



CAHIERS DU LARJE / WORKING PAPERS

LARJE Laboratoire de Recherches
Juridique et Économique

VEILLE ET ÉCLAIRAGE JURIDIQUES

SOUS LA DIRECTION DE CHRISTINE BIDAUD-GARON

N° 2017-2
JUILLET 2017

© 2017 Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie

Publication du LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique

Tous droits réservés

All rights reserved

No part of this publication may be reproduced in any form or by any means
without the written permission of the University of New Caledonia

Publication assurée par Françoise Cayrol pour les PUNC

Réalisation : Armel Marais

Imprimé en Nouvelle-Calédonie

Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie

Avenue James Cook – BP R4 – 98851

Nouméa CEDEX

www.unc.nc



N° 2017-2
JUILLET 2017

VEILLE ET ÉCLAIRAGE JURIDIQUES

SOUS LA DIRECTION DE CHRISTINE BIDAUD-GARON

VEILLE ET ÉCLAIRAGE JURIDIQUES

Le statut *sui generis* de la Nouvelle-Calédonie entraîne une réelle difficulté quant à la détermination du droit applicable sur son territoire. Transfert de certaines compétences à la Nouvelle-Calédonie, maintien de la compétence de l'État français pour d'autres, adoption de nouvelles lois du pays et nouvelles jurisprudences sont autant de raisons d'être parfois hésitant.

Sans prétendre à l'exhaustivité, le Laboratoire de recherches juridique et économique (LARJE) a souhaité mettre en place un instrument destiné à assurer une veille et un éclairage juridiques matière par matière afin de contribuer à une clarification des règles applicables en Nouvelle-Calédonie.

Chaque auteur livre dans ce nouveau cahier « veille et éclairage juridiques » ses constats, ses réflexions, mais aussi ses interrogations quant au domaine dont il est spécialiste.

Christine Bidaud-Garon

Directrice adjointe du LARJE
Responsable et coordinatrice scientifique
de ce Cahier du LARJE

LES AUTEURS DU CAHIER « VEILLE ET ÉCLAIRAGE JURIDIQUES »



Christine Bidaud-Garon

Maître de conférences en droit privé.
Habilitée à diriger les recherches.
En délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie,
Directrice adjointe du Laboratoire de recherches
juridique et économique – LARJE.
Domaines de spécialité : droit interne et international privé
des personnes et de la famille, état civil, circulation internationale
des personnes.

christine.bidaud-garon@univ-nc.nc



Matthieu Buchberger

Maître de conférences en droit privé.
En délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.
Laboratoire de recherches juridique et économique – LARJE.
Domaines de spécialité : droit des affaires, droit des sociétés,
droit commercial, droit de la concurrence.

matthieu.buchberger@univ-nc.nc



Mathias Chauchat

Professeur des universités, Agrégé de droit public.
Université de la Nouvelle-Calédonie.
Laboratoire de recherches juridique et économique – LARJE.
Domaines de spécialités : droit administratif, droit de la Nouvelle-
Calédonie, droit de l'Union européenne, droit comparé.

mathias.chauchat@univ-nc.nc



Étienne CORNUT

Maître de conférences en droit privé. Habilité à diriger les recherches.
Vice-Président du Conseil d'administration de l'Université
de la Nouvelle-Calédonie, Laboratoire de recherches juridique
et économique – LARJE.
Domaines de spécialité : pluralisme juridique, droit coutumier,
conflits internes de lois, droit international privé.

etienne.cornut@univ-nc.nc



Nadège Meyer

Maître de conférences en droit privé.

Laboratoire de recherches juridique et économique – LARJE.

Domaines de spécialité : droit du travail (relations collectives de travail, négociation collective, représentation des salariés...), droit du travail de l'Outre-mer, droit du travail comparé (Canada, Europe), droit civil et théorie générale du droit (ordre public, pluralisme juridique...)

nadege.meyer@univ-nc.nc

Margot UZAN-MARCESCHE



Doctorante en droit de la responsabilité civile environnementale en Nouvelle-Calédonie (3^{ème} année), sous la direction de Carine DAVID, Maître de conférences (HDR) en droit public, à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, et de Clothilde GRARE-DIDIER, Professeur à l'Université Paris-Descartes.

Laboratoire de recherches juridique et économique – LARJE.

Titre de la thèse : La responsabilité civile environnementale en Nouvelle-Calédonie : des principes de son édicton aux modalités de sa mise en œuvre.

Chargée d'enseignement en droit civil.

uzanm@hotmail.fr



Manuel Tirard

Maître de conférences en droit public.

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

Laboratoire de recherches juridique et économique – LARJE.

Domaines de spécialité : droit public financier, droit public comparé.

manuel.tirard@univ-nc.nc



Zohra Baccouchi

Doctorante en droit de l'achat public en Nouvelle-Calédonie (première année) sous la direction de Mathias Chauchat,

Professeur à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, agrégé de droit public. Membre du Laboratoire de recherches juridique et économique – LARJE. Enseignante vacataire au sein de l'Université de la Nouvelle-Calédonie. Attachée d'administration en exercice.

