



Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial

Sous la direction
du **Professeur Sandrine Sana-
Chaillé de Néré**

Laboratoire de Recherches Juridique
et Economique (LARJE)

www.univ-nc.nc

Actes du colloque

29 septembre 2011

AVERTISSEMENT

Les contributions qui forment cet ouvrage
ont été présentées lors du colloque organisé à l'Université de la Nouvelle-Calédonie
le 29 septembre 2011. Pour certaines d'entre elles,
les auteurs ont fait le choix de conserver leur forme orale.

Les propos tenus ici n'engagent que leurs auteurs.
Ils ne reflètent en aucun cas une quelconque opinion
de l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

Laboratoire de Recherches Juridique et Economique
ISBN : 979-10-91032-00-1
2011 - Université de la Nouvelle-Calédonie
BP R4 98851 Nouméa cedex
<http://larje.univ-nc.nc>

Table des matières

Propos introductifs

Sandrine Sana-Chaillé de Néré

Professeur des Universités

Agrégé de droit privé

Université de la Nouvelle-Calédonie.

Page 3

Les limites du principe de spécialité législative

Quels enseignements dans la perspective du transfert des compétences législatives ?

Régis Lafargue

Conseiller à la Cour d'appel de Nouméa,

ancien conseiller référendaire à la première chambre civile de la Cour de cassation.

Page 7

Rétrospective sur les transferts déjà réalisés, focus sur le droit du travail

Nadège Meyer

Maître de conférences en droit privé

Université de la Nouvelle-Calédonie

Membre du Larje (EA 3329).

Page 19

L'état actuel des compétences exercées par la Polynésie française en droit civil et en droit commercial

Pascal Gourdon,

Maître de conférences à l'Université de la Polynésie française.

Page 27

Quel(s) droit(s) civil(s) calédonien(s) ?

Le périmètre matériel du droit civil transféré

Étienne Cornut

Maître de conférences, Université de la Nouvelle-Calédonie

Directeur du département Droit, Économie & Gestion

Membre du Larje (EA 3329).

Page 31

Un droit calédonien pour qui ?

Le périmètre spatial du droit civil transféré.

Sandrine Sana-Chaillé de Néré

Professeur en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie

Membre associé du Larje (EA 3329).

Page 40

Le transfert du droit commercial

Laurent Grosclaude

Maître de conférences à l'université de Toulouse I

Page 47

Le transfert de compétence du droit de la propriété intellectuelle : l'opportunité d'une législation sur les savoirs traditionnels adaptée à la Nouvelle-Calédonie

Céline Castets-Renard

Maître de conférences de droit privé, HDR

En délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie,

Membre associé du Larje (EA 3329)

Page 52

La question du droit pénal

Valérie Malabat

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Institut de sciences criminelles et de la Justice

Page 64

Approche légistique des compétences transférées

Pascal Puig

Professeur à l'Université de La Réunion

Doyen de la Faculté de Droit et d'Économie

Page 71

Propos conclusifs

Valérie Malabat

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Institut de sciences criminelles et de la Justice

Page 82

Propos introductifs

Sandrine Sana-Chaillé de Néré

Professeur des Universités

Agrégé de droit privé

Université de la Nouvelle-Calédonie

L'idée d'organiser un colloque universitaire sur le thème du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial est née à l'aube de l'année 2010. Elle résulte du constat selon lequel, loin d'être connue de tout le monde et d'être une préoccupation majeure pour la Nouvelle-Calédonie, la problématique de ce transfert était à ce moment-là, c'est-à-dire deux ans avant l'échéance du 31 décembre 2011¹, pour ainsi dire ignorée du champ médiatique.

Tout au contraire, cette question essentielle n'était en réalité perçue que dans des cercles très restreints et, la plupart du temps, uniquement sous un angle institutionnel, un angle « publiciste » comme on dit dans le jargon des juristes, c'est-à-dire sous l'angle de l'obligation qui pesait ou non sur la Nouvelle-Calédonie de réaliser ce transfert.

Or, là n'est pas la seule question – loin s'en faut ! – que pose ce transfert de compétence normative. Il nous est donc apparu utile, pour ne pas dire urgent, de mettre en lumière un certain nombre de problèmes relevant de la technique juridique, problèmes qui n'avaient pas été abordés jusqu'alors. L'angle d'analyse choisi pour ce colloque est donc, de ce point de vue, inédit. En effet, la préoccupation des intervenants à ce colloque n'est pas de savoir si la Nouvelle-Calédonie est soumise à une obligation constitutionnelle de transférer le droit civil et le droit commercial ou si elle dispose d'une marge de manœuvre, ne serait-ce que par inaction. Notre préoccupation n'est pas non plus de déterminer si ce transfert est une bonne ou une mauvaise chose pour la Nouvelle-Calédonie : nous n'avons aucune légitimité pour cela.

Notre préoccupation, et j'espère qu'elle sera bien comprise, est de se placer dans l'hypothèse où ce transfert aurait lieu et de réfléchir sur ce qu'il en résulterait pour l'ordonnancement juridique. Notre projet est de soulever un certain nombre de questions et d'apporter des éléments de réflexion, certes d'ordre théorique, mais qui éclairent les enjeux de ce transfert de compétence.

Une réflexion d'ordre théorique... Ce mot ne doit pas faire peur ! Au contraire, la réflexion théorique est essentielle pour que l'exercice d'une compétence aussi importante que la compétence normative se fasse dans de bonnes conditions. Qui pourrait penser, en effet, qu'un transfert aussi important sur le plan juridique, transfert pour ainsi dire inédit en raison de son ampleur, pourrait se faire sans soulever des questions de cohérence, d'articulation, de hiérarchie des normes. Des questions de source du droit, des questions d'interprétation... Bref, des questions qui se posent en dehors et au-delà des lieux où le pouvoir normatif s'exerce effectivement. L'Université fait évidemment partie, peut-être au premier chef, de ces lieux où une telle réflexion doit être menée.

Les résultats de la réflexion théorique ont pour vocation d'éclairer ce transfert, d'identifier le cadre dans lequel il s'inscrit, de faire surgir les problématiques sous-jacentes, de dessiner des lignes qui sont celles de la cohérence juridique. Tout cela est primordial car, tout de même, il s'agit du droit civil et du droit commercial !

Les juristes savent ce que représente le droit civil, notamment. Ils savent que c'est en quelque sorte le cœur, la matrice de notre droit privé, « la Constitution civile de la France » comme l'a si joliment dit le Doyen Carbonnier. Mais,

¹ Date à laquelle une loi du pays doit être adoptée sur le principe du transfert, son périmètre et son calendrier (article 26 de la loi organique du 19 mars 1999).

sorti du cercle des juristes, qui sait ce qu'est le droit civil ? Le droit commercial, encore, chacun l'imagine assez bien. Mais le droit civil, qu'est-ce au juste, pour le non-juriste ? La notion est abstraite et l'on perçoit mal ce qu'elle recouvre.

Là est, à l'évidence, la raison principale pour laquelle le transfert du droit civil et du droit commercial a été si peu médiatisé. Là est la raison pour laquelle le personnel politique ne s'en est que si tardivement emparé et en a, à quelques notables exceptions, sous-estimé l'importance.

Il s'agit pourtant de quelque chose d'essentiel. Le droit civil est en effet le droit qui s'applique aux relations des personnes privées entre elles. C'est, en quelque sorte, le droit de tous les jours : les relations de couple (mariage, divorce, concubinage, Pacs), les relations de famille (filiation, successions), les relations contractuelles (j'achète une maison, une voiture, un lave-vaisselle), la responsabilité civile (j'ai causé un dommage à autrui), les relations de voisinage, le droit de propriété... tout y passe ou presque. Voilà ce qu'est le droit civil et voilà pourquoi la question qui nous occupe est si importante. Voilà aussi pourquoi elle ne doit pas être réservée à un petit nombre d'initiés.

Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial, prévu par l'article 26 de la loi organique du 19 mars 1999, signifie que la Nouvelle-Calédonie aura le pouvoir mais aussi la responsabilité, d'écrire elle-même son droit civil et son droit commercial. Certes, pour les Calédoniens, ce transfert n'est peut-être pas aussi parlant que le transfert de l'enseignement secondaire. Mais il est pourtant tout à fait considérable. D'ailleurs, ceux qui ont pris conscience de l'enjeu, et c'est très net chez les praticiens, manifestent inmanquablement leur inquiétude. Ce transfert est, pour l'immense majorité d'entre eux, l'annonce d'une fossilisation du droit. Le droit civil ou commercial calédonien, désormais privé de l'extension des réformes métropolitaines, est, dans l'esprit commun, condamné à vieillir, à se figer, car la Nouvelle-Calédonie ne sera pas capable de suivre les évolutions et la modernisation du droit telles qu'elles se produiront ailleurs, et notamment en métropole. Le droit calédonien est donc voué, dit-on, à un décrochage à plus ou moins court terme.

Ce risque existe, à l'évidence. On ferait preuve d'un optimisme béat si on le niait. Il est d'ailleurs, sans doute, plus grave en droit commercial qu'en droit civil. Cela mérite d'être souligné car les discussions qui ont eu lieu, au cours de la préparation de ce colloque, ont très souvent fait ressortir une crainte plus vive de voir le droit civil calédonien s'éloigner du droit civil français que de voir le droit commercial se figer.

Si, en termes symboliques, cette crainte est parfaitement compréhensible (le droit civil, c'est notamment le droit de la famille), nous pensons qu'en réalité les réformes du droit civil français ne sont pas si difficiles à suivre. D'abord elles ne sont pas si nombreuses et, bien souvent, elles font l'objet de longs débats, aussi bien politiques que doctrinaux. Leur adoption est souvent longue. Par exemple, la réforme de 2001 sur les successions a mis plus de vingt ans à être adoptée. Une réforme du droit des contrats est en projet depuis sept ou huit ans maintenant. Et elle n'est toujours pas adoptée. Ces réformes ne passent donc pas inaperçues. Le droit commercial, d'une certaine manière, fait moins de bruit. Il est plus technique, donc moins médiatique. Les évolutions, les réformes ou les simples modifications y sont plus fréquentes. Et l'on sait que, plus encore que le droit civil, le droit commercial est essentiel à l'activité économique. Il est évident que pour les investisseurs, notamment, le droit est un élément attractif ou répulsif. S'assurer un droit moderne et de qualité est peut-être là une exigence plus forte encore qu'en droit civil.

En toute hypothèse, le risque de stagnation du droit calédonien est un risque réel, qu'il serait vain de nier. Il appartient donc, à cet égard, au congrès et au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, mais aussi à la société civile elle-même de prendre conscience de l'ampleur du travail qui consiste à écrire la loi en droit civil et en droit commercial. La responsabilité du législateur calédonien est donc considérable. Elle pourrait même être ressentie comme écrasante. À l'inverse, certains ont bien perçu que ce transfert conférerait au législateur local un pouvoir tout à fait inédit. Et ils s'en sont émus. Le législateur calédonien pourra-t-il donc faire ce qu'il veut ? C'est la question de la marge de manœuvre et cette question est tout à fait pertinente. Mais elle connaît déjà en partie une réponse. La loi civile ou commerciale calédonienne reste pleinement intégrée à l'ordre juridique français. À cet égard, la loi du pays prend place au sein de la hiérarchie des normes à côté de la loi métropolitaine mais en dessous des traités internationaux et en dessous de la Constitution. Autrement dit, l'exercice du pouvoir normatif calédonien ne pourra se faire que dans le respect des conventions internationales, des exigences constitutionnelles et notamment dans le respect des textes et principes formant ce que l'on appelle le bloc de constitutionnalité. Or, cet ensemble porte notamment les libertés et droits fondamentaux auxquels aucun texte de valeur inférieure ne peut déroger. Il y a donc là une barrière protectrice, une sorte de garde-fou, que les lois du pays devront respecter. Pour illustrer cette idée, une loi du pays ne pour-

² CEDH, 1er février 2000, arrêt *Mazurek c. France*.

rait pas, par exemple, aller à l'encontre de la position prise par la Cour européenne des droits de l'Homme et rétablir l'inégalité des filiations au détriment de la filiation adultérine².

On le voit, la hiérarchie des normes donne un certain nombre de réponses. Mais elle ne suffit pas, loin s'en faut, à tout élucider. Une question beaucoup plus délicate à résoudre est celle, par exemple, du mariage homosexuel. La Nouvelle-Calédonie pourrait-elle, avant la métropole, légaliser ce type d'union ? Quel droit fondamental, quel principe constitutionnel pourrait-on lui opposer ? Inversement, si la France admettait le mariage homosexuel, la Nouvelle-Calédonie serait-elle, par contrecoup, obligée de suivre la même voie, alors qu'elle serait désormais compétente en droit civil ? La réponse, à mon sens, n'est pas évidente.

Cet exemple est en réalité surtout provocant. Il ne doit pas monopoliser la réflexion car il y a beaucoup d'autres questions, bien plus immédiates, à résoudre. Mais l'exemple montre que le transfert du droit civil et du droit commercial soulève des problématiques complexes.

Il appartient donc à la Nouvelle-Calédonie de se donner les moyens d'être à la hauteur de la tâche. Être à la hauteur de la tâche, c'est d'abord, bien sûr, écrire des normes d'une certaine qualité technique. Il faudra pour cela des juristes confirmés, spécialisés en droit privé, et il en faudra sûrement beaucoup. Et il en faudra auprès de toutes les institutions qui participent à l'exercice du pouvoir normatif. Autrement dit, auprès du gouvernement, bien sûr, mais aussi auprès du congrès. Car il faudra au congrès être moteur. Être à la hauteur de la tâche, c'est aussi donner à la société civile de véritables relais auprès du pouvoir normatif. C'est savoir identifier, par l'aide de ces relais, quels sont les besoins, quelles sont les attentes. Les professionnels, de ce point de vue, devront être des forces de proposition.

Ces remarques sont importantes car elles amènent à une question essentielle : qui fera la loi (civile ou commerciale) en Nouvelle-Calédonie ? Les élus ? Bien évidemment, c'est la réponse officielle. Mais chacun sait aussi que la loi est souvent faite ailleurs, en amont, et qu'elle est en quelque sorte simplement enregistrée par le congrès. Par ailleurs, personne n'ignore que la Nouvelle-Calédonie est exposée, comme nombre de petits pays, à la promiscuité. La promiscuité est celle qui existe entre les différents milieux : les milieux politiques, les milieux d'affaires, les différentes sociétés de réflexion ou d'influence. Cette promiscuité ne doit pas se solder par un droit calédonien uniquement écrit par ou pour ceux qui se préoccupent du droit. Chacun doit donc jouer son rôle, tant au stade de l'initiative législative qu'au stade du contrôle.

Le transfert du droit civil et du droit commercial, c'est vrai, a déjà fait l'objet d'un travail préalable. Des rapports ont été rédigés, des groupes de travail ont été mis en place. Mais il a souvent été question, pour l'essentiel, d'une « mise à jour » du droit calédonien, c'est-à-dire d'une sorte de rattrapage de certaines réformes du droit français qui n'avaient pas été étendues à la Nouvelle-Calédonie. C'était sans aucun doute important. Mais il faut évidemment aller plus loin et envisager non plus seulement ce qu'il faut faire *avant* que le transfert ait lieu, mais aussi et surtout ce qu'il faut faire pour *l'exercice même* de la nouvelle compétence.

À cet égard, bon nombre de questions cruciales n'ont pas encore été abordées. C'est là l'objectif de ce colloque qui s'est voulu résolument tourné vers le droit privé. Or, le droit privé, dont le droit civil et le droit commercial sont les deux branches majeures, pose des questions tout à fait spécifiques. Il n'était donc pas question d'exclure la réflexion institutionnelle mais de considérer que celle-ci a déjà été menée, qu'elle a déjà fait l'objet de débats, parfois même d'affrontements doctrinaux. Au contraire, les questions précisément attachées au droit civil et au droit commercial ont eu beaucoup de mal à trouver leur place. Cette journée de réflexion est donc leur journée. Et je crois pouvoir prétendre qu'elle est la première de cet ordre.

Nous y aborderons des questions telles que celle du périmètre sur lequel s'exerce la compétence, question qui nous oblige à réfléchir sur la notion même de droit civil et sur la structure de ce corps de règles. Des questions telles que celle des conflits de normes qui vont immédiatement survenir lorsque coexisteront un droit civil calédonien et un droit civil métropolitain. Des questions touchant à l'articulation du droit civil calédonien avec les autres branches du droit et en particulier avec le droit pénal. Car contrairement à ce que l'on peut entendre ici ou là, cette dernière question n'est pas hors sujet, loin s'en faut !

Il s'agira donc de proposer des pistes quant à la manière de concevoir ce transfert, c'est-à-dire de réfléchir sur le positionnement juridique de ces nouvelles normes de source calédonienne. L'analyse sera consolidée par les leçons de transferts normatifs déjà réalisés, soit en Nouvelle-Calédonie dans d'autres domaines, soit en Polynésie française. Ce sera l'occasion de réfléchir sur les difficultés mais aussi sur les opportunités que peut présenter l'exercice de

cette compétence normative. Et les opportunités existent même si elles sont très rarement évoquées. Il s'agira également de se demander « comment faire ? ». Ce sera tout l'enjeu de la réflexion légistique.

Le sujet est donc vaste et il ne sera bien évidemment pas épuisé aujourd'hui. Mais les contributions programmées sont riches et il est temps pour moi de remercier très chaleureusement tous les participants à cette journée de réflexion. Tous, je le crois, ont mesuré l'importance du thème qui nous occupe aujourd'hui et tous se sont montrés enthousiastes à l'idée d'y consacrer un travail de recherche. Cet enthousiasme, partagé par des chercheurs extérieurs à la Nouvelle-Calédonie, montre que ce thème très « local » est porteur de questions cruciales qui dépassent, finalement, la seule problématique calédonienne.

Je vous souhaite à tous une excellente journée de réflexion.

Les limites du principe de spécialité législative

Quels enseignements dans la perspective du transfert des compétences législatives ?

Régis Lafargue

Conseiller à la cour d'appel de Nouméa,
ancien conseiller référendaire à la première chambre
civile de la Cour de cassation.

Ce propos, strictement personnel,
n'engage en rien l'institution dans laquelle
l'auteur exerce ses fonctions.

Le principe de spécialité législative a longtemps constitué le principal contre-feu contre un système d'assimilation juridique qui prévaut dans les départements et régions d'outre-mer. Inscrit sous l'article 74 de la Constitution actuelle, il postule un principe de différenciation ou de séparation législative, dans tous les domaines – sauf en matière pénale, de libertés publiques et d'organisation générale de l'État. C'est-à-dire qu'en dehors de ces matières, aucune loi votée par le Parlement national ne s'applique en principe dans les *collectivités d'outre-mer* (COM). Ce système avait amené le Pr Pierre Lampué à la conclusion que la France était un « État unitaire pluri-législatif ¹ ».

Son double inversé, le principe d'identité législative (article 73 de la Constitution), postule, au contraire, que les lois votées par le Parlement national s'appliquent automatiquement dans les départements et régions d'outre-mer, sauf la possibilité, pour ces collectivités, de demander des adaptations, ce qu'elles réclament rarement.

Le principe de spécialité législative, *stricto sensu*, est un contre-feu ; *lato sensu* c'est un dispositif qui inclut une autonomie normative². Car le principe de spécialité législative comporte deux facettes : d'une part, la garantie de ne pas voir s'appliquer automatiquement les nouvelles lois votées par le législateur national et, d'autre part, une compétence locale (depuis 1956) pour adopter des textes de nature réglementaire (« délibérations ») intervenant y compris dans des matières relevant du domaine de la loi, notamment en matière d'état civil (lequel touche bien aux libertés publiques) ; voire, depuis 1999, en ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, des textes de nature législative (« lois du pays »)³.

¹ Pierre Lampué, « Les conflits des lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », *Revue critique de droit international privé*, 1954, pp. 249-324.

² J.-Y. Faberon et J. Ziller, *Droit des collectivités d'outre-mer*, LGDJ, 2007, pp. 221-222.

³ Depuis l'accord de Nouméa et la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie est compétent pour légiférer en ce qui concerne le statut personnel et les terres coutumières (articles 22-5° et 99-5° « Statut civil coutumier, régime des terres coutumières et des palabres coutumiers... »). La compétence ainsi reconnue au titre du statut civil coutumier s'interprète nécessairement par référence à l'article 7 de la loi organique (« Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes »). La Cour de cassation en a déduit (Avis n° 05-11 du 16 décembre 2005, *Bulletin civil* 2005, Avis n° 9, p. 13) que dans les « rapports de nature civile », au sens où cette expression est entendue en droit français, le Code civil n'est pas applicable aux citoyens de statut coutumier. Dans ces rapports de nature civile, seules sont applicables les règles coutumières. Celles-ci ont un législateur : le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, comme le rappelle l'article 99-5° et 9° de la loi organique de 1999. C'est à ce titre (99-5°) qu'a été adoptée la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, relative aux actes coutumiers (JONC du 30 janvier 2007) – l'acte public coutumier étant l'appellation nouvelle du « palabre coutumier » qu'évoque l'article 22-5° de la loi organique précitée.

Aujourd'hui, le principe de spécialité législative subsiste en Polynésie, en Nouvelle-Calédonie, à Wallis-et-Futuna, dans les domaines qui ne font pas l'objet d'un transfert de compétences. Il permet à ces collectivités, non seulement de ne pas être soumises aux nouveaux textes votés en métropole, mais parfois de disposer (déjà) d'une compétence normative propre dans le domaine de la loi. Ainsi, en Nouvelle-Calédonie, depuis la loi-cadre du 23 juin 1956 (et son décret d'application du 22 juillet 1957), existe une compétence normative locale en ce qui concerne le droit du travail⁴, l'état civil coutumier⁵, la procédure civile⁶ (laquelle intéresse le fonctionnement d'un service « régalien », celui de la justice), sans oublier leurs compétences propres dans le domaine du règlement (il existe un Code de la route de Nouvelle-Calédonie)⁷.

Ainsi, si on remonte le cours du temps, depuis l'accord de Nouméa la Nouvelle-Calédonie a la compétence pour adopter des textes de nature législative (« lois du pays ») dans des matières relevant du domaine de la loi. À cela s'ajoute la possibilité, qu'elle tenait du statut Defferre de 1956-1957, de voter des normes de nature réglementaire (« délibérations ») dans certaines matières non négligeables, y compris des matières relevant du domaine de la loi. Enfin, ces deux strates de compétence normative ne font que prolonger et compléter le socle antérieur, constitué par le principe de spécialité législative qui excluait l'application de plein droit des textes votés par le Parlement.

Le principe de spécialité législative, qui exprime un principe d'autonomie normative, n'est donc pas inconciliable avec le transfert de compétences législatives ou réglementaires. De ce point de vue, le transfert de compétences législatives importantes, qui est, en raison de l'aspect quantitatif, la nouveauté pour la Nouvelle-Calédonie de 2012-2014, n'apparaît que comme un approfondissement de quelque chose qui pré-existait. Cela montre bien que le principe de spécialité législative est un aspect d'un dispositif à double face : en négatif, un pare-feu contre l'assimilation législative – laquelle risque de générer de l'inadaptation ; en positif, c'est le complément, sinon le préalable, à l'existence d'une compétence normative locale dans des domaines qui relèvent du pouvoir réglementaire, mais aussi du pouvoir législatif.

Certes, nul ne peut prédire l'avenir, mais un constat peut être fait : la France et ses outre-mer connaissent depuis plus d'un demi-siècle un régime législatif que je qualifierais de « multipolaire ». Replacé dans cette perspective, le transfert de compétences n'apporte aucun changement de nature – aucune modification des principes –, ce n'est qu'un aménagement technique de plus forte amplitude que celui que l'on connaît déjà. Dès lors, la question est celle-ci : cet aménagement technique, certes inédit du point de vue quantitatif, va-t-il modifier fondamentalement la donne ?

I. Un régime législatif multipolaire dominé par le principe de spécialité législative.

II. Les enseignements pratiques du principe de spécialité législative : dans la perspective du transfert de nouvelles compétences législatives.

I. Un régime législatif multipolaire dominé par le principe de spécialité législative

Le principe de spécialité législative est le garant de la prise en compte du contexte local, et de la primauté des « nécessités locales » sur la généralité des normes. C'est à ce principe de réalité que fait écho la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 56 § 3).

La solution ancienne débouche sur un dispositif complexe qui connaît de nombreuses atténuations au principe posé, afin de trouver un point d'équilibre entre l'autonomie nécessaire et le schéma d'un État (formellement) unitaire.

⁴Le Code du travail de Nouvelle-Calédonie actuellement en vigueur est issu de la loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008 (JONC du 27 février 2008) et pour sa partie réglementaire de la délibération n° 366 du 14 février 2008 (JONC du 27 février 2008). Ces dispositions ont été modifiées par la loi du pays n° 2010-1 du 12 janvier 2010 (JONC du 21 janvier 2010, p. 463).

⁵Délibération n° 424 du 3 avril 1967 relative à l'état civil des citoyens de statut civil particulier (JONC du 27 avril 1967, pp. 360-364).

⁶La procédure civile a longtemps été régie par un texte de 1928, modifié par la délibération n° 314/CP du 18 mai 1994 portant réforme de la procédure civile relative au droit des personnes, au droit de la famille, aux droits de l'enfant et à diverses dispositions (JONC du 14 juin 1994, p. 1935). Ensuite, elle a été considérablement remaniée mais pas encore totalement dans la décennie écoulée. En effet, un code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie a été créé par la délibération n° 118/CP du 26 mai 2003 instituant un livre 1 et le titre 4 du livre 2 (JONC du 6 décembre 2003, p. 2986), complétée par la délibération n° 2/CP du 11 mars 2005 complétant le livre 2 (JONC du 29 mars 2005, p. 1613), le tout complété par la délibération n° 15/CP du 3 novembre 2005 instituant certaines dispositions du livre 3 (JONC du 15 novembre 2005, p. 7342).

⁷Le texte précurseur est une délibération n° 224 des 9, 10 et 11 juin 1965, réformée notamment par les délibérations : n° 386 du 7 janvier 1977 ; n° 185 du 12 avril 1979 ; n° 17 du 8 novembre 1989 ; n° 108/CP du 18 octobre 1996 ; n° 55/CP du 28 août 2001 ; n° 198 du 22 août 2006 ; n° 353 du 18 janvier 2008 (JONC du 29 janvier 2008, p. 640).

A. Une solution ancienne qui débouche sur un dispositif complexe

1. Les sources historiques d'un principe de valeur constitutionnelle

Dès la période coloniale a été posé le principe que « les colonies seront régies par des lois particulières ». Ce principe de spécialité législative a été consacré au XVIII^e siècle : les lettres royales du 26 octobre 1744 et du 9 mars 1746 le mentionnent, de même que l'ordonnance du 18 mars 1766 par laquelle le roi enjoignait les conseils supérieurs ou souverains de n'enregistrer que les ordonnances royales dont l'enregistrement avait été spécialement prescrit par lui.

Ensuite, le principe sera réaffirmé sous les différents régimes (article 91 de la Constitution de l'an VIII, article 73 de la Charte de juin 1814, article 64 de la Charte d'août 1830).

À partir de 1946, avec la création de la distinction départements d'outre-mer / territoires d'outre-mer, seuls les TOM connaissent encore du principe de spécialité législative, affirmé par l'article 72 de la Constitution de 1946 qui prévoit que :

« 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. »

Cette disposition confère, d'abord, valeur constitutionnelle au principe, et opère une distinction entre les textes qui portent sur des matières relevant par nature de la compétence de l'État et applicables partout et les autres domaines qui relèvent de la compétence des assemblées délibérantes locales qui disposent de pouvoirs normatifs de nature réglementaire, y compris pour adopter des normes dans le domaine de la loi. C'est ce système qui est parvenu jusqu'à nous. Car même si la Constitution du 4 octobre 1958 n'évoque plus expressément le principe de spécialité législative, son article 74 y renvoie lorsqu'il évoque leur « organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres ». Avec la Constitution de 1958, le principe de spécialité législative joue toujours une fonction de « filtre ». Aujourd'hui, le principe signifie toujours que la loi ne s'applique que si le législateur le prévoit expressément, à moins que cette application résulte de l'objet même du texte adopté en métropole.

2. Un dispositif complexe qui dessine trois sphères de compétence

Il se déduit de ce qui précède que, dans les collectivités d'outre-mer, il existe trois situations :

- 1^o/ des domaines de compétence locale (procédure civile, droit du travail, code de la route, droit des assurances, fiscalité) régis par des délibérations, et en Nouvelle-Calédonie, depuis la loi organique du 19 mars 1999, soit par des « délibérations » (nature réglementaire), soit par des « lois du pays » (nature législative). C'est à ce titre qu'il existe un Code du travail de la Nouvelle-Calédonie, de même qu'un code de procédure civile ;
- 2^o/ des domaines qui relèvent de la compétence exclusive de l'État, et pour lesquels les textes votés par le Parlement s'appliquent automatiquement outre-mer (textes relatifs à l'organisation de l'État, touchant aux libertés publiques, au droit pénal) ;
- 3^o/ des domaines qui relèvent toujours de la compétence de l'État, toutefois, les textes votés par le Parlement national ne s'appliquent outre-mer qu'à condition de comporter une mention expresse d'applicabilité.

Ainsi, le fait qu'il existe un statut des avocats au plan national n'empêche pas l'existence de variantes locales de ce statut, du fait de la non-applicabilité des textes les plus récents modifiant le statut de l'avocat au plan national. Ainsi, en jurisprudence, la Cour de cassation a rappelé ce que recouvre le principe de spécialité législative, précisément à l'occasion d'un arrêt intéressant le statut de l'avocat en Polynésie : « *que le principe de la spécialité de la législation applicable au territoire de la Polynésie française s'oppose à ce qu'un texte soit de plein droit applicable sur ce territoire à moins qu'il y ait été déclaré expressément applicable, qu'il ait fait l'objet d'un arrêté de promulgation par le haut-commissaire et qu'il ait été publié au Journal officiel de la Polynésie française* » (Civ. 1^{ère}, 15 novembre 1989, Bull. civ. 1989, I, n° 345). Cette solution a été réaffirmée récemment : CA Nouméa, 30 mai 2011, procureur général contre le conseil de l'ordre des avocats du barreau de Nouméa, RG n° 10/552, arrêt n° 121, qui affirme que « *n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie le décret n° 2005-531 du 24 mai 2005 qui modifie le délai imparti à l'instance disciplinaire pour statuer sur la demande de poursuite disciplinaire émanant du procureur général* ». Le régime juridique de la Nouvelle-Calédonie est donc le fruit d'un subtil équilibre entre une marge d'autonomie normative et la préservation du caractère unitaire de l'État. Le principe de spécialité législative connaît donc des exceptions.

B. Les exceptions au principe de spécialité législative : un subtil dosage entre autonomie et préservation du caractère unitaire de l'État

Le principe de spécialité législative couvre tous les domaines, à trois exceptions près. Car sont applicables de plein droit outre-mer, sans que soit nécessaire une mention expresse d'applicabilité : les lois dites « de souveraineté » (§ 1), les principes généraux du droit (§ 2), et les lois et règlements intervenant dans une matière qu'une loi antérieure a déclaré soumettre au principe d'identité législative (§ 3).

1. D'abord, s'appliquent de plein droit les lois dites « de souveraineté »

Il s'agit des textes qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinés à régir l'ensemble du territoire de la République, tels qu'énumérés par la circulaire du Premier ministre en date du 21 avril 1988, relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer⁸. Ce sont les lois constitutionnelles, les lois organiques, les textes qui organisent l'État, son Gouvernement ou son domaine, ceux qui posent des règles générales de compétence des pouvoirs publics, ou qui déterminent les conditions de fonctionnement des organes centraux dont l'action s'étend à l'État tout entier (Conseil d'État, Cour de cassation⁹, Tribunal des conflits, Cour des comptes) ; les textes statutaires de la fonction publique de l'État ; les textes relatifs à l'état des personnes ; au cumul des mandats électoraux, etc.

Il en va de même des traités ou conventions ou accords internationaux ratifiés et publiés qui sont applicables de plein droit dans les COM¹⁰ – sauf mention expresse de non-applicabilité aux territoires d'outre-mer contenue dans le traité lui-même (par exemple l'article 56 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme – dit « clause des nécessités locales »).

2. De même, les principes généraux du droit s'appliquent de manière automatique

Sont applicables, sur tout le territoire, les principes généraux du droit issus de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou de la jurisprudence.

La jurisprudence a affirmé l'applicabilité de certains principes généraux du droit sur tout le territoire de la République, même lorsque les dispositions législatives dont ils sont issus ne s'appliquent pas dans ces collectivités. Ce point est important car il souligne le rôle central du juge et de la jurisprudence. Il en va ainsi, par exemple, des principes de non-rétroactivité des actes juridiques, de certains principes généraux de procédure pénale (*Crim.* 21 février et 5 août 1952, *Penant*, 1953. I. 8, note de Soto), et dans le domaine du contentieux administratif des principes de communication du dossier personnel ; de l'égalité d'accès aux emplois publics ; de l'égalité devant le service public¹¹ ou les charges publiques¹².

En d'autres termes, le texte nouveau ne s'applique pas, mais le juge qui y décèlera un principe général du droit pourra quand même appliquer ce principe à la collectivité considérée. En ce cas, posons-nous la question : existe-t-il dans les textes métropolitains actuels, non applicables en Nouvelle-Calédonie, un principe général du droit qui permettrait, par exemple, d'affirmer les droits du locataire contre les prérogatives exorbitantes des bailleurs en Nouvelle-Calédonie ? Existe-t-il un principe général du droit qui permettrait de contrarier le principe d'intangibilité des clauses pénales dont usent les banques dans les contrats d'adhésion qu'elles imposent à leurs clients ? Ce dernier exemple a donné lieu à un *obiter dictum* de la cour d'appel de Nouméa qui énonce que le juge dispose, même sans texte, du pouvoir de veiller à l'équilibre contractuel comme au respect des principes d'ordre public, et à ce titre d'un pouvoir général de modérer les clauses pénales (CA Nouméa, 12 mai 2011, RG n° 10/186 Caisse d'Épargne c/ Marin). En outre, des exemples jurisprudentiels anciens évoquent l'applicabilité à tout le territoire national de la loi du contrat passé en métropole (*Civ.*, 10 mai 1913, *Penant*, 1913. I. 284).

3. Enfin, s'appliquent de plein droit les lois et règlements intervenant dans une matière qu'une loi antérieure générale à l'outre-mer a déclaré soumettre au principe d'identité législative

Une loi antérieure d'application générale à tout l'outre-mer a pu exclure, dans un domaine précis, le principe de spécialité législative, en posant au contraire un principe d'identité législative (ce fut le cas de la loi du 9 juil-

⁸ JORF, 24 avril 1988, p. 5454.

⁹ Civ., 15 novembre 1911, *Rec. Penant*, 1912. I. 39.

¹⁰ Cass. Crim., 4 juin 1991, *Bull. Crim.* 1991 n° 236 (*rejet*) : en l'absence de dispositions contraires, une convention d'extradition est, de plein droit, applicable sur l'ensemble du territoire national. Elle s'applique donc sans autres formalités dans les territoires d'outre-mer.

¹¹ CE, Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui et autres*, *Rec.*, p. 138.

¹² CE, Ass., 3 décembre 1948, *dame Louys*, *Rec.*, p. 451.

let 1970 en matière de droit des personnes) ; mais, en général, c'est la loi statutaire (loi organique) qui, au cas par cas, pose un tel principe d'assimilation dans certains domaines.

L'exception résultant d'une loi d'application générale à l'ensemble de l'outre-mer

L'exemple le plus connu est la loi n° 70-589 du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer qui soumettait l'état des personnes à un principe d'identité législative s'agissant des personnes de statut civil de droit commun (celles qui ne sont pas de statut civil personnel de droit local).

Pour un exemple d'application de cette loi en Polynésie : voir *Civ. 1ère*, 5 novembre 1991, Bull. civ. 1991, I, n° 296¹³. Pour un exemple d'application de cette loi en Nouvelle-Calédonie : voir *Civ. 1ère*, 14 décembre 2004, pourvoi n° 02-18.391 (rejet).

L'exception résultant de la loi statutaire propre à chaque collectivité d'outre-mer

En Nouvelle-Calédonie, la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 (modifiée par la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009) pose un principe d'identité législative dans son article 6-2 en matière, notamment, de nationalité et d'état des personnes ¹⁴.

De même, en Polynésie, la loi statutaire (loi organique du 27 février 2004), après avoir rappelé le principe de spécialité législative (article 7, alinéa 1er¹⁵), énonce dans un alinéa 2 les exceptions à ce principe (à savoir l'applicabilité de plein droit des « lois de souveraineté »... et dans le domaine du droit civil « l'état et la capacité des personnes » (article 31)). Ce texte abroge la loi du 9 juillet 1970, précitée.

En résumé, le principe de spécialité législative signifie que :

- 1°/ faute de dispositions générales applicables à tout l'outre-mer (comme la loi du 9 juillet 1970 relative au statut personnel de droit commun) ou sans mention expresse d'applicabilité, les lois et règlements « métropolitains » ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie ;
- 2°/ le texte voté en métropole ne devient applicable outre-mer que s'il comporte une mention expresse d'applicabilité, faute de quoi c'est la version initiale du texte qui trouve toujours à s'appliquer ;
- 3°/ de même, l'abrogation d'une mesure au niveau national n'entraînera pas son abrogation au plan local (il faudra pour cela que le texte nouveau le prévoit expressément) ; et réciproquement, l'extension à la collectivité d'outre-mer d'une loi modifiant une loi non applicable n'a pas pour effet de rendre applicable la loi initiale modifiée ;

¹³ Cet arrêt affirme qu'en vertu de l'article 3 de la loi n° 70-589 du 9 juillet 1970, qui déclare applicables de plein droit dans les territoires d'outre-mer les dispositions législatives relatives à l'état des personnes postérieures à son entrée en vigueur, sont applicables en Polynésie française les dispositions de l'article 316 du Code civil, dans leur rédaction de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972. En l'espèce, l'arrêt de la cour d'appel de Papeete a été cassé pour avoir déclaré recevable une action en désaveu de paternité en se fondant sur la loi n° 62-365 du 28 juillet 1962, portant à 5 ans, en ce qui concerne les enfants nés en Polynésie française, les divers délais prévus par l'article 316 du Code civil, au motif qu'en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*, ce texte spécifique n'avait pas été abrogé par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 qui avait ramené le délai de l'action en désaveu à 6 mois. La première chambre civile énonce au visa de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1970 « qu'en vertu de ce texte, qui écarte expressément le principe de spécialité, les dispositions de l'article 316 du Code civil, dans leur rédaction de la loi du 3 janvier 1972, étaient applicables en Polynésie française ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹⁴ Art. 6-2 (Créé par la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 – Art. 18) – « 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° 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° À la défense nationale ;

3° Au domaine public de l'État ;

4° À la nationalité, à l'état et la capacité des personnes ;

5° Aux statuts des agents publics de l'État ;

6° À la procédure administrative contentieuse ;

7° 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° 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. »

¹⁵ « Dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, sont applicables en Polynésie française les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin. »

- 4°/ lorsqu'un texte fait l'objet d'une mention expresse d'applicabilité, cette condition jusqu'à la loi n° 2007-223 du 21 février 2007 n'était pas suffisante : il fallait en outre que soient respectées les règles de promulgation locale (arrêté du haut-commissaire publié au Journal Officiel local). Depuis cette loi du 21 février 2007, l'article 6-1 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 dispense de la formalité de la promulgation locale, la publication au journal officiel local n'ayant que valeur d'information ;
- 5°/ les lois d'ordre public sont soumises comme les autres au principe de spécialité législative : telle est la conséquence de la valeur constitutionnelle conférée à ce principe. Si dans la hiérarchie des normes, une loi même d'ordre public ne peut déroger au principe de spécialité législative, on devrait en déduire que nul ne peut déroger par contrat à ce principe de spécialité législative pour faire le choix, par exemple, de se placer sous l'empire d'une loi, même d'ordre public, non étendue à la Nouvelle-Calédonie.

II. Les enseignements pratiques du principe de spécialité législative dans la perspective du transfert de nouvelles compétences législatives

S'interrogeant sur l'avenir du principe de spécialité législative, M. Orfila le décrivait comme le meilleur des systèmes en dépit des difficultés posées par sa mise en œuvre. Il écartait toute idée de renoncer au principe de spécialité législative :

*« Un tel choix conduirait à la mise en place d'un autre régime. À cet égard deux possibilités sont envisageables : d'une part le régime des DOM, d'autre part un système de type fédéral. **La suppression du principe de la spécialité législative conduirait à des difficultés insurmontables.** Depuis la loi-cadre du 23 juin 1956 et son décret d'application pour la Nouvelle-Calédonie du 22 juillet 1957, le principe de la spécialité législative est devenu un aspect de la décentralisation législative, et un élément du statut territorial. Le supprimer paraît difficile, voire impossible. Appliquer le régime législatif des DOM irait à l'encontre de la loi référendaire et des accords politiques qui l'ont précédée ainsi que du système d'organisation du Territoire. **Appliquer un système de type fédéral serait tout aussi irréaliste. Ce système conduirait à doter le Congrès d'une infrastructure juridique importante et coûteuse. Ce système nécessiterait une nouvelle répartition des compétences, et serait en même temps facteur d'instabilité.** En définitive, [...] le principe de la spécialité législative, malgré ses dysfonctionnements, est un principe qu'il nous faut conserver, car nous n'en connaissons pas de meilleur »¹⁶.*

Au final, c'est au profit de cette « tonalité » fédérale qu'a opté l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 – « *tonalité* », c'est bien le mot, car du point de vue de la mise en œuvre du droit privé, au fond, rien ne change. Le principe de spécialité législative demeure. Seule change l'amplitude du périmètre des compétences normatives reconnues en propre à la Nouvelle-Calédonie. Ce choix ayant été fait, il convient d'en mesurer les enjeux, et les défis qu'il pose. De ce point de vue, l'expérience acquise par la pratique du principe de spécialité législative permet d'éclairer le chemin restant à parcourir – lequel s'annonce tout aussi ardu, sinon plus encore, que celui déjà parcouru. Car avoir des compétences législatives est une chose probablement grisante, mais savoir en tirer profit en est une autre. Elle préfigure ce que serait le fonctionnement d'un État indépendant, en reportant sur le nouveau législateur local toute la charge d'adapter son droit, sauf à se limiter à un « copier-coller » de la législation nationale.

La Nouvelle-Calédonie a un législateur local dont le domaine de compétence va s'élargir. Elle disposait, depuis le statut Defferre de 1956-1957, d'un quasi-législateur local apte à prendre des décisions réglementaires dans certains domaines relevant de la loi (procédure civile, droit du travail). C'est dire que les problèmes qu'a dû affronter le « quasi-législateur local » depuis plus d'un demi-siècle ne devraient guère différer de ceux que rencontrera le « législateur local à compétences étendues de demain ». La filiation entre les deux est on ne peut plus directe. L'expérience passée (section 1) éclaire les défis du futur (section 2).

A. Les leçons de l'expérience passée : le défi de l'hyper-complexité

À partir de trois exemples, je vais donner un aperçu de la complexité du droit applicable dans un contexte de spécialité législative.

