurité sociale. Ce domaine de compétence n'a cessé de se renforcer depuis, au fil de l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie. En vertu de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, le pays est compétent dans les matières de : 4. - protection sociale, hygiène publique et santé, contrôle sanitaire aux frontières ; 22. - réglementation zoosanitaire et phytosanitaire ; 24. - établissements hospitaliers. Toutefois, si le domaine de compétence est vaste, le périmètre confié au législateur est, lui, très restreint puisque l'article 99 de la loi organique ne confie à la loi du pays que les principes fondamentaux du droit de la sécurité sociale⁵²¹.

Ainsi, la santé publique calédonienne est marquée par deux constats. Le premier constat s'apparente à un paradoxe. La première loi du pays concerne la santé alors que la santé n'est pas du domaine de la loi du pays ! Si la compétence est conquise depuis 1957, il ne s'agit pas d'un domaine confié au législateur. Toutefois, la santé publique est d'une définition telle⁵²² qu'elle irradie une grande partie du droit

518 Loi n° 56-619 du 23 juin 1956 autorisant le gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à prendre les mesures propres à assurer l'évolution des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer, *JORF*, 24 juin 1956, p. 5782.

519 Pour un développement historique sur ce point, voir Antoine Leca et Bernard Gille, *Histoire des institutions de l'Océanie française*, Paris, L'Harmattan, Mondes océaniques, p. 171.

520 Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 portant institution d'un conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie, *JORF*, 23 juillet 1957, p. 7252.

521 Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, 21 mars 1999, p. 4197.

522 Nous nous contenterons ici de rappeler la définition de la santé publique donnée par l'OMS en 1988 : « un concept social et politique qui vise une amélioration de la santé, une grande longévité, un accroissement

positif. Dès lors, on trouve six lois du pays contenant le terme de santé dans leur titre. Elles ne concernent pas strictement la santé publique mais correspondent à des lois de prise en charge du coût de la santé ou la protection de la santé dans des domaines spécifiques. Quatre d'entre elles traitent du financement de la santé par la protection sociale ou les conventions ou les mesures fiscales⁵²³ et deux de la santé dans des domaines spécifiques du travail et de l'école⁵²⁴. Ces six lois correspondent aux intersections des domaines de compétence des lois du pays et de la protection de la santé. Ce premier constat peut être approfondi. On trouve alors une loi dans le domaine du contrôle sanitaire et deux lois sur le handicap. Elles permettent d'illustrer la pénétration du droit de la santé publique dans de nombreuses lois du pays sans en être l'objet direct. À ce premier constat s'ajoute un second qui souligne, lui, une évidence. Dans le vaste domaine du droit de la santé publique, le droit calédonien ne manque pas de textes. Il existe une large variété de délibérations et d'arrêtés intéressant les professions médicales (statut du cadre de santé ou des praticiens hospitaliers, médecins par exemple), les professions de la pharmacie (ordre des pharmaciens, code de déontologie des pharmaciens, corps des pharmaciens), les professions paramédicales (infirmiers, ambulanciers, diététiciens...), le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain, les maladies professionnelles, la prise en charge des frais médicaux, l'hygiène municipale, l'interruption volontaire de grossesse, les médicaments génétiques⁵²⁵... Le droit calédonien de la santé publique se révèle donc être principalement un droit réglementaire par le cantonnement imposé par le législateur organique national.

De fait, il est intéressant de s'arrêter sur ce choix normatif dans le contexte de l'évolution des textes nationaux où l'État a réaffirmé sa responsabilité première

de la qualité de toutes les populations par le biais de la promotion de la santé, de la prévention des maladies ainsi que par d'autres interventions afférentes à la santé ». Surtout, nous renvoyons à François Bourdillon, Gilles Brücker et Didier Tabuteau (dir.), *Traité de santé publique*, Paris, Médecine Science Flammarion, 2^e éd., 2007, p. 1.

523 Nous sommes ici au cœur de la compétence de la loi du pays en vertu de l'article 99 de la loi organique : la première donc : loi du pays n° 99-001 du 19 octobre 1999 relative au dispositif conventionnel entre certains professionnels de santé et les organismes de protection sociale de la Nouvelle-Calédonie, *JONC*, 9 novembre 1999, p. 5896 ; loi du pays n° 2001-012 du 7 novembre 2001 relative au dispositif conventionnel entre certains professionnels de santé et les organismes de protection sociale, *JONC*, 8 novembre 2001, p. 5719 ; loi du pays n° 2010-8 du 8 juillet 2010 relative au dispositif conventionnel de maîtrise médicalisée des dépenses de santé et portant diverses mesures d'ordre social, *JONC*, 15 juillet 2010, p. 6183 ; loi du pays n° 2014-18 du 31 décembre 2014 instaurant un régime fiscal spécifique en faveur des mutations de jouissance bénéficiant aux établissements de santé d'intérêt territorial, modifiant le champ d'application de la taxe communale d'aménagement et portant diverses dispositions d'ordre fiscal, *JONC*, 31 décembre 2014, p. 12956.

524 Loi du pays n° 2009-7 du 19 octobre 2009 relative à la santé et la sécurité au travail et modifiant le Code du travail de Nouvelle-Calédonie, *JONC*, 27 octobre 2009, p. 8724 ; loi du pays n° 2009-9 du 28 décembre 2009 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière d'enseignement du second degré public et privé, l'enseignement primaire privé et de santé scolaire, *JONC*, 15 janvier 2010, p. 261.

525 Nous ne donnerons pas ici les références des textes concernés mais renvoyons à la base de données juridoc et plus spécifiquement à l'onglet « textes consolidés » dans la rubrique « Le Droit », l'ensemble de la nomenclature citée s'y retrouve avec tous les textes en question.

dans le domaine de la santé publique depuis 2004⁵²⁶ et où la dernière loi de santé publique⁵²⁷, comme les précédentes, apporte au pouvoir réglementaire la légitimité des arbitrages contraignants établis au profit de la santé publique⁵²⁸ (A). Les quelques lois du pays touchant la santé publique sont l'objet de deux empreintes, le financement de la protection de la santé, d'une part, et l'emprise idéologique de la métropole, d'autre part. Sur ce dernier point, les lois en faveur des personnes en situation de handicap sont révélatrices d'une reproduction évidente (B).

A. L'absence de lois du pays en matière de santé publique au profit des délibérations

La Nouvelle-Calédonie ne connaît pas, à l'heure actuelle, de code de la santé publique qui lui soit propre⁵²⁹. Depuis 1957, la Nouvelle-Calédonie bénéficie dans ce domaine de la spécificité législative qui lui permet d'adapter la législation à ses particularismes locaux. Ainsi, le premier code de la santé publique français de 1953 ne s'est que très partiellement appliqué à la Nouvelle-Calédonie⁵³⁰. Cette situation a généré un certain nombre d'anachronismes mais aussi des lacunes pouvant être préjudiciables aux droits des malades du fait de la transposition partielle des dernières lois nationales depuis 2002⁵³¹.

Le droit de la santé publique calédonien, comme bien d'autres matières, fait donc l'objet de plusieurs partages de compétence : entre l'État et la Nouvelle-Calédonie, entre le pouvoir législatif et réglementaire local, entre les différentes institutions du pays. Mais, s'agissant d'une compétence transférée depuis si longtemps, on pouvait espérer une partition claire et franche en faveur de la Nouvelle-Calédonie. Or, il n'en est rien⁵³². La répartition transversale du droit de la santé fait perdurer une compétence de l'État souverain qui complexifie encore les sources normatives de la

526 Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *JORF*, 11 août 2004, p. 14277.

527 Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JORF*, 27 janvier 2016.

528 On pensera sur ce point à l'obligation du paquet neutre de cigarettes que le Conseil constitutionnel n'a pas jugé attentatoire à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété ou au tiers payant, validé lui aussi par la Haute instance, contrairement à la volonté des auteurs de la saisine qui y voyaient une limitation disproportionnée de la liberté d'entreprendre des professionnels de santé, voir les considérants 21 et 50 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *JORF*, 27 janvier 2016.

529 Les travaux de codification sont en cours.

530 Jean-Philippe Vauthier souligne ainsi qu'un rapport de 2002 sur la santé mentale en Nouvelle-Calédonie regrettait que le seul texte applicable en la matière soit le décret du 30 décembre 1936 qui avait été pris pour l'application de la vieille loi de 1838 sur les aliénés en Nouvelle-Calédonie, voir « Les avatars de l'application du Code de la santé publique en Nouvelle-Calédonie », in *Le droit de la santé en Nouvelle-Calédonie : de la médecine traditionnelle à la bioéthique*, Nouméa, PUNC, à paraître en 2016.

531 Le dispositif permettant aux victimes d'un accident iatrogène, d'une infection nosocomiale ou d'un accident médical de bénéficier d'une indemnisation allouée par la solidarité nationale en l'absence de faute par le prisme des commissions de conciliation et d'indemnisation ne peut bénéficier aux Calédoniens que si ces derniers se font soigner sur le sol métropolitain, voir la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé, *JORF*, 5 mars 2002, p. 4118.

532 Ce qui conduit certains auteurs à écrire : « le droit médical en Nouvelle-Calédonie est une matière d'appréhension délicate. Cela s'explique par l'absence sur le territoire d'un véritable code de la santé publique et par l'extrême difficulté à laquelle on se heurte pour inventorier les textes applicables », Guy

matière. Un rapport au Président de la République de 2000 à l'occasion de la refonte du code de la santé publique synthétise parfaitement cette situation :

« Les dispositions applicables à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française ont été regroupées, dès lors que, pour l'une et pour l'autre, la santé publique relève de la compétence des autorités locales. C'est pourquoi ces textes n'ont pas à figurer dans le présent code, mais éventuellement dans un code de la santé local.

En revanche, les lois de souveraineté, celles relatives à l'état des personnes et les dispositions relatives aux juridictions continuent à relever de la compétence de l'État. Ces dispositions, même lorsqu'elles touchent le champ de la santé publique, se retrouvent donc dans le code, dans les titres réservés à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française. Tel est le cas aujourd'hui des dispositions relatives aux organes, tissus, cellules et produits du corps humain pour la seule Nouvelle-Calédonie (ordonnance n° 98-773 du 2 septembre 1998) ou de celles relatives aux chambres disciplinaires de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et des pharmaciens (ordonnance n° 2000-190 du 2 mars 2000). Cette dernière ordonnance opère un partage délicat entre l'activité juridictionnelle et l'activité administrative des ordres ».

L'exemple de l'interruption volontaire de grossesse permet d'apporter un éclairage intéressant de l'articulation des textes et de leur compétence. D'abord, on rappellera que malgré le transfert du droit civil à la Nouvelle-Calédonie⁵³³, l'article 16 du Code civil⁵³⁴ continue à s'y appliquer⁵³⁵. L'article L. 2212-1 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 juillet 2001⁵³⁶, a été rendu applicable en Nouvelle-Calédonie. Il dispose du principe selon lequel : « la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse. ». La loi du 26 janvier 2016 sur la modernisation de notre système de santé a fait disparaître la mention de l'état de détresse mais il faudra attendre, dans un délai de 18 mois en vertu de l'article 223 de la loi, que le gouvernement national prenne une ordonnance pour adapter le texte à la situation calédonienne. Ensuite, en vertu de la délibération n° 185 du 9 janvier 2012 relative à l'interruption volontaire de

Agniel, Antoine Leca, Gérard Orfila (dir.), *Le droit médical en Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, CDPNC, Collection Université 2005, p. 7.

533 Loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de droit civil, de règles concernant l'état civil et de droit commercial, *JONC*, 26 janvier 2012, p. 571.

534 Article 16 du Code civil reproduit dans l'article L. 2211-1 du CSP : « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie. ».

535 En application du point 1^o- I de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, sont à exclure du transfert les règles qui portent sur la nationalité et celles qui garantissent les libertés publiques au rang desquelles figurent notamment les principes relevant du régime juridique du respect du corps humain tels que fixés aux chapitres II et III du titre I^{er} du Code civil.

536 Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JORF*, 7 juillet 2001, p. 10823.

grossesse et au diagnostic prénatal⁵³⁷, le congrès de la Nouvelle-Calédonie a organisé la prise en charge de ce soin dans le pays puisque la compétence des établissements hospitaliers ressort de sa compétence, comme la santé. L'article 1^{er} de la délibération établit ainsi que « le présent titre organise la prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse afin d'assurer l'accompagnement et l'information de la femme, la sécurité médicale et la prévention des recours ultérieurs à l'interruption volontaire de grossesse. ».

Ainsi, on constate que le rôle de la Nouvelle-Calédonie se limite à l'organisation matérielle d'une activité médicale. Ce n'est pas surprenant, c'est même une généralité dès lors que la compétence calédonienne reste subordonnée à la compétence de l'État. Mais, parce que la santé touche à l'intime, on peut être marqué que les arbitrages éthiques restent tranchés par la loi nationale. Si la légitimité de l'emprise étatique se fonde sur l'harmonisation de l'état des personnes, elle limite considérablement le partage de souveraineté et borne irrémédiablement l'intérêt du transfert du droit civil. La protection de la santé, compétence non régalienne, est finalement un symbole de la souveraineté nationale. On trouve là, sans conteste, l'explication de l'absence de compétence législative de la Nouvelle-Calédonie dans le domaine de la santé. Le transfert ancien de la matière est dû à l'éloignement du pays qui est touché par des maladies spécifiques qui ne concernent que très partiellement la métropole, comme c'est le cas de la dengue⁵³⁸. On ajoutera que, comme pour les autres possessions françaises outre-mer, la spécificité de l'organisation du système sanitaire doit s'adapter à la particularité géographique de l'île (morcellement insulaire, accessibilité de la brousse, éloignement des centres hospitaliers...) qui rend nécessaire une gestion locale. Elle ne diffère pas de la logique de la régionalisation de la planification sanitaire de métropole⁵³⁹. Le transfert de la police sanitaire est du même ordre, à plus de 20 000 km, il est confortable pour l'État de se dessaisir de la gestion des épidémies comme des épizooties, même si le Haut-commissariat garde une part résiduelle de compétence⁵⁴⁰. Nous ne reviendrons pas sur le transfert du coût, étroitement liée au droit du travail, dont l'État s'est rapidement déchargé pour la confier au législateur calédonien. Pourtant, sans compétence législative sanitaire locale, l'État maintient l'unité nationale. Sur le fondement de la préservation de l'égal accès à la protection de la santé de la population française, le droit calédonien reste sous l'autorité des arbitrages nationaux.

Cette subordination, contestable dans la logique d'autonomie instaurée depuis 1998, génère des incohérences d'application du droit de la santé en Nouvelle-Calédonie.

537 JONC, 9 janvier 2012, p. 111. Ce texte a deux arrêtés d'application dont l'un concerne l'IVG : Arrêté n° 2012-275/GNC du 7 février 2012 fixant le modèle de la fiche de déclaration d'interruption volontaire de grossesse, JONC, 16 février 2012, p. 1236.

538 Cette remarque étant de moins en moins vraie avec l'arrivée du moustique *aedes aegypti*, principal vecteur de la dengue, du chikungunya ou du zika, dans le sud de la France.

539 Même s'il s'agit de déconcentration plus que de décentralisation, le rôle second de la région, après l'État, est réaffirmé par chaque loi de santé publique depuis 2004. Le rôle des agences régionales de santé de la loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (HPST) de 2009 a renforcé l'impact de la gestion locale de la santé (loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF, 22 juillet 2009, p. 12184).

540 Notamment dans le cas du maintien de l'ordre dans le cas où les menaces sanitaires le remettent en cause.

Le respect des droits des malades en fin de vie donne un exemple récent des effets pervers des transferts partiels de compétence dans le domaine sanitaire. La loi du 2 février 2016⁵⁴¹ est, en vertu de son article 13, applicable à la Nouvelle-Calédonie. Mais, la formation des professionnels de santé ressortant de la compétence calédonienne, l'article 1^{er} II ne s'y applique pas. La Nouvelle-Calédonie hérite alors d'une loi amputée de l'obligation de formation initiale et continue sur les soins palliatifs, alors qu'il a été prouvé que l'échec de la première loi Leonetti de 2005 était dû à l'absence de connaissance de professionnels de santé⁵⁴². Il faut espérer que les pouvoirs publics calédoniens reprennent donc à leur compte cette évolution notable du texte. On peut en douter lorsque l'on constate que le code de déontologie des médecins calédoniens n'a pas suivi les évolutions législatives nationales, se trouvant, année après année de plus en plus en décalage avec l'esprit des lois nationales s'appliquant en Nouvelle-Calédonie. Sur les droits des mourants, le code de déontologie médicale calédonien n'a jamais réformé la procédure collégiale nécessaire au respect des directives anticipées⁵⁴³. Il faut espérer que la pression de l'application de ce nouveau texte y contraigne l'ordre calédonien.

Dès lors, le domaine sanitaire permet de souligner que l'autonomie ne réside pas seulement dans le transfert de la compétence mais tient surtout à l'absence de subordination de la norme locale à la norme nationale donc à la reconnaissance de la compétence du législateur local. Carine David souligne que le domaine matériel de la loi du pays est imparfait.⁵⁴⁴ Elle explique que si la détermination du domaine de la loi du pays a été guidée par le principe d'un alignement sur l'article 34 de la Constitution, les dérogations liées à la prise en compte des spécificités locales reflètent une appréhension décalée des nécessités calédoniennes. Nous suivons l'auteur lorsqu'elle nomme, parmi « les compétences d'une importance fondamentale au niveau local »⁵⁴⁵, l'environnement et le tourisme mais nous permettons d'ajouter, au vu des développements précédents, la santé ! On ajoutera pour finir sur ce point que la santé, comme l'environnement, a été initialement dévolue aux provinces, ce qui explique les disparités⁵⁴⁶ tant d'organisation que de traitement allant à l'encontre de l'objectif national d'égalité⁵⁴⁷.

541 Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *JORF*, 3 février 2016.

542 Jean Leonetti, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi visant à renforcer les droits des patients en fin de vie*, Assemblée nationale, n° 970, 17 avril 2013.

543 L'article 37 du Code de déontologie médicale de métropole a été complété après la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie afin de tenir compte de l'obligation d'une décision collégiale pour mettre en application des directives anticipées du mourant. L'article 37 du Code de déontologie médicale des médecins calédoniens n'a lui pas été complété et à garder une version anachronique par rapport au renvoi que lui fait le Code de la santé publique.

544 Carine Gindre David, *Essai sur la loi du pays calédonienne, La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 241. Nous renvoyons aux brillants développements de l'auteur.

545 *Ibid.*, p. 245-246.

546 Voir pour développer sur ce point Jacqueline André-Cormier, *L'offre de santé dans les collectivités ultramarines*, Rapport du CESE de la RF, juillet 2009 :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000306.pdf>.

547 Toutefois, le régionalisme métropolitain est également source de disparités.

Cependant, nous l'avons dit, la santé est insidieuse parce que diffuse. Aussi retrouve-t-on l'expression du législateur calédonien dans des lois afférentes au droit de la santé publique. Toutefois, là encore, alors qu'il ne s'agit plus d'adapter la loi nationale, la marque de la législation nationale est indélébile.

B. Des lois du pays en matière de santé publique marquées par l'emprise de l'État

La « non compétence » législative calédonienne est contournée par l'étendue de la santé publique dans les domaines de compétence de la loi du pays en droit du travail, droit de l'éducation, droit des personnes... Ainsi, parmi les exemples les plus marquants, on retiendra ici les deux lois du pays au profit des personnes en situation de handicap. Quatre ans après la loi du 11 février 2005⁵⁴⁸, la Nouvelle-Calédonie a parfait son dispositif⁵⁴⁹ de prise en charge des personnes en situation de handicap par deux lois du pays.

La première, loi du pays n° 2009-1 du 7 janvier 2009, concerne l'emploi. Elle proscriit la discrimination à l'égard d'un salarié en raison d'un handicap et affirme que « l'emploi et le reclassement des personnes en situation de handicap constituent un élément de la politique de l'emploi en Nouvelle-Calédonie » (article Lp. 472-1 du code de travail de NC). On y trouve également le principe de l'obligation d'emploi similaire à celui existant en métropole : article Lp. 473-3 : « Tout employeur emploie, à temps plein ou à temps partiel, des [travailleurs handicapés], dans une proportion déterminée par délibération du congrès, en pourcentage de l'effectif total des salariés de l'entreprise. Ce pourcentage ne peut être inférieur à 2,5 % ni supérieur à 6 % ». Cette première loi est donc essentiellement une loi du droit du travail même si son objectif est l'emploi des travailleurs handicapés et définit, de fait, la solidarité calédonienne.

Néanmoins, sur ce dernier point, la seconde loi est plus intéressante, il s'agit de la loi du pays n° 2009-2 du 7 janvier 2009 portant création d'un régime d'aides en faveur des personnes en situation de handicap et des personnes en perte d'autonomie. En vertu de l'article 3 de la loi : « Est considérée comme personne en situation de handicap au titre de la présente loi du pays toute personne qui subit, dans son environnement, une limitation d'activité ou une restriction de sa participation à la vie en société, en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive, d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant, dont le taux d'incapacité est au moins égal à un pourcentage fixé par délibération du congrès et dont l'âge ne dépasse pas une limite fixée par délibération du congrès ». Cette définition est identique à celle de l'article L.114 du Code de l'action sociale et des familles de métropole⁵⁵⁰. L'on peut se réjouir que la Nouvelle-Calédonie ait suivi l'innovation de la loi nationale en définissant,

548 Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JORF*, 12 février 2005, p. 2353.

549 Pour une analyse plus complète du droit calédonien sur la prise en charge du handicap, voir Jean-Yves Faberon, « Le régime du handicap en Nouvelle-Calédonie », *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n° 15, 2010/1, p. 15-22.

550 On rappellera que le droit des personnes en situation de handicap se retrouve, au plan national, dans plusieurs codes parmi lesquels le Code de la santé publique.

pour la première fois, la situation de handicap. On y retrouve une position nationale selon laquelle le handicap doit s'appréhender comme une limitation de la capacité d'action liée à l'environnement, mettant en conformité le droit calédonien avec le droit international.⁵⁵¹ Toutefois, il est étonnant que, dans la société multiculturelle calédonienne, le législateur n'est pas saisi le prétexte de cette loi pour se démarquer de la conception nationale et imprimé à cette loi très symbolique une couleur calédonienne.

Ce reproche est récurrent dans le domaine sanitaire dont l'ensemble des mécanismes reste très proche de ceux connus en métropole. Le transfert du droit civil n'a donné, pour l'instant, aucune occasion de revenir sur le fonctionnement de la médecine en Nouvelle-Calédonie. Toutefois, la préparation d'une loi du pays sur la protection des savoirs traditionnels est en cours, elle devrait permettre de combler cette lacune dans le sens voulu par l'accord de Nouméa de protection et de valorisation des savoirs traditionnels kanak. Le droit de la santé publique pourrait alors bénéficier d'une loi du pays sur les savoirs traditionnels pour permettre de rendre plus compatible deux conceptions de la santé, la conception occidentale et la conception kanak.

En soignant le corps, l'esprit et le lien social, la médecine traditionnelle apporte des solutions aux maux que la médecine occidentale ne soigne pas. Ces deux conceptions de la maladie et du soin cohabitent sur le territoire calédonien sans que ne soit orchestrée une complémentarité entre les deux. Il arrive encore qu'un malade vienne à l'hôpital avec une pathologie incurable faute d'avoir eu recours à des soins adéquats ayant préféré se référer à l'art de son guérisseur⁵⁵². À l'inverse, un Européen infecté par la *ciguatera* cherchera à se procurer des décoctions traditionnelles face à l'impuissance de la médecine occidentale. Il faut admettre que cette articulation souhaitable est difficile à réaliser mais des travaux dans ce sens ont été initiés lors des assises de la santé de 2015. On peut ainsi espérer voir émerger, dans les années à venir, un véritable droit de la santé publique calédonien, dans l'attente de voir la matière confiée à la loi du pays.

551 La Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé définit le handicap comme un terme générique pour les déficiences, les limitations de l'activité et restrictions à la participation.

552 Christine Salomon-Nekirai raconte ainsi que « la découverte de la tuberculose, par exemple, lors d'un dépistage systématique n'implique pas que le patient – informé par le médecin – s'orientera vers le traitement antibiotique conseillé. L'annonce de la maladie peut occasionner des interrogations au sein de la famille pour savoir si un conflit social n'a pas été l'élément déclenchant de cette atteinte », « Médecine traditionnelle et représentations de la maladie », *Mwà Vée*, n° 6 « Le corps kanak », septembre 1994, p. 60.

Loi du pays et signes identitaires en Nouvelle-Calédonie

Guy AGNIEL†

Professeur des universités en droit public, Université de la Nouvelle-Calédonie

Lors de la conclusion de l'accord de Nouméa⁵⁵³, les rédacteurs du texte introduisirent quelques lignes relatives aux signes identitaires dont pourrait se doter la Nouvelle-Calédonie durant la période transitoire devant déboucher sur le scrutin d'autodétermination.

Il s'agit du point 1.5. de l'accord du 5 mai 1998 qui dispose que :

«Des signes identitaires du pays, nom, drapeau, hymne, devise, graphismes des billets de banque devront être recherchés en commun pour exprimer l'identité kanak et le futur partagé entre tous.

La loi constitutionnelle sur la Nouvelle-Calédonie prévoira la possibilité de changer ce nom, par « loi du pays » adoptée à la majorité qualifiée.

Une mention du nom du pays pourra être apposée sur les documents d'identité, comme signe de citoyenneté ».

Cette mention, qui de prime abord paraît assez anodine, constitue l'une des particularités notables⁵⁵⁴ de la loi organique de mars 1999⁵⁵⁵ en ce qu'elle autorise la Nouvelle-Calédonie, collectivité locale française au statut spécifique, à se doter de signes identitaires dont l'objectif est de permettre à cette dernière de « marquer sa personnalité aux côtés de l'emblème national et des signes de la République ». Cet accord politique a été traduit d'abord par l'article 5 de la loi organique⁵⁵⁶, précisé par l'article 99⁵⁵⁷ en ce qui concerne leur procédure d'adoption (par le biais d'une loi du pays, à la majorité qualifiée des 3/5^{èmes} des membres composant le congrès).

553 Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF* n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039.

554 Il ne s'agit pas pour autant d'une novation, puisque cette possibilité existait déjà dans le statut dont la Nouvelle-Calédonie avait été dotée en 1984, connu sous l'appellation « statut LEMOINE », *infra*.

555 Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* n°0068 du 21 mars 1999, p. 4197.

556 Article 5 : « La Nouvelle-Calédonie détermine librement les signes identitaires permettant de marquer sa personnalité aux côtés de l'emblème national et des signes de la République.

Elle peut décider de modifier son nom.

Ces décisions sont prises dans les conditions fixées au chapitre II du titre III et à la majorité des trois cinquièmes des membres du congrès ».

557 Article 99 : « Les délibérations par lesquelles le congrès adopte des dispositions portant sur les matières définies à l'alinéa suivant sont dénommées : "lois du pays".

Les lois du pays interviennent dans les matières suivantes correspondant aux compétences exercées par la Nouvelle-Calédonie ou à compter de la date de leur transfert par application de la présente loi :

1 ° Signes identitaires et nom mentionnés à l'article 5 [...] ».

Cette recherche des signes identitaires néo-calédoniens n'a abouti que partiellement aujourd'hui, après une période de maturation très longue. On constate ainsi une adoption très consensuelle de trois d'entre eux, contrastant avec l'opposition frontale que rencontrent les deux autres.

C'est à l'examen de l'adoption ou du rejet de ces signes que sera consacrée cette courte étude.

1. Les signes identitaires adoptés sans réticence

Il faut néanmoins expliciter rapidement cet intitulé : « sans réticence », dans ce cas de figure, n'est nullement synonyme d'enthousiasme. « Dans l'indifférence » serait d'ailleurs probablement plus adapté. Ainsi, alors même que la loi organique date de 1999, il faudra attendre le 11 avril 2007 pour que soit mis en place par le gouvernement local sous la présidence de Marie-Noëlle THEMEREAU, d'un Comité de pilotage sur les signes identitaires du pays (CPSIP). Pourquoi ce délai ? Probablement parce que l'homme fort politiquement sur le plan local, Jacques Lafleur, n'était pas franchement favorable à cette initiative et qu'il craignait que son électorat ne renâcle. Ce n'est qu'après sa mise à l'écart de la scène politique (par ses propres lieutenants !) l'idée prendra un peu de consistance, car le rôle de ce comité de pilotage consiste à définir les modalités et de servir de jury des concours lancés auprès des artistes locaux pour trois des cinq signes identitaires (l'hymne, la devise et le graphisme des billets de banque) et de débattre sur les deux autres signes (drapeau et nom du territoire), plus sensibles à établir. La prudence est donc toujours de mise dans le camp des partisans de la Nouvelle-Calédonie dans la France.

a) 1.1. Composition du comité de pilotage

Le CPSIP était dirigé par Déwé GORODEY, d'origine kanake et membre du gouvernement, chargée de la culture, de la condition féminine et de la citoyenneté. Outre cette dernière, il comprenait 28 membres représentant les différentes tendances politiques ou religieuses, les syndicats, la société civile et le monde associatif et répar-tis en cinq collèges.

Les représentants des tendances politiques

Le CSIP comprenait quatre représentants, à raison d'un pour chaque groupe politique constitué au Congrès :

- L'Avenir ensemble (parti anti-indépendantiste formé par des dissidents de plus ou moins longues dates du RPCR ou des opposants de longue date à ce dernier, au pouvoir depuis 2004, auquel appartient M-N. THEMEREAU) : ce sera d'abord Alain SONG, ancien syndicaliste, alors membre du gouvernement chargé de la Formation professionnelle, de l'Emploi et de la Fonction publique, à qui succédera en juillet 2007 Isabelle OHLEN, vice-présidente du Congrès, conseillère municipale de Nouméa et ancienne dirigeante d'une association « accordiste » (défendant l'application à la lettre de l'Accord de Nouméa et la définition d'un sentiment d'appartenance pluriethnique à un même pays passant par les signes et symboles), « Tous d'ici ».

- Le Rassemblement-UMP (nouveau nom depuis 2004 du RPCR, anti-indépendantiste) : Maurice PONGA, alors membre du gouvernement chargé de la Jeunesse et des Sports jusqu'en 2009, année où il est élu député européen.

- L'UNI-FLNKS (indépendantiste) : Jean-Pierre DJAIÏWE, vice-président de l'Assemblée de la Province Nord et chef de ce groupe au Congrès.

- L'Union Calédonienne (UC) parti indépendantiste, autre composante principale du FLNKS : Pascal NAOUNA, président de ce parti jusqu'en novembre 2007.

Les représentants du collège coutumier

Deux membres sont désignés en son sein par le Sénat coutumier :

- Jean-Guy M'BOUERI : sénateur pour l'Aire coutumière Xaracuu (pour le mandat 2005-2010) et à l'époque chargé de la présidence tournante du Sénat coutumier (jusqu'en août 2007).

- Julien BOANEMOI : sénateur pour l'Aire coutumière Ajië-Aro (pour le mandat 2005-2010) et futur président du Sénat coutumier (de 2009 à 2010).

Les représentants du collège des communautés

Il comprenait dix représentants d'associations ou amicales culturelles des huit communautés non mélanésiennes du Territoire :

- Communauté des descendants d'immigrés européens : Jean-Louis VEYRET, président de la Fondation des Pionniers qui est la principale association voulant rapprocher les « vieilles familles calédoniennes » descendant des « pionniers » et défendre leurs intérêts.

- Communauté wallisienne et futunienne : Aukusitino, dit « Tino », MANUOHALALO, président du petit parti communautaire baptisé « Mouvement des citoyens calédoniens ». Il s'agit d'une ancienne figure du RDO, parti regroupant les Wallisiens et Futuniens de Nouvelle-Calédonie favorables à l'indépendance et composante du FLNKS. Il fut membre du gouvernement de 2001 à 2002 chargé de la protection sociale et de la santé, puis a quitté le RDO et le FLNKS en 2002. Il s'est depuis rapproché des anti-indépendantistes par sa défense de la communauté wallisienne et futunienne du lotissement de l'Ave Maria qui s'est opposée violemment aux Kanaks de la tribu voisine de Saint-Louis entre 2001 et 2004. S'y ajoutent : Katoa TATEO et Mikaële « Michel » HEMA : président de l'Union océanienne (UO), mouvement politique historique des Wallisiens et Futuniens. Celui-ci a connu un certain succès électoral à la fin des années 1980 jusqu'à ce que ses éléments indépendantistes le quittent pour créer le RDO. L'UO se refuse à prendre parti sur la question de l'indépendance et veut faire le lien entre la communauté wallisienne et futunienne d'une part et les Kanaks d'autre part.

- Communauté polynésienne : Christian BOUGUES, responsable du Comité provincial sud de pétanque et jeu provençal et président du club Tuhaapae, proche du RPCR, puis du Rassemblement-UMP.

- Communauté vietnamienne : Jean-Martial KHAC, président de l'« Āi Hīri Viêt Nam », ou Amicale vietnamienne de Nouvelle-Calédonie.

- Communauté indonésienne : Thierry TIMAN, trésorier de l'Association indonésienne de Nouvelle-Calédonie et responsable du service financier de l'ADCK.

- Communauté afro-antillaise : Aristide GUEPPOID, Guadeloupéen d'origine et président du Comité afro-créoles. Il est proche de l'Avenir ensemble puis de Calédonie ensemble après 2008.

- Communauté vanuataise : Henri TOKIO, président du comité « Raconte-moi Santo » et membre de l'association Sanma, du nom d'une province du Vanuatu, regroupant des personnes originaires des îles d'Espiritu Santo et de Malo.

- Communauté chinoise : Sandra LEE, présidente de la Communauté chinoise de Nouvelle-Calédonie.

Le fait que la communauté d'européens immigrée n'ait qu'un seul représentant peut surprendre, tout comme le poids donné à la communauté wallisienne et futunienne, car cela ne représente en rien la composition de la population de la Nouvelle-Calédonie ; mais c'est probablement parce qu'il fallait tenter une représentation harmonieuse des communautés dans la totalité du comité de pilotage.

Les représentants du collège des forces vives.

Ce collège était constitué de sept délégués représentant les principales Églises établies en Nouvelle-Calédonie, des associations et des syndicats, ce qui amène à la répartition suivante :

- Église catholique : Père Rock APIKAOUA, vicaire général du diocèse et administrateur de la Cathédrale Saint-Joseph de Nouméa.

- Église évangélique en Nouvelle-Calédonie et aux îles Loyauté (protestante calviniste) : Pasteur Éric KASOVIMOIN, secrétaire général du Conseil exécutif de l'Église.

- Église évangélique libre : Pasteur Abel BOATATE, pasteur de la paroisse de Nouméa.

- Comité 150 ans après (association formée en 2003 à l'occasion du 150^e anniversaire de la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie par la France en 1853, et qui s'est fixé pour but de réfléchir sur la manière de transformer le jour férié annuel du 24 septembre, qui commémore cet événement, d'une fête célébrée essentiellement par les anti-indépendantistes en une célébration plus générale et plus consensuelle) : Adèle BUAMA, membre de l'association, ancienne conseillère pédagogique et spécialiste de la coutume, du rôle des femmes en son sein et de son adaptation à la modernité.

- Ligue des droits de l'homme de Nouvelle-Calédonie (LDH-NC) : Élie POIGOUNE, président fondateur de la LDH-NC, enseignant indépendantiste. Il fut le fondateur en 1971 du « Groupe 1878 », l'un des tout premiers mouvements de lutte pour l'indépendance avec les « Foulards rouges » de Nidoish NAISSÉLINE. Il a par la suite adopté une position nettement plus modérée, mais reste membre du FLNKS et de l'UC.

- USTKE (syndicat clairement indépendantiste) : Alain BOEWA, 1^{er} vice-président du syndicat.

- USOENC (premier syndicat en nombre d'adhérents, moins marqué politiquement que l'USTKE et lié à la CFDT par un contrat de coopération, surtout présent dans le secteur privé et tout particulièrement de la mine) : Didier GUENANT-JEANSON, secrétaire général du syndicat.

1.1.5. Les représentants du collège des « experts »

Le comité comprenait cinq chercheurs, artistes ou intellectuels servant de conseillers techniques ; on y trouve :

- Deux historiens : Louis-José BARBANÇON, spécialiste de l'histoire de la colonisation pénale, engagé en politique en tant qu'« accordiste » aux côtés de Jean-Raymond POSTIC et Christiane TERRIER, spécialiste pour sa part de l'histoire de la colonisation libre, et tout particulièrement, de celle organisée par le gouverneur Paul FEILLET à la fin du XIX^e siècle.

- Un artiste, René BOUTIN, artiste plasticien contemporain.

- Un musicien, Édouard WAMAI, mieux connu sous son nom d'artiste « EDOU », chanteur et musicien de kaneka, originaire de Lifou.

- Un chargé de la communication, Jean-Raymond POSTIC, homme politique. C'est le principal représentant du mouvement « accordiste » depuis les années 1990. Président de l'association « Génération destin commun » et du mouvement politique Calédonie mon pays, il est conseiller municipal de Nouméa de 1995 à 2008 et plusieurs fois candidats aux élections législatives ou provinciales, sans jamais être élu.

Cette énumération peut avoir paru fastidieuse. Mais elle nous a semblé nécessaire, dans la mesure où elle montre combien le gouvernement local a cherché à associer le maximum de personnes à cette recherche des signes identitaires pour ne pas encourir la critique d'une approche trop réductrice des forces de proposition susceptibles d'être intéressées.

Mais le résultat ne fut pas à la hauteur de ses espérances : ce comité ne donna son aval qu'à deux signes identitaires, qui furent acceptés dans une grande indifférence par la population.

b) Chronologie de l'adoption des signes identitaires

Comme nous l'avons indiqué en introduction, seuls les trois premiers signes : l'hymne, la devise, et le graphisme des nouveaux billets de banque ont été adoptés, après que la procédure de recherche de ces signes ait débuté six mois après la mise en place du comité de pilotage. Cette adoption fut assez rapide :

- Le 30 octobre 2007 est lancé le concours d'artistes pour ces trois signes.

- La date limite du dépôt des œuvres candidates au concours pour les trois signes est fixée au 29 février 2008.

- Le jury du concours, c'est-à-dire le Comité de pilotage, se réunit les 2 et 10 avril 2008 pour choisir les lauréats. Il désigne alors :

- La chorale d'enfants Mélodia pour son hymne « *Soyons unis, devenons frères* ».

- Le géographe culturel Jean-Brice HERRENSCHMIDT pour sa devise « *Terre de parole, Terre de partage* » ainsi que plusieurs propositions concernant la graphie des billets de banque, le choix des billets devant notamment être affiné en fonction de considérations techniques par l'Institut d'émission d'outre-mer.

Cependant, à la demande du jury, l'arrangement initial de la proposition d'hymne, réalisé par le directeur artistique de la chorale Mélodie Philippe MILLOT,

sera remanié et une harmonisation est écrite par le chef de cœur (d'origine bulgare) du Conservatoire de musique de Nouvelle-Calédonie, Plamen TZONTCHEV. Une traduction du refrain en nengone (langue kanake de Maré) est réalisée par Édouard WAMEDJO (dit *Gulaan*), leader, chanteur et guitariste du groupe de kaneka⁵⁵⁸ OK Rios. Deux phrases du deuxième couplet sont retravaillées. Ces modifications sont réalisées avec l'accord des auteurs.

- Le 26 juin 2008, le gouvernement d'Harold Martin valide par arrêté les lauréats du concours des trois premiers signes choisis par le Comité de pilotage. Le même jour, les propositions de signes sélectionnées sont pour la première fois présentées aux médias. Le projet de loi de pays est rédigé, et le processus de validation institutionnel est lancé.

- Le 29 août 2008, les projets d'hymne et de devise sont approuvés par le Conseil économique et social local, mais la modification de la graphie des billets est considérée prématurée et coûteuse⁵⁵⁹.

- Le 21 octobre 2008, le projet de loi de pays sur les trois signes reçoit l'agrément du Conseil d'État.

- Le 8 janvier 2009 est mise en place une « commission spéciale pour procéder à l'examen du projet de loi du pays relatif à trois signes identitaires » au Congrès. Elle est composée de onze membres représentant les différents groupes de cette assemblée.

- Le 28 juillet 2010, la partition définitive (donnant l'air de l'hymne pouvant être joué par les orchestres internationaux dans le monde entier), produite par le Conservatoire militaire de musique qui a apporté certaines retouches techniques à la partition initiale, est à son tour présentée. Elle est jointe en annexe au projet de loi du pays. Le même jour, la Commission spéciale des signes identitaires du Congrès de la Nouvelle-Calédonie adopte à l'unanimité ce dernier, et donc l'hymne, cela même si des réserves sont émises par certains élus quant aux paroles⁵⁶⁰. Le président de la Commission, Jean-Pierre DJAÏWE, rappela à cette occasion que « *des modifications pourront dans le temps être effectuées par le gouvernement* » à ce sujet.

- Le 18 août 2010, le projet de loi de pays portant sur les trois premiers signes identitaires (hymne, devise et graphie des billets) est finalement adopté en séance plénière du Congrès, par 49 voix sur 54 ; cinq élus s'abstiennent (les quatre du Parti travailliste et Jean-Luc Régent du Rassemblement pour la Calédonie).

2. Les signes impossibles à trouver : le nom et le drapeau

De l'éventuel nouveau nom de la Nouvelle-Calédonie et de son éventuel drapeau, le premier a soulevé moins de remous politiques que le second.

558 Musique locale, directement inspirée, sinon copiée, du reggae jamaïcain.

559 Rapport n° 07/2008 du 29 août 2008 concernant le projet de loi du pays relatif à trois signes identitaires de la Nouvelle-Calédonie et Avis n° 07/2008 du 29 août 2008 concernant le projet de loi du pays relatif à trois signes identitaires de la Nouvelle-Calédonie, *JONC* n° 8234 du 11 septembre 2008, p. 6140.