DROIT EXTRAPATRIMONIAL DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE¹

VEILLE JURIDIQUE - NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE :

- Loi du pays n° 2016-13 du 15 septembre 2016 permettant le don de jours de congé pour maladie grave d'un enfant

Cette loi du pays permet à un salarié, en accord avec l'employeur, de renoncer anonymement et sans contrepartie, à une partie de ses congés payés, au bénéfice d'un autre salarié de l'entreprise qui assume la charge effective et permanente d'un enfant âgé de moins de vingt ans atteint d'une maladie ou victime d'un accident, d'une particulière gravité rendant indispensables une présence soutenue et des soins contraignants.

[http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/\(web-All\)/28A479DB5CAD450D4B2580950013CBAC/\\$File/Loi-du-pays_2016-13_du_15-09-2016_ChG.pdf?OpenElement#search=»\[EN_Date-Texte\]>=30/06/16»](http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/(web-All)/28A479DB5CAD450D4B2580950013CBAC/$File/Loi-du-pays_2016-13_du_15-09-2016_ChG.pdf?OpenElement#search=»[EN_Date-Texte]>=30/06/16»)

- Décret n° 2017-889 du 6 mai 2017 relatif au transfert aux officiers de l'état civil de l'enregistrement des déclarations, des modifications et des dissolutions des pactes civils de solidarité

Pris en application de l'article 48 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, ce décret organise le transfert aux officiers de l'état civil de l'enregistrement des déclarations, des modifications et des dissolutions des pactes civils de solidarité. Son article 13 prévoit que ce changement d'autorité compétente en matière de PACS devra également intervenir en Nouvelle-Calédonie, mais que celui-ci ne sera effectif que lorsque les autorités compétentes localement auront adopté une réglementation à cet effet. À cheval entre les compétences régaliennes et les compétences transférées, cette modification ne peut en effet intervenir sans un texte adopté localement (cf. infra, Éclairage juridique).

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?dateTexte=&categorieLien=id&cidTexte=JORFTEXT000034635171&fastPos=34&fastReqId=60498446&navigateur=navigateurnaturetexte&modifier=D ECRET&oldAction=rechExpTexteJorf>

ÉCLAIRAGE JURIDIQUE – LIBRE PROPOS : LA RÉFORME J21 ET LE DÉCROCHAGE DU DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE...

Aperçu des difficultés provoquées par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle en matière de droit des personnes et de la famille

La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle², dite réforme J21, a modifié de très nombreux pans du droit : procédure pénale, code de la route, procédure administrative, médiation, action de groupe... Certaines de ces nouvelles dispositions sont applicables sans conteste sur le terri-

1. Christine Bidaud-Garon, *Maître de conférences (HDR) en droit privé, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.*

2. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033418805&categorieLien=id>

toire puisqu'elles appartiennent aux compétences étatiques. En revanche, les dispositions de la loi nouvelle relatives au droit des personnes et de la famille ne sont, a priori, pas applicables en Nouvelle-Calédonie puisqu'il s'agit là d'une compétence transférée à quelques exceptions près. Toutefois, en les examinant de plus près, de nombreuses interrogations se font jour... Le décrochage progressif du droit civil applicable en France métropolitaine et en Nouvelle-Calédonie, combiné à l'absence de règles de conflit interne de normes provoquent une insécurité juridique difficilement acceptable comme en témoignent les dispositions de la loi J21 ci-dessous évoquées.

Changement d'autorité compétente pour l'enregistrement des déclarations, modifications et dissolutions de PACS

– Jusqu'à présent les autorités compétentes en matière d'enregistrement, de modification et de dissolution d'un PACS étaient le greffier du tribunal d'instance (du tribunal de première instance en Nouvelle-Calédonie) et le notaire³. Si la réforme J21 ne modifie en rien la possibilité pour les partenaires de s'adresser au notaire, en revanche, elle transfère la compétence des greffiers aux officiers de l'état civil à compter du 1^{er} novembre 2017. La question de l'applicabilité de cette modification en Nouvelle-Calédonie se pose de manière assez complexe. En effet, si la compétence a été transférée en matière de droit civil et d'état civil à la Nouvelle-Calédonie en 2013, il ne semble pas en aller de même quant aux compétences dévolues aux greffiers et quant à l'organisation des greffes, ces deux points touchant à l'organisation judiciaire⁴. Dès lors, il est vraisemblablement toujours dans les attributions de l'État de supprimer la compétence des greffiers en matière de PACS, mais il est de celle de la Nouvelle-Calédonie d'ajouter cette compétence aux officiers de l'état civil. On comprend alors pourquoi le décret n° 2017-889 du 6 mai 2017 relatif au transfert aux officiers de l'état civil de l'enregistrement des déclarations, des modifications et des dissolutions des pactes civils de solidarité vise la Nouvelle-Calédonie dans son article 13⁵. Plus précisément, le texte met en avant la nécessité de l'adoption par les autorités de la Nouvelle-Calédonie d'une réglementation organisant les nouvelles compétences de l'officier de l'état civil. Le changement d'autorité compétente devenant effectif au 1^{er} novembre 2017, il est urgent que les autorités locales élaborent et adoptent un tel texte. Dans le cas contraire, le greffier ne sera plus compétent à compter de cette date, mais l'officier de l'état civil « calédonien » ne le sera pas non plus... Il ne resterait alors plus que la possibilité de s'adresser aux notaires pour enregistrer, modifier ou dissoudre un PACS.