¹⁶ Gérard Orfila, *La Nouvelle-Calédonie et le Droit. Regards sur l'applicabilité du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1998, p. 74.

1. Le cas d'une loi applicable mais d'application bancaire : le cas de la loi du 10 janvier 1978 sur le droit de la consommation

M. Orfila¹⁷ soulignait, au nombre des « *lacunes et insuffisances du système d'application de la loi en Nouvelle-Calédonie* », le cas de « *lois rendues applicables et publiées, mais sans les décrets d'application* ». Et M. Orfila s'interrogeait : « **Ces lois sont-elles applicables ?** »

Une illustration de cette difficulté nous est donnée par la demande d'avis adressée en 2010 à la Cour de cassation, émanant de la section détachée de Lifou, sous la forme de quatre questions, dont les deux dernières suffisent à présenter la problématique, portant : d'abord, sur l'applicabilité des décrets d'application de la loi du 10 janvier 1978 ; ensuite, sur l'applicabilité de la version nouvelle de l'article 1152 du Code civil en conséquence de l'applicabilité de la loi du 10 janvier 1978, qui renvoie à une version nouvelle de l'article 1152 du Code civil (introduite par une loi de 1975) en principe non applicable en Nouvelle-Calédonie.

Il faut préciser que si la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 est applicable en Nouvelle-Calédonie, ce n'est pas, comme le soutenaient les banques et leurs avocats, parce qu'il s'agit d'un texte d'ordre public, mais parce que cette loi comporte une mention d'extension et qu'elle a été promulguée par arrêté du haut-commissaire n° 42 du 15 janvier 1985 (JONC du 5 février 1985).

Ces deux questions sont les suivantes :

(question n° 3) « À défaut d'application des décrets n° 78-373 du 17 mars 1978 et n° 87-344 du 21 mai 1987 en l'absence d'une mention d'application expresse de ces textes à la Nouvelle-Calédonie, les parties au contrat (de location avec option d'achat) sont-elles en droit de fixer une indemnité contractuelle libre de tout maximum réglementaire ? »

(question n° 4) « Le renvoi par l'article 21 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit à l'application de l'article 1152 du Code civil s'entend-il de l'application à la Nouvelle-Calédonie de l'article 1152 du Code civil modifié par la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 ? »

M. Duraffour, le juge de la section détachée de Lifou, faisait le constat que la loi du 10 janvier 1978 est applicable en Nouvelle-Calédonie, mais que les décrets d'application qui en sont le support nécessaire n'avaient pas été étendus. Fallait-il alors considérer que l'extension d'un texte de loi implique l'extension des textes réglementaires qui le complètent même s'ils n'ont pas été formellement étendus, dans la mesure où ils apparaissent comme le complément indispensable du texte de loi applicable en Nouvelle-Calédonie ? Fallait-il considérer, au contraire, que la loi de 1978 n'est pas applicable ? Il y avait enfin une troisième solution, s'agissant du pouvoir de modérer les clauses pénales : consistant à renverser l'interprétation jurisprudentielle ancienne de l'article 1152 du Code civil.

Ainsi que je l'ai indiqué dans le rapport préparatoire à l'avis de la Cour de cassation du 10 janvier 2011¹⁸ :

« [...] il convient de raisonner à partir d'un « bloc ». Ce « bloc » législatif et réglementaire définit le droit de la consommation. Ce bloc se compose de la loi du 10 janvier 1978, laquelle est indissociable de ses décrets d'application (notamment du 17 mars 1978 et du 21 mai 1987), et tout aussi indissociable de la loi du 9 juillet 1975 (par le biais de l'article 1152 du code civil, réformé par cette loi, auquel renvoie l'article 21 de la loi de 1978).

La difficulté vient de ce que, parmi tous ces textes, seule la loi de 1978 a été déclarée applicable en Nouvelle-Calédonie. Les autres ne peuvent l'être sauf à violer le principe de spécialité législative.

À partir de cela se greffent deux problèmes :

1er problème : la loi de 1978 est applicable, mais son applicabilité concrète se heurte au fait que n'est pas applicable la loi de 1975 (ni a fortiori celle du 11 octobre 1985) sur laquelle vient se greffer la loi de 1978 (son article 21 renvoie à l'article 1152 du Code civil dans sa version postérieure à 1975).

2ème problème : la loi de 1978 est applicable, mais ne sont pas applicables les décrets d'application de la loi de 1978 qui définissent, d'abord, le périmètre d'application de cette loi, et, ensuite, qui encadrent les sanctions financières (en cas d'inexécution) instituées par la loi de 1978.

La cour d'appel de Nouméa a cherché à répondre à ce second problème en affirmant, d'abord, que, s'agissant des décrets qui fixent le plafond (100000 FF, porté à 140000 FF) au-delà duquel la loi ne s'applique pas, ces

¹⁷ Ibid., p. 72 à 75, et G. Orfila, *L'inventaire du droit de l'Outre-mer. L'expérience calédonienne*, in J.-Y. Faberon (dir.), *Le régime législatif de la Nouvelle-Calédonie*, Dalloz, 1994, pp. 47-52, spéc. p. 49.

¹⁸ Rapport préparatoire à l'avis de la Cour de cassation du 10 janvier 2011, relatif à l'applicabilité du droit de la consommation en Nouvelle-Calédonie, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 736 du 15 février 2011 ; Régis Lafargue, *Spécialité législative et Nouvelle-Calédonie*, *Revue juridique politique et économique de la Nouvelle-Calédonie*, n° 17, 2011/1, pp. 124-149.

décrets définiraient un domaine d'exclusion et non le périmètre d'application de la loi, et que, puisque ces décrets (qui ne visaient dans l'esprit du législateur de 1978 qu'à protéger les petites opérations financières) ne s'appliquent pas, ce régime protecteur doit bénéficier à toutes les opérations financières sans limitation de montant (CA Nouméa, 12 février 2004, RG n° 124/2003 BNP Paribas c/ Dejean). Ce raisonnement ne constitue-t-il pas un détournement de la volonté du législateur qui n'a pas entendu faire bénéficier d'un régime dérogatoire plus protecteur les emprunteurs qui pourraient utiliser le crédit à des fins, non plus de consommation, mais de spéculation¹⁹ ?

Ensuite, la cour d'appel (CA 28 octobre 2010, n° 343) a considéré que les sanctions financières en cas d'inexécution des engagements contractuels pouvaient être prévues librement par le biais de stipulations contractuelles, puisque les décrets d'application de la loi de 1978 ne sont pas applicables — alors que la loi de 1978 (en son article 21) prévoit que ces sanctions seront fixées réglementairement. Peut-on abandonner à la liberté contractuelle (illusoire dans le cas de contrats d'adhésion) la définition de sanctions financières au prorata des sommes restant dues ; alors que selon la loi applicable, le montant de ces sanctions doit être fixé par voie réglementaire ?

En somme, la solution consistant à appliquer la loi de 1978 **sans y inclure les décrets qui la complètent** ne revient-elle pas à dévoyer le sens de la loi ? Ne revient-elle pas à contredire le principe même de l'application de cette loi, **puisque la loi qui est appliquée est une loi détournée de ses objectifs initiaux** ? [...] On pourrait fort bien considérer que la loi de 1978 n'est pas applicable.

En outre, si la cour d'appel a proposé ce « compromis » entre l'application de la loi de 1978 et la non-applicabilité des décrets qui la complètent, elle n'a toujours pas réglé le premier problème : la question fondamentale de la contradiction résultant des termes mêmes de l'article 21 de la loi de 1978 qui soumet les sanctions financières (en cas d'inexécution) au pouvoir modérateur du juge, en se référant à un article 1152 qui dans sa version antérieure à 1975 (seule applicable en Nouvelle-Calédonie) exclut au contraire le pouvoir modérateur du juge. Alors, quelle a été l'intention du législateur lorsqu'il a décidé d'étendre à la Nouvelle-Calédonie l'application du texte de 1978 sur lequel vient se greffer l'article 1152 (dans sa version de 1975 ou sa version antérieure) ? [...] Car si l'on répond que la loi de 1975 est inapplicable, l'article 21 de la loi de 1978 n'a plus aucun sens [...]. Et la seule façon de lui conserver le sens voulu par le législateur est de reconnaître au juge le pouvoir de modérer les clauses pénales, même sans texte, en se fondant sur la volonté du législateur de 1978. »

Je terminais mon rapport en soulignant que cette saisine pour avis de la Cour de cassation « posait le problème général de savoir si lorsque le législateur décide d'appliquer un texte, il décide de l'appliquer dans toutes ses conséquences et donc d'appliquer les textes (même non étendus formellement) dont l'application est induite par la décision d'appliquer le « texte mère » — et ce, afin de préserver le sens de ce texte mère en évitant de l'appliquer en contradiction avec l'intention du législateur, ce qui reviendrait à violer la loi. En d'autres termes, faut-il appliquer « mécaniquement » le principe de spécialité législative sans s'attacher aux éventuels effets pervers de son application ? Faut-il, au contraire, le combiner avec d'autres principes (ou objectifs) de valeur constitutionnelle [...] ? »

La solution envisagée dans le rapport préparatoire consistait à renverser la jurisprudence ancienne, qui (sur la base de l'article 1152 du Code civil dans sa version antérieure à la réforme de 1975) posait le principe de l'intangibilité des clauses pénales, pour affirmer, au contraire, le pouvoir modérateur du juge. C'est la solution retenue récemment par la cour d'appel (CA Nouméa 12 mai 2011, RG n° 10/186 Caisse d'Épargne c/ Marin). En l'espèce, la jurisprudence contredit un texte de loi en opposant à la lettre de ce texte la suprématie d'un principe juridique concurrent — la protection de l'ordre public et de l'équilibre contractuel :

« ... que, la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, étant applicable en Nouvelle-Calédonie, le renvoi de l'article 21 de cette loi à l'article 1152 du Code civil s'entend en Nouvelle-Calédonie, non de l'application de l'article 1152 du Code civil tel que modifié par les lois n° 75-597 du 9 juillet 1975 et n° 85-1097 du 11 octobre 1985, dont l'application n'a pas été étendue au territoire, mais du pouvoir dont dispose le juge, même

¹⁹ La doctrine rappelle que « l'article L 311-3 du Code de la consommation pose d'autres exclusions qui sont, elles, de véritables dérogations : certaines opérations de crédit, quoique passées entre professionnels et consommateurs, échappent à l'application des dispositions du Code de la consommation : [...] Les crédits dont le montant est supérieur à 140000 FF (art. D 311-1 C. consommation) ; le législateur n'a pas voulu protéger les consommateurs fortunés, pour qui le crédit peut être une forme de spéculation », Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, Droit de la consommation, 5ème édition, Dalloz, 2000, n° 349, p. 376. Et la Cour de cassation veille à l'application de ce montant (Civ. 1ère, 7 octobre 1998, D. 1998.IR.247).

sans texte, de veiller à l'équilibre contractuel comme au respect des principes d'ordre public, et à ce titre d'un pouvoir général de modérer les clauses pénales ; que, faute pour la banque d'établir en quoi elle aurait subi un préjudice particulier excédant le risque normal de son activité... »

On retrouve un exemple similaire à Wallis-et-Futuna, s'agissant de l'application de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 relative aux victimes d'accidents de circulation. Cette loi, étendue à ce territoire comme en Nouvelle-Calédonie par l'ordonnance n° 92-1146 du 12 octobre 1992, est un dispositif d'indemnisation, qui oblige chaque assureur à prendre en charge le préjudice subi par le conducteur adverse. Or cela suppose un système d'assurance obligatoire, lequel relève du pouvoir réglementaire (compétence locale). Ce système d'indemnisation ne peut fonctionner à Wallis-et-Futuna puisque l'assemblée territoriale n'a jamais adopté de délibération imposant un système d'assurance obligatoire. Dans ces conditions peut-on soutenir que la loi du 5 juillet 1985 est applicable à Wallis-et-Futuna ? La cour d'appel de Nouméa avait cru trouver une parade (arrêt du 25 janvier 2001) en estimant que la victime d'un accident de la circulation pouvait se prévaloir du dispositif d'aide aux victimes d'infractions pénales. Cet arrêt a été censuré comme violant la loi : la Cour de cassation affirmant, au visa de l'article 706-3, 1° du Code de procédure pénale, que *« toute personne ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction ne peut obtenir la réparation intégrale des dommages qui résultent des atteintes à la personne que lorsque ces atteintes n'entrent pas, notamment, dans le champ d'application du chapitre 1er de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 »* (Civ. 2ème, 17 mars 2005, Bull civ. 2005, II, n° 71).

2. L'exemple du droit de la construction régi par les textes napoléoniens

En Nouvelle-Calédonie, ne s'appliquent ni la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 ni la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978, faute d'avoir été étendues à ce territoire. Par conséquent, le contentieux de la construction y demeure régi par le droit antérieur : à savoir, l'ancien article 1792 du Code civil, issu du décret du 16 ventôse an XII²⁰, et l'ancien article 2270 du Code civil, issu du décret du 15 mars 1804²¹. Le droit applicable ne connaît donc pas la distinction entre régimes de garantie biennale et décennale. Par ailleurs, sur la base de ces textes, la responsabilité décennale des constructeurs et architectes n'est engagée que sur la base d'une faute présumée, si les désordres, cachés lors de la réception, étaient le fait de malfaçons ou vices de construction de nature à mettre en péril l'édifice ou sa fonctionnalité ou porter atteinte à des éléments du gros œuvre tels qu'ils le rendent impropre à sa destination.

Or, avant la réforme de 1967, la Cour de cassation approuvait une interprétation extensive de ces textes afin de faire entrer dans le cadre de la garantie décennale des vices et malfaçons qui ne relèveraient en aucun cas aujourd'hui de cette garantie : tels les vices affectant le carrelage, au motif que le sol de l'ensemble des pièces est une partie maîtresse de l'appartement²², ou la non-conformité de l'épaisseur, prévue au devis descriptif, de la dalle ou de la chape²³. Enfin, en l'état de cette jurisprudence qui constitue le droit applicable, aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie, l'appréciation des éléments de fait qui déterminent l'application de la garantie décennale ressortit du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond : en somme le juge du fond peut pratiquement sans aucun contrôle de la cour régulatrice faire entrer beaucoup de choses dans la catégorie des atteintes à des éléments du gros œuvre relevant de la garantie décennale des entrepreneurs et architectes. En l'occurrence, le droit ancien est plus favorable au consommateur que le droit nouveau – d'où la tentation pour les professionnels du bâtiment de contractualiser les dispositions issues des lois nouvelles, non applicables localement, lesquelles inspirent le contrat, voire de placer la relation contractuelle sous l'empire de la loi non étendue en la visant expressément.

Ainsi, l'État, tout en respectant un principe d'égalité entre les citoyens, n'impose pas une uniformité de régime juridique : il organise la coexistence de plusieurs systèmes juridiques applicables sur la base d'une territorialisation du droit. Tel est l'état de complexité du droit. Le citoyen peut-il y déroger pour adapter son droit ?

B. L'avenir : le double défi de l'immobilisme et du brouillage des normes

Le risque majeur, qu'est le risque de vide juridique, semble pour l'instant écarté ; reste le risque d'immobilisme et de brouillage des normes.

²⁰ Article 1792 (décret du 16 Ventôse an XII) : « Si l'édifice construit à prix fait périclite en tout ou en partie par vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans. »

²¹ Article 2270 (décret du 15 mars 1804) : « Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés. »

1. Le risque de vide juridique

Ce risque semble écarté. L'expérience passée est éclairante à cet égard, dans un contexte marqué par un partage des compétences normatives entre l'État et la Nouvelle-Calédonie au sein d'un même bloc de compétence. Car la Nouvelle-Calédonie a connu cette situation en matière de droit du travail particulièrement dans la période 1985-1988, du fait qu'avant 1999 l'État définissait les principes directeurs du droit du travail (compétence législative) tandis que la Nouvelle-Calédonie exerçait la compétence réglementaire pour mettre en œuvre ces « principes directeurs ».

En effet, après l'abrogation en 1982²⁴ du Code du travail outre-mer institué par la loi n° 51-1322 du 15 décembre 1952 (dont subsistent encore les règles organisant le tribunal du travail), s'ouvrit une période transitoire où s'appliquait le droit du travail métropolitain²⁵ (1983-1985), par l'effet de l'ordonnance n° 82-1114 du 23 décembre 1982 qui étendait la partie législative du Code du travail métropolitain et du décret n° 84-816 du 3 septembre 1984 qui étendait certaines dispositions réglementaires du même Code²⁶.

Cette phase d'assimilation législative et réglementaire sera suivie à partir de 1985 d'une nouvelle rupture et de la reconstruction progressive d'un droit du travail faisant intervenir le législateur national et le législateur local. Cette phase de reconstruction, marquée par une grande incertitude liée à l'absence de normes, débute avec l'ordonnance 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 (compétence de l'État). Mais ce dispositif législatif nouveau ne sera complété que plus de deux ans plus tard par les premiers textes réglementaires (« délibérations ») relevant de la compétence locale (les premières délibérations n'interviendront qu'à partir de février 1988). Il en résultera une période (1985-1988) de grande incertitude²⁷. Toutefois, cet écueil passé, c'est cet ensemble de textes qui, après transfert de l'intégralité de la compétence législative en matière de droit du travail au Congrès, par l'effet de la loi organique du 19 mars 1999 (art. 22-2° et 99-3°), débouche vingt ans plus tard, en 2008, sur le Code du travail (partie législative issue de la loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008, et partie réglementaire issue de la délibération n° 366 du 14 février 2008 – JONC du 27 février 2008).

Sauf à opérer comme en droit du travail, en faisant d'abord table rase de l'existant avant de se doter progressivement d'un droit nouveau (1985-1988), il ne devrait pas y avoir de situation de vide juridique : le droit civil et commercial applicable au moment du transfert continuera à s'appliquer en cet état, tant qu'il ne sera pas modifié par la suite. Cela n'empêchera pas le législateur national de modifier son droit en s'éloignant du droit applicable en Nouvelle-Calédonie qui, lui, demeurera inchangé en son état antérieur : d'où un risque d'immobilisme que l'on connaît bien avec le système actuel, avec pour corollaire le risque de perpétuer, sinon d'aggraver, le phénomène de brouillage des normes.

2. Le risque d'immobilisme et de brouillage des normes

Le risque est d'appliquer dans les collectivités d'outre-mer un droit législatif vieilli et peut-être dépassé pour n'avoir pas voulu courir le risque d'appliquer une législation métropolitaine inadaptée. Sera-t-on plus prompt à adapter le droit à l'avenir ? Car à défaut d'user de son pouvoir normatif, le législateur local prolongera l'application d'un droit figé à la date du transfert des compétences.

Heureusement, l'immobilisme n'est pas le trait général, pas plus que le pire des dangers. Pire encore serait d'étendre des lois faites pour 65 millions de Français à un territoire de 250000 habitants (140000 si on considère que les 110000 citoyens de statut coutumier kanak ne sont pas concernés par le transfert du droit civil). Et lorsque l'extension prend plusieurs années à entrer en vigueur (ainsi la loi du 5 juillet 1985 relative aux victimes d'accidents de la circulation étendue sept ans plus tard à la Nouvelle-Calédonie), cela permet de voir si le texte nouveau, au vu de sa mise en œuvre concrète en France métropolitaine, tient ses promesses en évitant de réitérer les mêmes erreurs²⁸.

²² Civ. 1ère, 5 mai 1965, pourvoi n° 63-12.492, Bull. civ. 1965, I, n° 296, p. 219.

²³ Civ. 1ère, 18 octobre 1965, pourvoi n° 63.10.080, Bull. civ. 1965, I, n° 546.

²⁴ Ordonnance n° 82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de Nouvelle-Calédonie (JONC du 13 janvier 1983).

²⁵ Cette ordonnance pose, en ses articles 1 et 2, le principe de l'extension à la Nouvelle-Calédonie des dispositions législatives du Code du travail en vigueur en métropole.

²⁶ Décret n° 84-816 du 3 septembre 1984 (JONC du 9 octobre 1984) qui rend applicable à la Nouvelle-Calédonie les dispositions réglementaires du Code du travail (IIème partie : décrets en Conseil d'État).

²⁷ Gérard Sénéchal, L'application des normes, in J.-Y. Faberon (dir.), Le régime législatif de la Nouvelle-Calédonie, Dalloz, 1994, pp. 88-90.

²⁸ Bernard Deladrière, L'application des normes, in J.-Y. Faberon (dir.), Le régime législatif..., op. cit., pp. 66-68.

Mais le risque d'immobilisme ne doit pas être sous-estimé, en raison, notamment, de l'imbrication des compétences nationales (compétence en matière de libertés publiques) et locales dans un même secteur du droit, avec le risque de ne pouvoir légiférer localement faute de pouvoir toujours coordonner l'action du législateur local avec celle du législateur national.

Avec le principe de spécialité législative, les professionnels du Droit, au lieu d'appliquer la loi le mieux possible, doivent d'abord rechercher ou vérifier quelle loi appliquer : en somme, l'ancienne ou la nouvelle (celle de métropole).

Et quand l'ancienne s'applique comme en matière de construction, la question annexe se pose de savoir que faire lorsque les parties ont contractualisé la loi nouvelle inapplicable ? Que faire lorsque par le biais d'un contrat d'adhésion la partie forte au contrat (le professionnel) a décidé de se placer sous l'empire d'une loi, en principe, non applicable ?

La pratique est de considérer que la liberté contractuelle prévaut. On a donc ici tous les systèmes à la fois en matière de droit de la construction : entre ceux qui se soumettent au droit napoléonien et ceux qui visent la loi de 1978 dans le contrat. Mais que vaut le visa d'une loi inapplicable – peut-on déroger par contrat à une loi d'ordre public ? Non certainement. Mais peut-on déroger par contrat à l'application d'un principe qui a une valeur supérieure à une loi d'ordre public, en l'occurrence un principe de valeur constitutionnelle ? Peut-on considérer que la liberté contractuelle puisse prévaloir sur la Constitution ? Répondre par la négative signifierait toute une série de contrats atteints de nullité.

Le principe de spécialité législative, s'il est mal géré ou mal maîtrisé, peut être facteur d'insécurité juridique en ce qu'il accroît l'opacité du droit et incite de nombreux citoyens à faire fi de la volonté du législateur en choisissant de se placer sous l'empire du droit qu'ils considèrent comme le mieux adapté à leurs besoins. N'y a-t-il pas là un risque de dérives ? Car cette pratique offre la primauté au plus fort (qui impose sa volonté dans des contrats d'adhésion) ou bien au moins scrupuleux. Elle est l'antithèse de ce que le droit a la prétention de représenter : à savoir, un instrument de sécurité juridique, s'appuyant sur un principe de clarté et d'intelligibilité de la loi.

Le transfert des compétences législatives ne risque-t-il pas de perpétuer, voire d'aggraver, ce mal « endémique » ?

Avant même le transfert des compétences législatives, il existe des différences de droit applicable en fonction des territoires et donc des spécificités propres à certaines fractions du peuple français, démontrant que notre République pourtant unitaire peut s'accommoder d'une pluralité de régimes législatifs et d'une pluralité d'organes créateurs de normes. Et depuis l'accord de Nouméa et la loi organique du 19 mars 1999, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie est même compétent pour légiférer en ce qui concerne un droit civil particulier qui intéresse près de la moitié de la population calédonienne : il a une compétence législative en matière de statut coutumier kanak et de terres coutumières. Ceci offre une démonstration supplémentaire de ce que la dévolution des compétences normatives est une réalité tangible avant que n'intervienne le transfert des compétences législatives dont on parle tant. D'ailleurs le binôme statut personnel-principe de spécialité législative traduit le même refus de l'uniformité qui serait, selon certains, l'expression parfaite de l'égalité. Or, on le sait bien, l'uniformité qui ignore les réalités disparates des lieux est le contraire de l'égalité. L'égalité suppose une adaptation aux nécessités locales : et c'est sous cette condition expresse que s'applique en Nouvelle-Calédonie la Convention européenne des droits de l'homme²⁹.

Que l'on se souvienne que la notion d'« État de droit » se traduit en anglais « rule of law » c'est-à-dire le « règne de la loi ». Que l'on se souvienne encore que l'État moderne qui est d'introduction récente dans les collectivités d'outre-mer, et même un élément totalement exogène dans une société coutumière comme celle de la Nouvelle-Calédonie, doit conquérir sa légitimité. Or sa légitimité est tout entière fondée sur l'autorité de la loi. Quelle légitimité et quelle autorité peut avoir une loi qui demeure une « étrangeté » venue d'ailleurs, faite de

²⁹ C'est ce qu'affirme, en matière de définition du corps électoral calédonien, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Py c. France* (n° 66289/01), du 11 janvier 2005. Cet arrêt considère que la condition de résidence des dix ans en Nouvelle-Calédonie pour pouvoir participer aux élections des membres du Congrès ne viole pas l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention européenne.

complexité, dont nul ne peut exactement prévoir les effets sauf à être un juriste confirmé et même les juristes confirmés se perdent dans les dédales de ces textes qui s'appliquent ou qui ne s'appliquent pas, ou qui devraient s'appliquer mais dont les éléments réglementaires indispensables conduisent à une application soit impossible de la loi (cas de la loi de 1985 à Wallis-et-Futuna), soit dévoyée (cas de la loi du 10 janvier 1978 en Nouvelle-Calédonie), et qui se contredisent éventuellement (article 21 de la loi de 1978 et principe d'intangibilité de la clause pénale).

Et pour compliquer un peu plus les choses, face à ce dédale de normes législatives et réglementaires, les parties tentent de sortir de l'impasse par le contrat : en se forgeant leur propre loi soit à partir d'emprunts aux textes non applicables, soit en se plaçant sous l'empire d'une loi non applicable. Mais si la liberté contractuelle ne permet pas de déroger à une loi d'ordre public, peut-elle déroger à une règle constitutionnelle (le principe de spécialité législative) ? Et faut-il tenir pour nulles les clauses contractuelles qui, au lieu de se borner à contractualiser le contenu d'un texte non applicable, placent expressément une relation contractuelle sous l'empire d'une loi inapplicable ? Faut-il risquer de déclencher un processus d'annulations en chaîne, pour veiller à faire respecter les principes et la hiérarchie des normes ?

En somme, face à un système juridique qui crée de l'incertitude sur le droit applicable, qui est tellement obscur qu'il contredit l'impératif d'intelligibilité de la loi, et qui peut s'avérer, lorsque les parties croient pouvoir se donner une loi à elles-mêmes, un facteur d'insécurité juridique, bref, quand un système est à ce point contraire aux objectifs attendus de la loi (sécurité juridique et intelligibilité du droit), quelle autorité et quelle légitimité attendre du « règne de la loi » ?

Et lorsque la loi est à ce point faible, c'est vers le juge que l'on se tourne et vers le pouvoir normatif de la jurisprudence. La jurisprudence trouve son terrain de prédilection dans les failles de la loi et les interstices qui se développent dans un amoncellement de textes mal assortis les uns aux autres. Il faut bien alors admettre que le juge opte pour l'une des diverses alternatives offertes par l'extension soit incomplète, soit inadaptée du droit métropolitain. Cela peut conduire à des situations curieuses : à revivifier par exemple des jurisprudences métropolitaines anciennes auxquelles l'abstention du législateur local à user de ses compétences normatives permettra de donner une seconde vie... loin, si loin de la première.

²⁹ C'est ce qu'affirme, en matière de définition du corps électoral calédonien, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Py c. France* (n° 66289/01), du 11 janvier 2005. Cet arrêt considère que la condition de résidence des dix ans en Nouvelle-Calédonie pour pouvoir participer aux élections des membres du Congrès ne viole pas l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention européenne.

Rétrospective sur les transferts déjà réalisés, focus sur le droit du travail

Nadège Meyer

Maître de conférences en droit privé

Université de la Nouvelle-Calédonie

Membre du Larje (EA 3329)

De nombreux statuts ont régi la répartition des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie. Le premier statut ayant attribué une compétence de principe à la Nouvelle-Calédonie, le statut Defferre date de la loi-cadre du 23 juin 1956.

D'accords en désaccords, de statuts en statuts (Stirn, Lemoine, Pisani, Pons...), de rajouts en retraits des compétences, les évolutions institutionnelles de la Nouvelle-Calédonie ont abouti à organiser le transfert tantôt immédiat, tantôt progressif de la compétence législative des différentes branches du droit au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie et des collectivités la composant.

En effet, le Titre II de la loi organique du 19 mars 1999 organise la répartition des compétences entre l'Etat, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes.

La compétence de principe revient aux Provinces. Après avoir développé à l'article 21 de la loi les compétences appartenant à l'Etat, l'article 22 énonce les matières dans lesquelles la Nouvelle-Calédonie est compétente.

Parmi celles-ci, certaines étaient déjà avant la loi organique régies par le droit local, alors que d'autres se sont vues transférées à la Nouvelle-Calédonie à compter du 1er janvier 2000.

Par ailleurs, la loi organique met en place un échéancier des transferts de compétences à venir et des conditions dans lesquelles ils doivent intervenir.

Ainsi, sans prétendre à une quelconque exhaustivité des compétences appartenant d'ores et déjà à la Nouvelle-Calédonie, nous pouvons citer parmi les 33 alinéas de l'article 22 (et par conséquent compétences) : la fiscalité, le droit du travail, la sécurité sociale, la circulation routière et les transports routiers, la fonction publique territoriale ou encore le droit des assurances, la procédure civile...

De nombreux transferts de compétences récents, ou plus anciens, ont donc déjà eu lieu. Que s'est-il passé depuis lors dans ces matières qui ont été transférées à la Nouvelle-Calédonie ?

Au moment où de nouveaux transferts de compétences sont en préparation, et non des moindres puisqu'il est question des droits civil et commercial, il est l'heure de faire une rétrospective de ces transferts !

Le bilan que vous en tirerez permettra d'envisager de manière plus objective les transferts à venir.

Pour vous aider à justifier vos conclusions, nous allons nous livrer à une tentative de rétrospective des transferts déjà réalisés et surtout de l'après-transfert.

Qu'est-il advenu des compétences désormais calédoniennes ?

De prime abord, force est de constater que le bilan est mitigé, notamment en raison d'une inertie de la Nouvelle-Calédonie dans certaines matières ou de l'inadaptation de la mise en œuvre de la compétence transférée (I).

Mais au-delà de ce premier constat plutôt négatif, il convient aussi de remarquer que certains transferts ont plutôt bien réussi. Il est vrai que l'on est moins loquace à ce propos, car il est normal que les préoccupations et discussions se focalisent sur les aspects qui ne vont pas.

Il sera alors intéressant de s'attarder par la suite, sur un transfert plutôt réussi et non seulement d'analyser les raisons pour lesquelles celui-ci est un succès, mais également de mettre en valeur l'intérêt et les apports de ce transfert de compétence

au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie. Nous avons choisi d'illustrer ce second propos par l'étude du transfert et de l'après-transfert du droit du travail (II).

I. Les causes d'un bilan en demi-teinte des transferts opérés au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie

Dans toutes les hypothèses, le processus de transfert de compétence législative s'est en lui-même bien déroulé, qu'il ait été attendu, préparé ou non, il a de toute façon eu lieu.

En revanche, les difficultés résultant du transfert se rencontrent en aval de celui-ci, une fois la compétence transférée.

Ainsi, il apparaît que les deux principales causes de l'absence de réussite de l'après-transfert de certaines compétences au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie se situent soit dans l'inertie qui a suivi le transfert de compétence, soit dans une mise en œuvre maladroite ou inadaptée de la compétence transférée.

A. Le cas de l'inertie après transfert

Le célèbre cas du droit des assurances détient la palme de l'échec des transferts de compétences réalisés au profit de la Nouvelle-Calédonie¹.

Cet échec découle de la léthargie législative insufflée par des lobbies économiques influents dans laquelle est tombée cette branche du droit après son transfert à la Nouvelle-Calédonie.

Depuis lors, aucun travail de recensement et de consolidation des textes en la matière n'a été réalisé, aucun Code des assurances de Nouvelle-Calédonie n'a été rédigé, aucune mise à jour ni évolution législative n'a été envisagée.

Ainsi, le droit des assurances se trouve aujourd'hui dans une situation telle que celui-ci n'a pas évolué et s'est donc figé au jour du transfert, c'est-à-dire non pas au 1er janvier 2000 mais depuis 1988 car la loi portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie faisait état de la compétence du territoire de la Nouvelle-Calédonie en la matière. Plus grave encore que ce désintérêt pour cette branche du droit, il apparaît que personne ne connaît les règles du droit des assurances applicables en Nouvelle-Calédonie.

En l'occurrence, le transfert de la compétence législative du droit des assurances à la Nouvelle-Calédonie étant par ailleurs irréversible, celui-ci interdit à l'Etat d'intervenir dans ce domaine, notamment par le biais d'extensions, et l'absence de législation locale depuis lors a eu pour effet de figer le droit des assurances au jour du transfert.

En pratique, les difficultés rencontrées sont nombreuses. Certains risques ne sont pas couverts : à titre d'exemple, il est impossible de contracter localement une assurance responsabilité civile professionnelle pour les entreprises ayant une activité de conseil (informatique, juridique ou autre...).

De la même façon, un automobiliste, mais l'exemple vaut aussi pour une entreprise, ayant eu un ou plusieurs sinistres ou un incident de paiement auprès de sa compagnie d'assurances verra sa police d'assurance non reconduite, résiliée ou sera refusé par toute compagnie d'assurances locale sans pouvoir de ce fait assurer son véhicule², ou tout autre risque. Pour ne prendre que le cas de l'assurance automobile, de l'obligation d'assurance qui existe tant en métropole qu'en Nouvelle-Calédonie, le Code des assurances métropolitain en a déduit une obligation d'assurer tout automobiliste, si nécessaire en saisissant le bureau central de la tarification³. Rien de tel en droit local...

Par ailleurs, l'absence de Code des assurances de Nouvelle-Calédonie est en soi condamnable dans la mesure où l'article 127 18° de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 énonce qu'il revient au Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de préparer « la codification des lois du pays et de la réglementation édictée par la Nouvelle-Calédonie ».

A l'heure actuelle, la Nouvelle-Calédonie procède à une interprétation littérale de cet article dans la mesure où, en s'abstenant de l'édition de toute législation locale, elle n'a plus d'obligation de codifier ! Néanmoins, il apparaît évident qu'une approche téléologique de cet article ainsi que l'esprit même de ce texte ne dispensent pas la Nouvelle-Calédonie de son obligation de codifier le droit local des assurances.

Il est certain que l'absence manifeste d'intérêt et de souhait d'investir ce champ de compétence a engendré une absence de

¹ Cf. pour une confirmation de l'étendue de la compétence de la Nouvelle-Calédonie en matière d'assurances : avis du Conseil d'Etat n° 367.794 du 4 juin 2002.

² Le nombre d'automobilistes ayant un véhicule non assuré en Nouvelle-Calédonie ne peut être qu'important en raison du refus discrétionnaire que peut opposer toute compagnie d'assurances locale.

³ Cf. articles L. 212-1 et suivants du Code des assurances.

moyens (humains, matériels et financiers notamment) déployés pour réussir l'après-transfert du droit des assurances. Certains ont invoqué l'absence de capacité professionnelle locale pour investir cette branche du droit, mais rien n'empêchait, rien ne s'opposait à réaliser en fonction des besoins de la Nouvelle-Calédonie, et dans l'attente d'un véritable droit calédonien des assurances, un copier-coller des évolutions en la matière qui étaient adoptées en métropole.

L'inertie du législateur ne s'est pas faite ressentir qu'en droit des assurances et celle-ci ne résulte donc sans doute pas du seul manque de moyens. Tel a été également le cas s'agissant de la procédure civile, matière transférée depuis le statut dit Lemoine issu de la loi du 6 septembre 1984. L'absence d'intervention de la Nouvelle-Calédonie après le transfert de cette compétence a obligé le milieu judiciaire à se saisir du problème en rédigeant une loi copier-coller d'une partie des textes métropolitains afin d'aboutir à l'édiction d'un code local de procédure civile.

Ce n'est qu'en 2003 qu'une délibération a créé le Code de procédure civile en instituant le Livre 1er et le Titre IV du Livre 2ème.

A l'heure actuelle, cette branche du droit a pris du retard, à tel point que l'Etat, via une loi, est intervenu alors même que la procédure civile relève exclusivement de la compétence du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pour, d'une part, simplifier les procédures de divorce et, d'autre part, imposer le ministère d'avocat dans ce type de contentieux.

Au-delà de l'intérêt évident de l'allègement des procédures de divorce, il est surprenant que la Nouvelle-Calédonie n'ait pas réagi à cette intrusion de l'Etat dans une compétence qui lui a été irréversiblement transférée et sur laquelle il ne peut plus juridiquement intervenir.

On pourrait également citer le recueil de textes portant « *Code de la route de Nouvelle-Calédonie* », devenu depuis lors poussièreux, qui n'a fait l'objet que de quelques évolutions récentes⁴ alors que le transfert de la compétence de la circulation routière à la Nouvelle-Calédonie date de la loi référendaire de 1988⁵. Ou encore le cas de la réglementation du sport obsolète, alors même qu'il existe une Direction de la jeunesse et des sports de Nouvelle-Calédonie. La présence d'une administration en charge d'une compétence transférée n'est pas non plus un élément déterminant de la réussite d'un transfert de compétence. Celle-ci peut participer au succès du transfert mais ne suffit pas.

Enfin, dans certains cas, l'inaction de la Nouvelle-Calédonie résulte des difficultés liées à des matières dont la compétence ne lui a été que partiellement transférée. A titre d'exemple, le « demi-transfert », en cas de compétence partagée entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie, a souvent eu pour effet de paralyser toute avancée juridique dans certaines matières, partage de compétence dont a souffert le droit de la consommation.

Le partage de compétence rajoute une complexité à l'appropriation de la matière par la Nouvelle-Calédonie. Il ne permet jamais de savoir précisément et avant demande d'avis au Conseil d'Etat, juridiction sollicitée de manière récurrente à ce sujet, ce qui relève de la compétence de chacun.

Le cas du droit de la consommation est à cet égard d'autant plus intéressant à analyser.

Jusqu'à la modification de la loi organique du 19 mars 1999 intervenue le 3 août 2009, l'article 22 faisant état des compétences relevant de la Nouvelle-Calédonie ne mentionnait pas expressément le droit de la consommation. Le 19° de cet article n'évoquait que « *la réglementation des poids et mesures ; concurrence et répression des fraudes* ». L'idée répandue était alors de penser que le droit de la consommation était une compétence partagée entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie. Mais la révision de la loi organique intervenue le 3 août 2009 a modifié cet état de fait et de droit. Désormais, aucune ambiguïté ne peut subsister puisque le 19° de l'article 22 mentionne expressément que la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de consommation.

Or, le retard accumulé en raison de ces tergiversations et hésitations sur l'autorité compétente en droit de la consommation s'est révélé de manière flagrante en 2008 lors des premières réunions de discussion et de préparation du transfert de la compétence législative du droit civil. La question s'est alors posée au sein des groupes de travail (persuadés du partage de compétence) de l'utilité et de l'opportunité d'étendre certaines dispositions du Code de la consommation métropolitain dans le cadre des extensions à réaliser avant le transfert du droit civil à la Nouvelle-Calédonie. Tel est le cas des législations relatives aux clauses abusives.

La question de l'extension des textes métropolitains à la Nouvelle-Calédonie en matière de droit de la consommation ne

⁴ Ce n'est qu'à la fin de l'année 2010 que le Gouvernement appuyé par l'Etat a présenté et adopté un plan d'urgence de lutte contre la vitesse et l'alcool au volant, et en faveur de l'éducation et la prévention. La nouvelle délibération (en date du 30 novembre 2010) a créé la peine complémentaire d'obligation de suivre un stage de sensibilisation à la sécurité routière, a relevé les peines d'amende et supprimé le permis blanc pour les infractions les plus graves liées notamment à une alcoolémie dont le taux est supérieur à 1 gramme par litre de sang ou à une vitesse excédant de plus de 50 km/h la vitesse maximale autorisée...

⁵ Loi référendaire n° 98-1028 du 9 novembre 1988, portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie. A titre d'exemple, ce n'est que depuis 2005 (délibération n° 72 du 8 avril 2005) que la ceinture de sécurité à l'arrière est obligatoire et qu'il est interdit de téléphoner...

peut donc plus être d'actualité. L'absence de succès de l'après-transfert ne résulte pas seulement d'une absence de prise en charge de la matière transférée par les autorités locales. Lorsque le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ou les provinces se saisissent d'une compétence qui leur a été transférée par l'Etat français, les déconvenues peuvent également résulter de réglementations inadaptées au contexte de la Nouvelle-Calédonie.

B. Une mise en œuvre locale de la compétence transférée parfois inadaptée

Il existe de nombreux cas dans lesquels la Nouvelle-Calédonie s'est saisie de la compétence qui lui incombe désormais et a légiféré dans beaucoup de branches du droit. Et en ce sens, la réussite du transfert de compétence serait parfaite si les règles adoptées dans certaines de ces matières étaient en totale adéquation avec le contexte local et international.

La compétence type pour laquelle les autorités habilitées à légiférer localement ne correspondent pas au besoin de la matière est le droit de l'environnement.

Considérant que le droit de l'environnement n'est pas expressément mentionné parmi les matières qui relèvent de la compétence de l'Etat ou de la Nouvelle-Calédonie, et par application de l'article 20 de la loi organique du 19 mars 1999⁶, cette compétence revient par conséquent à chaque province. Cette compétence provinciale récupérée par défaut n'est pas le fruit du hasard dans la mesure où chacune des Provinces voulait pouvoir gérer le statut du nickel et la compétence environnementale étant intimement liée à cette ressource naturelle, le souhait des Provinces était donc bien d'être compétentes en la matière.

La difficulté de la mise en œuvre de cette compétence transférée découle du fait qu'au-delà des disparités d'avancement de la législation environnementale d'une province à l'autre, le découpage de la compétence n'est pas le plus opportun pour la gérer. En effet, dans une matière où le droit international joue un rôle prépondérant et moteur, morceler la compétence au niveau d'une province va à contre-courant de ce mouvement d'internationalisation des questions environnementales. Une protection juridique à la hauteur de la biodiversité calédonienne nécessite de s'appliquer à l'ensemble du territoire.

L'inadéquation des autorités habilitées à réglementer une matière transférée n'est pas la seule cause pour laquelle le transfert d'une compétence ne se révèle pas satisfaisant. Ainsi, d'autres compétences transférées et dont la Nouvelle-Calédonie s'est saisie ont pu donner lieu à des législations qui ne sont pas forcément opportunes en raison du contexte local. Il s'agit alors davantage d'une appréciation de l'opportunité des législations adoptées par la Nouvelle-Calédonie après le transfert, c'est-à-dire quant au fond, et non plus seulement de répondre à la question objective de la prise en charge ou non de la compétence transférée par la Nouvelle-Calédonie.

A ce titre, les législations adoptées ou non en fonction de choix politiques, guidés parfois par de puissants lobbies, ne sont peut-être pas les plus en adéquation avec le contexte socio-économique de la Nouvelle-Calédonie. Tel est le cas des questions sensibles de concurrence, de réglementation des prix pour contrecarrer la cherté de la vie, du commerce extérieur et de l'ouverture de l'économie calédonienne avec une politique de quotas et de droits de douane ou encore de la fiscalité locale qui fait l'objet de critiques.