560 À l'inverse, on vit perler quelques larmes (de crocodile ?) aux yeux de certains élus particulièrement émotifs...

a) **Le nom**

Aucune réflexion n'a pour l'instant été vraiment lancée sur la question du nom que pourrait prendre le pays. Traditionnellement, les indépendantistes, et tout particulièrement le FLNKS, militent pour prendre l'appellation de Kanaky, tandis que les anti-indépendantistes sont attachés au maintien du nom de Nouvelle-Calédonie. Certains partisans d'une solution plutôt consensuelle, comme Calédonie mon pays, ont pensé à unir les deux termes selon l'exemple de la Papouasie-Nouvelle-Guinée en proposant « Kanaky-Nouvelle-Calédonie ». Les mêmes avaient également envisagé de rechercher un nom issu d'une langue kanake et dénué de toute connotation politique. Dans les années 1980, la Fédération pour une nouvelle société calédonienne (FNSC) du maire de Bourail Jean-Pierre AÏFA, qui voulait jouer à l'époque le rôle de centre entre loyalistes et indépendantiste, avait déjà opté pour cette dernière solution. Adhérant au projet d'indépendance-association proposé par Edgard Pisani en 1985, il a ainsi milité à l'époque pour la création d'une République fédérale baptisée « Opa » ; cette initiative ne fut guère qu'un feu de paille.

Mais la tension se raviva à l'occasion d'une petite phrase du ministre des Outre-mer, qui ne passa pas inaperçue à droite, où l'on est favorable au maintien de l'archipel dans la France.

« Les membres de ce gouvernement s'intéressent à l'avenir de la Nouvelle-Calédonie, de la Kanaky ». C'est en ces termes que, selon le journal Les nouvelles calédoniennes, le ministre des Outre-mer, Victorin LUREL, s'est adressé au président indépendantiste de la province nord, Paul NEAOUTYINE.

Il aurait ajouté :

« On dit Nouvelle-Calédonie mais c'est connoté. Je dis ça pour respecter toutes les parties. [...] Je ne dis pas ça uniquement à M. NEAOUTYINE pour lui faire plaisir. Je pense qu'il y a suffisamment de sagesse en Nouvelle-Calédonie-Kanaky pour comprendre. ».

La réaction fut cependant brutale : le ministre « a pris publiquement parti pour les idées indépendantistes, minoritaires » devait stigmatiser l'UMP.

Victorin LUREL tenta de se justifier : « Nous sommes là pour accompagner et respecter scrupuleusement l'accord de Nouméa. C'est notre engagement, notre parole. Nouméa, rien que Nouméa et tout Nouméa ». N'empêche, si Kanaky est le nom qui revient le plus souvent chez les indépendantistes, jamais un ministre de la République ne l'avait employé publiquement ; on peut donc comprendre l'émoi et le courroux qui secoua le camp des non indépendantistes.

Car cela fut un tollé : le Rassemblement-UMP parla de « provocation », estimant que le ministre « a pris publiquement parti pour les idées indépendantistes, minoritaires ». Et, histoire d'être encore plus clair, poursuivit : « nous combattons toute proposition unilatérale, qui irait à l'encontre du maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la France ».

Pour sa défense, Victorin LUREL se contenta d'interroger : « En quoi Kanaky est-il un gros mot ? », ce qui ne fut guère apprécié.

Le seul résultat constaté, fut que le débat fut enterré jusqu'à ce jour.

Bien plus violente fut la polémique autour du futur drapeau.

b) **Le drapeau**

Au drapeau de la République française, défendu en règle générale par les non indépendantistes, s'oppose celui soutenu par le FLNKS, dont la symbolique et l'historique ont été rappelés le 31 mai 2013 devant la commission spéciale du Congrès chargée de réfléchir sur ce point.

La proposition indépendantiste⁵⁶¹

Après avoir rappelé qu'en 1983, après la table ronde de Nainville-les-Roches, des discussions furent engagées sur le projet de statut de la Nouvelle-Calédonie, incluant le fait que le territoire pourrait se doter de signes distinctifs, drapeau, armoiries, sceau... Monsieur PABOUTY, pour le FLNKS, mentionna, lors de son audition par la commission spéciale du Congrès, chargée de réfléchir au problème, que la loi du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances, dite Statut Lemoine, consacra cette disposition en son article 2, alinéa 5 : « Le territoire détermine librement les signes distinctifs permettant de marquer sa personnalité dans les manifestations publiques et officielles aux côtés des emblèmes de la République ».

C'est donc dans le cadre de ce régime statutaire que le Front Indépendantiste avait créé un drapeau, projet qui fut présenté pour la première fois le 24 septembre 1984 au congrès fondateur du FLNKS dans la salle de l'Océanic à Ducos. Au moment de sa création, ce drapeau avait donc vocation à représenter la Nouvelle-Calédonie et c'est le 1er décembre 1984 qu'il fut levé pour la première fois à la tribu de la Conception, commune du Mont-Dore. Selon la présentation qui fut faite par Jean-Marie TJIBAOU :

« - la couleur bleue est la couleur de l'azur, celle du ciel et de la mer, de l'immensité et de la transparence. C'est la plus immatérielle des couleurs qui exprime l'envol de l'être, la relation entre l'homme et ce qui gouverne son destin. Le bleu est la lumière du jour, de la sagesse, et de la prise de conscience. Le regard vers l'au-delà, c'est le regard porté vers le cosmos, la connaissance et le progrès. Le bleu signifie l'espace qui ouvre la voie de la libération de l'être humain.

- la couleur rouge est la couleur du feu et du sang. Elle représente la force vitale, la chaleur et l'amour ardent, le sang versé, les vertus guerrières, les forces libératrices, c'est la couleur de la révolution du peuple et du socialisme, c'est aussi le symbole de l'union des clans par le lien utérin et donc de l'unité Kanak. Le rouge est aussi la couleur du bonheur. Le rouge pourpre est le symbole du pouvoir suprême chez la plupart des peuples.

- la couleur verte est la couleur de la terre, de notre planète. C'est la couleur du règne végétal et des eaux vives, elle représente « les verts pâturages », la nourriture, la

⁵⁶¹ Proposition de loi du pays n° 6 du 28 mars 2011 relative au drapeau de la Nouvelle-Calédonie, déposée sur le bureau du congrès le 5 avril 2011 par le groupe FLNKS.

paysannerie, le monde rural. C'est la couleur de l'éveil de la nature, l'éveil de la vie, de l'espérance, des remèdes. C'est l'emblème du salut.

- par rapport à l'Occident, le Pays Kanak fait partie des pays du soleil levant. Le cercle central jaune d'or signifie que les rayons de l'aurore transforment le Pays Kanak en Île de lumière et éclaire la flèche faîtière de la grande case, symbole de l'édification de la société kanak, flèche faîtière qui n'existe que dans ce pays et aux Îles ».

Il faut également rappeler que Jean-Marie TJIBAOU tenait à ce que les couleurs initiales de la Révolution française soient présentées (à l'exception du « blanc monarchique ») « en rappel du peuple qui se souleva contre l'opresseur et pour la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

Pendant les années 1980, il devint le drapeau de la lutte en faveur de la pleine souveraineté et est toujours utilisé comme emblème par tous les partisans de l'indépendance : il flottait généralement aux côtés du drapeau français et du pavillon municipal dans les communes dont le maire est indépendantiste et est devenu un motif fréquent sur tissus et vêtements. Il est toutefois l'objet d'un relativement fort sentiment de rejet parmi les non indépendantistes et plus particulièrement par ceux issus de communautés non mélanésiennes.

Les indépendantistes refusant de se reconnaître dans le seul drapeau de la République et les tenants de la Nouvelle-Calédonie au sein de la France rejetant la proposition indépendantiste, la situation de blocage semblait difficile à résoudre, d'autant que l'Accord de Nouméa disposait explicitement qu'il devait s'agir d'un signe identitaire devant « être recherché en commun ». La charge passionnelle et politique des emblèmes proposés était trop forte pour que l'un puisse être préféré à l'autre. La solution, au moins d'attente, ne pouvait résulter que d'un consensus. C'est dans cette optique qu'il fut proposé de hisser les deux drapeaux côte à côte.

La proposition des deux drapeaux

L'idée de faire flotter les deux drapeaux sur tous les édifices publics néo-calédoniens est issue de la proposition⁵⁶² rapportée en février 2010 par Pierre FROGIER, alors député, président de la Province Sud et président du Rassemblement-UMP, qui prônait plutôt le parti de l'autonomie et s'opposait à l'indépendance. Il émit cependant la condition que les indépendantistes « lèvent toute ambiguïté et nous l'apportent comme un signe identitaire, un symbole culturel, débarrassé des violences dont il est entaché » afin de « représenter cette part de la Nouvelle-Calédonie mélanésienne et océanienne indissociable de son identité européenne et française » et « ainsi, en additionnant nos deux légitimités, nous aurons fait un nouveau pas les uns vers les autres ».

- Au plan local, cette idée fut dénoncée par le chef historique du camp loyaliste Jacques Lafleur qui déclara que « la Nouvelle-Calédonie a un drapeau, celui de la République française ». Le président du gouvernement local, Philippe GOMES, et son parti non indépendantiste Calédonie ensemble rejetèrent également cette idée, ainsi que le rapporte le Sénat (*infra*) :

⁵⁶² Peut être suggérée au plus haut niveau de l'État...

« M. Philippe GOMES, alors président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, avait exprimé à vos rapporteurs son désaccord avec l'ouverture de discussions sur l'avenir du pays, à partir du drapeau, considérant que le choix des deux drapeaux représentait un dévoiement par rapport à ce que prévoyait l'accord de Nouméa. Considérant que le drapeau devrait être choisi par une loi du pays votée aux trois cinquièmes, il a rappelé que le Comité des signataires avait précisé que les deux drapeaux côte à côte n'étaient qu'une solution temporaire. Il a jugé que l'État avait été instrumentalisé dans la question des deux drapeaux ».

- Du côté des indépendantistes, s'ils ne pouvaient qu'approuver cette avancée, certains, par la voix du président de la Province Nord Paul NEAOUTYINE, estimèrent que la coexistence des deux drapeaux était depuis longtemps établie puisque dès 1988, les deux drapeaux flottaient côte à côte au stade de Poindimié en présence du Premier ministre de l'époque Michel Rocard.

On notera la position du Sénat : à la suite d'une mission en Nouvelle-Calédonie, il devait, dans un rapport de 2011⁵⁶³, énoncer : « Reprenant cette idée, le Comité des signataires de l'accord de Nouméa, lors de sa réunion du 24 juin 2010, a recommandé que le drapeau tricolore et celui du FLNKS flottent côte à côte en Nouvelle-Calédonie, « dans la perspective des prochains Jeux du Pacifique et dans l'esprit de la poignée de main entre Jacques Lafleur et Jean-Marie TJIBAOU ».

Le congrès de la Nouvelle-Calédonie a parachevé le processus en émettant un vœu en ce sens le 13 juillet 2010, avant que le Premier ministre, M. François Fillon, n'assiste à la levée des deux drapeaux dans l'enceinte du haut-commissariat de la République, le 17 juillet 2010.

Depuis, les deux drapeaux flottent côte à côte sur les bâtiments publics du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, des trois provinces et des communes, à l'exception de celle de La Foa⁵⁶⁴.

Il rappelait cependant que, « comme l'avait relevé la presse à l'été 2010, la levée des deux drapeaux ne fait pas l'unanimité au sein de la classe politique calédonienne, certains élus considérant que les deux drapeaux ne répondent pas à l'objectif d'un drapeau commun ».

Néanmoins, les rapporteurs soulignaient « que l'idée de faire flotter côte à côte le drapeau tricolore et le drapeau du FLNKS reprend le symbole de la poignée de main de Jacques Lafleur et Jean-Marie Tjibaou, tenant dans leurs mains serrées ces deux drapeaux », tout en nuanciant leur approbation :

« Il s'agit donc d'un symbole fort, qui n'est toutefois pas dépourvu d'ambiguïtés. La réunion des deux drapeaux peut en effet être difficile à accepter pour certains Calédoniens, qui perçoivent le drapeau du FLNKS, ou drapeau de la Kanaky pour les indépendantistes, comme le drapeau de la lutte menée par le FLNKS, tandis que d'autres perçoivent le drapeau tricolore comme celui de l'ancienne puissance coloniale.

563 « Nouvelle-Calédonie : Le pari du destin commun », rapport du 8 juin 2011.

564 Le 8 août 2015, une délégation indépendantiste obtenait que le drapeau indépendantiste soit levé au fronton de la mairie de Bourail. Il ne reste plus aujourd'hui que la commune de La Foa qui joue à l'irréductible village gaulois...

Toutefois, les deux drapeaux flottent aujourd'hui au-dessus des édifices publics, même aux îles Belep, où ne flottait auparavant que le drapeau du FLNKS.

Ce symbole demeure néanmoins ambigu, puisqu'il paraît figer deux réalités qui se sont longtemps opposées, sans répondre à l'objectif d'un drapeau de la Nouvelle-Calédonie comme le prévoyait l'accord de Nouméa. Il s'agit d'un geste politique fort, d'un geste d'attente avant que la Nouvelle-Calédonie ne choisisse, un jour, de se doter d'un drapeau commun ».

Le relevé de conclusions du IX^e Comité des signataires, réuni le 8 juillet 2011, précise que :

« Conformément au souhait du congrès, les deux drapeaux tricolore et FLNKS flottent côte à côte, symbolisant l'esprit qui anime l'accord en rapprochant les deux légitimités pour la construction d'un destin commun. Le comité des signataires réaffirme la position arrêtée au cours du VIII^e comité. Il invite les partenaires calédoniens à effectuer, conformément au point 1.5 de l'Accord de Nouméa, un travail de recherche en commun du drapeau exprimant l'identité kanak et le futur partagé entre tous, selon les modalités qu'il leur appartient de définir. Dans l'attente, les deux drapeaux constituent une avancée significative et symbolique de la réconciliation. Tant qu'une solution n'aura pas été trouvée, les deux drapeaux doivent coexister, comme l'a décidé le congrès ».

En effet, le 13 juillet 2010, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a émis le « vœu que soient arborés, ensemble, en Nouvelle-Calédonie, le drapeau dont la description est annexée et le drapeau national ». Ce vœu n'ayant pas de force juridique contraignante, chaque collectivité est laissée libre de l'appliquer ou non. Le 17 juillet, le premier ministre François FILLON, en déplacement officiel sur l'île, hisse pour la première fois le drapeau Kanaky et le drapeau français ensemble sur le siège du Haut-commissariat de la République en présence des autorités locales dont le président du gouvernement Philippe GOMES (qui s'était opposé à l'usage des deux drapeaux), celui de la Province sud et député Pierre FROGIER, celui du Congrès Harold MARTIN et celui du Sénat coutumier, Julien BOANEMOI. Une circulaire émanant du premier ministre était attendue pour savoir sur quels établissements les deux emblèmes devaient être présents conjointement ; à notre connaissance, elle n'est jamais intervenue, mais le premier ministre a néanmoins précisé qu'il s'agira de « donner des instructions concernant les édifices qui représentent l'État. S'agissant des collectivités locales, c'est à elles d'assumer leurs responsabilités. L'État n'imposera rien ».

Néanmoins, le FLNKS devait déposer une proposition de loi du pays tendant à faire de ce drapeau celui devant flotter à côté du drapeau tricolore. Saisi par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le conseil d'État devait, le 9 octobre 2012, rendre l'avis suivant : « ne méconnaît aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ou organique le choix du drapeau décrit par la proposition de loi du pays retenu par elle comme fait identitaire marquant... ». Le revers était rude pour les adversaires dudit drapeau...

Les autres propositions de drapeau

La proposition FROGIER n'a donc, dans un premier temps, pas convaincu. Les raisons de ce « primo-échec » sont multiples : certaines tiennent au manque évident de sens de la communication de la part de son initiateur, couplé à un refus émotionnel du symbole, trop souvent associé à la lutte armée et au contexte des « événements »⁵⁶⁵ qui ont marqué l'histoire de Nouvelle-Calédonie entre 1984 et 1988.

Ainsi, certains auraient souhaité la création d'un nouveau symbole unique pour l'ensemble de la collectivité locale, déchargé de toute connotation politique et auquel le peuple néo-calédonien aurait pu s'identifier, et non le drapeau issu du FLNKS qui est une fédération de plusieurs partis. De plus, beaucoup ont critiqué la démarche choisie pour choisir les signes, souhaitant que cette question soit soumise à un référendum ou une consultation directe des citoyens. Plusieurs propositions de drapeaux ont ainsi été avancées par des groupements associatifs ou politiques, certains ayant organisé de manière privée et officieuse leurs propres concours, ce qui, bien entendu enlève beaucoup de crédibilité à leur démarche.

Parmi les propositions alternatives, on notera celle du parti politique de Philippe GOMES, Calédonie ensemble, qui s'est violemment opposé à la démarche de Pierre FROGIER, ayant bien analysé l'avantage électoral qu'il pouvait en tirer. Le propre projet de drapeau local était inspiré de l'exemple sud-africain, par l'union des couleurs tricolores françaises et quadricolores de la Kanaky ajoutés à deux symboles censés représenter la double légitimité définie dans l'accord de Nouméa (la flèche faitière, symbole identitaire traditionnel des Kanaks, et une goélette pour signifier les populations installées à partir du XIX^e siècle). Las, ladite goélette semblait un « copié-collé » d'une marque d'alcool fort : le projet fut assez rapidement abandonné.

De même, un Collectif pour un Drapeau Commun fut constitué en juillet 2010. Cependant la consultation organisée auprès des internautes devait réunir moins de mille votants, le drapeau qui l'emporta reprenant les couleurs déjà arborées depuis plusieurs années par les délégations sportives et le Comité territorial olympique de Nouvelle-Calédonie (le rouge et le gris), avec au centre l'emblème local (nautile, pin colonnaire et flèche faitière en ombres chinoises).

Ces différents projets n'avaient qu'un point commun : s'opposer à la proposition du double drapeau, avec en toile de fond pour Calédonie ensemble, l'objectif de s'emparer du leadership politique détenu RPCR.

Cette stratégie a réussi au-delà de toute espérance : le RPCR, affaibli par la sécession d'une partie non négligeable de ses militants, perdit les législatives, les élections provinciales et municipales au profit de Calédonie Ensemble.

Pierre FROGIER vécut très difficilement cette lourde défaite. Pourtant, nous sommes persuadés que son initiative était bonne. Mais l'opinion publique, mal préparée, et la personnalité très médiatique de son adversaire, eurent vite fait de transformer sa proposition en un séisme électoral.

⁵⁶⁵ Souvent qualifiés de quasi-guerre civile ou de situation insurrectionnelle par certains partis politiques ou médias.

*
* *

Nous avons là la démonstration d'une des limites de l'utilisation de la loi du pays. Il est probable que les rédacteurs de l'Accord de Nouméa ont cherché à anticiper les difficultés qu'allait rencontrer la recherche de ses signes identitaires ou, au minimum, à solenniser leur adoption. C'était sans compter avec le fait que la réaction passionnelle ne plie pas, ou très rarement, devant la rigueur du raisonnement et de la procédure juridique. Car on peut difficilement envisager que l'aveuglement doctrinal l'ait emporté sur la froide analyse d'un contexte que chacun savait très sensible. La loi, fut-elle « du pays », n'est qu'un instrument entre les mains des politiques, qui ne sont que des hommes, en proie bien plus souvent à la passion et à l'ambition personnelle, qu'ils ne sont soucieux de l'intérêt général.

À l'aube d'une période cruciale pour le devenir de la Nouvelle-Calédonie, on ne peut que formuler le vœu que les décideurs sauront la tête froide garder...

**PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION
DU DOMAINE LÉGISLATIF
EN NOUVELLE-CALEDONIE**

L'avènement d'un droit civil calédonien

Sandrine SANA-CHAILLE DE NÉRÉE

*Professeur à l'Université de Bordeaux
CRDEI, Centre d'excellence Jean Monnet*

Si les premières lois du pays votées par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie l'ont été au tout début des années deux mille⁵⁶⁶, il aura fallu que s'écoule encore plus d'une décennie pour que la compétence normative en droit civil puisse s'exercer sur le Caillou. Cette compétence législative locale issue de l'Accord de Nouméa⁵⁶⁷ résulte en effet d'un calendrier progressif dont la première grande phase, celle qui correspond aux compétences de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, débute le 1^{er} janvier 2000. Mais le droit civil, pas plus que le droit commercial, ne fait partie de cette première vague. Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence législative en droit civil est en effet envisagé par l'article 26 de la loi organique selon un échéancier plus tardif qui fixe à la fin de l'année 2011 la période au cours de laquelle ce transfert doit être mis en œuvre. C'est finalement la loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012 qui donne forme juridique à ce transfert emblématique de compétence et elle fixe le début de cette nouvelle ère institutionnelle au 1^{er} juillet de l'année suivante. Depuis le 1^{er} juillet 2013, la Nouvelle-Calédonie a donc compétence pour adopter ses propres textes en matière de droit civil, indépendamment – ou presque⁵⁶⁸ – de ce que décide le parlement national en ce même domaine. À l'aune des « quinze ans de la loi du pays », la loi du pays en droit civil compte donc parmi les plus jeunes et cela suffit, à soi seul, pour comprendre qu'il ne peut être question, ici, d'un bilan de ce transfert de compétence. D'autant plus qu'en réalité aucune disposition spécifique à la matière civile n'a encore été adoptée, ce qui ne permet pas de réfléchir à la manière dont s'exerce effectivement le pouvoir normatif calédonien en ce domaine. L'analyse, en revanche, peut porter sur le contexte très curieux dans lequel ce transfert de compétence est intervenu, contexte qui, sans aucun doute, orientera pendant quelque temps la pratique législative du droit civil en Nouvelle-Calédonie. L'analyse doit également porter sur les enjeux de ce transfert de compétence normative qui sont d'une importance considérable sur le plan politique à l'heure où se creuse le sillon d'une déjà forte

566 Les premières lois du pays ont été votées en matière fiscale. Dès 2001, sont adoptés des textes importants comme la loi n° 2000-6 du 15 janvier 2000 sur le salaire minimum garanti et le salaire minimum agricole garanti ou la loi n° 2000-7 du 15 janvier 2000 relative à la durée du mandat des délégués du personnel. L'année suivante est votée la loi n° 2001-016 du 11 janvier 2002 sur la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie. L'ensemble des lois du pays est recensé sur le site www.juridoc.gouv.nc.

567 Accord de Nouméa, 5 mai 1998, article 3.1.2.

568 Voir *infra*.

autonomie institutionnelle. C'est autour de ces deux points que se déroulera notre propos.

I. Le contexte

Le contexte dans lequel intervient le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence législative en droit civil présente, sur le plan juridique, une apparence relativement balisée. En réalité, le processus qui aboutit à la loi du pays du 20 janvier 2012 puise ses racines dans l'histoire législative du pays et se trouve donc marqué par une certaine complexité. C'est d'ailleurs cette complexité qui explique, en grande partie, le contexte politique dans lequel se sont déroulés les débats autour de l'adoption de la loi du pays sur le transfert de la compétence législative en droit civil.

Le contexte juridique

Qu'il concerne le droit civil ou toute autre matière, le contexte juridique du transfert de compétence législative ne peut être compris qu'à l'aune du principe historique de la spécialité législative. La spécialité législative innerve en effet, depuis le XVIII^e siècle, l'organisation juridique des terres françaises d'outre-mer afin de leur assurer l'autonomie plus ou moins large nécessitée par les spécificités géographiques, climatiques, culturelles ou religieuses locales⁵⁶⁹. Lorsqu'elle joue⁵⁷⁰, la règle veut ainsi que les lois nationales ne s'appliquent à ces territoires que lorsqu'une telle application a été expressément prévue par le législateur. À défaut, le texte voté à Paris ne régit pas les territoires bénéficiant du principe de spécialité législative, ce qui laisse place à une réelle diversité au sein de l'ordre juridique français. À cet égard, la Nouvelle-Calédonie a toujours été, parmi les territoires ultra-marins de la République, l'archipel qui, sans doute, illustre le mieux ce pluralisme qui caractérise l'ordre juridique français. On y voit en effet s'appliquer à la fois des règles de source métropolitaine, des dispositions de droit local et des normes coutumières pour les personnes relevant du statut particulier kanak. Cette diversité des sources normatives s'explique par l'histoire de l'île et par la complexité de ses rapports avec la métropole. Le principe de spécialité législative, qui s'y applique pleinement⁵⁷¹, suppose que les lois votées en mé-

569 A.M. Blandel, « La spécialité législative dans les territoires d'outre-mer », p. 23-29, dans J.-Y. Faberon dir., *Territoires d'outre-mer et État de droit. Le régime législatif de la Nouvelle-Calédonie*, Actes du colloque organisé le 30 août 1993 par le Centre de recherches juridiques de l'Université française du Pacifique à Nouméa, Paris, Dalloz, Collection Thèmes et Commentaires, 1994, p.103 ; Gérard Orfila, *La Nouvelle-Calédonie et le Droit. Regards sur l'applicabilité du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1998 ; V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, Thèse, Paris I, 2009, p. 49, n^o 27 ; Régis Lafargue, « Spécialité législative et Nouvelle-Calédonie », *Revue juridique politique et économique de la Nouvelle-Calédonie*, n^o 17, 2011/1 et « Les limites du principe de spécialité législative – Quels enseignements dans la perspective du transfert de compétence », in *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du Colloque Nouméa 27 septembre 2011, sous la direction de Sandrine Sana-Chaillé de Néré.

570 Le principe ne vaut pas pour les départements d'outre-mer qui sont, eux, soumis au principe d'identité législative.

571 Le principe de spécialité législative, qui régit les territoires d'outre-mer, a acquis une valeur constitutionnelle à la faveur de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution de 1946 : « Dans les territoires d'outre-mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le

tropole n'ont effet en Nouvelle-Calédonie que si une mention spéciale d'application a été portée dans les textes ou si, par une disposition ultérieure, le principe de l'extension à la Nouvelle-Calédonie est adopté⁵⁷². Une limite encadre néanmoins ce principe de spécialité législative : elle consiste dans les lois dites « de souveraineté » qui, elles, par exception, s'appliquent indifféremment, en raison de leur objet, à l'ensemble du territoire de la République. Une circulaire du 24 avril 1988 relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer les énumérait en précisant qu'elles intervenaient, à titre principal, dans le domaine de l'organisation de l'État, des libertés publiques ou du droit pénal. S'y ajoutaient les dispositions législatives qui entraient dans un domaine ayant fait l'objet d'une exclusion du principe de spécialité législative. La Nouvelle-Calédonie était ainsi concernée, par exemple, par la fameuse loi du 9 juillet 1970 qui soumettait l'ensemble de l'outremer à une règle d'identité législative en matière d'état des personnes⁵⁷³. Cette situation s'est consolidée et sécurisée avec l'entrée en vigueur de l'article 6-2 alinéa 2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 qui pose un principe d'identité législative pour une série de matières relevant de la compétence de l'État et correspondant à l'ancienne notion de « lois de souveraineté »⁵⁷⁴. Mais, mises à part ces limites qui assurent l'unité nécessaire de l'État,

régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative. En toutes autres matières, la loi française n'est applicable dans les territoires d'outre-mer que par disposition expresse. ». La Constitution du 4 octobre 1958 ne reprend pas *expressis verbis* ce principe mais il s'y trouve toujours inscrit par le truchement de l'article 74. La Cour de cassation veille elle-même au respect de ce principe. Voir, par exemple, Cass. 3^e civ., 8 avril 2012, Bull., 2010, III, n° 75.

572 L'historique du Code civil applicable en Nouvelle-Calédonie, figurant sur le site *Juridoc*, recense à la fois les dispositions applicables et les textes les ayant rendues applicables. Jusqu'en 1946, c'était généralement des décrets du Président de la République qui procédaient à l'extension des textes en Nouvelle-Calédonie, ce qui donnait à ces textes une valeur réglementaire.

573 V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, Thèse, Paris I, 2009, p. 341 et s.

574 « Dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, sont applicables en Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin.

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

1^o À 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, [...] ;

2^o À la défense nationale ;

3^o Au domaine public de l'État ;

4^o À la nationalité, à l'état et la capacité des personnes ;

5^o Aux statuts des agents publics de l'État ;

6^o À la procédure administrative contentieuse ;

7^o Aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations de l'État et de ses établissements publics ou avec celles des communes et de leurs établissements publics ;

8^o À la lutte contre la circulation illicite et le blanchiment des capitaux, à la lutte contre le financement du terrorisme, aux pouvoirs de recherche et de constatation des infractions et aux procédures contentieuses en matière douanière, au régime des investissements étrangers dans une activité qui participe à l'exercice de l'autorité publique ou relevant d'activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique, aux intérêts de la défense nationale ou relevant d'activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres ou de substances explosives.

Est également applicable de plein droit en Nouvelle-Calédonie toute autre disposition législative ou réglementaire qui, en raison de son objet, est nécessairement destinée à régir l'ensemble du territoire de la République. ».

la spécialité législative crée un champ normatif différent de celui de la métropole. Le principe de spécialité législative suppose cependant qu'une attention particulière soit portée à la question des outremer chaque fois qu'une loi est en passe d'être adoptée, ce qui est bien évidemment loin d'être le cas. Au jour du transfert de la compétence législative à la Nouvelle-Calédonie, bon nombre de lois métropolitaines n'étaient, de ce fait, pas applicables en Nouvelle-Calédonie, parce qu'une mention d'applicabilité, pourtant nécessaire, n'avait pas été inscrite dans la loi. Il était toutefois possible de combler un tel « oubli » par l'adoption d'une norme ultérieure d'extension⁵⁷⁵. Cette pratique était d'ailleurs courante, et elle avait été mise en œuvre de manière soutenue à la veille du transfert de compétence, mais elle compliquait terriblement la tâche des praticiens qui avaient parfois – et ont toujours – beaucoup de mal à retrouver le texte d'extension, ou, tout simplement, à savoir s'il existe. Il résultait ainsi du principe de spécialité législative ou, tout au moins, de sa mise en œuvre, un tissu juridique à trous, souvent difficile à manier.

L'histoire institutionnelle calédonienne, sur laquelle reviennent largement d'autres contributions de cet ouvrage, explique que le principe de spécialité législative, qui porte déjà l'idée d'une certaine autonomie juridique, ait été complété, peu à peu, par la reconnaissance d'une compétence normative propre aux autorités délibérantes calédoniennes. Aux lois métropolitaines applicables sur le territoire s'ajoutent donc des « lois du pays⁵⁷⁶ », normes de rang législatif, prises dans les domaines de compétence concédés par l'État. Ce transfert de la compétence normative, qui s'est développé suite au statut Defferre issu de la loi-cadre du 23 juin 1956, a pris une ampleur considérable et inédite avec l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 qui, dans la perspective de l'émancipation de la Nouvelle-Calédonie, organise un transfert progressif, mais irréversible⁵⁷⁷, des compétences normatives. C'est dans ce contexte juridique que s'inscrit le transfert, programmé dès l'Accord de Nouméa⁵⁷⁸, de la compétence normative en droit civil.

Le contexte politique

Le transfert de la compétence législative en droit civil à la Nouvelle-Calédonie est donc, dans une perspective historique, le résultat d'un processus d'émancipation engagé de longue date, acté politiquement dans l'Accord de Nouméa et techniquement dans la loi organique du 19 mars 1999⁵⁷⁹. Ce transfert est, sans aucun doute, l'un des points d'orgue de l'émancipation calédonienne en raison de la matière essentielle sur laquelle il porte et en raison de son ampleur, inédite au sein de la République

575 Voir, par exemple, l'ordonnance n° 92-1146 du 12 octobre 1992 étendant la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation routière à la Nouvelle-Calédonie et à Wallis-et-Futuna.

576 Carine David, *Essai sur la loi du pays calédonienne – La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, L'Harmattan, 2008.

577 M. Chauchat, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie*, CDPNC, 2011, p. 259 et s. et « Le principe d'irréversibilité constitutionnelle de l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie », in *Le droit constitutionnel calédonien*, Actes du colloque Nouméa 12-13 juillet 2010, *Politea*, n° 20/2012, p. 149.

578 Article 3.1.2 de l'Accord.

579 Article 26.

française⁵⁸⁰. Mais il est possible que l'importance d'une telle décision n'ait pas été véritablement perçue, à l'époque, par les signataires de l'Accord. C'est en tout cas ce que l'on peut déduire de l'ambiance politique qui a entouré la période au cours de laquelle le transfert de compétence a eu lieu.

Prévue pour la fin de l'année 2011, la question du transfert de la compétence en droit civil n'est à l'ordre du jour d'aucune véritable discussion jusqu'en 2010. Seul un rapport universitaire demandé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en 2008 et rédigé par le Professeur Rémi Cabrillac est entièrement consacré à cette question. Pour le reste, il n'est question du transfert de la compétence en droit civil qu'à l'occasion de bilans plus généraux sur les transferts⁵⁸¹. Mais ces études n'ont pas d'échos dans le débat public. Le difficile et ingrat travail de mise au jour du droit calédonien réalisé par la Mission *Légicalédonie* se fait dans la plus grande discrétion, sans que l'on mesure ni l'ampleur de la tâche, ni son importance⁵⁸². Lorsque l'Université de la Nouvelle-Calédonie et l'équipe du Laboratoire de Recherches Juridique et Economique se lancent dans l'idée d'un colloque consacré à cette question, le problème du transfert de la compétence législative en droits civil et commercial ne suscite, à de très rares exceptions près, qu'une indifférence polie du monde politique. L'explication tient sans aucun doute au caractère singulièrement abstrait de la question, qui ne risque guère d'enflammer l'opinion publique, et à la complexité de la matière juridique en Nouvelle-Calédonie qui rend peu accessibles les discussions sur ce sujet. Du moins est-ce là le sentiment de nombreuses personnalités politiques, sentiment largement partagé par les médias locaux qui ne consacrent guère d'analyses à ces questions. Malgré tout, les échéances approchant, c'est finalement entre 2010 et 2011 que le transfert de la compétence législative en droit civil commence à occuper l'espace de la discussion politique⁵⁸³. Mais par une sorte de retournement des choses, le désintérêt manifesté jusque-là laisse place à une sorte de prise de conscience très aiguë de l'importance de la question, transformant ce qui n'aurait dû être qu'une discussion sur la manière de réaliser ce transfert de compétence en une discussion sur le principe même de ce transfert. Oubliant en effet l'inscription de ce transfert

580 La Polynésie française bénéficie aussi d'une compétence en matière de droit civil, mais beaucoup plus restreinte puisque l'état des personnes et le droit de la famille, notamment, restent de la compétence de l'État. Voir, sur ce point, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, Thèse, Paris I, 2009.

581 *Rapport définitif de la mission d'appui aux transferts de compétences en Nouvelle-Calédonie présentant les scénarios ayant fait l'objet d'un consensus au sein du Comité de pilotage de l'Accord de Nouméa*, Novembre 2008.

582 Ce travail aboutira cependant à la mise en place du service d'information juridique en ligne *Juridoc*, outil essentiel à la connaissance du droit positif calédonien. www.juridoc.gouv.nc.

583 C'est à ce moment-là, également, que l'État signe avec la Nouvelle-Calédonie deux conventions destinées à assister la Nouvelle-Calédonie dans la charge que représente pour elle ses compétences futures. Le 17 juillet 2010, une convention fixant les mesures d'accompagnement aux transferts des compétences relatives au droit civil, aux règles concernant l'état civil et au droit commercial est adoptée. Elle prévoit en premier lieu le recensement de l'ensemble des textes applicables en Nouvelle-Calédonie dans ces trois domaines. Est ensuite prévue l'actualisation du droit existant en Nouvelle-Calédonie en ces matières de façon à procéder à une remise à niveau du droit applicable avant tout transfert pour les textes déjà étendus et l'extension par l'État des textes en suspens qui serait souhaitée par la Nouvelle-Calédonie avant le transfert de la compétence. Une convention-cadre relative au transfert des compétences est ensuite signée le 20 septembre 2010, définissant le cadre, les domaines et les modalités du processus d'accompagnement de l'État aux divers transferts de compétences. Cette convention prévoit l'aide à la décision, la préparation des transferts après décision jusqu'au transfert effectif et l'accompagnement des transferts effectués.

à l'article 26 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie et le caractère irréversible des transferts de compétences, certains acteurs du débat public réduisent la question au point de savoir si ce transfert doit avoir lieu ou s'il est au contraire une mauvaise idée pour la Nouvelle-Calédonie, les arguments en ce sens tenant pour l'essentiel à l'incapacité supposée du Congrès à assumer une tâche aussi lourde. La thématique n'est d'ailleurs pas complètement nouvelle et elle était déjà tout à fait perceptible dans les conclusions du Rapport définitif de la mission d'appui aux transferts de compétences en Nouvelle-Calédonie qui envisageaient, au titre d'un « second scénario », que soit modifiée la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie afin que le transfert du droit civil et du droit commercial ne soit plus inscrit dans un calendrier impératif⁵⁸⁴.

Finalement, le temps passant et l'État ne semblant pas du tout ouvert à une modification des modalités du transfert de compétences, la polémique finit par changer de terrain. Abandonnant la question de savoir si ce transfert devait avoir lieu ou non, elle se développe sur le point de savoir quel doit être le périmètre de ce transfert. Autrement dit, qu'entend-on par « droit civil » au sens de l'article 21 III 4^o et de l'article 26 de la loi organique du 19 mars 1999 ? Même si la discussion ne prend pas toujours, à cet égard, les chemins les plus pertinents, c'est sans doute là le propre du débat politique et il faut considérer que, désormais, la question du transfert du droit civil est correctement positionnée. Les partisans d'un périmètre réduit du droit civil transféré font valoir que l'État doit conserver, en vertu de l'article 21 I 1^o de la loi organique, la compétence en matière de garantie des libertés publiques. À ce titre, la question fondamentale et hautement symbolique du mariage doit, selon eux, rester de la compétence de l'État et ne peut en aucun cas être transférée au Congrès de la Nouvelle-Calédonie. D'une manière plus large, le droit de la famille en général, et singulièrement la question de la filiation, doit être exclu du transfert de compétence, au prétexte de la compétence de l'État en matière de garantie des libertés publiques. Cette vision restrictive du transfert peut d'ailleurs s'appuyer sur le Rapport précité de la mission d'appui aux transferts de compétences qui portait lui aussi une conception étroite du transfert du droit civil. On peut ainsi lire en pages 51 et 52 du Rapport : « Pour le droit civil, seront exclues [*du transfert de compétence*] les matières se rattachant à la nationalité et aux libertés publiques, ce qui concerne une grande partie du droit des personnes (Titre I à IV du Code civil) et de la famille (mariage, filiation). [...] Les règles relatives au nom sont également traditionnellement considérées comme étant rattachées au pouvoir régalien de l'État ». Mais de telles conclusions sont très largement discutées⁵⁸⁵ et remises en question par l'un des avis rendus par le Conseil d'État consulté sur cette question du périmètre du droit civil transférable, qui retient une conception beaucoup plus ouverte et globale du droit civil au sens de

584 *Rapport définitif de la mission d'appui aux transferts de compétence en Nouvelle-Calédonie*, Novembre 2008. Sur la partie consacrée au transfert du droit civil et du droit commercial, voir p. 57, M. Badie et Mme Arrighi de Casanova, consultable sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000206.pdf>.

585 Voir, entre autres, E. Cornut, « Quel(s) droit(s) civil(s) calédonien(s) ? Le périmètre matériel du droit civil transféré », in *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du Colloque Nouméa 29 septembre 2011, sous la direction de Sandrine Sana-Chaillé de Néré, consultable en livre électronique sur http://larje.univ-nc.nc/images/stories/Actes_Colloque_LARJE_2011.pdf, p. 31.

l'article 21 III 4^o de la loi organique⁵⁸⁶. Sont également au cœur des discussions les moyens à demander à l'État pour soutenir la Nouvelle-Calédonie dans la mise en œuvre de ses nouvelles compétences législatives, moyens techniques et humains en particulier. Même s'il n'est pas toujours des plus sereins, le débat politique a donc lieu et le vote de la loi du pays prévu comme devant intervenir au plus tard le 31 décembre 2011 par l'article 26 de la loi organique a finalement lieu la veille de cette date butoir. La loi du pays instituant le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de droit civil, d'actes relatifs à l'état civil et de droit commercial est promulguée le 20 janvier 2012.

La loi du pays relative au transfert du droit civil (et du droit commercial) est une loi courte de deux articles qui énonce le principe même de ce transfert de compétence et précise que la compétence de la Nouvelle-Calédonie sera effective au 1^{er} juillet 2013, sous réserve que les engagements de l'État soient tenus, s'agissant notamment des extensions législatives et réglementaires demandées. C'est qu'en effet, à compter du 1^{er} juillet 2013, plus aucun texte métropolitain adopté dans l'un des domaines transférés ne peut plus être étendu au territoire calédonien. Lorsque la loi est votée, il ne reste donc à la Nouvelle-Calédonie que dix-huit mois pour bénéficier des lois adoptées en métropole. Mais c'est là, déjà, aborder les enjeux de ce transfert historique de compétence.

II. Les enjeux

Depuis le 1^{er} juillet 2013, les autorités délibérantes de Nouvelle-Calédonie ont donc le pouvoir d'écrire leurs propres lois en matière civile et commerciale. Bien évidemment, cette compétence nouvelle n'a pas modifié substantiellement le droit applicable. L'avènement d'une compétence législative calédonienne n'a pas fait basculer le territoire dans un *no man's land* juridique où tout serait à construire à partir de rien. Le transfert de la compétence normative n'a pas produit un effet de table rase. Tout au contraire, le droit civil, comme le droit commercial d'ailleurs, existe à cette date telle qu'il était à la veille du transfert. La continuité juridique est évidemment assurée. Mais, depuis cette date, les lois votées en métropole et qui entrent dans le champ de la compétence transférée ne sont plus applicables en Nouvelle-Calédonie. Là se trouve d'ailleurs l'un des premiers enjeux du transfert de compétence et, de manière sous-jacente, l'une des craintes les plus vivement exprimées à ce sujet : les réformes du droit civil métropolitain n'étant plus étendues à la Nouvelle-Calédonie, le droit civil calédonien ne peut plus compter que sur lui-même, c'est-à-dire sur les institutions locales, pour s'adapter au fil du temps aux nécessités sociales⁵⁸⁷. La crainte d'une fossilisation du droit civil calédonien est ainsi partagée par beaucoup, que ce soit dans le monde politique, dans la société civile ou plus encore sans doute, chez les praticiens du droit⁵⁸⁸. Il faut reconnaître, à cet égard, que les deux années écoulées, à l'heure où

586 Avis CE, 7 juin 2011.

587 Ainsi, la prochaine réforme du droit des obligations, prévue pour la fin de l'année 2015, n'aura aucun effet en Nouvelle-Calédonie.