Création d'un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire

– L'article 229 alinéa 1 du Code civil français dispose désormais : « *Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* ». Cette nouvelle sorte de divorce est ensuite réglementée aux articles 229-1 et s. Le transfert de la compétence législative en matière de droit civil datant du 1^{er} juillet 2013, ces dispositions ne sont pas applicables sur le territoire, du moins tant qu'il n'existe pas de règle de conflit interne de normes le permettant. À l'heure actuelle, les avocats calédoniens ne pourront donc pas rédiger de telles conventions sur le territoire et les notaires calédoniens ne pourront pas non

3. Pour la compétence du notaire, V. loi n° 2011-311 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et décret n° 2012-966 du 20 août 2012 relatif à l'enregistrement de la déclaration, de la modification et de la dissolution du pacte civil de solidarité reçu par un notaire.

4. V. Art. 21, I, 2° de la Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

5. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?dateTexte=&categorieLien=id&cidTexte=JORFTEXT000034635171&fastPos=34&fastReqId=60498446&navigateur=navigatortexte&modifier=DECRET&oldAction=rechExpTexteJorf>

plus procéder à leur enregistrement. Toutefois, il n'existe aucune règle de compétence générale des notaires et aucune règle de compétence spéciale n'a été prévue par la loi nouvelle. Dès lors, rien n'empêche un couple de personnes de statut de droit commun et de citoyenneté calédonienne ou bien résidant habituellement en Nouvelle-Calédonie de s'adresser à des avocats et à un notaire métropolitains pour établir et enregistrer leur convention de divorce. Aucune règle de conflit de droits internes n'ayant été prévue, ni dans la loi organique organisant le transfert de compétence⁶, ni depuis, il n'existe aucun obstacle textuel à l'application du droit étatique à ce couple. La Nouvelle-Calédonie a certes un statut spécial et est autonome sur de nombreux points, mais elle demeure un territoire français et les citoyens calédoniens sont de nationalité française. Dès lors, l'utilisation des mécanismes de droit international privé n'est pas possible et rien ne régit la détermination du droit applicable aux personnes de statut de droit commun de citoyenneté calédonienne ou encore résidant habituellement en Nouvelle-Calédonie selon le critère de rattachement que l'on pourrait retenir. Quelle serait alors l'efficacité de cette convention de divorce sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie ? Pourrait-elle être mentionnée sur les actes de l'état civil inscrit sur dans les registres calédoniens ? Les intéressés ayant été chercher en métropole ce qui n'existe pas en Calédonie, peut-on arguer d'une fraude ? Là encore, l'absence de règle de conflit interne de normes et de règles relatives à l'efficacité des actes établis en métropole sur le territoire calédonien (et inversement) provoque une grande insécurité juridique. Il est plus qu'urgent que les législateurs national et calédonien se penchent sur ces questions.

Modification de la mention du sexe à l'état civil – Jusqu'à la réforme J21 les conditions pour obtenir la modification de la mention du sexe à l'état civil étaient déterminées par la jurisprudence. La Cour de cassation⁷, conformément aux préconisations du Ministère de la justice⁸, conditionnait cette modification par la preuve du caractère irréversible du processus de changement de sexe, malgré les préconisations contraires du Conseil de l'Europe⁹. L'ablation des organes génitaux n'était toutefois pas exigée. La loi nouvelle crée une section 2 bis dans le Code civil français intitulée « De la modification de la mention du sexe à l'état civil » et inscrit désormais dans la loi les conditions et les preuves requises pour l'obtention de ce changement. Selon le nouvel article 61-5 :

« Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification.

Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :

1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;

2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ;

3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué. »

Et l'article 61-6 précise que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opéra-

6. Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

7. Pour les décisions les plus récentes, V. Cass. Civ. 1e, 13 février 2013 deux arrêts, pourvoi n° 11-14.515 et n° 12.11-949.

8. Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, NOR : JUSC1012994C, http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1012994C.pdf

9. Résolution 1728 du Conseil de l'Europe du 29 avril 2010, Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17853&lang=FR>, V. spéc. §16.11.

tion chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande ». Le sexe inscrit dans les actes de l'état civil devient donc avant tout le « sexe ressenti », que celui-ci corresponde ou non tant au sexe biologique qu'au « sexe modifié ».

Ces nouvelles dispositions étant inscrites dans le Code civil français, elles ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, là encore, du moins tant qu'aucune règle de conflit interne de norme le permettant n'aura été créée. Dès lors, pour l'instant, les juridictions siégeant en Nouvelle-Calédonie continueront d'appliquer les règles posées par la Cour de cassation alors que la Haute juridiction ne les appliquera plus elle-même... De plus, comme précédemment, des questions d'efficacité des changements obtenus risquent de se poser. En effet, quelle sera l'efficacité en Nouvelle-Calédonie de ce changement de mention du sexe s'il est obtenu par un citoyen calédonien résidant habituellement en métropole auprès d'un tribunal métropolitain ? Il est certain que le tribunal métropolitain ne se posera pas la question de l'applicabilité de ces dispositions à une personne de nationalité française et fera droit à sa demande dès lors que les conditions sont remplies. Et ensuite, la mention du sexe pourra-t-elle être modifiée sur son acte de naissance inscrit dans les registres de l'état civil détenu par une mairie calédonienne ? Cette personne de citoyenneté calédonienne aura ainsi pu changer de sexe à l'état civil sans aucun processus irréversible alors que cette condition est exigée dans le droit applicable en Nouvelle-Calédonie et donc pour modifier les actes de naissance détenus par les officiers de l'état civil calédonien...