Malgré ces critiques sur la mise en œuvre de la compétence législative par la Nouvelle-Calédonie après le transfert de certaines compétences, il ne faut pas pour autant oublier d'évoquer le cas de transferts de compétences, tel celui du droit du travail, qui se révèlent être plutôt satisfaisants.

II. Le transfert d'une compétence en passe d'être réussi : le cas du droit du travail

La compétence du droit du travail a varié au fil des années. Régi tout d'abord par le Code du travail de l'outre-mer de 1952, puis après abrogation de ce Code par le droit métropolitain en 1982⁷, avant que le droit du travail ne devienne en 1985 une compétence partagée entre l'Etat fixant les principes directeurs du droit du travail et la Nouvelle-Calédonie compétente pour le reste.

Le transfert total de la compétence législative du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie découle de l'article 22 2° de la loi organique du 19 mars 1999 avec effet à compter du 1er janvier. Depuis lors, la Nouvelle-Calédonie est seule compétente en la matière. L'après-transfert, partiel comme total, était loin d'être évident en raison notamment du foisonnement

⁶ Article 20 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : « Chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'Etat ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie »

⁷ Ord. 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.

de textes applicables en la matière provenant d'au moins trois autorités différentes⁸. Néanmoins, l'après-transfert, la gestion et la prise en charge de cette branche du droit par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie démontrent que la volonté notamment guidée par la nécessité de parvenir à des relations sociales pacifiées est un des facteurs clés de réussite. Il convient d'ores et déjà de remarquer qu'il n'y a donc pas de lien nécessaire entre préparation et réussite d'un transfert de compétence puisque le transfert du droit du travail n'avait pas été préparé et anticipé.

A. Un après-transfert loin d'être évident

Une difficulté à laquelle a été confrontée la Nouvelle-Calédonie à compter du partage de compétence opéré par l'ordonnance de 1985 jusqu'au transfert total de compétence intervenu en 2000 a été la nécessité de codifier son droit du travail, codification qui n'avait pas réussi à aboutir jusqu'alors en raison d'un désaccord entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie quant à l'autorité compétente pour ce faire.

L'idée qui animait cette codification était de procéder au recensement des textes applicables en Nouvelle-Calédonie et à leur consolidation.

A défaut de pouvoir codifier le droit du travail, un recueil de textes relatifs à cette matière avait été édité par la Direction du travail en 1994 et n'avait jamais été remis à jour avant l'adoption du Code du travail de Nouvelle-Calédonie en 2008. Ce recueil faisait pourtant office de référence, y compris pour la Cour de cassation.

L'imbroglio juridique qui résultait des textes pris par les différentes autorités en vertu de l'application du principe de spécialité, dont certains ont été étendus au moment de la promulgation de la loi métropolitaine ou ultérieurement à la Nouvelle-Calédonie, dans leur version initiale, avec ou sans les modifications intervenues postérieurement, avait de quoi décourager toute tentative d'intervention dans cette matière.

Le travail à réaliser après le transfert total du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie était donc colossal pour parvenir à établir l'état du droit positif avant même d'envisager d'aller au-delà et de s'intéresser à tout projet de réforme.

La situation de départ n'était pas des plus enviables, sans omettre de préciser que si sur un plan politique, en 2000, le climat était quelque peu apaisé, il n'en était rien sur un plan social. La Nouvelle-Calédonie connaissait de longs et violents conflits sociaux qui ne faisaient que mettre en exergue les relations difficiles qui existaient à cette époque entre les partenaires sociaux⁹. Pour remédier à cette situation sociale tendue et parvenir à une paix sociale, le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de l'époque s'était attelé à conclure un Pacte social¹⁰.

Pour autant, l'ensemble de ces difficultés a peut-être joué un rôle décisif dans le succès de l'après-transfert du droit du travail, en raison non seulement de la nécessité sociale qu'il y avait d'investir ce domaine, mais aussi de la volonté qui s'y est attachée.

B. Les apports du transfert de la compétence législative du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie

La réussite du transfert de la compétence du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie s'est faite par étapes dont la première a été d'appréhender le droit positif avant de pouvoir envisager des réformes et une adaptation du droit du travail au contexte local.

1. L'appréhension du droit positif

La première étape indispensable à l'appréhension par la Nouvelle-Calédonie de la compétence du droit du travail passait inévitablement par un travail de codification des règles existantes afin de garantir une certaine sécurité juridique et un meilleur accès aux règles du droit du travail et donc à leur connaissance.

Il s'agissait alors d'entreprendre un travail colossal de recensement des textes applicables. Personne, aucun juriste, aucun des partenaires ou acteurs sociaux, aucun avocat ou magistrat même spécialisé en la matière ne pouvait se targuer de connaître exactement l'ensemble des textes applicables en Nouvelle-Calédonie en la matière.

Cette difficulté de recensement et surtout de consolidation se trouvait accrue non seulement par l'existence de textes d'origine multiple, Etat, Nouvelle-Calédonie..., résultant de la compétence partagée instaurée par l'ordonnance de 1985, mais aussi par l'application du principe de spécialité législative : quel texte était applicable, à partir de quand et sous quelle version ?

Pour autant, parvenir à cette connaissance du droit ne faisait que répondre à l'objectif de valeur constitutionnelle que consti-

⁸ Etat, Nouvelle-Calédonie, Haut-Commissaire.

⁹ Cas du conflit Cellocal. Cf. actes du colloque : 10ème anniversaire du Pacte social.

¹⁰ Pacte social du 20 octobre 2000, publié au JONC du 2 novembre 2000, p. 5933.

tuent l'accessibilité et l'intelligibilité du droit destiné à faciliter la connaissance du droit par les citoyens. Cette meilleure lisibilité du droit du travail a eu pour effet de le rendre plus effectif et a notamment permis de diminuer le nombre de conflits sociaux dont certains reposaient sur des revendications ou affirmations de droits par méconnaissance de l'état du droit positif local¹¹.

Il n'en demeure pas moins que cette première étape d'inventaire et de consolidation du droit du travail local ne s'est pas faite détachée totalement de la métropole et ce, pour deux raisons.

Tout d'abord, ce recensement des textes et par conséquent la codification du droit du travail ont été réalisés en concertation pour ne pas dire en étroite collaboration avec le Conseil d'Etat puisque celui-ci a même assuré une aide technique au travail de rédaction nécessitée par la réécriture des textes qui s'imposait en raison d'une législation du travail parfois très ancienne combinée à la volonté de codifier à droit constant.

La seconde illustration de cette avancée conjointe de la Nouvelle-Calédonie et de l'Etat réside dans le fait que la Nouvelle-Calédonie a attendu, sur suggestion du Conseil d'Etat, que la métropole avance sur son propre projet de recodification du droit du travail pour s'inspirer fortement de celui qui allait être adopté... A tel point que la codification locale a pris du retard pour cette raison.

La sécurité juridique qui avait tant manqué jusqu'alors en la matière a été l'idée sous-jacente de cette entreprise de codification et a permis cette élaboration, sinon conjointe, au moins parallèle, afin que la Nouvelle-Calédonie puisse continuer à bénéficier de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation par des rédactions similaires, ou par l'harmonisation de notions lorsque les législations locale et nationale convergeaient¹².

Une fois cette première étape d'inventaire et de consolidation achevée et le premier Code du travail de Nouvelle-Calédonie adopté¹³, il était enfin possible de s'approprier localement les règles de droit, notamment afin de les mettre à jour et de les faire évoluer en intégrant le contexte local.

2. L'adoption d'un droit du travail calédonien

Connaître l'état du droit pour pouvoir engager la réflexion sur les réformes à venir, notamment au regard de la législation vieillissante et parfois lacunaire, tel était le troisième objectif de la codification du droit du travail annoncé par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

L'élaboration du Code du travail avait d'ores et déjà permis d'impliquer les partenaires sociaux par l'effort important de concertation qui avait régné tout au long du processus de codification.

Mais au-delà, une des clés du succès du transfert de cette compétence à la Nouvelle-Calédonie résulte de la volonté du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie d'aider à la montée en compétence des partenaires sociaux par l'organisation de séminaires et de formations tant juridiques qu'économiques ou sociologiques destinés à promouvoir la négociation collective et à apprendre à négocier, notamment dans le cadre de l'Institut Supérieur du Travail de Nouvelle-Calédonie.

Ces formations, qui se veulent toutes paritaires, aident grandement à créer un climat de confiance et des relations sociales sereines en donnant les mêmes outils à tous, que l'on soit employeur ou syndicaliste.

Dans le même état d'esprit, la mise en place de sessions du dialogue social crée un espace de dialogue dans le cadre duquel il est demandé aux partenaires sociaux de réfléchir à l'évolution de la législation locale sur un thème déterminé à l'avance par le Conseil du dialogue social. L'enjeu est d'arriver par la synergie des partenaires sociaux participant à ces sessions à conclure un accord en ce sens (ou au moins se mettre d'accord sur les grands principes de la réforme) qui pourra être repris ultérieurement, au moins dans l'esprit, par le législateur calédonien.

Le recours à ces lois négociées permet de s'assurer que la législation qui sera adoptée fera l'objet d'un consensus et ne posera donc pas de difficulté lors de sa mise en œuvre. Telle a été la méthode empruntée pour la mise en place de l'emploi

¹¹ 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 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.

¹² Il ne faut pas non plus omettre le rôle de la jurisprudence locale (Cour d'appel de Nouméa), reprise dans le Code du travail de Nouvelle-Calédonie, ayant permis d'exiger la motivation du licenciement dans la lettre de notification alors même que les textes locaux ne l'exigeaient pas de manière aussi explicite.

¹³ Le Code du travail de Nouvelle-Calédonie a été adopté pour la partie législative par la 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 pour la partie réglementaire par la délibération n° 366 du 14 février 2008 relative au Code du travail de Nouvelle-Calédonie, JONC du 27 février 2008, p. 1550. A l'instar du Nouveau Code du travail métropolitain, le Code du travail de Nouvelle-Calédonie est entré en vigueur le 1er mai 2008.

local, même si celle-ci n'est pas pour autant exempte de critique sur un plan idéologique et de théorie du droit. Le second élément qui a permis d'aboutir à un après-transfert plutôt satisfaisant dans cette matière peut être trouvé dans la volonté d'adapter au maximum le droit du travail au contexte calédonien. La loi du pays sur l'emploi local en est peut-être le résultat le plus flagrant. L'adoption de cette législation tant attendue par les organisations syndicales représentatives est emblématique à cet égard.

De manière moins frappante, mais non moins dénuée d'effet pratique, l'adoption de législation moins compliquée que le droit du travail métropolitain qui se révèle inadapté localement démontre ce souhait de rester en phase avec les réalités calédoniennes. A titre d'exemples, les différents aménagements de la durée du travail (forfait-jour...), les mesures d'accompagnement et de reclassement en matière de licenciements collectifs pour motif économique ne se sont pas compliquées à outrance ces dernières années, contrairement aux réformes législatives nationales.

Le fond du droit du travail a la possibilité de devenir calédonien et les projets de lois du pays en cours, notamment la récente adoption d'une législation locale sur le harcèlement au travail avec des conditions qui dérogent à celles retenues en droit métropolitain, appuient l'affirmation qui précède.

Il pourra même aller au-delà de ce qui existe aujourd'hui pour s'imprégner davantage par exemple du contexte multiculturel de la Nouvelle-Calédonie et évoluer en ce sens si tel est le souhait du législateur et dans une autre mesure des partenaires sociaux, via la négociation collective.

Le transfert de la compétence du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie n'a peut-être pas été évident au départ, mais il n'en demeure pas moins que celui-ci est désormais calédonien quant à son contenu et reste en conformité avec la hiérarchie des normes françaises qui s'applique encore à lui dans une certaine mesure.

En effet, il convient d'ajouter que le transfert de la compétence du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie s'est fait dans le respect de la hiérarchie des normes et notamment des normes constitutionnelles et internationales. Il a même permis de se mettre en conformité avec des exigences internationales et européennes.

A titre d'exemple, lors de la codification, les textes applicables alors en Nouvelle-Calédonie réservaient le bénéfice du congé d'adoption aux seules femmes. Cette différence de traitement entre les hommes et les femmes qui n'était justifiée par aucun élément objectif a été relevée par le Conseil d'Etat. Pour se mettre en conformité avec le respect des libertés fondamentales et des principes de valeur constitutionnelle, cette disposition a été modifiée dès l'adoption du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

Le droit du travail calédonien se veut et se doit d'être respectueux des principes fondamentaux.

Les lois du pays calédoniennes restent soumises aux contrôles de constitutionnalité et le transfert de la compétence du droit du travail, comme de toute autre matière, ne peut donc entrer en contradiction avec les normes formant le bloc de constitutionnalité.

Force est donc de constater que si l'après-transfert de compétences n'a pas correctement fonctionné ou n'a pas été satisfaisant sur le plan de la norme produite localement, les difficultés juridiques n'en sont généralement pas la cause, il est alors permis de penser que les blocages sont d'un autre ordre.

Le cas du droit du travail permet justement de prouver que lorsque la Nouvelle-Calédonie se saisit d'une compétence en ayant un objectif bien défini, tel que celui de retrouver la paix sociale, l'après-transfert peut alors être une chance dans la mesure où la Nouvelle-Calédonie acquiert avec le transfert de la compétence une souplesse qu'elle n'avait pas auparavant et qui lui permet de légiférer de la manière la plus opportune et la plus adéquate aux contextes social, économique ou culturel du pays.

Le transfert abouti du droit du travail peut servir de laboratoire pour les matières en passe d'être transférées, notamment en ce qui concerne les deux matières qui font l'objet de ce colloque. En effet, il convient de rappeler d'une part, qu'avant que le droit du travail ne prenne son autonomie et devienne une branche du droit à part entière, les relations du travail

¹⁴ La seule différence notable qui résulterait des effets du transfert du droit civil par rapport au droit du travail repose sur l'absence de conflits internes, dans la mesure où le principe de territorialité prévaut en droit du travail alors qu'en droit civil les statuts personnels peuvent selon les domaines entrer en considération.

étaient régies par le droit civil, qui reste le droit commun applicable à défaut de règles spécifiques ¹⁴, et d'autre part, que le droit du travail ne peut être détaché de l'entreprise et donc du droit commercial. Cette branche du droit pourra ainsi constituer une « boîte à outils » au service de ces deux matières... tout dépendra de la gestion, de l'appréhension, du devenir que réservent la Nouvelle-Calédonie et les calédoniens à ces compétences après leur transfert. Le transfert n'est donc pas en soi un problème, puisque celui du droit du travail est intervenu non seulement dans un contexte social particulièrement tendu et dégradé, mais était en outre loin d'être aussi bien préparé que celui des droits civil et commercial, ne serait-ce qu'au niveau du recensement des textes applicables en Nouvelle-Calédonie avant transfert. Pour les deux transferts dont il est question aujourd'hui, l'ensemble des textes applicables trouvent leur origine dans le seul droit étatique, contrairement au droit du travail qui combinait les textes métropolitains et locaux, même s'il ne faut pas négliger les difficultés qui naîtront avec le transfert, notamment en termes de conflits de normes internes, mais là aussi, tout est à inventer et à adapter au contexte local. N'est-ce pas plutôt une chance ?

Au vu de la préparation de ces deux transferts et des dernières extensions qui ont eu lieu afin de bénéficier au jour du transfert du dernier état du droit jugé opportun localement, pourquoi ne seraient-ils pas une réussite ?

L'état actuel des compétences exercées par la Polynésie française en droit civil et en droit commercial

Pascal Gourdon,

Maître de conférences à l'Université de la Polynésie française

N'étant ni publiciste, ni historien, l'auteur de cette communication n'exposera pas les raisons qui ont présidé aux transferts de compétences dont la Polynésie française a bénéficié depuis deux décennies, même si le passé semble, la plupart du temps, répondre de l'avenir. Il sera seulement question de l'exercice actuel, par la Polynésie française, de ses compétences en matières civile et commerciale.

Ce sujet conduit à s'interroger, sans autre préambule, sur la production normative locale (I), puis sur les conflits de lois éventuellement générés par ce droit local (II).

I. La production normative locale

À propos de la production normative locale, il convient de rappeler le champ de compétence de la Polynésie française en matières civile et commerciale, avant d'évoquer l'exercice à proprement parler de ce pouvoir normatif.

A. Du champ de compétence en matière civile et commerciale

L'article 14 de la loi organique du 27 février 2004 énumère les compétences de l'État¹ et, en raisonnant *a contrario*, il apparaît que les deux principales branches du droit privé, le droit civil et le droit commercial, ont été transférées à la Polynésie française.

Toutes ? Non ! Car en droit civil l'État conserve sa compétence sur « *la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités*² ».

En outre, l'État conserve sa compétence régaliennne sur la monnaie, le crédit et les opérations de change³, ce qui intéresse le droit commercial, car aux termes de l'article L. 110-1 (7°) du Code de commerce : « *toute opération de change, banque, courtage et tout service de paiement sont réputés actes de commerce* »⁴.

Si les juristes ont pu se féliciter de ce transfert de compétence, c'est notamment parce qu'il a restitué son unité intrinsèque au droit des obligations.

En effet, la détermination des principes fondamentaux des obligations commerciales était, jusqu'en 2004, inscrite dans la liste limitative des compétences de l'État. On en déduisait la compétence du Territoire pour ce qui relevait des dispositions de nature réglementaire. La matière était donc privée de son unité théorique, partagée entre les compétences de l'État et celles du Territoire, ce qui, dans la pratique, empêchait l'édiction de certaines réglementations par les autorités locales.

À cet égard, on peut donner l'exemple du contrôle des concentrations d'entreprises qui, par la limitation qu'elles étaient susceptibles d'apporter à la liberté contractuelle, touchait à la fois à la définition des règles de droit civil et à celle des prin-

¹Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française : J.O. n° 52 du 2 mars 2004, p. 4183

² En outre, les modalités d'adoption des personnes nées à l'étranger ou dont le lieu de naissance n'est pas connu (Cons. const., déc. n° 64-30 L, 17 sept. 1964 : Rec. Cons. const. 1964, p. 41) ; les conditions d'accès à la nationalité française (C. civ., art. 17 à 33-2) et l'exercice de la liberté du mariage (C. civ., art. 144 et s. et 170 et s.).

³ Voir l'art. 73, § 4 de la Constitution.

⁴ C. com., art. L. 110-1, 7°.

cipes fondamentaux des obligations commerciales, et relevait ainsi de la seule compétence de l'État⁵.

Depuis 2004, le TOM devenu COM ne souffre plus de cette cause de « paralysie ». Cependant, l'exercice du pouvoir normatif connaît bien d'autres obstacles, comme on va le voir immédiatement.

B. De l'exercice du pouvoir normatif polynésien

S'agissant de l'exercice du pouvoir normatif polynésien, la Polynésie partage avec la Nouvelle-Calédonie la singularité de pouvoir adopter des « lois du pays ».

Toutefois, cette norme n'a ni le même sens, ni la même portée dans les deux collectivités. Sous son acception polynésienne, il s'agit d'un acte administratif qui intervient dans le domaine de la loi.

Par ailleurs, la Polynésie exerce son pouvoir réglementaire en adoptant des « délibérations » ou des « arrêtés d'application pris en conseil des ministres ».

De là survient un premier obstacle à l'exercice des compétences dévolues à la Polynésie française. On en dénombrera cinq au total !

1. Domaine de compétence incertain de la loi du pays

En droit civil comme en droit commercial, il n'est pas toujours aisé de distinguer ce qui relève de la « mise en cause » – c'est-à-dire de la compétence du législateur – de ce qui relève de la « mise en œuvre », autrement dit, de la compétence du pouvoir réglementaire. En d'autres termes, la frontière entre la « loi du pays » et la « délibération » ou l'« arrêté d'application pris en conseil des ministres » est étroite.

Or, la conséquence d'un empiètement, par exemple de la délibération dans le domaine de la « loi du pays », risque d'être source de contentieux.

Et cette incertitude relative au domaine de compétence de la « loi du pays » constitue parfois un premier frein à l'activité normative polynésienne.

2. Persistance de partages de compétences paralysants

Un deuxième obstacle semble provenir de la conservation par l'État de certaines compétences en droit civil comme en droit commercial. Comment réformer par exemple en matière d'indivision, quand la réglementation envisagée touche au droit des successions ?

En l'occurrence, on voudrait donner un fondement légal à la jurisprudence de la cour d'appel de Papeete dite « Calinaud », c'est-à-dire au partage par souches, comme si le représenté venait à la succession, solution actuellement censurée par la Cour de cassation.

On connaît donc encore une cause de paralysie analogue à celle qui était signalée plus haut à propos du droit des obligations. Et l'obstacle paraît insurmontable, tant il est vrai qu'une modification du Code civil n'est pas le moins du monde envisagée par la Chancellerie pour satisfaire le législateur polynésien.

3. Absence de transfert des moyens nécessaires

À ces deux premières difficultés s'ajoute un troisième frein qui tient, celui-ci, à l'absence de transfert des moyens nécessaires à l'exercice des compétences transférées. Avant 2004, les principaux transferts de compétences concernaient des domaines où l'État disposait de services opérationnels, implantés en Polynésie française. Par exemple, le transfert de la compétence en droit du travail a été principalement opéré grâce au transfert de l'inspection du travail au Territoire.

Toutefois, il est clair que le droit civil et le droit commercial représentent des transferts d'une tout autre nature. Les principales branches du droit privé posent à la Polynésie française, non seulement un problème humain, mais encore un problème d'ordre financier.

Le problème humain

L'administration de la Polynésie française est composée presque exclusivement d'agents formés aux rudiments du droit public.

Ils ne disposent donc pas de la culture juridique suffisante pour appréhender les abstractions fondamentales des constructions juridiques des matières du droit privé. En outre, ils ne peuvent qu'hésiter à abroger des dispositions du Code civil demeurées inchangées depuis 1804.

Le problème financier

Le coût de l'exercice des compétences nouvelles n'a pas été évalué et n'a pas donné lieu à la compensation des charges

⁵ En ce sens, Conseil d'État, Avis, 28 sept. 1999 : cité par A. TROIANIELLO, *La nouvelle répartition des compétences : apports et enjeux dans le cadre du nouveau statut d'autonomie*, non publié.

prévue à l'article 59 de la loi organique. L'année dernière, la Polynésie a posé la question de l'effectivité de la compétence du pays en matière d'assurance, à défaut de l'évaluation des charges financières préalables au transfert de compétence en question.

Dans l'avis « Société MAXIMA » rendu par le Conseil d'État⁶, il est répondu que les transferts des compétences entre l'État et la Polynésie française sont « ... effectifs dès l'entrée en vigueur de la loi organique, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que la compensation des charges qui en résulterait n'aurait pas eu lieu [...] ».

Et il est ajouté, par le Conseil d'État : « S'il appartient à la Polynésie française de demander à l'État de lui verser [...] la compensation des charges correspondant à l'exercice des compétences transférées, cette compensation ne saurait, en l'absence de toute disposition à cet effet, conditionner l'entrée en vigueur de la répartition des compétences. »

En Polynésie, on perçoit bien qu'étant donné la détérioration actuelle des relations entre le pays et l'État, cet obstacle n'est pas près d'être levé.

4. Nécessité de penser la société avant de réformer

Et l'instabilité politique locale joue également son rôle. Les compétences actuelles du pays en droit civil et en droit commercial ne sont plus seulement d'ordre opérationnel ; désormais, elles sont avant tout d'ordre conceptuel. Il faut penser le droit. Or, il faut penser la société, avant de penser le droit ! Dans le contexte d'instabilité politique que l'on connaît ces dernières années en Polynésie, les esprits et les énergies sont bien trop accaparés par les luttes politiciennes. On est donc loin de la conception d'un véritable projet consensuel de société. En outre, l'absence de majorité solide n'a pas permis d'élaborer, puis de faire adopter les quelques projets de « loi du pays » qui ont vu le jour dans le domaine du droit civil. C'est ainsi que la « loi du pays » sur les baux d'habitation, qui arrivait au terme de la procédure de consultation obligatoire, a vu son adoption reportée *sine die* à l'occasion du dernier changement de majorité.

5. Influence considérable des groupes de pression

On l'aura compris, l'activité normative polynésienne est faible dans les domaines qui nous intéressent. Et comme si les freins que nous venons d'indiquer n'étaient pas suffisants, il faut compter en Polynésie sur l'action des groupes de pression qui militent en faveur du *statu quo*⁷. Leur rôle ne saurait être négligé en ce qui concerne le retard pris dans l'élaboration du droit local, dans des matières comme celles de la protection du consommateur ou du traitement des situations de surendettement... Sept ans après le transfert des compétences au pays, on discute encore d'un projet de « loi du pays » qui interviendrait dans le domaine du droit économique – en s'inspirant de l'ordonnance de 1986 modifiée par la loi « NRE » de 2001⁸.

Il s'ajoute à cela l'influence singulière des Églises, car la collectivité est caractérisée par une laïcité particulièrement bienveillante. Non seulement les Polynésiens sont croyants et très pratiquants, mais encore la loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État – celle dont l'article 2 dispose que la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte – n'a pas été rendue applicable en Polynésie française⁹. Ainsi, quand d'ordinaire la neutralité de l'État est réputée interdire tout financement public d'un culte, il est jugé par la cour administrative d'appel de Paris qu'en Polynésie française ce principe « ... ne s'oppose pas à ce qu'une collectivité publique apporte, en vue de satisfaire un objectif d'intérêt général, une contribution financière au fonctionnement d'un culte »¹⁰.

En retour, il est banal que les Églises prennent publiquement position dans les débats politiques et sociaux, au point d'exercer une véritable influence sur la production normative locale. Pour ne donner qu'un exemple, l'interruption volontaire de grossesse n'a été légalisée en Polynésie française que trente ans après l'adoption de la loi Weil !

En raison des nombreux obstacles qui viennent d'être évoqués, on conçoit que l'activité normative de la Polynésie française puisse être réellement modérée en droit civil, comme en droit commercial. Mais ce n'est pas une raison pour exclure a priori l'existence de conflits de lois.

⁶ CE, 10e et 9e s.-sect. réun., 12 mars 2010, n° 333820.

⁷ V. J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes : thèse dactyl. Paris II*, nov. 2007, n° 411 et s.

⁸ L'arrêté 173 CM du 7 février 1992 (J.O.P.F. n° 7 du 13 février, p. 353) relatif à « certaines pratiques anticoncurrentielles dans les relations inter-entreprises » étant devenu pratiquement inopérant.

⁹ Le régime des cultes y est encadré, pour ce qui concerne les confessions protestante et catholique, par le décret du 16 janvier 1939 dit « décret Mandel », les autres Églises étant constituées sous la forme associative.

¹⁰ CAA Paris, 31 déc. 2003, n° 03PA01938, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française c/ Territoire de la Polynésie française* : JD 2003-236360 ; JCP A, 14 juin 2004, 1404, note E. Tawil, conf. CE, s.sect. 10 et 9, 16 mars 2005, *min. outre-mer c/ Polynésie française*, n° 265560 : Rec. n° 2, 1er avril 2006 ; JD 2005-068196 ; AJDA 2005, n° 26, p. 1463, chron. C. Durand-Prinborgne.

II. Les conflits de lois générés par l'existence du droit local

Des conflits de lois générés par l'existence du droit local ou, plus précisément, des « conflits interterritoriaux », pour employer l'expression forgée par le président Luchaire, peuvent potentiellement surgir, ceux dont nous dirons qu'ils sont encore exceptionnels en Polynésie française.

A. Conflits interterritoriaux potentiels

Des « conflits interterritoriaux » peuvent naître de la confrontation de normes juridiques distinctes entre le territoire métropolitain et une collectivité d'outre-mer ou entre deux collectivités d'outre-mer.

Un tel conflit résulte :

- soit de la spécialité législative, autrement dit, « *lorsque la loi métropolitaine ne s'applique pas de plein droit outre-mer, elle a pu y être étendue complètement, partiellement avec adaptation ou pas du tout*¹¹ » ;
- soit de la production normative locale, celles que nous avons évoquées comme celle qui résulte des multiples statuts d'autonomie qui ont précédé celui de 2004.

En théorie, il peut s'agir :

- de la situation d'une personne qui change de territoire ;
- de celle des contrats conclus entre des personnes domiciliées dans des territoires différents ;
- ou encore de la situation de contrats conclus dans un territoire pour être exécutés dans un autre¹².

Ces conflits interterritoriaux se résolvent habituellement par l'application de la solution en vigueur au lieu avec lequel la situation présente les liens les plus étroits.

B. Caractère exceptionnel des conflits en Polynésie

En ce qui concerne la situation des personnes, le statut civil des Polynésiens est unifié. En outre, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités sont demeurés de compétence étatique.

Les principales sources de conflits interterritoriaux se trouvent donc écartées en Polynésie.

Et, en matière contractuelle, il n'existe encore aucune véritable source de conflit, et ce, en l'absence de droit local en la matière.

Le dépouillement des deux dernières années de jurisprudence de la cour d'appel de Papeete ne fait d'ailleurs apparaître aucun conflit interterritorial¹³.

On trouve seulement un conflit apparent entre l'adoption du Code civil et l'adoption dite « *faamu* », mais cette dernière ne reposant sur aucune norme juridique locale n'est donc pas créatrice de droit¹⁴. Il ne saurait donc y avoir conflit.

En somme, l'expérience polynésienne apparaît certainement plus riche d'enseignements sur les obstacles qui peuvent freiner l'activité normative qu'en ce qui concerne le domaine des conflits interterritoriaux.

¹¹ F. LUCHAIRE, *J.Cl., civ. code*, art. 3, cote 08-2003, n° 68.

¹² *Ibidem*, n° 66 et s.

¹³ Entre juin 2009 et juin 2011.

¹⁴ CA Papeete, ch. civ. 20 janv. 2011, n° 30, RG 586/CIV/08.

Quel(s) droit(s) civil(s) calédonien(s) ?

Le périmètre matériel du droit civil transféré

Étienne Cornut

Maître de conférences, Université de la Nouvelle-Calédonie

Directeur du département Droit, Économie & Gestion

Membre du Larje (EA 3329).

Le transfert de la compétence du droit civil de l'État à la Nouvelle-Calédonie fait peur¹.

Lors de la réforme de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 par celle n° 2009-969 du 3 août 2009, la décision sur ce transfert a été repoussée à la fin de l'année 2011, alors qu'elle aurait dû intervenir, comme pour tous les transferts visés par l'article 21.III, au plus tard six mois après le début du mandat de 2009. Ce délai de grâce n'était pas celui demandé initialement. En réalité, le VIIe Comité des signataires du 8 décembre 2008 souhaitait, dans un « *souci de réalisme et de progressivité* », que le transfert du droit civil soit déplacé de l'article 21 (transfert automatique) vers l'article 27, c'est-à-dire qu'il devienne un transfert facultatif, soumis à une loi organique, à l'instar de celui de l'enseignement supérieur². Le législateur français l'a justement refusé, motif pris de l'inconstitutionnalité assez évidente de ce souhait³.

Cette crainte tient à l'ampleur du transfert normatif ainsi imposé. Un territoire de 250 000 habitants a-t-il les moyens humains suffisants d'une telle œuvre ? Si le doute est en effet permis, il est cependant inconcevable de rejeter le transfert sur ce motif, purement conjoncturel, ce d'autant que l'État l'accompagne dorénavant.

Le transfert étant inéluctable, c'est sur son périmètre matériel que le débat s'est alors ouvert, sur la notion même de ce « droit civil » transféré au sens de la loi organique modifiée du 19 mars 1999. Plusieurs pistes ont été envisagées. Les missions d'expertise commandées par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie⁴ et par l'État⁵, ainsi que des experts juridiques locaux dans le cadre des réunions du comité technique, ont suggéré des critères pour limiter ce périmètre du droit civil à transférer. L'idée est intéressante et s'il est exact qu'elle se pose d'emblée à l'observateur, elle est néanmoins délicate en ce qu'elle pose la question – autrement plus fondamentale et pourtant jamais évoquée – du pluralisme ou de l'unicité du droit civil calédonien.

Car ne l'oublions pas : il n'y a pas un, mais deux droits civils calédoniens : celui qui est l'objet du transfert, envisagé à l'article 21.III de la loi de 1999, et celui qui, déjà, est régi par la coutume kanak pour les personnes de statut civil coutumier (article 7 de la même loi).

Au-delà de leur pertinence propre, intrinsèque, qu'il conviendra de vérifier, la question que posent ces critères est donc celle de savoir si le périmètre matériel de ces deux droits civils peut être différent.

¹ Le style oral a été conservé. Communication présentée le 29 septembre 2011 lors du colloque *Le transfert des compétences en droit civil et en droit commercial*, UNC-Larje.

² V. projet de loi, doc. Sénat, 17 juin 2009.

³ V. Rapp. Sénat, n° 490, 24 juin 2009 ; Rapp. AN, n° 1843, 16 juillet 2009. Le Conseil constitutionnel valide ainsi ce report du transfert en ce que, « conformément au point 3.1.2 de l'accord de Nouméa, ces compétences seront effectivement transférées au cours du même mandat » : Déc. n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, pt. 6.

⁴ Rapport du Pr R. CABRILLAC.

⁵ Rapport de C. ARRIGHI DE CASANOVA et F. BADIE.

Ce premier point tranché, il faudra avancer vers une question en apparence aussi connue qu'éculée : qu'est-ce que le droit civil ? En réalité, les contours de la notion de droit civil sont particulièrement obscurs. Si les frontières proches sont aisément identifiables, d'autres sont plus lointaines, et ne se découvrent qu'après avoir suivi des chemins juridiques sinueux. Au risque de décevoir l'organisatrice autant que l'auditoire du colloque, mon propos ne sera pas ici de dresser une liste exhaustive des matières qui relèvent du droit civil et qui seront donc transférées. Il n'est d'ailleurs pas certain que l'on puisse véritablement s'entendre sur ce périmètre exact. Le but sera plutôt dans le cadre qui m'est offert ici d'esquisser des pistes méthodologiques de définition de ce périmètre.

I. Pluralisme ou unicité du droit civil calédonien ?

Face à l'ampleur du périmètre du droit civil, il a été proposé des critères afin de limiter le transfert (A). Cependant, il apparaît qu'une telle limitation est directement exclue par la loi organique modifiée du 19 mars 1999, qui n'envisage qu'un transfert global (B).

A. Un transfert partiel ?

Les critères proposés sont ou techniques, non prévus par la loi organique, ou découlent de l'interprétation extensive de compétences conservées par l'État.

1. Critères techniques du transfert partiel

Deux critères peuvent être ici rapidement évoqués.

Critère de l'utilité pratique, ou de l'intérêt local. Ce critère a été proposé afin de restreindre le transfert aux seuls blocs de droit civil qui ont un lien étroit avec la Nouvelle-Calédonie, qui présentent un intérêt local, à la différence d'autres blocs qui n'en auraient pas⁶. Est particulièrement visé ici le droit des biens, qui est en effet un droit de gestion de l'espace et du lieu et donc présente un intérêt local indéniable. En revanche, le droit des personnes et de la famille serait par ce critère exclu du transfert puisqu'il s'applique aussi à des Français métropolitains qui n'ont pas vocation à s'installer durablement sur le territoire.

Critère de l'excessive complexité et de la sécurité juridique. Ce critère part du postulat que la Nouvelle-Calédonie n'a pas les moyens techniques et humains de légiférer en matière de droit civil, du moins pas en tout⁷. Sur ce point, il est souvent rappelé que la compétence pour le droit des assurances n'a jamais été exercée, et il est exact de dire que la sécurité juridique est ici atteinte. Le problème doit aujourd'hui être relativisé, l'État s'étant engagé à apporter une assistance au transfert⁸.

2. Interprétation extensive de compétences régaliennes

Deux compétences régaliennes, en adoptant une conception – exagérément – extensive, permettraient pour certains de justifier un transfert partiel du droit civil.

Le droit de la nationalité, compétence régalienne par excellence, est conservé par l'État (art. 21.I, 1° de la loi de 1999). Or le droit civil impacte l'attribution de la nationalité. L'établissement du lien de filiation avec un père ou une mère français(e) permet d'attribuer, automatiquement, la nationalité française à l'enfant⁹. Doit-on en déduire que le droit de la filiation, au moins pour ce qui concerne l'établissement du lien, relève de la compétence régalienne de l'État ? Assurément non, d'autant que la frontière entre les deux matières est aisément identifiable, l'État demeurant compétent pour édicter les conditions d'octroi de sa nationalité.

La « garantie des libertés publiques » demeure une compétence de l'État (art. 21.I, 1° de la loi de 1999). À ce titre, l'État est garant de la protection de la vie privée et familiale, de la liberté matrimoniale, de l'inviolabilité du corps humain ou de la protection de la propriété privée. Or des pans entiers du droit civil mettent en œuvre, directement ou indirectement, une liberté fondamentale. Ainsi, de la liberté du mariage (art. 12 CEDH), découlent le libre consentement de chacun des époux

⁶ Rapport ARRIGHI et BADIE ; Rapport CABRILLAC, n° 129.

⁷ Rapport ARRIGHI et BADIE.

⁸ Convention prévue au titre de l'article 26 al. 5 de la loi de 1999.

⁹ C. civ., art. 18. C'est ce caractère automatique de l'acquisition de la nationalité française qui induit le lien entre droit civil et droit régalienn. Ainsi le mariage ne produit aucun effet sur la nationalité (C. civ., art. 21-1), et s'il permet l'acquisition de la nationalité française, il faut une déclaration de l'intéressé et l'État peut, pour certaines raisons, s'y opposer.

(art. 146 C. civ.), la sanction de l'erreur de consentement ou des mariages forcés (art. 180), ou encore le contrôle de l'intention matrimoniale dans le cadre de la lutte contre les mariages de complaisance. De là certains en déduisent que le droit civil du mariage est régalien¹⁰, ou à tout le moins certains de ses aspects¹¹. Et par extension encore c'est le droit de la désunion qui devient régalien, voire celui de la filiation, de l'autorité parentale, puisqu'ils découlent du droit du mariage. De même, le droit au nom, d'ordre public, entraînerait dans son sillage le droit du nom, ou encore le domicile, l'absence. Même l'état civil serait régalien puisque d'ordre public, alors même qu'il est directement visé par l'article 21.III, 4° de la loi organique¹² !

Faut-il rappeler que ne sont pas régaliennes l'ensemble des règles qui régissent une matière sur laquelle porte un droit ou une liberté fondamentale, mais uniquement celles qui fondent et garantissent ce droit et cette liberté, et qui donc en sont indissociables. Si tel était le cas, c'est presque l'ensemble du droit civil qui serait régalien. Il sera vu plus loin le sens pouvant être donné à cette compétence de l'État pour la « *garantie des libertés publiques* ».

De même, toutes les règles d'ordre public ne sont pas régaliennes. Les normes d'ordre public sont celles auxquelles les personnes ne peuvent déroger. Si les normes régaliennes sont d'ordre public, elles ont pour finalité d'assurer et d'organiser l'existence de l'État et l'exercice de ses fonctions.

B. Un transfert global

En réalité, le transfert du droit civil vise tout le droit civil. La lettre de la loi organique comme l'unicité du droit civil calédonien ne laissent à cet égard aucun doute.

1. Globalité au regard de la lettre de la loi organique

Plusieurs arguments, tirés de la lettre de la loi organique de 1999, justifient un transfert global et non partiel du droit civil. *Irréversibilité du transfert.* Après quelques tergiversations et controverses doctrinales, il est désormais compris que le transfert de la compétence du droit civil est irréversible. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 30 juillet 2009, n'a ainsi validé son report par la loi organique du 3 août 2009 que parce que, « *conformément au point 3.1.2 de l'accord de Nouméa, ces compétences seront effectivement transférées au cours du même mandat* »¹³. Le Conseil d'État, lors de l'examen du projet de loi organique de 2009, a estimé qu'il se déduisait des conditions du transfert « *comme de l'économie générale de l'accord [de Nouméa], que l'ensemble des compétences non régaliennes de l'État doivent avoir été transférées avant l'expiration du mandat du congrès* ». Or, il paraît indéniable que l'irréversibilité du principe même du transfert commande, implicitement, un transfert global et non partiel ou optionnel¹⁴.

Absence d'autorisation expresse. Nulle part la loi organique n'autorise expressément un tel transfert partiel. À tout le moins est possible un transfert progressif, étalé pendant la période restant à courir jusqu'à la fin du mandat actuel du congrès. La loi du pays peut tout à fait prévoir un tel échancier et un transfert progressif de droit civil par blocs identifiés. Rien ne semble dans l'accord de Nouméa ni dans la loi organique s'opposer à une telle progressivité. Mais à l'issue du mandat actuel du Congrès, l'ensemble du droit civil devra avoir été transféré.

Droit civil. La loi organique ne vise ici que le « droit civil », sans encadrement, ni énumération ou exclusion de blocs de droit civil. Les mesquins diront sans doute que le législateur a voté sans savoir ce que recouvre le droit civil ou sans prendre le temps de s'interroger sur l'ampleur du transfert ainsi prévu. Mais il ne s'agit pas là d'un oubli du législateur. Il suffit pour s'en convaincre de relire l'article 21 de la loi de 1999 qui énumère des matières et des blocs de compétences précis au titre de la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie. De même les travaux parlementaires ont expressément exclu la procédure civile du domaine du droit civil, à propos du statut civil coutumier¹⁵. Encore : en Polynésie, si tout le droit civil a été transféré à l'exception de l'état et de la capacité des personnes, des régimes matrimoniaux et des successions, c'est parce que la loi organique n° 2004-192 le prévoit expressément¹⁶. Il y a donc bien eu de la part du législateur une réflexion et une attention sur le périmètre des matières

¹⁰ Rapport ARRIGHI et BADIE.

¹¹ C. CHADELAT, rapport sous l'avis CE, 7 juin 2011, req. n° 385207, p. 35 et s. qui est favorable à la nature régaliennne de certaines dispositions du Code civil sur le mariage, mais pas pour les autres blocs de droit civil de la famille.

¹² Rapport ARRIGHI et BADIE.

¹³ Déc. n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, pt. 6.

¹⁴ Dans le même sens, Rapport CHADELAT, p. 3.

¹⁵ Rapp. AN n° 1275, déc. 1998, R. DOSIERE.

¹⁶ Art. 14, 1° de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Cf. supra P. GOURDON, L'état

conservées par l'État et de celles transférées à la Nouvelle-Calédonie.

Répartition loi du pays/délibération. L'article 99, alinéa 2, 9° de la loi organique énumère les domaines du droit civil qui, une fois transférés à la Nouvelle-Calédonie, relèveront d'une loi du pays ou d'une délibération. D'après ce texte, relèvent d'une loi du pays les « *Règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités* ». Est expressément visé, et donc inclus dans le transfert, le droit civil des personnes et de la famille. L'exclusion souvent proposée de ce bloc au nom des intérêts locaux ou de la garantie des libertés publiques est ainsi pour le moins étonnante.

2. Globalité au regard de l'unicité du droit civil calédonien

La loi organique du 19 mars 1999 utilise deux fois la notion de « droit civil » : au sujet du transfert de compétence du droit civil visé à l'article 21.III, 4°, et à l'article 7 en ce qui concerne le périmètre matériel du statut civil coutumier¹⁷.

Le périmètre matériel de chacun de ces deux droits civils calédoniens peut-il être différent ?