588 Ces craintes ont été largement relayées dans tous les médias calédoniens et ont été exprimées avec une sorte d'étrange unanimité par le personnel politique local. Les praticiens du droit s'en sont également fait l'écho lors des tables rondes qui ont clôturé le colloque organisé par l'Université de la Nouvelle-

nous écrivons, depuis que le transfert de compétence est effectif ne peuvent guère rassurer puisqu'aucune loi du pays n'a, à notre connaissance, été adoptée en matière de droit civil. Est-ce à dire, pour autant, que la catastrophe annoncée est inéluctable ? Il est bien trop tôt pour le dire et, précisément, les deux années écoulées ne sont pas nécessairement représentatives de ce qui adviendra par la suite. D'une part, une forte vague d'extensions des lois métropolitaines à la Nouvelle-Calédonie a précédé le transfert de compétence. Ces extensions, on l'a vu, étaient même une condition posée par la loi du pays à l'effectivité du transfert à la date du 1^{er} juillet 2013. Elles ont donc permis une sérieuse actualisation du droit civil calédonien par rapport au droit métropolitain. D'autre part, une grande partie du droit civil, essentiellement le droit des personnes et de la famille était soumis au principe d'identité législative. Toutes les grandes réformes en ces domaines, y compris la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, étaient donc applicables en Nouvelle-Calédonie à la date du transfert. Le besoin de loi nouvelle n'était donc peut-être pas si pressant. Cela dit, et sauf à faire preuve d'une naïveté coupable, on ne peut ignorer le risque d'un droit calédonien appauvri par l'inertie législative locale⁵⁸⁹. Mais, c'est là une question de responsabilité politique, parfaitement dans la ligne de l'émancipation progressive voulue par l'Accord de Nouméa.

La question de l'exercice effectif de la compétence législative se prolonge d'ailleurs dans une double problématique. Celle, déjà évoquée, du périmètre dans lequel le pouvoir législatif calédonien peut intervenir en matière civile et celle, qui lui est intimement liée, de savoir si son autonomie de décision est complète ou si elle s'inscrit dans un cadre qui reste fixé par l'État.

S'agissant du champ dans lequel peut s'exercer la compétence en matière civile, on doit d'abord remarquer que la délimitation de ses contours pose elle-même une question de compétence : à quelle autorité appartient-il de cerner le champ de la compétence ? Est-ce à l'État qui concède la compétence ou bien à la Nouvelle-Calédonie qui la reçoit de déterminer quelles en sont les limites ? Il nous semble, à cet égard, que c'est à l'État que revient, *in fine*, le pouvoir de décider ce dont il se réserve la compétence. De deux choses l'une, alors : face à l'incertitude qui entoure la notion de « droit civil », soit les autorités centrales étaient en mesure de proposer une liste suffisamment précise des champs dans lesquels le Congrès calédonien pouvait intervenir, soit – ce qui aurait sans doute été le plus naturel – un contrôle des juridictions nationales serait opéré *a posteriori* lorsque, au cas par cas, la légalité d'une loi du pays se trouverait contestée en raison d'un possible dépassement de compétence.

Calédonie, le 29 septembre 2011, sur le transfert de compétence en droit civil et en droit commercial. Actes du Colloque Nouméa 29 septembre 2011, sous la direction de Sandrine Sana-Chaillé de Néré, consultable en livre électronique sur http://larje.univ-nc.nc/images/stories/Actes_Colloque_LARJE_2011.pdf.

589 Il faut dire que la réalité locale en a apporté des exemples. Il en va ainsi, notamment, du droit des assurances dont chacun s'accorde à dire que le transfert de compétence opéré en 1988 et confirmé en 2000, l'a complètement sclérosé. Mais, les exemples contraires existent aussi : le droit du travail a, à l'inverse, fait l'objet d'une forte implication des autorités locales qui a abouti, en 2008, à l'adoption d'un Code du travail de Nouvelle-Calédonie. Pour un état des lieux et une analyse des réussites et des échecs des différentes compétences législatives transférées, voir N. Meyer, « Rétrospective sur les transferts déjà réalisés », *in Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du Colloque Nouméa 27 septembre 2011, sous la direction de Sandrine Sana-Chaillé de Néré, consultable en livre électronique sur http://larje.univ-nc.nc/images/stories/Actes_Colloque_LARJE_2011.pdf, p. 19.

Mais cette question du périmètre du droit civil transféré étant devenue trop prégnante, les responsables politiques calédoniens n'ont pas accepté de la laisser en suspens. Conscients du fait que la délimitation du périmètre du droit civil ne leur appartenait peut-être pas, ils ont retenu une solution en demi-teinte et construit la loi du pays du 20 janvier 2012 de manière curieuse. Composée de deux articles qui confirment la compétence législative de la Nouvelle-Calédonie en matière civile et commerciale, la loi est en effet accompagnée d'une annexe qui, elle, fixe les limites de ce fameux domaine de compétence. Comme si cet instrument accessoire, à la valeur juridique incertaine, était une manière acceptable – et plus discrète – de trancher une question sur laquelle le législateur calédonien n'avait en réalité pas de pouvoir. Il serait intéressant que le Conseil d'État soit amené à se prononcer sur l'autorité de cette annexe. En attendant, elle a été, localement, le compromis permettant l'adoption de la loi du pays instituant le transfert de compétence.

Sur le fond, c'est également une conception médiane qui a été retenue du périmètre du droit civil transféré⁵⁹⁰ : il s'étend aux matières couvertes par les quatre premiers livres du Code civil ainsi qu'aux autres matières qui, par leur objet, se rattachent au droit civil, telles que la copropriété, les baux d'habitation ou à usage professionnel, les baux ruraux, la propriété littéraire et artistique ou la publicité foncière par exemple. Sont en revanche exclus du transfert les dispositions sur la nationalité⁵⁹¹, l'article 9 du Code civil sur la protection de la vie privée, les principes relatifs au respect du corps humain⁵⁹², les dispositions des articles 544 et 545 sur le caractère fondamental du droit de propriété, le Titre V et le Chapitre III du Titre II du Livre 1^{er} qui assurent le respect de la liberté matrimoniale et, enfin, les règles sur la liberté d'association. Dans ce champ de compétence qu'il a lui-même déterminé, le législateur calédonien a-t-il une autonomie complète ? La réponse est évidemment négative, et c'est précisément cela, d'ailleurs, qui rendait moins cruciale la question du périmètre : les lois du pays adoptées en matière civile s'inscrivent dans la hiérarchie des normes⁵⁹³. Elles doivent, de ce fait, être conformes non seulement à la loi organique qui les instituent mais également au bloc de constitutionnalité et aux engagements internationaux de la France, au premier rang desquels la tentaculaire Convention européenne des droits de l'Homme. C'est dire, sans qu'il soit nécessaire de développer davantage, que le pouvoir des autorités calédoniennes est étroitement encadré, sur le terrain des droits fondamentaux en tout cas. Pour le reste, ce que nous pourrions appeler « le droit civil quotidien », la marge de manœuvre est réelle et là se trouve probablement l'essentiel.

Reste, enfin, une question décisive qui, à ce jour, n'a pas encore trouvé sa réponse. Elle est celle des conflits de normes générés par le transfert de compétence. Depuis le 1^{er} juillet 2013, et même si le législateur calédonien n'a pas encore exercé sa compétence, le droit civil calédonien n'est plus le même que le droit civil

590 Sur les différentes approches du périmètre du droit civil au sens de l'article 21 III 4^o de la loi organique, voir notamment E. Cornut, *Quel(s) droit(s) civil(s) calédonien(s) ? Le périmètre du droit civil transféré*, précité ; F. Badie et C. Arrighi de Casanova, *Rapport de la mission d'appui sur les transferts de compétence en Nouvelle-Calédonie, Le transfert du droit civil et du droit commercial*, p. 50 et s. ; Avis du Conseil d'État, 7 juin 2011.

591 Titre I bis du Code civil.

592 Chapitre II et III du Titre 1^{er} du Code civil.

593 Carine David, *Essai sur la loi du pays calédonienne – La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, L'Harmattan, 2009.

métropolitain. Et la différence entre ces deux corps de règles est amenée à s'amplifier soit parce que les lois métropolitaines auront été réformées ou supprimées sans que les lois calédoniennes aient suivi la même évolution, soit que le pouvoir normatif calédonien aura eu l'initiative de réformer son droit civil dans un sens différent de celui pris en métropole. Ainsi donc, le bloc constitué de ce que l'on appelait jusqu'alors le droit commun – par opposition au droit coutumier – est désormais scindé entre le droit civil métropolitain et le tout jeune droit civil calédonien⁵⁹⁴. Or, cette situation nouvelle oblige évidemment à se poser la question du champ d'application personnel et spatial de l'un et l'autre de ces deux droits, aujourd'hui dissociés. C'est là ce que l'on appelle techniquement un conflit de normes internes⁵⁹⁵. La situation n'est pas inédite en Nouvelle-Calédonie : un conflit de normes internes existe déjà entre le droit civil et le droit coutumier. Mais, ce conflit est résolu par les règles de rattachement fixées aux articles 7 et 9 de la loi organique de 1999. Au contraire, le conflit de normes internes produit au sein du droit civil par le transfert de compétence n'a pas été anticipé et il ne fait l'objet d'aucune disposition, ni dans la loi organique posant le principe du transfert de compétence, ni dans la loi du pays du 20 janvier 2012 donnant vie à ce transfert. Or, la Nouvelle-Calédonie étant une terre de migration, les relations juridiques affectées d'un élément d'extranéité ont vocation à se multiplier. La recherche de facteurs de rattachement est donc essentielle. Il n'est pas possible, ici, de détailler les éléments de solutions qui peuvent être proposés. On renverra, sur ce point, aux études déjà menées par ailleurs⁵⁹⁶. Mais, on peut tout de même souligner que, pour l'essentiel, la question sera de savoir si le rattachement au droit civil calédonien tient à la résidence des personnes sur le territoire ou s'il dépend de la possession de la citoyenneté calédonienne. Nous avons eu l'occasion de faire valoir les avantages et les inconvénients de l'un et l'autre de ces facteurs de rattachement, ainsi que leur légitimité respective, notamment en matière de statut personnel⁵⁹⁷. Il s'agit simplement de retenir, pour l'heure, que la question des conflits de normes n'est pas seulement une question technique. Elle porte en elle, aussi, le rayonnement que l'on entend donner à une législation, y compris sur son propre territoire.

La loi du pays a quinze ans et la loi du pays peut désormais se saisir de ce qui forme la constitution civile d'une société⁵⁹⁸. L'avènement d'un droit civil calédonien est possible, et sans doute nécessaire. Souhaitons que les pages du Journal officiel de Nouvelle-Calédonie n'en restent pas vierges trop longtemps.

594 Il en va exactement de même pour le droit commercial.

595 V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, Thèse, Paris I, 2009.

596 Entre autres, S. Sana-Chaillé de Néré, *Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil*, Clunet, 2014, p. 33.

597 Notamment dans : Sandrine Sana-Chaillé de Néré, *Rapport au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur les conflits de normes internes issus du transfert de compétence normative en droit civil*, 2012. Voir aussi, S. Sana-Chaillé de Néré, *Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil*, Clunet, 2014, p. 33.

598 Pour reprendre la formule célèbre du Doyen Carbonnier qui décrivait le droit civil comme « la Constitution civile de la France ».

La loi du pays en droit commercial : mythe ou réalité ?

Nancy TAGLIARINO-VIGNAL

Maître de conférences

Université de la Nouvelle-Calédonie

Si l'année 2000 marque le début du processus de transfert de compétence normative de l'État français à la Nouvelle-Calédonie avec la possibilité extraordinaire reconnue à celle-ci d'adopter des actes de nature législative à portée locale, dits loi du pays, c'est, dans la matière commerciale, à compter du seul 1^{er} juillet 2013, que le Congrès de Nouvelle-Calédonie a reçu le pouvoir d'exprimer pleinement ses orientations, en marge de celles adoptées par le droit métropolitain. Le transfert des compétences, prévu par l'accord de Nouméa puis par la loi organique du 19 mars 1999 qui le met en œuvre, a été en effet conçu de manière progressive. Et celui relatif à la matière du droit commercial étant envisagé qu'au titre d'une seconde étape⁵⁹⁹, c'est la loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012 qui a donné forme juridique à ce transfert en l'envisageant pour cette date désormais bien connue du 1^{er} juillet 2013⁶⁰⁰. Ce n'est ainsi pas sur quinze années qu'il convient de se retourner ici, mais sur deux ans et quelques mois de la détention par les autorités délibérantes de Nouvelle-Calédonie du pouvoir d'écrire leurs propres lois dans la matière commerciale.

Le bilan, incontournable dans ces lignes, se devra donc d'être relativisé, rapporté ainsi à la jeunesse de ce pouvoir. Il le sera au demeurant d'autant plus au regard de l'ampleur du transfert concerné. Si le périmètre du droit commercial vise en effet sans nul doute l'ensemble des matières régies par le Code de commerce dont il faut souligner qu'elles dépassent parfois aujourd'hui les frontières de l'entreprise commerciale⁶⁰¹, il englobe aussi des matières qui lui sont périphériques. Ainsi, l'annexe à la loi du pays du 20 janvier 2012 indique qu'au titre des compétences transférées en matière de droit commercial, est également visée « toute autre matière qui, en raison de son objet relatif aux rapports entre commerçants entre eux ou avec leurs clients ou plus généralement au droit des affaires, se rattache au droit commercial », c'est dire que la liste est longue. L'annexe ajoute qu'à ce titre, la Nouvelle-Calédonie est « notamment compétente en matière de commerce maritime, commerce électronique et propriété industrielle », mais l'utilisation de l'adverbe « notamment » révèle une certaine

599 Accord de Nouméa, 5 mai 1998, art. 3.1.2.

600 Cette date est aussi celle du transfert de compétence en matière de droit civil.

601 Le droit des entreprises en difficulté s'applique ainsi aussi aux artisans, agriculteurs, personnes morales de droit privé non commerçantes et professionnels libéraux. Et le droit de la concurrence vise tout acteur ayant une activité économique.

insaisissabilité du champ⁶⁰² et permet d'appréhender d'autres réglementations, dont celle par exemple des contrats dits d'affaires, c'est-à-dire ceux qui se conçoivent dans le cadre d'une activité d'entreprise : contrats de financement, contrats d'assistance ou autre contrat d'ingénierie. En réalité, sont ainsi concernées les matières qui, en tenant compte de celles transférées antérieurement, comme le droit fiscal, le droit du travail ou encore le droit des assurances, concourent à constituer le droit de l'entreprise, ou encore appelé droit économique⁶⁰³.

Où en est donc la Nouvelle-Calédonie de la construction de ce vaste chantier ? Telle est la question qu'il convient de se poser. Mais si l'analyse doit, on l'a dit, tout naturellement porter, sur la courte période passée (I), elle devra dans un second temps s'interroger sur l'avenir, et en particulier sur ces lois du pays qui pourraient être adoptées en la matière (II).

I. Le droit commercial aujourd'hui

Le transfert de compétence en droit commercial n'a pas sonné le glas de la législation jusqu'alors applicable en la matière. Il a eu seulement pour conséquence de figer à sa date de réalisation son contenu, pour laisser aux seules mains du législateur calédonien, son évolution. L'urgence d'une intervention de ce dernier n'était alors pas caractérisée compte tenu d'une extension quasi systématiquement faite des textes adoptés en métropole jusqu'au 30 juin 2013 en ce domaine, laquelle fait qu'aujourd'hui, le droit commercial applicable en Nouvelle-Calédonie est pour l'essentiel constitué des lois métropolitaines (A). Seul le droit de la concurrence, qui souffrait alors d'une inapplicabilité des dispositions y relatives logées au livre quatrième du Code de commerce national, s'est vu très vite doté de ses propres règles (B).

A. Des lois métropolitaines étendues

Le principe de spécialité législative, qui vaut en Nouvelle-Calédonie dans les domaines qui ne font pas l'objet d'un transfert de compétences, implique que les lois votées en métropole ne s'appliquent au territoire que si une mention spéciale y a été portée ou si, par une loi ultérieure, le principe de l'extension à la Nouvelle-Calédonie de tel ou tel texte voté en métropole est adopté⁶⁰⁴. Il est ainsi le garant de la prise en compte du contexte local et de la primauté des nécessités locales sur la généralité puisque les nouvelles lois votées par le législateur national ne s'appliquent pas automatiquement⁶⁰⁵. Néanmoins, il ressort que, avant le transfert de compétence, le

602 V. à ce titre le rapport établi par Ph. Pétel à la demande du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, en octobre 2008, sur le transfert de compétence en droit commercial.

603 V. *Le droit économique en Nouvelle-Calédonie*, colloque Nouméa juillet 2015, sous la direction de N. Tagliarino-Vignal, à paraître aux PUAM, 2016.

604 V. Constitution de 1958, art. 74-1.

605 R. Lafargue, « Les limites du principe de spécialité législative - Quels enseignements dans la perspective du transfert des compétences législatives ? », in *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du colloque Nouméa 27 sept. 2011, sous la dir. De S. Sana Chaillé de Néré. Il convient de comprendre toutefois que seul le transfert de compétence dote réellement la Nouvelle-Calédonie de la maîtrise de son droit ; l'application des lois à

principe de l'extension à la Nouvelle-Calédonie était acquis dans l'élaboration des différentes branches du droit commercial, afin de permettre d'offrir au territoire tout à la fois une évolution de son droit avec celle de la métropole et une appréhension ainsi généralisée de la jurisprudence de la Cour de cassation⁶⁰⁶.

Certes, la mise en œuvre du principe de spécialité législative a connu quelques désordres avec tantôt des retards d'extension - relevons ainsi par exemple que le bail commercial a échappé aux contraintes du décret-loi du 30 septembre 1953 jusqu'à une ordonnance portant extension du 2 septembre 1998 - tantôt des oublis. Alors que la loi du 15 juin 2010 qui a consacré en métropole l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée a été étendue par une ordonnance du 24 mars 2011, il n'en a pas été de même de son décret d'application, ce qui a eu pour conséquence de priver la Nouvelle-Calédonie de ce nouveau statut. De la même façon, et tandis que l'ordonnance du 18 septembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté a été étendue, son décret d'application du 12 février 2009 ne l'a pas été, cette omission suscitant aujourd'hui quelques difficultés dans la mise en œuvre du premier texte.

Il reste qu'à la date du transfert de compétence, le droit commercial applicable en Nouvelle-Calédonie pouvait apparaître comme révélant une image fidèle du droit commercial métropolitain⁶⁰⁷. L'organisation et le fonctionnement de l'entreprise individuelle reposaient ainsi sur la législation votée en métropole telle qu'elle existait au 30 juin 2013⁶⁰⁸. De la même façon, le droit des sociétés forgé, jusqu'à la date du transfert, par extension des principales lois métropolitaines en la matière avait ainsi intégré la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, la loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique ou encore la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Par ailleurs, les règles régissant les biens spécifiques de la vie commerciale que sont le fonds de commerce, ou encore les droits intellectuels de l'entreprise, étant celles que les lois métropolitaines avaient élaborées, on retrouvait à la date du transfert dans le droit applicable à la Nouvelle-Calédonie les dispositions relatives à la vente du fonds de commerce, à la location-gérance ou à son nantissement, ainsi que celles propres au bail commercial⁶⁰⁹, comme celles logées dans le Code de la propriété

celle-ci, conformément au principe de spécialité législative, reposait, pour l'essentiel, sur une initiative métropolitaine.

606 Le droit de la concurrence devait être traité à part car alors même que ses dispositions font partie intégrante du Code de commerce, la loi organique du 19 mars 1999 envisageait un transfert immédiat de compétence en matière de répression des fraudes, concurrence et réglementation des prix.

607 À la veille du transfert de compétence, on relevait encore des textes d'extension visant à remédier aux oublis évoqués plus avant. V. ainsi le décret n^o 2013-563 du 26 juin 2013 portant extension et adaptation de certaines dispositions du Code de commerce en Nouvelle-Calédonie qui rend applicable au territoire les dispositions relatives aux conjoints collaborateurs (à noter que le volet social accompagnant ce statut n'a pas été consacré), les statuts types de sociétés à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance, diverses mesures destinées à favoriser le développement des petites entreprises et à simplifier le fonctionnement de certaines formes de société.

608 La déclaration notariée d'insaisissabilité qui permet de protéger une partie du patrimoine de l'entrepreneur individuel qui a été créée en métropole par une loi du 1^{er} août 2003 a été ainsi consacrée en Nouvelle-Calédonie par une ordonnance d'extension du 24 juillet 2009.

609 Certains articles relatifs aux loyers ne sont néanmoins pas applicables, relayés par la délibération n^o 094 du 8 août 2000.

intellectuelle relatives aux brevets, marques, dessins et modèles⁶¹⁰. Les dispositions sur les effets de commerce et les garanties avaient trouvé le même sort. Enfin, le droit des entreprises en difficulté reposait sur la grande réforme du 26 juillet 2005 modifiée par l'ordonnance du 18 septembre 2008.

Depuis deux ans et demi de l'effectivité du transfert de compétence en droit commercial, cette législation n'a cependant pas évolué. Si l'initiative locale ne connaissait alors pas, comme on l'a dit, d'urgence à la date du 30 juin 2013, celle-ci pourrait toutefois exister aujourd'hui. La perspective du transfert de compétence a suscité la crainte que « le droit commercial, en Nouvelle-Calédonie, se fige au jour du transfert de compétence »⁶¹¹, alors précisément qu'il s'agit d'un droit qui se doit d'évoluer en permanence⁶¹². Or, aujourd'hui, dans ce domaine désormais privé de l'extension des réformes métropolitaines, le danger d'une fossilisation du droit calédonien est prégnant, si de surcroît on met en perspective l'inaction du législateur calédonien avec la frénésie du législateur métropolitain. Le droit des sociétés a ainsi fait l'objet de nombreuses modifications notables. Citons ainsi l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 qui est venue simplifier les règles d'opposabilité aux tiers des cessions de parts de SARL et de SNC⁶¹³, permettre à une EURL d'être elle-même associée d'une EURL⁶¹⁴, aménager le régime des conventions réglementées dans les SA⁶¹⁵, et encore modifier l'article 1843-4 du Code civil relatif à la valorisation des droits sociaux cédés. Relevons encore l'ordonnance n° 2015-1127 du 10 septembre 2015 qui a diminué le nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées⁶¹⁶, sans oublier la loi tentaculaire dite Macron⁶¹⁷ qui apporte aussi au droit des sociétés son lot de modifications⁶¹⁸. Le droit des entreprises en difficulté n'a lui-même pas été épargné par ce vent de réformes creusant ce même fossé entre les règles désormais applicables en métropole et celles applicables en Nouvelle-Calédonie. Une ordonnance du 12 mars 2014 a ainsi réalisé de nombreuses modifications techniques ou procédurales aux dispositions du livre sixième du Code de commerce, et de manière plus fondamentale, a ajouté deux procédures à celles proposées jusqu'alors au

610 Le droit de la propriété intellectuelle a fait l'objet d'une codification à droit constant par une loi du 1^{er} juillet 1992 qui vise explicitement la Nouvelle-Calédonie, laquelle a publié la loi dans le *JONC* du 26 janvier 1993. Cette matière a fait depuis l'objet de modifications visant également le pays, V. C. Castets-Renard, « Le transfert de compétence du droit de la propriété intellectuelle : l'opportunité d'une législation sur les savoirs traditionnels adaptée à la Nouvelle-Calédonie », in *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, colloque LARJE sous la dir. de S. Sana-Chaillé de Néré, p. 52.

611 V. le rapport de Ph. Pétel précité relatif au transfert de compétence en droit commercial, p. 9.

612 *Ibid.*, Ph. Pétel relevant : « Un droit commercial qui se fige est un mauvais droit commercial. Il est nécessairement inadapté aux affaires parce que l'imagination des commerçants, des industriels et des financiers est sans limite et engendre une évolution perpétuelle, que le droit doit impérativement suivre. ».

613 C. com., art. L. 221-14 pour la SNC, et pour la SARL par renvoi de l'article L. 223-17.

614 Par abrogation de l'article L. 223-5 du Code de commerce.

615 C. com., art. L. 225-38 et s. pour la SA avec conseil d'administration et L. 225-86 et s. pour les SA avec conseil de surveillance.

616 C. com., art. L. 225-1. De sept, ce nombre passe à deux.

617 Loi n° 2015-690 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

618 Pour une présentation des dispositions consacrées par ce texte en droit des sociétés, V. le dossier « La loi Macron du 6 août 2015 », *JCP E* 2015, n° 1403 et s..

débiteur : la procédure de rétablissement professionnel, inspirée de celle connue du Code de la consommation dans le cadre du traitement du surendettement des particuliers, qui bénéficie aux entrepreneurs individuels impécunieux, et la procédure de sauvegarde accélérée, variante de la procédure de sauvegarde, ouverte aux entreprises satisfaisant à certains seuils à leur demande dès lors qu'elles sont engagées dans une procédure de conciliation et justifient avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer leur pérennité⁶¹⁹. Le législateur a enfin procédé à une modification substantielle du statut des baux commerciaux régi par les articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce⁶²⁰.

Il apparaît ainsi que le législateur calédonien s'est laissé vite dépassé puisque dans l'ensemble des matières composant le droit commercial, seul le droit de la concurrence a fait l'objet de toutes ses attentions. Trois lois du pays ont en effet été adoptées au lendemain du transfert de compétence. Il faut toutefois rappeler que le contexte, juridique et économique, justifiait cette rapidité d'action.

B. Des lois du pays en droit de la concurrence

Le droit de la concurrence, bien que constituant une matière du droit commercial, a fait l'objet d'un traitement à part. Si en effet, l'accord de Nouméa avait prévu un transfert de compétence normative de l'État français à la Nouvelle-Calédonie en matière commerciale, différé⁶²¹, la loi organique de 1999 envisageait un transfert immédiat de compétence en matière de répression des fraudes, concurrence et réglementation des prix⁶²². Cette dichotomie faite, les autorités calédoniennes étaient dotées du pouvoir de construire un droit de la concurrence local, mais elles ne pouvaient néanmoins agir que par le biais de délibérations. La plus importante fut ainsi celle du 6 octobre 2004 portant réglementation économique, prohibant à ce titre les pratiques anticoncurrentielles⁶²³ et les pratiques commerciales abusives⁶²⁴, et posant un principe de transparence dans les relations entre professionnels à travers la communication des barèmes de prix et des conditions de vente, et l'établissement par écrit des accords de coopération commerciale. Par ailleurs, le gouvernement s'est employé à réglementer les prix de certains produits, en application de l'article 1^{er} de la délibération n° 14 qui, tout en posant le principe de la libre fixation des prix par le jeu de la concurrence, réservait l'application de mesures réglementaires spécifiques.

619 L'ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 a parachevé l'évolution.

620 V. S. Legrix de la Salle, « Les incidences de la loi Pinel en matière de baux commerciaux », *JCP E* 2014, 1371.

621 V. *supra*.

622 V. Loi organique n° 99-209, 19 mars 1999, art. 22.

623 Ententes, abus de position dominante, abus de dépendance économique. La délibération ne contenait aucune disposition sur les concentrations dans la mesure où ce n'est que la loi organique du 3 août 2009 qui, par une modification de l'article 22 de la loi organique de 1999, est venue donner expressément compétence au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pour traiter des opérations de concentration économique sur son territoire.

624 Refus de vente, vente à perte, prix imposés.

Ces initiatives sont néanmoins apparues insuffisantes, en particulier pour lutter contre la cherté de la vie, mal dont la Nouvelle-Calédonie souffre singulièrement⁶²⁵. Ainsi, deux rapports de l'Autorité de la concurrence diligentés par le gouvernement calédonien portant diagnostic de la situation concurrentielle sur le territoire déploieraient en 2012 des situations d'oligopoles locaux dans plusieurs secteurs des produits de grande consommation et une forte concentration du secteur de la distribution de détail, invitant ce faisant à « ne pas contrôler les prix mais plutôt instaurer une régulation de la concurrence »⁶²⁶. À cette fin, l'autorité de la concurrence préconisait deux actions. Une première sur les structures de marché, en instaurant trois dispositifs : un dispositif de contrôle des concentrations, un dispositif de contrôle des ouvertures de surface et un dispositif d'injonction structurelle permettant d'ordonner la cession d'actifs à une entreprise ou un groupe d'entreprises en position dominante. L'autorité de la concurrence recommandait ensuite la création d'une autorité locale de la concurrence chargée du contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations.

Le transfert de compétence en droit commercial a été saisi par le législateur calédonien comme l'opportunité de se pencher sur le livre quatrième du Code de commerce dédié à la concurrence, en s'inspirant des recommandations ainsi faites. Trois lois du pays ont donc été adoptées : la loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, la loi du pays n° 2014-7 du 14 février 2014 relative aux livres III et IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie qui a eu principalement pour objet d'introduire dans le code de commerce les dispositions consacrées par la première de ces lois. Et la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie⁶²⁷. Le premier de ces textes met ce faisant en place des mesures de contrôle de la structure du marché⁶²⁸ par l'instauration d'un contrôle *a priori* des opérations de concentration⁶²⁹ et des opérations de croissance interne dans le secteur du commerce de détail⁶³⁰, ainsi que des mesures de surveillance *a posteriori* sur les structures existantes afin d'enrayer des abus de position dominante, mesures susceptibles de déboucher sur des injonctions de cession d'actifs⁶³¹. On retrouve dans ces dispositions, dont l'objectif avoué est, conformément

625 La problématique « vie chère » n'est pas spécifique à la Nouvelle-Calédonie. Il convient néanmoins de relever que celle-ci se situe, dans le classement opéré selon la méthode « Big Mac » au 3^e rang des pays les plus chers du monde.

626 Le premier rapport est relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie, le second est relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation. Ces deux rapports font apparaître que le contrôle des prix de certains produits peut avoir sur la durée des effets pervers : indisponibilité des produits ou report des marges sur les produits hors liste, ou encore alignement à la hausse des prix.

627 V. N. Tagliarino-Vignal, « Un droit de la concurrence pour la Nouvelle-Calédonie », 1^{re} partie, *RLDC* 41/2014, p. 82 et s., 2^e partie, *RLDC* 42/2015, p. 101 et s.

628 Une autre mesure importante est à souligner : ce texte est en effet également venu interdire les accords et pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou un groupe d'entreprises, V. C. com. NC, art. Lp 421-2-1.

629 C. com. NC, art. Lp 431-1 et s..

630 C. com. NC, art. Lp 432-1 et s..

631 C. com. NC, art. Lp 422-1.

aux recommandations précitées, d'assainir le processus de formation des prix en favorisant une diversification des enseignes et donc de l'offre⁶³², l'empreinte nationale. Il reste que les autorités calédoniennes ont veillé à fixer des seuils de contrôle différents afin de tenir compte des spécificités locales⁶³³, et ont parfois fait montre d'une certaine originalité. Ainsi, en soumettant à un régime de notification la mise en exploitation, l'extension, le changement d'enseigne commerciale, ou encore le changement de secteur d'activité d'un magasin de détail dont la surface de vente est ou devient supérieure à un certain seuil, il consacre un contrôle de telles opérations qui n'a pas son pareil dans le Code de commerce national lequel, s'il instaure un contrôle de la croissance des grandes surfaces, le situe dans le seul cadre de la réglementation de l'urbanisme commercial. La loi du pays du 24 avril 2014 s'est, de son côté, employée à consacrer l'autorité locale de la concurrence recommandée⁶³⁴, afin de confier la mise en œuvre de ce nouveau droit à une autorité émancipée tout à la fois des secteurs contrôlés que des pouvoirs publics⁶³⁵. Cette autorité n'a néanmoins aujourd'hui toujours pas vu le jour.

II. Les lois du pays de demain ?

Le droit de la concurrence reste une priorité. D'abord, comme nous l'avons souligné, si le législateur calédonien a rédigé sa copie en consacrant l'autorité locale de la concurrence, comme l'y invitaient les rapports rédigés en 2012 par l'autorité nationale de la concurrence pour parfaire l'édifice, et comme le lui a permis la loi organique du 15 novembre 2013, il reste que cette autorité n'existe pour l'heure que sur le papier. À ce titre, la construction du droit local de la concurrence reste inachevée, et il apparaît dès lors urgent pour le pays de se pencher sur les raisons d'une telle absence pour y remédier. Il en va de la crédibilité de son nouveau dispositif. Ensuite, les règles posées par les lois du pays de 2013 et 2014 doivent, pour certaines, déjà évoluer car elles ont montré, à travers l'examen des dossiers soumis au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie⁶³⁶, leur limite.

632 La cible première de ces dispositions, même si certaines sont plus générales dans leur application, est la structure du marché de détail puisque sur le grand Nouméa, deux grands groupes se partagent 85 % des parts de marché.

633 La loi du pays sur la concurrence a fait l'objet, notamment sur ces seuils, d'un contrôle de constitutionnalité. Les neuf sages de la rue Montpensier ont toutefois validé chacun d'eux en considérant que la situation particulière de la Nouvelle-Calédonie commandait des seuils particuliers, sans que l'on puisse reprocher au dispositif mis en place une quelconque atteinte à la liberté d'entreprendre, Cons. const., 1^{er} oct. 2013, n^o 2013-3, *AJDA* 2013, p. 2499, note J.-P. Pastorel.

634 Il en était désormais possible puisque la loi organique du 19 mars 1999, qui ne permettait que la création d'une instance consultative (V. avis CE 19 mars 1999), avait été modifiée par la loi organique du 15 novembre 2013 (art. 27-1).

635 Comme l'autorité de la concurrence nationale, l'autorité calédonienne reçoit le pouvoir de prononcer des injonctions et des sanctions dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, et celui de contrôler les opérations de concentration. Elle se trouve en outre – à la différence de l'autorité nationale – investie du contrôle des opérations de croissance interne dans le secteur du commerce de détail et de celui de sanctionner les pratiques restrictives de concurrence.

636 Dans l'attente de la mise en place de l'autorité locale de la concurrence, la régulation du marché relève plus précisément de la compétence de la Direction des Affaires Economiques.

Au-delà de la concurrence, on serait tenté de relever que l'ensemble des matières qui composent le droit commercial devrait faire désormais l'attention des autorités délibérantes de la Nouvelle-Calédonie. Cette branche du droit est un instrument du développement économique et seuls les pays disposant « d'un droit fiable, lisible et adapté aux besoins des affaires » sont à même « d'attirer les investisseurs »⁶³⁷. Il convient néanmoins de ne pas souhaiter une intervention à tort et à travers, sans recul et interrogations sur les possibilités offertes désormais à la Nouvelle-Calédonie.

A. Un droit de la concurrence à parfaire !

On l'a dit, deux constats s'imposent en la matière. Tout d'abord, il continue de manquer au dispositif de régulation, l'autorité locale de la concurrence consacrée pourtant par les textes. Cette carence est de nature à jeter le discrédit sur l'effort pourtant déployé par le législateur calédonien au lendemain du transfert de compétence pour permettre au pays de connaître davantage de concurrence. Le dispositif mis en place ne valait en effet réellement qu'au regard non seulement de la modernisation de l'arsenal juridique alors existant, mais aussi de la consécration d'une autorité indépendante à même de le faire respecter. Son absence est au demeurant d'autant plus regrettable aujourd'hui que, alors qu'il avait été remarqué que la Nouvelle-Calédonie s'illustrait par sa loi du pays du 24 avril 2014 en consacrant la première autorité administrative indépendante territoriale, devançant sur ce point la Polynésie française qui, s'était vue autoriser la création d'une telle autorité dès la loi organique n° 2011-918 du 1^{er} août 2011, mais n'y avait pas réussi faute pour son assemblée d'avoir approuvé le projet de loi portant réglementation de la concurrence qui prévoyait sa création, la Nouvelle-Calédonie se trouve rattrapée par cette collectivité d'outre-mer qui, après la promulgation de la loi du pays relative à la concurrence le 23 février 2015, est désormais dotée de l'autorité polynésienne de la concurrence.

À y regarder de plus près, il ne semble toutefois pas que cette absence puisse être reprochée aux autorités délibérantes locales qui, on l'a dit, ont adopté, les textes nécessaires à sa mise en place. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, en charge de la nomination des membres de l'autorité, a justement pu exprimer son impossibilité pratique à la consacrer en l'expliquant par les incompatibilités prévues par le législateur organique⁶³⁸. Notons en effet que l'autorité de la concurrence comprendra un président et trois autres membres nommés pour une durée de cinq ans et parmi lesquels sera désigné un vice-président. S'il est prévu que « le président exerce ses fonctions à temps plein », les autres membres seront « non permanents ». L'autorité disposera en outre d'un rapporteur général qui dirigera le service d'instruction. L'ensemble de ces personnes doit donc être nommé par le gouvernement, après audition publique, et

637 V. Ph. Pétel, Rapport précité, p. 7, lequel remarque ainsi que : « la qualité du droit local est l'un des critères d'appréciation pris en considération par les Cabinets de conseil procédant à l'audit d'un pays en vue d'investissements importants ».

638 Plusieurs avis de vacance de poste ont été publiés depuis l'adoption de la loi du pays du 24 avril 2014 sans qu'une candidature n'ait été déposée. Le dernier avis pour le poste de président et de membre non permanent court jusqu'au 11 mars 2016.

approbation à la majorité qualifiée du congrès de la Nouvelle-Calédonie⁶³⁹. Les candidats pressentis à ces fonctions devront disposer de compétences reconnues en matière de concurrence⁶⁴⁰ et satisfaire aux exigences d'incompatibilité qui figurent à l'article 27-1 de la loi organique du 19 mars 1999 aux termes duquel : « la fonction de membre d'une autorité administrative indépendante est incompatible avec tout mandat électif, tout autre emploi public et toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur dont ladite autorité assure la régulation ». C'est en réalité en ces lignes que se situe la difficulté⁶⁴¹. L'impossibilité de cumuler cette fonction avec un emploi public ne permet pas de recruter des fonctionnaires ou contractuels employés par une personne publique, alors précisément que ce sont de telles personnes qui présenteraient le profil adéquat.

Une proposition de loi organique relative au statut des autorités administratives indépendantes créées par la Nouvelle-Calédonie a été adoptée en première lecture au Sénat le 18 novembre dernier prenant en compte ces considérations. Elle suggère ainsi de modifier l'article 27-1 de la loi organique du 19 mars 1999 afin de corriger les règles d'incompatibilités posées initialement, tout en soumettant néanmoins le président à une incompatibilité professionnelle plus rigoureuse. Celui-ci ne pourrait en effet exercer aucun autre emploi public en Nouvelle-Calédonie, tandis que les membres non permanents pourraient exercer un tel emploi, à la condition néanmoins qu'il le soit au sein de l'État⁶⁴². Le congrès, qui appelle de ses vœux la possibilité de pouvoir recruter au sein des juridictions ou de l'Université, serait ainsi entendu⁶⁴³.

On le voit, c'est bien dans le camp du législateur national, et non dans celui du législateur calédonien, que se situe désormais l'amélioration des chances pour la Nouvelle-Calédonie de se doter d'une autorité locale de la concurrence. Celui-là n'a jusqu'à présent pas failli dans l'accompagnement du pays dans la mise en place d'une autorité aux pouvoirs étendus dès lors que ce dernier entendait se doter d'une véritable législation sur la concurrence. Rappelons ainsi la modification de la loi organique de

639 À la majorité des 3/5^e des suffrages exprimés, art. 93-1 de la loi organique du 19 mars 1999.

640 Il est expressément prévu que : « le président est nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique, ainsi qu'en raison de son expérience significative en droit et en pratique en matière de concurrence » et que les membres du collège seront désignés « en raison de leur expérience significative en matière juridique ou économique ».

641 En particulier, est-il considéré, pour les membres non permanents, rémunérés à la vacation ; V. la déclaration de Philippe Gomès, député, lors de la séance publique à l'Assemblée nationale du 15 juillet 2015 : « Le problème est que, si cette incompatibilité ne soulève pas de difficultés s'agissant du président et du rapporteur de cette autorité administrative indépendante – car ils exercent ces fonctions à temps plein – il n'en va pas de même pour les autres membres, qui ne peuvent pas vivre uniquement des vacances qui leur sont allouées au titre des délibérations ».

642 L'article 27-1 de la loi organique ne comporterait ainsi plus, dans son alinéa 2, de référence à une incompatibilité à tout emploi public, et ajouterait : « est également incompatible l'exercice, pour le président d'une autorité administrative indépendante de tout autre emploi public exercé en Nouvelle-Calédonie, pour les autres membres d'une autorité administrative indépendante, de tout autre emploi public de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et des communes de la Nouvelle-Calédonie ainsi que de leurs établissements publics ».

643 Le congrès de la Nouvelle-Calédonie a été consulté sur la proposition évoquée et a rendu un avis favorable le 28 septembre 2015.