Changement d'autorité compétente en matière de modification du prénom – Avant la réforme J21, il appartenait au Tribunal de grande instance de statuer sur les demandes de changement de prénom et spécialement de juger si la demande en question était motivée par un intérêt légitime du demandeur. L'article 56 de la loi nouvelle modifie l'article 60 du Code civil français et transfère cette compétence à l'officier de l'état civil. Il lui appartient désormais de décider si l'intérêt du demandeur au changement de prénom est légitime ou non. Dans la négative, l'officier de l'état civil doit saisir le procureur de la République. Si ce dernier estime également que l'intérêt n'est pas légitime, il doit à son tour saisir le Juge aux affaires familiales (JAF). Ces nouvelles dispositions ne semblent pas applicables en Nouvelle-Calédonie¹⁰.

En effet, cette compétence du JAF était prévue par l'article 60 du Code civil. Dès lors, compte tenu du transfert du droit civil au législateur calédonien au 1^{er} juillet 2013, le législateur national n'est plus compétent pour modifier la version en vigueur en Nouvelle-Calédonie de l'article 60 du Code civil. Toutefois, cette compétence du JAF est également prévue par l'article L213-3 du Code de l'organisation judiciaire (COJ) qui relève toujours de la compétence de l'État¹¹...

À l'heure actuelle, il semble que le législateur national ait omis de prévoir la modification du COJ puisque celle-ci n'est nullement mentionnée dans la loi du 18 novembre 2016 et que la version du COJ disponible sur legifrance n'en fait pas plus état. *Quid* lorsque cette omission sera découverte et le COJ modifié ? A priori, la suppression de cette compétence du JAF dans le COJ n'entraînera pas de conséquences en Nouvelle-Calédonie. En effet, l'Article 213-3 du COJ énumère les compétences du JAF. En toute logique, la modification du texte ne fera que supprimer l'alinéa relatif à cette compétence et il ne sera pas indiqué que les demandes de changement de prénom doivent être présentées à l'officier de l'état civil. Dès lors, il n'y aura pas de contradiction de textes puisque l'article 60 du Code civil, dans sa version en vigueur en

10. La consultation du Chapitre VIII de la réforme J21 sur les dispositions relatives à l'outre-mer ne fait nullement état d'une quelconque applicabilité de l'article 56 de la loi de 2016 à la Nouvelle-Calédonie.

11. V. Art. 21, I, 2° de la Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

Nouvelle-Calédonie, fera toujours état de la compétence du JAF en la matière et que le COJ ne dira pas le contraire. La stricte orthodoxie juridique est certes mise à mal ici, mais compte tenu de la complexité juridique liée au transfert de compétence en matière de droit civil à la Nouvelle-Calédonie, il peut difficilement en être autrement.

Une question demeure cependant quant à l'applicabilité de ce nouveau texte aux personnes dont la vie se situe à la fois en Nouvelle-Calédonie et en métropole. En effet, la nouvelle rédaction de l'article 60 du Code civil prévoit que l'officier de l'état civil devant lequel la demande peut être portée est soit celui du lieu où l'acte de naissance a été dressé, soit celui du lieu de résidence habituelle. Les personnes de citoyenneté calédonienne résidant en métropole pourront-elles obtenir un changement de prénom devant l'officier de l'état civil du lieu de leur résidence ? Et dans l'affirmative, ce changement sera-t-il opposable aux autorités calédoniennes ? En particulier, pourra-t-il être mentionné directement sur les registres de l'état civil détenus par les mairies calédoniennes ? Les personnes n'ayant pas la citoyenneté calédonienne mais résidant habituellement sur le territoire pourront-elles s'adresser à l'officier du lieu de leur naissance en métropole pour obtenir un changement de prénom ? Dans l'affirmative, ce changement sera-t-il opposable en Nouvelle-Calédonie ? Autant de questions sans réponse du fait de l'absence de règles de conflit interne de droits... La différence de droit civil applicable ne fera que croître et il est impératif que ces règles soient élaborées rapidement.

DROIT COUTUMIER – FILIATION¹²

ÉCLAIRAGE JURISPRUDENTIEL – COMMENTAIRE DE DÉCISION

Cour d'appel de Nouméa, 6 octobre 2016, RG n° 15/325

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nouméa en chambre coutumière (CA, 6 octobre 2016, RG n° 15/325) vient rappeler le lien entre établissement de la filiation paternelle et l'obligation alimentaire qui pèse, conséquemment, sur le père et son clan à l'égard de l'enfant. Dès lors que l'enfant n'a pas été reconnu de façon coutumière par le père et son clan, il demeure rattaché au clan maternel et le géniteur, en l'absence de geste coutumier visant à prendre l'enfant, n'est pas débiteur d'obligation alimentaire à son égard. La solution est en soi logique et confirme des décisions rendues antérieurement (v. par ex. CA Nouméa, 9 septembre 2013, RG n° 12-59, précisant, parce que l'argument était invoqué par la mère, que « *ces règles coutumières ne sont contraires ni aux droits garantis par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme (respect dû à la vie privée et familiale) ni au "droit" pour l'enfant de connaître ses origines, ni à l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié au regard des normes coutumières que désigne son statut personnel constitutionnellement garanti* ») et ce même si, en l'absence de gestes coutumiers, le géniteur a néanmoins reconnu l'enfant à l'état civil (CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14-45). Sur la question dans son ensemble, v. H. Fulchiron, *La filiation*, in « L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie », É. Cornut, P. Deumier (dir.), GIP Mission de recherche – Droit et Justice, décembre 2016, p. 67 et s. Corrélativement, le géniteur n'ayant pas accompli les gestes coutumiers pour prendre l'enfant, n'a lui-même aucun droit à son égard, en termes d'autorité parentale comme alimentaire (CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14-45).