Une remarque préalable est intéressante. Tous les critères proposés pour limiter le périmètre du transfert tendent à en exclure le droit civil des personnes et de la famille, alors que ces matières sont généralement vues comme étant, justement, le cœur même du droit civil. À l'inverse, et avant que la Cour de cassation ne tranche la question, il était soutenu par beaucoup que le droit civil visé par l'article 7 ne concernait que le droit civil des personnes et de la famille, ainsi que le droit des biens, au moins en ce qui concerne les terres coutumières¹⁸.

Une question simple se pose alors. Est-il possible qu'une même expression utilisée par le législateur français, de surcroît dans deux articles d'un même texte, ait un sens différent ? Sauf précision contraire, il est évident que non, au titre de la sécurité et de la cohérence juridiques. Il est en effet admis qu'une notion utilisée par une norme française doit être comprise comme étant celle admise par le droit français. Le droit civil de l'article 7 doit donc nécessairement être compris de la même façon que le droit civil de l'article 21.III, 4° et réciproquement. Sauf précision contraire du législateur, qui aurait expressément limité le périmètre du droit civil dans l'un ou l'autre de ces articles – ce qui n'est justement pas le cas –, le périmètre matériel du droit civil à transférer est exactement le même que le périmètre matériel du champ de compétence de la coutume kanak.

Or, la Cour de cassation s'est déjà prononcée sur le périmètre matériel de la coutume. Dans son avis du 16 décembre 2005, elle a considéré que la coutume régit « l'ensemble du droit civil »¹⁹. Et ce droit civil est celui qui est entendu en droit français. D'autres arrêts rendus par la Cour de cassation comme la jurisprudence du tribunal de première instance de Nouméa et de la cour d'appel de Nouméa, sur le domaine matériel de la coutume kanak, peuvent donc tout à fait éclairer le périmètre du droit civil à transférer.

Le problème est que cette notion de droit civil est difficile à cerner.

II. Quel droit civil calédonien ?

Il ne sera pas question ici de dresser une liste exhaustive de ce qui relève du droit civil à transférer, et de ce qui devrait en être exclu au titre des compétences conservées par l'État ou de celles déjà acquises par la Nouvelle-Calédonie. Ce travail demande plus de temps que celui qui m'a été donné et une expertise commune entre universitaires, praticiens et légisticiens est nécessaire. Seront simplement esquissés des points de méthodes, aussi bien pour définir le périmètre du droit civil à transférer que pour en assurer l'articulation avec les compétences non transférées ou qui l'ont déjà été. Ce faisant, il sera possible de donner une image du droit civil calédonien.

actuel des compétences exercées par la Polynésie française en droit civil et en droit commercial.

¹⁷ « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes. »

¹⁸ V. É. CORNUT, *La juridicité de la coutume kanak*, Dr. & cult. 2010/2, p. 151 et s.

¹⁹ Avis du 16 décembre 2005, BICC n° 637 du 1er avril 2006 ; RTD civ. 2006, p. 516, obs. P. DEUMIER ; RJPENC n° 7, 2006/1, p. 40, note P. FRE-ZET, p. 42, note L. SERMET ; LPA n° 207, du 17/10/2006, p. 11, note C. POMART.

A. Méthodologie du périmètre

Le droit civil est communément défini comme l'ensemble des règles qui s'appliquent aux rapports entre les personnes privées entre elles, d'ordre extrapatrimonial ou patrimonial, à l'exception de ceux dont l'objet et la spécificité sont tels qu'ils relèvent d'une branche du droit privé autonome. Avant d'envisager des critères précis, il convient d'avoir à l'esprit les principes directeurs qui doivent guider la définition du périmètre matériel.

1. Principes directeurs

Comme toute rédaction, la définition du périmètre matériel du droit civil à transférer, dans le cadre de la loi du pays, devra respecter un certain nombre de principes directeurs, dont certains ont valeur constitutionnelle. Devront ainsi être respectés les principes de sécurité et de cohérence juridiques, de compréhensibilité et d'intelligibilité du droit. Au-delà, il conviendra de faire œuvre de simplicité et de lisibilité. Plusieurs conséquences peuvent être attachées au respect de ces principes et objectifs.

D'une part, ils appellent essentiellement une définition du périmètre du droit civil par blocs, matières ou institutions, plus qu'article par article. Il conviendra en ce sens de ne pas opérer de découpage à l'intérieur de ces blocs, à moins évidemment que l'exigence résulte expressément de la loi organique. Ainsi, au titre de la garantie des libertés publiques, il a été proposé de transférer le droit civil des effets du mariage, alors que les conditions de fond et de forme, le régime des oppositions comme les contrôles de l'intention du mariage restaient de la compétence de l'État²⁰. À supposer le critère pertinent (ce qui n'est pas le cas), il y a là une complexité excessive et un risque pour la sécurité et la cohérence juridiques à dépecer de la sorte des blocs et institutions de droit civil qui doivent, par principe²¹, être régis par une même norme de même source.

D'autre part, les critères utilisés pour définir le contenu du droit civil à transférer et les matières exclues au titre des compétences de l'État ou de celles déjà acquises par la Nouvelle-Calédonie devront être à la fois suffisamment précis, pour éviter toute interprétation ambiguë, mais également simples, pédagogiques, afin d'éviter la dispersion et la complexification à outrance.

En ce sens, si l'identification exhaustive des matières à transférer est un objectif, il faut admettre qu'elle est vaine, tant les frontières lointaines du droit civil seront difficiles à tracer. Une démarche pragmatique s'impose alors au législateur calédonien, s'appuyant notamment sur l'avis rendu par le Conseil d'État le 7 juin 2011 et le rapport très complet du rapporteur public, ainsi que sur la doctrine²².

In fine, une disposition balai devra être prévue afin d'éviter que des matières de droit civil, qui n'auraient pas été précisément identifiées lors du vote de la loi du pays, ne relèvent ensuite de la compétence des provinces au titre de leurs compétences supplétives (art. 20 de la loi de 1999).

2. Critères d'autonomie et d'indissociabilité

Le droit civil est une composante du droit privé. Il en est la composante la plus importante parce qu'il en est le droit commun, en ce sens que si une branche du droit privé autre que civile ne régit pas spécifiquement un rapport donné, alors le droit civil le régira. Le droit civil est le tronc du droit privé, les autres droits composants du droit privé n'en sont que des branches. Il y a ainsi un rapport de principal à accessoire entre le droit civil (transférable) et les autres droits privés (non transférables ou déjà transférés).

Pour définir le périmètre matériel du droit civil transférable, trois postulats communément admis peuvent être posés.

Postulat 1 : Le droit civil est le Code civil. Si une définition précise du contenu du droit civil est délicate, en revanche, un point – qui sert de postulat de départ – est communément admis : le droit civil trouve pour l'essentiel sa place dans le

²⁰ Rapport CHADELAT, p. 33.

²¹ Le dépeçage est en soi possible et c'est une pratique courante en droit international privé où une même notion peut être régie par des lois différentes quant à ses conditions de fond, de forme, ses effets ou certains de ses effets, etc. Mais il y a un risque de contradiction important et de situations boiteuses, qu'il convient d'éviter dans le cas du transfert du droit civil.

²² Notamment J.-L. AUBERT, *La recodification du droit civil et l'éclatement du droit civil hors du Code civil*, in *Le Code civil – Livre du bicentenaire*, éd. Litec, 2004, p. 123 et s. ; A. SERIAUX, *v° Droit civil*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), éd. Lamy-Puf, 2003, p. 435 et s.

Code civil, ce dernier en est la matrice. Pour définir ce qui relève du droit civil, et ce nonobstant les matières non concernées par ailleurs listées par la loi organique, le plus simple et le plus logique est de partir de ce postulat.

Par principe, le périmètre matériel du droit civil transférable est le Code civil. Il suffit alors de se reporter à sa table des matières. De la sorte, sont transférables, notamment, les règles sur l'état et la capacité des personnes (domicile, absence, minorité, majorité, tutelle, etc.), la famille (mariage, pacte civil de solidarité, désunion, filiation, autorité parentale, régimes matrimoniaux, successions, libéralités, etc.), le droit des obligations (théorie générale du contrat, responsabilité civile, régimes général et particulier des obligations, etc.), les contrats spéciaux (vente, contrat d'entreprise, bail, mandat, échange, etc.), les sûretés (personnelles et réelles), le droit des biens (propriété, possession, qualification des biens, usufruit, servitude, indivision, etc.), le droit de la prescription (extinctive et acquisitive).

Postulat 2 : Du droit non civil dans le Code civil. Un deuxième postulat doit ensuite être posé : si le Code civil est la matrice du droit civil, il ne contient pas que du droit civil. Certains blocs, institutions ou articles du Code devront ainsi être retranchés du périmètre du transfert. Tout le Code civil n'est donc pas transféré et il convient de trouver un critère de retranchement. Eu égard au fait que le Code civil est le siège principal du droit civil, ce retranchement ne devra qu'être évident : il devra résulter expressément des textes ou de la structure même du Code.

Il y a tout d'abord, par exemple, le droit de la nationalité, dont la compétence est expressément réservée à l'État au titre du régalien. Au demeurant, la nationalité, si elle est un élément d'identification, elle est avant tout un lien entre une personne et l'État.

La table des matières du Code est également un indicateur. Ainsi, l'improbable Livre V sur Mayotte ne concerne bien évidemment pas le droit civil transféré. Plus délicate est la question du Titre préliminaire, qui concerne le droit en général et non pas seulement le droit civil. Si les avis sont partagés, le transfert de ce titre dans son ensemble s'impose en raison de la qualité de droit commun du droit civil. Il conviendra simplement que certains articles soient réécrits (comme l'article 1 sur l'entrée en vigueur des lois) et toute modification de ce titre ne pourra se faire qu'en respectant les normes françaises hiérarchiquement supérieures (comme les conflits de lois dans le temps, l'ordre public) ou de compétences conservées par l'État (notamment les lois de police visées par l'article 3).

Au titre de la « *garantie des libertés publiques* », qui demeure de la compétence de l'État, l'hésitation est possible à propos de certains articles du Code civil qui fondent directement une liberté fondamentale. C'est le cas par exemple des articles 9 (vie privée), 16 et s. (protection du corps humain) ou des articles 544 et 545 (droit de propriété et protection du droit de propriété contre les expropriations). En réalité le transfert de ces dispositions est possible, mais ici plus qu'ailleurs la compétence acquise sera contrainte par la compétence normative de l'État²³.

Postulat 3 : Du droit civil hors le Code civil. Cependant cette approche ne suffit toujours pas à cerner le périmètre du droit civil transférable. Un troisième postulat doit compléter les deux premiers, lui aussi communément admis : si le Code civil constitue l'essentiel du droit civil, en revanche le droit civil ne se limite pas au Code civil. Il y a en effet un phénomène de dispersion du droit civil hors du Code civil, soit dans d'autres codes, soit dans des normes non codifiées. Mais il faut ici distinguer la simple dispersion de la véritable fragmentation. Des pans entiers de droits autrefois civils, par leur spécificité, ont acquis une véritable autonomie par rapport au droit civil, et ne peuvent plus recevoir cette qualification.

Il convient alors de rechercher un critère afin de rattacher ou d'exclure ces droits, dispersés ou fragmentés, au droit civil transférable. Plusieurs critères peuvent être utilisés. Le critère principal devrait être celui de l'autonomie de la matière (justifiant le non-transfert) ou, au contraire, le caractère indissociable (ou accessoire) du droit, d'un bloc de règles, voire d'une règle, avec le droit civil (justifiant le transfert)²⁴.

Deux remarques préalables. La première est que l'existence d'un code spécialisé n'est pas une marque irréfragable d'autonomie, même s'il s'agit là d'un indice sérieux. Les codes sont en effet parfois de simples compilations, à droit constant, de règles existantes. La seconde est que le recours au droit civil pour l'application ou l'interprétation du droit spécialisé ne condamne pas inéluctablement l'autonomie. Tout sera question de mesure, de proportion et ce recours devra être alors marginal²⁵.

²³ Cf. *infra*.

²⁴ J.-L. AUBERT, *La recodification du droit civil et l'éclatement du droit civil hors du Code civil*, n° 17 s.

²⁵ *Ibid.*

Droit civil et autres codes. À ce titre, le droit des assurances²⁶, le droit du travail sont des droits spécialisés autonomes. Qu'ils relèvent chacun de code spécifique est un élément, ce d'autant qu'il s'agit de véritable code. Mais leur autonomie découle davantage de leur caractéristique, de leur vocation à régir l'ensemble du rapport juridique en cause, même s'il existe des emprunts au droit civil. La Cour de cassation l'a confirmé en ce qui concerne le statut civil coutumier²⁷. Ces deux matières sont déjà de la compétence de la Nouvelle-Calédonie (art. 22.16° et 22.2° de la loi de 1999).

À l'inverse le droit de la consommation, malgré son insertion dans un code dédié, n'apparaît pas autonome, mais bien rattaché au droit civil. Ce droit spécialisé n'est en effet pas complet et n'a pas vocation à régir l'ensemble des relations impliquant un consommateur. Il prévoit seulement des droits et obligations spécifiques, nés de cette qualification contractuelle. Mais l'essentiel du contrat de consommation relève du droit des contrats inclus dans le Code civil. Le droit de la consommation relève cependant déjà de la compétence de la Nouvelle-Calédonie (art. 22.19° de la loi de 1999).

Certaines matières sont plus difficiles à classer. Ainsi du droit de la propriété intellectuelle. Le Conseil d'État estime cette matière transférable au sens de l'art. 21.III.4° de la loi organique²⁸. Est-ce au titre du droit civil ou du droit commercial ? Ce n'est pas aussi évident en raison de la spécificité de la matière. Une distinction pourrait également être faite entre la propriété intellectuelle (civil) et la propriété industrielle (commercial).

Droit civil et parties d'autres codes. La question est ici de savoir si des codes spécialisés contiennent, en partie, des dispositions (articles, blocs, institutions) de droit civil. La réponse est très certainement positive. Néanmoins, dans la mesure où ces règles ont été insérées dans un code, c'est qu'elles s'inscrivent dans un ensemble a priori cohérent. Il peut alors être malaisé de les en extraire, au regard des principes directeurs de sécurité et de cohérence juridiques, notamment, justifiant pour certains leur caractère dissociable du droit civil²⁹.

L'argument ne semble pas dirimant et il faut admettre que le critère de l'indissociabilité, s'il doit prendre en considération des éléments de forme, de légistique, doit avant tout s'appuyer sur des considérations de fond. Une règle prévue dans un code autre que civil devrait être rattachée au droit civil transféré si elle en constitue un prolongement, si elle le complète, en permet la mise en œuvre, s'il existe entre la règle civile et la règle dispersée un rapport de principal à accessoire, de principe à exception. Ainsi dans le Code de l'action sociale et des familles les règles relatives aux pupilles de l'État, l'adoption, les personnes âgées. Dans le Code de la santé publique, celles qui concernent la procréation médicalement assistée, le respect de la vie privée du malade. Ces règles peuvent aisément être rattachées à des droits assurément civils.

Droit civil et textes non codifiés. Le droit civil est enfin dispersé dans des normes non codifiées. Le critère de rattachement est le même : autonomie ou indissociabilité. À ce titre, figurent dans le périmètre du droit civil, notamment, la loi du 6 fructidor an II sur le nom, celle du 10 juillet 1965 sur la copropriété, la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation, la loi du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation.

Ici également il convient d'intégrer les dispositions réglementaires prises en application des règles législatives de droit civil (dispersées ou non). Le Code civil, à la différence des codes plus récents, ne contient pas de dispositions réglementaires et ses décrets et arrêtés d'application sont donc par nature dispersés. Ainsi le décret du 30 janvier 2002 sur les caractéristiques du logement décent, celui du 17 mars 1967 sur la copropriété mettant en œuvre la loi du 10 juillet 1965. Arrêtons là la litanie, le contrôle de l'application des lois par l'État facilitant la recherche de ces règlements.

²⁶ CE, section de l'intérieur, avis n° 367.794, du 4 juin 2002, « l'article 22 précité de la loi organique du 19 mars 1999 a levé toute ambiguïté en donnant pleine compétence à la Nouvelle-Calédonie en matière de « droit des assurances ». Le droit des assurances doit s'entendre comme comprenant notamment les règles applicables au contrat d'assurance, le régime juridique des différentes catégories d'assurances (dommages, personnes) et les conditions d'exercice de la profession d'assureur par une personne physique ou morale. Par suite, ces différentes matières ne relèvent pas, au sens de l'article 21 précité de la loi organique du 19 mars 1999, du droit civil ou du droit commercial qui restent, en application des mêmes dispositions, de la compétence de l'État jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie. »

²⁷ Soc., 10 février 2010, Bull. 2010, V, n° 37.

²⁸ CE, section de l'intérieur, avis n° 380.751 du 25 septembre 2007 : « La législation relative à la propriété intellectuelle restant une compétence de l'État, tant que n'est pas intervenu le transfert prévu par le 4° du III de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, il est de la compétence de l'État de contribuer, dans ce cadre, au « respect effectif » des droits de propriété intellectuels des « auteurs de culture kanak » évoqué au paragraphe 1.3.4 de l'accord de Nouméa ».

²⁹ Rapport CHADELAT, p. 25

B. Articulation des périmètres

Je me limiterai ici à quelques exemples.

Procédure civile. La procédure civile est de la compétence de la Nouvelle-Calédonie (art. 22.18° de la loi de 1999). Néanmoins des règles de procédure civile sont dispersées dans d'autres codes³⁰, ou dans des textes non codifiés³¹. Selon le Conseil d'État, l'État est compétent, jusqu'au transfert de la compétence en matière de droit civil à la Nouvelle-Calédonie et nonobstant la compétence de principe de la Nouvelle-Calédonie en matière de procédure civile, pour déterminer celles des règles de la procédure de divorce qui sont indissociables du fond du droit applicable³². Ces règles de procédure civile sont ainsi transférables au titre du droit civil.

Droit international privé. En droit français, le droit international privé s'entend du droit des conflits de lois, des conflits de juridictions, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères, de la nationalité et du droit des étrangers. La nationalité relève de la compétence de l'État (art. 21.1° de la loi de 1999). Le droit des étrangers relève soit de la compétence de la Nouvelle-Calédonie (condition des étrangers, art. 22.3°), soit d'une compétence partagée entre l'État et la Nouvelle-Calédonie (entrée et séjour des étrangers, art. 21.II.2° et 34). Les conflits de juridictions concernant la procédure civile, ces questions sont exclues comme étant déjà de la compétence de la Nouvelle-Calédonie, à moins que la règle ne soit comprise dans le Code civil (comme les articles 14 et 15) ou dans un autre code ou norme. Le transfert des conflits de lois se fera selon que cette matière est considérée comme indépendante ou accessoire au droit civil.

La question se pose par exemple pour une disposition comme l'article 3 du Code civil, dont l'exclusion du transfert supposerait celle du droit international privé, puisqu'elle en constitue la matrice, et donc également celle d'autres articles de cette nature disséminés dans le Code civil³³. Pris au sens littéral, l'article 3 a un domaine restreint au droit civil (immeubles, état des personnes, lois de police dont le domaine est large en droit privé) sauf peut-être les notions de lois de sûretés qui visent, notamment, le droit pénal.

Le droit civil des conflits de lois doit être transféré dans la mesure où il est indissociable du droit civil auquel la règle de conflit de lois se rapporte. Cela permettrait à la Nouvelle-Calédonie de décider elle-même du champ d'application spatial des normes de droit civil qu'elle édicte³⁴. À l'inverse en effet, si le droit des conflits de lois n'était pas transféré, ce serait alors une norme étatique qui déciderait dans quels cas la loi calédonienne s'appliquerait à un litige de droit civil international. Cette circonstance n'apparaît pas opportune. Ce transfert doit concerner les règles civiles spéciales de conflits de lois. La question est plus difficile pour la théorie générale des conflits de lois, car certaines règles relèvent davantage de la procédure (par exemple l'office du juge dans l'application de la règle de conflit désignant une loi étrangère ; la preuve de la loi étrangère) que du fond du droit (qualification, renvoi, ordre public en matière internationale, fraude à la loi). L'obstacle n'est toutefois pas dirimant, la procédure civile étant d'ores et déjà de la compétence de la Nouvelle-Calédonie.

Garantie des libertés publiques. Malgré le transfert, l'État reste compétent en matière de « *garantie des libertés publiques* ». Plusieurs sens ont été donnés à cette expression, notamment au terme « *garantie* ». Est-ce que cela recouvre seulement les mesures de protection des libertés publiques ou également le droit subjectif objet de la protection ? La suite de l'article cité vise ainsi « *les droits civiques* » et non pas uniquement la garantie des droits civiques. Par exemple, l'article 9, alinéa 1er du Code civil prévoit le droit au respect de la vie privée. L'alinéa 2 prévoit quant à lui les mesures que peut prendre le juge pour prévenir ou empêcher une atteinte à la vie privée. En raison du lien indissociable entre le fond et la forme, il convient d'admettre que l'expression vise aussi bien les droits subjectifs consacrant les libertés publiques que leurs mécanismes de protection. De même l'expression libertés publiques ne doit pas être entendue strictement : elle vise l'ensemble des droits et des libertés fondamentaux, et non pas seulement les libertés qui s'exercent à l'égard de l'État.

Au regard du transfert, il a été soutenu que cette compétence conservée par l'État justifiait l'exclusion de dispositions porteuses de libertés fondamentales prévues par des normes de droit civil. Ainsi les articles 9 (vie privée), 16 et s. (protection du corps humain), 146 (liberté matrimoniale) ou 544 (droit de propriété) du Code civil seraient exclus du transfert³⁵.

³⁰ Tel est le cas, par exemple, des articles 248 et s. du Code civil pour la procédure de divorce, 1397 pour l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial.

³¹ Ainsi le décret n° 94-52 du 20 janvier 1994 sur la procédure de changement de nom.

³² CE, section de l'intérieur, avis 2 octobre 2007, n° 380.799.

³³ Notamment les articles 309, 311-14 s., 370-3 s. ou 515-7-1 du Code civil.

³⁴ Cf. infra S. SANA, *Un droit calédonien pour qui ? Le périmètre spatial du droit civil transféré*.

³⁵ Rapport ARRIGHI et BADIE ; Rapport CHANDELAT, p. 34.

Il ne nous semble pas que cette interprétation soit exacte, ni qu'elle soit opportune au regard des principes directeurs relevés. Certes, le fond et la garantie formelle et judiciaire sont liés, en ce sens que l'État demeure compétent pour assurer, voire pour restreindre, la protection des droits et libertés fondamentaux, ou pour en créer ou consacrer de nouveaux. Néanmoins, le transfert à la Nouvelle-Calédonie de dispositions civiles telles que les articles 9, 16 et s., 146 ou 544 du Code civil est possible.

Si la Nouvelle-Calédonie est compétente pour édicter des règles de droit civil qui impactent des libertés et des droits fondamentaux (comme le droit au mariage, la propriété, le respect de la vie privée), elle ne pourra le faire qu'en respectant ces droits et libertés fondamentaux dont l'État, par sa Constitution et ses engagements internationaux, devra assurer le respect par les voies de droit existantes³⁶. Par exemple, si la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de conditions de formation du mariage, elle ne pourra modifier ces conditions, ou y ajouter des obstacles, dans un sens qui restreindrait la liberté du mariage. Elle ne pourrait non plus porter atteinte au droit de propriété, ou restreindre le droit à la vie privée.

Malgré ces contraintes, la compétence de la Nouvelle-Calédonie a une signification : elle pourra améliorer le droit civil mettant en œuvre ces droits et libertés fondamentaux, par exemple en ouvrant plus largement le droit au mariage (ainsi en admettant le mariage homosexuel), en augmentant la protection réservée à la vie privée et à l'image (pour écarter par exemple des restrictions jurisprudentielles), etc.

Là se trouve le sens de la compétence de l'État pour la « garantie » des libertés publiques, et non pour les seules libertés publiques. La compétence de l'État consiste à veiller à ce que le transfert du droit civil ne conduise pas à une moindre protection des droits et libertés fondamentaux des personnes régies par ce droit civil calédonien.

Hierarchie des normes ; autres compétences de l'État. De façon globale et pour terminer, ces nouvelles compétences en droit civil devront s'exercer dans le respect de la hiérarchie des normes d'une part ; dans le respect des matières demeurées de la compétence de l'État d'autre part. Ce chevauchement concerne notamment le droit pénal et le risque de dépenalisation de certains faits ou actes suivant une modification du droit civil par la Nouvelle-Calédonie. Ainsi l'autorisation – certes improbable – du mariage polygamique (droit civil) impacterait nécessairement sur l'infraction de bigamie (droit pénal)³⁷.

Quels que soient les interprétations et les critères retenus pour définir le périmètre du droit civil transféré de l'État à la Nouvelle-Calédonie, d'aucuns jugeront qu'il reste bien trop vaste. Son intérêt est pourtant indéniable au regard des principes directeurs de sécurité et de cohérence juridiques.

En ce qui concerne la sécurité juridique, personne aujourd'hui n'est en mesure de dire, avec toute la précision qu'il convient, quel droit civil s'applique en Nouvelle-Calédonie. Le transfert réglera en grande partie cette difficulté, même s'il en crée d'autres avec les chevauchements de périmètres.

En ce qui concerne la cohérence juridique. Le Droit est un tout. Dans la mesure où il remplit une fonction de cohésion de la société, le Droit dans son ensemble apparaît comme une institution finalisée, c'est-à-dire un ensemble « *de règles de droit organisées autour d'une idée centrale, formant un tout systématiquement ordonné et permanent* »³⁸. Cette idée centrale, qui est la finalité de l'institution, constitue la raison d'être de cette dernière. Par le transfert du droit civil et du droit commercial, et avec les compétences qu'elle exerce déjà en droit privé (droits du travail et des assurances, procédure civile, etc.), la Nouvelle-Calédonie devient compétente pour la quasi-totalité du droit privé. Elle pourra donc choisir de définir, de redéfinir la finalité des règles de droit civil, du droit privé, du Droit, et ainsi assurer la cohérence de cet ensemble.

Le droit civil touche en effet au tréfonds social et culturel d'une société, il est le fruit d'une histoire et il la porte. C'est-à-dire qu'au-delà du statut, des drapeaux ou de l'hymne calédoniens, la Nouvelle-Calédonie peut décider de son devenir, dans le destin commun, en s'appropriant son droit civil, en écrivant, pour paraphraser la très belle formule de Jean Carbonnier, la Constitution civile de la Nouvelle-Calédonie.

³⁶ Saisine du Conseil constitutionnel, question prioritaire de constitutionnalité, saisine de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne, annulation de texte réglementaire, exception d'illégalité, etc.

³⁷ Cf. *infra* V. MALABAT, *La question du droit pénal*.

³⁸ J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *Rép. civ. Dalloz*, 1ère éd., v° *Institution*, n° 2.

Un droit calédonien pour qui ?

Le périmètre spatial du droit civil transféré.

Sandrine Sana-Chaillé de Néré

Professeur en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie

Membre associé du Larje (EA 3329).

Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial a pour première conséquence, on l'a dit, de donner naissance à un droit de source calédonienne, potentiellement différent du droit métropolitain. Même si les normes désormais calédoniennes restent très inspirées par les normes métropolitaines, voire, dans certains cas identiques à celles-ci, il existera en Nouvelle-Calédonie trois types de normes : les normes métropolitaines, les normes calédoniennes enrichies du droit civil et du droit commercial, et les normes coutumières applicables, en matière de droit civil, aux personnes relevant du statut coutumier.

Le transfert du droit civil et du droit commercial va donc scinder le bloc formé par ces deux matières, bloc jusque-là de source exclusivement métropolitaine et applicable indifféremment à tous (sauf, en matière de droit civil, aux personnes de statut coutumier). À compter du transfert de la compétence normative, coexisteront un droit civil métropolitain et un droit civil calédonien. Se posera donc la question du champ d'application de l'un et l'autre de ces deux droits.

Bien qu'elle soulève un problème de même nature, la question du statut civil coutumier peut, pour l'instant, être laissée de côté car la loi organique de mars 1999 donne une réponse précise quant à la question de savoir qui est soumis au droit civil coutumier. L'article 7 de la loi, interprété par la Cour de cassation à plusieurs reprises, indique que, pour l'ensemble des questions relevant du droit civil, le droit coutumier s'applique aux individus dont le statut personnel est le statut coutumier. On sait aussi que lorsque la relation juridique implique une personne de statut coutumier et une personne de droit commun, c'est alors le droit commun qui s'impose. Existence donc, en ce domaine, des principes directeurs permettant de déterminer avec une relative précision le champ de compétence respectif du droit commun et du droit coutumier. La question y semble donc résolue.

Mais cette difficulté de savoir à qui s'appliquent les différentes normes en vigueur sur le territoire calédonien va désormais se poser au sein de ce que l'on appelait jusqu'ici le droit commun. La naissance d'un droit civil et d'un droit commercial calédoniens, coexistant, au sein de l'ordre juridique français, avec le droit métropolitain, va immédiatement soulever la même question technique : qui relève du droit civil (ou commercial) calédonien et qui relève du droit civil (ou commercial) métropolitain ?

Prenons un exemple simple : deux époux métropolitains installés en Nouvelle-Calédonie pour quatre ans décident de divorcer au cours de leur séjour. Leur divorce doit-il être soumis au droit métropolitain ou au droit calédonien ? Peu importe la réponse ! L'idée, pour l'heure, n'est pas de donner une solution. Il s'agit simplement de comprendre le problème qui se pose. Cette question juridique qui consiste à se demander, parmi deux droits potentiellement compétents, lequel doit régir le litige porte le nom de « conflit de normes ». En réalité, les normes ne sont pas véritablement en conflit mais plutôt en concurrence. Des normes d'origine différente prétendent régir une même situation juridique et l'enjeu est de savoir laquelle, in fine, sera seule compétente pour trancher le litige. Plus que d'un conflit de normes, il s'agit donc d'une question de répartition des compétences entre différentes normes potentiellement applicables. Dans le cas qui nous occupe, le conflit de normes est dit « interne » car il met en concurrence des normes issues du même ordre juridique global, ici l'ordre juridique français.

Cette problématique spécifique, en partie inédite en Nouvelle-Calédonie, est au contraire parfaitement identifiée lorsqu'elle se présente sous une autre forme, une forme plus classique, qui est celle des conflits internationaux de lois. Lorsque deux

époux australiens sont installés sur le territoire français depuis de longues années et décident de divorcer, il est tout à fait probable que ce divorce soit porté devant les juridictions françaises. La question se pose alors au juge français de savoir quelle loi va régir ce divorce : la loi française ou la loi australienne ? La problématique est exactement la même que celle évoquée plus haut. Simplement, le conflit est ici « international » car il oppose des lois issues d'ordres juridiques différents. Qu'il soit interne ou international, le conflit de lois concerne tous les aspects de la vie des justiciables. Il survient dès lors que plusieurs lois d'origine différente prétendent régir une même question de droit. Nous avons pris l'exemple d'un divorce mais le conflit de lois peut tout autant concerner un contrat¹, une succession², une question relative à la filiation³... Le conflit de lois se niche dans tous les interstices de la vie juridique. On ne peut donc pas se permettre de l'ignorer.

Le conflit de lois, qu'il soit interne ou international, se résout, techniquement, par l'utilisation de règles que l'on appelle des « règles de conflit ».

La compréhension de ces règles de conflit est réputée difficile car elle requiert un raisonnement en plusieurs étapes. Cette compréhension est cependant essentielle pour envisager la construction de règles de conflit propres à déterminer le champ de compétence de ce nouveau droit civil ou commercial calédonien. Nous nous attacherons donc, dans un premier temps, à expliciter la structure d'une règle de conflit de lois. Cela étant fait, il ne s'agira pas, dans le cadre limité de cette communication, de proposer des règles de conflit « clés en main » pour l'ensemble des questions que la vie juridique calédonienne pourrait soulever. Il s'agira plutôt d'illustrer, au moyen de quelques exemples, la manière dont on peut envisager le rattachement à l'un ou l'autre des droits en concurrence. Ce sera alors l'occasion de montrer que, quelque technique que soit cette question, elle n'est, en réalité, pas exempte d'enjeux et que, tout au contraire, elle imposera aux autorités calédoniennes des choix quant au rayonnement qu'elles veulent donner aux droits civil et commercial calédoniens.

I. Compréhension de la structure des règles de conflit

Le mécanisme de résolution des conflits de lois a essentiellement été pensé et construit dans la perspective des conflits internationaux. Il s'est donc agi d'élaborer des règles de répartition des compétences entre la loi étatique du juge saisi (la loi du for) et des lois étrangères.

La règle de conflit doit être conçue de telle sorte qu'elle respecte deux exigences. La première exigence est une exigence de justice. Elle impose que la loi désignée par le juge soit la loi la plus proche du litige, c'est-à-dire la loi la plus étroitement liée à la situation en cause. La seconde exigence impose que les justiciables puissent connaître à l'avance le droit qui leur sera applicable. C'est, cette fois-ci, une exigence de sécurité.

Pour satisfaire à ces deux exigences de justice et de sécurité, le droit français des conflits de lois s'est construit selon une méthode en deux étapes. Elle met en place un procédé de rattachement (A), puis réalise une opération de qualification (B). Tout ce processus, que nous allons maintenant expliquer, servira de base à la résolution des conflits de normes internes produits par le transfert de compétence normative.

A. Le rattachement de la situation juridique

La technique du rattachement repose sur l'élaboration de catégories de rattachement et sur la désignation de facteurs de rattachement.

1. Les catégories de rattachement

L'existence de catégories de rattachement procède de l'idée que toutes les situations juridiques ne peuvent pas être soumises à la même loi et notamment à la loi du juge saisi. C'est, nous l'avons dit, une question de justice.

En revanche, il est possible de distinguer l'ensemble des situations juridiques selon de grandes catégories, chaque catégorie donnant lieu, elle, à l'application d'une loi particulière. Ainsi, le droit français retient quatre grandes catégories au sein desquelles il classe toutes les situations juridiques qui peuvent se présenter.

Le statut personnel est la catégorie qui regroupe toutes les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes. Sont concernées, au titre de l'état des personnes, les règles relatives à l'identification individuelle (le nom patronymique, le domicile, l'état civil) et les règles relatives aux relations de famille extrapatrimoniales : le mariage, le divorce et la filiation. Sont en revanche exclus du statut personnel les régimes matrimoniaux et les successions. Le statut personnel contient également les règles relatives à la capacité juridique (capacité à jouir ou à exercer des droits, protection des incapables ma-

¹ Par exemple, un contrat de franchisage passé entre un entrepreneur calédonien et un franchiseur basé en France métropolitaine.

² Le défunt et ses héritiers sont domiciliés en Nouvelle-Calédonie mais le défunt laisse dans la succession un immeuble à Paris.

³ Cas d'un enfant qui naît d'une mère métropolitaine et d'un père calédonien : quel est le droit qui régit sa filiation ?

jeurs et mineurs). Toutes ces relations juridiques appartiennent à la même catégorie de rattachement, ce qui signifie qu'elles seront toutes rattachées à la même loi.

Le statut réel est la catégorie qui regroupe les questions relatives aux biens. Il s'agit des biens considérés isolément, qu'ils soient corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, mais aussi des biens considérés au sein d'une succession. La question des successions fait partie du statut réel.

La catégorie des faits et des actes juridiques regroupe, quant à elle, les principales sources d'obligations. Ainsi, les actes juridiques unilatéraux (testament, reconnaissance d'enfant naturel), les contrats et les délits civils entrent dans une grande catégorie relative aux obligations, qu'elles soient volontaires ou légales. Les régimes matrimoniaux, qualifiés de contrats, entrent dans cette catégorie.

La catégorie « procédure », enfin, concerne tous les actes à accomplir pour obtenir d'une autorité publique la reconnaissance ou la création d'un droit.

On parle, à l'égard de ces catégories, de catégories de rattachement. Elles permettent en effet le rattachement de toutes les relations juridiques qu'elles contiennent à une même loi abstraitement désignée. Cette désignation repose sur la détermination, pour chacune de ces catégories, d'un facteur de rattachement.

2. Les facteurs de rattachement

Le facteur de rattachement est un élément de la relation juridique qui permet de fonder le rattachement de cette relation à un ordre juridique plutôt qu'à un autre (à l'ordre français plutôt qu'à l'ordre australien, à l'ordre juridique calédonien plutôt qu'à l'ordre juridique français). Ce facteur de rattachement est l'élément sur lequel repose le lien le plus intense entre la relation juridique et l'un des ordres normatifs en cause.

Cet élément est dégagé de manière abstraite. Ainsi, s'agissant d'un mariage, la question n'est pas de savoir si ce mariage se rattache plus à l'Angleterre ou à la France, par exemple. Elle est de savoir si l'élément le plus révélateur des liens entre un mariage et un Etat est plutôt le lieu de célébration du mariage, le lieu où le couple s'installe ou encore le pays dont les époux ont la nationalité.

En choisissant, parmi ces différents éléments, celui qu'on estime être révélateur du lien le plus étroit entre un mariage et un Etat, on dégage ainsi un élément abstrait de rattachement valable pour tous les mariages. Ce facteur de rattachement, abstrait et préalablement déterminé, permet à la règle de conflit de répondre à l'exigence de justice en désignant la loi la plus concernée par le rapport juridique et à l'exigence de sécurité en donnant une solution identique à toutes les relations de même nature. La règle de conflit est donc prévisible.

Un facteur de rattachement a donc été dégagé pour chaque catégorie.

Ainsi, le facteur de rattachement du statut personnel est la nationalité. Toutes les questions de statut personnel sont donc soumises à la loi de la nationalité. Le facteur de rattachement du statut réel est la situation des biens. La loi applicable à toutes les questions qui entrent dans le statut réel est donc la loi du lieu de situation. La catégorie des faits et des actes juridiques, en revanche, n'a pas un rattachement unitaire. Les faits juridiques sont soumis à la loi du lieu où ils se réalisent. Les actes juridiques relèvent, eux, de deux lois différentes. La forme des actes est soumise à la loi du lieu où l'acte est passé, mais la substance des actes est soumise à la loi choisie par les parties. Enfin, le facteur de rattachement de la procédure est le lieu où elle est mise en œuvre. On parle de la *lex fori*.

Le facteur de rattachement est donc, pour chaque catégorie, l'élément qui permet de désigner la loi applicable à l'ensemble des situations regroupées dans une catégorie. Encore faut-il faire entrer les relations juridiques dans la catégorie de rattachement adéquate. Or, ceci ne peut se faire qu'à l'issue d'une opération de qualification.

B. La qualification de la situation juridique

Chacun sait ce qu'est la qualification juridique. En matière de conflit de lois, la qualification est l'opération intellectuelle qui consiste à « ranger » une situation juridique dans l'une des quatre catégories de rattachement. Il s'agit, en d'autres termes, de dire si le problème auquel on est confronté relève du statut personnel, du statut réel, des actes et des faits juridiques ou, enfin, de la procédure. Cette étape est essentielle car, lorsque la qualification est réalisée et que la catégorie de rattachement est donc identifiée, on connaît par conséquent la loi applicable.

Dans l'ordre international, l'opération de qualification peut poser certains problèmes lorsque la qualification retenue par le juge saisi n'est pas la même que celle que retient l'une des lois étrangères potentiellement applicables. Nous ne nous attarderons pas ici sur cette difficulté car elle n'existe que de manière très limitée dans un conflit de normes internes comme celui qui nous occupe en Nouvelle-Calédonie : on ne comprendrait pas, en effet, que le juge étatique français qualifie dif-

féremment les situations juridiques selon que la question se pose en métropole ou en Nouvelle-Calédonie.

Pour autant, même dans ce cadre, la qualification juridique n'est pas toujours aisée. Le Pacs en est un exemple parlant. Lorsque le Pacs a été adopté en métropole, la doctrine s'est divisée entre ceux qui entendaient le rattacher au statut personnel et ceux qui souhaitaient le faire entrer dans la catégorie « contrat ». Sur le plan des conflits de lois, l'enjeu n'était pas négligeable : soumission du Pacs à la loi de la nationalité si celui-ci était classé dans le statut personnel, soumission à la loi choisie par les parties s'il était qualifié de contrat.

Il est admis depuis plusieurs années maintenant que le Pacs fait partie de l'état des personnes et entre donc dans la catégorie statut personnel. Pourtant, cette qualification ne semble pas avoir produit tous ses effets puisqu'elle n'a pas rendu automatique l'application de la loi sur le Pacs en Nouvelle-Calédonie. Or, en vertu de la loi du 9 juillet 1970, les lois relatives à l'état des personnes ne sont pas soumises au principe de spécialité législative. Est-ce à dire qu'en Nouvelle-Calédonie le Pacs ne concernerait pas l'état des personnes ?!

On le voit, la qualification est parfois une opération difficile. Mais elle est toujours essentielle. C'est l'étape du raisonnement qui conditionne la désignation de la loi applicable.

À ce stade de la présentation, nous avons donc la structure des règles de conflit : on connaît les quatre grandes catégories de rattachement ; on connaît, pour chacune d'elles, le facteur de rattachement qui désigne la loi applicable et on sait qu'il faut, par opération de qualification, déterminer pour la situation juridique en cause la catégorie de laquelle elle relève.

Ce raisonnement, qui permet de résoudre les conflits internationaux de lois, donne également les clés de résolution des conflits internes de normes. C'est donc sur cette base que la répartition des compétences entre les normes civiles et commerciales calédoniennes et les normes métropolitaines devra être pensée. Il y a là une base. Une base solide, mais une base seulement. En effet, si la structure du raisonnement est donnée, les solutions précises de ce futur conflit de normes restent, elles, à inventer. Sans prétendre ici proposer un canevas précis de règles de conflit, on peut, d'ores et déjà, dessiner quelques lignes. Nous saisisons cette occasion pour mettre en lumière le fait qu'en ce domaine comme en d'autres, tout n'est pas affaire que de pure technique.

II. Les contours d'un système conflictuel calédonien

Le raisonnement « conflictuel » présenté dans la première partie de cette étude est celui, on l'a dit, des conflits internationaux de lois. La problématique issue des conflits internes de lois est sensiblement identique. Pour autant, il ne semble pas qu'une simple réplique au niveau calédonien des solutions utilisées dans les conflits internationaux soit une démarche pertinente.

En premier lieu, les facteurs de rattachement utilisés dans les conflits internationaux de lois ne peuvent pas tous être utilisés au plan interne. Il suffit de penser à la nationalité pour s'en convaincre : la nationalité ne peut être un facteur discriminant au sein de l'ordre juridique français.

En second lieu, la règle de conflit est un mécanisme qui détermine le rayonnement plus ou moins important d'une norme juridique. Le choix du facteur de rattachement n'est donc pas complètement neutre et l'autorité normative, source de la règle, ne saurait y être indifférente.

Mais l'on devine que les choix opérés en cette matière ne peuvent pas être exactement les mêmes lorsque la détermination du champ de compétence met en concurrence deux lois étrangères ou deux lois appartenant au même ordre juridique. Il convient donc, d'abord, de réfléchir aux enjeux qui sous-tendent le choix d'un facteur de rattachement. Nous pourrions, ensuite, au moyen de quelques exemples, présenter les choix qui s'offrent au pouvoir normatif calédonien dans la construction d'un système de règles de conflit.