1999 par celle du 15 novembre 2013 afin de permettre la création d'une autorité qui soit plus qu'une simple autorité consultative chargée d'assister le gouvernement⁶⁴⁴ ou encore la publication de l'ordonnance n° 2014-471 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à la Nouvelle-Calédonie de dispositions du livre IV du Code de commerce relevant de la compétence de l'État en matière de pouvoirs d'enquête, de voies de recours, de sanctions et d'infractions. Il reste que le calendrier ne lui est pas très favorable puisque la Commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes vient de rendre son rapport sur ces dernières, lequel dresse un bilan plutôt négatif, déplore une prolifération incontrôlée de ces autorités et en appelle ce faisant à une rationalisation⁶⁴⁵. Souhaitons que la consécration récente de l'autorité polynésienne de la concurrence soit l'élément déterminant, par la démonstration que l'effectivité de l'arsenal juridique consacré localement passe bien par la mise en place, sur le territoire donné, d'une telle autorité.

À ce titre, et dans un second temps, le pays devrait revoir certaines des règles adoptées en 2013 et 2014 qui ont d'ores et déjà fait apparaître leurs imperfections. À ce jour, une quinzaine de décisions ont été rendues par la direction des affaires économiques du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie⁶⁴⁶ au titre du contrôle des opérations de concentration et des opérations affectant le secteur du commerce de détail (création, agrandissement, changement d'enseigne, changement de secteur d'activité...) et deux améliorations semblent d'ores et déjà s'imposer. La première concerne le contenu du dossier de notification de l'opération soumise à contrôle. Fixé dans deux arrêtés du 19 novembre 2013⁶⁴⁷, les acteurs économiques s'accordent pour en souligner la lourdeur injustifiée. Un allègement des formalités pourrait au demeurant se faire aisément puisqu'il ressortit à la compétence du seul gouvernement. La seconde est relative au fond, et plus précisément aux seuils de contrôlabilité des opérations impactant la structure du marché. Rappelons qu'au titre de l'article Lp. 431-2 du Code de commerce l'opération de rapprochement d'entreprises est soumise à autorisation dès lors que le chiffre d'affaires total réalisé en Nouvelle-Calédonie par les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 600 millions de francs pacifiques, et qu'aux termes de l'article Lp. 432-1 dudit code, les opérations de croissance interne dans le secteur du commerce de détail sont soumises à notification dès lors que la surface de vente est ou devient supérieure à 350 m². De tels seuils avaient fait l'objet de vives discussions au cours des débats ayant précédé la loi du pays du 24 octobre 2013 qui les a consacrés et ont été contestés pour leur faiblesse dans le cadre de la saisine du Conseil constitutionnel, sans que celui-ci ne trouve néanmoins à y redire, considérant que :

644 Répondant ainsi au souhait du comité des signataires.

645 Ce rapport a pour titre « Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler », V. <http://www.senat.fr/rap/r15-126-1/r15-126-11.pdf>.

646 Qui reste compétente jusqu'à la réunion constitutive du collège de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

647 L'arrêté n° 2013-3273 /GNC est relatif aux opérations de concentration ; l'arrêté n° 2013-3275 /GNC est relatif aux opérations dans le secteur du commerce de détail.

« Eu égard aux particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie et aux insuffisances de la concurrence sur de nombreux marchés, l'atteinte à la liberté d'entreprendre qui résulte des dispositions contestées est justifiée par des objectifs de préservation de l'ordre public économique que le législateur s'est assignés et proportionnée à cette fin »⁶⁴⁸.

Ces seuils pourraient néanmoins, compte tenu de l'analyse des dossiers déposés à la direction des affaires économiques, être demain révisés à la hausse, pour que ne soient plus soumises à celle-ci, puis à l'autorité de la concurrence, les opérations qui restent en réalité d'une faible ampleur et n'ont ce faisant aucune incidence sur la concurrence. S'agissant plus spécifiquement du seuil de 350 m² auquel est subordonné le contrôle des opérations de croissance interne dans le domaine du commerce de détail, il pourrait être ainsi fixé au niveau du seuil fixé par la province Sud en matière d'urbanisme commercial, soit 750 m², par sa délibération du 12 décembre 2014. Cet ajustement aurait au demeurant pour conséquence de simplifier quelque peu l'ensemble du dispositif en la matière lequel se caractérise par une juxtaposition inédite - en elle-même, source de difficultés - d'un contrôle « concurrence » dévolu aux autorités compétentes en matière de concurrence, à un contrôle « urbanisme », dévolu aux provinces. Ces modifications de seuil nécessiteront toutefois l'adoption plus contraignante d'une nouvelle loi du pays.

B. Quelles lois du pays dans les autres domaines ?

S'agissant des autres domaines du droit commercial pour lesquels le transfert de compétence normative reste encore récent, il convient, pensons-nous, que le législateur calédonien s'interroge avant toute intervention, même si celle-ci, on l'a dit est souhaitable, sur la marge de manœuvre dont il jouit réellement, tant sur le plan juridique, que sur le plan simplement pratique. Juridiquement ainsi, si les autorités délibérantes calédoniennes bénéficient d'une compétence pleine et entière pour construire leur propre droit commercial, elles restent soumises, eu égard au fait que la Nouvelle-Calédonie relève encore de la souveraineté française, aux règles du bloc de constitutionnalité. Une démonstration en a été faite lors de l'adoption de la loi du pays du 24 octobre 2013 sur la concurrence puisque ses détracteurs ont ainsi pu déférer devant le Conseil constitutionnel certaines de ses dispositions en arguant d'une atteinte au principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre⁶⁴⁹. Par ailleurs, si le législateur calédonien jouit d'une liberté d'action, qui peut l'amener à se départir de la loi métropolitaine, voire du modèle romano-germanique, pour s'inspirer du modèle anglo-saxon offert par les pays qui lui sont voisins, le contrôle de la bonne application de cette nouvelle règle de droit reste soumis à la Cour de cassation. Ce faisant, l'émancipation, quelle que soit son intensité, concourra à la difficulté de lecture et au manque de lisibilité du droit, si nécessaire à la compétitivité du pays, par un tri obligatoire des décisions rendues sur le fondement de la loi métropolitaine, et de celles rendues en application du droit calédonien. Au-delà de ces réalités juridiques, des obstacles

648 Cons. const., 1^{er} oct. 2013, n^o 2013-3, *AJDA*, 2013, p. 2499, note J.-P. Pastorel.

649 V. la décision du Conseil constitutionnel, Cons. const., 1^{er} oct. 2013, n^o 2013-3, *AJDA* 2013, p. 2499, note J.-P. Pastorel.

techniques ou psychologiques sont de nature à justifier que le législateur calédonien ait quelques difficultés à se détacher du modèle français. Outre l'habitude du raisonnement, l'élément déterminant reste la formation de ceux qui localement d'une part enseignent le droit, et d'autre part veillent à sa correcte mise en œuvre⁶⁵⁰.

Il apparaît, selon nous, ce faisant que ce n'est pas tellement dans le terme d'émancipation qu'il faudrait que le législateur calédonien se retrouve, mais davantage dans celui de rationalisation. La construction d'un droit commercial local aujourd'hui doit, pensons-nous, pour les raisons évoquées plus avant, rester fidèle à l'évolution du droit national. Néanmoins, elle peut être l'occasion d'une recherche d'utilité de la règle de droit pour le pays lui-même, et donc d'une sélection qui faciliterait au demeurant la lisibilité de celle-ci. Le législateur calédonien aurait ce faisant la hauteur de vue qui manque souvent au législateur national. Un auteur a pu écrire ainsi, à propos des réformes récentes qui ont touché le droit métropolitain des sociétés que par là, « le législateur n'a pas pris le temps de repenser globalement (celui-ci) qui aurait pourtant besoin d'être remis à plat » alors qu'« une vision renouvelée de la matière est pourtant nécessaire »⁶⁵¹. C'est un reproche qui pourrait être en réalité généralisé.

Précisément, et à titre d'exemple, dans l'élaboration du droit des sociétés et plus généralement du droit des structures juridiques commerciales, les autorités délibérantes calédoniennes pourraient d'abord adopter les règles dont l'absence est de nature à préjudicier aux acteurs locaux. Dès 2011, un vent de simplification a soufflé sur cette matière ; d'abord par l'adoption des lois Warsmann I du 17 mai 2011 et Warsmann II du 22 mars 2012, qui n'ont pas été étendues à la Nouvelle-Calédonie ; ensuite par la promulgation d'ordonnances adoptées sur habilitation du législateur national, postérieurement au transfert de compétence. Et si certaines de ces dispositions n'ont aucun lien avec l'idée même de simplification⁶⁵², certaines paraissent incontournables. Citons pêle-mêle la simplification des diverses obligations comptables⁶⁵³, la mise en place de l'injonction de déposer les comptes annuels lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne l'ont pas fait⁶⁵⁴, la fixation de la durée du mandat des administrateurs et des membres du conseil de surveillance à six ans sans distinction selon le mode de nomination⁶⁵⁵, la révision des conditions de réunion des assemblées

650 Professeurs, avocats, magistrats officiant en Nouvelle-Calédonie sont et restent de formation française.

651 M. Roussille, « Simplifier ou compliquer », *D. sociétés*, 10/2014, repère 9.

652 V. ainsi A. Couret et B. Dondero, « La loi Warsmann II relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives – aspects de droit des sociétés », *Bull. Joly* 2012, p. 360 et 441, qui s'interrogent en ces termes : « la transformation d'amendes de 9 000 € en amendes de 150 000 € est-elle de nature à simplifier la vie de quiconque ? De même, quelle simplification faut-il attendre de l'abandon d'une peine d'amende au profit d'une nullité possible qui, si elle opère, aura des effets ravageurs sur la sécurité juridique ? ».

653 V. note C. com., art. L. 123-16.

654 V. C. com., art. L. 232-24 du C. com.. La consécration d'un tel texte permettrait de rendre effective la publicité des comptes sociaux qui reste aujourd'hui, pour nombre de sociétés, une obligation négligée. À noter que depuis le transfert de compétence, c'est la direction des affaires économiques et non plus le greffe du tribunal mixte de commerce qui est réceptonnaire de ces informations.

655 C. com., art. L. 225-18 pour les administrateurs, art. L. 225-75 pour les membres du conseil de surveillance.

générales⁶⁵⁶, ou encore les modifications apportées par les ordonnances récentes telles que la possibilité pour une EURL d'être associée d'une EURL, la simplification des règles d'opposabilité aux tiers des cessions de parts de SARL et de SNC, l'aménagement du régime des conventions réglementées dans les SA, ou enfin la possibilité de constituer une SA entre deux associés⁶⁵⁷. Dans ces lois du pays propres aux structures juridiques des entreprises, le législateur pourrait par ailleurs saisir l'occasion de donner un cadre juridique aux groupements de droit particulier local qui en sont pour l'heure dépourvus. Le GDPL est une structure originale qui a été créée en Nouvelle-Calédonie par une ordonnance du 15 octobre 1982 dans le cadre de la rétrocession des terres coutumières⁶⁵⁸. Il s'est en effet agi de consacrer une enveloppe juridique dotée de la personnalité morale susceptible de posséder et ce faisant gérer le foncier coutumier. Aujourd'hui, ces groupements sont aussi devenus de potentiels partenaires de projets économiques, dans une volonté supplémentaire de valorisation desdites terres coutumières, mais faute de textes régissant leur fonctionnement, ils suscitent la crainte d'éventuels investisseurs⁶⁵⁹. Une loi du pays dont la vocation serait de fixer un cadre juridique à cet opérateur économique incontournable serait au demeurant la démonstration que le législateur calédonien est au plus près des préoccupations locales. Enfin, l'écriture d'un droit des structures juridiques d'entreprise offrirait l'opportunité de se pencher sur la possibilité ou non, pour un entrepreneur individuel d'opter pour le statut d'EURL, statut présent en Nouvelle-Calédonie, on l'a dit, du fait de l'extension de la loi nationale du 15 juin 2010 l'ayant consacré⁶⁶⁰, mais inapplicable faute de l'extension de son décret d'application. Nous ne pensons pas que l'introduction dans le paysage juridique calédonien de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée réponde à une nécessité, dans la mesure où le pays connaît de la déclaration notariée d'insaisissabilité qui offre au « patenté » la possibilité de protéger une partie de son patrimoine. Néanmoins, si une orientation devait être prise en faveur de sa consécration réelle – d'aucuns considérant que ce statut constitue une nouvelle technique d'organisation de l'entreprise - il appartiendrait, à tout le moins estimons-nous, au législateur local de corriger les imperfections du dispositif national, dont celles qui affectent l'accès au crédit de l'EURL⁶⁶¹.

Une autre illustration du contenu que devrait comporter la loi du pays en comparaison de la loi nationale pourrait être prise dans le droit des entreprises en difficulté. Au-delà de la nécessité de mettre en place, à l'instar du droit métropolitain, un

656 V. C. com., art. L. 223-26 pour la SARL et L. 225-103 pour la SA.

657 V. *supra*, 1^{re} partie.

658 Ordonnance n° 82-880 du 15 octobre 1982 relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

659 Investisseurs déjà frileux au regard de la règle des 4 I à laquelle sont soumises les terres coutumières. Aux termes de l'article 18 de la loi organique du 19 mars 1999, celles-ci sont en effet inaliénables, insaisissables, incommutables et incessibles.

660 Ordonnance n° 2011-322 du 24 mars 2011.

661 L'EURL ne peut pas renoncer à son statut au profit d'un seul créancier, C. com., art. L. 526-15. Et pour une vue d'ensemble des points négatifs de l'EURL qui ne remporte en métropole qu'un pâle succès, V. S. Piedelièvre, « Un nouveau départ pour l'EURL ? », *Gaz. Pal.* 2014, n° 261, p. 9 et s.

système de garantie des salaires en cas de défaillance de l'employeur⁶⁶², et qui manque cruellement aux salariés des entreprises dont le siège est en Nouvelle-Calédonie, les autorités délibérantes calédoniennes seraient éclairées d'introduire dans le droit local, sinon l'ensemble des dispositions adoptées en métropole depuis le transfert de compétence dont certaines ne s'adressent qu'à des entreprises de grande envergure, absentes du territoire et donc inutiles pour lui⁶⁶³, du moins d'une part celles précisant certaines règles de fond comme celles précieuses relatives à la déclaration de créances⁶⁶⁴ ou propres au sort du privilège de *new money* en cas de plan⁶⁶⁵, et d'autre part, la nouvelle procédure dite de rétablissement professionnel qui permet d'écarter de la liquidation judiciaire le débiteur personne physique impécunieux tout en lui offrant le confort des effets de la clôture pour insuffisance d'actif, c'est-à-dire « la purge des dettes »⁶⁶⁶.

Ces préoccupations de rationalisation et de pragmatisme pourraient ainsi animer toutes les initiatives législatives locales en la matière. En tout état de cause, nous devons souhaiter que la loi du pays, dont nous fêtons dans cet ouvrage les quinze ans, s'illustre aussi dans cette vaste matière du droit commercial, au-delà du seul droit de la concurrence, et qu'ainsi réalité ici, elle ne reste pas un mythe dans les nombreux autres domaines qui la composent. Il y a là incontestablement un défi à relever et beaucoup de travail à accomplir, mais l'aventure n'est-elle pas magnifique ?

662 Cette garantie existe en métropole depuis 1973 ; V. C. trav., art. L.3253-6 qui ainsi dispose : « tout employeur de droit privé assure ses salariés, ..., contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ».

663 Il en est ainsi de la procédure de sauvegarde accélérée. L'écriture du droit des entreprises en difficulté pourrait être d'ailleurs l'occasion d'évincer des règles étendues qui n'ont pas vocation à s'appliquer en Nouvelle-Calédonie, telles celles relatives aux comités de créanciers, et qui obscurcissent la lecture de la matière.

664 C. com., art. L. 622-24.

665 C. com., art. L. 611-11 et L. 626-20, I, 3^o.

666 Sur l'ensemble de ces points, V. Ph. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP* 2014, doct. 667.

La loi du pays fera-t-elle la « constitution civile⁶⁶⁷ de la Nouvelle-Calédonie » ?

Isabelle DAURIAC

Professeure à l'Université Paris Descartes
en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie

1. La matière civile n'est pas aussi malléable que la matière constitutionnelle. Il est plus aisé de voter référendum d'autodétermination ou constitution que de construire le droit civil calédonien. Le rythme lent des décennies convient davantage à l'histoire des mentalités et de la vie privée que le rythme soutenu des échéances politiques et institutionnelles. Qui se souvient de l'histoire juridique, constitutionnelle et civile, de la France, sait que le *Code civil des Français*⁶⁶⁸ fut bien moins le fruit de sa Révolution, qu'une œuvre multiséculaire⁶⁶⁹ et transactionnelle⁶⁷⁰.

De l'accord de Nouméa, quel sera le dénouement ? La Nouvelle-Calédonie s'emparera-t-elle de l'indépendance ou préférera-t-elle demeurer liée à la République ? Institutions⁶⁷¹, politiques, juristes⁶⁷², citoyens, tous s'emploient à imaginer pour construire demain. Le « Caillou » est dans l'expectative institutionnelle.

667 La formule est évidemment empruntée à Jean Carbonnier qui, l'habitude étant prise de penser la Constitution comme acte d'organisation des pouvoirs publics, disait du Code civil qu'il était la véritable constitution de la France, se réservant la société. La formule elle-même doit être l'objet d'un débat renouvelé, quand il s'agit d'apprécier la portée d'une compétence normative locale en droit civil sur fond de constitutionalisme français en reformulation : D. Rousseau, « Constitutionalisme et démocratie », 19 septembre 2008, *La vie des idées.fr*.

668 Promulgué par Napoléon Bonaparte le 21 mars 1804 (loi du 30 ventôse an XII), transformé en « Code Napoléon » en 1807, il est aujourd'hui le « Code civil ».

669 A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, 1969.

670 J. L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Puf, 1992.

671 A la suite du XII^e comité des signataires de l'Accord de Nouméa, le Premier ministre, M. Manuel Valls, a annoncé la mise en place d'un groupe d'experts destiné à aider la mission d'écoute et d'analyse conduite par MM. Alain Christnacht et Jean-François Merle. Ce groupe d'experts est composé par : M. Yves Dassonville, ancien directeur de cabinet de Christian Estrosi, secrétaire d'État à l'outre-mer (2007), ancien haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie (2007-2010) ; M. Régis Fraisse, conseiller d'État, ancien président du tribunal administratif de Nouméa et ancien chef du service juridique du Conseil constitutionnel ; M. François Garde, vice-président de tribunal administratif, ancien conseiller de Jean-Jack Queyranne (1998-2000), secrétaire général du gouvernement de Nouvelle-Calédonie (2009-2010) ; M. Benoît Lombrière, directeur adjoint d'Eurodom, ancien conseiller outre-mer (2009-2012) de Nicolas Sarkozy à l'Élysée. Sénat coutumier : « *Quel projet de société 30 ans après 1984 ? Diversité, identité Kanak et pluralisme juridique ?* », Colloque du 26 et 27 juin 2014 à Koohné.

672 J. Courtial et F. Melin-Soucramanien, *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, rapport remis le 13 octobre 2013, la Documentation française. M. Chauchat, « Doit-on parler d'une

Et pourtant, dès à présent, la Nouvelle-Calédonie peut théoriquement édifier son « gouvernement civil ». Les transferts de compétences normatives en droit civil et droit commercial sont effectifs depuis le 1^{er} juillet 2013⁶⁷³. À compter de cette date, les règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités, comme les principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales relèvent de la compétence de délibérations du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, dénommées lois du pays⁶⁷⁴. C'est ainsi par des lois du pays à valeur législative⁶⁷⁵ que peut et doit s'écrire le droit civil calédonien.

2. L'autonomie civile acquise par la Nouvelle-Calédonie est tout à fait exceptionnelle au sein de la République française⁶⁷⁶.

Certes, la Polynésie française fut, avant même la Nouvelle-Calédonie, dotée de compétences civiles et commerciales. Cependant, le transfert de compétences opéré par la loi organique du 27 février 2004⁶⁷⁷ demeure bien en deçà de celui réalisé au profit de la Nouvelle-Calédonie.

En effet, l'État a en particulier conservé en Polynésie une compétence normative exclusive non seulement sur la nationalité, mais encore sur « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités »⁶⁷⁸. Il s'agit là d'un domaine pour lequel le législateur républicain manifeste, traditionnellement, une volonté forte d'asseoir l'unité de législation, souhaitant garantir un même

constitution pour la Nouvelle-Calédonie ? », Congrès de la Nouvelle-Calédonie, le 24 octobre 2014, texte accessible sur le site : larje.univ-nc.nc.

673 Loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012, *relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de droit civil, de règles concernant l'état civil et de droit commercial*, JONC du 26 janvier 2012, p. 571. Décret n° 2013-563 du 26 juin 2013, *portant extension et adaptation de certaines dispositions du code de commerce (partie réglementaire) en Nouvelle-Calédonie*. Arrêté n° 2013-1631/GNC du 29 juin 2013 *constatant la réalisation des extensions des textes législatifs et réglementaires demandées par la Nouvelle-Calédonie et préalables au transfert de compétence du droit civil et droit commercial*. *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Nouméa 29 septembre 2011, Livre électronique des Actes du colloque sous la direction scientifique de S. Sana Chaillé de Néré, http://larje.univ-nc.nc/images/stories/Actes_Colloque_LARJE_2011.pdf.

674 Art. 99-9^o et 10^o LO. n° 99-209 du 19 mars 1999.

675 Si, dans l'exercice de son pouvoir normatif, la Polynésie française partage avec la Nouvelle-Calédonie ce pouvoir singulier de prendre des « lois du pays », ces lois du pays diffèrent par leur nature comme par leur valeur. Simples actes administratifs intervenant dans le domaine de la loi pour sa version polynésienne, la loi du pays a valeur législative en Nouvelle-Calédonie, art. 107 LO. n° 99-209 du 19 mars 1999. C. David, *Essai sur la loi du pays calédonienne – La dualité de la source législative dans l'état unitaire français*, L'Harmattan, 2009. N. Clinchamps, « Le Conseil constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie », in *Dossier : La constitution et l'outremer*, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, avril 2012.

676 Le transfert est qualifié d'« historique », par S. Sana Chaillé de Néré, *L'avènement d'un droit civil calédonien*, article dans le présent ouvrage.

677 Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, JO. n° 52 du 2 mars 2004, p. 4183.

678 Art. 14 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 précitée, qui énumère les compétences de l'État. A. Moyrand, *Droit institutionnel de la Polynésie française*, 2^e éd., L'Harmattan, 2012, p. 430, p. 444 et s.

statut civil de droit commun à tous les citoyens français - exception faite de ceux ayant conservé leur statut particulier⁶⁷⁹ - quel que soit leur lieu de résidence⁶⁸⁰. Rappelons que la loi du 9 juillet 1970⁶⁸¹ était, en son temps, intervenue pour tenir en échec le principe de spécialité législative⁶⁸² dans les territoires d'outre-mer. Toute disposition législative concernant le statut civil de droit commun en matière d'état et de capacité des personnes, de régimes matrimoniaux, de successions et de libéralités était « applicable de plein droit dans les territoires d'outre-mer, sauf exception déterminée par la loi ». La Nouvelle-Calédonie ne dérogeait pas à cette identité de statut civil et de droit civil familial autant que patrimonial. Par l'effet du transfert de droit civil réalisé à son profit, la voilà parée, pour le droit civil, d'une autonomie normative exorbitante de la tradition républicaine⁶⁸³.

3. Esquissant une possible partition civile entre la Nouvelle-Calédonie et la métropole qui ira bien au-delà des effets naturels de la spécialité législative, le transfert de compétence pourrait aussi avoir pour vertu de reconstituer la pleine compétence matérielle de la loi du pays, en matière civile.

On sait le droit civil pluriel en Nouvelle-Calédonie. Deux peuples, deux terres, deux droits civils⁶⁸⁴, telle est la réalité calédonienne depuis que, dans le sillage de l'accord de Nouméa, l'article 7 de la loi organique de 1999⁶⁸⁵ réduit le Code civil à n'être plus qu'une « norme catégorielle »⁶⁸⁶. Il ne s'applique plus qu'aux citoyens de statut civil, les citoyens de statut coutumier Kanak étant quant à eux régis par leurs coutumes pour l'ensemble de la matière civile et non plus seulement pour leur statut personnel⁶⁸⁷. Or, en vertu des articles 22-5^o et 99-5^o de la loi organique, le statut civil coutumier, le régime des terres coutumières et des palabres coutumiers, les limites des aires coutumières sont une compétence de la Nouvelle-Calédonie, exercée par voie de loi du pays.

679 Art. 75 de la Constitution.

680 G. Orfila, *La Nouvelle-Calédonie et le droit – Regards sur l'application du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, 1998, p. 44.

681 Loi n^o 70-589 du 9 juillet 1970.

682 Le principe de spécialité législative, qui régit les territoires d'outre-mer, a acquis une valeur constitutionnelle à la faveur de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution de 1946 : « Dans les territoires d'outre-mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative. En toutes autres matières, la loi française n'est applicable dans les territoires d'outre-mer que par disposition expresse. ». Aujourd'hui, il trouve encore ses racines constitutionnelles dans l'article 74 de la Constitution.

683 Rapprocher : M. Verpeaux, « L'unité et la diversité dans la République », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n^o 42, janvier 2014.

684 I. Dauriac, « La différenciation des personnes par l'état civil : expérience calédonienne », D. 2013. 2092 ; « Pluralisme juridique et développement économique », in *Droit économique en Nouvelle-Calédonie*, sous la dir. scientifique de N. Tagliarino-Vignal, PUAM 2016 à paraître.

685 Loi organique n^o 99-209 du 19 mars 1999.

686 P. Frezet, « Du statut à l'identité » in *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie – Identités et rééquilibrages*, PUAM 2012, p. 79 et spéc. p. 83.

687 I. Dauriac, « Pluralisme juridique et développement économique », in *Droit économique en Nouvelle-Calédonie*, sous la dir. scientifique de N. Tagliarino-Vignal, PUAM 2016 à paraître.

Cette compétence recomposée de la Nouvelle-Calédonie, en droit civil comme en matière coutumière, invite à l'ambition et l'imagination pour construire le droit civil calédonien de demain⁶⁸⁸. Il faut en prendre acte : le pluralisme culturel et juridique gouvernant ce territoire ultra-marin n'est plus tant le fruit d'une lutte à poursuivre pour une émancipation à l'égard du droit de l'État colonisateur qu'un pluralisme juridique à construire par la voix légiférante du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, représentation démocratique de la citoyenneté calédonienne.

4. L'heure a sonné⁶⁸⁹, pour la Nouvelle-Calédonie, d'écrire sa « *constitution civile* », de construire par des lois du pays cet ajustement social qui permet aux grandes lois civiles de trouver l'adhésion profonde des peuples et sociétés qu'elles entendent gouverner, dans un « destin commun ». Le transfert de compétence du droit civil en ouvre l'opportunité et en désigne l'instrument : la loi du pays. Des institutions, en particulier du Congrès et du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, sont attendus les choix politiques qui feront le droit civil de la Nouvelle-Calédonie.

Parce que les lois civiles qui traduisent le génie d'un peuple se font avec le temps⁶⁹⁰, faire une rétrospective des deux années écoulées depuis le transfert n'aurait ni sens ni matière. Aucune loi du pays n'a même encore été définitivement adoptée. Seules quatre propositions sont à ce jour formulées. Les trois premières intéressent la protection des savoir-faire traditionnels, les successions coutumières Kanak et l'acte public coutumier ; elles sont l'œuvre du Sénat coutumier⁶⁹¹. À l'initiative du groupe « *Calédonie Ensemble* » au Congrès⁶⁹² on doit l'adoption en première lecture de la loi du pays, « *portant création du Code agricole et pastoral de Nouvelle-Calédonie et relative aux baux ruraux* » le 14 janvier 2016, dont la seconde lecture sollicitée par le Haut-commissaire est attendue. En l'état de cette timidité législative, il n'est pas possible d'esquisser déjà les orientations que prendra l'exercice de cette compétence nouvelle. Le recul manque d'ailleurs aussi pour réfuter ou alimenter la crainte parfois exprimée que cette compétence puisse être délaissée⁶⁹³, tant il est vrai que le

688 M-A. Frison-Roche, *Le transfert de la compétence normative d'édition des lois et règlements en matière civile – De la métropole aux institutions propres de la Nouvelle-Calédonie*, rapport remis le 28 mai 2012 au Congrès de la Nouvelle-Calédonie.

689 « Le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. **L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun** », extrait de l'accord de Nouméa.

690 Portalis, *Discours préliminaire au Code civil*, accessible notamment sur le site *Les Classiques des sciences sociales*.

691 Saisine du Congrès par la délibération n° 14-2014/SC du 13 novembre 2014 adoptant le projet de loi du pays *relative à la sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture Kanak et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage des avantages*, JONC, 3 février 2015. Saisine du Congrès par une délibération du Sénat coutumier en date du 2 juillet 2015 d'une proposition de loi du pays *relative aux successions coutumières* n° 01/2013/SC du 22 août 2013, parue au JONC le 3 décembre 2013. Saisine du Congrès par une délibération du Sénat coutumier en date du 30 juin 2015 d'une proposition de loi du pays portant modification de la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, *relative aux actes coutumiers*.

692 Proposition de loi du pays *relative aux baux ruraux*, en date du 1^{er} juillet 2015.

693 S. Sana Chaillé de Néré, *L'avènement d'un droit civil calédonien*, dans le présent ouvrage.

débat public, sur la période écoulée, a été absorbé par d'autres préoccupations⁶⁹⁴ : élections municipales et surtout provinciales, crise gouvernementale et vacance de la Présidence, conflit relatif à la « doctrine nickel » sur fond de conflit des rouleurs sur mine et de chute des cours de cette matière première... Sans surprise, le contexte économique et les échéances politiques et institutionnelles du territoire sont peu favorables à une activité législative dans une matière qui a, très récemment et à l'occasion de son transfert⁶⁹⁵, bénéficié d'une importante remise à niveau.

5. S'il faut aujourd'hui porter un regard prospectif sur l'exercice de la compétence civile par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, c'est en raison de l'originalité de la situation constitutionnelle de ce territoire français ultramarin. Il jouit d'une autonomie exceptionnelle en droit civil, il ne peut néanmoins envisager l'exercer que dans le respect de l'ordre juridique et juridictionnel de la République. Autonome, il n'est pas souverain : à ce titre les lois du pays s'écrivent en matière civile sous la tutelle des normes constitutionnelles et des engagements internationaux de la France ; elles se réalisent dans la dépendance de jurisprudences locales mais également nationales et européennes. En conséquence, la compétence normative locale issue du transfert ne peut pas provoquer de bouleversement brutal des lois civiles. Aux contraintes sociologiques⁶⁹⁶ et politiques⁶⁹⁷ de l'art législatif s'ajoutent des contraintes institutionnelles et juridiques.

La première tient au fait que le transfert n'a pas fait table rase de la législation civile existante. Le principe de continuité de la législation veut au contraire que le droit civil existe tel qu'il était effectivement applicable à la Nouvelle-Calédonie au premier juillet 2013⁶⁹⁸. Or, les lois civiles métropolitaines, reçues « en dot », expriment, pour certaines d'entre elles, des principes par ailleurs contenus dans des normes internationales et constitutionnelles qui continuent de s'imposer au législateur calédonien par la force de la hiérarchie des normes. La seconde tient au fait que le transfert de la compétence normative est intervenu sans modification de l'organisation judiciaire. Sans transfert du pouvoir judiciaire, les juridictions de Nouvelle-Calédonie continuent de s'insérer dans le système juridictionnel français des ordres administratif et judiciaire et leurs jurisprudences à se développer à couvert de celles du Conseil d'État et de la Cour de cassation, sans pouvoir ignorer celles de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel.

694 Comparer sur le contexte politique de la période postrévolutionnaire et son effet sur la promotion du droit privé, X. Martin, « Fondements politique du Code Napoléon », *RTD civ.*, 2003, p. 247.

695 I. Dauriac et C. Grare-Didier, « Une réforme du droit des obligations par ordonnance : quelle incidence pour la Nouvelle-Calédonie », in *Droit économique en Nouvelle-Calédonie*, sous la dir. scientifique de N. Tagliarino-Vignal, PUAM 2016 à paraître. S. Sana Chaillé de Néré, *L'avènement d'un droit civil calédonien*, *op. cit.*

696 Reflet de l'évolution des mœurs, les lois civiles nécessitent des ancrages culturels et sociologiques solides qui supposent, à peine de rejet des populations, que le pouvoir de faire des lois ne puisse s'affranchir de la rationalité des faits. Dans cet archipel du Pacifique, l'art de faire la loi est sans doute plus encore qu'ailleurs l'art du consensus.

697 « Or pour réussir un Code civil, il faut un pouvoir fort, ou au moins stable » : P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, n^o 177.

698 S. Sana Chaillé de Néré, *L'avènement d'un droit civil calédonien*, *op. cit.*

6. Le champ des possibles pour la loi du pays en matière civile doit être éprouvé à l'aune de l'ensemble de ces forces créatrices du droit calédonien. Parce qu'au-delà des prévisions de la loi organique et même de l'accord de Nouméa, les sources du droit civil sont éclatées et parfois délicates à articuler, deux questions particulières retiennent l'attention.

Il convient, d'une part, de revisiter la contrainte qu'exerce la sauvegarde des libertés fondamentales sur la compétence normative locale (I) et, d'autre part, de sonder la marge d'intervention dont la loi du pays dispose pour œuvrer au rapprochement des peuples de Nouvelle-Calédonie (II).

I. La loi du pays contrainte par la sauvegarde des libertés fondamentales.

7. Véritable loi, la loi du pays comme la loi nationale doit être conforme tant au bloc de constitutionnalité, ici enrichi de l'accord de Nouméa constitutionnalisé⁶⁹⁹, qu'aux textes internationaux à valeur supralégislative⁷⁰⁰, dont la tentaculaire convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La hiérarchie des normes structurant l'ordre juridique étatique s'impose à la loi du pays qui n'échappe ainsi ni aux contrôles exercés, *a priori* comme *a posteriori*, par le Conseil constitutionnel⁷⁰¹ ni au contrôle de conventionalité opéré par les juridictions judiciaires comme la CEDH. Le principe de légalité reste une garantie performante des libertés fondamentales pour le citoyen calédonien comme pour les autres citoyens français. Il importe peu que la réforme civile soit l'œuvre d'une loi nationale ou locale, quand l'essentiel des principes substantiels des grandes notions de droit civil est déjà sanctuarisé sous les effets conjugués de la constitutionnalisation⁷⁰² du droit privé et de l'autorité de l'Europe des droits de l'homme. Parce qu'il s'agissait d'un transfert de compétence normative, la Nouvelle-Calédonie ne pouvait espérer se voir investie de pouvoirs et libertés autres que ceux susceptibles de s'exprimer dans la législation nationale. Le parallèle ne suffit toutefois pas à épuiser la question. Quand le déplacement de la compétence normative induit une possible transformation du droit civil en droit local, des questions inédites se posent. Elles concernent aussi bien la mise en œuvre des questions prioritaires de constitutionnalité (A) que le périmètre matériel du pouvoir normatif calédonien (B).

699 Art. 77 de la Constitution. M. Chauchat, « La citoyenneté calédonienne », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, février 2008, spéc. note 6. Étant néanmoins précisé que la portée de la constitutionnalisation réalisée demeure sujette à controverse doctrinale.

700 Art. 55 de la Constitution.

701 C. David, « L'assimilation du régime des lois du pays à celui des lois nationales dans le cadre de la QPC », *RFDC*, octobre 2012, n° 92, p. 863 et s.

702 Elle est annoncée dès 1990 par le Doyen Favoreu : « le droit constitutionnel : droit de la constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 71 ; « La constitutionnalisation du droit », in Mélanges R. Drago, *Economica*, 1996, p. 25. N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, 1998.

A. Les effets localement incertains de la QPC en droit civil

8. En vigueur depuis le 1^{er} mars 2010, la question prioritaire de constitutionnalité a profondément bouleversé la défense contentieuse des droits fondamentaux. Jusque-là exclusivement mise en œuvre par le contrôle judiciaire de la conventionalité des lois, la défense de ces droits est, en partie, rapatriée dans la sphère constitutionnelle⁷⁰³. Le contrôle de constitutionnalité s'affranchit du cantonnement : hier limité aux seules lois d'avenir, il concerne aussi les lois du passé⁷⁰⁴. Aucune loi n'échappe plus à la compétence du Conseil, au seul prétexte qu'elle est en vigueur : la contestation peut désormais s'élever à l'occasion d'un litige. Quand, y compris en droit des personnes et de la famille, « les trous noirs du contrôle constitutionnel⁷⁰⁵ » donnent lieu à des questions prioritaires de constitutionnalité, l'impact sur le Code civil de cette réforme constitutionnelle est net. Le Code civil n'est plus ce désert constitutionnel, sous emprise quasi exclusive « des droits de l'homme européens ». La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et la Charte de l'environnement sont des sources constitutionnelles du droit civil national et calédonien. L'effet amplificateur du contrôle de constitutionnalité de la loi du pays qu'il faut attribuer à cette réforme a parfaitement été mis en évidence par Carine David⁷⁰⁶. S'il devait révéler une violation des droits et libertés garanties par la Constitution, le contrôle exercé *a posteriori* conduit le Conseil constitutionnel à décider de l'abrogation immédiate ou le cas échéant différée de la loi nationale comme de la loi du pays contestée. Aujourd'hui familière, cette procédure oblige tout juriste de droit privé au « réflexe constitutionnel⁷⁰⁷ », néanmoins la portée de certaines décisions QPC rendues à propos de dispositions nationales peut susciter la perplexité de ceux qui exercent en Nouvelle-Calédonie.

9. Le 2 juin 2014, saisi par la Cour de cassation⁷⁰⁸ de la conformité du second alinéa de l'article 272 du Code civil aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel⁷⁰⁹ déclare l'inconstitutionnalité de ce texte avec effet immédiat à la date de publication de sa décision, soit le 4 juin 2014. Dès le 22 octobre 2014, par une substitution de motif de pur droit, la première chambre civile de la Cour de cassation⁷¹⁰ tire les conséquences de cette inconstitutionnalité dans une procédure

703 P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ 2015, n^o 106. D. Béchillon et N. Molfessis, « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit », *Cahier du Conseil constitutionnel* n^o 16, juin 2004.

704 J. Hauser, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n^o 16, avril 2004.

705 J. Hauser, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n^o 16, avril 2004.

706 C. David, « L'assimilation du régime des lois du pays à celui des lois nationales dans le cadre de la QPC », *RFDC*, octobre 2012, n^o 92, p. 863 et s.

707 X. Magnon, X. Bioy, W. Mastor et S. Mouton (dir.), *Le réflexe constitutionnel- Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, 2013.

708 Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 2014, pourvoi n^o 14-4007.

709 Cons. const., 2 juin 2014, DC-QPC n^o 2014-398.

710 Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2014, pourvoi n^o 13-24802.

judiciaire en cours. Les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail comme celles versées au titre de la compensation du handicap doivent être prises en considération par le juge pour la détermination des besoins et des ressources, indispensable à la fixation d'une prestation compensatoire : le contentieux en matière de prestation compensatoire engendré par la loi du 11 février 2005⁷¹¹ trouve ici un épilogue définitif et immédiat.

10. Les choses ne sont pourtant pas aussi évidentes sur le « Caillou ». C'est en effet oublier que, si faute d'extension la Nouvelle-Calédonie ignore la réforme majeure de la prestation compensatoire opérée le 30 juin 2000⁷¹², elle a néanmoins reçu en dot les dispositions étendues de la loi du 26 mai 2004 et de la loi du 11 février 2005. Ainsi, de l'article 272 du Code civil, le territoire ne connaît dans son code consolidé que l'alinéa 2. Que vaut l'article 272 du Code civil calédonien consolidé, après l'abrogation de l'alinéa 2 de l'article 262 du Code civil ? La question est délicate et inédite, ses enjeux théoriques et pratiques sont nombreux.

11. La déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative nationale, intervenue après le transfert de compétence, emporte-t-elle *ipso facto* l'anéantissement des dispositions substantiellement identiques du « droit civil local » ?

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, la contrariété substantielle de l'article 272 du code civil local consolidé aux libertés garanties par la Constitution n'est guère douteuse. Toutefois, l'observation n'épuise pas la difficulté. Il est regrettable qu'elle n'ait pas été envisagée lors de la réalisation du transfert. Une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité s'impose-t-elle pour obtenir l'abrogation de l'article 272 du Code civil en Nouvelle-Calédonie ? Pourrait-elle seulement, dans ce cas, remplir la condition de nouveauté indispensable à sa transmission au Conseil ? Autant de questions ignorées lors des travaux préparatoires au transfert⁷¹³.

711 Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

712 Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 2004, pourvoi n° 02-18391. La Cour conclut à l'inapplicabilité de cette loi « en l'absence de disposition expresse le prévoyant ».

713 Observons que les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité sur une disposition, autre par sa source formelle que celle contrôlée par le Conseil mais substantiellement identique, ne vont pas de soi. Aujourd'hui, la compétence exclusive du Conseil et l'interdiction faite aux juridictions judiciaires de contrôler la constitutionnalité des lois imposent une nouvelle QPC. De sorte que la reprise à l'identique par une loi du pays de dispositions comprises dans la loi nationale (hypothèse malheureusement trop souvent vérifiée, dans les faits) exige que soient reformulées formellement autant de QPC qu'il y a de sources légales, formellement distinctes. C'est à ce prix que la critique constitutionnelle permet d'éradiquer toutes les dispositions strictement identiques au fond. Là, s'exprime l'autorité limitée des décisions du Conseil. C'est une différence notable eu égard à l'autorité de la chose interprétée dont sont parées les décisions de la CEDH, et il peut convenir de réfléchir à son dépassement : D. Béchillon et N. Molfessis, « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004.

12. Rétrospectivement, le laconisme de la loi du pays du 20 janvier 2012 peut surprendre. En deux articles, elle énonce le principe du transfert et vient en préciser la date d'effectivité⁷¹⁴. Sur les effets et conséquences du transfert, son mutisme est complet.