Ces principes posent la question de savoir s'il existe, en droit coutumier, une action tendant à établir ce lien de filiation alors que la mère ou le père biologique et/ou leur clan s'y opposeraient, ou encore s'il existe – comme en droit civil (C. civ., art. 342 et s.) – une action à fin de subsides.

Si l'action à fin de subsides intentée par la mère est exclue « *en ce qu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant, puisqu'elle ne respecte pas les principes qui gèrent la société kanak dans laquelle l'enfant vit* » (TPI Nouméa, 28 novembre 2011, RG 11-811), qu'elle « *reviendrait à méconnaître l'intérêt supérieur des enfants, lesquels pourraient voir leur ancrage dans le clan maternel remis en cause par une décision exonérant ce clan de ses obligations au profit d'un autre clan* » (CA Nouméa, 9 septembre 2013, RG n° 12-59, préc.), néanmoins a été reconnue, au fondement de l'obligation naturelle, une obligation d'entretien de l'enfant par le père biologique (CA Nouméa, 26 mars 2015, préc. : « *Toutefois, les principes qui fondent l'obligation d'entretenir l'enfant sur le critère de son appartenance clanique n'interdisent pas au juge d'entériner l'exécution d'une obligation naturelle quand, formellement, le père qui n'a pas de droits sur l'enfant se reconnaît néanmoins l'obligation morale de contribuer à son entretien* »).

12. Étienne Cornut, Maître de conférences (HDR) en droit privé à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

La possibilité d'un établissement judiciaire de la paternité coutumière semble également fermée au regard des principes coutumiers. Ainsi à propos d'une demande formée par le père biologique de reconnaître l'enfant et d'en assumer la charge, alors que la mère et son clan ont toujours refusé cette reconnaissance paternelle (cf. article 35 de la délibération n° 424 du 3 avril 1967 relative à l'état civil des citoyens de statut civil particulier) et alors que l'enfant, au départ de la mère, a été adopté par les parents de celle-ci, la cour d'appel, pour débouter le père biologique, jugea qu'il « *est acquis en droit coutumier, même si n'est pas contesté le lien biologique entre l'enfant et son père, que celui-ci n'a ni droit sur lui au titre de l'autorité parentale, ni obligation notamment alimentaire à son égard, conformément aux règles coutumières qui caractérisent l'organisation matrilineaire, extrêmement marquée, de la société kanak, laquelle permet à la femme de faire échec à l'établissement de la filiation paternelle* » (CA Nouméa, 20 mars 2014, n° RG 12-519). On se souvient également de cette affaire dans laquelle le juge refusa de faire droit à une contestation judiciaire de paternité au motif de la révélation, par la mère, que l'enfant coutumièrement reconnu n'était pas, biologiquement, celui du père (TPI Nouméa 21 février 2011, RG n° 9-451). Les liens ainsi créés sont, d'un point de vue coutumier, irréversibles (TPI Nouméa, 21 février 2011, RG n° 11-144). Pour autant, la question peut se poser d'une évolution dans le sens de l'admission d'une telle action, mais seulement afin de reconnaître un lien de droit entre l'enfant et son père biologique, créant des droits et des obligations l'un à l'égard de l'autre, mais non à l'égard du clan paternel, à l'instar de ce qui est possible en matière de dissolution judiciaire d'un mariage coutumier qui ne délie que l'alliance personnelle et non l'alliance clanique, du fait du refus préalable du clan quant à cette désunion ou de l'impossibilité d'une telle dissolution dès lors qu'a été accomplie la promesse de don de vie (TPI Nouméa, sect. Koné, 5 février 2013, n° 13/ 67 JAF ; CA Nouméa, 30 octobre 2014, n° RG : 13/225). La voie semble étroite mais elle mérite d'être envisagée au regard de l'intérêt personnel de l'enfant distinct de son intérêt personnel coutumier.

Dès lors que les gestes ont été accomplis, l'enfant est sous la responsabilité du père et de son clan. Néanmoins, dans un arrêt du 6 octobre 2016 (CA Nouméa, 6 octobre 2016, RG n° 15/275) la cour d'appel estime que dès lors que l'enfant, bien que rattaché au clan paternel, vit au quotidien avec la mère, les allocations familiales perçues par le père et non affectées par lui aux besoins de l'enfant, peuvent être attribuées à la mère. Elle juge que « *si les règles coutumières s'opposent à ce que, dans l'intérêt supérieur des enfants, une décision de justice vienne contrarier les conséquences qui s'attachent au nom et à l'appartenance au clan paternel qui en résulte, la coutume n'a pas vocation à régir l'affectation des aides publiques destinées exclusivement à l'entretien et l'éducation des enfants. Dès lors que, bien que la prise en charge matérielle et l'entretien des enfants communs repose sur le clan paternel, c'est la mère qui assume cette charge au quotidien et doit s'acquitter de factures non payées et qu'il est avéré que le bénéficiaire de ces allocations est absent de son clan et détourne au moins une partie de cette ressource pour ses besoins personnels, notamment pour sa consommation d'alcool, aucune règle coutumière ne peut s'opposer à ce que les allocations familiales soient versées directement à la mère.* »