A. Le choix du facteur de rattachement

La détermination du facteur de rattachement repose sur l'idée de localisation du rapport de droit. Il s'agit de se demander dans quel ordre juridique une relation se localise le plus intensément.

A priori, là est le seul enjeu du facteur de rattachement. C'est un enjeu important puisqu'en dépendent la justice et la prévisibilité de la règle applicable. Mais cet enjeu est satisfait par la seule analyse « technique » du rapport de droit. Peu importe que la loi désignée soit la loi du juge saisi ou une loi étrangère ; peu importe, plus encore, le contenu de la loi désignée et le résultat que son application produit. Seul compte que cette loi soit la loi avec laquelle le rapport litigieux entretient les liens les plus étroits.

En ce sens, la règle de conflit est dite neutre parce qu'elle ne privilégie pas une loi par rapport à une autre et qu'elle ne cherche à favoriser aucun résultat substantiel : face à une action en responsabilité civile, la règle de conflit n'a pas à favoriser la loi qui permettrait, par exemple, l'obtention, par la victime, d'une indemnité.

La neutralité de la règle de conflit est un principe qui ne doit cependant pas être exagéré. Il mérite même, au contraire, d'être nuancé. Le principe de neutralité de la règle de conflit est en réalité surtout la marque de l'ouverture de notre système aux solutions étrangères dans un souci de respect des intérêts privés. L'idée est finalement que si la sécurité et la justice requièrent l'application à un litige donné d'une loi étrangère, l'ordre juridique français ne doit pas organiser, *a priori*, la mise à l'écart de cette loi étrangère. Là est tout le sens de la neutralité de la règle de conflit.

Mais, cela étant posé, il faut maintenant montrer que le choix d'un facteur de rattachement plutôt qu'un autre (loi de la nationalité plutôt que loi du domicile par exemple) répond à certains objectifs.

Une première série d'objectifs correspond à ce que l'on appelle la justice du rattachement : l'idée est que le rattachement choisi permette de garantir un certain nombre de valeurs comme la continuité des situations juridiques malgré le déplacement des personnes par-delà les frontières, le respect des intérêts des États, la cohérence globale des ordres normatifs, la sécurité juridique des tiers.

D'autres objectifs auxquels peut répondre le facteur de rattachement se conçoivent plutôt en termes de rayonnement. Ils reflètent alors une conception politique du conflit de lois. En matière de statut personnel, par exemple, le rattachement se fait en principe soit à la loi de la nationalité, soit à la loi du domicile. Le choix de l'un ou l'autre de ces rattachements n'est pas indifférent. La soumission du statut personnel à la loi nationale est particulièrement favorable au rayonnement de la loi des pays d'émigration : elle permet de maintenir ceux qui ont quitté le pays sous l'empire de leur loi d'origine, où qu'ils se trouvent. On considère alors que le lien le plus étroit attache l'individu à la Nation à laquelle il appartient, et non au territoire sur lequel il s'établit. Un pays d'immigration, au contraire, devrait être plus sensible à un rattachement au domicile qu'à un rattachement à la nationalité. La compétence de la loi du domicile permet en effet de soumettre les étrangers à la loi du pays dans lequel ils s'installent. C'est là un facteur d'intégration non négligeable.

On voit bien, par ce seul exemple, que le choix du facteur de rattachement peut avoir un caractère politique. Celui-ci est d'ailleurs plus ou moins marqué, mais il n'est jamais complètement absent. Il appartiendra aux autorités calédoniennes d'en tenir compte.

Le choix d'un facteur de rattachement peut enfin servir la recherche d'un résultat substantiel. Il en va ainsi de certaines règles de conflit qui abandonnent leur caractère neutre au nom d'un intérêt supérieur. C'est le cas, par exemple, de la règle de conflit française en matière de reconnaissance d'enfant naturel. Cette règle, posée à l'article 311-17 du Code civil, favorise clairement la loi qui permet de valider la reconnaissance.

Le choix d'un facteur de rattachement n'est donc pas uniquement une question technique. Ce choix peut être porteur de différentes ambitions du législateur qui édicte la norme. Il existe donc une structure de base pour la règle de conflit, caractérisée par une certaine neutralité, mais cette structure n'est pas hermétique aux intérêts du pouvoir normatif.

La Nouvelle-Calédonie va devoir se doter d'un système de règles de conflit et il lui appartiendra, dès lors, de déterminer ses propres objectifs pour le champ d'application des normes qu'elle édictera. Bien évidemment, les enjeux sont moindres dans un conflit interne de normes que dans un conflit à caractère international. Et ces enjeux seront réduits si la législation calédonienne reste proche de la législation métropolitaine. Mais, d'une part, cette proximité n'est pas acquise et, d'autre part, il n'est pas exclu à l'avenir que, dans certains domaines, la Nouvelle-Calédonie poursuive des objectifs différents de la Métropole. Je pense au domaine économique, par exemple. L'enjeu du rattachement ne sera donc pas nul.

Il n'est pas question, nous l'avons dit, de délimiter ici le champ réservé à l'application des normes calédoniennes. Un système de conflit de normes se construit, parallèlement à la production normative, et il évolue. Mais on peut tout de même donner corps à notre raisonnement en l'illustrant de quelques exemples.

B. Prospective

L'exercice de la compétence normative va obliger la Nouvelle-Calédonie à se doter de règles de conflit aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale. Pour illustrer notre propos en ces deux domaines, nous prendrons pour exemples une question de statut personnel d'une part et le droit des contrats d'autre part.

1. Le statut personnel

S'agissant du statut personnel, nous réfléchissons ici sur les questions de filiation. En cette matière, le conflit entre les normes françaises et les normes calédoniennes peut survenir dans au moins trois circonstances : le père ou la mère de l'enfant est calédonien, l'autre est métropolitain ; les deux parents et l'enfant sont métropolitains mais établis en Nouvelle-Calédonie ; les deux parents et l'enfant sont calédoniens mais établis en métropole. Dans tous ces cas, la loi française et la loi calédonienne sont potentiellement applicables aux problèmes de filiation qui pourraient survenir, qu'il s'agisse de l'établissement de la filiation ou de ses effets. Il va donc falloir déterminer laquelle de ces lois est seule compétente dans telle

ou telle hypothèse. Si l'on s'appuie sur le modèle des conflits internationaux de lois, les questions d'établissement de la filiation sont soumises à la loi nationale de la mère, et si la mère n'est pas connue, on applique la loi nationale de l'enfant⁴. Les effets de la filiation sont, eux, soumis à la loi nationale de l'enfant. On perçoit immédiatement que le modèle des conflits internationaux touche ici ses limites. Dans notre situation qui oppose la loi métropolitaine et la loi calédonienne, le facteur de rattachement à la nationalité n'est pas opérationnel. En effet, les trois acteurs de la relation juridique ont la nationalité française.

On peut parfaitement, ici, garder la même structure de raisonnement. Mais il faut substituer à la nationalité un autre facteur de rattachement. Et c'est là que la Nouvelle-Calédonie va devoir faire des choix : la citoyenneté calédonienne peut-elle être un substitut à la nationalité en tant que facteur de rattachement ? Dans ce cas, seuls les citoyens calédoniens (non kanak) seraient soumis aux règles civiles calédoniennes en droit des personnes (y compris, donc, la filiation). Les autres Français relèveraient du droit de métropole. Pour les familles « mixtes », le facteur de rattachement reste à inventer. Le domicile est évidemment un élément intéressant. S'agissant plus précisément de la filiation, on peut, comme l'a fait le droit français, donner une place particulière à la mère et considérer que c'est elle qui porte le facteur de rattachement : le conflit entre la loi française et la loi calédonienne serait alors résolu selon que la mère a ou n'a pas la citoyenneté calédonienne. On peut considérer, cependant, qu'une telle règle est contraire à l'égalité des sexes et que la mère n'a pas plus de raisons que le père d'être porteur du facteur de rattachement. Dans ce cas, la citoyenneté calédonienne de l'enfant pourrait être le critère.

Si l'on ne veut pas de la citoyenneté comme facteur de rattachement, choisira-t-on le domicile, ou la résidence habituelle ? Dans ce cas, des métropolitains vivant depuis quelques années en Nouvelle-Calédonie verraient leur statut personnel soumis au droit civil calédonien. Pourquoi pas ?

Ces questions peuvent paraître très abstraites à l'heure où le transfert de compétence n'est pas encore effectif. Et elles le resteront sans doute encore quelque temps après le transfert, tant que les deux droits seront similaires. Mais vous savez ici, mieux que personne, que les évolutions du droit métropolitain ne sont pas immédiatement suivies en Nouvelle-Calédonie. Or, il n'est pas impensable que la loi française change sans que le législateur calédonien suive la même voie. Imaginons, par exemple, que la loi française modifie les règles de dévolution du nom de famille, ou celles relatives à l'autorité parentale. Rien ne dit que la Nouvelle-Calédonie suivra ces évolutions. Imaginons, sans que ce soit absolument farfelu, que le législateur français décide, un jour, de permettre l'établissement d'une filiation adoptive au sein d'un couple homosexuel. Rien ne dit que la Nouvelle-Calédonie l'accompagnera sur cette voie. De tels exemples peuvent à l'évidence être multipliés, bien au-delà de la filiation. On le voit, à un terme plus ou moins rapproché, il sera indispensable de savoir qui est soumis au droit civil calédonien et qui ne l'est pas.

La matière contractuelle, qui touche au cœur des relations économiques, soulève une problématique un peu différente.

2. Les relations contractuelles

La matière contractuelle présente une spécificité importante au sein des conflits de normes car elle est empreinte du principe d'autonomie de la volonté. Or, de ce principe, découle l'idée que, en présence d'un conflit de normes, les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat. S'agissant des conflits internationaux de lois, cette règle est reçue pour ainsi dire universellement. Rien ne justifierait que cette règle soit écartée dans le cadre d'un conflit interne.

Cependant, le choix de loi ne s'envisage que si le contrat présente des points d'ancrage dans deux ordres juridiques différents. Si au contraire tous les éléments de la relation contractuelle se situent sur le territoire calédonien, autrement dit s'il s'agit d'un contrat « interne » à la Nouvelle-Calédonie, il est évident que ce contrat doit être soumis au droit contractuel calédonien. Dans ce cas-là, en effet, il n'y a tout simplement pas de conflit de lois : seule la loi calédonienne a vocation à s'appliquer.

Pour qu'un conflit de lois naisse entre la loi contractuelle calédonienne et la loi contractuelle française, il faut donc que le contrat présente des éléments qui se rattachent aux deux ordres juridiques. On peut imaginer plusieurs situations : un contrat passé entre une entreprise de métropole et une entreprise calédonienne, un contrat passé entre deux contractants métropolitains mais à exécuter en Nouvelle-Calédonie, ou encore, inversement, bien que sans doute plus rare, un contrat passé entre deux entreprises calédoniennes mais à exécuter en métropole. Dans toutes ces situations se pose la question de la loi applicable.

Le principe du libre choix de la loi applicable au contrat offre, dans l'ordre international comme dans l'ordre interne, un avantage décisif : celui de la prévisibilité. En désignant à l'avance la loi compétente pour régir leur contrat, les opérateurs

⁴ Article 311-14 du Code civil.

économiques savent à quelles dispositions ils doivent se conformer, ils connaissent l'étendue de leurs obligations et les droits dont ils peuvent se prévaloir. Cela leur confère la sécurité dont ils ont besoin.

Il semble difficile de remettre en question ce principe dans le conflit de normes qui nous occupe. Et je ne pense pas, d'ailleurs, qu'on y ait intérêt. Mais il faut bien mesurer que le risque est grand, alors, que le droit calédonien soit rarement choisi. Si, tout au moins, les craintes d'un vieillissement, voire d'une fossilisation, du droit calédonien se révèlent fondées, il va sans dire que les opérateurs économiques opteront sans état d'âme pour le droit métropolitain.

Le principe du libre choix est donc pertinent, mais il expose le droit calédonien à une véritable concurrence. Cela étant, en faisant un peu de politique-fiction, on pourrait imaginer qu'un droit commercial calédonien plus libéral que le droit français puisse intéresser certains opérateurs économiques. Après tout, la messe n'est peut-être pas dite.

Le principe d'autonomie, on l'a compris, permet donc aux partenaires commerciaux d'opter pour la législation française plutôt que calédonienne. Il se peut néanmoins que, tout en respectant le principe de libre choix de la loi du contrat, la Nouvelle-Calédonie entende faire respecter un certain nombre de règles qu'elle juge impératives et dont elle souhaite imposer l'application, notamment, aux contrats qui s'exécuteront sur le territoire. Elle devra alors contourner le principe de libre choix de la loi du contrat. Il existe, pour cela, des techniques juridiques. On pense ici à ce que l'on nomme, dans le jargon des conflits de lois, les règles d'application immédiate. Le législateur calédonien peut donc construire un ordre public contractuel et se donner les moyens de le faire respecter. Mais il lui appartient, en amont, de s'interroger sur le champ d'application qu'il souhaite donner à ses normes.

Règle cardinale du droit des contrats, le principe d'autonomie ne résout cependant pas tout. Il est tout à fait envisageable, en effet, que les parties contractantes n'aient pas choisi la loi applicable à leur contrat. Soit qu'elles n'aient pas réussi à s'entendre sur ce point, soit, plus vraisemblablement, qu'elles n'aient pas perçu l'existence du conflit ou qu'elles n'aient pas su qu'elles pouvaient choisir leur loi. Il est donc nécessaire d'élaborer une règle de conflit qui permette de pallier le silence des parties. On pense souvent, en ce domaine, à la loi du lieu d'exécution. Mais ce n'est pas elle qui est retenue pour les conflits internationaux. Le contrat y est plutôt soumis à la loi du contractant qui s'acquitte de la prestation caractéristique. Des choix existent, là encore, pour le critère de rattachement que pourrait retenir le pouvoir normatif calédonien. Mais, peut-être encore plus que le critère retenu, c'est le fait qu'une décision soit prise qui importe au monde des affaires. La sécurité juridique à laquelle il aspire implique que soient connues, au plus tôt, les règles de conflit de lois.

Cette dernière remarque me tiendra lieu de conclusion. Les conflits de normes produits par le transfert de la compétence normative impliquent que la Nouvelle-Calédonie se dote d'un système de règles de conflit. La qualité de ce système est, évidemment, essentielle. Mais que ce système existe est peut-être plus essentiel encore. Il en va tout simplement de la sécurité juridique.

Le transfert du droit commercial

Laurent Grosclaude

Maître de conférences à l'université de Toulouse I

Qu'il me soit permis tout d'abord de remercier très chaleureusement les organisateurs de ce colloque et particulièrement le Pr Sana, pour en avoir pris l'initiative et m'y avoir invité.

Quelques remarques introductives :

- sujet difficile non pas au plan juridique ou technique, mais car il suppose une certaine connaissance du contexte politique, historique, économique et institutionnel de la Nouvelle Calédonie. Difficile aussi car il implique nécessairement une prise de position de l'orateur, qui ne peut rester neutre. C'est d'ailleurs tout l'intérêt.
- transfert très vaste, un des plus vastes et qui se situe dans un contexte très différent de celui des grands transferts antérieurs : à la fois une certaine maturité de la collectivité et une fébrilité à l'approche d'échéances que l'on sait décisives.
- le transfert sera un point de départ et non une ligne d'arrivée ; c'est ce qui le rend anxiogène. Tout sera à construire.

Je souhaite traiter de deux points :

- tout d'abord celui du périmètre du transfert de compétence,
- ensuite, et ce sera le point central de mon intervention, la question de l'exercice de la compétence transférée. Comment la Nouvelle-Calédonie doit-elle profiter de cette extraordinaire opportunité qu'est le transfert de compétence pour faire évoluer son droit commercial ? Je tracerai avec vous quelques pistes, qui n'engagent que moi.

I. Le périmètre de la compétence transférée

La loi organique évoquant le transfert de la compétence en matière de droit commercial, il faut définir ce qu'est le droit commercial...

Je vous rassure, je ne vais pas me lancer dans un grand exposé sur la notion de droit commercial ; d'autres l'ont fait mieux que je ne le ferais ; ce serait purement stérile, d'autant qu'il semble que la question soit en voie d'être résolue de manière assez satisfaisante.

Deux points me paraissent intéressants toutefois : les enjeux de la définition du périmètre et le périmètre lui même.

Je souhaite tout d'abord pointer une double maladresse législative:

- tout d'abord, le périmètre du transfert de compétence est très détaillé sur certains points (ex : Police et sécurité de la circulation maritime s'effectuant entre tous points de la Nouvelle-Calédonie ; sauvegarde de la vie en mer dans les eaux territoriales / transféré en janvier et juillet 2011) et trop large sur le champ qui nous intéresse.
- Ensuite, on ne raisonne plus en 2011 en termes de commerce, mais d'activité professionnelle ; on ne parle pas de commerçant mais d'entrepreneur ou d'entreprise.

A. Les enjeux - est-ce si important de circonscrire le périmètre de transfert avec précision ?

Difficile : à certains égards, c'est peu important, à d'autres égards c'est important.

- Globalement l'enjeu de la définition du périmètre est à relativiser; je m'explique :
- une partie du droit commercial (ou du droit de l'entreprise lato sensu) est déjà de la compétence de la Nouvelle-Calédonie (ex droit de la concurrence) ;
- à l'exception de la justice commerciale, ce qui est conservé par l'Etat français est loin d'être déterminant : mon-

naie, crédit, changes, on y reviendra plus loin. J'ajoute que si demain les compétences régaliennes sont transférées, le droit commercial sera réuni, et que si elles ne sont pas on peut raisonnablement pronostiquer que l'Etat resserrera les compétences régaliennes et ne conservera rien du droit commercial. En clair, selon moi, la question du périmètre est temporaire...

- on peut ajouter que dans tous les cas, le Conseil d'Etat par ses avis et le Conseil constitutionnel par son contrôle veilleront au respect des domaines de compétence respectifs de la Nouvelle-Calédonie et de l'Etat.

- En revanche, un enjeu peu évoqué est celui de la compétence respective de la collectivité de Nouvelle-Calédonie et des provinces. A priori les provinces sont assez peu concernées par la compétence en droit commercial, sauf dans des cas précis comme l'urbanisme commercial. Mais ce serait oublier que les provinces ont une compétence de droit commun ce qui signifie qu'elles sont compétentes toutes les fois que la loi n'attribue pas la compétence à l'Etat, aux communes ou à la collectivité de Nouvelle-Calédonie.

Cela signifie que si l'on reste dans le flou et l'imprécision, cela peut profiter aux provinces...

Il est donc important que la Loi de Pays qui doit être votée avant la fin de l'année délimite bien le champ transféré, de manière assez large, sans empiéter sur la compétence Etatique résiduelle mais sans laisser de marge aux Provinces (je ne pense pas qu'il soit dans l'esprit des Accords de conférer cette compétence au niveau provincial).

B. La définition du périmètre

Une chose claire est que le droit commercial dont la compétence est transférée n'est pas le CODE DE COMMERCE ; c'est à la fois PLUS et MOINS que le Code.

- PLUS car il faut y ajouter une bonne partie du droit bancaire et financier, les textes non codifiés ou codifiés en dehors du Code de commerce, les matières « satellites (Pte industrielle) ;

- MOINS car il faut en exclure les sujets régaliens.

1. Plusieurs méthodes peuvent être employées pour la définition du périmètre

- Méthode « TOUT-SAUF » : on peut dire le droit commercial c'est tout ce qui n'a pas déjà été transféré SAUF..., i.e. le définir en négatif en procédant à des exclusions ; c'est logique dans la mesure où le transfert est très large et où les exclusions sont minoritaires ; c'est risqué car trop incertain,

- Méthode « LISTE-FERMÉE » on peut également faire une liste des matières, sujets, questions entrant dans le droit commercial, ce qui a l'avantage de permettre aux institutions de NC d'avoir une vision précise de ce qui les concerne dorénavant, mais présente le risque d'être trop limitatif,

- Méthode « TOUT-SAUF-DONT » on peut enfin avoir une démarche qui mixe les deux méthodes, en énonçant que le transfert concerne tout le droit commercial non transféré à ce jour (cela permet de donner la philosophie générale et de jouer le rôle de voiture-balai) SAUF (réserve le régalien) ... et DONT la liste suivante.... : ainsi on est à la fois précis et souple.

Méthode « CODE PLUS MOINS » - A noter que le CE a rendu un avis non rendu public le 7 juin 2011, qui énonce que le transfert concerne toutes les matières contenues dans le Code PLUS des satellites rattachables (ex des matières du Code Monétaire et Financier) MOINS des matières exclues (justice, monnaie, crédit, changes, droit pénal des affaires). Excellent rapport mais je ne suis pas convaincu par la référence au CODE.

Concrètement ma préférence va à la méthode TOUT-SAUF-DONT :

- TOUT le droit applicable aux entreprises et tout ce qui n'a pas déjà été transféré - La partie du droit commercial, lato sensu, déjà transférée à la Nouvelle Calédonie ne pose pas de difficulté puisque le transfert à venir va la compléter ; il s'agit de la fiscalité des entreprises, du droit des investissements, du droit de la concurrence (y/c concentrations), de la réglementation des professions commerciales, coopératives et mutuelles...

- SAUF - La partie du droit commercial restant à l'Etat est plus problématique, même si, je l'ai dit, les enjeux ne me semblent pas de premier ordre pour les raisons évoquées précédemment. Les compétences pouvant toucher au droit commercial et qui sont conservées par l'Etat concernent essentiellement la justice commerciale, et le volet de l'article 21 I 5° de la Loi Organique : Monnaie, Crédit, Changes (c-à-d le droit bancaire et financier vu sous l'angle de la régulation bancaire et financière et du droit public économique).

DONT:

- entreprise individuelle, droit des sociétés : droit des structures de l'entreprise / si l'entreprise n'est pas commer-

ciale (sté civile/association / libérale), cela relève du droit civil mais très lié en pratique d'où l'intérêt de ne pas transférer séparément le droit civil et le droit commercial.

- biens : fonds de commerce / droits de pté industrielle / baux commerciaux
- contrats d'affaires des entreprises (mais limite floue avec le droit civil)
- le financement des entreprises (crédit bail, mobilisation de créances) et garanties du crédit (le crédit au sens « régalien » se limiterait à son encadrement institutionnel et à l'ordre public économique, notamment les taux légaux, d'usure etc...)
- instruments de paiement (effets de commerce)
- difficultés des entreprises
- institutions de contrôle et d'encadrement : RCS/CAC

En résumé le droit commercial transféré est le droit des entreprises : création, structures, financement, biens, relations contractuelles, difficultés, soit L'IMMENSE MAJORITÉ DES RÈGLES DU DROIT COMMERCIAL (on peut presque dire TOUT).

La définition du périmètre n'est pas une VRAIE difficulté tant les matières régaliennes resteront des îlots (ou des patates / petits morceaux de platier). Les VRAIES difficultés commencent après.

Les opportunités liées au transfert de compétence en matière commerciale

Le préambule de l'Accord de Nouméa contient cette phrase hautement symbolique : « l'avenir doit être le temps de l'identité ». L'identité peut être celle d'un droit, d'un système juridique. J'ajouterai que le temps à venir doit être celui d'une opportunité d'une nouvelle identité juridique.

Comme nous le savons, il ne se passera rien le jour du transfert et le droit métropolitain qui avait été déclaré applicable / étendu à la Nouvelle-Calédonie continuera de s'appliquer.

On sait également que des textes du droit commercial n'ont pas été étendus à la Nouvelle-Calédonie, par erreur ou oubli. Un travail de recensement est en cours afin de procéder aux extensions nécessaires avant le transfert ; ainsi la place sera juridiquement nette.

La question de l'exercice effectif de la compétence recèle des enjeux de premier ordre et une responsabilité importante pèse sur le Congrès et le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

- ne rien faire au lendemain du transfert, ne pas se saisir de la nouvelle compétence, sont des risques qui pourrait être à long terme néfastes à la croissance économique de la Nouvelle-Calédonie, car, on le sait, les structures juridiques et la fiscalité jouent un rôle important dans la compétitivité d'une économie. Et la Nouvelle-Calédonie est entourée de pays à la réglementation performante (ranking doing business 2011 la Nouvelle-Zélande est 3 et l'Australie est 10 / France 26 – pour la création d'entreprise : Nouvelle-Zélande 1 et Australie 2 sur 183).
- si rien n'est mis en chantier, le droit métropolitain se figera et finira par devenir obsolète.
- une solution « de facilité » consisterait à continuer à étendre le droit métropolitain à la Nouvelle-Calédonie en le dupliquant régulièrement, à la faveur de réformes importantes ; on peut légitimement attendre mieux des institutions de Nouvelle-Calédonie que ce procédé de copier/coller...

Donc le premier conseil que je donnerai est celui de se saisir de la question et de ne pas la laisser dans un tiroir. Mais puisque la tâche est immense on ne peut pas l'aborder sans méthode ; donc répondre à deux questions : que faut-il faire et comment le faire ?

C'est aborder le FOND et la METHODE

2. Le fond et la méthode

Sur la méthode

Premier point de méthode : réaliser un audit qualitatif des textes en application en Nouvelle-Calédonie (les ombres et les lumières du droit commercial pour reprendre les termes du préambule de l'Accord de Nouméa) ; répondre aux questions suivantes :

- telle structure, institution, mécanisme du droit commercial est-elle utilisée, est-elle utile ? Ex : combien de SCA ?
- le droit métropolitain est-il adapté au contexte local ?
- quels sont les manques qui apparaissent ?

En clair, il faudrait arriver à classer les institutions du droit commercial en 4 catégories :

- ce qu'il faudrait supprimer,
- ce qu'il faudrait transformer/adapter,

- ce qu'il faudrait conserver
- ce qu'il faudrait ajouter

Second point de méthode : réaliser un *benchmark* - pour mieux connaître les systèmes juridiques voisins (t. biens classé à *doing business*) : rechercher des inspirations dans le droit néo-zélandais ou australien.

La Nouvelle-Zélande est classée n° 1 mondial pour la facilité de création d'entreprise ; le droit australien est n° 2. Pourquoi ? Et comment peut-on s'en inspirer ? D'ailleurs, pourquoi ne pas oser le dire ici ; compte tenu à la fois de la proximité géographique avec des pays de common law et de la filiation naturelle avec le droit romano-germanique français, il ne serait pas inconcevable de penser pour la Nouvelle-Calédonie un droit « mixte » puisant son inspiration à la fois dans l'un et dans l'autre.

Cette hypothèse se justifierait d'autant plus pour le droit commercial que les acteurs économiques locaux nouent des liens à la fois avec le monde anglo-saxon du Pacifique-Sud et avec la métropole.

Sur les questins de fond

Je voudrais maintenant tenter de donner quelques grandes directions à l'adresse des élus du Congrès et des personnels qui sont et vont être chargés du travail légistique. Bien entendu, ces pistes de travail n'engagent que moi et sont très ouvertes. Nous pourrions continuer à en discuter au cours de la journée...

Le dire en une phrase : le droit des affaires doit être le reflet d'une économie, car c'est pour elle qu'il est conçu. Or le droit des affaires français est conçu pour un pays européen dont le tissu économique diffère profondément de celui de la Nouvelle-Calédonie.

Qu'est-ce qui fait la spécificité de l'économie calédonienne et de ses acteurs ?

- insularité peu d'échanges internes – flux tournés vers la métropole et la région (importance de la dimension internationale)

- taille - tissu fait de TPE (30 000 entreprises dont plus de 80 % n'ont pas de salariés) / les entreprises de plus de 50 salariés sont une centaine / celles de plus de 300 salariés se comptent sur les doigts d'une main (SLN/Enercal/ OPT/ SMSP)

- secteurs : le secteur minier est prédominant / après : commerce de détail / agriculture et aquaculture / tourisme

Compte tenu de ces caractéristiques, je crois sincèrement que le droit commercial de demain en Nouvelle-Calédonie doit avoir trois caractéristiques : la simplicité, la sécurité et l'efficacité. Je suis certain que l'on peut s'inspirer du droit français, aujourd'hui en application, pour ce qui concerne la sécurité juridique : notre système a fait ses preuves en matière contractuelle, offrant un excellent compromis entre la liberté et la sécurité.

Je suis bq plus réservé sur le volet simplicité et efficacité, les deux étant par ailleurs liés ; notre droit des affaires est complexe, de plus en plus complexe, ressemble à un patchwork dépourvu de cohérence. Il ne faut pas nier que des avancées ont été réalisées mais

Quatre suggestions –

- supprimer la notion de fonds de commerce / notion à la fois obsolète et inconnue des droits étrangers (pas de traduction en anglais) / notion complexe qui ne prend pas en compte la réalité de l'entreprise. Il est nécessaire de créer un statut juridique de l'entreprise individuelle sans distinguer suivant son activité (commerciale, libérale, artisanale... voire agricole).

- supprimer le statut des baux commerciaux – statut vieilli, éminemment complexe, inflationniste et accessible uniquement à quelques rares initiés. Une solution intéressante serait d'élaborer un droit commun du bail, inspiré de celui du Code civil mais plus précis et de lui adjoindre des dispositions spécifiques aux différents secteurs : baux professionnels, agriculture, habitation. Ici, plutôt que de dupliquer le modèle métropolitain, il est important de rechercher quels sont les besoins réels des acteurs (commerçants / propriétaires) ; mais de grâce : simplifier.

- créer un vrai statut de l'entrepreneur individuel – beaucoup de progrès ont été accomplis par le droit français de ce point de vue, visant à la fois à simplifier le statut, à le rendre plus « léger » et plus protecteur. Mais c'est aujourd'hui devenu une quasi-jungle : entre le statut d'auto-entrepreneur, l'insaisissabilité des biens à caractères non professionnels, l'EIRL, l'EURL, on se sait plus toujours à quel saint se vouer. Sachant que la plupart des entreprises calédoniennes sont de petite taille, la création d'un véritable statut de l'entrepreneur individuel, transcendant les clivages sectoriels, semble être une voie à creuser.

- simplifier le droit des sociétés en n'offrant qu'un nombre limité de structures sans forcément reprendre les clivages du droit métropolitain : société civile / commerciale / faisant offre au public ou pas / à responsabilité limitée ou non. A ma connaissance il n'y a pas en Calédonie de stock exchange et de sociétés cotées ;

- Le vrai clivage n'est pas celui des activités civiles ou commerciales (on peut très bien gérer un immeuble via une SARL et non via une SCI)
- Le vrai clivage n'est pas non plus celui de la responsabilité des associés ; dans une SARL sans capital social, la responsabilité des dirigeants et associés n'est pas limitée en pratique, puisqu'invariablement des garanties lui seront demandées.
- Le vrai clivage, on le sait, est celui des sociétés fermées et ouvertes ; les sociétés ouvertes sont celles qui sont financées par des capitaux pouvant être levés sur des marchés ; ce sont celles dont le capital est accessible aux investisseurs ; les sociétés fermées sont celles qui correspondent à des structures plus familiales.

Donc si l'on devait simplifier je dirais qu'il convient de conserver du droit métropolitain, en les adaptant le cas échéant, uniquement deux formes de société : les SA (modèle ouvert) et un modèle « fermé » qui pourrait être la SARL ou la SAS

Attention, toute réforme devra être pensée globalement, i.e. dans son contexte :

- créer de nouvelles structures d'entreprise ou en supprimer doit d'apprécier impose de penser la TRANSITION (conflit de loi dans le temps)
- il faut penser également à créer les institutions qui accompagnent ces réformes.
- enfin, il faut considérer le risque de dépenalisation lié à la création de nouvelles structures. Par exemple, si la Nouvelle-Calédonie décide d'abandonner le modèle de la SA pour créer un modèle propre, les dispositions pénales de la SA ne lui seront pas applicables..

Une très brève conclusion en forme de feuille de route de l'après transfert :

- ne laissez pas passer cette chance qui est celle d'écrire VOTRE droit des affaires ; l'économie calédonienne est dynamique ; elle mérite un droit commercial à son image.
- agissez avec méthode : discerner ce qu'il faut conserver et ce dont il faut se défaire / observer ce qui est fait autour, dans la zone géographique.
- entourez vous de personnes compétentes qui vous aideront dans la traduction juridique et vous permettront de vous extraire d'un contexte parfois trop local (rôle de l'Université de La Nouvelle-Calédonie).

Le transfert de compétence du droit de la propriété intellectuelle : l'opportunité d'une législation sur les savoirs traditionnels adaptée à la Nouvelle-Calédonie¹

Céline Castets-Renard

Maître de conférences de droit privé, HDR

En délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie

Membre associé du Larje (EA 3329).

La propriété intellectuelle dans le périmètre du transfert

En préambule, il convient d'apporter une précision sur le thème de la communication : en quoi le droit de la propriété intellectuelle est-il concerné par le transfert de compétence du droit civil et du droit commercial ? M. Cornut a évoqué ce matin le périmètre du transfert et, si des controverses existent sur son étendue, il ne fait cependant aucun doute que la propriété intellectuelle soit incluse dans le domaine du droit civil et/ou commercial. En effet, le droit de la propriété intellectuelle a pour vocation de protéger les valeurs immatérielles relevant du domaine de l'art, comme les œuvres protégées par un droit d'auteur, et du domaine de la technique, comme les inventions protégées par le droit des brevets. Il est aussi pourvu à la protection des signes distinctifs des biens et services par le droit des marques. Le droit de la propriété littéraire et artistique et le droit de la propriété industrielle constituent le droit de la propriété intellectuelle² qui relève du droit civil et du droit commercial. Le fait qu'il y ait un Code de la propriété intellectuelle, distinct du Code civil et du Code de commerce, n'est pas un critère suffisant pour ne pas inclure cette matière dans le droit civil et commercial, ainsi que le Conseil d'État vient de l'admettre dans un avis récent du 7 juin 2011³.

Un autre avis du Conseil d'État rendu le 25 septembre 2007⁴ est encore plus clair sur la question. Saisi en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, suite à une demande faite au tribunal administratif et présentée par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil d'État devait préciser la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces en vue d'adopter une réglementation en matière de protection des « savoirs traditionnels et expressions culturelles issus de la coutume kanak », au sens du point 5 du préambule de l'accord de Nouméa qui prévoit que :

« La pleine reconnaissance de l'identité kanak conduit à préciser le statut coutumier et ses liens avec le statut civil des personnes de droit commun, à prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'établissement d'un Sénat coutumier, à protéger et valoriser le patrimoine culturel kanak, à mettre en place de nouveaux mécanismes juridiques et financiers pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre, tout en favorisant sa mise en valeur, et à adopter des symboles identitaires exprimant la place essentielle de l'identité kanak du pays dans la communauté de destin acceptée ».

Le Conseil d'État précise que la compétence recherchée, touchant à la culture kanak, appartient, de façon non nécessaire-

¹ Le style oral a été partiellement conservé.

² On peut considérer que la propriété littéraire et artistique est intégrée au droit civil et que la propriété industrielle l'est au droit commercial (voir : Conseil d'État (section de l'intérieur) avis n° 385.207 du 7 juin 2011 ; le rapport de R. Cabrillac, réalisé en septembre 2008 à la demande du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur le transfert de compétence du droit civil, au titre de l'article 21 III (4°) de la loi organique de 1999). On peut aussi admettre que l'ensemble de la propriété intellectuelle est intégré au droit civil (rapport de M. François Badie, avocat général à la Cour de cassation, et Mme Carola Arrighi de Casanova, substitue générale à la cour d'appel de Paris), ou encore, à l'inverse, rattacher l'ensemble de la matière au droit commercial.

³ Avis du CE (sect. de l'intérieur) n° 385.207.

⁴ Avis du CE (sect. de l'intérieur) n° 380.751.

ment exclusive, à l'État, à la Nouvelle-Calédonie et à ses provinces ou à ses communes, dans la mesure où chacune de ces collectivités publiques est susceptible de fixer, dans l'exercice de ses compétences, des règles tendant à valoriser les savoirs traditionnels et les expressions culturelles issus de la coutume kanak et à en assurer la pérennité et l'authenticité. Au titre du patrimoine culturel protégé à l'article 1.3 de l'accord de Nouméa, le Conseil d'État précise qu'il est de la compétence des provinces de fixer des règles assurant l'inventaire, la préservation, la restauration et la mise en valeur des objets culturels kanaks et des sites traditionnels kanak. En revanche, il n'appartient qu'à l'État d'édicter des règles tendant à « favoriser le retour en Nouvelle-Calédonie d'objets culturels kanak qui se trouvent dans des musées et collections en France métropolitaine ou dans d'autres pays », ce que l'on appelle plus couramment les « restitutions », à l'instar de la restitution des têtes maories par la Nouvelle-Zélande. La « découverte » récente de la tête du chef kanak Ataï fera peut-être prochainement l'objet d'une demande de restitution. Surtout, le Conseil d'État décide que *« la législation relative à la propriété intellectuelle restant une compétence d'État, tant que n'est pas intervenu le transfert du droit civil et commercial prévu par le 4° du III de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 »*. *« Il est de la compétence de l'État de contribuer, dans ce cadre, au « respect effectif » des droits de propriété intellectuelle des « auteurs de culture kanak », évoqué à l'article 1.3.4 de l'accord de Nouméa. Le Conseil d'État ajoute que lorsque sera intervenu le transfert du droit civil et du droit commercial prévu par le 4° du III de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie sera compétente, dans la mesure où les lois du pays correspondantes pourront y contribuer, pour veiller au respect effectif des droits de propriété intellectuelle des auteurs de culture kanak évoqué au paragraphe 1.3.4 de l'accord de Nouméa.*

Au demeurant, le rattachement de la propriété intellectuelle au droit civil et commercial vient à nouveau d'être confirmé par le Conseil d'État (section de l'intérieur) dans un récent avis du 7 juin 2011⁵.

À l'évidence, le transfert à la Nouvelle-Calédonie du droit civil et du droit commercial implique celui du droit de la propriété intellectuelle. Au demeurant, les différents rapports effectués par des universitaires⁶ ou des magistrats⁷ à la demande du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, s'ils n'ont pas la même interprétation du champ du transfert, convergent sur ce point.

La propriété intellectuelle et le principe de spécialité législative

Cette précision étant faite, encore faut-il ensuite passer la législation du droit de la propriété intellectuelle sous les fourches Caudines du principe de spécialité législative, exposé ce matin par M. Lafargue, pour connaître précisément la teneur de la propriété intellectuelle transférée à la Nouvelle-Calédonie.

Le droit de la propriété intellectuelle a fait l'objet d'une codification à droit constant par une loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 qui vise explicitement la Nouvelle-Calédonie, laquelle a publié la loi dans le journal officiel de la Nouvelle-Calédonie du 26 janvier 1993. La propriété intellectuelle a fait l'objet de nombreuses modifications depuis, la dernière ayant été réalisée en 2009 par la loi n° 2009-669 dite HADOPI 1 du 12 juin 2009 destinée à favoriser la diffusion et la création des œuvres sur l'internet, complétée par la loi n° 2009-1311 dite HADOPI 2 du 28 octobre 2009 relative au dispositif pénal. Ces deux lois visent la Nouvelle-Calédonie et ont aussi été publiées au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie. Le dispositif HADOPI est ainsi applicable en Nouvelle-Calédonie.

Dès lors, est transférée à la Nouvelle-Calédonie le droit de la propriété intellectuelle récemment adopté sur le territoire de la métropole et d'ores et déjà applicable à la Nouvelle-Calédonie. Le transfert de compétence de la propriété intellectuelle ne va donc pas entraîner de conséquences immédiates sur le droit de la Nouvelle-Calédonie mais donne la possibilité au législateur calédonien de se détacher à l'avenir du droit métropolitain. Il en aura désormais la compétence.

Une adaptation de la propriété intellectuelle à la Nouvelle-Calédonie : la SACENC

L'accord de Nouméa a rappelé la nécessité de faire appliquer et respecter le droit d'auteur en Nouvelle-Calédonie. L'État français a déjà pris la mesure des spécificités locales et de l'opportunité d'accorder à la Nouvelle-Calédonie une certaine autonomie dans le domaine de la gestion collective du droit d'auteur. C'est ainsi que la société des auteurs, compositeurs et éditeurs de Nouvelle-Calédonie (la SACENC), a été créée en 2004⁸. Cette société de perception et de répartition des droits a été constituée conformément aux règles des articles 321-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. La SACENC

⁵ CE (sect. de l'int.), avis n° 385.207.

⁶ Rapport de M. Cabrillac, op. cit.

⁷ Rapport de M. François Badie et Mme Carola Arrighi de Casanova, op. cit.

⁸ Source : sacenc.nc. La SACEM tente de s'implanter en Nouvelle-Calédonie dès 1968 mais se heurte à une opposition de principe de la part des utilisateurs de musique. En Polynésie française, la délégation régionale de la SACEM qui fonctionnait à l'époque laisse la place à une société locale : la société polynésienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SPACEM), qui voit le jour en 1978. Le principe de la création d'une

a une vocation territoriale : elle protège toutes les œuvres musicales diffusées sur le territoire de la Nouvelle Calédonie, qu'elles soient locales ou internationales. Elle a signé un accord de réciprocité avec la société des auteurs, compositeurs et éditeurs de Musique (la SACEM) et la société pour l'administration du droit de reproduction mécanique (la SDRM), ce qui lui confère le droit de percevoir les droits sur les œuvres du répertoire de la SACEM qui seraient diffusées en Nouvelle-Calédonie. En outre, la SACEM a elle-même signé des contrats de délégation réciproque avec une centaine de sociétés d'auteurs dans le monde. Aussi, par la représentation, les œuvres déposées auprès de la SACENC seront-elles réciproquement protégées à l'échelle internationale.

Une lacune concernant la protection des savoirs traditionnels et les revendications autochtones

Mais si le droit de la propriété intellectuelle d'origine métropolitaine s'applique au territoire et a fait l'objet d'adaptations, force est de constater que toutes les particularités locales n'ont pas encore été prises en compte. En effet, la propriété intellectuelle a vocation à protéger largement les créations immatérielles de nature artistique ou technique mais le droit français ne permet pas, à ce jour, de protéger les savoirs traditionnels détenus par les populations autochtones, et les expressions folkloriques⁹, lors même qu'il s'agit là d'une forte revendication à travers le monde. Or, en Nouvelle-Calédonie, la population kanak, représentant 40 % de la population du territoire, porte cette revendication.

La volonté de reconnaître les droits des peuples autochtones fut initiée par l'Organisation internationale du travail (OIT) qui reconnut des droits aux travailleurs indigènes¹⁰. En 1989, elle adopte la Convention n° 169 sur les peuples indigènes et tribaux. Les bénéficiaires des droits sont des Communautés, plutôt que des individus, ce qui rompt avec les principes du droit international et de la souveraineté des États, c'est la raison pour laquelle la France a toujours refusé d'adopter ce texte, se prévalant d'une incompatibilité avec l'article 1er de la Constitution française sur l'égalité des citoyens. Dans cet esprit, elle n'a pas accordé un véritable statut aux Amérindiens de Guyane¹¹. Toutefois, la France parvient à concilier les principes fondamentaux avec les spécificités locales, puisqu'elle a adopté la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones de 2007¹² et a reconnu des droits collectifs spécifiques aux Kanak en Nouvelle-Calédonie par les accords de Matignon le 26 juin 1988, puis par l'accord de Nouméa le 5 mai 1998 et la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999. L'octroi d'un statut civil coutumier permet de satisfaire les revendications foncières, le droit des Kanak de maintenir leur mode de vie et leur organisation sociale traditionnelle fondée sur des règles coutumières et une organisation clanique.