En réalité, la méthode législative retenue pour les transferts de compétences précédemment réalisés s'est répétée à l'identique pour la compétence en droit civil et droit commercial. Force est alors d'observer que le trop souvent mal nommé « transfert du droit civil » a été envisagé exclusivement sous l'angle de la compétence normative⁷¹⁵. À aucun moment de ses conséquences éventuelles sur les normes concernées il n'a été question. Que deviennent les lois nationales applicables en Nouvelle-Calédonie au jour du transfert de la compétence normative ? Leur novation en droit local peut-elle seulement être imaginée ?

En réponse, le principe de permanence des textes peut seul être mobilisé. Ce principe assure la survie des normes⁷¹⁶ sur le territoire calédonien, après transfert de la compétence ; il ne saurait fonder leur transformation en norme locale. Au plus, si des normes « changent en quelque sorte de nature⁷¹⁷ », ce n'est que parce qu'issues de textes législatifs, elles sont tombées dans le périmètre matériel d'une compétence réglementaire territoriale ou provinciale, par l'effet du transfert opéré. Et, il ne s'agit là que d'un effet mécanique inhérent à la répartition matérielle des compétences établie par la loi organique pour le territoire devenu compétent.

Quand n'intervient qu'un transfert de compétences normatives sans transfert de normes, il ne peut pas être question de novation d'un droit national en droit local. La loi nationale se maintient sur le territoire calédonien tant qu'aucune loi du pays ne s'en saisit pour la réformer ou seulement pour se l'approprier au titre d'une « codification calédonienne à droit constant ».

13. Pour l'heure et en l'absence de loi du pays, le droit civil local n'a pas d'existence formelle ; il n'est encore qu'un possible. Dans l'attente de l'exercice effectif par la Nouvelle-Calédonie de sa compétence, c'est encore la loi nationale qui énonce la règle civile applicable sur ce territoire ultra-marin. Celle-ci déclarée inconstitutionnelle est abrogée et rien ne justifie de refouler aux frontières du « Caillou » la portée de son abrogation. Le justiciable calédonien bénéficie par là de l'effet immédiat de la décision QPC. Localement, une défense contentieuse de ces droits fondamentaux serait surabondante, d'autant que la nouveauté faisant défaut, la question réitérée s'expose à

714 Date « prévue au 1^{er} juillet 2013 sous réserve que soient tenus les engagements de l'État, s'agissant notamment des extensions législatives et réglementaires demandées. ».

715 *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Nouméa, 29 septembre 2011, Livre électronique des Actes du colloque sous la direction scientifique de S. Sana Chaillé de Néré, http://larje.univ-nc.nc/images/stories/Actes_Colloque_LARJE_2011.pdf. M-A. Frison-Roche, *Le transfert de la compétence normative d'édition des lois et règlements en matière civile – De la métropole aux institutions propres de la Nouvelle-Calédonie*, rapport remis le 28 mai 2012 au Congrès de la Nouvelle-Calédonie. Rémy Cabrillac, *Étude réalisée à la demande du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie relative au transfert de compétences de l'État à la Nouvelle-Calédonie en droit civil opéré dans le cadre de l'article 21-III 4^o de la loi organique n^o99-209 du 19 mars 1999*, septembre 2008.

716 G. Orfila, *op. cit.*, n^o 10.

717 G. Orfila, *op. cit.*, n^o 0.

la non-transmission. Faire l'économie en local d'une nouvelle QPC et bénéficier sans différer de l'abrogation de la loi déclarée inconstitutionnelle au plan national sont des motifs évidents de satisfaction, en particulier pour le citoyen calédonien. Il convient toutefois de n'en ignorer aucune conséquence.

14. La déclaration d'inconstitutionnalité emporte abrogation de la loi nationale sur l'ensemble de son territoire d'applicabilité. Dans son sillage, la réforme rendue, le cas échéant, indispensable ne prospérera que dans le respect du partage de compétence législative acquis du fait du transfert. De quoi, au sein de l'État français plurilégislatif, contraindre le Parlement mais aussi le Congrès de la Nouvelle-Calédonie à légiférer, sans tarder davantage que ce qu'une modulation dans le temps des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité⁷¹⁸ aura pu tolérer.

Sans pour autant provoquer le moindre vide législatif, la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions de la loi du 11 février 2005 codifiée à l'alinéa 2 de l'article 272 du Code civil, emporte dans sa chute l'article 272 du « code consolidé calédonien ». La solution fait d'autant moins de doute que la Nouvelle-Calédonie n'a pour « code civil » que l'important travail de la direction des affaires juridiques pour consolider les textes qui lui sont étendus. Accessible en ligne⁷¹⁹, cette codification consolidée n'a aucune autre valeur qu'informatrice et documentaire⁷²⁰. Sans vote de l'assemblée légiférante ni publication officielle au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie, cette consolidation n'est pas un code du droit civil calédonien. Néanmoins, parce que, sur un territoire où aucun code d'édition privée n'existe, l'accès au droit civil applicable lui doit beaucoup, pour ne pas dire tout, une recommandation *a minima* peut être formulée. Intégrer les déclarations d'inconstitutionnalité⁷²¹ venues en modifier la teneur lors de son actualisation serait une source de valeur ajoutée opérationnelle non négligeable pour ce « code civil » dématérialisé. *De lege ferenda*, on se prendra à rêver que l'important travail de consolidation déjà réalisé se poursuive et donne lieu à une « codification civile à droit constant » par voie de loi du pays. Ce premier chantier « pour un code civil de la Nouvelle-Calédonie » aurait déjà le considérable mérite d'assurer enfin au droit civil calédonien l'accessibilité intellectuelle et matérielle qui lui fait encore cruellement défaut⁷²².

718 Article 62 de la Constitution.

719 Décision n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, la loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *RTD civ.*, 2000, p. 186, obs. N. Molfessis ; M-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, Chron. 361 ; P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, n° 254.

720 Site www.juridoc.gouv.nc. Cette publication dématérialisée est assortie de l'avertissement suivant : « En l'état du droit, seules les éditions sur papier du Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC) répondent aux exigences légales de publication : les versions dématérialisées des textes, consolidées à titre purement documentaire et informatif, n'engagent pas la responsabilité de la Nouvelle-Calédonie. Si vous constatez une erreur, ou une omission, merci de bien vouloir la signaler au webmestre du site : webmestre.juridoc@gouv.nc. Tous droits de propriété intellectuelle réservés. ».

721 Le code civil consolidé dématérialisé est actuellement à jour au 29 décembre 2015 et ignore les déclarations d'inconstitutionnalité ayant frappé certaines dispositions du code civil français.

722 Une difficulté à résoudre parmi d'autres serait, à cette occasion, d'envisager le sort des articles du Code civil qui certes ne nécessitaient pas *a priori* d'extension d'applicabilité pour relever du droit des

Le rêve impose cependant un retour à la réalité. La faisabilité d'une codification civile, même à droit constant, suppose que soit au préalable vérifié l'exact périmètre matériel de la compétence normative du Congrès, en cette matière.

B. Une compétence civile locale, amputée du régime des libertés publiques ?

15. Le périmètre matériel du transfert de compétence alimenta l'essentiel du débat et des travaux préparatoires au transfert. Il ne serait pas utile d'y revenir, si la loi du pays du 20 janvier 2012 qui institue le transfert n'en portait pas les stigmates dans une annexe curieuse. Riche de deux articles, cette loi consacre le second à expliciter l'existence de cette annexe, approuvée et publiée, dont l'objet est de préciser les compétences transférées et, chose plus surprenante, celles qui ne le sont pas. À la vérité, une filiation évidente existe entre cette annexe et l'avis rendu le 7 juin 2011 par le Conseil d'État⁷²³, saisi du fond et de la forme à retenir pour définir le périmètre du droit civil à transférer. Par cet avis, le Conseil d'État se posait « en gardien substantiel des notions de droit civil⁷²⁴ » sans qu'il n'ait été pour autant observé qu'il franchissait en cela d'autres lignes de démarcation que celles usuelles de la hiérarchie des normes⁷²⁵. La motivation de l'avis, reprise quasi littéralement en annexe par la loi du pays, opère pourtant un cantonnement inattendu des compétences normatives transférées en matière civile. La Nouvelle-Calédonie se saisit par là d'une compétence civile amputée de notions civiles pourtant fondatrices.

16. Inhabituelle, l'annexe à la loi du pays veut clore, avec l'autorité de cette dernière, le débat nourri qui avait pu se cristalliser sur le périmètre du transfert⁷²⁶. Chacun sait en effet d'expérience que cette question ne cessera pas de ressurgir à l'occasion de l'exercice même de la compétence, pour donner lieu de façon casuistique à des avis du Conseil d'État voire à des décisions du Conseil constitutionnel. La précaution est *a priori* logique car en sécurisant pour l'avenir l'interprétation de ce périmètre elle

régimes matrimoniaux et des successions, mais qui pourraient s'analyser matériellement en des dispositions procédurales, et par conséquent réaliser un empiètement sur la compétence normative de la Nouvelle-Calédonie en matière de procédure civile.

723 Section de l'intérieur – Avis n° 385.207 - 7 juin 2011.

724 M-A. Frison-Roche, rapport précité, n° 11.

725 M-A. Frison-Roche, rapport précité n° 210 : l'auteur préconisant d'aller au-delà de l'inflexion de la loi métropolitaine invite à une conception large de l'innovation car « son mérite est de permettre la construction d'un droit civil adéquat à la Nouvelle-Calédonie. C'est l'esprit du transfert. La limite en est le respect de la hiérarchie des normes car la Nouvelle-Calédonie continue d'être insérée dans la République Française. Les gardiens en sont le Conseil d'État par ses avis en amont sur les projets de lois de pays et le Conseil Constitutionnel par ses décisions en aval sur les lois de pays votées par le Congrès de Nouvelle-Calédonie. Retenant, n° 261, « que ne serait-ce que pour éviter le plus possible les difficultés pratiques d'un découpage à l'intérieur du droit civil », le Conseil d'État en son avis de 2011 s'est prononcé « pour un transfert de l'ensemble du droit civil. »

726 Pour le résumé synthétique des discussions, voir S. Sana Chaillé de Néré, *L'avènement d'un droit civil calédonien*, *op. cit.* Pour un périmètre des compétences transférées restrictif car amputé aussi bien de la nationalité que des libertés publiques : *Rapport définitif de la mission d'appui aux transferts de compétence en Nouvelle-Calédonie*, Novembre 2008. Sur la partie consacrée au transfert du droit civil et du droit commercial, voir M. Badie et Mme Arrighi de Casanova, *op. cit.*, p. 57.

tente en amont de vider le débat. Tant pour des raisons de forme que de fond, on peut néanmoins douter de son succès.

17. Faisant preuve d'une remarquable discipline à l'égard de l'avis donné par le Conseil d'État, le législateur calédonien a fait sienne la méthode préconisée pour définir le périmètre de la compétence civile dont il se saisit ; sur le fond, il s'est approprié les inclusions comme des exclusions suggérées, par le Conseil, sur la base du Code civil pris pour étalon du droit civil.

D'abord, la compétence normative transférée ne s'arrête pas aux frontières de ce code. Elle appréhende le droit civil hors du Code civil⁷²⁷ ; et un inventaire indicatif des matières concernées est expressément dressé. Cette discussion, au moins, ne renaîtra pas, sauf toutefois à ce qu'il soit question d'enrichir encore une liste, au demeurant non limitative. Quoique louable, la démarche ne peut pas être absolument décisive, quand la frontière dessinée ne l'a été qu'à titre indicatif.

Ensuite, passé l'effet d'annonce d'une compétence transférée recouvrant l'intégralité du droit civil codifié y compris l'état civil⁷²⁸, il faut se rendre à l'évidence : un certain nombre de dispositions de ce Code et non des moindres en sont exclues. En s'inscrivant docilement dans le sillage du Conseil d'État, l'annexe s'expose aux risques du dépeçage de cette constitution civile plus que bicentenaire. Outre le droit de la nationalité naturellement retranché des compétences transférées, le régime juridique des garanties des libertés publiques, quand bien même il relève par nature de dispositions de nature civile, l'est aussi.

18. Il serait inconvenant de reprocher au Congrès ce qui fut hier à la fois la voie médiane d'interprétation juridique défendue par la juridiction nationale pour articuler les points I 1^o et III 4^o de l'article 21 de la loi organique et aussi le fond du compromis politique local indispensable à la réalisation du transfert.

Cette transaction n'en présente pas moins des inconvénients d'ordre méthodologique, que la lettre de la loi organique n'imposait pas et que l'exercice à venir de la compétence civile ne manquera pas de révéler.

En son point III 4^o, l'article 21 de la loi organique offrait sans ambiguïté l'opportunité à la Nouvelle-Calédonie de s'emparer de la compétence du droit civil et de l'état civil, sans autre réserve que la compétence des Provinces en matière de chasse et d'environnement, ni autre limite que le domaine de compétence exclusive de l'État s'agissant de la garantie des libertés publiques. Certes, la compétence réservée de l'État pour la garantie des libertés publiques engendre des questions délicates de frontières, lors de l'exercice par la Nouvelle-Calédonie de ses propres compétences.

727 « Notamment la copropriété, le statut des constructeurs, les baux d'habitation ou à usage professionnel, les baux ruraux, le statut juridique de l'exploitant, la publicité foncière, la propriété littéraire et artistique, les fondations. »

728 Pour le débat, voir E. Cornut, « Le périmètre matériel du transfert de compétences normatives en droit civil » in *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Nouméa 29 septembre 2011, Livre électronique des Actes du colloque sous la direction scientifique de S. Sana Chaillé de Néré, http://larje.univ-nc.nc/images/stories/Actes_Colloque_LARJE_2011.pdf.

Ce qui se réalisera pour le droit civil et le droit commercial, se produit déjà pour d'autres matières. La chose est inévitable quand le territoire exerce des compétences aussi importantes que celles du droit du travail et du droit syndical, de la réglementation des professions libérales et commerciales... La mise en œuvre de ces « ordres publics » civils, économiques, sociaux... contraint nécessairement les lois du pays à préciser les conditions d'exercice de ces libertés, de sorte qu'immanquablement l'hésitation existera pour déterminer si telle ou telle de leurs dispositions portent ou non atteinte aux conditions essentielles d'une liberté publique⁷²⁹. La répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie est ainsi faite par la loi organique statutaire. Procéder au dépeçage matériel des compétences transférées, au prétexte d'en retrancher le régime des libertés publiques, n'est pas pour autant judiciaire ni même forcément performant pour prévenir ces « conflits frontaliers ». Pareil démembrement n'est d'ailleurs envisagé ni par la lettre de la loi organique quand elle définit le domaine matériel de la loi du pays en matière civile⁷³⁰, ni par celle de la loi du pays du 20 janvier 2012 pour ce qui concerne le droit commercial. À soi seule, la perméabilité de l'ordre civil aux libertés publiques ne suffit pas à convaincre du bien fondée de la méthode⁷³¹.

19. L'indispensable conciliation des lois civiles et garanties des libertés publiques est d'ores et déjà assurée par d'autres voies. Un retranchement matériel de la compétence normative transférée ne s'imposait guère quand la mise en œuvre de la hiérarchie des normes y pourvoit tant par les avis donnés⁷³² et contrôles exercés ou susceptibles de l'être en amont du vote ou de la promulgation de la loi du pays qu'ensuite, par la défense contentieuse de ces libertés publiques au titre d'une QPC et plus encore du contrôle de conventionalité de la loi⁷³³. De sorte que l'éventualité de risques spécifiques de régression des conditions essentielles d'exercice de ces libertés pour les citoyens calédoniens, du seul fait du changement de main du pouvoir législatif, relève davantage du fantasme que d'anticipations politiques et juridiques raisonnables.

729 Alain Moyrand, *Droit institutionnel de la Polynésie française*, 2^e éd., L'Harmattan, 2012, p. 341.

730 Art. 99-9^o & 10^o : « Les lois du pays interviennent dans les matières suivantes correspondant aux compétences exercées par la Nouvelle-Calédonie ou à compter de la date de leur transfert par application de la présente loi : [...] 9^o Règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ; 10^o Principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; ».

731 En effet l'ordre social n'est pas moins perméable aux libertés publiques que ne l'est l'ordre civil et l'art 99-3^o de la loi organique statutaire définit pourtant sans restriction matérielle particulière le domaine matériel de la loi du pays. Les lois du pays interviennent dans les matières correspondant aux compétences exercées par la Nouvelle-Calédonie dont « les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale, les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie et des communes. ».

732 Consultation pour avis du Conseil d'État préalable au vote par le Congrès d'une loi du pays.

733 Force est en effet d'observer que pour le droit civil, les exigences du Conseil constitutionnel sont parfois en deçà de celles de la CEDH. C'est ainsi que l'article 274-2^o, étendu à la Nouvelle-Calédonie, ayant passé, moyennant une réserve d'interprétation, avec succès l'examen de constitutionnalité en 2011, succombe au contrôle de conventionalité opéré en 2014. Cons. const., décision QPC n^o 2011-151 du 13 juillet 2011. CEDH, 10 juillet 2014, n^o 04944/11 Milhau c/France : jugeant que l'absence de choix offert au débiteur pour régler la prestation compensatoire (abandon forcé de la propriété d'un bien) porte atteinte, au regard des circonstances de l'espèce, à l'article 1^{er} du Protocole n^o 1.

20. Parce que la pédagogie aura manqué pour rassurer suffisamment, le législateur local a fait le choix d'inscrire, dans la loi de transfert, son renoncement à se saisir d'une compétence normative s'agissant de dispositions civiles inventoriées, avec plus ou moins de précisions, d'ailleurs.

Sont exclus de la compétence normative du Congrès, les articles 9, 544 et 545 du Code civil, le premier relatif à la vie privée, les suivants au caractère et principes fondamentaux du droit de propriété, tous étant reproduits *in extenso* par la loi du pays, en son annexe.

Sont également exclus de sa compétence normative les principes relevant du régime juridique du respect dû au corps humain tels que fixés aux chapitres II et III du Titre I du Code civil et les dispositions du titre V et du chapitre III du titre II du livre Ier qui assurent le respect de la liberté matrimoniale, à charge cette fois de repérer, au sein de parties limitativement⁷³⁴ énumérées de ce Code, les dispositions substantielles que la loi du pays s'interdit de réformer.

21. La rédaction malencontreuse de cet inventaire plonge le civiliste accompli aux réflexes constitutionnel et conventionnel dans un abîme de perplexité. Quel danger une loi du pays à venir pourrait-elle bien faire courir à l'article 9 du Code civil ? Son intangibilité n'est-elle pas déjà mieux garantie par les articles 4 et 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que ne le fera jamais sa reprise *in extenso* par une annexe de la loi du pays ? Comment ne pas voir que la liberté matrimoniale peut autant avoir à souffrir d'une réforme des conditions d'entrée en mariage que de celle qui accentuerait la sévérité des conditions de sa dissolution, que le droit de propriété individuelle a bien plus à craindre de réformes tenant au divorce⁷³⁵, aux successions et libéralités, aux contrats que d'une réécriture par essence peu vraisemblable des articles 544 et 545 ?

De manière générale, peut-on sérieusement penser que le régime des libertés publiques s'épuiserait dans ces quelques dispositions du Code civil officiellement retranchées de la compétence normative du Congrès ? La sensibilité du droit des obligations, de la filiation, des régimes matrimoniaux ou des successions à la fondamentalisation d'un certain nombre de leurs principes démontre pourtant le contraire. Si l'objectif recherché est la garantie substantielle des notions fondamentales du droit civil et « libertés civiles », il ne fait aucun doute que tel qu'il est dressé l'inventaire manque de cohérence et de pragmatisme. Inutile et largement non opératoire, cet inventaire est plus encore troublant en ce qu'il prétend désarmer le Congrès.

734 Étant observé que cette même liste était sous la plume du Conseil d'État envisagée à titre indicative. Avis CE n° 385.207 du 7 juin 2011.

735 L'article 274-2° étendu à la Nouvelle-Calédonie après la réforme du divorce du 26 mai 2004 ne vient-il pas de faire les frais d'un contrôle de conventionalité pour atteinte à l'article 1^{er} du protocole 1 ? *Supra*, Sur l'ensemble de ces points, V. Ph. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP* 2014, doct. 667.

22. On sait les dispositions énumérées et d'autres principes ou notions fondatrices du droit civil d'ores et déjà sanctuarisés par le jeu de la hiérarchie des normes au point qu'aucun législateur national ou local ne peut revenir sur le caractère fondamental de ces droits et libertés garantis par ailleurs. Que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie ait souhaité renoncer par avance à œuvrer, par loi du pays, pour la sauvegarde de droits tels que le respect de la vie privée et de la propriété individuelle, ou encore de libertés civiles telles que la liberté matrimoniale ou la liberté d'association des calédoniens, au prétexte que ce sont aussi des libertés publiques n'a aucun sens, ni politique ni juridique. Sauf à n'avoir perçu ni le caractère évolutif de ces droits et libertés ni la dimension politique et structurante du droit civil pour une société, cette tentative de retrait spontané de l'assemblée légiférante calédonienne est un symptôme inquiétant quant à son aptitude à investir l'autonomie normative à laquelle le processus institutionnel irréversible d'émancipation la destine. Que reste-t-il en effet de la compétence normative en droit civil, une fois ces droits et libertés retranchés ?

23. La propriété privée, la vie privée, la liberté matrimoniale, la liberté d'association et d'autres sont à ce point constitutives pour une société que les retrancher de la compétence normative transférée revient à manquer le rendez-vous historique devant asseoir l'autonomie civile de l'archipel.

Porter un regard décalé sur la ligne jurisprudentielle du Conseil constitutionnel dans ces matières permet d'en prendre conscience. Dans un état de droit moderne, qui ne peut pas faire l'économie d'une constitutionnalisation des fondamentaux du droit civil, le débat de frontières disciplinaires entre ce qui relèverait de la matière civile ou de la matière constitutionnelle est révolu. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille que la constitutionnalisation du droit civil emporte sa disqualification civile⁷³⁶ au risque d'engendrer quelques impasses au plan de la répartition des compétences normatives et quelques frictions concurrentielles entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Aussi, faut-il relever à cet égard qu'à la différence de la Cour européenne, le Conseil constitutionnel, en sa qualité de gardien des droits et libertés constitutionnels, s'applique à quelques autolimitations de compétence.

24. Sollicité, au titre de QPC, par des justiciables en quête de réforme sur nombre de questions sensibles - mariage homosexuel⁷³⁷, adoption et situation de l'enfant élevé par deux personnes de même sexe⁷³⁸, pension de réversion pour le partenaire survi-

⁷³⁶ Le droit civil a désormais indiscutablement des sources constitutionnelles. Celles-ci sont susceptibles de s'exprimer au soutien et en complément de ses sources légales ou jurisprudentielles. *Le juge judiciaire et la Constitution*, ss dir sc. A. Martinon et F. Petit, *thèmes et commentaires*, Dalloz, 2012, voir spéc. C. Grare, « L'application de la Constitution par le juge judiciaire... en droit des obligations », p. 11 et spéc p. 13 et s. La constitutionnalisation de certains principes civils opère leur sanctuarisation, elle n'a pas vocation à déposséder le législateur de sa compétence normative pour la transférer au constituant. Au mieux, les principes constitutionnels préemptent les choix du législateur sans le désarmer sur le plan de sa compétence normative. Là, se cristallise l'opposition entre hiérarchie des normes et répartition matérielle des compétences normatives. Rapprocher et comparer, Ph. Didier, « L'application de la Constitution par le juge judiciaire... en droit des affaires », p. 39, spéc. p.40 à 43 in *Le juge judiciaire et la Constitution*, *op. cit.*

⁷³⁷ Cons. const., décision n° 2010-92, QPC du 28 janvier 2011.

⁷³⁸ Cons. const., décision n° 2010-39, QPC du 6 octobre 2010.

vant⁷³⁹, équilibre des droits entre mère de naissance et enfant né dans l'anonymat⁷⁴⁰, conservation de l'embryon fécondé *in vitro*... - Il fait le choix d'un retrait prudent⁷⁴¹ et chaque fois refuse de se substituer à l'appréciation ou la décision qui doit-être celle du législateur. Parce que la frontière entre juger et gouverner est rétive aux démarcations tranchées, il est vigilant à préserver une « zone de non-contrôle explicite⁷⁴² » sur des questions qui toutes sont de société⁷⁴³.

Éviter en droit des personnes et de la famille, que le juge constitutionnel ne préempte les choix qui doivent être ceux du législateur, c'est rester fidèle à la représentation des pouvoirs qui domine le système juridique français⁷⁴⁴. Cela témoigne, sur les grandes options civiles du « vivre ensemble » d'un refus d'empiétement sur le débat démocratique⁷⁴⁵. C'est aussi peut-être renouer avec une conception originelle⁷⁴⁶ et plus mesurée des droits de l'homme⁷⁴⁷ comme du constitutionnalisme⁷⁴⁸. La hiérarchie des normes vient alors asseoir et consolider la garantie de libertés reconnues et encadrées par la loi plutôt qu'appuyer la revendication de statuts *contra legem*⁷⁴⁹.

25. Si elle avait eu lieu en amont du transfert du droit civil, cette réflexion aurait sans doute permis la consolidation d'un tout autre périmètre des compétences transférées. Là où les « droits-libertés » garantis par la Constitution impliquent aussi que le débat démocratique ait lieu pour en fixer les conditions essentielles d'exercice, il n'est pas envisageable d'exclure leur régime du domaine de la loi. L'esprit et la lettre de la loi organique statutaire programmant le transfert définissent le domaine matériel d'intervention de la loi du pays à son issue. Il ne fait pas de doute à la lecture de l'article 99-9^o et 10^o qu'elle intervient sur les « règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » et les « principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ». Le lieu assigné au débat démocratique indispensable à la détermination des conditions d'exercice des libertés, y compris publiques, relevant

739 Cons. const., décision n° 2010-92, QPC du 28 janvier 2011.

740 Cons. const., décision n° 2012-248, QPC du 16 mai 2012.

741 F. Chénéde et P. Deumier, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, avril 2013.

742 F. Chénéde et P. Deumier, *op. cit.*

743 Cf. également : - sur les conditions de prélèvement et d'utilisation des cellules, Cons. const., décision n° 212-249 QPC du 16 mai 2012 ; - sur la prise en compte du respect dû au corps humain en matière d'identification par empreinte génétique de personnes décédées, Cons. const., décision n° 2011-173, QPC du 30 septembre 2011.

744 J-F. de Montgolfier, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ fam.*, 2012, p. 578.

745 Dans le même sens : Rapport annuel de la Cour de cassation, 2007, p. 331.

746 F. Chénéde, « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Lextenso, 2012, p. 139 et s.

747 F. Chénéde et P. Deumier, *op. cit.*

748 Comp. D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *la vie des idées.fr*, 19 septembre 2008.

749 F. Chénéde et P. Deumier, *op. cit.* : « Tel est le sens des absences de contrôle constatés [...]. Point de déni de justice constitutionnelle. Un simple respect de sa raison d'être. La protection des libertés individuelles, et non la promotion des désirs personnels, telle est la mission du juge des droits de l'homme lorsqu'il contrôle l'activité du législateur en leur nom. ».

de ces matières est, sans discussion possible, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie en lieu et place du Parlement. C'est en tout cas ce que voudraient les équilibres tels qu'ils semblent devoir être réassignés par le Conseil constitutionnel en matière civile. Du contrôle de constitutionnalité effectivement exercé s'évince le cadre des possibles pour le législateur, qu'il soit national ou local. À convenir que la Constitution n'a pas vocation à régler toutes les questions dans l'État plurilégislatif, un espace discriminatoire est accordé au législateur pour dessiner le « gouvernement civil de la Nouvelle-Calédonie ». Il faut le souligner, qualitativement, la jurisprudence constitutionnelle a pris une orientation sensiblement différente de celle de Strasbourg : là où la Cour européenne adopte le point de vue des justiciables, « le Conseil lutte pour redorer le blason de la loi⁷⁵⁰ ». Une « démission » éventuelle du législateur calédonien manque alors en droit comme en fait d'assises, que l'annexe à la loi du pays ne peut lui assurer durablement.

26. L'annexe discutée ne saurait entraver un repentir du Congrès se décidant au plein exercice de la compétence normative qui est sienne. Reste à espérer que l'autonomie civile trouve la volonté politique qui lui ouvre la porte de l'effectivité. Le transfert de la compétence assigne aux institutions locales une double exigence. Elles doivent se livrer à l'exercice effectif des compétences qui sont désormais les leurs pour garantir la vitalité et l'accessibilité du droit civil calédonien. Sièges du débat démocratique indispensable, elles doivent donner à la Nouvelle-Calédonie les lois civiles nécessaires et adéquates à son territoire. L'autonomie normative suppose l'imagination et l'émancipation, tant juridique que politique en matière civile. À succomber aux facilités immédiates d'une greffe, même de dispositions nationales éprouvées, une loi du pays prendra le risque d'un rejet du corps social calédonien⁷⁵¹. Ce risque est tout aussi redoutable et dramatique que celui déjà identifié de la fossilisation du droit. La loi du pays est également l'instrument normatif privilégié pour un dialogue fertile des peuples de Nouvelle-Calédonie.

II. La loi du pays, outil de rapprochement des peuples de Nouvelle-Calédonie ?

27. Parce qu'elle peut intervenir en matière civile comme en matière coutumière, la loi du pays est aussi l'instrument normatif par lequel doit s'écrire le pluralisme juridique original de la Nouvelle-Calédonie.

Cette fois, la prise de conscience du défi n'a pas attendu que le transfert soit réalisé. Déjà en 2011, était formulé un premier projet de loi du pays « *relative au statut coutumier des savoirs traditionnels Kanak, à la protection des droits fonciers*

⁷⁵⁰ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^e éd. 2015, n^o 255.

⁷⁵¹ Une loi du pays sur les baux ruraux ne saurait avoir pour seule ambition de plaquer, 70 ans après le statut du fermage, jusque-là jamais étendu à la Nouvelle-Calédonie. En 2016, les enjeux de la politique foncière agricole de la Nouvelle-Calédonie n'ont rien de commun avec ceux auxquels la France d'après-guerre répondait par un statut d'ordre public, quand elle décidait en 1946 d'entreprendre, au moyen de baux, la réforme agraire qui devait nourrir la France, meurtrie à reconstruire. Comp. Proposition de loi du pays *relative aux baux ruraux*, en date du 1^{er} juillet 2015.

immatériels autochtone »⁷⁵². Au-delà de son titre, l'ambition de ce texte dépassait le cadre strict des matières coutumières : il s'agissait par son contenu de mettre en œuvre le régime d'un droit exclusif présentant, à l'instar du droit d'auteur, deux composantes, l'une morale et l'autre patrimoniale. Ne se méprenant pas sur la portée du texte, le Conseil d'État le rattacha à l'exercice de la compétence normative en matière de propriété intellectuelle. Aussi, par un avis rendu le 24 janvier 2012⁷⁵³, la Nouvelle-Calédonie s'est vue signifier qu'en matière civile la compétence législative demeurait, dans l'attente du transfert, celle de l'État. L'obstacle de compétence étant levé, l'entreprise législative peut être réitérée⁷⁵⁴ et embrasser indistinctement matière coutumière et civile. La loi du pays écrit désormais le « droit civil » des uns et des autres sans plus d'entrave d'une compétence normative réservée à l'État. Chacun peut avoir l'intuition du champ des possibilités qu'ouvre cette réunification de la compétence normative de la Nouvelle-Calédonie en matière civile.

28. Toutefois, l'avenir civil de la Nouvelle-Calédonie ne sera pas la reproduction de l'histoire civile de la France : de la réunification des compétences normatives en matière civile, il ne faut pas attendre l'unité de son droit civil. La résistance des pluralismes culturels et identitaires s'oppose à l'identité civile des espaces et des sujets. L'obstacle n'est pas seulement culturel, sociologique ou politique : il est juridique. « Civiliser la coutume » serait simplement déraisonnable, en l'état des mœurs et de l'ordre constitutionnel français. C'est de tout autre défi que doit relever la loi du pays, celui d'abord d'un pluralisme juridique équilibré entre lois civiles et coutumes (A) celui ensuite d'un art législatif prudent et respectueux des pluriels coutumiers (B).

A. La loi du pays pour (re)définir les équilibres du pluralisme juridique ?

29. L'article 77 de la Constitution⁷⁵⁵ ne peut pas l'affirmer plus clairement. En ce qu'il commande à la loi organique statutaire de déterminer, « pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre, les règles relatives au statut coutumier », il assure la constitutionnalisation de dispositions de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 dont, en particulier, celles relatives à la reconnaissance du « peuple Kanak » et de l'« identité Kanak » par l'affirmation d'un « statut coutumier ». L'autorité de

752 C. Castets-Renard, « La protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles en Nouvelle-Calédonie », in *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie - Aspects juridiques*, L'Harmattan 2015, p. 443.

753 Avis CE n° 385-945 du 24 janvier 2012. C. Castets-Renard, *op. cit.*, spéc. p. 446.

754 Le Sénat coutumier relance d'ailleurs l'initiative : saisine du Congrès par la délibération n° 14-2014/SC du 13 novembre 2014 adoptant le projet de loi du pays relative à la sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture Kanak et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage des avantages, *JONC*, 3 février 2015.

755 À propos du Titre XIII « Disposition transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie » : « Il s'agit moins de dispositions constitutionnelles particulières que d'une autre constitution, celle de la Nouvelle-Calédonie, que notre texte de 1958, bien accueillant, abrite dans son titre III », Guy Carcassone, cité par le député René Dosière lors de son intervention au Congrès de Versailles le 19 février 2007 et repris par M. Chauchat, « La citoyenneté calédonienne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, février 2008.

la Constitution s'attache à la novation de ce « statut particulier ⁷⁵⁶» devenu « coutumier » et, par là, à sa coexistence à égalité avec le « statut civil », dépossédé, lui, de son titre de « statut de droit commun » ⁷⁵⁷. L'égalité statutaire et la différenciation des personnes par l'état civil sont des acquis constitutionnels sur lesquels aucune loi du pays ne peut revenir. Fort de son ancrage constitutionnel, le pluralisme culturel est un pluralisme juridique dans l'archipel calédonien. Sa mise en œuvre confiée en 1999 à la loi organique statutaire échappe-t-elle encore au Congrès de la Nouvelle-Calédonie exerçant les compétences normatives du droit civil et de la matière coutumière ?

30. La question se pose inévitablement après le transfert de la compétence normative en droit civil parce que ce transfert a profondément bouleversé le contexte juridique et politique de ce pluralisme. Le statut personnel détermine pour certaines matières la norme applicable. Le combat pour la reconnaissance normative de « la coutume » s'exerçait hier dans une concurrence exclusive entre coutume et loi de la République, de quoi réserver sans discussion possible la compétence de la compétence à l'État. La répartition tant matérielle que personnelle des domaines respectifs d'application du droit écrit et de la coutume ne pouvait qu'être l'œuvre de la loi organique statutaire. Les choix opérés par celle-ci pour affecter à chacun son périmètre normatif sont connus. L'engagement ayant été pris au nom de l'égalité des citoyens, impliquant l'égalité des statuts personnels, de mettre en œuvre les normes coutumières ⁷⁵⁸, les articles 7 et 18 de la loi organique assignent à la coutume son périmètre normatif. Les personnes de statut coutumier sont régies en matière civile par leurs coutumes. Les terres coutumières et les biens appartenant aux personnes de statut coutumier qui s'y trouvent sont également sous emprise coutumière. La première de ces règles rencontre toutefois une importante limite : la coutume est neutralisée et le retour au droit civil s'impose pour les rapports juridiques se nouant entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut coutumier. Le droit commun, entendu comme le droit civil de la République, gouverne seul les rapports mixtes ⁷⁵⁹. Ces lignes de démarcation issues de la loi organique ont-elles toujours la même autorité quand désormais il ne s'agit plus de départager lois de la République et coutume mais lois du pays et coutume ?

756 Comp. dans le Titre XII intitulé « des collectivités territoriales », (autres que la Nouvelle-Calédonie) l'art. 75 de la constitution dispose : « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut particulier tant qu'ils n'y ont pas renoncé ».

757 Art. 75 de la Constitution.

758 R. Lafargue, « Le mur et le lien : droit et coutume en Nouvelle-Calédonie », in *Mondes océaniques - Etudes en l'honneur de P. de Dekker*, L'Harmattan 2010, p. 51 et spéc. p. 65.

759 Art. 9, LO n° 99-209 du 19 mars 1999, relative à la Nouvelle-Calédonie : « Dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique ».

Dans les rapports juridiques entre parties qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire. ».

31. Par un avis rendu le 23 mai 2013⁷⁶⁰ sur la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie pour définir le champ d'application des normes et fixer les règles de conflits de lois en matière d'état et de capacité des personnes, le Conseil d'État confirme la compétence exclusive de la loi organique, du moins tant que cette détermination affecte la définition des compétences respectives de l'État et de la Nouvelle-Calédonie et touche aux transferts de compétences⁷⁶¹ placées par la Constitution dans son domaine d'intervention. La loi organique, et elle-seule, énonce les modalités de règlement des conflits de lois internes susceptibles de naître de rapports mixtes se nouant entre un français non-citoyen calédonien et un citoyen calédonien qu'il soit de statut civil ou de statut coutumier⁷⁶². En revanche, l'avis rendu n'envisage pas le conflit de normes internes à la Nouvelle-Calédonie susceptible de naître d'un rapport mixte entre citoyens calédoniens, l'un de statut civil et l'autre de statut coutumier. Le silence gardé sur ce point est riche d'enseignements : pour assigner localement les champs d'application respectifs de la coutume et de loi civile et résoudre un éventuel conflit de norme interne local rien ne s'oppose plus à ce que la loi du pays puisse intervenir⁷⁶³. En effet, cette question ne s'inscrit plus dans la dépendance ni d'une répartition de compétences normatives intéressant l'État - puisque la Nouvelle-Calédonie est seule compétente en matière civile et ce quel que soit le statut personnel, civil ou coutumier, des citoyens calédoniens concernés -, ni d'un transfert de compétence - celui-ci ayant eu lieu- l'*a contrario* s'impose. Les rationalités, juridique et politique, se conjuguent pour que fort de son autonomie civile, l'archipel ait la maîtrise effective des modalités de son pluralisme juridique. La question du conflit de normes interpersonnelles, circonscrit à son territoire, n'est pas simplement technique ; le rayonnement que l'on entend respectivement concéder à la coutume et aux lois du pays en dépend, et par là les fondements premiers du « vivre-ensemble » de la société calédonienne, pluriculturelle, également.

32. La Constitution assoit le pluralisme statutaire et normatif, coutume et droit civil local coexistent et doivent s'articuler ; l'identité coutumière Kanak restaurée impose le dialogue équilibré de ces normes. Certes, formellement issues de la loi organique, les modalités définies de ce dialogue sont substantiellement susceptibles d'une réforme par loi du pays. Seul le sens de la réforme est préempté par les acquis constitutionnels. Une évolution souhaitée par loi du pays n'est envisageable qu'autant qu'elle

760 Avis CE n° 387.519 du 23 mai 2013, sur la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie pour définir le champ d'application des normes et fixer les règles de conflits de lois en matière d'état et de la capacité des personnes.

761 Par cet avis, le Conseil d'État considère que : « la détermination des règles de conflits internes de normes ne peut résulter que de la loi organique, dès lors que cette détermination affecte la définition des compétences respectives de l'État et de la Nouvelle-Calédonie et touche aux modalités des transferts de compétences placées par l'article 77 de la Constitution, dans le domaine de la loi organique, comme l'a jugé l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État le 4 novembre 2005 (Président de la Polynésie française n° 280003). ».

762 S. Sana-Chaillé de Néré : *Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil*, Clunet, 2014, p. 33.

763 En ce sens : Avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie - Atelier n° 1 - Mission d'écoute et d'analyse sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie sollicitée par le Premier Ministre Manuel Valls et conduite par MM. Alain Christnacht et Jean-François Merle - Haut-Commissariat de Nouméa, 13 mars 2015.

interviendrait dans le respect des orientations définies par l'Accord de Nouméa et selon des modalités nécessaires à sa mise en œuvre. En un mot les orientations et la mise en œuvre de l'accord doivent guider le Congrès de la Nouvelle-Calédonie là où la lettre de l'article 9 et peut-être même pour partie de l'article 7 de la loi organique ne suffit plus à le lier formellement.

33. Quand les obstacles juridiques et institutionnels s'effacent, toute intervention législative doit néanmoins être guidée par une très grande prudence politique. Compte tenu de sa lourde charge symbolique, le renvoi systématique au droit civil (*commun*⁷⁶⁴) pour régler les rapports mixtes noués entre citoyens calédoniens pourrait susciter des velléités de réforme sur fond de revendications identitaires et culturelles légitimes. Pourtant, la plus grande vigilance s'impose car cette règle est aujourd'hui l'ultime voie d'accès au Code civil pour les Kanak de statut coutumier. À l'isoler à tort de cette autre règle voulant que les Kanak de statut coutumier soient régis par leur coutume pour toute la matière civile, on en masque dangereusement la force opérationnelle. Elle conditionne l'égal accès de tout citoyen calédonien, quel que soit son statut, au crédit, à l'assurance, en réalité au contrat et à la propriété privée de biens autres que coutumiers. Ce retour systématique au droit civil est, en l'état du système juridique calédonien, la seule garantie d'un possible commerce juridique entre citoyens calédoniens de statuts différents en Nouvelle-Calédonie⁷⁶⁵. L'abroger sans autre précaution serait porter un coup fatal à toute espérance de rééquilibrage économique et social entre les différentes communautés qui font la Nouvelle-Calédonie. Les deux règles sont inséparables, et aucune d'entre elles n'est fixée dans le marbre constitutionnel.