L'arrêt du 6 octobre 2016 (RG n° 15/325, préc.) apporte enfin d'une précision temporelle utile en jugeant que « *les demandes (...) telles qu'elles sont formulées en première instance comme en appel, doivent s'apprécier au regard de la situation des parties à la date de la naissance de l'enfant* ». Cette formule, qui peut être inspirée de l'article 311-14 du Code civil, indique que tout changement de statut personnel de l'enfant comme de l'un des parents après la naissance de l'enfant, n'aura aucun effet sur ces demandes et ne permettra donc pas, par exemple, d'invo-

quer le droit civil pour obtenir gain de cause sur une action à fin de subsides, alimentaire ou d'établissement judiciaire de la paternité. Cette précision temporelle est conforme à une autre apportée par la même juridiction en matière d'intérêts civils, selon laquelle « *en matière de responsabilité extra-contractuelle, la règle applicable au litige, laquelle est déterminée dans une certaine mesure par le statut personnel des parties, à savoir la règle qui régit la créance de réparation dont se prévaut la victime du dommage, ne varie pas au gré des changements de statut personnel, mais est déterminée par le statut personnel des parties, à la date à laquelle a pris naissance le droit à réparation de la victime* » (CA Nouméa, 13 novembre 2012 (RG n° 12/82. Sur ce point, v. É. Cornut, *Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils*, in « L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie », préc., p. 154). Comme pour le droit à réparation d'un dommage, c'est en effet au jour de la naissance de l'enfant que naissent et se mesurent les droits et obligations qui en découlent.

On rappellera enfin que les 27 et 28 avril 2017 s'est tenu à l'Université de la Nouvelle-Calédonie un colloque intitulé « *La coutume dans le droit calédonien. Quel bilan de 30 ans de droit coutumier ? Quelle place dans le corpus normatif contemporain ?* », dont l'objet a été de restituer les résultats de la recherche précitée sur « *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie* » et de présenter la base de données <http://coutumier.univ-nc.nc/>. Sur cette base le rapport complet (553 pages) ainsi qu'une note de synthèse peuvent être téléchargés et les conférences données lors du colloque visionnées. Ces conférences, comme toutes celles d'autres colloques organisés à l'UNC, peuvent également être visionnées sur la chaîne YouTube de l'UNC via le lien suivant : https://www.youtube.com/channel/UCGXEO8I_Vi36XCgNZap-tCw/playlists?sort=dd&shelf_id=8&view=50

CONFLITS INTERNES DE NORMES¹³

ÉCLAIRAGE JURIDIQUE – LIBRE PROPOS : LA POURSUITE DU DÉCROCHAGE DU CODE CIVIL CALÉDONIEN...

Le Code civil de Nouvelle-Calédonie (CCNC) continue son inexorable décrochage du Code civil français (CCF). Depuis la fin de l'année 2016, plusieurs réformes sont en effet intervenues dans le CCF. Les plus importantes découlent sans doute de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (JORF n° 0269 du 19 novembre 2016) qui, notamment, donne la possibilité, depuis le 1^{er} janvier 2017, aux époux de divorcer par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, c'est-à-dire sans passer par le juge (sur cette réforme : v. Ch. Bidaud-Garon, ce cahier, *supra*). Cette loi modifie également de nombreux autres articles du CCF : en matière de convention participative, de convention d'arbitrage et de clause compromissoire, de successions, d'état civil (ainsi l'article 55 nouveau passe-t-il de trois à cinq jours, voire huit pour certaines communes éloignées et quinze pour les naissances à l'étranger, le délai pour déclarer une naissance à l'état civil ou auprès d'un poste diplomatique ou consulaire ; ou encore en retirant la demande en changement de prénom de la compétence du JAF pour la transmettre à l'officier de l'état civil devant lequel la demande est faite, art. 60 nouveau ; ou enfin en libéralisant la demande de modification du sexe en ne la soumettant plus à un préalable chirurgical ni médicamenteux, articles 61-5 à 61-8), de pacte civil de solidarité (la déclaration du pacte se faisant, à compter du 1^{er} novembre 2017, devant l'officier de l'état civil et non plus devant le greffe du tribunal d'instance). Cette loi étend également le domaine de l'action de groupe en matière de discriminations, de travail, d'environnement, de santé publique ou de protection des données à caractère personnel (art. 60 à 92 de la loi n° 2016-1547). Applicables à Wallis-et-Futuna (art. 112, V-A, -E et -F de la loi n° 2016-1547), ces dispositions ne le sont pas en Nouvelle-Calédonie du fait de la compétence de cette dernière (ou des Provinces s'agissant du droit de l'environnement) en matière de procédure civile, de droit du travail, d'environnement, ou faute de mention expresse s'agissant du Code de la santé publique qui, lui, relève de la compétence de l'État mais sous la réserve du principe de spécialité législative. Il n'en reste pas moins que parce qu'une personne morale peut être défenderesse à une action de groupe ainsi étendue dans son domaine, une telle action peut désormais être portée devant le juge administratif (art. 85 de la loi n° 2016-1547 modifiant le Code de justice administrative). Or, ce code, demeurant de la compétence de l'État et applicable immédiatement en Nouvelle-Calédonie (art. 6-2, alinéa 2, 6° de la loi organique n° 99-102) autorise le déclenchement d'une telle action. Reste à savoir sur quel fondement !