La protection des savoirs traditionnels

L'objectif est de s'interroger sur la façon de protéger les savoirs traditionnels et expressions de la culture kanak. Dans une première approche, on peut les définir comme des « *savoirs, y compris le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et les enseignements qui sont collectivement engendrés, préservés et transmis dans un contexte traditionnel et intergénérationnel au sein d'une communauté autochtone locale* »¹³. On intègre aussi les expressions folkloriques de nature artistique qui peuvent se définir comme « *les productions se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté ou par des individus reconnus comme répondant aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté* ». Ces expressions sont souvent des manifestations identitaires

société locale en Nouvelle-Calédonie est retenu dès 1983, mais en raison de l'absence de sensibilisation et d'information du public et des partenaires professionnels, d'une part, et de la situation politique de l'époque, d'autre part, la question est délaissée. Le Préambule de l'accord de Nouméa s'inscrit dans un esprit de consensus et affirme la nécessité de protéger les créateurs : « Les droits des auteurs doivent être effectivement protégés » (document d'orientation - Accord de Nouméa du 5 mai 1998). Un accord particulier, signé en janvier 2002 entre l'État et la Nouvelle-Calédonie sur le développement culturel, a réaffirmé cette volonté : « L'État s'engage, en concertation avec les sociétés d'auteurs et en liaison avec la Nouvelle-Calédonie et les provinces, à rechercher une application du Code de la Propriété Intellectuelle adaptée aux réalités culturelles néo-calédoniennes ». Un conseil d'administration provisoire est formé en début d'année 2004. La SACENC reçoit l'agrément du ministère de la Culture en mai, et naît officiellement en juillet 2004. La procédure d'adhésion des créateurs débute en septembre, et dans le même temps un accord de réciprocité est signé avec la SACEM, confiant à la SACENC la protection des répertoires musicaux internationaux pour le territoire de la Nouvelle-Calédonie. La perception des redevances de droits d'auteur auprès des utilisateurs d'œuvres a débuté le 1er octobre 2004.

⁹A. Lucas-Schoellter, *Protection juridique du folklore*, JCI PLA, Fasc. 1962.

¹⁰Dès 1939, il élabore la Convention n° 64 sur les contrats de travail de la main-d'œuvre indigène dans les colonies.

¹¹A. Tiouka, *Droits collectifs des peuples autochtones : le cas des Amérindiens de Guyane française*, dans I. Schulte-Tenckhoff, *Altérité et droit, contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*, Coll. « Droits, territoires, cultures » n° 2, Bruylant, 2002, pp. 241-262 ; P.-Y. Chicot, *L'autochtonie sur les territoires du Canada et de la France : analyse juridique comparée du droit des minorités culturelles*, RIDC, n° 1, 2011.

¹²La Déclaration établit les paramètres minimaux pour le respect des droits des peuples autochtones, incluant la propriété du sol, l'accès aux ressources naturelles sur les terres et territoires dont ils sont traditionnellement les détenteurs ou les occupants, et l'assurance de la reconnaissance des États, ainsi que de la protection juridique à l'égard de ces terres et territoires. Elle exige aussi de recueillir le consentement de tous les membres des peuples autochtones concernés, selon leurs règles et pratiques coutumières respectives (art. 19). L'article 34 fait par ailleurs référence aux coutumes juridiques.

¹³Il s'agit d'une des définitions proposées dans le cadre des travaux de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) au sein du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, WIPO/GRTKF/IC/19/5, 19e session, juil. 2011.

et sont une partie intégrante de la culture autochtone elle-même. De tels savoirs et créations sont, à l'heure actuelle, dépourvus de protection, mais non de valeur. Il n'est qu'à prendre l'exemple des savoirs sur la pharmacopée et la riche biodiversité endémique de la Nouvelle Calédonie pour comprendre l'opportunité d'une protection et d'une valorisation de ces savoirs. Se fait jour la nécessité de préserver ces savoirs des comportements de certaines industries pharmaceutiques qui ont pu être, c'est moins vrai aujourd'hui, peu scrupuleux.

Les savoirs traditionnels et l'opportunité du transfert de la propriété intellectuelle

Dès lors, quel intérêt de se réjouir du transfert de la propriété intellectuelle à la Nouvelle-Calédonie si la norme d'origine métropolitaine n'organise pas la protection des savoirs et expressions culturelles spécifiques à la culture kanak ? Ce n'est pas tant la règle elle-même qui nous intéresse ici que la possibilité désormais offerte à la Nouvelle-Calédonie d'en prendre une, sans plus dépendre des choix législatifs de l'État français. Là réside une opportunité, parmi d'autres, conférée par le transfert du droit civil et du droit commercial, de mettre en œuvre une protection spécifique et adaptée des savoirs traditionnels sur le fondement de la propriété intellectuelle.

Le but de cette communication est de préciser les raisons pour lesquelles il paraît souhaitable de créer une propriété intellectuelle autochtone, afin d'assurer une protection efficace des savoirs traditionnels, ce qui supposera de rechercher, ensuite, les moyens d'y parvenir.

Au-delà de la protection des savoirs traditionnels, cet exemple illustre les possibilités offertes au législateur calédonien, à l'occasion de ce transfert de compétences. Un transfert de compétences est une opportunité de s'interroger sur la société que l'on veut construire, sans se contenter de reprendre tel quel l'existant métropolitain, et ce, en matière de propriété intellectuelle, comme en tout. Ce transfert mérite donc une réflexion approfondie de la population de Nouvelle-Calédonie et des hommes politiques.

I. Pourquoi créer une propriété intellectuelle et culturelle autochtone pour la protection des savoirs traditionnels ?

Le principe même d'une protection des savoirs traditionnels découle de l'accord de Nouméa. Outre son préambule (pt 5), l'article 1.3 vise la protection du patrimoine culturel. L'article 1.3.4. prévoit que « les droits des auteurs doivent être effectivement protégés », alors que l'article 1.3.5 renvoie à la signature d'un accord particulier entre l'État et la Nouvelle-Calédonie le soin de préciser les modalités de protection du patrimoine culturel. L'article 215 de la loi organique du 19 mars 1999 ajoute que cet accord particulier traite notamment du patrimoine culturel kanak. L'accord a été conclu le 22 janvier 2002 dans une volonté de rééquilibrage inter et intra-provincial mais aussi entre les différentes composantes de la population, au profit du peuple kanak. L'État s'engage à soutenir la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture kanak. Par ailleurs, des outils internationaux ouvrent la voie et invitent les États, la France aujourd'hui, la Nouvelle-Calédonie demain, à adopter une législation sur ces questions.

Une fois le principe de protection admis, encore faut-il se demander en quoi la propriété intellectuelle peut y aider. Deux motifs principaux justifient le choix de ce fondement. D'une part, le droit de la propriété intellectuelle s'avère particulièrement efficace, en raison des sanctions qu'il impose. D'autre part, les instances internationales et régionales invitent les États à opter pour ce droit, ce qu'il convient de faire, dans un souci d'harmonisation et donc d'efficacité.

A. Une propriété intellectuelle et culturelle autochtone efficace

1. La conception autochtone des savoirs

Si le droit de la propriété intellectuelle peut garantir une certaine efficacité, à l'évidence, cette propriété va devoir s'adapter aux modes de création du peuple kanak¹⁴. Il s'agit bien ici d'envisager de nouvelles règles adaptées aux spécificités de ces savoirs, au sein même de la propriété intellectuelle, pour créer « une propriété intellectuelle et culturelle autochtone ». On ne peut naturellement se contenter de la propriété intellectuelle « classique », du fait de ses lacunes. En effet, l'ap-

¹⁴ V. C. Castets-Renard, *La protection des savoirs traditionnels et des ressources génétiques par la Convention sur la diversité biologique et la propriété intellectuelle : la reconnaissance de droits coutumiers*, in *Coutume et environnement, colloque organisé à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, octobre 2009, Actes à paraître. Voir également les réflexions menées par le groupe de travail qui ont abouti à l'élaboration de la loi type de 2002 sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie, ainsi qu'au sein du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore à l'OMPI.*

proche occidentale de la connaissance et de la propriété est aux antipodes de la conception autochtone. La protection par le droit d'auteur, les brevets, les indications géographiques ou encore les obtentions végétales confère des droits individuels, ce qui ne permet pas de prendre en compte les spécificités des savoirs ancestraux, détenus par une collectivité (clan, tribu), et de consacrer des droits collectifs. En outre, la notion même de propriété achoppe. Les détenteurs de savoirs ne s'estimeront pas titulaires de droits mais dépositaires de savoirs, à sauvegarder et à transmettre aux générations futures. Par ailleurs, les aspects culturels et identitaires, intimement liés aux savoirs eux-mêmes, doivent aussi être pris en compte. La culture et les savoirs traditionnels des peuples s'envisagent comme un tout. Les aspects techniques, artistiques, rituels (lieux de culte, lieux sacrés, tabous) et identitaires des savoirs sont mêlés, en lien avec la terre¹⁵, ce qui englobe aussi les questions foncières. La notion d'espace de vie¹⁶, social et culturel, rend mieux compte de la conception kanak des savoirs traditionnels et expressions culturelles, liés à la connaissance de cet espace. Il va sans dire que l'édification d'une propriété intellectuelle et culturelle autochtone doit respecter cette conception et il est évident que le peuple kanak lui-même doit prendre sa place dans l'élaboration de la loi. Il est souhaitable que le Sénat coutumier prenne une part active à la définition de ces savoirs, d'autant qu'il a compétence pour donner son avis sur un projet de loi du pays portant sur l'identité culturelle kanak.

2. Les choix législatifs pour protéger les savoirs traditionnels

Quant aux choix de législation qui vont s'ouvrir au législateur calédonien, deux types de fondements peuvent s'envisager. Soit on crée un système *sui generis* qui relève clairement de la propriété intellectuelle en prévoyant des droits de propriété intellectuelle nouveaux. Les Australiens évoquent alors « *une propriété intellectuelle et culturelle autochtone* ». Soit on crée un système *sui generis* fondé sur un tout autre domaine, tel le droit coutumier dont relèvent les peuples autochtones, ou encore le droit du patrimoine culturel, ou bien le droit de la consommation.

Si on prend cette deuxième option, relevons que chacun de ces fondements peut paraître pertinent mais présente en réalité des incomplétudes, source d'inefficacité. Concernant le droit de la consommation, les savoirs traditionnels et le folklore ne seraient envisagés que dans un rapport contractuel marchand. Tout usage non marchand ne serait pas empêché, ce qui est évidemment insuffisant.

De son côté, le droit du patrimoine l'est tout autant, mais pour des raisons inverses. L'objectif de la réglementation est la protection par la conservation, la préservation des biens, sans envisager des rapports marchands, ni même une valorisation économique. Or, on ne voit pas pourquoi les peuples autochtones seraient privés de la possibilité de faire un usage marchand de leurs savoirs et folklores, *a fortiori* quand des membres extérieurs à ces communautés s'y intéressent et les exploitent sans autorisation. Pour le moins, il faut pouvoir empêcher l'usage marchand non autorisé. Or, le droit du patrimoine est insuffisamment dissuasif pour éviter le pillage.

Enfin, le fondement du droit coutumier doit retenir l'attention. Un statut civil coutumier et des terres coutumières ont été accordés aux Kanak depuis l'accord de Nouméa, qui a valeur constitutionnelle. Ce fondement présente donc des atouts, aussi n'est-il guère étonnant qu'il ait été retenu lors de l'élaboration en 2010 d'un projet de loi du pays sur la protection des savoirs traditionnels, actuellement à l'étude au gouvernement, réalisé sous l'égide d'un comité de pilotage, composé de personnalités compétentes.

Cependant, le fondement du « statut civil coutumier » présente, nous semble-t-il, l'inconvénient de ne pas être forcément bien connu et compris des personnes extérieures à la communauté kanak, *a fortiori* quand il s'agira de l'appliquer à des entreprises multinationales pharmaceutiques. Le risque est alors de faciliter les violations de cette législation du fait de son incompréhension ou, au contraire, de faire fuir les investisseurs qui ne trouveraient pas la sécurité juridique dont ils ont besoin. Surtout, le statut civil coutumier n'a vocation à régir que les rapports entre personnes de statut civil coutumier, soit essentiellement les rapports entre Kanak (loi n° 99-209, art. 7), lors même que les problèmes de pillage seront générés surtout par des personnes non membres de la communauté.

Le fondement du « foncier coutumier » interroge aussi car il revient à rattacher les savoirs traditionnels et les expressions culturelles à une terre, ce qui engendre une territorialisation du droit exclusif et pose la question de son efficacité en dehors des terres coutumières. Cette territorialisation ne sera en outre pas forcément un fondement clair car il existe encore des différends fonciers entre clans. Pour une terre dont la détention est contestée, le savoir associé à cette terre pourra-t-il

¹⁵ À l'instar de tous les peuples autochtones, le lien à la terre est identitaire : F. Deroche, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, L'Harmattan, 2008.

¹⁶ V. le sénateur coutumier R. Mapou, *L'espace de vie kanak*, Mwà Vée, *Revue culturelle kanak*, n° 63, janv.-févr.-mars 2009.

être protégé ou pourra-t-il, à son tour, être contesté ? Par ailleurs, tous les savoirs sont-ils nécessairement associés à une terre ? Comment régir les conflits de savoirs identiques, détenus par différents clans et rattachés à des terres différentes ? Même si on envisage les rapports entre États, si on veut obtenir une harmonisation à l'échelle internationale, gage d'efficacité, mieux vaut retenir un fondement le plus commun possible à la protection des savoirs traditionnels, plutôt qu'une source spécifique qui risque de ne pas être reconnue par d'autres pays n'ayant pas de peuples autochtones ou n'ayant pas la même politique que la France à leur égard¹⁷. Le fondement du statut coutumier et des terres coutumières risque d'être mal compris. La protection sera mieux garantie par un fondement plus connu, voire déjà adopté par une grande majorité d'États.

En comparaison, la première option, consacrant la propriété intellectuelle, présente de nombreux avantages. D'abord, ces principes sont connus des juristes du monde entier puisqu'elle est consacrée dans des conventions internationales de l'OMPI depuis la fin du XIXe siècle, et, depuis 1994, par l'Organisation mondiale du commerce (l'OMC) par l'accord ADPIC (aspects de droit de la propriété intellectuelle relatifs au commerce). Il ne fait aucun doute que les bioprospecteurs étrangers soient en mesure de comprendre ce qu'est une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, une contrefaçon. Ce fondement va permettre une protection internationale plus efficace. Au demeurant, cette option a été retenue à l'échelle régionale par la Commission pour le Pacifique Sud (CPS) dans une loi-type de 2002. Il va sans dire que la Nouvelle-Calédonie a intérêt à suivre le mouvement de protection harmonisée qui se met en place dans la région.

Ensuite, la violation de ce droit ouvre l'exercice de l'action en contrefaçon, délit civil et pénal, dont les peines sont dissuasives puisqu'elles s'élèvent à 300 000 euros d'amende et 3 ans d'emprisonnement, portées à 500 000 euros d'amende et 5 ans d'emprisonnement, si l'infraction a été commise en bande organisée. Dès lors, le fondement de la propriété intellectuelle permettrait de reprendre les sanctions de la contrefaçon, suffisamment sévères pour garantir une protection effective des savoirs traditionnels. Notons que le transfert de compétence du droit de la propriété intellectuelle englobe aussi le volet pénal, car, comme nous l'expliquera le professeur Malabat, si le droit pénal en tant que tel n'est pas transféré, l'article 86 de la loi organique de 1999 prévoit que « *en matière pénale, le congrès peut assortir les infractions aux lois du pays et à ses règlements de peines d'amendes qui respectent la classification des contraventions et délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République* ». Par ailleurs, un droit de propriété intellectuelle permet également à son titulaire de faire procéder à des saisies contrefaçon, en vue de se préconstituer la preuve avant tout procès en contrefaçon.

Enfin, le point 5 du préambule de l'accord de Nouméa évoque non seulement la protection, mais encore la valorisation du patrimoine culturel kanak. La propriété intellectuelle est le meilleur instrument de valorisation économique, en ce qu'elle accorde un droit exclusif à son titulaire, reconnu à l'échelle internationale et dont la violation est pénalement sanctionnée. Elle offre ainsi des moyens légaux d'empêcher les tiers d'accomplir certains actes non autorisés impliquant l'utilisation d'un objet protégé. Elle se distingue des simples actions de « conservation » et de « préservation », même si la propriété intellectuelle n'empêche en rien d'atteindre de tels objectifs.

Par ailleurs, fonder une protection des savoirs traditionnels sur la propriété intellectuelle n'exclut pas, naturellement, la prise en compte de la coutume et des principes coutumiers lors de l'élaboration du dispositif de protection de ces savoirs. Le rejet du fondement coutumier n'implique donc pas le rejet des principes coutumiers. Bien au contraire, ces principes vont permettre d'élaborer les règles de protection des savoirs traditionnels.

En conséquence, à l'occasion du transfert du droit civil et du droit commercial, nous invitons à revoir le fondement de la protection des savoirs traditionnels, tel qu'envisagé dans le projet de loi du pays rédigé en 2010. Si, à l'époque, le fondement retenu ne pouvait être que celui du droit coutumier (art. 22 de la loi organique du 19 mars 1999), il est désormais possible, grâce à ce transfert de compétence de la propriété intellectuelle, de préférer ce fondement.

S'il fallait donner un motif supplémentaire pour emporter la conviction, l'argument décisif pourrait être que le choix d'une propriété intellectuelle autochtone a été fait à l'échelle internationale et régionale. La Nouvelle-Calédonie ne peut rester isolée sur cette question, au risque d'être marginalisée.

B. Une propriété intellectuelle et culturelle autochtone harmonisée à l'échelle mondiale et régionale

1. Les caractères de la propriété intellectuelle et culturelle autochtone

Par le choix d'une propriété intellectuelle et culturelle autochtone, le but est d'utiliser les mécanismes protecteurs de la pro-

¹⁷ Pour une réflexion sur la reconnaissance de droits culturels, en particulier d'un « droit d'une culture », voir D. Szymczak, *Jcl Libertés*, Fasc. 1220.

priété intellectuelle, tout en respectant les principes coutumiers et les caractères des savoirs traditionnels et des expressions folkloriques. L'instrument de la propriété intellectuelle va permettre d'octroyer au titulaire de savoirs un droit exclusif permettant de contrôler leur utilisation, d'exclure les utilisateurs non autorisés de leur usage et de contrôler les conditions d'utilisation.

2. Une protection mondiale de la propriété intellectuelle autochtone

Des instances internationales ont pris conscience de la nécessité d'une telle protection. Des textes, peu contraignants il faut le dire, ont commencé à admettre l'idée d'une nécessaire protection de ces savoirs, au sein de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO)¹⁸, de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (la FAO)¹⁹ ou de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)²⁰.

Plus spécifiquement, l'UNESCO et l'OMPI se sont réunies dès les années 1970 et 1980 pour envisager la protection juridique du folklore. À la suite de ces rencontres, « *des dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables* » ont été adoptées en 1982. Au Forum mondial de l'UNESCO-OMPI sur la protection du folklore, organisé à Phuket en avril 1997, la décision de constituer un groupe d'experts au sein de l'OMPI a été prise. Un « *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore* » a ainsi été mis en place dont la mission est d'engager des négociations sur la base d'un texte, en vue de parvenir à un accord sur un ou plusieurs instruments juridiques internationaux qui garantiront une protection efficace de ces savoirs. Plusieurs documents ont été élaborés et discutés dans cette enceinte depuis plusieurs années.

3. Une protection régionale dans le Pacifique Sud

Par ailleurs, nul n'ignore que les peuples autochtones soient nombreux dans le Pacifique Sud, aussi la question de la protection de leurs savoirs a-t-elle tout naturellement été portée devant la Commission du Pacifique Sud (CPS). Des travaux ont commencé en son sein, dès la fin des années 1990, pour aboutir en 2002 à un « *cadre juridique régional pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture* » qui constitue une loi-type, c'est-à-dire un modèle, élaboré avec l'aide de représentants de l'OMPI. En outre, la CPS a rédigé des notes explicatives, ainsi que des principes de transposition dans les législations nationales, véritables guides méthodologiques. Les documents de l'OMPI ont naturellement servi de référence dans l'élaboration de la loi-type. À n'en pas douter, la tendance est à la coopération et à l'harmonisation internationale des principes généraux de protection, adaptés ensuite à l'échelle régionale, puis locale. La loi-type de la CPS a été conçue en tenant compte du contexte océanien. À la suite, plusieurs États du Pacifique se sont attelés à la rédaction de législations, en suivant le modèle proposé. Il en est ainsi à Fidji, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, à Palau, au Vanuatu, à Kiribati, aux îles Cook et enfin aux îles Salomon. À l'évidence, il est de l'intérêt de la Nouvelle-Calédonie d'aller dans le sens de l'harmonisation régionale, si elle veut garantir une réelle efficacité de la protection. Elle a aujourd'hui à sa disposition de nombreux sources et modèles convergents. Si la tâche est colossale, le législateur calédonien n'est pas seul à devoir relever le défi. Les principes généraux proposés par la CPS constituent une aide précieuse pour élaborer cette propriété intellectuelle et culturelle autochtone.

II. Comment créer une propriété intellectuelle et culturelle autochtone ?

Le régime juridique de la propriété intellectuelle et culturelle autochtone présente certaines caractéristiques qu'il convient de mettre en cohérence avec d'autres dispositifs internationaux, en particulier la propriété intellectuelle « classique », « occidentale ».

A. Le régime juridique de la propriété intellectuelle et culturelle autochtone

La propriété intellectuelle et culturelle autochtone repose sur des dispositifs de propriété intellectuelle, sans pour autant pouvoir en épouser toutes les règles. Des particularités doivent être prises en compte que nous proposons de recenser, sans prétendre à l'exhaustivité.

¹⁸ Voir la *Convention sur la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* (17 octobre 2003), ou encore la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* de 2005, qui reconnaissent la nécessité de protéger les savoirs traditionnels. À noter également que la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* du 19 octobre 2005 comprend un article 17 sur la protection de l'environnement, de la biosphère et de la biodiversité.

¹⁹ La FAO a adopté le *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* (2001). Dans ce *Traité*, les savoirs traditionnels apparaissent à l'article 9 sous le terme de « *droit des agriculteurs* ».

²⁰ L'OMS a lancé, dès 1970, des programmes sur les médecines traditionnelles et la protection des connaissances, notamment en Asie.

1. Des définitions délicates

La première difficulté à laquelle le législateur calédonien se trouvera confronté réside incontestablement dans les définitions. Tout d'abord, si l'unité du peuple autochtone kanak en Nouvelle-Calédonie ne fait aucun doute, ce qui évite les problèmes d'identification, la question se posera de savoir si la protection des savoirs traditionnels pas forcément autochtones, peut s'envisager. Autrement dit, d'autres populations détentrices de savoirs ancestraux résident en Nouvelle-Calédonie, tels les Polynésiens, Wallisiens et Futuniens, mais aussi les populations chinoises, indonésiennes. Il semble cependant que, dans la mesure où la collecte d'un savoir traditionnel, préalable nécessaire à l'attribution d'un droit, repose sur la reconnaissance et la validation de ce savoir par les autorités coutumières suivant un chemin coutumier et une hiérarchie bien établie, il paraît fort délicat de reconnaître ces savoirs, au profit de populations dont les autorités coutumières se situent en dehors du territoire de la Nouvelle-Calédonie. Même si cette possibilité doit pouvoir s'envisager par la suite, il semble préférable, dans un premier temps, de se limiter à la population autochtone kanak. La protection des savoirs traditionnels est complexe et la réponse juridique qui pourra être apportée devra être éprouvée avant d'être éventuellement étendue à d'autres populations.

Cette question préalable réglée, celle qui vient immédiatement après est bien plus délicate. Les bénéficiaires de la protection seront, certes, les Kanak, mais encore faut-il ensuite préciser les titulaires de droits, c'est-à-dire les détenteurs des savoirs. Si on envisage la propriété collective au profit de communautés traditionnelles, il est nécessaire de préciser si les droits sont accordés à des clans, à des tribus ou à des familles. La détention collective du savoir nécessite de définir la ou les collectivités dont il s'agit. Le clan pourrait être choisi, dans la mesure où ce niveau d'organisation sociale est privilégié par le peuple kanak et où la Cour d'appel de Nouméa vient de lui reconnaître la personnalité morale²¹.

Évidemment, le législateur ne pourra pas non plus faire l'économie d'une réflexion sur l'objet même de la protection : que faut-il entendre par « savoirs traditionnels » et « expressions de la culture » ou « expressions folkloriques » ? Une chose est sûre, la nature même du savoir traditionnel est très diversifiée et, de surcroît, complexe, en ce qu'elle nécessite, le plus souvent, la prise en compte d'une dimension culturelle et identitaire. Le législateur calédonien devrait se garder d'énumérer ces savoirs au sein d'une liste limitative et se contentera d'une liste non exhaustive, à titre exemplatif.

Peuvent ainsi être protégés, par exemple, les techniques de construction de cases, la réalisation de bambous gravés, des contes, rites, discours claniques, savoirs sur les plantes...

Egalement, se posera nécessairement la question des conditions de protection de ces savoirs : exigera-t-on une activité intellectuelle créatrice ? Faudra-t-il établir un lien direct entre le savoir et la communauté ? L'utilisation du savoir devra-t-elle être encore actuelle²² ? Ces questions, touchant à la coutume, doivent naturellement faire l'objet d'une discussion au sein des instances coutumières, en particulier du sénat coutumier et des conseils d'aires coutumières. Il est indispensable que les Kanak s'emparent de la question et définissent eux-mêmes les éléments constitutifs de leur identité culturelle.

2. Des mécanismes de protection

Quant aux mécanismes de protection, la reconnaissance de droits de propriété collectifs et exclusifs apparaît comme le meilleur moyen d'obtenir le consentement préalable et éclairé des populations autochtones. Également, la consécration de droits moraux, sous la forme d'un droit au respect et d'un droit à la paternité, à l'instar du droit d'auteur, empêcherait les tiers de porter atteinte aux savoirs et expressions folkloriques traditionnels. Les cas de violation du droit intellectuel autochtone devront être précisés, en termes d'utilisation, d'appropriation et d'omission, ainsi que les sanctions afférentes, en lien avec les sanctions civiles et pénales de la contrefaçon « classique ». À l'inverse, les droits du public devront aussi être pris en compte, sous la forme d'exceptions et limites du droit exclusif.

Par ailleurs, de strictes règles de confidentialité et de secret doivent garantir aux titulaires qui accepteraient de livrer leurs savoirs en vue d'un inventaire de garder la main sur le niveau d'accès à la connaissance qu'ils accordent selon l'identité du demandeur. Le consentement préalable et éclairé, nécessaire à la collecte du savoir, doit spécifier les conditions d'usage et l'obligation de confidentialité du collecteur. Des règles d'ordre public doivent protéger cette obligation légale de confidentialité, y compris dans l'hypothèse où le titulaire du savoir aurait conclu un contrat en vue de son exploitation. La méthode de collecte des savoirs mise en œuvre par l'agence pour le développement de la culture kanak (ADCK) depuis 2004

²¹ Une jurisprudence récente vient d'accorder la personnalité morale au clan : CA Nouméa, 22 août 2011, n° 10/531.

²² En complément de la propriété intellectuelle, et dans les hypothèses où un droit exclusif ne pourrait être mis en œuvre au profit d'un clan, le législateur calédonien a aussi la possibilité de valoriser les savoirs traditionnels, dans une démarche de conservation sur le fondement de la Convention sur le patrimoine culturel immatériel de l'UNESCO (2003). Ce texte assure le recensement et la reconnaissance internationale des savoirs, à l'image du maloya réunionnais. Cette possibilité pourrait s'avérer complémentaire, dans les hypothèses où un savoir ne pourrait pas satisfaire aux exigences posées par la législation sur la propriété intellectuelle autochtone, nécessairement plus exigeante, en particulier pour identifier avec certitude les détenteurs des savoirs. La culture de l'ensemble du peuple kanak y gagnerait alors et serait ainsi mise en valeur.

est particulièrement pertinente car elle prévoit cinq niveaux de confidentialité²³, définis avec le détenteur du savoir. Elle paraît tout à fait respectueuse des principes coutumiers et pourrait servir de modèle à l'élaboration de règles légales. Elle est également utile pour empêcher le pillage.

Enfin, la durée de protection du savoir traditionnel est également un enjeu essentiel pour les Kanak. Selon les principes coutumiers, les détenteurs du savoir se considèrent comme dépositaires et ont pour rôle de transmettre le savoir de génération en génération. Il est tout à fait exclu de n'accorder qu'un droit exclusif limité dans le temps, ce qui est, à l'inverse, de l'essence de la propriété intellectuelle « classique ». On touche là une différence majeure entre la propriété intellectuelle autochtone et la propriété intellectuelle classique. Dès lors, le droit sur les savoirs traditionnels doit être perpétuel, ce qui suppose qu'il soit imprescriptible. Il est aussi nécessaire qu'il soit incessible, inaliénable et insaisissable, ce qui n'est pas sans rappeler les caractéristiques du droit moral ou encore la règle des quatre « i » applicable aux terres coutumières²⁴.

3. Des organismes à mettre en place ou à renforcer pour la gestion des droits autochtones

L'obtention et la gestion des droits intellectuels autochtones supposent l'intervention d'organismes publics. Il va sans dire que l'ADCK a un rôle important à jouer, en raison de ses missions et de la démarche de collecte déjà entreprise. Également, la SACENC pourrait naturellement avoir un rôle à jouer. Quant aux savoirs traditionnels d'ordre technique, une coopération avec l'INPI est à envisager sous deux angles. À titre défensif tout d'abord, le recensement des savoirs traditionnels dans des bases de données numériques, mises à la disposition des examinateurs de l'INPI et de tous les offices des brevets, tels les offices européen, américain, australien ou néo-zélandais, permettrait de faire tomber des brevets pour défaut de nouveauté. Le transfert de compétence ne signifie pas l'abandon de l'État et il paraît essentiel de faire bénéficier la Nouvelle-Calédonie de la compétence et du dispositif de l'INPI. L'exemple de la Polynésie française est éloquent sur cette question. La compétence de la propriété intellectuelle lui a été transférée par la loi organique du 27 février 2004. Aucune réglementation propre à la Polynésie française n'ayant été adoptée, le droit de la propriété intellectuelle applicable est celui fixé par le CPI dans sa rédaction en vigueur le 3 mars 2004. Mais ce transfert de compétence ne s'est pas accompagné de la mise en place d'un organisme de propriété intellectuelle. Un récent avis du Tribunal administratif de la Polynésie française en date du 13 mai 2011²⁵ conduit à préconiser la mise en place d'un organisme équivalent ou la conclusion d'une convention de délégation avec l'INPI pour pallier cette lacune. Forte de cet exemple, la Nouvelle-Calédonie devra envisager un tel partenariat et devra y songer en toutes matières transférées.

D'un point de vue plus offensif, si une propriété intellectuelle autochtone est reconnue à l'échelle internationale, grâce aux travaux de l'OMPI et de l'UNESCO, il faudrait que les savoirs et expressions culturelles répertoriés puissent être protégés, en tant que tels, par tous les offices de propriété intellectuelle.

Enfin, si l'ensemble de ce dispositif, déjà existant, est insuffisant, il pourrait être envisagée, comme le fait le projet de loi du pays en cours d'élaboration, de mettre en place une autorité administrative indépendante (AAI) au niveau de la Nouvelle-Calédonie. N'oublions toutefois pas que de telles autorités pullulent, sans toujours pouvoir remplir correctement leur rôle²⁶, aussi faudra-t-il veiller aux moyens financiers octroyés et garantir l'effectivité de son indépendance.

Il restera ensuite à articuler ce nouveau dispositif avec les normes et institutions existantes.

B. L'articulation de la propriété intellectuelle et culturelle autochtone (PICA) avec les autres systèmes de protection

La création d'un nouveau type de propriété intellectuelle ne va pas sans poser la question de son articulation avec la propriété intellectuelle déjà existante (1). Par ailleurs, d'autres textes internationaux se préoccupent de la reconnaissance des savoirs traditionnels, en ce qu'ils portent sur des ressources naturelles (2).

1. La mise en cohérence de la PICA avec la PI « classique » : un principe d'égalité

Une protection défensive

La création d'une propriété intellectuelle et culturelle autochtone rend nécessaire des aménagements de la propriété intellectuelle « classique », ce qui sera rendu possible avec le transfert de compétence de la propriété intellectuelle à la Nouvelle-Calédonie.

Outre la consécration de droits assurant une protection offensive, une protection défensive au sein de la propriété intellec-

²³ Voir le numéro spécial de la revue *Mwa Vée*, Revue culturelle kanak, n° 50, oct.-nov.-déc. 2005.

²⁴ Les terres coutumières sont inaliénables, incommutables et incessibles.

²⁵ Avis TAPF n° 1-2011 du 13 mai 2011.

²⁶ Voir le rapport sur les AAI fait par P. Gélard, pour l'Office parlementaire pour l'évaluation de la législation, La Documentation française, 2006.

tuelle « classique » doit s'organiser. Cette protection défensive assure une égalité entre les deux protections et évite une suprématie de la propriété intellectuelle « occidentale » sur la propriété intellectuelle autochtone. En ce sens, l'exclusivité accordée aux détenteurs des savoirs traditionnels empêchera l'octroi d'autres droits exclusifs, consacrés par la propriété intellectuelle « classique ». Il devrait être exclu, par exemple, de déposer valablement un brevet sur un savoir ou d'enregistrer une marque, un dessin ou modèle ou un droit d'auteur sur une expression culturelle, dès lors que l'objet à protéger serait déjà reconnu et protégé comme savoir traditionnel.

Par exemple, en Nouvelle-Zélande, la loi sur les marques de 2002²⁷ va même plus loin en consacrant une interdiction d'enregistrer une marque dont l'utilisation ou l'enregistrement serait susceptible d'offenser une partie importante de la communauté, notamment les Maoris. Une marque portant sur un élément identitaire ou culturel maori, même non déposé comme savoir protégé, ne serait ainsi pas valable. Quant au fait de parer un droit sur un brevet, le recensement du savoir dans une base de données accessible à l'organisme d'octroi du brevet va constituer une antériorité et empêcher l'enregistrement illégitime. La création d'une base de données rassemblant les savoirs collectés dans chaque État donnerait une meilleure visibilité de l'état des connaissances traditionnelles aux offices de brevets. Ces derniers devraient pouvoir accéder aux bases de données sur les savoirs traditionnels et coopérer entre eux pour faciliter l'échange d'informations. De façon générale, il est préférable d'agir en amont, en empêchant l'octroi du droit, plutôt qu'en aval, par une action en contestation du brevet accordé, bien plus coûteuse et défavorable au demandeur à l'action qui supporte la charge de la preuve.

La protection des savoirs traditionnels touchant aux ressources naturelles doit aussi s'envisager en considération de préoccupations environnementales.

2. La mise en cohérence de la PICA avec la Convention de Rio sur la biodiversité et le Protocole de Nagoya

Le droit international de l'environnement et les savoirs traditionnels

Les peuples autochtones vivent en symbiose avec la nature et ont un lien fort à la terre leur conférant une connaissance approfondie des ressources naturelles²⁸. Certains savoirs vont donc tout naturellement concerner les plantes ou les ressources naturelles en général, utilisées par le peuple kanak dans son cadre de vie. Or, si la ressource naturelle a une valeur en soi, elle en aura davantage encore si un savoir lui est associé²⁹.

Par ailleurs, l'expérience prouve que la gestion des ressources naturelles suivant des principes traditionnels coutumiers répond aux exigences d'une gestion durable³⁰. La Convention de Rio des Nations unies sur la biodiversité (CDB) (1992) reconnaît les savoirs traditionnels des peuples autochtones (art. 8j)³¹ et tente d'établir un équilibre entre les pays fournisseurs et utilisateurs de ressources naturelles, en posant le principe d'un dispositif d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages (APA). Les États fournisseurs de biodiversité doivent ainsi laisser l'accès aux ressources génétiques, dans une mesure raisonnable pour garantir leur préservation, moyennant une contrepartie, pas nécessairement financière, des entreprises utilisatrices de ces ressources³².

Cette Convention a été complétée par différents textes³³ et, récemment, par le Protocole de Nagoya, adopté par la 10e Conférence des Parties (COP) en octobre 2010 et ratifié par la France en septembre 2011. Ce dispositif accorde une place

²⁷ Trade Marks Act, 2002, Sec. 17(1)(b)(ii).

²⁸ F. Deroche, *op.cit.*

²⁹ G. Maudet, *La protection de la biodiversité par la création d'un marché des ressources génétiques : la bioprospection en question*, thèse Grenoble, 2008. D'un point de vue économique, la structure de l'offre doit inciter la demande. Les pays fournisseurs de biodiversité ont donc intérêt à faire un inventaire de leurs connaissances, avec l'aide des peuples autochtones, tout en garantissant le secret, la confidentialité puisqu'un savoir tombé dans le domaine public n'a plus de valeur et n'est plus demandé. L'inventaire permet de faire connaître et de valoriser les savoirs et d'augmenter les prix sur le marché des ressources génétiques. En outre, il réduit l'asymétrie d'information, en révélant une information sur la qualité de la ressource, ce qui réduit les coûts de transaction. Dès lors, les entreprises demandeuses seront prêtes à payer la ressource plus cher.

³⁰ Pour un exemple de la prise en compte de ces savoirs en lien avec la nature : le Brésil accorde un droit sui generis pour protéger les connaissances traditionnelles associées aux ressources biologiques (loi n° 2186-16 de 2001 sur l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels associés et l'accès à ces savoirs). Les droits moraux sont considérés comme inaliénables et imprescriptibles et les droits patrimoniaux sont imprescriptibles. Le pouvoir de contrôle des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques est reconnu aux communautés traditionnelles (Indiens, Quilombolas...).

³¹ En droit français, l'article 33 de la loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer transpose l'article 8j de la CDB. Des règles ont par ailleurs été posées concernant la Guyane, dans le cadre du parc national amazonien. Ce dernier a été créé par le décret n° 2007-266 du 27 février 2007. La loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux introduit en droit français un régime spécial de protection de la biodiversité, transposé dans le Code de l'environnement (art. L. 331-1 et s.), et consacre même des dispositions propres au parc amazonien (C. env., art. L. 331-15-1 C. env.). Ces dispositions accordent une protection aux savoirs traditionnels locaux des communautés autochtones habitant le parc amazonien de Guyane. Quant au système d'APA, la loi pose le principe d'une autorisation pour l'accès aux ressources génétiques des espèces prélevées dans le parc national (art. L. 331-15-6 al. 1er C. env.) et organise la procédure d'autorisation. Les autorisations sont délivrées par le président du conseil régional, après avis conforme du président du conseil général et consultation de l'établissement public du parc national (art. L. 331-15-6 al. 3 C. env.). Cependant, l'alinéa 2 renvoie à la charte du parc national le soin de définir les orientations relatives aux conditions d'accès et d'utilisation des ressources, en particulier les modalités de partage des bénéfices, dans le respect des principes de l'article 8j de la CDB et de l'article 15. Or, la charte du parc national amazonien est en cours d'élaboration.

aux populations autochtones mais laisse les Etats libres de déterminer les droits effectivement reconnus. Le préambule du protocole reconnaît en effet le « lien d'interdépendance entre les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles et le caractère inséparable de ces ressources pour les communes autochtones et locales », ainsi que « l'importance des connaissances traditionnelles pour la conservation de la diversité biologique » et « l'utilisation durable de ses éléments constitutifs », « pour la pérennité des moyens de subsistance de ces communautés ».

Les limites du dispositif de Nagoya et la protection des savoirs traditionnels

Le protocole impose le consentement préalable de la Partie qui fournit la ressource naturelle. Mais l'accord est donné par le pays fournisseur de la ressource (art. 6) et l'État définit les conditions d'accès et de partage des avantages au sein de la loi nationale. En particulier, il revient à l'État de définir le rôle attribué aux peuples autochtones, lorsque la ressource se situe sur une terre coutumière. Ainsi, le droit accordé sur les ressources biologiques elles-mêmes ne vaut que dans la mesure définie par le droit national (art. 6). Il en est de même des connaissances des populations autochtones associées aux plantes (art. 7) ou du respect des lois, des protocoles et procédures communautaires des communautés autochtones et locales relatifs aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques (art. 12). Autrement dit, le protocole a laissé une marge de manœuvre appréciable aux États et la loi française qui devrait être adoptée en 2012 permettra, souhaitons-le, de préciser les principes posés par le protocole de Nagoya.

L'environnement, compétence des provinces

En Nouvelle-Calédonie, les savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques relèvent du droit de l'environnement, compétence des provinces (art. 20 de la loi organique de 1999). La province Sud a ainsi adopté une délibération n° 06-2009 le 18 février 2009 relative à la récolte et à l'exploitation des ressources biochimiques et génétiques, codifiée aux articles 311-1 et s. du Code de l'environnement de la province sud. Ce dispositif s'applique aux terres coutumières kanak mais devra sûrement être revu à la lumière du protocole de Nagoya. Les provinces Nord et des Îles pourraient également s'emparer de l'opportunité pour créer un texte spécifique.

Les savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques à considérer « à part »

La spécificité des sources et des règles de compétence en matière de ressources génétiques, ainsi que l'attente d'une législation en France, invite à exclure, dans un premier temps, les savoirs traditionnels associés aux ressources naturelles du projet de loi du pays sur les savoirs traditionnels. La législation n'étant pas encore stable et les contraintes étant différentes, mieux vaut procéder en deux étapes. En ce sens, la loi-type de la CPS englobe l'ensemble des savoirs traditionnels et expressions folkloriques, à l'exclusion des savoirs traditionnels liés aux ressources biologiques. Pour compléter la démarche, le Forum des îles du Pacifique et le Programme régional océanien de l'environnement (PROE) ont adopté en 2010 une loi-type concernant les ressources génétiques. Il va sans dire que les deux textes sur les savoirs en général et sur les savoirs liés aux ressources génétiques devront s'articuler. Egalement, les mesures prises par les provinces sur l'accès et le partage des avantages devront être, autant que possible, harmonisées entre elles.

Les modalités pratiques de l'accès aux ressources et du partage des avantages n'ont donc pas encore été définies. À la fin de l'année 2010, s'est achevée la première phase d'élaboration de la charte du parc amazonien de Guyane. Ainsi, en octobre 2010, le conseil d'administration a voté la validation intermédiaire : du caractère du parc ; du diagnostic et des enjeux territoriaux ; des orientations de développement durable en zone d'adhésion ; des objectifs de protection des patrimoines naturels, paysagers et culturels en zone de cœur. Le caractère du parc est ce qui a justifié le classement du territoire en parc national. Définir le caractère du parc revient à identifier ce qui fait la valeur et la richesse de la nature et des hommes qui vivent sur le territoire. C'est aussi une manière de désigner ce qui doit être préservé et valorisé, de guider les actions menées par le parc amazonien de Guyane et ses partenaires. La définition des enjeux du territoire est une des premières étapes de l'élaboration de la charte. Il s'agit à partir d'un diagnostic du territoire de définir les sujets importants à traiter dans la charte. À titre d'exemple, l'agriculture sur abattis brûlés demeure un support essentiel aux modes de vie des populations du territoire. L'enjeu est de permettre la pérennisation de leurs systèmes de production et d'accompagner les évolutions en cours dans le cadre d'un développement local durable. Des conseils d'habitants ont été mis en place pour faire participer les populations occupant le parc à l'élaboration des règles. La rédaction de la charte doit s'achever en 2011 pour être adoptée en principe en 2012.