34. Ni l'article 77 de la Constitution ni les orientations de l'Accord de Nouméa n'imposaient que le périmètre de la coutume couvre l'ensemble de la matière civile. Ce périmètre élargi apparaît pour la première fois sous la plume de la loi d'orientation et n'a pris corps que sous les effets convergents des décisions de la Cour d'appel de Nouméa et des avis ou décisions de la Cour de cassation. Rien ne permet d'affirmer avec fermeté la constitutionnalisation⁷⁶⁶ d'autres principes que ceux gouvernant

764 Cette terminologie de la loi organique désigne le droit civil national : elle perd sa raison d'être historique quand, par le transfert, la compétence normative civile devient locale. Si le droit civil applicable en Nouvelle-Calédonie ne devient formellement un droit local que par l'intervention d'une loi du pays, matériellement il est déjà un droit local depuis le 1^{er} juillet 2013. Son divorce avec le droit national se réalise déjà au rythme des réformes réalisées par le Parlement dont la Nouvelle-Calédonie est par la force des choses exclue.

765 I. Dauriac, « Pluralisme juridique et développement économique », in *Droit économique en Nouvelle-Calédonie*, sous la dir. scientifique de N. Tagliarino-Vignal, PUAM 2016 à paraître.

766 Toutefois, notons l'existence d'une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel dont la portée n'est sans doute pas décisive compte tenu de la loi soumise au contrôle de constitutionnalité et donc des circonstances de ce dernier. Art. 19 de la Loi organique de 1999 modifiée par la loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013 (art. 25) sur laquelle le Conseil constitutionnel formule, en son considérant 37, la réserve d'interprétation suivante : « [...] ; que l'instauration de la faculté pour la juridiction pénale de droit commun de statuer sur les intérêts civils dans des instances concernant exclusivement des personnes de statut civil coutumier Kanak, lorsqu'aucune de ces personnes ne s'y oppose, n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à la juridiction pénale de droit commun de ne pas faire application de la coutume lorsqu'elle statue sur les intérêts civils ; [...] ; que, sous cette réserve, l'article 25 est conforme à la Constitution », Cons. Const., DC., n° 2013-678 du 14 novembre 2013.

l'identité Kanak s'incarnant par le statut coutumier dans toutes ses dimensions, familiales, conjugales et successorales sans sous-estimer sa dimension foncière⁷⁶⁷. Au-delà de cet ancrage constitutionnel, rien n'interdit que le périmètre matériel de la coutume puisse être revisité par la loi du pays, à condition toutefois qu'elle veille au respect de ces deux commandements élémentaires que sont le principe de non-régression du statut coutumier et d'égalité statutaire des citoyens calédoniens et celui de non-immixtion dans la sphère des compétences réservées de l'État, ce qui concerne au premier chef la matière pénale⁷⁶⁸.

35. La voie ouverte à l'imaginaire est assurément étroite. Toutefois, le Sénat coutumier a, d'ores et déjà suggéré que puisse être instituée par loi du pays une option de loi entre coutume et code civil pour assurer le règlement de successions ouvertes par le décès d'un Kanak de statut coutumier laissant pour héritage des biens acquis sous l'empire du droit civil commercial et social⁷⁶⁹. La perspective envisagée mérite assurément qu'on y réfléchisse. D'abord parce que cet outil de l'option de loi existe déjà sous une forme certes moins accomplie dans une délibération du 8 septembre 1980⁷⁷⁰ dont le régime peut être choisi en lieu et place des règles coutumières pour assurer la dévolution « *des biens immobiliers appartenant aux citoyens de statut civil particulier et acquis sous le régime du droit civil* ». Le succès pratique non démenti de ce texte daté invite à sa réforme pour en améliorer le périmètre matériel et en actualiser la dévolution⁷⁷¹. Ensuite, parce que cette méthode est un procédé classique de résolution de conflits de statuts dans les états multicommunautaires⁷⁷² ayant fait le choix de la neutralité à l'égard de communautés dotées d'autonomie législative et judiciaire au point que n'y existe aucun statut de droit commun. L'option de législation peut parfois servir de voie médiane pour concilier les enjeux en présence. Le respect de l'identité statutaire s'exerce dans la liberté de choix du sujet pour déterminer la loi applicable aux matières dont il a la libre disposition. Elle pourrait avoir le mérite de ne pas

767 Il est d'ailleurs symptomatique que les travaux du sénat coutumier se concentrent sur ces seules dimensions sans jamais envisager les questions pourtant sensibles de droit des obligations. *Charte du peuple Kanak – socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation Kanak*. De quoi rappeler que : « le statut personnel couvre de façon certaine le droit des personnes, de la famille et des successions, les débats étant plus nombreux sur les autres sphères du droit civil », P. Deumier, *Introduction général au droit*, LGDJ, 3^e éd. 2015, n^o 297.

768 B. Chérioux, « La création d'une police coutumière est-elle possible ? Réflexion sur les limites du pluralisme juridique », in *Mondes océaniques - Etudes en l'honneur de P. de Dekker*, L'Harmattan, 2010, p. 73.

769 Sénat coutumier, proposition de loi du pays n^o 01/2013/SC du 22 août 2013 *relative à la succession coutumière Kanak*, JONC, 3 décembre 2013.

770 Délibération de l'Assemblée Territoriale de Nouvelle-Calédonie et Dépendances n^o 148 du 8 septembre 1980 *portant organisation de la succession des biens immobiliers appartenant aux citoyens de statut civil particulier et acquis sous le régime du droit civil*.

771 I. Dauriac, « Pluralisme juridique et développement économique », in *Droit économique en Nouvelle-Calédonie*, sous la dir. scientifique de N. Tagliarino-Vignal, PUAM 2016 à paraître, spéc. n^o 27 et s.

772 Sur l'exemple Libanais où dix-sept communautés sont reconnues et disposent d'une autonomie tant législative que judiciaire voir : P. Gannagé, « Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires », in *Droit libanais et droits proche-orientaux*, Bruylant et PUSJ 2001 ; « L'articulation des ordres juridiques dans un État multicommunautaire », in *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 247.

forcément exclure, au seul prétexte du statut personnel du *de cuius*, certains « patrimoines successoraux⁷⁷³ » de solutions juridiques éprouvées par ailleurs pour amortir la fracture patrimoniale consécutive au décès. Légiférer en matière coutumière expose également la loi du pays à des contraintes spécifiques quand il ne peut évidemment pas s'agir de recenser pour les transcrire des coutumes par essence plurielles.

B. Les coutumes en quête d'un art législatif respectueux du pluriel

36. La loi du pays a vocation à intervenir en matière coutumière et ni le Sénat coutumier ni le Congrès de la Nouvelle-Calédonie n'ignore cette compétence. Au contraire, la loi du pays du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers⁷⁷⁴ illustre parfaitement les atouts qui peuvent être ceux d'une loi du pays pour doter la Nouvelle-Calédonie d'instruments juridiques indispensables au commerce juridique intercommunautaire. Créé un acte authentique coutumier dont la réception est confiée au corps créé des officiers publics coutumiers était opportun, quand les Kanaks de statut coutumier tiennent la plupart de leurs droits civils de coutumes et de palabres, par définition oraux. Véritable pont entre le monde de l'oralité et celui de l'écrit, cet *instrumentum* authentique d'un genre nouveau peut seul surmonter les contraintes de preuve et d'opposabilité indispensables à la reconnaissance réciproque des actes et décisions pour un dialogue juridique indispensable entre les communautés. La loi est imparfaite et l'acte coutumier pourrait certainement être amélioré tant dans son contenu, sa forme, qu'au titre des missions et de la formation des officiers publics coutumier. Cette loi reste un progrès majeur pour le droit privé calédonien tant par l'outil qu'elle a donné au territoire que par la méthode législative mise en œuvre.

37. Opérant reconnaissance formelle de la liberté de tenue du palabre, la loi s'en remet à la substance des usages de la coutume pour organiser la discussion coutumière. La mesure est sage, parce que « la » coutume ne connaît pas le singulier. La Nouvelle-Calédonie ne compte pas moins de huit pays Kanak et les coutumes sont variables selon les chefferies et les clans. Diversité et oralité sont l'essence même du fait coutumier que l'écriture ne peut saisir à peine de dénaturation. Cela ne désarme pas la loi du pays. Cela l'astreint à des choix de méthodes : la loi ne peut pas tout régler dans le détail, elle doit orchestrer et expliciter la matière de faire autant que l'exige un pragmatisme opérationnel. C'est sur cette voie que s'engage le Sénat coutumier lorsqu'il tente l'aventure d'une offre de loi du pays pour les successions coutumières⁷⁷⁵. Il renonce au modèle du droit civil : la loi du pays n'a pas pour ambition de donner une dévolution successorale légale et uniforme pour tous les pays Kanak. Le palabre seul désigne l'héritier. Il doit rester la pièce maîtresse de la conciliation, du règlement et de la décision successorale. L'office de la loi est autre ; elle veut énoncer les

773 Dont sont par nature exclus les terres coutumières et les patrimoines coutumiers immatériels : Sénat coutumier, proposition de loi du pays n° 01/2013/SC du 22 août 2013 *relative à la succession coutumière Kanak*, JONC, 3 décembre 2013.

774 Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 *relative aux actes coutumiers*.

775 Saisine du Congrès par une délibération du Sénat coutumier en date du 2 juillet 2015 d'une proposition de loi du pays *relative aux successions coutumières*, n° 01/2013/SC du 22 août 2013, parue au JONC le 3 décembre 2013.

valeurs et principes coutumiers devant prévenir l'exclusion de certains et orchestrer une procédure qui permette aux familles endeuillées de surmonter l'échec du consensus, l'absence d'acte coutumier ou la contestation de ce dernier. Le fond des droits subjectifs est alors moins la préoccupation que la structuration et la refondation des processus décisionnels coutumiers. De quoi rappeler au civiliste que la norme peut tout autant être règle d'énonciation et d'attribution de droit subjectif que règle instituant des modes alternatifs de règlement des conflits d'intérêts. L'art législatif redevient alors l'art de trouver la norme impérative commune et d'énoncer les procédures assurant la réalisation d'un ordre successoral. Cette quête de la loi générale, abstraite et nécessaire à la refondation de ce qui sera l'ordre successoral coutumier, est incertaine. Elle n'en est pas moins nécessaire pour que la loi du pays soit aussi le lieu des reformulations coutumières qu'imposent des équilibres à réinventer entre traditions et modernité.

38. Qu'est-ce qu'un anniversaire, si ce n'est ce temps charnière entre rétrospective et prospective ? Les quinze premières années de la loi du pays furent celles de l'acquisition et de la consolidation de sa compétence normative. Avant même qu'elle n'ait atteint l'âge de la majorité, on veut croire à son émancipation pour qu'elle devienne la source du droit civil dont la Nouvelle-Calédonie a besoin.

« Les lacunes du domaine matériel de la loi du pays l'exemple du droit de l'environnement »

Victor DAVID

*Chargé d'Études IRD/UMR Gouvernance, Risque, Environnement, Développement (GRED)
IRD/Université Paul Valéry de Montpellier
Centre IRD de Nouméa
Victor.david@ird.fr*

L'article 34 de la Constitution de 1958 énumère les matières relevant du domaine de la loi et parallèlement un pouvoir réglementaire autonome était ainsi institué en faveur de l'Exécutif et ses services. En effet, dans le cadre d'une rationalisation du parlementarisme français, la Constitution de la V^e République a introduit la distinction d'un domaine matériel de la loi, expression de la volonté générale nécessitant l'intervention du législateur national et celui des réglementations et actes individuels, actes d'administration ou de gestion courante des affaires publiques devant relever de l'exécutif et des administrations. La logique est différente avec la loi du pays calédonienne, consacrée par la Constitution en juillet 1998 dans le cadre la mise en œuvre de l'Accord de Nouméa relatif à l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie. La mise en œuvre des compétences transférées de l'État à la Nouvelle-Calédonie a été effectuée depuis la loi-cadre sur l'évolution de l'outre-mer dite Defferre de 1956 et au fil des statuts successifs relatifs à son fonctionnement institutionnel jusqu'à l'actuel défini par la loi organique 99-209 modifiée, appliquée par des actes de niveau réglementaire adoptés par l'assemblée délibérante de Nouvelle-Calédonie.

Avec ce statut de 1999, l'attribution d'une compétence législative au congrès de la Nouvelle-Calédonie et l'invention de la « loi du pays » répondent certes à des impératifs spécifiques politiques, relevant de l'émancipation progressive de la Nouvelle-Calédonie et de rééquilibrage des relations entre la France et la Nouvelle-Calédonie et entre collectivités en Nouvelle-Calédonie elles-mêmes⁷⁷⁶. La loi organique de 1999 introduit une catégorie nouvelle d'actes de nature et de valeur législatives, adoptés pour un certain nombre de matières par le congrès de la Nouvelle-Calédonie. Les actes adoptés par le congrès dans les autres matières conservent leur statut d'actes réglementaires.

Dans un parallélisme des formes, toute proportion gardée, avec l'article 34 de la Constitution, la définition d'un domaine matériel à l'article 99 de la loi organique 99-209 modifiée vise à identifier les *matières jugées suffisamment importantes* pour que leur régulation et leur gestion nécessitent une loi du pays, avec des procédures spécifiques d'adoption et de majorité au congrès. De même que l'énumération initiale

776 Carine David, *Essai sur la loi du pays calédonienne*, L'Harmattan, 2008.

de l'article 34 n'est ni exhaustive ni une limite infranchissable comme l'ont confirmé le Constituant⁷⁷⁷ et la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et implicitement le Parlement lui-même, nous pensons que les matières explicitement énumérées en 1999 à l'article 99 originel ne sont pas les seules à devoir relever de la loi du pays calédonienne⁷⁷⁸. En effet, le domaine matériel de cette dernière comporte à ce jour un certain nombre de lacunes et rien ne justifiant qu'il soit figé, il a vocation à évoluer en fonction précisément d'un certain nombre d'évolutions sociales et institutionnelles. Ainsi, parmi les matières qui devraient figurer explicitement à l'article 99, il nous paraît urgent, dans un archipel reconnu comme « *hotspot* » ou point chaud de la biodiversité, où les atteintes à l'environnement peuvent prendre des proportions catastrophiques, d'y inclure une matière aussi fondamentale que la protection de l'environnement. En fait, en dépit du point de vue bien établi en Nouvelle-Calédonie que les provinces sont seules compétentes en matière d'environnement, nous pensons que le congrès de la Nouvelle-Calédonie est déjà fondé pour des raisons tant de fond et de cohésion politique à intervenir par des lois du pays en matière d'environnement (I). Nous verrons ensuite que des contraintes et possibilités juridiques plaident pour que l'environnement ou du moins les principes fondamentaux de sa protection figurent au même titre que l'urbanisme, le nickel ou le cobalt ou encore l'accès au travail des étrangers dans le domaine de la loi du pays (II).

I. L'environnement, une matière fondamentale pour la Nouvelle-Calédonie

La prise en compte de L'environnement dans les politiques publiques s'est accélérée depuis la Conférence des Nations-Unies sur l'environnement humain à Stockholm en 1972. De nombreuses Constitutions ont élevé le droit à un environnement sain au rang de droit fondamental faisant bénéficier par ricochet la nature d'une protection jusque-là inconnue. La France n'a pas été en reste. Des textes des années 1970⁷⁷⁹ à l'adoption de la Charte constitutionnelle de l'environnement en 2005, elle a constamment confirmé que la sauvegarde de l'environnement était d'intérêt général et qu'il relevait du législateur de l'assurer. En Nouvelle-Calédonie, la recherche du rééquilibrage politique entre Kanak et non-Kanak a conduit à diluer l'environnement à l'occasion du partage de compétences entre collectivités au point que de nombreux observateurs, responsables politiques voire juridictions en sont arrivés à interpréter la loi organique de 1999 comme conférant une position dominante sinon exclusive aux provinces. Or, il n'en est rien. (A). Les choix en matière d'environnement, matière fondamentale, sont aujourd'hui des choix de société, qui reflètent la volonté générale et dans un pays en construction comme la Nouvelle-Calédonie ne peuvent relever de chacune des trois provinces (B).

777 Diverses révisions constitutionnelles ont depuis octobre 1958 enrichi directement (Charte Constitutionnelle de l'environnement en 2005 ou la révision de 2008 par exemple) ou indirectement (on peut citer l'introduction de la parité - la liste initiale de matières relevant de la loi).

778 Il convient de rappeler par exemple que les transferts progressifs de compétences de l'État à la Nouvelle-Calédonie sont demandés par des lois du pays (art. 26 alinéa 2 et art. 99 alinéa 13 de la loi 99-209).

779 Et notamment la première loi sur la protection de la nature de 1976.

A. L'incontestable compétence de la Nouvelle-Calédonie en matière d'environnement

§1 La compétence par défaut des provinces en matière d'environnement

À la différence de l'article 24 de la Constitution de 1958 qui dispose que « le Parlement vote la loi », l'article 99 de la LO 99-2009 modifiée, combiné aux articles 21-3 (compétences de l'État à transférer) et 22 (compétences de la Nouvelle-Calédonie) est rédigé comme suit : « *Les délibérations par lesquelles le congrès adopte des dispositions portant sur les matières définies à l'alinéa suivant sont dénommées : « lois du pays »* ». Le critère matériel est donc en Nouvelle-Calédonie bien plus déterminant sur l'importance dans la hiérarchie des normes que le critère organique, d'autant que c'est le même congrès qui adopte les délibérations dans toutes les matières. On extrait de la liste des compétences de la Nouvelle-Calédonie (article 22) un certain nombre de matières pour les insérer dans le domaine de la loi du pays. Et c'est là que se pose le problème de l'insertion dans le domaine de la loi de l'environnement et sa préservation.

Dans la rédaction initiale de la loi organique 99-209, le terme environnement n'apparaissait pas dans les compétences explicitement mentionnées de l'État ou de la Nouvelle-Calédonie. Ainsi, s'appuyant sur son article 20 qui dispose que les provinces de Nouvelle-Calédonie détiennent la compétence de droit commun, le point de vue - que nous ne partageons pas⁷⁸⁰ - selon lequel les provinces, à l'exclusion des autres collectivités « sont compétentes en matières d'environnement », a été largement véhiculé y compris par des parlementaires, ministres⁷⁸¹ ou même le Conseil d'État⁷⁸² récemment⁷⁸³. De nombreuses réglementations et Codes de l'environnement provinciaux ont vu le jour ces dernières années. Une modification de la loi organique en 2013 est venue toutefois conforter les tenants de la compétence provinciale en indiquant que les compétences de l'État et la Nouvelle-Calédonie dans certains domaines s'exerçaient « *sous réserve des compétences des provinces en matière de chasse et d'environnement* ». ⁷⁸⁴ Issue d'un amendement présenté par le Sénateur de la Nouvelle-Calédonie Pierre Frogier⁷⁸⁵, et en dépit du caractère superflu de cette

780 Voir en ce sens, C. David et V. David, « La compétence de droit commun des provinces », *RJPENC*, n° 24, 2014, Nouméa, p. 106-116.

781 « Le périmètre retenu du droit civil n'empiète pas sur la compétence des provinces en matière de chasse et d'environnement » déclare en 2013 M. Lurel, ministre de l'outremer à propos du transfert de la compétence en droit civil à la Nouvelle-Calédonie. Voir, Compte-rendu intégral des débats - Séance du 23 juillet 2013 au Sénat : http://www.senat.fr/seances/s201307/s20130723/s20130723_mono.html#Niv1_SOM10.

782 Cf. Avis du CE, 390000, du 19 mai 2015, non publié.

783 Une position similaire avait déjà été affirmée à propos du partage de compétences de la loi référendaire 88-1028 : « Comme la protection de l'environnement ne figure pas parmi les matières réservées [à l'État ou au Territoire], elle est évidemment d'attribution provinciale », Gérard Orfila, « La répartition des compétences, Droit de l'environnement en Nouvelle-Calédonie », *RJE*, Numéro Hors-Série, 1993.

784 Articles 21-III, al. 4 (droit civil, aujourd'hui compétence de la Nouvelle-Calédonie) ; Article 22 al. 21 (principes directeurs de l'urbanisme).

785 Portant sur un sujet aussi sensible que le partage de compétences entre les collectivités en Nouvelle-Calédonie l'amendement n'avait fait l'objet *a priori* d'aucune consultation du congrès ni même du Comité des signataires de l'Accord de Nouméa.

mention, compte tenu de la compétence de droit commun des provinces, la modification de la loi organique sur ce point est loin d'être anodine (elle soustrait à une liste de compétences d'attribution des compétences relevant implicitement des provinces, ce qui revient à les rajouter explicitement à ces dernières !). En effet, le ministre de l'Outre-mer, bien que sceptique sur l'opportunité de l'amendement précise à l'attention de l'auteur de l'amendement que « (...) *que la précision rédactionnelle que vous proposez peut permettre d'appeler l'attention de la Nouvelle-Calédonie sur le périmètre qu'elle ne devra pas dépasser lorsqu'elle édictera ces principes* », s'agissant des principes directeurs de l'urbanisme.

§2 La compétence de la Nouvelle-Calédonie

Pas d'environnement dans l'article 22, voire même compétences de la Nouvelle-Calédonie interdites « d'ingérence » sur le terrain des provinces en matière d'environnement et même « pire », compétences des provinces s'imposant de manière subsidiaire à l'État et à la Nouvelle-Calédonie (de trois façons éventuellement différentes ?) comme le suggère récemment le Conseil d'État⁷⁸⁶, faut-il se résigner à penser que c'est naturellement que l'environnement est exclu définitivement du domaine de la loi du pays ? Nous ne le pensons pas car tant l'avertissement du ministre de l'Outre-mer, « le périmètre qu'elle ne devra pas dépasser » que la « clarification » inopportune introduite par la Chambre haute ne nous paraissent défendables au regard de l'évolution du droit en matière d'environnement ces dernières années et de l'importance de la cohérence, au niveau « pays » qui est bien la préoccupation de l'Accord de Nouméa, de sa politique environnementale. L'amendement de 2013 ou l'avis du Conseil d'État de mai 2015 précité sont consternants en ce qu'ils occultent autant l'importance de l'environnement en tant que matière fondamentale notamment pour les Kanak de Nouvelle-Calédonie et son rôle structurant dans un archipel qui doit concilier développement économique basé sur l'extraction et l'exploitation du nickel et protection d'une biodiversité exceptionnelle fournissant d'importants services écosystémiques. La vision réductrice du concept d'environnement aux seules ressources naturelles⁷⁸⁷ méconnaît en effet son caractère au contraire englobant et transversal. L'environnement, construction sociale, est un tout, notamment dans la conception océanienne de la vie. Le lien à la terre des kanak a été solennellement affirmé dans l'accord de Nouméa comme fondement de leur identité. Or, tout ce qui touche à l'identité culturelle des Kanak relève des affaires coutumières dont la réglementation est confiée au congrès et au sénat coutumier. Dans les travaux qui ont conduit à

786 La proposition du Conseil d'État dans son avis du 15 mai 2015, cf. Avis du CE, 390000, du 19 mai 2015, *op. cit.*) d'appliquer, même de manière subsidiaire, les règles provinciales à l'État et à la Nouvelle-Calédonie va à l'encontre de la feuille de route de l'Accord de Nouméa qui est la construction d'un destin commun.

787 C'est la loi « Pons 1 » en 1986 qui a transféré aux régions issues du statut Fabius-Pisani la compétence normative sur les « ressources naturelles » (et non en matière d'environnement). Elle a été reprise implicitement par la loi référendaire de 1988 d'abord et par un arrêté du haut-commissaire en Nouvelle-Calédonie ensuite en décembre 1989. Il est intéressant de noter à cet égard que l'administration en province Sud en charge de ces questions s'appelait « Direction des Ressources Naturelles » avant de prendre (usurper ?) le titre de Direction de l'Environnement en 2004.

l'adoption du Socle Commun des Valeurs Kanak⁷⁸⁸, le lien à la terre en relation avec le patrimoine naturel renvoie au « respect de la nature habitacle des totems naturels » comme principe. Comme le rappellent le Père Rock Apikaoua et l'ancien commissaire du gouvernement au Tribunal administratif de Nouméa, Jean-Paul Briseul :

« On comprend l'attitude du Kanak par rapport au monde qui l'entoure, parce que chaque élément du vivant peut véhiculer le sacré de quelqu'un de son entourage. [...] La relation du Kanak avec le monde vivant qui l'entoure féconde ainsi les relations humaines. » [...] « Le positionnement de chacun dans le temps et dans l'espace, à la place qui lui a été confiée, conditionne son identité. En ce sens, l'identité est source de l'existence de la personne. [...] C'est pourquoi, en détruisant la nature, dans cette vision du monde, l'homme se détruit lui-même. »⁷⁸⁹.

Répartir les compétences en matière d'environnement entre différentes collectivités relève donc du démantèlement du principe unitaire de vie qui caractérise la vision kanak des relations hommes-nature, proche de celle des autres Océaniens. Les Maoris riverains du fleuve Whanganui avaient précisément obtenu en 2013 que la Couronne reconnaisse le fleuve, jusque-là tiraillé entre différents statuts juridiques et différents régimes de propriété, désormais comme une personne juridique, l'entité vivante et indivisible qu'elle avait toujours été dans le cœur et l'esprit des Maoris⁷⁹⁰. L'indifférence à ces approches océaniques et l'obstination à considérer que c'est aux trois provinces de Nouvelle-Calédonie, inégales dans leur démographie et leurs richesses naturelles, qu'il revient d'édicter les règles en matière d'environnement, équivalait également à diviser pour affaiblir.

Sur un plan plus formel, (nous y reviendrons plus loin), rappelons ici que la Nouvelle-Calédonie est compétente en vertu de la loi organique en matière de ressources biologiques et non biologiques sur la Zone Economique Exclusive et les îlots non rattachés à une province. La Nouvelle-Calédonie est également compétente en matière d'eau, d'air, de production d'énergie électrique mais également de mine, d'hydrocarbures, etc. Ces différents éléments et la compétence en matière fiscale ou en matière de santé nous conduisent à poser de manière indiscutable la compétence de la Nouvelle-Calédonie « en matière d'environnement » avec un champ d'application étendu à l'ensemble de l'archipel.

788 Voir le numéro Hors-Série de la revue *La Parole* dédié au socle commun des valeurs kanak (SCVK), accessible à partir du lien <http://www.senat-coutumier.nc/le-senat-coutumier/actualites/27-socle-des-valeurs-kanak-États-generaux-des-13-et-14-septembre>.

789 Dossier spécial Environnement, *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n°11, 2008/1, p. 15 et s.

790 Voir V. David, « Le fleuve Whanganui, sujet de droit » in *Le développement durable en Océanie, vers une nouvelle éthique ?*, S. Blaise, C. David et V. David, dir. scientifiques, PUAM, 2015.

B. L'environnement, une matière fondamentale

§1 La consécration internationale

Le droit en matière d'environnement peut être ventilé en deux familles, complémentaires : un droit *de* l'environnement, conçu pour assurer la préservation de la biodiversité, des ressources naturelles biologiques et minérales, des sites et paysages, dont l'aboutissement le plus avancé pourrait être la reconnaissance de la personnalité juridique à des éléments de la nature comme dans la Constitution de l'Équateur par exemple ; un droit *à* un environnement sain, entendu comme un droit de l'homme à jouir d'un environnement naturel qui lui procure et garantisse santé et bien-être. La consécration de cette seconde catégorie de droit dans de nombreuses constitutions comme droit fondamental⁷⁹¹ a débuté il y a une quarantaine d'années, la Charte de l'environnement « adossée » à la Constitution française en 2005 en étant une des récentes manifestations.

Lorsque le droit à l'environnement ne figure pas explicitement, nous avons vu la jurisprudence recourir à d'autres droits fondamentaux tels que le droit à la vie comme l'ont fait la Cour Suprême de l'Inde⁷⁹² ou la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)⁷⁹³. La CEDH, s'appuyant sur la place grandissante des préoccupations des sociétés humaines en matière d'environnement est même allée jusqu'à évoquer un « droit d'ingérence des États » en matière de protection de l'environnement qui est d'intérêt général⁷⁹⁴.

§2 L'environnement en droit français

En droit français, la reconnaissance du caractère fondamental du droit de l'environnement s'est faite par étapes. Le préambule de la Charte Constitutionnelle de l'Environnement, même si ses alinéas ne constituent pas⁷⁹⁵, pour l'instant, des droits invocables à l'appui de QPC, énonce que « la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres « intérêts fondamentaux de la Nation »,

791 Cf. Vanessa Barbe, « Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation », <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/BarbeTXT.pdf>.

792 Carine David, « Le rôle du juge constitutionnel dans la détermination de la portée du droit à l'environnement : Approche comparée », in Christèle Cournil et Catherine Colard-Fabregoule (dir.), *Changements environnementaux globaux et Droits de l'Homme*, Bruylant, 2012.

793 CEDH, Environnement et Convention européenne des droits de l'homme, Fiche Thématique - Avril 2015, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_FRA.pdf.

794 Cf. Jean-Christophe Martin & Sandrine Maljean-Dubois, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit à un environnement sain », Séminaire UNITAR/ENM, *Prévention des risques et responsabilité pénale en matière de dommage environnemental : une approche internationale, européenne et nationale*, 22 octobre 2008. Disponible à l'URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/734256/filename/UNITAR-CEDHMaljeanMartin.pdf>.

795 Sur la valeur juridique de ce préambule, voir Véronique Champeil-Desplat, « Charte de l'environnement : La QPC bute sur l'incipit », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 19 mai 2014, consulté le 7 septembre 2015. URL : <http://revdh.revues.org/747>.

concept que l'on ne retrouve par ailleurs en droit positif qu'au titre IV du Code pénal. L'article 410-1 du Code pénal est ainsi rédigé :

« Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, **de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement** et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel. »⁷⁹⁶.

C. Intérêt général et besoin de cohésion dans un pays en construction

Bien avant la Charte de 2005, la loi de 1976 sur la protection de la nature avait déjà introduit le principe selon lequel la protection du patrimoine naturel était d'intérêt général. Pour sa part, le Conseil constitutionnel a confirmé que la sauvegarde des milieux naturels relevait de la « protection d'un intérêt général » susceptible de justifier des limitations apportées à certains droits constitutionnels⁷⁹⁷ et que l'intérêt général devait être invoqué par le législateur lui-même⁷⁹⁸. Dans ce contexte, il ne nous paraît pas infondé de penser que les principes fondamentaux de la protection de l'environnement qui relève de l'intérêt général puissent être définis dans un souci de cohérence au niveau du pays par la loi du pays calédonienne et non par trois réglementations provinciales qui pourraient théoriquement traduire trois visions de l'intérêt général mettant ainsi à mal l'idée même d'intérêt *général*. Voire, peut-on concevoir que des collectivités *infraétatiques* puissent apporter des limitations à ou interpréter différemment des garanties constitutionnelles ?

Le législateur organique a d'ailleurs envisagé ce besoin de cohérence, d'abord en prévoyant dès 1999 dans le titre VIII sur le rééquilibrage et le développement économique, social et culturel la création (article 213) d'un Comité Consultatif de l'environnement. La délibération du congrès 155 du 9 janvier 2006 met en place ce comité et son article précise que celui-ci est « *chargé, sur tout sujet ou tout projet ayant trait à l'environnement et au développement durable [...] et [...] de veiller, dans toute la mesure du possible, à l'harmonisation des politiques menées par les provinces de la Nouvelle-Calédonie en la matière.* ». L'article 5 reconnaît explicitement la possibilité pour le congrès d'intervenir en matière d'environnement en disposant que le :

« *comité consultatif de l'environnement est obligatoirement consulté sur les projets ou propositions de loi du pays et de délibération du congrès susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement et le développement durable en Nouvelle-Calédonie [...] »*⁷⁹⁹.

796 Code pénal, Partie Législative, Livre IV, Titre 1^{er} « Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation ».

797 Conseil Constitutionnel, DC 85-189 du 17 juillet 1985.

798 Voir en ce sens : Guillaume Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16 (Prix de thèse 2003), juin 2004.

799 Souligné par nous.

À notre connaissance, aucune saisine sur une éventuelle non-conformité de cette disposition à la loi organique répartissant les compétences entre collectivités n'a été soulevée à ce jour.

Une autre preuve que le législateur organique lui-même n'a aucunement décidé d'une compétence exclusive des provinces en matière d'environnement est paradoxalement issue de la même révision de la loi organique de 2013 évoquée plus haut. En modifiant la loi organique 99-209 pour transformer le Conseil Economique et Social de la Nouvelle-Calédonie en Conseil Economique, Social *et Environnemental*, le législateur organique a rédigé l'article 155 comme suit : « *Le conseil économique, social et environnemental est consulté sur les **projets et propositions de loi du pays et de délibération du congrès à caractère économique, social ou environnemental*** »⁸⁰⁰ reconnaissant ainsi le caractère transversal de l'environnement qui peut se retrouver dans les compétences de l'article 22. Conformément à l'esprit de l'article 99 qui fixe le domaine de la loi du pays en identifiant certaines matières importantes, les règles en matière d'environnement relèvent de choix politiques essentiels et doivent être fixées par le congrès en tant qu'assemblée législative. Le soin de décider les modalités de leur mise en œuvre peut être laissé aux provinces (cf. tourisme).

II. Environnement et loi du pays

Les errements sur la place de l'environnement dans l'ordre juridique calédonien sont dus, sans nul doute à l'absence de précision formelle dans la loi organique. Nous l'avons dit plus haut, l'amendement de 2013 à la loi organique 99-209 a apporté plus de confusion. Si clarification il doit y avoir, il faut modifier la loi organique pour inclure expressément les principes fondamentaux en matière d'environnement à l'article 99 qui définit le domaine de la loi du pays. Cette modification nous paraît doublement impérative et plusieurs éléments viennent renforcer notre point de vue. Il s'agit autant de la pratique parlementaire nationale ou de l'incompétence négative du législateur (A) que de la recherche de solutions à une situation juridique intenable liée à la rédaction actuelle de la loi organique non conforme aux exigences de la Charte Constitutionnelle de l'environnement, solutions parmi lesquelles la piste séduisante de l'abrogation implicite de la loi organique par la révision constitutionnelle de 2005 mérite d'être explorée (B).

A. La compétence du législateur du pays

La compétence du législateur du pays en Nouvelle-Calédonie en matière d'environnement est largement justifiée par la pratique du Parlement national. Parallèlement, tout le monde y gagnerait à ce que le législateur organique aille jusqu'au bout des obligations qui lui incombent en vertu notamment de la Charte Constitutionnelle de l'environnement de 2005.

800 Souligné par nous.

§1 la pratique nationale depuis 1958

Les principes fondamentaux en matière d'environnement ont été explicitement rajoutés au domaine de la loi nationale par la révision constitutionnelle de 2005. Pourtant, le Parlement depuis 1958 est intervenu à plusieurs reprises en matière d'environnement bien avant cette intervention du Constituant, confirmant la légitimité du législateur à adopter les règles de droit dans cette matière. Il y a eu la loi sur l'eau en 1964⁸⁰¹, puis la loi de 1976 sur la protection de la nature qui faisait suite à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain à Stockholm en 1972. Il y a eu également les lois sur le littoral⁸⁰² ou sur l'air⁸⁰³. Il n'y a jamais eu de contestation par le pouvoir exécutif de la compétence du législateur ou de remise en cause par le Conseil Constitutionnel. Il s'est même agi dans tous ces cas de projets de loi préparés par le Gouvernement alors même que l'on aurait pu penser dans la logique de l'article 37 de la Constitution que les règles relatives à l'environnement relevaient du pouvoir réglementaire.

Le congrès de la Nouvelle-Calédonie ne pourrait-il pas, dans une transposition qui n'aurait rien de scandaleux, adopter des projets de lois du pays sur l'eau, l'air, d'autres éléments de la nature ou les déchets, etc. même si ces points ne figurent pas expressément aujourd'hui à l'article 22 ou à l'article 99 de la LO 99-209 ? Le Conseil d'État, dans l'avis préalable qu'il donne sur les projets adoptés par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ou les propositions des élus du congrès pourra-t-il décemment soulever l'incompétence d'un congrès qui s'aventurerait dans un « périmètre interdit » ? En adoptant la loi du pays dite « taxe anti-pollution » en 2002, même s'il s'agissait d'une mesure fiscale, le congrès n'était-il d'ailleurs pas intervenu en matière d'environnement en taxant l'importation de matériels susceptibles de constituer en fin de vie un danger pour l'environnement ?

Malgré sa composition (élus issus des assemblées des trois provinces et pouvant être tentés de défendre leur province respective⁸⁰⁴), malgré la réticence observée lors de l'adoption du Code minier de la Nouvelle-Calédonie mais compte tenu de la procédure d'adoption à la majorité absolue d'une loi du pays, nous pensons que le congrès pourrait - en poursuivant un objectif d'intérêt général - se lancer dans une telle tentative, à savoir l'adoption d'une loi du pays d'harmonisation des règles sur l'ensemble du pays en matière d'environnement en toute sécurité juridique.

§2 La Charte et la question de l'incompétence négative du législateur

L'adoption de la Charte Constitutionnelle de l'environnement en 2005 et en particulier certaines de ces dispositions renvoyant à la loi ont étendu *de facto* le domaine de la loi nationale. Il appartient au législateur de s'en prévaloir et d'exercer

801 Loi du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution. http://www.vie-publique.fr/documents-vp/loi_1964.shtml. Elle a été complétée par la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau et la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques.

802 Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral.

803 Loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie.

804 Les élus indépendantistes de la province Sud ont toutefois fait preuve « d'esprit pays » en ne votant pas au congrès la modification, en faveur de leur province, de la clé de répartition budgétaire.

pleinement son pouvoir dans ces « nouvelles matières ». Le Conseil constitutionnel avait eu déjà longtemps avant l'occasion de confirmer que le législateur ne peut pas priver de garantie légale une règle, un principe ou un objectif à valeur constitutionnelle (décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985), considérant que cela reviendrait à une méconnaissance par le législateur de l'étendue de son propre domaine de compétence, voire une délégation au pouvoir réglementaire du soin de prendre des dispositions qui relèvent du domaine de la loi. Depuis il a régulièrement affirmé :

« qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. »⁸⁰⁵.

Le Conseil constitutionnel a censuré une disposition législative qui ne précise pas « les conditions et les limites » dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement⁸⁰⁶. Certaines dispositions de la Charte Constitutionnelle de l'environnement de 2005, nous l'avons dit, renvoient à la loi pour leur mise en œuvre. Si cela ne pose pas de problème au niveau national où cela relève du Parlement, il n'est pas de même pour la Nouvelle-Calédonie où, du fait de transferts de compétences, la détermination de l'autorité compétente pour intervenir en lieu et place du législateur national n'est pas aisée⁸⁰⁷. Nous déduisons de ce qui précède que le législateur organique, qui a pourtant modifié à plusieurs reprises la loi organique 99-209 depuis l'adoption de la Charte, n'est pas allé au bout de sa compétence en n'indiquant pas explicitement, compte tenu du partage de compétences qu'il a lui-même institué, que la mise en œuvre de la Charte et l'édiction des principes fondamentaux en matière d'environnement relèvent désormais du législateur du pays en Nouvelle-Calédonie. Il nous semble qu'il convient donc de remédier rapidement à une telle méconnaissance par le législateur organique de l'étendue de son propre domaine de compétence qui nourrit une situation juridique intenable.

B. Une situation juridique intenable

L'absence d'extension explicite de la compétence de la Nouvelle-Calédonie et du domaine de la loi du pays engendre une situation juridique intenable à plusieurs égards à laquelle il faut trouver des solutions, dont la prometteuse piste de

805 Damien Chamussy, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, Dossier : Le Conseil constitutionnel et le Parlement, janvier 2013. Disponible à l'URL :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-duconseil/cahier-n38/la-procedure-parlementaire-et-le-conseil-constitutionnel.135703.html#ANOTEC1200090058>.

806 Décision n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014.

807 Voir à ce sujet : Carine David, « La fixation des “ conditions et limites ” du droit de participation en matière environnementale en Polynésie Française et en Nouvelle-Calédonie », *RJE*, 2015/4, p. 617-632.

l'abrogation implicite du dispositif en matière d'environnement de la loi organique de 1999 par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005.

§1 Les ambiguïtés de la rédaction actuelle de la loi organique 99-209

L'incompétence négative du législateur organique que nous venons d'évoquer se double du non-respect de l'exigence de dispositions non équivoques. Nous illustrerons ce propos par le rappel de la modification de la loi organique 99-209 en 2013. Cette modification a introduit le membre de phrase « *sous réserve des compétences des provinces en matière de chasse et d'environnement* » à deux domaines, le droit civil (article 21-III-4 °) et les principes directeurs du droit de l'urbanisme (article 22-21 °). Le ministre de l'Outre-mer avait déclaré au moment du vote de cette modification que « *(le) périmètre retenu du droit civil n'empiète pas sur la compétence des provinces en matière de chasse et d'environnement.* ». Cette déclaration est pour le moins surprenante et participe du caractère équivoque que nous mentionnions plus haut. Le droit civil est une matière transférée de l'État à la Nouvelle-Calédonie en juillet 2013 et conformément à l'article 99-12 ° de la LO 99-209 relève du domaine de la loi du pays.

M. Lurel entendait-il que le droit civil peut être partitionné et qu'une partie de ce droit (relative à la chasse et à l'environnement) échappe au domaine de la loi du pays et peut être élaborée par les provinces ? Ou bien, que si les règles juridiques encadrant la chasse et l'environnement relèvent en métropole du droit civil, ce n'est pas le cas en Nouvelle-Calédonie ? Cela signifie-t-il par exemple que la Nouvelle-Calédonie, compétente en droit civil, ne peut intervenir via le congrès de la Nouvelle-Calédonie en matière de propriété intellectuelle attachée à la biodiversité⁸⁰⁸ ? Qu'en est-il également du sujet de la responsabilité environnementale ? Chaque province va-t-elle devoir fixer une définition du préjudice écologique alors que la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de responsabilités et d'assurances ? Nous touchons du doigt ici l'ambiguïté créée en 2013 contraire à l'exigence exprimée par le Conseil Constitutionnel et ouvre à notre avis des perspectives intéressantes pour une question prioritaire de constitutionnalité. La non-conformité à la Constitution de la loi organique 99-209 en matière d'environnement peut être également soulevée à l'aune d'une jurisprudence innovante du Conseil d'État.