Faut-il se réjouir de ce décrochage (rien n'imposant à ce que la Nouvelle-Calédonie s'arrime à des lois votées par le Parlement français dans le domaine de compétence qui lui a été transféré) ou au contraire s'en inquiéter (ce décrochage marquant le risque d'une vitrification) ? L'alternative est affaire de politique législative et du modèle de société que la Nouvelle-Calédonie souhaite construire par son droit et les moyens qu'elle entend déployer pour cela. Nous nous limiterons pour notre part à deux remarques.

13. Étienne Cornut, Maître de conférences (HDR) en droit privé à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

La première consiste à relever que l'observatoire de la législation civile et commerciale (arrêté n° 2013-1561/GNC du 25 juin 2013, JONC du 29 juin 2013, p. 5186) ne s'est, sauf erreur, jamais réuni. Il s'agit là pourtant, à l'instar des discussions ayant eu lieu via les groupes techniques préalables au transfert, d'un moyen de réfléchir entre acteurs du droit local des enjeux de cette alternative et de donner au politique les moyens de décider. Sans doute également l'État n'a pas – encore – prêté l'assistance prévue par la convention du 25 juin 2013 et rappelée par la résolution du Congrès du 14 janvier 2016 (JONC du 26 janv. 2016, p. 661). Il est temps d'y venir.

La seconde consiste à alerter – une fois encore – sur la nécessité désormais impérieuse et non plus seulement théorique de construire un véritable droit des conflits internes de normes en droit civil. *Quid* ainsi de la possibilité pour des époux métropolitains mais domiciliés provisoirement en Nouvelle-Calédonie, de divorcer par consentement mutuel devant notaire en Nouvelle-Calédonie (à supposer que le notaire ait reçu le droit d'instrumenter dans cette situation) ? Si la règle de conflit interne de lois peut ne pas le permettre en donnant compétence au droit civil calédonien, se posera alors la question de la reconnaissance, en Nouvelle-Calédonie, d'une telle désunion actée par un notaire situé en France métropolitaine. Et sur ce point il sera bien difficile d'opposer à ces anciens époux métropolitains, même domiciliés en Nouvelle-Calédonie, un tel refus de reconnaissance. Il en irait d'ailleurs de même s'agissant d'époux citoyens calédoniens. Dans cette attente il revient au juge de définir le domaine d'application du CCF et du CCNC en fonction des cas qui lui sont soumis.

Sera enfin signalée la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer qui permet, en cas de surcharge d'activité, de compléter les effectifs du Tribunal de première instance par des magistrats métropolitains qui, au besoin, pourront participer à l'audience et au délibéré par visioconférence (art. L. 562-6-1 du Code de l'organisation judiciaire).

DROIT DU TRAVAIL¹⁴

VEILLE JURIDIQUE - NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE :

- Loi du pays n° 2017-6 du 21 mars 2017 relative au congé pour permanence syndicale et à la contribution patronale pour le financement du dialogue social

Cette loi du pays s'inscrit pleinement dans la dynamique du Pacte social du 20 octobre 2000 et de l'amélioration du dialogue social en Nouvelle-Calédonie. Elle s'attache plus particulièrement à accorder des moyens permettant de mieux structurer le dialogue social en le professionnalisant. La présente loi du pays reprend par ailleurs le Chapitre 1^{er} de l'AIT conclu le 17 décembre 2014. Selon les termes mêmes de l'accord, l'instauration d'un congé pour permanence syndicale tend à « *permettre aux salariés en poste qui le souhaitent de s'engager dans l'action syndicale, sans pour autant rompre avec leur entreprise d'origine* ».

La principale disposition de la loi du pays est codifiée à l'article Lp. 123-2-1 du Code du travail et prévoit d'une part, la faculté pour les organisations syndicales représentatives au niveau interprofessionnel de recruter un permanent syndical et d'autre part, l'ouverture d'un nouveau cas de recours au CDD au sein de l'entreprise dans laquelle le salarié prend le congé. Ainsi, le salarié peut solliciter ce congé pour permanence syndicale pour une durée allant de 3 mois à 4 ans. Quant au remplacement du salarié en congé par le recrutement d'un salarié sous CDD, la loi du pays consacre un cas de recours au CDD doublement atypique. D'une part, aucun nouveau cas de recours au CDD n'avait été introduit dans le droit du travail local depuis l'introduction du CDD dans celui-ci. D'autre part, la durée maximale de ce CDD déroge à la durée maximale de principe de 12 mois, mais aussi à la durée maximale dérogatoire de 3 ans, puisque cette dernière est fixée à 4 ans.

S'agissant des conditions d'ouverture, ce congé ne peut être sollicité que dans les entreprises de plus de 50 salariés par les salariés ayant déjà 3 ans d'ancienneté. L'employeur ne peut le refuser qu'au vu de l'effectif et en raison du nombre de salariés qui en bénéficient déjà dans son entreprise. À défaut, il peut seulement différer la date du départ en congé. Un certain formalisme quant au dépôt de la demande de congé a également été institué par la loi du pays afin que l'employeur puisse réorganiser le fonctionnement de son entreprise. Par ailleurs, le contre-travail du salarié en congé est suspendu pour toute la durée du congé et le salarié ne peut prétendre à un retour anticipé dans l'entreprise. À l'expiration du congé, il peut soit retrouver son emploi, soit décider de démissionner. Au titre des avantages accordés au salarié en congé, la loi du pays dispose que la durée du congé est prise en compte pour partiellement (75%) au titre des droits liés à l'ancienneté.