³² Notons que la France est à la fois fournisseur (en outre-mer) et utilisatrice (entreprises pharmaceutiques) de ressources génétiques. La question de la biodiversité en outre-mer a fait l'objet d'une étude approfondie par la Fondation pour la recherche sur la biodiversité (FRB) sur « La pertinence et la faisabilité juridiques et institutionnelles d'un dispositif d'accès et de partage des avantages en outre-mer, portant sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles ». La réponse des rapporteurs a été positive.

³³ La Conférence des Parties (COP) prend des recommandations régulières, en vue d'améliorer le dispositif de la CDB. Voir les lignes directrices de Bonn (2001) qui tentent de préciser le dispositif APA mais sans caractère contraignant.

Les questions environnementales et le statut civil coutumier étant déjà de la compétence de la Nouvelle-Calédonie ou de ses provinces, on ne peut que se réjouir du transfert de compétence du droit de la propriété intellectuelle qui va permettre de compléter et d'améliorer l'arsenal législatif.

Souhaitons que le législateur calédonien en prenne conscience et y voie, lui aussi, une opportunité pour protéger les savoirs traditionnels et satisfaire une revendication légitime du peuple kanak.

La question du droit pénal

Valérie Malabat

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Institut de sciences criminelles et de la Justice

Cette question est sans doute tout d'abord de savoir si la question du transfert du droit pénal se pose vraiment. Il semble en effet évident, a priori, que la matière pénale ne fait pas partie des matières dont la compétence doit être transférée à la Nouvelle-Calédonie et ce, pour plusieurs raisons, de fond comme de forme.

Parmi les arguments de fond figure tout d'abord le principe selon lequel la matière pénale est liée à la souveraineté de l'Etat, à l'aspect indivisible de la République¹ et doit par conséquent être d'application territoriale. Il ne serait donc tout simplement pas possible d'envisager le morcellement du droit pénal².

Au titre des arguments de forme, il est difficile de ne pas remarquer ensuite qu'un tel transfert n'est pas envisagé expressément par l'accord de Nouméa ni par la loi organique. Ce silence peut se concevoir pour l'accord de Nouméa, de portée plus politique que juridique. La loi organique³ est en revanche censée traduire juridiquement les orientations politiques définies par l'accords de Nouméa et devrait donc apporter une réponse à la question de savoir si le transfert du droit pénal est envisagé. Or, la loi organique entretient un rapport ambigu avec la matière pénale. Si le transfert de la matière pénale n'y est pas envisagé en tant que tel – elle n'est pas visée comme le sont le droit civil et le droit commercial – et est même a priori exclu puisque le droit pénal relève de la compétence de l'Etat, la Nouvelle-Calédonie se voit tout de même reconnaître par la loi organique une compétence en matière pénale puisqu'elle peut assortir la violation des lois ou règlements du pays de sanctions pénales⁴.

La question de la réalité juridique de ce transfert se pose donc alors que les enjeux d'un transfert en matière pénale sont importants, plus encore peut-être qu'en matière civile ou commerciale, compte tenu évidemment du danger que représente le droit pénal pour les libertés individuelles, mais aussi compte tenu du caractère d'ordre public du droit pénal. Le choix du statut coutumier kanak ne permet ainsi pas d'écarter l'application du droit pénal⁵, alors qu'il permet d'écarter le statut civil de droit commun⁶. C'est dire l'enjeu d'un transfert, même partiel, de la matière pénale, qui concerne toute la population de la Nouvelle-Calédonie, qu'elle soit soumise au statut coutumier ou au statut de droit commun.

La question du droit pénal se pose donc bien et justifie cette intervention dont l'objectif est, sinon d'y répondre, du moins d'en envisager les incidences. Á ce titre, une précision, importante, s'impose sur la nature de cette intervention. Son objectif n'est pas en effet de dire si le transfert du droit pénal ou d'une partie du droit pénal est opportun ou légitime, ce qui constituerait une analyse de type politique, mais simplement, d'un point de vue technique, de dire si ce transfert est juridiquement envisageable en droit pénal et, s'il est juridiquement envisageable, d'en pointer les difficultés, les risques et peut-être aussi les points positifs.

¹ La République française est une et indivisible. V. art. 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale », identique sur ce point à l'article 1er de la Constitution du 27 octobre 1946.

² L'article 73 al. 4 de la Constitution rappelle ainsi que la compétence pénale ne peut être déléguée aux collectivités infra-étatiques. Et, par exemple, la loi organique 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française pose dans son article 14 que tant le droit pénal que la procédure pénale restent de la compétence de l'Etat. Cela n'empêche toutefois pas ce même statut de prévoir plus loin (art. 20 et 21) des dispositions identiques à celles contenues dans les art. 86 et 87 de la loi organique pour la NC.

³ Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF 21 mars, p. 4197 et s.

⁴ Art 86 et suiv. de la loi organique.

⁵ Voir notamment Cass. crim. 10 octobre 2000, n° 00-81959, ayant affirmé « qu'aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer et appliquer des sanctions à caractère de punition, même aux personnes relevant du statut civil coutumier », ainsi que, plus récemment, CA Nouméa, 1ère ch. corr., 28 avril 2009, JCP G 2009, n° 44, 384, 1ère esp., note E. Cornut.

⁶ Art. 7 et suivants de la loi organique. De toute façon l'article 73 ne concerne pas la Nouvelle-Calédonie dont le statut est régi par le titre XIII et non par l'article 73 (cf art. 72-3 de la Constitution).

Très simplement, cette analyse juridique se fera en examinant tout d'abord les questions soulevées par la détermination de la compétence pénale de la Nouvelle-Calédonie avant de soulever celles liées à l'exercice de cette même compétence.

I. La question de la détermination de la compétence pénale de la Nouvelle-Calédonie

Le principe même de la compétence pénale de la Nouvelle-Calédonie apparaît discuté et ce n'est donc qu'une fois que la question de savoir si la Nouvelle-Calédonie est dotée d'une compétence en matière pénale sera tranchée que l'on pourra évoquer ensuite celle du périmètre de cette compétence.

A. Le principe de la compétence pénale de la Nouvelle-Calédonie

La loi organique prévoit, de manière imprécise et limitée, mais prévoit tout de même, l'attribution d'une compétence en matière pénale.

On pourrait, en effet, tout d'abord s'attendre à ce que le droit pénal figure expressément au I de l'article 21 de l'ordonnance qui pose les compétences réservées à l'État. Or, parmi ces compétences ne figurent que la procédure pénale⁷ et la lutte contre la circulation illicite et le blanchiment des capitaux ou la lutte contre le financement du terrorisme⁸. Le simple fait que ce texte vise spécifiquement la procédure pénale – au lieu par exemple de la matière pénale – et seulement certaines infractions pénales semble ainsi signifier que les autres infractions ne relèvent pas nécessairement de la compétence de l'État.

Le II de l'article 21 est plus explicite qui prévoit ensuite que l'État est également compétent dans certaines matières qu'il énonce ensuite, sous réserve, le cas échéant, de l'application des dispositions mentionnées aux articles 28 à 38. Or, parmi les matières ensuite désignées figure le « *Droit pénal, sous réserve des dispositions prévues aux articles 86, 87, 88 et au deuxième alinéa de l'article 157⁹* ». La compétence de l'État en droit pénal est donc cette fois-ci posée, mais sous réserve des dispositions citées qui accordent justement à la Nouvelle-Calédonie le pouvoir de sanctionner pénalement les infractions aux lois du pays et à ses règlements¹⁰.

Autrement dit, la loi organique reconnaît donc, en matière pénale, une compétence de principe de l'État et une compétence exceptionnelle de la Nouvelle-Calédonie. L'importance de cette exception est toutefois loin d'être négligeable.

L'article 86 de la loi organique prévoit ainsi qu'« *en matière pénale, le congrès peut assortir les infractions aux lois du pays et à ses règlements de peines d'amendes qui respectent la classification des contraventions et délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République. Il peut assortir ces infractions de peines complémentaires prévues pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République.*

Le congrès peut également prévoir des sanctions administratives en toutes matières.

Le produit des amendes perçues en application du présent article est versé au budget de la Nouvelle-Calédonie. »

Ce pouvoir de sanction constitue donc véritablement une compétence pénale qui est accordée à la Nouvelle-Calédonie en tant qu'accessoire de la compétence qui est reconnue aux lois et règlements de pays. Il semble que l'on peut ainsi évoquer, au profit de la Nouvelle-Calédonie, la consécration d'une compétence pénale accessoire des autres compétences normatives qui lui sont transférées.

La question du droit pénal à l'occasion du transfert du droit civil et du droit commercial ne serait donc a priori pas bien nouvelle, puisque l'attribution de ce pouvoir de sanction pénale accessoire a déjà été opérée dans les matières déjà transférées. Le Code de la route est ainsi en grande partie un Code pénal de la route et on trouve dans le Code du travail de Nouvelle-Calédonie un certain nombre de dispositions pénales, notamment en matière d'hygiène et de sécurité¹¹ mais aussi pour sanctionner le travail dissimulé, etc. Mais cette compétence, reconnue de manière donc seulement accessoire, prend une tout autre ampleur lorsqu'elle est censée s'appliquer au droit civil et au droit commercial, parce que l'objet du transfert concerne justement désormais ces deux grands pans du droit privé.

La difficulté est en effet ici d'arriver à déterminer un droit pénal accessoire. Le pouvoir de sanction pénale attaché à l'en-

⁷ Art. 21 I 2° qui vise « *Justice, organisation judiciaire, organisation de la profession d'avocat, frais de justice pénale et administrative ; procédure pénale et procédure administrative contentieuse ; commissions d'office et service public pénitentiaire* ».

⁸ Art. 21 I 15°.

⁹ Art. 21 II 5°.

¹⁰ Art. 86 de la loi organique.

¹¹ V. ainsi Code du travail de Nouvelle-Calédonie, Livre II : DUREE DU TRAVAIL ET SANTE ET SECURITE AU TRAVAIL, Titre VI : SANTE ET SECURITE AU TRAVAIL, Chapitre IX : DISPOSITIONS PENALES, art. Lp 269-1 et s.

semble du droit civil et à l'ensemble du droit commercial a en effet un champ d'application colossal et recouvre largement le Code pénal lui-même. Les règles du droit civil peuvent ainsi être vues dans une grande partie du Livre 2 et du Livre 3 du Code pénal qui sanctionnent les atteintes aux particuliers tant dans leur personne que dans leurs biens.

Le problème, traduit plus simplement et donc de manière peut-être un peu abrupte, est le suivant : puisque la Nouvelle-Calédonie se voit reconnaître une compétence en matière civile, c'est-à-dire en ce qui concerne par exemple le droit de la famille ou le droit des biens ou des contrats, est-ce que cela ne signifie pas que toutes les infractions contre le mineur ou la famille, toutes les appropriations frauduleuses, voire toutes les infractions contre les biens sont alors transférées de manière accessoire aux dispositions civiles¹² ? Ainsi, si la Nouvelle-Calédonie devient compétente pour déterminer les règles d'attribution d'une pension alimentaire, il apparaît logique qu'elle soit également compétente pour prévoir et sanctionner pénalement le non-respect de ces règles et par exemple le non-paiement de cette pension, c'est-à-dire un abandon de famille¹³.

La même interrogation peut évidemment être soulevée en droit commercial, mais avec, sans doute, des incidences différentes. La difficulté en matière commerciale semble en effet moins liée à la nature du transfert qu'à son périmètre¹⁴. Ici en effet, et à la différence du droit civil, les infractions en cause sont considérées plus facilement comme des dispositions accessoires¹⁵, sans doute parce qu'elles sont éparpillées entre plusieurs textes ou codes, mais aussi parce que ces infractions sont déjà envisagées comme accessoires par le droit pénal lui-même qui les intègre dans des branches spécifiques comme le droit pénal des affaires, le droit pénal des sociétés ou le droit pénal boursier.

Peut-on donc considérer qu'avec le droit civil et le droit commercial, la compétence d'incriminer des comportements relevant aujourd'hui du Code pénal sera transférée à la Nouvelle-Calédonie ?

Pour répondre progressivement à cette question, il faut commencer par rappeler qu'un pouvoir de sanction est reconnu à la Nouvelle-Calédonie qui vient limiter, selon les mots mêmes de la loi organique, la compétence de l'État¹⁶. Il ne semble donc pas que la loi organique ait envisagé le maintien concurrent de la compétence de l'État avec celle de la Nouvelle-Calédonie. D'ailleurs, dans les matières déjà transférées, il n'y a pas eu de maintien concurrent de la législation pénale française attachée à la matière transférée. En clair, les dispositions pénales du Code de la route français ne se maintiennent pas alors que la Nouvelle-Calédonie s'est dotée de son propre Code de la route. Or, si on n'envisage pas de compétence pénale concurrente de l'État et de la Nouvelle-Calédonie dans un domaine précis, c'est bien que l'on consacre alors un transfert de compétence pénale dans ces matières.

À la question initiale posée qui consiste à se demander si l'on peut considérer qu'avec le droit civil et le droit commercial, une partie des infractions du Code pénal sont transférées à la Nouvelle-Calédonie et relèvent désormais de sa compétence, la réponse peut alors être duale.

Elle peut en premier lieu être positive, parce que la loi organique accorde expressément ce pouvoir de sanction et parce qu'on ne peut pas considérer que le pouvoir de sanction reconnu à la Nouvelle-Calédonie peut se cumuler avec le maintien de l'application des incriminations françaises.

Elle peut en second lieu être négative, si on pense que le Code pénal – qui constitue sans aucun doute le cœur du droit pénal – ne peut faire l'objet d'aucun transfert.

La seule réponse juridiquement correcte est la première pour un certain nombre de raisons.

Il faut ainsi tout d'abord souligner que le Code pénal n'est qu'une loi ordinaire qui ne doit donc pas contredire la loi organique qui lui est supérieure dans la hiérarchie des normes. Autrement dit, l'unité du Code pénal ne peut l'emporter face à la loi organique et s'opposer ainsi à la reconnaissance de la compétence pénale de la Nouvelle-Calédonie.

Il faut ensuite observer que les infractions pénales contenues dans le Code pénal ne sont pas de nature différente des dispositions pénales qui sont contenues dans d'autres codes ou qui ne sont pas codifiées. Par conséquent, ce n'est pas parce qu'une infraction figure dans le Code pénal que son transfert est impossible, le seul critère du transfert étant fourni par la loi organique et consistant dans le caractère accessoire de la sanction pénale : c'est parce qu'elle vient sanctionner la violation d'une loi du pays – donc dans une matière transférée – que la Nouvelle-Calédonie se voit reconnaître la possibilité

¹² Question difficile sans doute politiquement mais aussi juridiquement, parce qu'au-delà du statut de la Nouvelle-Calédonie se pose la question de la nature même du droit pénal (simple gendarme du droit au soutien des autres disciplines juridiques par l'apport de sa sanction spécifique ou discipline normative et autonome ?), le débat est classique).

¹³ Incriminé par l'art. 227-3 CP.

¹⁴ V. l'intervention de L. Grosclaude, *Le transfert de compétence en matière commerciale*.

¹⁵ En ce sens, v. D. Chilstein, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 24, 2003, n° 8.

¹⁶ L'article 21 II de la loi organique est en effet particulièrement explicite qui dispose que l'État est compétent en « droit pénal, sous réserve des dispositions prévues aux articles 86, 87, 88 et au deuxième alinéa de l'article 157 ».

de prévoir cette sanction, c'est-à-dire d'incriminer, et donc de créer une infraction. Peut-on alors nier le caractère accessoire des dispositions du Code pénal au seul motif qu'elles figurent justement dans le Code pénal¹⁷ ?

Pour répondre à cette question, on peut avancer que le Code pénal partage nécessairement certains objets, certaines valeurs sociales avec d'autres disciplines juridiques. Ainsi, lorsque le Code pénal sanctionne la bigamie¹⁸, il est difficile de ne pas voir le lien avec le droit de la famille et les conditions posées à la validité du mariage. La présence de l'infraction de bigamie dans le Code pénal n'empêche donc pas de la concevoir comme une infraction accessoire des règles civiles du mariage. La même analyse peut être faite pour l'infraction d'abandon de famille dont le texte d'incrimination vise expressément depuis la loi du 17 mai 2011 « les obligations familiales prévues par le Code civil »¹⁹.

Qui ne voit alors que si la Nouvelle-Calédonie devient compétente pour déterminer son droit civil et son droit commercial, cela peut affecter le contenu et la portée de la norme pénale française.

Prenons deux séries d'exemples, l'une en droit civil, l'autre en droit commercial.

Imaginons comme cas d'école que la Nouvelle-Calédonie décide par une loi du pays d'assimiler mariage civil et mariage religieux et de poser ainsi que le mariage sera civilement valable s'il est conclu religieusement. L'infraction prévue à l'article 433-21 du Code pénal qui sanctionne le ministre du culte qui accepte de célébrer un mariage religieux sans que lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil perd alors sa raison d'être. On voit bien que cette infraction est conditionnée par la règle de droit civil et par les conditions de validité juridique du mariage. Le changement de ces règles civiles affecte donc nécessairement la norme pénale. Le raisonnement à suivre est exactement identique en ce qui concerne les infractions contre les biens. Imaginons ainsi que la Nouvelle-Calédonie supprime le gage pour créer une nouvelle sûreté, appelée différemment. L'infraction de détournement d'objet constitué en gage²⁰ perd alors son objet et la nouvelle sûreté créée par le droit de Nouvelle-Calédonie n'aura pas de protection pénale compte tenu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale qui interdit d'étendre un texte par analogie.

En droit commercial, beaucoup d'infractions emploient la technique de l'incrimination par référence qui implique que le texte qui pose l'infraction pénale renvoie à un autre texte pour préciser par exemple le comportement qui est sanctionné. C'est ainsi le cas de l'article L. 242-24 du Code de commerce français qui prévoit qu'« *est puni de la peine prévue à l'article L. 242-23 le fait, pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme, de souscrire, acquérir, prendre en gage, conserver ou vendre, au nom de la société, des actions émises par celle-ci en violation des dispositions des articles L. 225-206 à L. 225-215* ». Or, après transfert du droit commercial, les articles 225-206 et suivants du Code de commerce ne concerneront plus la Nouvelle-Calédonie. Plus exactement, ils ne la concerneront que si aucune loi du pays ne vient se saisir de la compétence commerciale. Mais si une loi du pays modifie, adapte, s'approprie ces dispositions commerciales, l'infraction pénale de l'article L. 242-24 du Code de commerce devient alors inapplicable en Nouvelle-Calédonie.

Le transfert du droit commercial à la Nouvelle-Calédonie implique ainsi que les textes d'incrimination actuels ne pourront plus ensuite formellement être appliqués aux violations des obligations imposées par les lois du pays, même si ces dernières se contentent de recopier substantiellement les lois françaises. Le transfert du droit commercial entraîne donc automatiquement sur ce cas précis une dépénalisation involontaire, liée au principe d'interprétation stricte de la loi pénale qui ne permet pas de considérer que, par analogie, l'infraction peut s'appliquer à des comportements similaires à ceux incriminés par le texte qu'elle vise expressément.

Pour ces raisons, il apparaît donc comme techniquement possible mais aussi nécessaire d'envisager le transfert d'une partie du droit pénal, en même temps que celui du droit civil et du droit commercial. Mais une autre question essentielle reste alors posée : celle du périmètre de ce transfert.

B. Le périmètre de la compétence pénale de la Nouvelle-Calédonie

La question du périmètre de la compétence pénale peut bien évidemment être liée au périmètre même de la matière transférée. Il semble toutefois que du point de vue du droit pénal, la question ne se pose pas exactement de la même façon selon que l'on envisage la sanction pénale de la violation de dispositions civiles ou commerciales.

¹⁷ Le caractère accessoire serait alors apprécié selon un critère purement formel et lié à la codification : un texte pénal dans le code du travail serait accessoire du droit du travail tandis qu'un texte du Code pénal ne serait accessoire d'aucune autre matière. Ce critère n'est sans doute pas satisfaisant puisqu'il implique qu'aucune disposition pénale ne serait accessoire du droit civil puisque le Code civil ne contient aucune disposition pénale.

¹⁸ Art. 433-20 CP.

¹⁹ Art. 227-3 CP.

²⁰ Art. 314-5 CP.

S'agissant en premier lieu du droit pénal appliqué à la matière commerciale, il me semble que les infractions classiquement attachées au droit commercial – tout le droit pénal des sociétés, mais aussi la banqueroute, etc. – peuvent être transférées pour la raison déjà évoquée que le droit pénal des affaires est plutôt conçu comme du droit pénal accessoire et qu'il est, sans doute pour cette raison, disséminé dans plusieurs codes ou lois.

Cela ne signifie pas qu'il n'y a pas un problème de détermination du périmètre du transfert, mais il semble plus simplement que ce problème n'a rien de spécifique au droit pénal : la question est ainsi avant tout de déterminer le périmètre du droit commercial transféré, le droit pénal suivant cette détermination.

En revanche, la question est sans aucun doute plus délicate en matière civile parce que le droit pénal concerné par le droit civil n'a rien d'un droit accessoire. Il appartient au contraire au cœur du Code pénal et donc du droit pénal considéré comme normatif. Faut-il alors considérer que c'est tout le contenu des Livres II (infractions contre les personnes) et III (infractions contre les biens) du Code pénal qui est transféré ? Une telle solution impliquerait notamment le transfert de la compétence en ce qui concerne toutes les atteintes à la vie ou à l'intégrité, toutes les infractions contre la famille, toutes les appropriations frauduleuses (vol, escroquerie et abus de confiance et infractions voisines). Un transfert de cette importance paraîtrait sans doute excessif, déraisonnable, allant d'ailleurs à l'encontre du législateur organique qui n'avait pas envisagé de transfert aussi massif en droit pénal. Mais le choix pour un transfert plus limité implique alors de faire un tri parmi les dispositions du Code pénal.

Le seul critère permettant d'opérer cette sélection est celui fourni par la loi organique et déterminant la compétence pénale de la Nouvelle-Calédonie. Parce que la compétence normative de la Nouvelle-Calédonie en matière pénale est liée au caractère accessoire de la norme pénale par rapport à la norme civile, ne peuvent donc être transférées que les infractions présentant ce caractère accessoire.

Le critère de délimitation du transfert, une fois déterminé, n'en reste pas moins difficile à appliquer. Sans doute peut-on considérer comme acquis que le transfert doit concerner les infractions contre la famille (abandon de famille ou bigamie) et qu'il ne peut pas impliquer les infractions qui sanctionnent les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique parce que, si le Code civil affirme le droit au respect de la vie, les textes du Code pénal qui sanctionnent le meurtre ou l'homicide involontaire ne sont pas nécessairement affectés par le contenu de la norme civile. Mais il restera nombre d'hypothèses plus que délicates. Ainsi, doit-on considérer que la compétence pour incriminer le vol doit être transférée en même temps que les règles de droit civil définissant la propriété et en organisant la transmission et la protection ?

La grande question juridique soulevée par le droit pénal me paraît donc moins être la question du principe de son transfert que celle de son périmètre. À défaut d'en avoir tracé les contours exacts, il semble que l'outil permettant de les tracer est fourni – même si son utilisation reste délicate – et qu'il réside dans le caractère accessoire de l'incrimination.

Mais il reste encore d'autres difficultés juridiques soulevées par la question du droit pénal, liées non plus à la reconnaissance d'une compétence pénale à la Nouvelle-Calédonie mais à l'exercice de cette compétence.

II. La question de l'exercice de la compétence pénale par la Nouvelle-Calédonie

L'attribution de cette compétence comporte des risques en termes de sécurité juridique par exemple, mais peut-être aussi des avantages, selon que cette compétence est exercée de manière limitée ou pleinement.

A. Les risques liés à l'exercice limité de la compétence pénale

Les risques juridiques généralement identifiés sont ceux qui sont liés au non-exercice par la Nouvelle-Calédonie de sa compétence. Cette inertie législative peut en effet donner naissance à un décalage entre la législation pénale en vigueur, figée au jour du transfert, et les préoccupations contemporaines des individus. Elle peut également révéler l'inadaptation de la législation pénale aux spécificités locales pourtant prises en compte dans les lois et règlements du pays dans les matières transférées.

Ces risques sont d'ailleurs identiques en cas d'exercice a minima de cette compétence pénale, c'est-à-dire si le congrès de la Nouvelle-Calédonie se contente de procéder par recopiage des dispositions françaises. La méthode n'est évidemment pas satisfaisante, d'abord parce que la loi française peut être mal faite ou maladroite, ensuite parce que c'est le recopiage lui-même qui peut être mal fait ou maladroite ou lacunaire. Enfin, et surtout, ce recopiage ne permet pas de tenir compte des spécificités locales qui sont pourtant au fondement même du transfert de compétence. Dans le cas, par exemple, où la Nou-

velle-Calédonie voudrait légiférer différemment sur les prestations familiales dues en cas de séparation d'un couple, maintenir l'infraction française d'abandon de famille en l'état serait alors nécessairement en décalage avec la spécificité par ailleurs reconnue du droit civil calédonien.

Ce premier risque de « fossilisation du droit » a déjà été souligné pour les autres disciplines juridiques et ne présente de ce point de vue pas de réelle spécificité en matière pénale.

En revanche, cette inertie peut provoquer des conséquences propres à la matière pénale dont les implications, importantes, doivent être précisément mesurées. Le non-exercice par la Nouvelle-Calédonie de sa compétence accessoire en matière pénale peut en effet conduire à une dépénalisation²¹ notamment en matière commerciale où elle peut répondre à des intérêts économiques privés. Ce risque est donc à envisager avec sérieux lorsque la classe politique est proche du milieu des affaires. Un auteur a ainsi pu récemment souligner en Nouvelle-Calédonie *« le risque que le droit commercial fasse l'objet d'adaptations locales inspirées non par le souci de l'intérêt général, mais par des groupes de pression, dont l'impact est nécessairement plus fort sur une société restreinte qu'au niveau d'un État comme la France »*²².

Pour ces raisons, il est donc sans doute préférable que la Nouvelle-Calédonie exerce pleinement sa compétence en matière pénale. Or, le plein exercice de cette compétence pose également des difficultés juridiques.

B. Les risques liés au plein exercice de la compétence pénale

Deux risques au moins sont liés au plein exercice par la Nouvelle-Calédonie de sa compétence pénale accessoire. Il est évidemment tout d'abord possible que les textes votés soient maladroits sur la forme, mais ce problème de qualité de la norme n'a rien de spécifique à la Nouvelle-Calédonie ni à la matière pénale²³. Il est ensuite envisageable que l'exercice de cette compétence pénale donne lieu à des abus sur le fond mais, ce risque a été envisagé par la loi organique qui impose des limites au pouvoir de sanction accordé à la Nouvelle-Calédonie. À cette limite spécifique à la compétence pénale accessoire de la Nouvelle-Calédonie s'ajoute une limite plus générale.

En premier lieu, le pouvoir d'incrimination de la Nouvelle-Calédonie est spécifiquement limité par celui de l'État qu'il ne saurait dépasser. La compétence pénale de la Nouvelle-Calédonie est en effet encadrée par la législation française quant aux sanctions envisageables. L'article 86 de la loi organique dispose ainsi qu' *« en matière pénale, le congrès peut assortir les infractions aux lois du pays et à ses règlements de peines d'amendes qui respectent la classification des contraventions et délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République. Il peut assortir ces infractions de peines complémentaires prévues pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République. »* De même que l'article 87 prévoit que, *« sous réserve d'une homologation de sa délibération par la loi, le congrès peut assortir les infractions aux lois du pays et aux règlements qu'il édicte de peines d'emprisonnement qui respectent la classification des délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République »*.

Cette limitation – qui s'explique juridiquement par la compétence de principe de l'État en matière pénale, celle de la Nouvelle-Calédonie n'étant posée qu'à titre exceptionnel dans le cadre des articles 86 à 88 – pose plusieurs difficultés.

La plus importante de ces difficultés est sans aucun doute tout d'abord l'incertitude de la limite ainsi posée compte tenu de la référence aux infractions de même nature. Le sens de cette expression n'est en effet aucunement défini dans la loi organique alors qu'elle n'est pas connue du droit pénal. Il convient néanmoins de lui donner un sens si l'on veut préciser les limites de la compétence pénale accessoire de la Nouvelle-Calédonie.

L'expression ne peut pas désigner l'infraction identique puisque cela réduirait à néant toute volonté de spécificité de la loi du pays.

Peut-elle alors viser l'infraction de même catégorie ou analogue ? On peut certes comprendre l'expression en ce sens, mais elle n'en reste pas moins assez floue et va impliquer une appréciation au cas par cas avec le risque d'insécurité juridique et de disparités juridiques selon l'autorité qui sera amenée à exercer ce contrôle²⁴.

Il est ensuite à craindre que, pour contourner cette difficulté, le congrès de la Nouvelle-Calédonie ne se détourne de la sanction pénale pour lui préférer la sanction administrative. Certains exemples peuvent être trouvés en ce sens dans la lé-

²¹ V. supra l'exemple tiré de le l'art. L. 242-24 du Code de commerce.

²² M. Chauchat, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie*, SCEREN, Coll. Université, 2011, p. 122.

²³ Le défaut de qualité de la norme pénale est toutefois plus grave que dans les autres disciplines compte tenu des exigences du principe de légalité qui impose que les textes répressifs soient suffisamment clairs et précis.

gislation actuelle. Ainsi, la loi calédonienne protège spécifiquement l'emploi local et, symboliquement, il pouvait donc apparaître important de prévoir une sanction pénale pour la violation des dispositions organisant cette protection. Or, le chapitre du Code du travail de Nouvelle-Calédonie intitulé « Des sanctions pénales » est vide tandis qu'est prévue une sanction administrative qui correspond dans sa nature, et au moins dans une partie de son régime, à une sanction pénale²⁵. Le choix du contournement de la sanction pénale pour lui préférer une sanction administrative qui n'est pas soumise aux mêmes limites constitutionnelles ni aux mêmes contraintes que celles imposées par la loi organique à la sanction pénale prévue n'est pas satisfaisant mais pose la question de la pertinence technique des limites fixées à la compétence pénale accessoire de la Nouvelle-Calédonie.

En second lieu et de manière générale, la hiérarchie des normes et l'obligation pour les lois et règlements du pays de ne pas contredire les principes constitutionnels permettent également de limiter les abus éventuels. Ainsi, la loi du pays qui voudrait limiter fortement les sanctions pénales des atteintes à la propriété d'autrui pourrait se voir censurée par le Conseil constitutionnel au nom du respect du droit de propriété. Toutefois ce contrôle de constitutionnalité peut paraître insuffisant qui ne pourra porter que sur les lois du pays d'incrimination. Si une loi du pays supprime au contraire une infraction, le Conseil constitutionnel pourrait être démuni puisqu'il ne reconnaît pas d'obligation positive, à la différence de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, le danger le plus important vient sans doute plus des lois de dépénalisation, notamment en matière commerciale où la tentation peut être celle d'une dépénalisation importante (ou de fixer des peines ridiculement basses puisque, si une limite maximale est posée par la loi organique, en revanche aucune limite minimale n'est envisagée). On peut certes imaginer que dans certains cas le Conseil constitutionnel puisse déclarer la loi du pays non conforme en ce que la suppression ou la diminution des sanctions pénales viendrait porter atteinte par exemple au droit fondamental de propriété. Il n'en reste pas moins que le domaine – plutôt étroit – du contrôle de constitutionnalité ne permettra pas de vérifier toujours efficacement les lois du pays.

Si on fait un bilan sur la question du transfert du droit pénal à l'occasion du transfert du droit civil et du droit commercial, il semble ainsi que les risques juridiques sont effectivement importants en cas d'exercice de la compétence pénale par la Nouvelle-Calédonie.

La compétence pénale de la Nouvelle-Calédonie pleinement et consciemment exercée n'en est pas moins dans la logique technique, juridique des transferts de compétences qui lui sont accordés puisqu'on a vu que, compte tenu du caractère parfois accessoire du droit pénal, la norme pénale entretient des relations très étroites avec les autres branches du droit dont le transfert est aujourd'hui envisagé, qu'il s'agisse du droit civil ou du droit commercial. Surtout, la compétence pénale permet d'appuyer la force normative des lois et règlements du pays en leur apportant la sanction pénale qui reste, au moins symboliquement, plus puissante que la sanction administrative. La compétence pénale de la Nouvelle-Calédonie ne peut donc que venir garantir l'effectivité de sa compétence dans les autres disciplines.

Reste à savoir si l'effectivité de cette compétence est véritablement souhaitée, mais c'est une question qui dépasse largement celle du droit pénal...

²⁴ V. sur cette question, et en ce qui concerne la Polynésie française qui se voit reconnaître une compétence identique notamment en matière de droit de l'environnement : E. Gindre, *La protection de l'environnement par le droit pénal en Polynésie française : un droit pénal en quête d'autonomie*, RPDP 2010-2, p. 371 et s.

²⁵ Article Lp. 451-15 (Créé par la loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 – Art. 2) « Au vu de l'avis de la commission paritaire de l'emploi local prévu par l'article Lp. 451-13, lorsque dans un délai de trois mois après la conclusion du contrat de travail, l'autorité administrative constate que l'embauche d'un salarié relevant de l'article Lp. 451-1 contrevient aux dispositions du présent chapitre, elle met l'employeur en demeure de mettre un terme à l'irrégularité constatée. Celui-ci dispose d'un délai de trois semaines pour faire valoir ses observations ou se conformer à la mise en demeure. Il peut se faire assister d'un avocat ou de toute personne de son choix ou représenter par un mandataire. Si au terme de ce délai il n'a pas été mis fin à l'irrégularité ou si les conclusions n'ont pas établi le caractère régulier de l'embauche, l'employeur est astreint, par décision motivée de l'autorité administrative, au versement à titre de pénalité d'une somme dont le montant maximum est égal à 400 fois le taux horaire du salaire minimum garanti, le taux applicable étant celui du mois où l'infraction a été constatée par l'autorité administrative.

En cas de récidive constatée dans un délai de trois ans après la première infraction ou d'infraction continuée, le montant maximum de la pénalité est multiplié par deux ». L'alinéa 2 de ce texte est ainsi très parlant qui emprunte à la terminologie du droit pénal.

Approche légistique des compétences transférées

Pascal Puig

Professeur à l'Université de La Réunion

Doyen de la Faculté de Droit et d'Économie

« *Il faut légiférer d'une main tremblante* », écrivait déjà Montesquieu dans ses Lettres persanes. Pourquoi ? Parce que, selon la formule de Carbonnier, « *toute loi est un mal* » ! Elle est un mal non seulement en ce qu'elle prescrit ou interdit, donc réduit la liberté individuelle, mais également en ce qu'elle s'accompagne presque inévitablement d'un cortège d'effets pervers. Loin d'être la panacée, le remède législatif s'avère ainsi parfois pire que le mal.

Légiférer moins et mieux, telle est l'ambition de la légistique dont le précurseur était sans doute, sans le savoir tel Monsieur Jourdain, Portalis pour qui « *le grand art législatif est de tout simplifier en prévoyant tout* » !

Légistique : ce néologisme, né voici quinze à vingt ans sous quelques plumes expertes, suscite l'espoir d'un ordre juridique meilleur autant qu'il met l'ensemble des juristes face à leurs responsabilités et révèle malheureusement souvent, derrière l'ambition de façade, l'imperfection de l'œuvre législative.

La légistique peut être définie comme un ensemble de moyens techniques mis au service d'un idéal, celui de simplifier, d'améliorer, de clarifier, de coordonner, de rendre accessibles et intelligibles pour tous les règles de droit applicables et d'assurer leur correcte effectivité.

Elle est, selon Jacques Chevallier, une « *"science" de la législation, qui cherche à déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes* ».

Elle est en quelque sorte le petit manuel du « bon législateur », son guide, son savoir-faire. Elle propose des outils et méthodes visant à rationaliser et améliorer la production normative en ces temps d'inflation législative et réglementaire.

En quelques années d'existence, la légistique a acquis ses lettres de noblesse et est devenue une discipline phare de notre législation moderne.

→ La doctrine s'en est emparée, réfléchissant à la « méthode législative » et à la « confection de la loi ».

→ Les pouvoirs publics, prenant conscience des problèmes de qualité, de volume et d'accessibilité du droit, l'ont consacrée en exprimant leur volonté de la développer et de s'y soumettre. Le Gouvernement a fait de l'amélioration de la rédaction des textes un thème majeur de la réforme de l'État tandis que les rapports annuels du Conseil d'État portent depuis 1991 un regard parfois sévère sur le respect de ces recommandations. On ne compte plus les circulaires du Premier ministre relatives à « *la maîtrise de l'inflation normative et à la qualité de la réglementation* » (26 août 2003), plus généralement à « *la qualité du droit* » (7 juill. 2011), à « *la simplification des normes* » (17 févr. 2011) ou à « *l'application des lois* » (29 févr. 2008).

Au plan national, la légistique a son guide officiel depuis 2005, publié sur le site « Legifrance » et régulièrement actualisé depuis. Elle nourrit également des propositions pour l'amélioration et la simplification du droit (Rapport Warsmann, déc. 2008) face au constat d'une inflation normative en France.

Au niveau européen, la légistique a également son rapport « pour mieux légiférer en Europe », Étude de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE, 2010), dont les conclusions inspirent directement le législateur français. C'est ainsi qu'une récente circulaire du Premier ministre, du 7 juillet 2011, se félicite des progrès accomplis dans

ce domaine, qualifiés de « changements qualitatifs majeurs » par ledit rapport.

Comme le droit dont elle fournit le mode d'emploi, la légistique est à la fois une science et un art.

Elle est une science, tout d'abord, dans ce qu'elle prescrit au législateur et à tous les acteurs chargés d'élaborer la norme légiférée. Parmi ces prescriptions et sans souci d'exhaustivité, on peut indiquer :

En amont de la réforme

- La nécessité de connaître et d'analyser l'état du droit existant avant d'envisager de légiférer. En quoi l'état actuel du droit est-il inadapté ? Quels sont les problèmes rencontrés ? Une loi est-elle nécessaire ? Est-elle le meilleur vecteur de la réforme ? (cf. par ex. le débat sur l'euthanasie).
- S'agit-il d'une obligation de légiférer, par exemple pour mettre notre droit en conformité avec une norme supérieure, ou est-ce un choix d'opportunité ?
- Quel type de norme retenir en respectant le principe de la séparation des pouvoirs, les domaines respectifs de la loi et du règlement, les compétences transférées et les compétences réservées, le droit commun et le statut coutumier ?
- Depuis la circulaire du 26 août 2003, complétée le 30 septembre de la même année, tout projet de texte d'une certaine ampleur ou d'une certaine complexité doit faire l'objet d'une étude d'impact préalable comprenant notamment :
 - . un diagnostic précis des difficultés à résoudre ;
 - . l'identification du ou des objectifs poursuivis ;
 - . l'examen des différentes options possibles, de leurs avantages et de leurs inconvénients ;
 - . l'évaluation des effets prévisibles de la réforme, les bénéfices attendus mais aussi les effets pervers possibles au plan économique, budgétaire, social ou encore environnemental. Ces effets sont appréciés au regard notamment de la sécurité juridique, de la stabilité et de la complexité du droit, de son accessibilité et de son intelligibilité, de son effectivité.

Le pilotage de cette production normative est de la responsabilité de chaque département ministériel et, plus particulièrement, de la direction des affaires juridiques du ministère placée sous l'autorité du haut fonctionnaire chargé de la qualité de la réglementation. Ce pilotage impose de fortes contraintes en termes d'organisation interne, de respect du calendrier des consultations et de coordination avec les autres services, notamment avec le secrétariat général du Gouvernement (service de la législation et de la qualité du droit). En matière civile, la direction des affaires civiles et du sceau (DACS) joue un rôle fondamental de coordination, d'impulsion et d'arbitrage.

Selon l'ampleur de la réforme envisagée, un groupe de travail ministériel ou interministériel peut être constitué, mission peut être donnée à un corps d'inspection, à une personnalité extérieure qualifiée ou encore à un groupe d'universitaires. En Nouvelle-Calédonie, cette responsabilité incombe à la direction des affaires administratives et juridiques et à son service d'études, de législation et du contentieux (SELC). Encore faudrait-il que, dans la perspective du transfert des compétences en droit civil et en droit commercial, sa composition soit renforcée en juristes de droit privé et de droit des affaires.

Afin d'éviter les « temps morts » trop souvent constatés au cours de la chaîne de production normative, la circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit prévoit que le dossier accompagnant chaque projet de texte doit désormais faire apparaître l'identité du fonctionnaire « responsable » du projet. C'est lui qui pourra certifier que les préoccupations de qualité de la production juridique ont été prises en compte, qui vérifiera la pertinence de la programmation et qui devra faire les diligences requises s'il apparaît que le projet de texte subit des retards injustifiés. Cette responsabilisation des directions productrices doit être regardée comme le corollaire nécessaire de la grande dispersion de la production normative qui caractérise le système français.

Dans la formalisation du texte

- Il convient de s'interroger sur le degré de précision de la règle édictée. Doit-elle se borner à des principes généraux en renvoyant pour le détail à des décrets d'application ou doit-elle être précise et inconditionnelle ?
- Veiller à respecter un principe de proportionnalité. Ne doivent revêtir un caractère contraignant que les normes strictement indispensables pour atteindre les objectifs recherchés et pour offrir aux justiciables des garanties effectives. Un équi-

libre doit ainsi être recherché entre, d'une part, le souci de précision et d'application uniforme de la norme et, d'autre part, la préservation d'une marge d'interprétation suffisante pour laisser la souplesse nécessaire à l'adaptation de la norme aux cas particuliers. Au lieu d'envisager un principe assorti d'un cortège d'exceptions limitatives, il est parfois préférable de s'en tenir aux grandes lignes, de privilégier une norme générique, laissant aux destinataires et aux interprètes une marge de liberté. N'oublions pas que l'application d'une norme conduit très souvent à son enrichissement et, en définitive, à la création d'une norme dérivée, plus précise et souvent mieux adaptée aux différents contextes.

Dans l'effectivité de la norme

– Il convient d'assurer le suivi du dispositif, de veiller à identifier les services en charge de ce suivi, les moyens dont ils disposent, le calendrier, etc. afin notamment que les décrets d'application ne retardent pas l'entrée en vigueur de la réforme.

– Il faut aussi anticiper sur les éventuelles difficultés d'application du texte, tant par ses destinataires que par le juge éventuellement saisi de son interprétation. Par exemple, s'assurer que les prescriptions sont assorties de sanctions et que ces sanctions sont à la fois les mieux appropriées et les mieux proportionnées possible.