§2 L'inconstitutionnalité de la loi organique 99-209

Comme le rappelle Yann Aguila :

«La constitutionnalisation du droit de l'environnement a également produit ses effets sur les différents acteurs du processus normatif et, en particulier, sur le législateur. Les décisions rendues par les juges constitutionnel et administratif depuis 2005 ont

808 Sur ce point, le Conseil d'État avait clairement indiqué qu'il s'agit bien de droit civil et relevait de l'État en attendant l'effectivité du transfert de cette matière à la Nouvelle-Calédonie, cf. Avis du CE, 390000, du 19 mai 2015, *op. cit.*

souligné la nécessité de réviser le corpus de textes en vigueur à la lumière des nouvelles exigences issues de la Charte de l'environnement. »⁸⁰⁹.

La Charte constitutionnelle de l'environnement de 2005 a en effet introduit à la fois une « *dynamique jurisprudentielle* » et une « *dynamique réformatrice* »⁸¹⁰ au regard des principes désormais constitutionnels du droit de l'environnement. Cela implique autant le vote par le Parlement de nouveaux textes pour donner corps aux principes édictés par la Charte, par exemple aux articles 6 et suivants, qu'une nécessaire remise à niveau des textes normatifs antérieurs à son adoption. Nous pensons que cela vaut pour la loi organique de 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. L'article 34 de la Constitution prévoit, dans la rédaction que lui a donnée la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, que « la loi détermine les principes fondamentaux [...] de la préservation de l'environnement. ». La modification de la loi organique intervenue en 2013 et évoquée plus haut, faisant passer la répartition de compétences matérielles au profit du pouvoir réglementaire des provinces de 1999 au-dessus d'une compétence d'attribution du législateur voulue huit ans plus tôt par le Constituant en 2005, ne respecte pas la constitution de la V^e République. D'autant plus que la loi organique 99-209, sur le partage de compétences en matière d'environnement qu'elle a institué entre collectivités publiques en Nouvelle-Calédonie, partage n'ayant aucune valeur constitutionnelle, n'ayant pas été modifiée pour donner au législateur du pays le soin de déterminer les principes fondamentaux de la préservation de l'environnement en Nouvelle-Calédonie, nous pouvons légitimement penser qu'elle ne respecte plus la Constitution depuis 2005.

« Pour le juge constitutionnel, la compétence, non épuisée ou inconstitutionnellement déléguée par le législateur, se transforme dans les mains des autorités chargées d'appliquer la loi en compétence susceptible d'être source d'arbitraire.⁸¹¹ ».

Confier à trois autorités provinciales détentrices d'un pouvoir réglementaire le soin (ou le risque) d'interpréter et d'appliquer différemment des dispositions constitutionnelles en matière d'environnement nous semblent bien relever d'un arbitraire non conforme à la Constitution de 1958 et à la jurisprudence du juge constitutionnel. L'idée que précisément la loi organique 99-209 ait été implicitement abrogée sur ce point mérite d'être creusée.

809 Yann Aguila, « Les acteurs face à la constitutionnalisation du droit de l'environnement », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014/2, n° 43, p. 43-55. Disponible à <http://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseilconstitutionnel-2014-2-page-43.htm>.

810 *Ibid.*

811 Patricia Rrapi, « L'incompétence négative » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, janvier 2012, disponible à l'URL : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-34/-l-incompetence-negative-dans-la-qpc-de-la-double-negation-a-la-double-incomprehension.104697.html>.

§3 L'abrogation implicite de la loi organique 99-2009 par la Charte Constitutionnelle de l'environnement

« Le Conseil d'État est d'avis que [...] toute loi dont le texte serait inconciliable avec celui de la Constitution a été abrogée par le seul fait de la promulgation de cette Constitution et qu'il est inutile de s'adresser au législateur pour lui demander cette abrogation. En effet, c'est un principe éternel qu'une loi nouvelle fait cesser toute loi précédente, ou toute disposition de loi précédente contraire à son texte ; principe applicable, à plus forte raison, à la Constitution, qui est la loi fondamentale de l'État. ».

C'est en rappelant ces propos du Conseil d'État datant du 4 Nivôse de l'an VIII qu'Édouard Geffray, Maître des requêtes au Conseil d'État, Rapporteur public, débute ses conclusions sur Conseil d'État, 24 juillet 2009, Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique, req. nos 305314 et 305315, où il développe avec autant de minutie que de pédagogie l'idée d'une abrogation implicite d'articles de la partie législative du Code de l'environnement national qui étaient en vigueur au moment de son adoption par la Charte de l'environnement⁸¹² entraînant l'irrégularité d'actes réglementaires pris en application après 2005. La technique, utilisée avec parcimonie par le conseil d'État ne consiste pas à déclarer la non-conformité ou l'inconstitutionnalité d'une loi mais de constater, dans le cadre d'un recours contre un acte réglementaire la mettant en œuvre, l'incompatibilité d'une disposition législative avec une norme constitutionnelle adoptée postérieurement. Il rappelle que le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2008-564 DC⁸¹³ et le Conseil d'État le 3 octobre 2008 dans son arrêt *Commune d'Annecy* ont consacré la valeur constitutionnelle de la Charte et que ne relèvent donc du pouvoir réglementaire, depuis l'entrée en vigueur de la révision du 1^{er} mars 2005, « *que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur.* »⁸¹⁴. Sans revenir sur l'intégralité de l'argumentaire développé par le rapporteur public et repris par le Conseil d'État dans son arrêt du 24 juillet 2009⁸¹⁵, nous pensons que depuis la loi du 1^{er} mars 2005 relative à la charte de l'environnement, le législateur organique a perdu la compétence de sa compétence et qu'il ne peut, en matière d'environnement, attribuer au pouvoir réglementaire de l'État, de la Nouvelle-Calédonie et des trois provinces d'intervenir dans un domaine qui revient désormais de droit au seul législateur du pays. On ne peut donc que regretter que le Conseil d'État (section des travaux publics) dans son avis

812 Édouard Geffray, « L'abrogation implicite de la loi par la Charte de l'environnement », Conclusions sur Conseil d'État, 24 juillet 2009, Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique, req. n°s 305314 et 305315 (deux espèces), *RFDA*, 2009, p. 963.

813 Décision du 19 juin sur la loi relative aux OGM.

814 Souligné par nous.

815 Conseil d'État, 24 juillet 2009 req. n° 305314 : « Considérant que ces dispositions, issues de la loi du 13 juillet 1992, ne sont pas, en tant qu'elles renvoient au pouvoir réglementaire le soin de définir les modalités de l'information du public sur les effets de la dissémination volontaire, compatibles avec les exigences rappelées ci-dessus de la Charte de l'environnement, dès lors que celles-ci ont précisément pour objet, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, de réserver au législateur cette définition ; qu'ainsi l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 a implicitement mais nécessairement eu pour effet de les abroger. ».

du 19 mai 2015 susmentionné⁸¹⁶ se soit contenté de donner sa réponse « *au vu de la répartition des compétences prévues par la loi organique du 19 mars 1999 actuellement en vigueur* » sans chercher conformément à la jurisprudence du 24 juillet 2009 si la révision constitutionnelle de 2005 n'avait pas eu pour conséquence l'abrogation de cette même répartition.

Conclusion

Avec l'adoption de la Charte de l'environnement de 2005, le Conseil Constitutionnel a pu confirmer la valeur fondamentale de l'environnement et de sa protection. Ainsi, la fondamentalisation du droit à l'environnement et la progressive reconnaissance de droits à des éléments ici ou ailleurs nous amènent à affirmer que l'environnement est (devenu) une matière fondamentale et que sa protection et sa gestion relèvent de choix politiques relevant de la volonté générale des citoyens d'un pays et exprimés par la loi. Le partage de compétences normatives tel qu'organisé par la loi organique 99-209, entre différentes institutions et entre collectivités de la Nouvelle-Calédonie, destiné, dans un contexte d'émancipation et de décentralisation, à permettre l'expression de sensibilités et choix culturels et sociaux de communautés propres à chaque province (et en particulier le peuple Kanak) n'est pas une séparation, stricte en l'occurrence, des pouvoirs, garante de la démocratie moderne. Il ne saurait à notre sens s'opposer à ce que la définition des principes fondamentaux en matière d'environnement⁸¹⁷, englobant toutes les matières, en vertu des principes de développement durable d'intégration puisse relever de la loi du pays calédonienne adoptée à la majorité de ses élus par le congrès de la Nouvelle-Calédonie d'autant que ce dernier est l'émanation des trois provinces.

Afin de faire obstacle aux ambiguïtés de la rédaction actuelle de la loi organique sur la question et afin de la rendre définitivement conforme à la Charte constitutionnelle de l'environnement nous proposons donc de supprimer à l'article 21-III-4^o et à l'article 22-21^o de la loi organique 99-209 lors d'une future révision de celle-ci les mentions «*sous réserve des compétences des provinces en matière de chasse et d'environnement*» introduite par la révision de 2013 et d'insérer à l'article 99 de la même loi organique l'alinéa suivant :

- les principes fondamentaux en matière d'environnement ainsi que les conditions et limites du droit de voir ces principes édictés par la Charte constitutionnelle de l'environnement.

Dix ans après son adoption ce ne serait que justice rendue à la Charte et à son application en Nouvelle-Calédonie !

816 Voir, Avis du CE, 390000, du 19 mai 2015, *op. cit.*

817 Nous partageons entièrement à ce titre, non seulement pour l'environnement mais dans tous les domaines, la préconisation de Jean-Yves Faberon d'adopter une nouvelle répartition des compétences en Nouvelle-Calédonie qui ne soit pas verticale, par secteurs ou matières, mais horizontale : la Nouvelle-Calédonie serait compétente pour poser les principes directeurs en chaque matière, et les provinces définiraient chacune ses politiques publiques propres et d'adaptation des principes directeurs du pays, cf. Jean-Yves Faberon, *Des Institutions pour un pays*, PUAM, Collection Droit d'outre-mer, 2012.

Lois du pays, droits fondamentaux et unité de l'État

Ornella SEIGNEURY

*Doctorante en droit public à l'Université de la Nouvelle-Calédonie
École doctorale du Pacifique (ED - 469)
Laboratoire de Recherches Juridiques et Économiques (LARJE)*

La loi du pays procède sans nul doute de l'insertion du pluralisme juridique⁸¹⁸ dans l'État unitaire français. Or, un tel pluralisme juridique n'est pas à craindre ne serait-ce que grâce à l'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois du pays calédoniennes⁸¹⁹. La question qui mérite néanmoins d'être soulevée est relative à l'articulation entre les lois du pays, les droits fondamentaux et l'unité de l'État à l'aune des concepts d'État plurilégislatif⁸²⁰ et d'État de droit⁸²¹.

Si nous ne pouvons présager avec certitude de ce que deviendra le droit calédonien du futur sans faire de l'astrologie incantatoire, nous pouvons néanmoins faire un bilan des quinze années d'activité de la loi du pays, comme le propose le maître de ces lieux Carine David, pour qui la loi du pays « aura le mérite de moderniser le droit public français »⁸²². En effet, un mouvement de renouveau du droit constitutionnel est en marche et se déploie, comme les saisons, de manière cyclique mais non linéaire et d'une intensité variable⁸²³. Repenser la rationalité normative, c'est donc s'interroger sur les transformations de l'État autrefois monocentrisme vers un État polycentrisme

818 Il existe différentes conceptions du pluralisme juridique considéré soit comme le phénomène d'éclatement normatif ou de segmentation normative ayant pour conséquence la multiplicité des ordres juridiques (sociologie du droit), soit comme la théorie critique du positivisme juridique fondée sur le postulat que l'État n'est plus le seul producteur *légitime* du droit (anthropologie du droit, théorie(s) du droit).

819 Si le droit suit aujourd'hui une tendance à la constitutionnalisation, corrélativement la loi a perdu de son monopole de la représentation « de la volonté générale ».

820 Selon Claude Avril, dans sa thèse intitulée *L'État plurilégislatif et la République indivisible*, 2004, p. 380, il existe deux conceptions de l'État plurilégislatif : l'une « ouverte à l'expression de la diversité, [admettant] parfaitement l'existence sur une même matière d'une pluralité de législations applicables sur l'ensemble de son territoire [lui permettant] ainsi d'intégrer dans sa structure une forme de diversité tant normative qu'institutionnelle, dans la mesure, néanmoins, où les principes d'indivisibilité de la République et d'égalité, qui sont au fondement de son existence, ne s'en trouvent pas affectés [... l'autre pouvant] s'entendre comme traduisant une forme d'altération de la République indivisible dans la mesure où tant les implications de la loi plurielle que celles inhérentes à la pluralité des lois aboutissent à remettre en cause le caractère indivisible de la République », disponible à l'adresse <http://www.sudoc.fr/077603931>. Nous entendons l'État plurilégislatif au sens souple comme une mutation de l'État unitaire et non comme sa remise en cause.

821 L'État de droit se conçoit, d'une part, contre l'omnipotence du pouvoir législatif c'est-à-dire par l'affirmation de la primauté de la Constitution sur la loi et d'autre part, contre l'omnipotence du pouvoir exécutif c'est-à-dire contre la souveraineté du gouvernement et du président de la République lesquels sont également soumis au respect des normes fondamentales. Le droit est donc valorisé au détriment du politique, cf. Jacques Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, 1992, p. 160.

822 Carine David, *Essai sur la loi du pays calédonienne*, L'Harmattan, 2008, p. 566.

823 Francis Delperey, « Le renouveau du droit constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2/2008, n° 74, p. 227-237.

c'est-à-dire que l'État, qui était le seul producteur légitime des normes juridiques, se voit dorénavant confronté à la multiplicité des centres de décisions, du « pouvoir de dire le droit »⁸²⁴.

Pour pasticher le professeur Baguenard écrivant à propos de la décentralisation, la loi du pays serait-elle une nouvelle phase d'alluvionnement de l'unité de l'État et d'une coagulation du domaine législatif et des droits fondamentaux ? Autrement dit, l'unité de l'État résiste-t-elle à la reconnaissance d'un nouveau législateur susceptible d'intervenir dans des domaines touchant aux libertés fondamentales, domaine exclusif du législateur national ? Et le cas échéant, quelles sont les garanties dont dispose l'État pour encadrer la loi du pays ? Quel est donc le domaine et les limites de la loi du pays ?

L'État unitaire français fait face à un problème complexe : trouver un équilibre entre la reconnaissance des spécificités locales et la garantie optimale de l'État de droit. Il convient donc d'étudier le domaine de la loi du pays, porteur d'aménagements de l'unité de l'État et des droits fondamentaux (I) puis son encadrement comme témoignage du maintien de l'unité de l'État et de l'uniformité de la garantie de ces droits (II).

I. Le domaine des lois du pays, porteur d'aménagements de l'unité de l'État et des droits fondamentaux

L'unité de l'État français repose sur deux piliers : l'indivisibilité de la République et l'égalité de tous les citoyens devant la loi que la Nouvelle-Calédonie est venue éroder. Face à l'introduction de la loi du pays dans le paysage constitutionnel français, le Parlement français se voit indirectement concurrencer par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie par le prisme des libertés fondamentales. Le domaine de compétences de la loi du pays touchant, en effet, un certain nombre de libertés fondamentales.

Outre les aménagements de l'indivisibilité de la République (A), l'autre risque d'atteinte aux libertés fondamentales provient du principe d'égalité, droit-vecteur d'autres libertés fondamentales, lui aussi aménagé pour la Nouvelle-Calédonie (B).

A. Les aménagements du principe d'indivisibilité de la République en Nouvelle-Calédonie

Le Professeur Patrick Dollat définit l'indivisibilité comme « la qualité de ce qui ne peut être divisé »⁸²⁵ et l'auteur de poursuivre en distinguant la notion d'uniformité, proche de la tradition jacobine, de la notion d'unité qui, elle, n'interdit pas une certaine diversité des autonomies, des particularismes locaux au sein d'un seul État⁸²⁶.

824 André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique*, tome 2, LGDJ, 2003, p.183-185 et s.

825 M. Staub, *L'indivisibilité en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1999, p. 1049, cité par Patrick Dollat, « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'État unitaire à l'État uni ? », *Revue française de droit administratif*, 2003, p. 670-677.

826 En témoignent les États espagnol et italien qui sont considérés comme des États régionaux alors que leurs constitutions consacrent également un principe d'indivisibilité de la République.

Le principe d'indivisibilité de la République est caractérisé par l'indivisibilité du territoire, l'indivisibilité du peuple et l'indivisibilité de la souveraineté. Or, en Nouvelle-Calédonie, d'une part, la notion de la *souveraineté partagée* a fait l'objet d'une controverse⁸²⁷ (1) et d'autre part, l'introduction dans le paysage constitutionnel français de la notion de « peuple kanak » est l'occasion de s'interroger sur l'indivisibilité du peuple français (2).

1. La controverse sur la notion de la souveraineté partagée

Preuve de son importance, l'indivisibilité de la République est affirmée par l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958. Pour l'historien du droit et des institutions, l'affirmation de l'indivisibilité de la République n'est pas nouvelle⁸²⁸ et même si elle s'inscrit à l'origine dans le rejet du fédéralisme, le principe a subi des atténuations face à la nécessité grandissante de tenir compte de la diversité des besoins locaux. Il existe par ailleurs des constitutions qui n'évoquent pas la souveraineté et qui sont souveraines et des constitutions qui mentionnent la souveraineté sans pour autant qu'elle ne soit effective⁸²⁹. Ainsi, la présence de l'occurrence « souveraineté » dans la Constitution ne préjuge pas de la souveraineté effective de l'État. Ce qui ne rend donc pas vaine la question de savoir si la Nouvelle-Calédonie est un territoire souverain, et plus généralement, le fait que contrairement à ce qui a été dit, la simple présence de certaines expressions dans le texte constitutionnel telles que celles de l'Accord de Nouméa, ne leur donne pas pour autant une valeur normative encore moins une valeur constitutionnelle. Il n'y a pas de lien indéfectible entre l'inscription dans le texte fondamental et sa portée constitutionnelle.

Classiquement, on distingue deux sortes de souveraineté :

- la souveraineté externe qui signifie l'indépendance d'un État vis-à-vis des autres États ;
- la souveraineté interne qui signifie l'existence d'une puissance suprême et indépendante au sein de l'État.

Or, si la souveraineté externe de l'État français n'est pas remise en cause puisqu'aucune collectivité de la République française ne possède de compétences régaliennes et ne peut intervenir dans la représentation et le rôle de l'État sur la scène internationale⁸³⁰, la souveraineté interne est quant à elle plus confuse. Cette question

827 En témoigne par exemple l'ouvrage collectif dirigé par Jean-Yves Faberon et Guy Agniel intitulé : *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, éd. *La Documentation française* en 1999 ; également, un numéro de la *Revue Politèia* consacré au « Droit constitutionnel calédonien », n° 20, 2011.

828 La Constitution du 3 septembre 1791 mentionnait déjà l'indivisibilité du royaume, proclamé dans la Convention nationale du 25 septembre 1792.

829 Michel Troper, Dominique Chagnollaude et al., *Traité international de droit constitutionnel* - Tome 2, Dalloz, 2012, p. 844.

830 Par exemple en matière de diplomatie. Étant entendu que les collectivités d'outre-mer peuvent avoir des compétences internationales encadrées par l'État en raison de leur situation géographique qui les couperait de leur voisinage mais qui ne sont en aucun cas des compétences de type diplomatique ou conventionnelle au sens strict, qui est une compétence régalienne de l'État. En ce sens, Nicolas Clinchamps, « Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, 2005/2, n°113, p. 81 et également, l'article L. 1115-5 du Code général des collectivités territoriales : « Aucune convention de quelque nature que ce soit, ne peut être passée entre une collectivité territoriale ou un

rejoint notamment le débat doctrinal sur la notion de compétence. Léon Duguit nous offre une conception générale de la compétence comme le « pouvoir de faire certains actes »⁸³¹ ou « le pouvoir juridique de vouloir »⁸³² qui s'oppose à la théorie de Georg Jellinek⁸³³ d'après qui la compétence n'appartient qu'à l'État.

Le débat sur la notion de souveraineté partagée est d'ailleurs logiquement évacué par ceux qui n'envisagent la souveraineté que sous l'angle externe ou international. En revanche, s'agissant de la doctrine qui prend en compte l'aspect interne de la souveraineté, le débat oppose d'un côté, les tenants de la souveraineté « intouchable », inaliénable et indivisible et de l'autre, ceux pour qui la souveraineté peut être partagée. Le Professeur Yves Ménard affirme que « le partage de compétences ne saurait donc en aucun cas signifier partage de souveraineté, aussi large que soient les compétences transférées par l'État souverain à des collectivités autonomes »⁸³⁴. En ce sens, la compétence est la simple aptitude d'une autorité publique à édicter un acte alors que la souveraineté est bien plus en ce qu'elle est une qualité de posséder un pouvoir et d'en user sans conditions. Selon cette conception, même si l'État transfère des compétences à une collectivité infraétatique, il demeure le seul maître à bord. Il s'ensuit qu'un « quelconque partage de souveraineté est inconcevable dans l'ordre juridique interne »⁸³⁵. Cette conception de la souveraineté focalisée sur l'origine du pouvoir s'oppose clairement aux tenants de la théorie de la souveraineté partagée, selon lesquels le point de vue doit être déplacé au niveau du destinataire⁸³⁶. Notons que la Nouvelle-Calédonie est vouée à faire l'objet d'un référendum sur son autodétermination⁸³⁷ afin d'accéder à l'indépendance. Il ne s'agit donc pas pour l'État de maintenir la Nouvelle-Calédonie dans la France, ce qui est justement le processus de la fédération⁸³⁸ mais au contraire de lui permettre d'en sortir. De surcroît, le débat doit être soulevé en dehors de la définition bodinienne de la souveraineté⁸³⁹, qui comme

groupement et un État étranger ». De plus, sur le sujet, cf. L. Grard, « La capacité internationale des collectivités d'outre-mer », in F. Melin-Soucramanien (Dir.), *L'outre-mer français un « modèle » pour la République ?*, PUB, 2008, p. 87-111.

831 Léon Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, (1903), éd. Dalloz, 2005, p. 493.

832 Léon Duguit, *ibid.*

833 Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit, Théorie juridique de l'État*, Tome II, 1913, LGDJ, 2005, p. 593.

834 Yves Brard, « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les “ lois du pays ”. De la spécialité législative au partage du pouvoir législatif », *Les Petites Affiches*, n° 112, le 6 juin 2001, p. 4-16.

835 C. David, *op. cit.*, p. 381.

836 C. David, *op. cit.*

837 Entre 2014 et 2018 à l'initiative du Congrès et à défaut au terme de la période prévue par l'Accord de Nouméa, à l'initiative unilatérale de l'État français.

838 En ce sens, N. Clinchamps, « Un fédéralisme interne en Nouvelle-Calédonie ? », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 187-196, qui remarque par ailleurs que si le terme « fédéral » a été employé dans les Accords de Matignon, il a disparu de l'Accord de Nouméa. Donc, selon cet auteur, le fédéralisme interne étant exclu et si la question du fédéralisme doit se poser, elle ne concerne que l'hypothèse d'un fédéralisme externe, à savoir l'accession de la Nouvelle-Calédonie à l'indépendance et son éventuelle association par un traité, à la France. Cela étant, à l'égal de l'Union européenne, on voit mal la France se transformer en une confédération dans les années qui viennent.

839 C'est-à-dire une conception stricte de la souveraineté comme l'impossibilité en soit d'admettre un partage de pouvoir.

le souligne Carine David, est « dépassée [...] et ne reflète plus aucune réalité »⁸⁴⁰. En effet, l'auteur nous enseigne qu'il faut adopter une approche nouvelle : « alors que la conception de la souveraineté comme attribut de la puissance suprême de l'État envisage l'origine de la souveraineté, la théorie de la souveraineté partagée considère les titulaires pouvant en exercer les attributs. La première exclut la possibilité d'un partage alors que la seconde l'admet. »⁸⁴¹

2. *L'indivisibilité du peuple français*

Le principe d'indivisibilité de la République s'entend également comme l'indivisibilité du peuple français c'est-à-dire l'interdiction d'une division du peuple ou de toute différenciation entre les citoyens français « constituant un même peuple »⁸⁴² y compris en dehors du territoire métropolitain. La question s'est néanmoins posée de savoir si le principe pouvait être aménagé pour les collectivités ultra-marines telles que la Corse et la Nouvelle-Calédonie. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer à l'occasion de la décision rendue le 9 mai 1991 relative au statut de la Corse et dans une décision rendue le 15 mars 1999 sur l'accord de Nouméa s'agissant des notions de peuple kanak voire de « peuple calédonien ».

Dans la première décision⁸⁴³, le Conseil constitutionnel déclare dans son considérant n° 12, que la notion de peuple français a une valeur constitutionnelle et censure l'article 1^{er} de la loi litigieuse consacrant un peuple corse dans la République, distinct du peuple français. Pour écarter l'affirmation de l'existence d'un peuple corse, les Sages se sont appuyés sur un raisonnement simple : le constituant entend par « peuple » un tout indivisible. Il ne peut donc y avoir qu'un seul peuple comprenant l'ensemble des citoyens français sans distinctions de race, d'origine ou de religion. C'est pourquoi le Conseil a par la suite distingué la notion juridique de peuple⁸⁴⁴ de la notion, plus neutre, de population, qui elle signifie l'ensemble des habitants établis sur un territoire donné. En effet, le « peuple corse » est une notion politique et non juridique, au même titre que les peuples kanak et « calédonien » qui sont dépourvus d'effets normatifs.

Dans la seconde décision⁸⁴⁵, le Conseil a estimé en son considérant n° 3 que « le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi organique doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle ; que, toutefois, de telles dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord ». Autrement dit, si le principe d'indivisibilité est aménagé en Nouvelle-Calédonie en

840 C. David, *op. cit.* p. 375-376.

841 C. David, *op. cit.* p. 376.

842 L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 16^e éd., 2014, p. 523.

843 Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 - Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, Recueil, p. 51, *Journal officiel* du 21 mars 1999, p. 4234 [Non conformité partielle].

844 Bien qu'une partie de la doctrine puisse rejeter la valeur juridique de la notion de peuple et plus encore de l'unicité du peuple. En ce sens, Olivier Gohin, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *Revue française de droit administratif*, 2003, note n° 18, p. 678.

845 Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 - Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, Recueil, p. 50 - *Journal officiel* du 14 mai 1991, p. 6350 [Non conformité partielle].

ce qu'il permet des dérogations, celles-ci ne sont conformes à la Constitution qu'au regard des *orientations de l'accord de Nouméa* et dans la mesure où la dérogation est *strictement nécessaire à sa mise en œuvre*. Ce faisant, le Conseil a étendu sa marge d'interprétation et entend opérer un contrôle de proportionnalité.

En définitive, le Conseil constitutionnel a constamment réaffirmé l'indivisibilité du peuple français sans l'adapter alors que l'autre fondement de l'unité de l'État, a quant à lui était fortement aménagé en Nouvelle-Calédonie.

B. Les aménagements du principe d'égalité en Nouvelle-Calédonie

1. La relativisation du principe d'égalité en matière de citoyenneté locale

À l'origine, principe de philosophie politique érigé en principe général du droit par le Conseil d'État puis reconnu comme véritable droit fondamental constitutionnel, voire « suprafondamental » - dans la mesure où il conditionne l'exercice d'autres droits et libertés fondamentaux⁸⁴⁶- le principe d'égalité en France est d'une part, un des piliers de l'État unitaire et de l'État de droit et d'autre part, un vecteur de l'exercice d'autres droits et libertés fondamentaux en Nouvelle-Calédonie. Mais, ce principe est « un droit fondamental éminemment relatif »⁸⁴⁷ à savoir en matière de citoyenneté locale et d'emploi local. En effet, il est question de s'interroger d'un côté, sur le risque de la réalisation d'une atteinte aux principes démocratiques du fait du gel du corps électoral et d'un autre côté, sur les mesures de discriminations positives en Nouvelle-Calédonie.

Le principe d'égalité est particulièrement riche d'enseignements. De la même manière que l'indivisibilité de la République, « l'égalité ne signifie pas l'uniformité »⁸⁴⁸ parce qu'il est confronté au pluralisme juridique. Diversité incarnée notamment par l'expérience calédonienne dont les lois du pays font écho en ayant la possibilité de restreindre le principe d'égalité, d'une part dans son aspect socio-économique, et d'autre part, dans son aspect politique.

La possibilité de participer à l'élection du législateur calédonien est d'une importance capitale. Dans ce cadre, la question se pose donc de savoir si les restrictions électorales opérées portent atteinte aux libertés politiques. En principe, la citoyenneté au sens jacobin est universelle et n'admet aucune division. De la même manière que le peuple est indivisible, la citoyenneté ne peut être divisée ou différenciée. Or, compte tenu de l'histoire tumultueuse du territoire et de la montée des revendications susceptibles de s'épanouir dans la violence, l'État français est face à l'impossibilité de maintenir une conception si rigide de la citoyenneté. La pluri-citoyenneté signifie en l'occurrence la reconnaissance d'une citoyenneté locale au sein de la citoyenneté

846 C'est pourquoi, on l'appelle un « droit-support », un « droit-tuteur » ou encore un « droit-vecteur » qui a fait dire à Maurice Hauriou dans son *Précis de droit administratif et de droit public général*, que « le principe d'égalité [...] a une importance particulière parce qu'il a certainement amené une à une les diverses libertés. ».

847 Louis Favoreu et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 4^e éd., 2007, p. 342 ; en ce sens également, Jean Gicquel, « Préférence territoriale et démocratie », in *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, J-Y. Faberon et G. Agniel (Dir.), La documentation française, Paris, 2000, p. 383.

848 Jean-Paul Pastorel, « Le principe d'égalité en outre-mer », *NCCC*, 2012, n° 35, p. 73 et s.

nationale, qui est donc plus restreinte. En outre, il est important de souligner qu'une citoyenneté propre ne saurait se fonder sur la race, l'origine, l'ethnie ou la religion. Une citoyenneté kanak par exemple, fondée sur une différenciation ethnique serait fatalement censurée par le Conseil constitutionnel. Alors que la citoyenneté fondée sur une différenciation territoriale est admissible même si la Constitution consacre le principe du suffrage universel car la citoyenneté restreinte ne vaudra que pour les élections locales et non nationales. L'autre argument justifiant la tolérance d'une citoyenneté propre repose sur le fait que la Nouvelle-Calédonie s'achemine vers l'indépendance et qu'il ne s'agit pas d'une simple revendication d'ordre économique ou sociale comme cela a pu être le cas en Polynésie-Française, en Corse ou en Guyane⁸⁴⁹. Si aujourd'hui les circonstances historiques justifient ces dérogations, en revanche, en cas d'accession à l'indépendance, rien ne pourrait plus justifier un tel écart à la démocratie.

Par ailleurs, outre les libertés politiques, la loi du pays peut notamment poser problème au regard des libertés économique et sociale. En effet, la citoyenneté locale et les discriminations positives en matière d'emploi local sont étroitement liées en ce qu'elles, les secondes, reposent sur les conditions fixées par la première.

*2. La relativisation du principe d'égalité en matière d'emploi local :
les mesures de discriminations positives en Nouvelle-Calédonie*

Le principe d'égalité n'interdit pas la possibilité des traitements différenciés, des mesures de discriminations positives qui ne sont d'ailleurs pas propres à la Nouvelle-Calédonie. Ainsi, les libertés fondamentales sont potentiellement touchées dans la mesure où il est possible pour le législateur calédonien de mettre en place des discriminations positives en matière d'accès à l'emploi local dans la sphère privée et dans la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie.

Le préambule de l'accord de Nouméa mentionne la nécessité de « mesures de protection de l'emploi local » justifiées en raison de « la taille de la Nouvelle-Calédonie et ses équilibres économiques et sociaux [qui] ne permettent pas d'ouvrir le marché du travail ». Dans son point 2, l'Accord ajoute que « la notion de citoyenneté... sera une référence pour la mise au point des dispositions qui seront définies pour préserver l'emploi local ». Puis, dans le point 3.1.1, il justifie ces mesures de discriminations positives par la nécessité d'« offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi de ses habitants. ».

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser la loi organique, par la décision rendue du 15 mars 1999, précitée. Le Conseil précise que la durée de résidence exigée ne doit pas excéder celle pour acquérir la citoyenneté. Il émet d'ailleurs deux réserves quant à ces mesures de discriminations positives. La première condition nécessite que les mesures de priorité à l'emploi soient strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa et la seconde, qu'elles soient conformes aux orientations de l'accord de Nouméa. En ce sens, il exige de ces mesures qu'elles soient prises en considération de critères objectifs et rationnels. C'est bien la preuve de la volonté du Conseil constitutionnel de préserver la substance de l'égalité et que malgré les atténuations faites au principe d'égalité, celles-ci ne sauraient remettre en

849 Carine David, *op.cit.*

cause l'uniformité de la protection des libertés fondamentales sur l'ensemble du territoire républicain, y compris en Nouvelle-Calédonie.

Dans ce cadre, privilégier une minorité territoriale au détriment des libertés individuelles semble inconcevable. Or, si l'on se déplace du niveau national au niveau territorial, il apparaît que ce que l'on appelle à l'échelon national une minorité est en réalité le partage entre communautés d'importance équivalente et dont les clivages sociaux nécessitent un rééquilibrage qui passe nécessairement par la revitalisation de la logique du groupe au détriment de l'individualisme de chacun. En effet, que l'individualisme dans une société homogène puisse être fondé n'est pas remis en cause. Nonobstant, dans une société hétérogène et très inégalitaire, il faut changer de postulat. Pourtant, il ne s'agit pas d'emboîter le pas à une logique communautariste mais de trouver un équilibre puisqu'en effet, « le droit à la différence ne doit pas dépasser un certain seuil au-delà duquel la vie en communauté deviendrait impossible. »⁸⁵⁰

En l'occurrence, les citoyens calédoniens sont prioritaires sur les personnes remplissant une durée de résidence suffisante. On le voit, le domaine matériel de la loi du pays est suffisamment étendu pour toucher à des domaines particulièrement sensibles comme par exemple celui du droit du travail. Et seul le Conseil constitutionnel peut sanctionner une loi du pays qui méconnaît les libertés fondamentales.

Par un avis rendu le 17 novembre 2005⁸⁵¹, le Conseil d'État a considéré que les dispositions qui excluent les personnes non citoyennes et ne remplissant pas la condition de dix ans de résidence, « imposent des restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre des stipulations » de l'Accord. De surcroît, comme Jean-Yves Faberon⁸⁵² le remarque, la Haute juridiction administrative est allée plus loin en proposant l'instauration de « deux concours ou examens, dotés d'un jury commun, l'un réservé aux personnes citoyennes ou résidentes de la Nouvelle-Calédonie depuis plus de 10 ans, l'autre ouvert aux personnes ne remplissant aucune de ces conditions ». Finalement, ce projet est resté lettre morte.

Une meilleure illustration en est la décision QPC du 9 décembre 2011 « Patelise » par laquelle le Conseil constitutionnel a rappelé que le principe d'égalité n'est pas absolu en ce qu'il est « qu'il était loisible au législateur, pour mettre en œuvre la liberté syndicale et le principe de participation, d'adopter des dispositions particulières applicables aux agents des administrations publiques salariés dans les conditions du droit privé s'agissant du droit d'expression des salariés, du droit syndical, des institutions représentatives du personnel et des salariés protégés ». En d'autres termes, le législateur calédonien peut adopter des lois du pays particulières pour prendre en compte les spécificités de la Nouvelle-Calédonie. En ce sens, il adopte une jurisprudence constante. Néanmoins, aux termes de son considérant n° 7, le Conseil estime que l'absence de mise en œuvre de protection des agents publics est contraire à la liberté syndicale. Autrement dit, il sanctionne une compétence négative en ce que l'absence de dispositions soustrait « ces agents des administrations publiques du bénéfice des dispositions du Code du travail de Nouvelle-Calédonie applicables

850 Carine David, *op.cit.*, p. 537.

851 Avis n° 327-237 de l'assemblée générale du 17 novembre 2005 sur le projet de loi du pays relatif au soutien et à la promotion de l'emploi local dans les fonctions publiques de la Nouvelle-Calédonie.

852 Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie. Identités et rééquilibrages*, PUAM, 2012, p. 136.

aux relations collectives du travail ; que ni ces dispositions ni aucune loi du pays de Nouvelle-Calédonie n'assurent la mise en œuvre, pour ces agents, de la liberté syndicale et du principe de participation des travailleurs ; que, par suite, les dispositions contestées portent une atteinte inconstitutionnelle aux exigences précitées du Préambule de 1946 ; qu'elles doivent être déclarées contraires à la Constitution ». Le silence du législateur a donc été sanctionné parce qu'il ne prévoyait pas de garanties suffisantes aux agents publics notamment la liberté syndicale.

Ce faisant, malgré la jurisprudence constitutionnelle favorable au développement des spécificités calédoniennes, on le voit plus nettement avec cette décision, que son contrôle se « resserre » lorsqu'il s'agit du maintien de l'application du régime de l'État de droit sur le territoire calédonien.

II. L'encadrement des lois du pays, témoin du maintien de l'unité de l'État et de l'uniformité de la garantie des droits fondamentaux

La garantie des libertés fondamentales dans l'État français a subi quelques adaptations s'agissant du contrôle de constitutionnalité de la loi du pays par rapport aux lois nationales (A). Toutefois, l'État conserve le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois du pays (B).

A. A. Le contrôle de constitutionnalité des lois du pays

Non sans humour, Karl Loewenstein nous explique avec justesse que confier au législateur local le soin de contrôler ses propres lois reviendrait à « confier à des lapins le rôle de gardien d'un jardin de carottes. »⁸⁵³. En effet, le concept de l'État de droit prend donc tout son sens dès lors que gage de son efficacité, le monopole étatique du contrôle de constitutionnalité des lois du pays est un préalable indispensable dans un État plurilégislatif. Il est indéniable que l'érosion de l'unicité de l'État par la consécration de spécificités locales a pu conduire certains auteurs à se demander si l'État de droit régnait en Nouvelle-Calédonie⁸⁵⁴. Mais, c'était une vingtaine d'années auparavant. Le législateur calédonien est d'une part, obligé de respecter le corpus de ces droits et la jurisprudence du Conseil constitutionnel et d'autre part, il lui est impossible de modifier ou d'intervenir dans l'élaboration ou l'interprétation de ces droits. Même si cette prérogative régaliennne s'exprime au détriment de l'autonomie du législateur calédonien, elle favorise néanmoins une harmonisation de la protection des droits fondamentaux et donc des valeurs de notre société sur l'ensemble du territoire de la République française.

853 Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Théorie de la Constitution), Ariel, Barcelona, 1987 cité par Gerardo ETO CRUZ, « La juridiction constitutionnelle au Pérou », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1/2015, n° 46, p. 77-87.

854 Jean-Claude Douence, « État de droit et droit d'outre-mer » in Jean-Yves Faberon, *Territoires d'outre-mer et État de droit : le régime législatif de la Nouvelle-Calédonie*, Dalloz, 1994, p. 11-21.

1. Les modalités du contrôle de constitutionnalité des lois du pays

Avant la réforme du 23 juillet 2008 avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en 2010, seul le contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* existait. Or, l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, que ce soit pour les lois nationales ou désormais pour les lois du pays, constitue une avancée considérable et « sans conteste un progrès dans l'État de droit ».

Désormais, le Conseil constitutionnel peut effectuer son contrôle soit *a priori* c'est-à-dire en amont, avant la promulgation de la loi, soit *a posteriori* c'est-à-dire en aval, après la promulgation de la loi et de son entrée en vigueur.

Pour les lois du pays, le régime juridique du contrôle de constitutionnalité *a priori* découle des articles 61 et 77 de la Constitution⁸⁵⁵. De surcroît, l'article 77 renvoie à l'accord de Nouméa⁸⁵⁶ lesquels sont, à leur tour, mis en œuvre par la loi organique du 19 mars 1999.

Le point 2.1.3 énonce « certaines délibérations du Congrès auront le caractère de loi du pays et de ce fait ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel avant leur publication [...] sur saisine du représentant de l'État, de l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie, d'un président de province, du président du Congrès ou d'un tiers des membres du Congrès » à savoir dix-huit membres sur les cinquante-quatre membres. La possibilité de dix-huit membres du Congrès de déférer une loi du pays devant le Conseil peut apparaître dans la réalité difficile à remplir. C'est précisément ce qui est arrivé dans une affaire, où le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur une loi du pays, sans nul doute inconstitutionnelle, mais dont les conditions de recevabilité n'étaient pas remplies. En l'espèce, seules quinze signatures ont pu être réunies au lieu des dix-huit requises. Le Conseil a donc logiquement rejeté la saisine sur le fondement de l'article 104 de la loi organique et de l'Accord, alors que la loi du pays aurait certainement été censurée. La loi du pays en question faisait notamment intervenir la liberté d'entreprendre. Les domaines du droit du travail, du droit syndical ou du droit de la sécurité sociale sont pour l'instant relativement épargnés par les atteintes des lois du pays aux libertés fondamentales mais pour combien de temps ? Et si le Conseil constitutionnel est un garde-fou, encore faut-il qu'il soit saisi. Or, ce n'est pas souvent le cas.

2. La portée du contrôle de constitutionnalité des lois du pays et des décisions du Conseil constitutionnel

La doctrine a pu identifier une certaine immunité des lois du pays⁸⁵⁷ induit de l'ineffectivité du contrôle avant la promulgation liée au contexte politique calédonien. Enfin, il semble qu'au regard de certaines décisions de censure du Conseil constitutionnel, le législateur calédonien n'ayant pas réagi depuis, nous nous interrogeons

855 En effet, la Nouvelle-Calédonie faisant l'objet de dispositions constitutionnelles spécifiques, ce contrôle des lois du pays est également régi par l'article 77 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998.