La légistique est une science, voire une technique, de plus en plus précise et méticuleuse, à l'excès peut-être. Mais elle est aussi, et surtout, un art en ce qu'elle poursuit un idéal que probablement elle n'atteindra jamais : la simplification du droit, la sécurité juridique, l'accessibilité et l'intelligibilité de la norme, son effectivité. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si certains de ces termes constituent des principes généraux du droit ou des objectifs à valeur constitutionnelle et non de véritables droits subjectifs, des droits à...

On peut simplifier autant que l'on veut, supprimer tous les termes abscons et savants des textes juridiques, développer le meilleur site Legifrance, codifier toutes les disciplines juridiques à droit constant, le droit reste et restera une affaire de spécialistes.

→ Le prêteur désintéressé connaît-il mieux la portée de son geste quand on lui apprend qu'il n'a pas conclu un commodat, dont le terme a été supprimé, mais un prêt à usage (cf. loi du 12 mai 2009 dite de simplification du droit) ?

→ Le père de famille est-il mieux informé de la portée d'une donation en avancement de part qu'il ne l'était d'une donation en avancement d'hoirie ?

→ Le touriste se sent-il mieux protégé depuis que la loi sur la responsabilité des agences de voyages a été codifiée dans le Code du tourisme ?

Il est permis d'en douter...

Ces objectifs sont des gageures qui condamnent tout législateur à reproduire le mythe de Sisyphe. Pourtant, l'entreprise mérite d'être engagée et poursuivie.

La surproduction normative est un fléau qui gangrène le corps social dans son ensemble, provoque son indigestion (Savatier) et crée un sentiment d'angoisse diffuse (Conseil d'État, rapport 1991). Quand la loi bavarde, le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite, martelait déjà le Conseil d'État en 1991, avant d'ajouter que la loi jetable, celle dont on change à chaque saison, n'est pas respectable.

La loi est en crise !

→ Une crise de croissance, tout d'abord. En quantité, d'une part, « trop de lois tue la loi », pourrait-on dire. L'on pourrait s'en accommoder s'il était permis de les ignorer... C'est encore à coup de lois nouvelles que l'on codifie à droit prétendument constant et que l'on purge les dispositions existantes de leurs expressions jugées inintelligibles. En qualité, d'autre part, voici bien longtemps que la piètre qualité rédactionnelle des lois a été dénoncée : dispositions contradictoires ou redondantes, excessive complexité, renvois dans le vide, imprécisions, lacunes... Sans parler des formules incantatoires qui figurent trop souvent à l'article 1er des lois et dont la normativité est pour le moins douteuse.

→ Une crise de confiance, ensuite, qui conteste les modes d'élaboration de la loi et son effectivité. La loi est de moins en moins imposée, de plus en plus négociée avec ceux à qui elle est destinée à s'appliquer. Cette contractualisation de la pro-

duction normative aboutit certes à une meilleure acceptation de la loi par ses destinataires, mais elle provoque en retour un développement inquiétant des lois catégorielles, propres à telle ou telle catégorie d'individus. C'est la généralité de la loi qui s'efface et, avec elle, un sentiment d'inégalité qui croît. À cela s'ajoute un déficit de légitimité une fois la loi adoptée et promulguée. Susceptible d'être combattue à chaque fois qu'elle prétend se faire respecter (devant le Conseil constitutionnel, les juridictions ordinaires, la CJUE ou la Cour EDH), la loi doit administrer la preuve de sa légitimité et, spécialement, de sa conformité aux droits et libertés fondamentaux (constitutionnels, européens...).

La loi a perdu de sa majesté. Elle se noie dans les détails et les intérêts catégoriels. Elle se bat en vain contre des normes supérieures et leur pluralité de gardiens. Elle se reproduit, comme pour mieux assurer sa survie, et parle parfois pour ne rien dire, comme si elle était devenue un vecteur de communication plus qu'un mode de législation...

À ces maux, la légistique peut offrir certains remèdes, à condition d'être convenablement et suffisamment maîtrisée. L'État s'en préoccupe. Cette préoccupation sera demain, avec la même intensité, celle de la Nouvelle-Calédonie pour le droit civil et le droit commercial tant il est vrai qu'il revient au même de légiférer pour 250 000 personnes ou pour 60 millions.

J'évoquerai simplement quelques grandes pistes en m'abritant derrière l'intitulé prudent de mon intervention, limité à une simple « approche légistique » des transferts de compétences.

Je distinguerai les deux grands volets de la légistique qui me semblent absolument indissociables, la légistique matérielle et la légistique formelle.

→ La légistique matérielle s'intéresse au contenu substantiel de la norme à adopter, au contenu de la règle, au fond du droit, c'est-à-dire à la manière dont le problème doit être réglementé..., ou pas.

→ La légistique formelle s'intéresse à la formalisation de la règle de droit, à sa traduction en mots et en phrases, à sa communication et sa diffusion ainsi qu'à son application.

==> Le fond d'un côté, dédié à la légistique matérielle (I.), la forme de l'autre, dédié à la légistique formelle (II.).

I. Légistique matérielle

La légistique matérielle repose avant tout sur un principe de liberté d'action, celui de légiférer ou de ne pas légiférer dans un domaine particulier.

Cette liberté de choix prendra, une fois le transfert de compétence accompli et dans le périmètre de ce transfert, un relief particulier pour la Nouvelle-Calédonie qui appréhendera les lois métropolitaines tantôt comme un modèle à imiter, tantôt au contraire comme un modèle à éviter.

Les « lois du pays » seront ainsi tantôt des lois d'imitation (A.), tantôt des lois de différenciation (B.).

A. Des lois d'imitation

Les lois d'imitation peuvent elles-mêmes emprunter deux voies, selon qu'elles sont tournées vers un passé à régulariser ou qu'elles scrutent un avenir à bâtir.

1. Tournées vers le passé, les lois d'imitation pourront tout d'abord s'attacher à « mettre à niveau » la législation du pays avec celle de l'État lorsque le législateur français aura omis par le passé de déclarer expressément applicable en Nouvelle-Calédonie telle loi ou tel règlement nouveau, par application du principe de spécialité législative.

On sait en effet qu'une grande insécurité juridique règne aujourd'hui, découlant d'une incertitude quant à l'extension à la Nouvelle-Calédonie d'un texte métropolitain ou de la confusion née de la succession de plusieurs textes dont certains seulement ont été étendus (cf. rapport. R. Cabrillac). Ce doute est gravement préjudiciable et doit être au plus vite levé.

C'est sans doute l'un des premiers chantiers, certes déjà commencé au sein de la mission Legicalédonie, qu'il convient d'achever. Il s'inscrit dans la nécessité légistique d'établir un diagnostic précis de l'état du droit applicable avant d'envisager d'éventuelles réformes.

2. Tournées vers l'avenir, les lois d'imitation pourront reprendre à leur compte les réformes engagées en métropole et décider de se les approprier. Le droit calédonien restera alors calqué sur le droit métropolitain, non seulement en vertu du principe de permanence législative au nom duquel les lois et règlements en vigueur au jour du transfert demeurent applicables jusqu'à leur modification par la Nouvelle-Calédonie, mais également pour ce qui relève des réformes opérées par la suite en Métropole.

Il s'agit là d'un choix de politique juridique qui devra être fait au cas par cas par les autorités calédoniennes à la lumière notamment des études d'impact réalisées en Métropole, le cas échéant complétées par des études d'impact locales sur l'opportunité d'étendre les réformes métropolitaines à la Nouvelle-Calédonie.

Par exception, il se peut que la liberté de choix soit restreinte, voire supprimée, si la réforme métropolitaine est dictée par une condamnation de la France à ses engagements européens, notamment par la Cour européenne des Droits de l'Homme ou si, dans le cadre d'une QPC, le Conseil constitutionnel venait à abroger une disposition législative métropolitaine qui aurait préalablement été reprise par une « loi du pays ».

Les « lois du pays » peuvent imiter la législation métropolitaine ; elles peuvent aussi s'en distinguer.

B. Des lois de différenciation

Les lois de différenciation marqueront progressivement un éloignement du droit civil et commercial calédonien par rapport au droit civil et commercial métropolitain. C'est dans l'ordre naturel des choses et dans la logique du transfert de compétences. Reste que cet éloignement doit le moins possible être subi et le plus possible réfléchi et voulu. Comme pour les lois d'imitation, une réflexion devra donc être menée au niveau local sur l'opportunité de copier ou de se distinguer.

J'envisagerai deux manières pour la Nouvelle-Calédonie de se distinguer, soit en marquant le pas face aux réformes métropolitaines, soit au contraire en prenant une longueur d'avance.

1. Marquer le pas face à certaines réformes adoptées en Métropole n'est certainement pas la pire des solutions. Toutes les lois ne sont pas bonnes à prendre ! Il peut être urgent... d'attendre, voire de renoncer. Or, choisir c'est aussi savoir renoncer... mais en parfaite connaissance de cause.

Je prendrai deux séries d'exemples : les lois volontairement expérimentales et l'expérimentation législative involontaire.

Premier exemple : les lois expérimentales, comme les lois de bioéthique, pourraient fort bien être expérimentées en Métropole sans que cette expérimentation soit nécessairement et immédiatement étendue à la Nouvelle-Calédonie.

Second exemple : l'expérimentation législative à laquelle se livre bien involontairement le législateur français lorsqu'il adopte une réforme, ou très politique, ou dans l'urgence, dont tous les observateurs avertis s'accordent à dire qu'elle est soit dangereuse, soit inutile, pourrait fort bien rester cantonnée à la Métropole.

→ Ainsi, le nouveau statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée issu de la loi du 10 juin 2010 n'aurait sans doute pas mérité une extension volontaire à la Nouvelle-Calédonie quand on songe au bouleversement introduit dans la théorie du patrimoine, à l'inutilité de la protection face aux banquiers et au besoin de crédit (à l'instar de la déclaration d'insaisissabilité), aux incertitudes que fait naître ce statut notamment en cas de procédures collectives et à l'existence d'une technique alternative bien mieux connue et maîtrisée, l'EURL.

L'EURL est une fausse bonne idée.

→ Autre exemple, imaginaire et prospectif celui-là : supposons que soient demain légalisés le recours à l'euthanasie, le recours aux mères porteuses ou encore le mariage homosexuel. Peut-être sera-t-il judicieux de laisser la Métropole expérimenter ces grands choix de société avant de les introduire ici.

La Nouvelle-Calédonie peut se distinguer de la Métropole, soit en marquant le pas, soit au contraire en prenant une longueur d'avance.

2. Une longueur d'avance pourrait être prise par la Nouvelle-Calédonie face au droit civil et commercial métropolitain si elle se décidait à adopter des réformes qui tardent à voir le jour en Métropole pour des raisons de priorité politique et/ou de calendrier parlementaire.

Ce serait alors le « droit du pays » qui deviendrait le modèle à imiter par la Métropole et la Nouvelle-Calédonie qui apparaîtrait comme un laboratoire d'expérimentation des réformes qui échouent en Métropole. Une proposition a déjà été faite en ce sens par Céline Castets-Renard sur le patrimoine immatériel.

Je me bornerai à deux autres exemples qui feraient l'effet d'un tsunami jusqu'à Paris.

Premier exemple : Adopter avant la Métropole (et avant l'Union européenne) la réforme du droit des contrats (et pourquoi pas aussi de la responsabilité civile ?) en s'inspirant des travaux savants présentés par plusieurs groupes de travail dont ceux du Pr P. Catala et du Pr F. Terré. Si l'on songe à la faible attractivité de notre système juridique sur la scène internationale et à la concurrence des droits anglo-saxons, il est urgent de légiférer !

Second exemple : Faire de même avec l'avant-projet de réforme du droit des biens présenté par le Pr H. Périnet-Marquet qui propose, entre autres choses, de consacrer le volume comme un bien et d'introduire la notion d'usufruit locatif, un usufruit ne s'éteignant pas au décès de l'usufruitier. Une vraie révolution !

==> De telles réformes apparaîtraient sans doute très marquées par une pensée universitaire. Cela est-il gênant ? Il faut bien que quelqu'un tienne la plume et il est certainement préférable que ce soit un universitaire spécialiste de la discipline. Au demeurant la pratique est courante. En Métropole, toutes les réformes engagées dans les années 1960 en droit des personnes et de la famille ont été menées par Carbonnier. Les récentes réformes du droit des successions et des libéralités proviennent des efforts conjugués des Prs Carbonnier, Catala et des notaires.

À l'étranger, c'est à René David que l'on doit de nombreuses réformes du droit civil dans les États africains, à Josserand que l'on doit le Code des obligations et des contrats libanais de 1932 (COC), à Ripert que l'on doit la Convention de Varsovie de 1929, à Gustave Émile Boissonnade une large part du droit civil japonais de 1898, à Pierre Bézard l'élaboration du Code civil vietnamien entré en vigueur le 1er juillet 1996... Pour ne retenir qu'un exemple, le Code des obligations et des contrats libanais porte nettement l'empreinte de la pensée de Josserand, notamment sur l'abus de droit. Très en avance sur son temps et sur notre Code civil à l'époque, il continue de l'être encore sur certains points.

==> Il ne serait donc nullement choquant que le droit des contrats de la Nouvelle-Calédonie porte l'empreinte de Pierre Catala, de François Terré ou d'un autre. Bien au contraire, la communauté des juristes y verrait un signe de qualité de la règle de droit, ce qui constitue l'enseignement premier de la légistique !

Lois d'imitation, lois de différenciation, lois prospectives... autant de « lois du pays » dont la formalisation méritera toute l'attention. Du fond, on glisse vers la forme. De la légistique matérielle, on passe à la légistique formelle.

II. – Légistique formelle

La légistique formelle n'est pas la partie la plus stimulante à développer dans le cadre d'une communication orale. Elle est affaire d'organisation administrative, de formulaires, de seings et de contreseings, d'études et d'évaluations, de procédures et de suivis en tous genres... Il est d'autant moins utile de développer ces aspects fastidieux qu'ils varient en fonction des structures en place, des moyens alloués et du cadre institutionnel dans lequel sont élaborées les normes. Le guide de légistique métropolitain n'est donc transposable en Nouvelle-Calédonie qu'au prix d'un sérieux effort d'adaptation qu'il m'est impossible de traiter dans le cadre de cette modeste communication.

Je me bornerai à évoquer deux points qui me paraissent essentiels et particulièrement délicats dans la perspective du transfert de compétences : la rédaction de la norme (A.) et sa diffusion (B.).

A. Rédiger la norme

La rédaction de la norme obéit à un style particulier. De la même façon qu'il existe un style judiciaire, un style admi-

nistratif, ou un style contractuel, il existe un style normatif. L'intitulé, l'exposé des motifs, les visas, la structure du texte, le choix des termes et locutions juridiques, les renvois, l'application dans l'espace et dans le temps, les annexes, les signatures... tout est soigneusement codifié. Mais derrière cette technique rédactionnelle, j'entrevois deux séries de problèmes pouvant toucher le transfert des compétences : d'une part, le recours au renvoi, d'autre part, la question de la codification.

1. Peut-on légiférer par simple renvoi ?

Compte tenu des moyens matériels et humains modestes dont bénéficie actuellement la Nouvelle-Calédonie pour prendre en charge un tel transfert de compétences, la tentation pourrait être de procéder par renvois aux normes adoptées en Métropole.

La méthode paraît simple, mobilise peu de moyens et permet de surcroît de « rester à jour » des réformes à moindres frais. Elle présente toutefois davantage d'inconvénients, voire de dangers, que de mérites.

– Tout d'abord, elle s'inscrit aux antipodes de la logique du transfert de compétences. Légiférer par renvoi revient en pratique à ne pas légiférer et, en définitive, à renoncer au transfert. Le législateur est un rédacteur, il tient la plume, sinon il n'est pas législateur.

– Ensuite, la technique du renvoi est une source inextricable de complexité. Les lois procèdent déjà par renvoi, parfois dans le vide, parfois à côté, sans compter les oublis, lacunes et autres incohérences. Je vous laisse imaginer un renvoi à ces normes elles-mêmes de renvoi. Quelle incroyable source d'insécurité juridique ! Renvoi sur renvoi ne vaut.

– La technique du renvoi rend également les choix matériels ci-dessus évoqués plus difficiles et moins visibles. Le renvoi obscurcit la lecture et la rend plus laborieuse et incertaine. Comment choisir en connaissance de cause d'imiter ou au contraire d'éviter certaines dispositions métropolitaines quand le texte que vous avez sous les yeux se borne à suggérer des renvois d'articles ?

– Enfin, le renvoi ne vise pas seulement la disposition visée mais intègre aussi, implicitement mais nécessairement, toutes les interprétations et solutions qui pourront en être déduites, lesquelles se feront parfois à l'aune de dispositions qui n'auront pas été reprises par les "lois du pays" et ne seront donc pas toujours adaptées aux spécificités locales. Un même texte peut en effet donner lieu à des interprétations divergentes selon le contexte dans lequel il s'insère. Mieux vaudrait que les autorités de Nouvelle-Calédonie s'approprient en les recopiant, si elles le jugent opportun, les dispositions métropolitaines tout en indiquant en préambule les raisons de cette imitation. Ainsi l'interprétation jurisprudentielle sera-t-elle guidée par cet exposé des motifs.

==> Je pense que le transfert des compétences doit nourrir une ambition plus grande que celle de suivre fidèlement la destinée de la Métropole. En témoigne la question de la codification.

2. Faut-il codifier ou recodifier le droit civil et le droit commercial calédoniens ?

C'est ici que je placerai l'ambition la plus forte en prenant comme exemple le Code civil. Codifier, art suprême du législateur, « art difficile » également. Pourvu toutefois qu'il ne se borne pas à rassembler dans un corpus unique des textes épars déjà existants en procédant à ce qu'il est convenu d'appeler une codification à droit constant. Très en vogue depuis une dizaine d'années en ce qu'elle est censée favoriser l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et contribuer ainsi à la simplification et à la rationalisation du droit, cette « codification-compilation » réserve pourtant son cortège de « surprises » et d'effets pervers. On ne compte plus les maladroites du codificateur à droit « presque » constant qui tantôt abroge involontairement des textes en vigueur, tantôt ressuscite des dispositions abrogées ou déclarées illégales. Le miracle codificateur ne peut surgir d'un tel procédé.

Mais ce n'est pas une recodification à droit constant qu'il convient d'envisager pour le Code civil calédonien, c'est une véritable refonte. Le Code civil français a vieilli. Notre « autel des lois » a subi l'outrage des années au point que sa révision fut plusieurs fois envisagée... mais en vain. Il manquait la subtile alchimie nécessaire à toute codification, dont le talentueux Rémy Cabrillac nous livre la recette, entre un besoin social de sécurité juridique et une volonté politique forte. Celle-ci, en particulier, faisait défaut lorsqu'en 1953 le doyen Julliot de la Morandière, président la Commission de réforme instituée huit ans auparavant, rendait l'avant-projet de Code civil révisant les Livres préliminaire et premier. L'enlisement politique de l'époque devait condamner cet avant-projet... à le rester.

Je pense qu'il faut saisir l'occasion du transfert de compétence en droit civil pour procéder à une véritable « recodification civile » du pays. Certes, un effort de modernisation a déjà été entrepris en France au cours de ces douze dernières années et il n'est pas question de l'anéantir à l'occasion du transfert.

→ Les droits de la preuve, des personnes, des incapacités, de la famille, des sûretés et de la prescription en ont été les principaux bénéficiaires.

→ Mais le droit des obligations et le droit des biens ont pour l'heure été sacrifiés sur l'autel d'intérêts jugés, sinon supérieurs, du moins plus urgents.

Le reste de l'évolution s'est développé en dehors du Code civil. Cette « décodification » du droit civil n'est d'ailleurs pas récente. Elle a pris corps avec la multiplication des lois spéciales (baux spéciaux, assurance, contrat de travail, transport, sociétés, copropriété, etc.) dont certaines ont donné naissance à des codes autonomes et se poursuit aujourd'hui dans d'autres codes.

→ C'est ainsi que le droit des personnes puise autant dans le Code civil que dans celui de la santé publique.

→ Le droit des biens se localise autant dans le Code civil que dans le CPI, sans même parler de ces biens spéciaux que sont les clientèles, fonds de commerce, fonds libéraux, biens culturels et autres universalités dont le régime, souvent incertain, est atomisé.

→ Le droit de la preuve ne peut se comprendre sans le CPC.

→ La vente d'immeuble impose d'ouvrir le CCH.

→ Le droit du cautionnement se découvre de plus en plus dans le Code de la consommation, etc.

La recodification civile imposera des choix, mais devrait en définitive moins heurter les esprits ici qu'en Métropole.

Des choix, quels choix ? Celui du contenu et celui de la structure du Code.

– Quant au contenu, il peut paraître illusoire, comme l'a démontré Thierry Revet lors du colloque du bicentenaire, de se fixer comme objectif de faire renaître un corpus rassemblant l'ensemble de la législation civile et constituant l'alpha et l'oméga du droit civil. L'éclatement contemporain des sources du droit civil constitue en effet un obstacle rédhibitoire à toute tentative de recodification exhaustive. Pour autant, l'obstacle semble moins infranchissable à Nouméa qu'à Paris et il n'est pas exclu qu'un futur Code civil calédonien recouvre l'ensemble des compétences transférées.

De nombreux choix techniques et politiques devront toutefois être opérés :

→ Faut-il, par exemple, généraliser la protection offerte aux consommateurs à tous les contractants et, en définitive, fondre le Code de la consommation dans le Code civil ?

→ Faut-il continuer à distinguer les contrats civils et les contrats commerciaux quand on sait que l'immense majorité des contrats aujourd'hui conclus en France sont des contrats d'affaires, donc des contrats commerciaux pour au moins l'une des parties ?

→ Doit-on, plus précisément, généraliser l'article 442-6-5° du Code du commerce sur la rupture brutale des relations commerciales établies et l'intégrer à la théorie générale des contrats ?

→ La protection de l'acquéreur immobilier non professionnel, insérée au CCH par la loi SRU du 13 décembre 2000, n'a-t-elle pas sa place dans le Code civil sous l'énigmatique article 1589-1 ?

→ Le retour de la mention manuscrite et du principe de proportionnalité en droit du cautionnement conclu entre une personne physique et un professionnel ne doit-il pas profiter à toutes les cautions ?

Au sein même du droit civil stricto sensu, des questions mériteront d'être posées :

→ Faut-il prendre position sur le commencement de la personnalité juridique ?

→ Faut-il consacrer le principe de réalité des personnes morales ?

→ Faut-il autoriser le mariage homosexuel et, dans le prolongement, l'adoption par ces nouveaux couples mariés ?

→ Faut-il reconnaître toute valeur comme un bien, consacrer la propriété collective ?

→ Faut-il consacrer ou au contraire supprimer le principe de non-cumul des responsabilités civile contractuelle et responsabilité civile délictuelle ? Lier la responsabilité objective à l'obligation d'assurance ? Consacrer le principe de précaution comme source d'une responsabilité préventive ? Plus techniquement, préciser légalement le lien de causalité, la causalité directe ?

→ Faut-il privilégier une conception libérale ou solidariste du contrat ?

→ Faut-il réglementer tous les nouveaux contrats nommés ?

→ Faut-il au contraire inventer une théorie générale des contrats spéciaux ?

→ Faut-il codifier le droit international privé ?

Des choix de contenu qui seront opérés dépendra le nouveau visage du Code civil.

– Quant à sa structure, le Code civil ne correspond plus aux aspirations de notre temps. Sans entrer dans le détail de son plan, on rappellera sa division tripartite : L. 1 Les personnes, L. 2 Les biens, L. 3 Les modes d'acquisition de la propriété, L. 4 Les sûretés, L. 5 Mayotte.

Si, par « pitié pour le Code civil », l'on exclut Mayotte, ces quatre livres pourraient aisément être ramenés à une dualité fondamentale, les personnes d'une part, les biens d'autre part, représentant les deux piliers majeurs de notre ordre juridique, véritable *summa divisio*. Mais c'est surtout l'organisation interne qui a vieilli.

La répartition entre les personnes et les biens n'est pas égalitaire. Le Code civil de 1804 est avant tout un code de la propriété, surtout foncière, une législation du capital plus que du travail. Les personnes, elles, devaient composer avec les contraintes collectives et les préceptes hérités du passé.

L'évolution a renversé la tendance.

→ La propriété n'est plus absolue, les contraintes sociales ont raboté les prérogatives du propriétaire pour les concilier avec les exigences de la vie en société. Propriété commerciale, droit au logement, droit au renouvellement, droits de préemption, permis de construire et autorisations administratives en tous genres... charbonnier n'est plus maître chez lui !

→ Au contraire, les personnes, initialement subordonnées au droit objectif, sont montées en puissance sous l'influence de l'idéologie des droits de l'homme. L'individualisme roi, la « pulvérisation du droit objectif » en droits subjectifs, ces fameux « droits à... », placent désormais l'individu au cœur du système. Ce glissement du droit des biens vers celui des personnes appelle une réorganisation du Code civil.

→ Peut-on encore traiter les successions dans les modes d'acquisition de la propriété lorsque, depuis l'arrêt *Mazurek*, un droit à l'héritage est reconnu aux personnes ?

→ La responsabilité civile, corollaire de la liberté individuelle, n'a-t-elle pas davantage sa place dans le droit des personnes ?... aux côtés de l'image des biens puisqu'en détachant l'image de la propriété, c'est sous l'égide de la responsabilité, donc de la personnalité, qu'elle se place désormais ?

→ Il en va jusqu'au droit des contrats qui, imprégné d'une nouvelle devise contractuelle, s'intéresse davantage à la loyauté, à la solidarité, à la fraternité des contractants, c'est-à-dire à leur comportement, qu'à l'échange économique qu'ils réalisent.

→ Et n'en va-t-il pas de même des quasi-contrats qui, loin de rétablir un équilibre entre deux patrimoines, permettent désormais de sanctionner les pratiques douteuses des organisateurs de loteries publicitaires ?

⇒ Il faut rénover, il faut innover. Cette innovation sera sans doute moins difficile à Nouméa qu'à Paris où règne, selon l'expression de Philippe Rémy, une difficulté d'ordre « psychologique » redoutable. Le Code civil n'est pas seulement un « système », il est aussi un « lieu de mémoire » (Carbonnier), un monument de l'histoire de France, de l'histoire accomplie, « symbole du temps arrêté », mais aussi de l'histoire à accomplir, de l'histoire en marche puisqu'une « aura d'éternité » lui a permis de survivre à plus de dix constitutions politiques. Dans cette « véritable constitution civile » de la France s'est cristallisée une « symbolique inoubliable », ancrée dans la mémoire collective et alimentée par des textes devenus coutumes, proverbes ou adages. Songeons à la musique des nombres sacrés 544, 1134 et autres 1382... Dès lors, toute volonté de recodification doit triompher de cette force symbolique qui tend à sublimer tout ce que le Code civil renferme et à défendre cette « citadelle » contre toute velléité de réforme.

Au risque de me tromper, je ne crois pas que cette réticence psychologique soit aussi marquée en Nouvelle-Calédonie, surtout lorsque commencera à souffler le vent du transfert de compétences...

Après la rédaction de la norme, un mot sur sa diffusion.

B. Diffuser la norme

La diffusion de la norme répond au double objectif d'accessibilité et d'intelligibilité du droit. Il convient de faire œuvre de pédagogie en expliquant la norme nouvelle et d'en faciliter l'accès au moyen, notamment, d'un site internet opérationnel et à jour des dernières réformes (Legifrance et Juridoc).

Sur la pédagogie, je tiens juste à évoquer une initiative qui se développe en Métropole consistant à accompagner la publication d'un décret d'une notice expliquant en des termes accessibles à la généralité des citoyens l'objet et la portée du texte ainsi que ses conditions d'entrée en vigueur. Cette notice explicative n'est ni un support de communication ni un commentaire juridique : sa seule vocation est de donner une information fiable et accessible sur la nature et la portée des mesures susceptibles d'intéresser directement les destinataires des textes. Sa mise au point est l'occasion pour l'administration qui en a la charge de faire l'effort, dès le stade de son élaboration, de se placer du point de vue de ces derniers pour apprécier les effets qu'ils en percevront.

La notice doit éclairer ses destinataires sur la portée du texte. Il est préconisé (Circ. 7 juill. 2011) de la concevoir comme un document court d'une demi-page, composé de plusieurs rubriques.

→ La rubrique « Objet » caractérise, en un nombre limité de mots-clés, l'objet du texte. Sa mise au point ne dispense pas le rédacteur de prêter une attention particulière à l'intitulé du texte qui est un élément déterminant pour sa compréhension.

→ La rubrique « Entrée en vigueur » indique si les règles nouvelles affectent des situations en cours. Elle détaille, le cas échéant, les mécanismes d'entrée en vigueur différée ainsi que, s'il y a lieu, le calendrier des mesures transitoires.

→ La rubrique « Notice » doit être rédigée dans une langue d'usage courant. Elle doit être compréhensible pour un public qui, tout en prêtant intérêt à la réforme, n'est pas nécessairement par avance averti de ses tenants et aboutissants. Au cas où plusieurs catégories de destinataires sont potentiellement concernées (professionnels, particuliers...), la rédaction doit être conçue pour être accessible au public le moins averti.

Cette rubrique doit exposer de manière précise et concise l'objet de la réforme emportée par le texte. En cas de texte modificatif, on s'attachera à y faire apparaître la portée des innovations que celui-ci emporte.

→ La rubrique « Références » précise que le texte modifié peut être consulté sur Legifrance.

Sans doute faut-il, comme le recommandait Montesquieu, légiférer d'une main tremblante. Mais la main ne doit trembler qu'avant l'écriture pour laisser le temps de la réflexion. Sitôt en revanche la plume posée sur le parchemin de la loi, celle-ci doit être guidée d'une main ferme et ambitieuse.

La légistique n'est sans doute pas le remède miracle contre le tremblement car elle ne résout pas tous les problèmes, loin s'en faut, mais elle constitue néanmoins un traitement indispensable.

Reste, au-delà de la simple approche légistique ici livrée, à en construire le guide précis. L'enjeu est pour demain. Reste aussi à y associer une volonté politique et une ambition fortes. L'avenir de la Nouvelle-Calédonie en dépend !

Propos conclusifs

Valérie Malabat

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Institut de sciences criminelles et de la Justice

Le professeur Sandrine Sana, organisatrice de ce colloque, a commencé cette journée en soulignant l'importance juridique de la question du transfert du droit civil et du droit commercial, importance juridique du point de vue du droit privé et non pas seulement dans une approche de droit public, approche institutionnelle qui a jusque là été privilégiée.

L'objectif affiché de ce colloque était donc d'éclairer sur les enjeux techniques, juridiques, de ce transfert.

Certes d'autres transferts de compétence ont déjà été réalisés et leur expérience est riche d'enseignements qu'il s'agisse de transferts opérés au profit d'autres collectivités, comme l'a révélé aujourd'hui le cas de la Polynésie française présenté par Pascal Gourdon, ou qu'il s'agisse des transferts déjà réalisés au profit de la Nouvelle-Calédonie comme l'a souligné Nadège Meyer. Il est sans doute nécessaire d'avoir la connaissance et la mémoire de ces transferts pour préparer et organiser ceux à venir et aller plus loin. C'est dire que le transfert du droit civil et du droit commercial est une nouvelle étape, une étape supplémentaire s'inscrivant dans un processus. Ce n'est donc pas une révolution. C'est même plutôt sans doute une évolution logique du point de vue juridique. Les propos de Régis Lafargue l'ont bien montré qui ont souligné la grande complexité du principe de spécialité et du système juridique et qui ne peut être conçu que comme un préalable au transfert de la compétence normative.

Puisque celui-ci doit être programmé en matière civile et commerciale, il devient nécessaire, voire urgent, d'en préciser la mesure et les enjeux. Les interrogations sont en effet nombreuses tant sur l'objet du transfert que sur ses conséquences.

Deux questions essentielles devaient ainsi être posées :

- Que doit-on transférer ? Ou, autrement dit, quel doit être l'objet du transfert ?
- Comment la Nouvelle-Calédonie va-t-elle exercer cette nouvelle compétence normative ?

I. L'objet de la compétence normative de la Nouvelle-Calédonie

Le transfert doit concerner le droit civil et le droit commercial mais les interventions de la journée ont montré que la détermination de l'objet de ce transfert de compétence normative est en réalité délicate et pose deux questions, l'une relative au contenu des droits transférés (A), l'autre au rayonnement qui sera accordé aux matières ainsi transférées (B).

A. Le contenu des droits transférés

Cette question du périmètre des droits transférés, qui se pose tant pour le droit civil que pour le droit commercial, est importante puisque l'exemple du droit de la consommation évoqué par Nadège Meyer a montré que les difficultés de détermination du périmètre de la compétence normative transférée pouvait conduire à l'inertie du législateur calédonien.

La détermination du périmètre du droit commercial transféré est sans doute celle qui pose le moins de difficultés. Il a en effet été souligné par Laurent Grosclaude qu'un certain nombre de matières relevant du droit commercial ont déjà été transférées à la Nouvelle-Calédonie. Il a proposé de définir le périmètre de la compétence normative de la nouvelle Calédonie en matière commerciale en utilisant la méthode du « tout, sauf, dont » selon laquelle l'objet du transfert du droit commercial doit porter sur :

- Tout le droit commercial (ce qui permet d'éviter les lacunes dans la détermination de la compétence)
- Sauf les matières relevant de dispositions régaliennes (limite imposée par la loi organique)
- Dont ... pour illustrer les matières relevant à l'évidence de ce transfert.

La détermination du périmètre du droit civil transférée est sans doute en réalité la plus difficile à effectuer. Etienne Cornut

nous a ainsi bien montré la tentation de trouver des critères de sélection pour limiter l'importance de ce transfert. Toucher au droit civil c'est en effet toucher à cette constitution civile de notre société selon le mot du doyen Carbonnier. Mais il a bien montré aussi qu'il est très difficile de scinder juridiquement cette matière tant le découpage du droit en différentes branches peut paraître artificiel. L'exigence de cohérence du droit et l'exigence de coordination des différentes branches identifiées du droit civil doit au contraire sans doute conduire à envisager le droit civil en un bloc indivisible. L'exemple de l'indivision choisi par Pascal Gourdon était ainsi révélateur de cette nécessité d'appréhender le droit civil dans sa globalité puisque l'institution se partage entre le droit de la famille, le droit des successions et le droit des biens. Cette exigence de cohérence et de coordination soulève d'ailleurs également, au-delà de celle du périmètre des matières transférées, la question de leur rayonnement.

B. Le rayonnement des matières transférées

Cette question étant directement induite par les exigences de cohérence et de coordination, ces deux points peuvent être invoqués successivement.

- La nécessaire cohérence du droit doit ainsi tout d'abord conduire, comme il a déjà été souligné, à une vision globale des matières transférées. Or, cette vision globale est justement celle retenue par la loi organique qui a prévu la possibilité pour le congrès d'affecter la violation des lois et règlements du pays de sanctions pénales. C'est, autrement dit, reconnaître à la Nouvelle-Calédonie une compétence normative pénale accessoire aux matières transférées. Si cette compétence est sans doute limitée par la loi organique qui fixe que les peines prévues par le législateur calédonien ne pourront excéder les peines prévues par le législateur de métropole pour des infractions correspondantes, elle n'en reste pas moins le signe d'une véritable compétence pénale de la Nouvelle-Calédonie.

- L'exigence de coordination des différentes règles de droit doit ensuite conduire la Nouvelle-Calédonie à se doter de ses propres règles de conflit de normes. Le professeur Sandrine Sana a en effet bien montré les enjeux tant juridiques que politiques de ces conflits de normes, en l'espèce internes. Il sera en effet nécessaire à la Nouvelle-Calédonie de s'approprier aussi cette question et de déterminer ainsi le rayonnement de sa propre législation, en rénovant si besoin les facteurs traditionnels de rattachement. Le professeur Sana a en effet montré que le critère de la nationalité est inopérant pour régler les conflits internes. Par exemple pour savoir quelle est la loi qui devrait s'appliquer à la relation matrimoniale entre un métropolitain et un calédonien, le critère de la nationalité ne serait pas utile puisque les deux protagonistes sont de nationalité française.

Une fois l'objet et le rayonnement de la compétence normative transférée déterminés, il resterait encore à déterminer comment la Nouvelle-Calédonie pourrait ou devrait exercer cette compétence.

II. Les modalités de l'exercice de sa compétence normative par la Nouvelle Calédonie

Face aux risques liés à l'exercice ou au non-exercice de cette compétence normative, les différents intervenants ont proposé des conseils méthodologiques.

A. Les risques liés à l'exercice de la compétence normative

Les différents intervenants ont tout d'abord beaucoup souligné le risque de fossilisation du droit après le transfert, de décrochage du droit calédonien par rapport au droit de métropole, insistant ainsi plutôt sur le risque que la Nouvelle-Calédonie n'exerce pas sa compétence normative et que l'on reste ainsi sur le droit applicable au jour du transfert. Il faut cependant sans doute nuancer, comme l'a fait Laurent Grosclaude cette notion de décrochage qui n'est pas forcément négative si on la conçoit, non comme une distanciation du droit calédonien mais comme une prise d'autonomie de ce même droit.

A ensuite parfois été envisagé le risque d'un exercice a minima de sa compétence normative par la Nouvelle-Calédonie si le Congrès se contente par exemple de recopier la législation métropolitaine sans même l'adapter aux spécificités locales. Il y aurait alors en quelque sorte détournement de la finalité de la compétence normative transférée qui doit justement permettre à la Nouvelle-Calédonie de se doter d'une législation correspondant à ses besoins et à son contexte environnemental, économique et social.

Enfin, le risque d'un usage abusif de la compétence normative a parfois été évoqué, qui n'a rien toutefois de spécifique à la Nouvelle-Calédonie en ce qu'il s'agit en réalité d'envisager l'hypothèse dans laquelle la compétence normative conduirait à l'édiction de normes contraires aux droits fondamentaux. La loi organique a en effet envisagé ce risque en prévoyant

de soumettre les lois du pays au contrôle de constitutionnalité comme les lois métropolitaines. Ces différents écueils peuvent cependant sans doute être évités si l'on se fie à certains conseils méthodologiques

B. Pour un bon exercice de sa compétence normative par la Nouvelle-Calédonie.

Les conseils prodigués ont été seulement méthodologiques, le rôle du juriste n'étant que de fournir des clefs, le politique se devant de déterminer quelle porte il envisage d'ouvrir ou de fermer.

Pascal Puig a, suivant l'enseignement de Montesquieu, ainsi conseillé au législateur de faire moins et mieux.

A cette fin, il est sans doute tout d'abord nécessaire comme l'a indiqué Laurent Grosclaude de réaliser un audit du droit applicable au moment du transfert. Cet audit qualitatif permettrait ainsi de se débarrasser de dispositions métropolitaines soit parce qu'elles sont de mauvaise qualité soit parce qu'elles sont inadaptées à la Nouvelle-Calédonie. En matière commerciale il a ainsi proposé de ne pas reprendre les dispositions nationales relatives au fonds de commerce ou aux baux commerciaux.

La construction d'un nouveau droit calédonien implique ensuite, dans une première phase de type politique, de déterminer le projet de société dans l'intérêt général de la Nouvelle-Calédonie et non dans celui d'une élite économique ou politique. Pascal Gourdon a en effet rappelé dans une très belle formule qu'il faut d'abord penser la société avant de penser le droit. Ce projet politique doit ainsi permettre de déterminer les grandes orientations de la règle de droit à préparer, d'apprécier par exemple la nécessité d'un droit *sui generis* ou de rester sur des dispositions similaires à celle posées en métropole (il serait alors utile d'organiser une veille juridique sur les modifications apportées à la loi de métropole).

La construction technique doit ensuite intervenir dans un second temps qui implique de déterminer comment elle doit se faire et par qui.

- Comment ? Ainsi que l'a souligné Pascal Puig, il est important ici d'éviter les techniques législatives qui sont nuisibles à la qualité des normes et parmi elles en tout premier lieu la technique de la législation par renvoi.

Si le travail de rédaction des normes doit ainsi évidemment être soigné, la question de la codification des lois du pays se pose également. Pascal Puig, évoquant celles des codifications qui n'apportent rien, a rappelé que la codification est utile si elle ne se limite pas à une compilation seulement éditoriale.

- Par qui ? Sans priver les membres du congrès de leur compétence il paraît important de s'associer des praticiens du droit (de son enseignement et de son application) pour la rédaction des normes. Leur rôle d'expertise a ainsi été souligné comme indispensable.

Les difficultés juridiques du transfert du droit civil et du droit commercial sont réelles et le chantier est colossal. Mais les grandes œuvres se font à ce prix et si la Nouvelle-Calédonie met moitié moins de volonté, d'énergie, de disponibilité, d'intelligence et de science qu'en a mis le professeur Sandrine Sana dans l'organisation de ce colloque, alors ce transfert de compétence sera un beau succès.

Le transfert de la compétence normative en droit civil et en droit commercial, peu médiatisé et dont l'importance a longtemps été sous-estimée, est en réalité l'un des plus significatifs au titre de l'émancipation du pays. Il n'implique pas, par lui-même, un bouleversement radical des normes applicables en Nouvelle-Calédonie. Mais il donne à ce territoire la compétence de décider des règles qu'il entendra adopter à l'avenir dans ces deux domaines essentiels que sont le droit civil et le droit commercial. Ce transfert de compétence normative ne va pas, cependant, sans poser de sérieuses questions pour l'ordonnancement juridique. Le droit civil et le droit commercial calédoniens restent en effet intégrés dans l'ordre normatif de la République française et toute une réflexion doit être menée pour que soit assurée une articulation harmonieuse de ces diverses composantes. Il en va de l'exercice serein, par la Nouvelle-Calédonie, de cette compétence inédite et plus encore de la sécurité juridique à laquelle peuvent prétendre les justiciables. A cet égard, des questions aussi essentielles que celle du périmètre sur lequel s'exerce la compétence, celle des conflits de normes qui vont immédiatement survenir, ou encore celle de l'articulation avec les autres branches du droit et en particulier avec le droit pénal doivent être soulevées. Cette réflexion globale, sous l'angle du droit privé touché ici dans ses deux branches fondamentales, est la première menée en Nouvelle-Calédonie à ce sujet. Portée par l'Université et le Laboratoire de Recherches Juridique et Economique (LARJE), elle a pour ambition de montrer que ce transfert de la compétence normative en droit civil et en droit commercial est un enjeu majeur pour la Nouvelle-Calédonie.

L'Université de la Nouvelle-Calédonie (<http://www.univ-nc.nc/>) est un établissement public de l'Etat à caractère scientifique, culturel et professionnel qui assure les missions du service public de l'enseignement supérieur. Elle répond aux besoins de formation et de recherche propres à la Nouvelle-Calédonie suivant le point 4.1.1 de l'Accord de Nouméa et a vocation à devenir l'université du pays en application de l'article 27 de la loi organique. Elle joue un rôle éminent en matière de recherche et organise les échanges et la complémentarité entre ses laboratoires et l'ensemble des organismes de recherche implantés en Nouvelle-Calédonie, selon l'article L 774-4 du Code de l'Education.

Le Laboratoire de Recherches Juridique et Economique (LARJE – <http://larje.univ-nc.nc/>), équipe d'accueil nationale n° 3329 de l'université, développe une recherche axée sur les ressources naturelles, la biodiversité, le droit et l'environnement économique et social insulaire. Ces thèmes se déclinent dans une optique de développement durable, liée à l'émancipation progressive du pays dans le statut issu de l'Accord de Nouméa.