856 Du moins à ses orientations.

857 Carine David, « Lois du pays et QPC : vers un renforcement de l'État de droit en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, n° 98, 2014/2, p. 317-344.

sur l'autorité du juge constitutionnel et si elle tend à s'affaiblir au détriment de l'efficacité de la garantie des libertés fondamentales en Nouvelle-Calédonie. Si avant l'introduction de la QPC, cet état du droit était insoutenable dans un État de droit, dorénavant la procédure *a posteriori* est venue corriger ce défaut.

Le contrôle de constitutionnalité *a priori* trouve également une autre limite : celle de la dissolution de l'autorité du Conseil constitutionnel. La dissolution de l'autorité peut avoir plusieurs causes notamment dans deux situations : soit le Congrès ne réagit pas à l'injonction de modifier la loi du pays pour la rendre conforme à la Constitution, soit il réagit mais il ne respecte pas la décision. Dans ce cas, existe-t-il un moyen de faire respecter l'autorité de la chose jugée au Conseil ? Dans la décision « Patelise », le Conseil a décidé de reporter les effets de sa décision dans le temps (à savoir au 1^{er} janvier 2013) en laissant au législateur le soin de remédier à l'inconstitutionnalité de l'article Lp. 311-2 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie. Malgré ce délai d'un an environ, assez « généreux pour des dispositions simples à adopter », ni le Congrès ni le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'ont respecté la décision du Conseil. Par suite, dans cette même décision, la question se pose de savoir si effectivement le Congrès et le gouvernement éprouvent des difficultés à respecter la décision du juge constitutionnel ou s'il s'agit d'une « irrévérence à l'égard de la Haute juridiction ». Pour autant, cette attitude est isolée et, en général, les assemblées législatives sont vigilantes.

B. Le monopole étatique en matière de garantie des droits fondamentaux

1. La conciliation réussie du pluralisme juridique et de l'unité dans la République française

Le domaine de la loi du pays est limité puisqu'il n'est pas étendu à la garantie des libertés fondamentales. L'ancienne conception de la loi comme expression de la volonté générale avait trouvé à s'épanouir dans un contexte où le Parlement était souverain. Or, les dérives des régimes d'assemblée notamment sous la IV^e République ont conduit le Constituant à rationaliser le parlementarisme en instituant notamment un véritable contrôle de constitutionnalité des lois, au travers de l'institution du Conseil constitutionnel en 1958, faisant désormais primer la Constitution sur la loi. Le contrôle de constitutionnalité, au départ assez limité, s'est ensuite étendu au bloc de constitutionnalité par la décision « Liberté d'association » de 1971. La saisine du Conseil constitutionnel a ensuite été ouverte à soixante députés ou à soixante sénateurs par la révision de 1974 et la révision du 23 juillet 2008 a ouvert la saisine au justiciable par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. Même si la protection des droits et libertés fondamentales est concentré entre les mains des membres du Conseil, il s'avère que les droits irriguent, par le haut, l'ensemble de l'ordre juridique.

Le Conseil constitutionnel affirme de manière constante que si les spécificités locales peuvent justifier des dérogations aux principes républicains, la Nouvelle-Calédonie ne peut s'en affranchir par sa propre volonté tant qu'elle demeure une collectivité territoriale.

Rappelons que la loi du pays est seulement encadrée par le contrôle du Conseil constitutionnel au regard de la Constitution et non au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Le Conseil constitutionnel, à la différence

des juridictions ordinaires, n'est pas compétent pour exercer un contrôle de conventionalité. La loi du pays échappe donc à tout contrôle de conventionalité puisque le juge ordinaire qui l'effectue, en l'occurrence le Conseil d'État, n'est pas compétent pour examiner la loi du pays. Néanmoins, cela n'est pas un obstacle à ce que la Cour européenne puisse se prononcer indirectement sur une loi du pays dans le cas où elle méconnaîtrait un droit fondamental. En effet, dans la mesure où un justiciable, après avoir épuisé toutes les voies de recours internes, saisisrait la Cour européenne pour faire condamner la France comme dans la décision *Py c/France*⁸⁵⁸, la loi du pays se trouverait indirectement condamnée par le juge européen au regard du droit international. L'influence de la CEDH s'exerce également indirectement sur le contrôle de constitutionnalité des lois du pays.

2. Approche comparée de la garantie des droits fondamentaux dans les États à pluralisme législatif

L'approche comparée nous enseigne que les garanties des libertés fondamentales ne sont pas uniquement assurées contre le législateur par la justice constitutionnelle mais également par le juge ordinaire. En ce qui concerne la loi du pays, qui est dans ce cadre, difficilement comparable à une loi d'un État fédéré, le Doyen Favoreu insiste sur la comparaison du point de vue du modèle de justice constitutionnelle car « le contrôle diffus à l'américaine permet certes d'assurer directement cette protection ; mais il n'en va pas de même à notre sens du contrôle concentré à l'europpéenne. En effet, il est impossible qu'une dizaine ou une vingtaine de juges constitutionnels puissent faire le même travail que des milliers, voire des dizaines de milliers, de juges ordinaires ».

Lorsqu'il s'agit de concilier les libertés fondamentales aux nécessités pratiques, la Cour constitutionnelle fédérale allemande opère ce que l'on appelle le contrôle de proportionnalité, que l'on a pu observer également dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. En réalité, cette technique juridictionnelle est courante dans les États européens, inspirée notamment de la Cour européenne des droits de l'homme. Le contrôle de proportionnalité trouve tout son sens en l'espèce puisqu'il s'agit, selon le Professeur Xavier Bioy, de « l'adéquation de la mesure à la fin poursuivie, sa nécessité, faute de mesure moins attentatoire à la liberté, le caractère minimum du sacrifice demandé » et l'auteur de poursuivre que « la proportionnalité implique ainsi que les moyens liberticides soient aptes à réaliser l'objectif d'intérêt général poursuivi, qu'ils soient nécessaires, c'est-à-dire sans équivalent (même efficacité) moins liberticides et enfin, ils doivent être réalistes au vu de ce que les destinataires de la norme peuvent supporter ». Or, si le principe de proportionnalité trouve à s'appliquer à la Nouvelle-Calédonie en raison de ce que la population peut supporter, en Allemagne, la Loi fondamentale précise que le législateur peut restreindre les libertés de manière générale, alors qu'en France seule le législateur national le peut.

858 CEDH, n° 66289/01, *Bruno Py c/France*. Par cet arrêt, la Cour de Strasbourg a tranché l'affaire du corps électoral restreint en Nouvelle-Calédonie en considérant qu'il n'y avait aucune atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En Espagne, le Tribunal constitutionnel n'effectue le contrôle de constitutionnalité des lois qu'à titre exceptionnel. En effet, le recours d'*amparo*⁸⁵⁹, qui signifie « de protection » permet de suspendre un procès en cours afin que le Tribunal constitutionnel se prononce sur la conformité de la loi litigieuse par rapport à la norme suprême. Or, les délais sont très longs et corrélativement, les décisions assez rares. Au demeurant, plus le contrôle est concret et concentré, moins les décisions constitutionnelles sont fréquentes.

À la différence de l'État unitaire, en Allemagne, en Espagne et en Italie, la saisine de la Cour constitutionnelle pour examiner la conformité de la loi nationale par rapport à la constitution est ouverte aux entités fédérées et régionales, ce qui n'est pas le cas de la Nouvelle-Calédonie vis-à-vis de la métropole.

*

* *

Si le droit est un organisme vivant, le droit calédonien est un droit en gestation. Le juriste y voit donc une formidable opportunité de novation. Mieux, de maturation. En même temps que le droit calédonien se développe, expérimente et s'émancipe, le juriste mûrit avec lui. Celui-ci se retrouve, sans le savoir, dans la peau de ce petit prince hagar qui demande à l'aviateur perdu dans le désert, *s'il vous plaît... Dessine-moi la loi du pays* ; ce à quoi celui-là pourrait répondre : *quand le mystère est trop impressionnant, on n'ose pas désobéir*. Or, dessiner le bilan des quinze dernières années d'activité de la loi du pays calédonienne pour en saisir les principales perspectives d'évolution n'est guère chose aisée, mais néanmoins passionnante. Jean Gicquel a ainsi écrit que cette réflexion « contribue à renouveler la pensée relative à la loi et à l'État, ces passions françaises, comme on aime à le dire, au vu du prisme insulaire »⁸⁶⁰. Or, si *renouveler* signifie la modification des caractéristiques de quelque chose pour lui donner un aspect différent et nouveau, cette opération implique nécessairement l'existence d'une construction antérieure soit l'opération par laquelle on assemble des éléments pour former un tout fonctionnel. Et partant, le renouvellement de la pensée juridique s'exprime en premier lieu par la déconstruction de l'existant. En Nouvelle-Calédonie, d'aucuns ont parlé d'un droit en construction. Il est paradoxalement un droit de la déconstruction. Déconstruction des mentalités. Déconstruction des fausses idoles. Déconstruction des certitudes axiologiques, en particulier celle d'un droit meilleur, celui de l'État.

859 Équivalent espagnol de la QPC française.

860 Jean Gicquel, Préface de la thèse de Carine David, *op. cit.*, p. 12. Le sujet est d'autant plus intéressant qu'il n'intéresse pas seulement les juristes mais aussi les sociologues, les anthropologues et les ethnologues du droit tels que Norbert Rouland et Régis Lafargue.

ANNEXE

RÉCAPITULATIF DES AVIS RENDUS SUR LES LOIS DU PAYS PAR LE CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE (CESE-NC)

Les éléments relevés ci-après sont consultables.
Source : Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie.

Numéro et date de l'avis	Nature de la saisine	Loi du pays concernée	Avis rendu	Loi du pays publiée
Saisi le 23 mars 2016	normale	Avant-projet de loi du pays portant diverses mesures d'ordre social	réputé rendu ¹	Ø
Saisi le 10 mars 2016	normale	Avant-projet de loi du pays relatif au titre III de la partie I de la partie législative du code de l'urbanisme de la Nouvelle-Calédonie	réputé rendu	Ø
Saisi le 22 décembre 2015	normale	Avant-projet de loi du pays instituant la partie V de la partie législative du code de la santé publique de la Nouvelle-Calédonie (produits de santé), accompagné de son projet de délibération d'application.	réputé rendu	Ø
Saisi le 8 décembre 2015	normale	Avant-projet de loi du pays portant création d'une aide au logement	réputé rendu	Ø
Saisi le 29 octobre 2015	normale	Avant-projet de loi du pays modifiant le code du travail (journaliste)	réputé rendu	Ø
Saisi le 20 octobre 2015	urgence	Avant-projet de loi du pays relatif au service civique en Nouvelle-Calédonie	réputé rendu	Ø

1 Plusieurs avis ont été réputés rendus compte tenu du non renouvellement du CESE-NC en mai 2015. Certains avaient avancé un risque juridique sur l'adoption des textes, d'autres arguaient la théorie administrative de la « formalité impossible ».

Saisi le 13 octobre 2015	normale	Avant-projet de loi du pays portant prolongation de l'exonération de cotisations sociales au bénéfice des établissements d'accueil petite enfance et périscolaire	réputé rendu	Loi du pays n° 2016-3 du 27 janvier 2016 portant prolongation de l'exonération de cotisations sociales au bénéfice des établissements d'accueil petite enfance et périscolaire
Saisi le 6 octobre 2015	normale	Avant-projet de loi du pays relative au livre III et au livre V du code des assurances applicables en Nouvelle-Calédonie	réputé rendu	Ø
Saisi le 15 septembre 2015	urgence	Avant-projet de loi du pays instituant le chapitre Ier du titre Ier du livre Ier de la partie III de la partie législative du code de la santé publique de la NC (vaccinations), accompagné de son projet de délibération d'application	réputé rendu	Ø
Saisi le 15 septembre 2015	urgence	Avant-projet de loi du pays instituant la partie IV de la partie législative du code de la santé publique de la Nouvelle-Calédonie (professions de santé), accompagné de son projet de délibération d'application	réputé rendu	Ø
Saisi le 7 juillet 2015	normale	Proposition n°18 de loi du pays permettant le don de jours de congé pour maladie d'un enfant	réputé rendu	Ø
Saisi le 7 juillet 2015	normale	Avant-projet de loi du pays portant statut des gens de mer, accompagné de son projet de délibération d'application	réputé rendu	<u>Loi du pays n° 2016-5 du 11 février 2016 portant statut des gens de mer</u>
N°02/2015 du 7 mai 2015	normale	Proposition de loi du pays relative aux assistants familiaux, accompagnée de sa proposition de délibération ainsi que d'une résolution sollicitant l'homologation des peines instituées par ladite proposition de loi du pays.	favorable	Ø
N°01/2015 du 23 janvier 2015	normale	Avant-projet de loi du pays modifiant la loi du pays n° 2009-6 du 16 avril 2009 relative au code minier de la Nouvelle-Calédonie	favorable	<u>Loi du pays n° 2015-3 du 29 avril 2015 portant modification de l'article 5 de la loi du pays n° 2009-6 du 16 avril 2009 relative au code minier de la Nouvelle-Calédonie</u>

N°20/2014 du 23 décembre 2014	urgence	Avant-projet de loi du pays relatif aux assistants familiaux accompagné de son projet de délibération d'application	favorable	Ø
N°17/2014 du 28 novembre 2014	normale	Avant-projet de loi du pays instituant la partie IV de la partie législative du code de la santé publique de la Nouvelle-Calédonie	favorable	Ø
N°16/2014 du 18 novembre 2014	normale	Avant-projet de loi du pays relatif à la partie législative du code de l'urbanisme de la Nouvelle-Calédonie, accompagné de son projet de délibération portant sur la partie réglementaire du code de l'urbanisme de la Nouvelle-Calédonie	favorable	Ø
N°15/2014 du 4 novembre 2014	normale	Avant-projet de loi du pays instituant une contribution calédonienne de solidarité, accompagné de son projet de délibération	favorable	Loi du pays n° 2014-20 du 31 décembre 2014 instituant une contribution calédonienne de solidarité
N°14/2014 du 13 octobre 2014	normale	Avant-projet de loi du pays fixant les principes directeurs relatifs au plan d'urbanisme directeur et au permis de construire	favorable	Ø
N°08/2014 du 28 février 2014	normale	Saisine portant sur l'ensemble des textes constituant le dispositif ISA de lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme	réservé	Ø
N°03/2014 du 28 février 2014		Avant-projet de loi du pays portant modification de l'affectation de la taxe de consommation intérieure sur les produits de cru et de fabrication locale	réservé	
N°02/2014 du 24 janvier 2014	normale	Avant-projet de loi du pays relative au portage salarial et modifiant le code du travail	réservé	Loi du pays n° 2014-14 du 16 octobre 2014 relative au portage salarial et modifiant le code du travail

N°38/2013 du 13 décembre 2013	urgence	Avant-projet de loi du pays portant création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie	favorable	<u>Loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.</u>
N°35/2013 du 28 novembre 2013	urgence	Avant-projet de loi du pays relatif aux livres III et IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie	favorable	
N°34/2013 du 28 novembre 2013	normale	Proposition de loi du pays portant création d'une autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie	favorable	
N°33/2013 du 22 novembre 2013	normale	Avant-projet de loi du pays portant exonération et abattement de cotisations sociales aux établissements d'accueil petite enfance et périscolaire	favorable	Loi du pays n° 2014-11 du 1er avril 2014 portant exonération et abattement de cotisations sociales au bénéfice des établissements d'accueil petite enfance et périscolaire
N°30/2013 du 13 septembre 2013	normale	Avant-projet de loi du pays portant dispositions transitoires en matière de propriété industrielle	favorable	Ø
N°26/2013 du 21 août 2013	normale	Avant-projet de loi du pays relative à la création d'un congé en faveur des entraîneurs sportifs accompagné de son projet de délibération d'application	favorable	Loi du pays n° 2014-13 du 28 avril 2014 relative à la création d'un congé en faveur des entraîneurs sportifs
N°25/2013 du 21 août 2013	normale	Avant-projet de loi du pays portant statut des gens de mer, accompagné de son projet de délibération d'application	favorable	Ø
N°19/2013 du 18 juillet 2013	normale	Avant-projet de loi du pays relatif aux titres-repas accompagné de sa délibération d'application	favorable	Loi du pays n° 2013-9 du 22 novembre 2013 relative aux titres-repas
N°18/2013 du 18 juillet 2013	normale	Avant-projet de loi du pays portant diverses dispositions relatives au droit du travail	favorable	Loi du pays n° 2014-4 du 12 février 2014 portant diverses dispositions relatives au droit du travail

N°17/2013 du 18 juillet 2013	normale	Avant-projet de loi du pays relative à l'intéressement accompagné de son projet de délibération d'application	favorable	Loi du pays n° 2014-8 du 18 février 2014 relative à l'intéressement
N°16/2013 du 18 juillet 2013	normale	Avant-projet de loi du pays relative au groupement d'employeurs, accompagné de son projet de délibération	favorable	Loi du pays n° 2014-3 du 12 février 2014 relative au groupement d'employeurs
N°15/2013 du 18 juillet 2013	normale	Avant-projet de loi du pays relatif à l'insertion par le travail, accompagné de son projet de délibération	réservé	Loi du pays n° 2014-10 du 12 mars 2014 relative à l'insertion par le travail
N°14/2013 du 9 juillet 2013	normale	Avant-projet de la loi du pays relatif au plafonnement des prix des produits et prestations de service offerts en Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2013-7 du 27 septembre 2013 relative au plafonnement des prix des produits et prestations de services offerts en Nouvelle-Calédonie
N°11/2013 du 27 juin 2013	normale	Proposition de loi du pays n° 21 créant un bonus exceptionnel au bénéfice des salariés à bas revenus	défavorable	Ø
N°10/2013 du 27 juin 2013	normale	Proposition de loi du pays n°20 relative aux emplois d'avenir	réservé	Ø
N°06/2013 du 7 mai 2013	normale	Proposition de loi du pays modifiant les dispositions du code du travail relatives aux journalistes	réservé	Loi du pays n° 2013-6 du 27 septembre 2013 modifiant les dispositions du code du travail relatives aux journalistes
N°03/2013 du 7 mars 2013	normale	Saisine portant sur: - la proposition de loi du pays relative au contrôle des concentrations en Nouvelle-Calédonie (n° 16) ; - la proposition de loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie (n° 18)	Demande au gouvernement de reprendre les deux propositions pour élaborer un unique projet de loi du pays	Loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie
N°02/2013 du 21 février 2013	normale	Proposition de loi du pays relative à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans les relations de travail dans le secteur public	favorable	Loi du pays n° 2014-9 du 18 février 2014 relative aux relations de travail et à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel dans le secteur public

N°21/2012 du 27 décembre 2012	normale	Avant-projet de loi du pays et le projet de délibération portant statut de la mutualité en Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2013-4 du 7 juin 2013 portant statut de la mutualité en Nouvelle-Calédonie
N°16/2012 du 21 novembre 2012	urgence	Avant-projet de loi du pays relatif aux agents non titulaires des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie	réservé	Ø
N°09/2012 du 15 juin 2012	normale	Projet de loi du pays fixant les règles générales du domaine public de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, de leurs groupements et de leurs établissements publics	favorable	Loi du pays n° 2012-6 du 5 septembre 2012 fixant les règles générales du domaine public immobilier de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, de leurs groupements et de leurs établissements publics
N°06/2012 du 24 février 2012	normale	Projet de loi du pays portant modification du complément retraite de solidarité	favorable	Loi du pays n° 2012-8 du 12 novembre 2012 portant modification du complément retraite de solidarité
N°04/2012 du 24 février 2012	normale	Proposition de loi du pays portant modification du complément retraite de solidarité et de l'aide sociale aux personnes âgées	réservé	
N°05/2012 du 24 février 2012	normale	Proposition de loi du pays portant extension aux entreprises hôtelières situées sur les îles et îlots de la commune de Nouméa de l'abattement de cotisation sociale dont bénéficient les salariés des entreprises hôtelières situées hors de la commune de Nouméa	favorable	Loi du pays n° 2012-7 du 5 septembre 2012 portant extension aux entreprises hôtelières situées sur les îles et îlots de la commune de Nouméa de l'abattement de cotisation sociale dont bénéficient les salariés des entreprises hôtelières situées hors de la commune de Nouméa
N°13/2011 du 12 octobre 2011	normale	Propositions de loi du pays et de délibération portant création d'un minimum vieillesse	favorable	Loi du pays n° 2011-7 du 28 décembre 2011 portant modification du complément retraite de solidarité et de l'aide sociale aux personnes âgées
N°12/2011 du 12 octobre 2011	normale	Avant-projet de loi du pays portant modification du complément de retraite solidarité et de l'aide sociale aux personnes âgées, au projet de délibération portant modification du complément de retraite solidarité et de l'aide à domicile des personnes âgées ainsi qu'au projet de délibération portant revalorisation de l'aide à domicile des personnes âgées	favorable	

N°08/2011 du 7 juillet 2011	normale	Avant-projet de loi du pays concernant la validation de la délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 relative à la régulation des importations de viandes et abats en Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2011-6 du 17 octobre 2011 portant validation des actes pris en application des articles 1er et 2 de la délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 relative à la régulation des importations de viandes et abats en Nouvelle-Calédonie
N°07/2011 du 26 mai 2011	normale	Proposition de loi du pays et la proposition de délibération relatives aux congés de participation à des compétitions sportives nationales ou internationales et aux congés pour l'exercice d'une activité bénévole en tant qu'organisateur, officiel technique, encadrant ou dirigeant d'une association sportive	favorable	Loi du pays n° 2011-4 du 17 octobre 2011 portant dispositions relatives au congé pour participation à des compétitions sportives territoriales, nationales ou internationales et au congé pour l'exercice d'une activité bénévole en tant qu'organisateur, officiel technique, encadrant ou dirigeant d'une association sportive
N°14/2010 du 13 décembre 2010	urgence	Projet de loi du pays relatif à la réduction dégressive des cotisations patronales sur les bas salaires et relatif aux cotisations sociales des entreprises de transformation des produits locaux agricoles et de la mer destinés à l'exportation	favorable	Ø
N°12/2010 du 29 octobre 2010	normale	Avant-projet de loi du pays et le projet de délibération relatifs aux relations de travail et à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel au travail	favorable	Loi du pays n° 2011-5 du 17 octobre 2011 relative aux relations de travail et à l'interdiction du harcèlement moral et sexuel au travail
N°11/2010 du 25 août 2010	normale	Projet de loi du pays instituant un crédit d'impôt au titre d'une avance remboursable ne portant pas intérêt, dénommée "prêt à taux zéro"	favorable	Loi du pays n° 2010-12 du 17 décembre 2010 instituant un crédit d'impôt au titre d'une avance remboursable ne portant pas intérêt, dénommée "prêt à taux zéro"
N°08/2010 du 25 août 2010	normale	Projet de loi du pays relatif au conseil du dialogue social (CDS)	favorable	Loi du pays n° 2010-13 du 31 décembre 2010 relative au conseil du dialogue social

N°02/2010 du 2 avril 2010	normale	Proposition de loi du pays portant modification du code du travail	réservé	Loi du pays n° 2010-10 du 27 juillet 2010 portant modification du code du travail de Nouvelle-Calédonie
N°01/2010 du 29 janvier 2010	normale	Projets de loi du pays et de délibérations relatifs à l'aide au logement	favorable	<u>Loi du pays n° 2010-6 du 21 juin 2010 modifiant la loi du pays n° 2007-4 du 13 avril 2007 portant création d'une aide au logement</u>
N°14/2009 du 20 novembre 2009	normale	Projet de loi du pays relatif à la validation des acquis de l'expérience et portant modification du code du travail de Nouvelle-Calédonie et le projet de délibération relatif à la validation des acquis de l'expérience et portant modification du code du travail de Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2010-4 du 3 février 2010 relative à la validation des acquis de l'expérience et portant modification du code du travail de Nouvelle-Calédonie
N°12/2009 du 6 novembre 2009	urgence	Projet de loi du pays relatif aux modalités de fixation du salaire minimum garanti et du salaire minimum agricole garanti	favorable	Loi du pays n° 2010-2 du 15 janvier 2010 relative aux modalités de fixation du salaire minimum garanti et du salaire minimum agricole garanti
N°11/2009 du 18 septembre 2009	normale	Projet de loi du pays relatif au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de police et sécurité de la circulation aérienne intérieure et des exploitants établis en Nouvelle-Calédonie dont l'activité principale n'est pas le transport aérien international	favorable	Loi du pays n° 2009-11 du 28 décembre 2009 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de police et sécurité de la circulation aérienne intérieure et des exploitants établis en Nouvelle-Calédonie dont l'activité principale n'est pas le transport aérien international
N°10/2009 du 18 septembre 2009	normale	Projet de loi du pays relatif au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de police et sécurité de la circulation maritime s'effectuant entre tous points de la Nouvelle-Calédonie, et de sauvegarde de la vie humaine en mer dans les eaux territoriales	favorable	Loi du pays n° 2009-10 du 28 décembre 2009 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de police et sécurité de la circulation maritime s'effectuant entre tous points de la Nouvelle-Calédonie, et de sauvegarde de la vie humaine en mer dans les eaux territoriales

N°09/2009 du 18 septembre 2009	urgence	Projet de loi du pays relatif au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière d'enseignement du second degré public et privé, d'enseignement primaire privé et de santé scolaire	favorable	Loi du pays n° 2009-09 du 28 décembre 2009 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière d'enseignement du second degré public et privé, d'enseignement primaire privé et de santé scolaire
N°08/2009 du 12 juin 2009	normale	Projet de loi du pays portant diverses mesures d'ordre sanitaire et social	favorable	
<u>N°05/2009 du 27 mars 2009</u>	normale	<u>Projet de loi du pays concernant le soutien et la promotion de l'emploi local</u>	favorable	Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local
N°04/2009 du 20 mars 2009	normale	Projet de loi du pays portant diverses dispositions relatives aux sapeurs-pompiers volontaires	favorable	Loi du pays n° 2009-8 du 19 octobre 2009 portant diverses dispositions relatives aux sapeurs-pompiers volontaires
N°21/2008 du 19 décembre 2008	normale	Projet de loi du pays portant diverses dispositions relatives au droit du travail en Nouvelle-Calédonie, ainsi que le projet de délibération portant diverses dispositions relatives au droit du travail en Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2010-1 du 12 janvier 2010 portant diverses dispositions relatives au droit du travail en Nouvelle-Calédonie
N°19/2008 du 3 décembre 2008	normale	Projet de loi du pays et le projet de délibération relatifs à la santé et la sécurité au travail et modifiant le code du travail de Nouvelle-Calédonie	favorable de principe	Loi du pays n° 2009-7 du 19 octobre 2009 relative à la santé et la sécurité au travail et modifiant le code du travail de Nouvelle-Calédonie
N°15/2008 du 7 novembre 2008	normale	Projet de loi du pays portant création d'un régime d'aides en faveur des personnes en situation de handicap et des personnes en perte d'autonomie, ainsi que d'un projet de délibération fixant les conditions de délivrance des aides en faveur des personnes en situation de handicap et des personnes en perte d'autonomie	favorable	Loi du pays n° 2009-2 du 7 janvier 2009 portant création d'un régime d'aides en faveur des personnes en situation de handicap et des personnes en perte d'autonomie

N°14/2008 du 7 novembre 2008	normale	Projet de loi du pays relatif à l'emploi des personnes en situation de handicap, ainsi que le projet de délibération relatif à l'emploi des personnes en situation de handicap	favorable	Loi du pays n° 2009-1 du 7 janvier 2009 relative à l'emploi des personnes en situation de handicap
N°12/2008 du 17 octobre 2008	urgence	Projet de loi du pays portant réforme de la branche assurance vieillesse et veuvage du régime général de sécurité social de Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2009-3 du 7 janvier 2009 portant réforme de la branche assurance vieillesse et veuvage du régime général de sécurité sociale de Nouvelle-Calédonie et autres mesures d'ordre social
<u>N°11/2008 du 17 octobre 2008</u>	normale	<u>Avant-projet de loi du pays relatif au code minier de la Nouvelle-Calédonie (partie législative).</u>	favorable	<u>Loi du pays n° 2009-6 du 16 avril 2009 relative au code minier de la Nouvelle-Calédonie (partie législative)</u>
N°07/2008 du 29 août 2008	normale	Projet de loi du pays relatif à trois signes identitaires de la Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2010-11 du 9 septembre 2010 relative à trois signes identitaires de la Nouvelle-Calédonie (
N°09/2007 du 20 novembre 2007	urgence	Projet de loi du pays relatif au code du travail de la Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 relative au code du travail de Nouvelle-Calédonie
N°06/2007 du 6 juillet 2007	normale	Projet de loi du pays relative à la codification du droit du travail en Nouvelle-Calédonie	favorable	
N°28/2006 du 27 décembre 2006	normale	Projet de loi du pays relatif à la situation des maîtres des établissements d'enseignements privés sous contrat qui exercent leurs fonctions en Nouvelle-Calédonie	favorable	Ø
N°21/2006 du 17 novembre 2006	normale	Projet de loi du pays relatif au code du travail de Nouvelle-Calédonie et d'un projet de délibération relatif au code du travail de Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 relative au code du travail de Nouvelle-Calédonie
N°19/2006 du 27 octobre 2006	normale	Projet de loi du pays et le projet de délibération portant diverses dispositions relatives aux sapeurs-pompiers volontaires	favorable	Ø

N°17/2006 du 3 novembre 2006	normale	Projet de loi de pays portant création d'une aide au logement, d'un projet de délibération fixant les conditions de délivrance de l'aide au logement et d'un projet de délibération portant modification de la délibération modifiée n° 210 du 30 octobre 1992 portant création du fonds social de l'habitat	favorable	Loi du pays n° 2007-4 du 13 avril 2007 portant création d'une aide au logement
N°09/2006 du 1er septembre 2006	normale	Projet de loi de pays portant création d'un complément retraite de solidarité de la Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2006-13 du 22 décembre 2006 portant création du complément retraite de solidarité de la Nouvelle-Calédonie
N°08/2006 du 25 août 2006	normale	Projet de loi du pays relatif aux occupations constitutives de droits réels sur le domaine public de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et de leurs établissements	favorable	Loi du pays n° 2007-2 du 13 février 2007 relative aux occupations constitutives de droits réels sur le domaine public de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et de leurs établissements publics
N°04/2006 du 21 avril 2006	normale	Projet de loi du pays portant diverses dispositions relatives au droit du travail	favorable	<u>Loi du pays n° 2006-10 du 22 septembre 2006 portant diverses dispositions relatives au droit du travail en Nouvelle-Calédonie</u>
N°12/2005 du 21 décembre 2005	normale	Proposition de loi du pays modifiant la loi du pays, modifiée n° 2001-016 du 11 janvier 2002 relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie	pas favorable	Loi du pays n° 2006-8 du 8 juin 2006 portant modification de la loi du pays modifiée n° 2001-016 du 11 janvier 2002 relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie
N°11/2005 du 21 décembre 2005	normale	Propositions de loi du pays et de délibération modifiant le barème de l'impôt sur le revenu	favorable	Ø
N°10/2005 du 9 décembre 2005	normale	Proposition de loi du pays modifiant la loi du pays modifiée n° 2001-016 du 11 janvier 2002 relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie	pas favorable	Loi du pays n° 2006-8 du 8 juin 2006 portant modification de la loi du pays modifiée n° 2001-016 du 11 janvier 2002 relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie

N°08/2005 du 2 septembre 2005	normale	Projet de loi du pays relatif au soutien et à la promotion de l'emploi local dans les fonctions publiques de la Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2014-16 du 24 décembre 2014 relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie
N°07/2005 du 26 août 2005	normale	Projet de loi du pays relatif à la représentativité des organisations syndicales de salariés	favorable	Loi du pays n° 2006-4 du 14 avril 2006 relative à la représentativité des organisations syndicales de salariés
N°05/2005 du 12 juillet 2005	urgence	Avant-projet de loi du pays portant modification de l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail en Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2006-3 du 8 février 2006 portant modification de l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à (organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail en Nouvelle-Calédonie
N°02/2005 du 11 janvier 2005	normale	Projet de loi du pays portant création des allocations familiales de solidarité servies par le régime des prestations familiales de solidarité	favorable	<u>Loi du pays n° 2005-4 du 29 mars 2005 portant création des allocations familiales de solidarité servies par le régime des prestations familiales de solidarité et diverses dispositions d'ordre social.</u>
N°01/2005 du 11 janvier 2005	normale	Projet de loi du pays modifiant le dispositif d'aide fiscale aux investissements dans certains secteurs d'activité	défavorable	Ø
N°13/2004 du 3 décembre 2004	urgence	Avant-projet de loi du pays relatif au salaire minimum garanti et au salaire minimum agricole garanti	favorable	Loi du pays n° 2005-1 du 11 janvier 2005 modifiant l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie, et relative au salaire minimum garanti et au salaire minimum agricole garanti

N°12/2004 du 3 décembre 2004	urgence	Avant-projet de loi du pays instituant une contribution sociale additionnelle à l'impôt sur les sociétés pour les entreprises réalisant plus de 200 millions de bénéficiaires et portant diverses dispositions d'ordre fiscal et à l'avant-projet de loi du pays aménageant l'application du taux réduit d'impôt sur les sociétés au profit des petites et moyennes entreprises	favorable	Loi du pays n° 2005-3 du 11 janvier 2005 instituant une contribution sociale additionnelle à l'impôt sur les sociétés pour les entreprises réalisant plus de deux cent millions de bénéficiaires et portant diverses dispositions d'ordre fiscal
N°11/2003 du 18 juillet 2003	urgence	Projet de loi du pays portant diverses dispositions d'ordre social et à sa délibération subséquente	favorable	Loi du pays n° 2003-5 du 21 novembre 2003 portant diverses dispositions d'ordre social
N°10/2004 du 8 octobre 2004	normale	Avant-projets de loi de pays et aux projets de délibération portant modification des tarifs douaniers	défavorable	Ø
N°09/2002 du 3 avril 2002	urgence	Projet de loi du pays portant diverses dispositions d'ordre social	favorable	Loi du pays n° 2002-020 du 6 août 2002 portant diverses dispositions d'ordre social
N°04/2002 du 13 mars 2002	normale	Projet de loi du pays relatif aux règles de droit du travail applicables aux entreprises établies hors de la Nouvelle-Calédonie y effectuant une prestation de services avec du personnel salarié	favorable	Loi du pays n° 2002-021 du 20 septembre 2002 relative aux règles applicables aux entreprises établies hors de la Nouvelle-Calédonie y effectuant une prestation de services avec du personnel salarié et modifiant l'ordonnance modifiée n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie
N°22/2001 du 21 septembre 2001	normale	Projet de loi du pays instituant une taxe de solidarité sur les services affectée à la CAFAT au titre du financement de la protection sociale	favorable	Loi du pays n° 2001-013 du 31 décembre 2001 instituant une taxe de solidarité sur les services affectée à la CAFAT au titre du financement de la protection sociale
N°21/2001 du 21 septembre 2001	normale	Projet de loi du pays relatif aux conditions d'assujettissement des travailleurs salariés à la CAFAT	favorable	Ø

N°20/2001 du 21 septembre 2001	normale	Projets de loi du pays et de délibération relatifs à l'instauration d'un régime unifié d'assurances maladie-maternité et à l'organisation de la CAFAT	favorable de principe	Loi du pays n° 2001-016 du 11 janvier 2002 relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie
N°19/2001 du 21 septembre 2001	normale	Projet de loi du pays relatif à la taxe sur les alcools et les tabacs en faveur du secteur sanitaire et social et le projet de délibération portant application de cette loi du pays	favorable	Loi du pays n° 2001-014 du 13 décembre 2001 instituant une taxe sur les alcools et les tabacs en faveur du secteur sanitaire et social
N°18/2001 du 21 septembre 2001	normale	Projet de loi du pays concernant la taxe provinciale sur les nuitées des établissements hôteliers	Approuve	Loi du pays n° 2001-015 du 9 janvier 2002 relative à la taxe provinciale sur les nuitées des établissements hôteliers
N°15/2001 du 24 août 2001	urgence	Projet de loi du pays relatif à la régulation du conventionnement de certains professionnels de santé avec les organismes de protection sociale et le projet de délibération s'y rattachant	favorable de principe	Loi du pays n° 2001-012 du 7 novembre 2001 relative au dispositif conventionnel entre certains professionnels de santé et les organismes de protection sociale
N°12/2001 du 31 juillet 2001	normale	Projet de loi du pays sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces	favorable	Loi du pays n° 2001-017 du 11 janvier 2002 sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces
N°11/2001 du 24 juillet 2001	urgence	Projet de loi du pays relatif aux cotisations sur les bas salaires ainsi que le projet de délibération s'y rapportant	favorable	Loi du pays n° 2001-011 du 7 novembre 2001 relative à la réduction dégressive des cotisations patronales sur les bas salaires
N°05/2001 du 23 mars 2001	normale	Projet de loi du pays relatif aux délégués du personnel non fonctionnaire dans les administrations et le projet de délibération portant application de cette loi du pays	défavorable	Ø
N°04/2001 du 23 mars 2001	normale	Projet de loi du pays relatif au dialogue préventif avant tout conflit collectif du travail et le projet de délibération pris en application de cette loi du pays	favorable	Ø
N°03/2001 du 23 mars 2001	normale	Projet de loi du pays relatif à la simultanéité des élections des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise	favorable	Ø

N°01/2001 du 22 février 2001	normale	Projet de loi du pays relatif à la cotisation des employeurs sur les salaires au titre de la formation professionnelle	favorable	Loi du pays n° 2001-08 du 7 juin 2001 relative à la cotisation des employeurs sur les salaires au titre de la formation professionnelle
N°17/2000 du 17 novembre 2000	normale	Projet de loi du pays relatif à la durée du mandat des délégués du personnel	favorable	Loi du pays n° 2000-007 du 15 janvier 2001 relative à la durée du mandat des délégués du personnel
N°16/2000 du 17 novembre 2000	urgence	Projet de loi du pays relatif au salaire minimum garanti et au salaire minimum agricole garanti	favorable	Loi du pays n° 2000-006 du 15 janvier 2001 relative au salaire minimum garanti et au salaire minimum agricole garanti
N°99-05 du 15 novembre 1999	urgence	Projet de loi du pays relatif à la réforme de la fiscalité douanière en Nouvelle-Calédonie	favorable	Loi du pays n° 2000-003 du 18 août 2000 portant réforme de la fiscalité douanière
N°99/04 du 2 novembre 1999	urgence	Projet de loi du pays relatif à l'institution d'une taxe générale sur les prestations de service (TGPS)	favorable	Loi du pays n° 2000-002 du 14 février 2000 relative à l'institution d'une taxe générale sur les services
N°99-01 du 9 août 1999	urgence	Projet de loi du pays relatif au dispositif conventionnel entre les professionnels de santé et les organismes de protection sociale	favorable	Loi du pays n° 99-001 du 19 octobre 1999 relative au dispositif conventionnel entre certains professionnels de santé et les organismes de protection sociale de la Nouvelle-Calédonie

TABLE DES MATIÈRES

39. LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS p. 2

PRÉFACE p. 4

Guy AGNIEL p. 4

INTRODUCTION HISTORIQUE p. 10

De la question de la représentativité d'un « peuple citoyen » en Nouvelle-Calédonie. Retour sur l'histoire, Isabelle MERLE p. 10

Le point de vue d'un président du congrès de la Nouvelle-Calédonie, Simon LOUECKHOTE p. 28

LA LOI DU PAYS, LOI FORMELLE : UN PARLEMENTARISME EN CONSTRUCTION p. 37

Au cœur de l'appareil législatif calédonien : la procédure d'élaboration et d'adoption de la loi du pays, un véritable travail parlementaire mené par le congrès de la Nouvelle-Calédonie, Lyvia BRIAULT p. 38

L'impulsion du conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie dans le processus d'adoption des lois du pays, Christelle DENAT p. 53

La place du gouvernement calédonien dans la procédure législative, Robert BERTRAM p. 59

Le contrôle de la loi du pays, une jurisprudence entre assimilation et autonomisation, Carine DAVID p. 71

Quelles réformes du régime contentieux des « lois du pays » de la Polynésie française ?, Stéphane DIEMERT p. 80

Le nouveau Haut conseil de la Polynésie française, Hervé Raimana LALLEMANT-MOEp. 101

LA LOI DU PAYS, LOI MATÉRIELLE : UN DOMAINE MATÉRIEL EN MOUVEMENT p. 108

Bilan de 15 ans de lois du pays, Vidjaya TIROU p. 109

DES DOMAINES D'INTERVENTION PRIVILÉGIÉS p. 114

La loi fiscale du pays de Nouvelle-Calédonie au regard de la loi fiscale nationale : entre identité et spécificité, Jocelyn BÉNÉTEAU p. 114

15 ans de la loi du pays : De la naissance à l'émancipation du droit du travail calédonien !, Nadège MEYER p. 128

Relations collectives du travail et autonomie législative : des lois du pays pour quoi faire ?, Laure CHARLIER p. 142

DES DOMAINES EN SOUFFRANCE p. 159

La loi du Pays et la Coutume, Thierry XOZAME p. 159

Lois du pays en matière de santé publique : une compétence à conquérir,
Guylène NICOLAS p. 162

Loi du pays et signes identitaires en Nouvelle-Calédonie, Guy AGNIEL p. 169

**PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION DU DOMAINE LÉGISLATIF EN
NOUVELLE-CALEDONIE** p. 180

L'avènement d'un droit civil calédonien, Sandrine SANA-CHAILLE DE NÉRÉ
p. 180

La loi du pays en droit commercial : mythe ou réalité ?,
Nancy TAGLIARINO-VIGNAL p. 189

La loi du pays fera-t-elle la « constitution civile de la Nouvelle-Calédonie » ?,
Isabelle DAURIAC p. 201

*« Les lacunes du domaine matériel de la loi du pays : l'exemple du droit de
l'environnement »,* Victor DAVID p. 221

Lois du pays, droits fondamentaux et unité de l'État, Ornella SEIGNEURY p.
233

ANNEXE p. 245

Récapitulatif des avis rendus sur les lois du pays par le conseil économique, social et
environnemental de la Nouvelle-Calédonie (CESE-NC) p. 245