Le salarié en congé est alors dégagé de ses obligations professionnelles, et peut être recruté en qualité de permanent syndical par une organisation syndicale représentative au niveau interprofessionnel. La présente loi du pays étend la notion de permanent syndical au « leader syndical » qu'elle définit comme les membres qui font partie de l'organe dirigeant d'une organisation syndicale. Le financement de ce congé se fait par le biais d'un fonds paritaire et d'une association gestionnaire de celui-ci. Il est abondé par une contribution patronale qui permet de financer totalement ou partiellement l'emploi de ces permanents. Cette somme est enfin recouvrée par la

14. Nadège Meyer, Maître de conférences en droit privé à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

CAFAT et son taux maximal est fixé à 0,075% du salaire de base.

[http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/\(web-All\)/C4D91C862F2A8B7F4B2580F800035D13/\\$File/Loi-du-pays_2017-6_du_21-03-2017_ChG.pdf?OpenElement](http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/(web-All)/C4D91C862F2A8B7F4B2580F800035D13/$File/Loi-du-pays_2017-6_du_21-03-2017_ChG.pdf?OpenElement)

ÉCLAIRAGE JURISPRUDENTIEL – COMMENTAIRE DE DÉCISION

Cour d'appel de Nouméa, Chambre sociale, 13 avril 2017, n° 15/00110 (extraits) :
Conséquences de la prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié sur le fondement d'agissements considérés par lui comme du harcèlement moral

Le 1^{er} juin 2010, Mme H Z a été embauchée par l'Association AAA en qualité de juriste dans le cadre d'un CDD qui s'est prolongé. La relation s'est poursuivie dans le cadre CDI.

Par un courrier daté du 14 décembre 2012, elle a été convoquée en vue d'un entretien préalable au licenciement prévu le 20 décembre 2012. Par un courrier daté du 20 décembre 2012, Mme H Z a notifié à son employeur qu'elle prenait acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de ce dernier au motif que ses conditions de travail s'étaient dégradées et avaient eu pour conséquence d'altérer sa santé et de porter atteinte à ses droits et à sa dignité.

[...] Mme H Z a saisi le Tribunal du Travail de Nouméa aux fins suivantes :

* [...] dire que la prise d'acte de rupture de son contrat de travail s'analyse en un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse,

[...] Par un jugement rendu le 8 décembre 2015 [...], le Tribunal du Travail de Nouméa, a :

* [...] dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse,

* condamné l'association AAA à payer à Mme H Z [...]

PROCÉDURE D'APPEL

Par une requête reçue au greffe de la Cour le 16 décembre 2015, l'Association AAA a déclaré relever appel de cette décision. Dans son mémoire ampliatif d'appel daté du 9 mars 2016, elle sollicite l'infirmité du jugement entrepris et demande à la Cour :

* de dire que la lettre de prise d'acte de rupture de Mme H Z doit s'analyser comme un acte de démission,

* de débouter Mme H Z de toutes ses demandes,

MOTIFS DE LA DÉCISION

[...] 3) Sur la résiliation judiciaire du contrat de travail :

Attendu que lorsqu'un salarié demande la résiliation de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, il appartient au juge de vérifier si les faits invoqués par le salarié à l'appui de sa demande sont établis et, dans l'affirmative, si ces manquements présentent une gravité suffisante pour justifier la résiliation aux torts de l'employeur ;

Que la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire d'une démission; Attendu qu'en l'espèce, il résulte des pièces versées et des débats qu'au mois de juin 2010, Mme H Z a été embauchée par l'Association AAA en qualité de permanente juriste ;

Que le 21 mars 2012, l'employeur lui a adressé un courrier intitulé : 'lettre d'avertissement' qui mentionne qu'à plusieurs reprises il a été constaté que son comportement avait été source de conflits avec l'équipe d'AAA, notamment en raison de la contestation systématique des directives de la directrice et des instructions de son supérieur hiérarchique direct, la personne responsable

du pôle juridique, comportement qui selon ce courrier nuit à la sérénité qui doit prévaloir au sein de ce type d'association ;

Que par un courrier daté du 14 décembre 2012, elle a été convoquée à un entretien préalable à une mesure de licenciement fixé au 20 décembre 2012 ;

Que le jour même (20 décembre 2012), Mme H Z a adressé un courrier à son employeur dans lequel elle a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'association AAA ;

Que dans ce courrier, la salariée invoque plusieurs griefs qui peuvent être regroupés en deux catégories :

1) [...]

2) elle a fait l'objet d'actes constitutifs de harcèlement moral :

- journées de récupération : en principe, le choix appartient au salarié, mais elle a été la seule à recevoir un mail de la directrice le 17 février 2012, l'informant que désormais : « c'est la direction qui détermine seule les jours de récupération »,

- ses droits sont systématiquement bafoués par la direction, ce qui l'a obligé à faire des démarches auprès d'elle pour les voir reconnaître (jours de repos compensateurs, remboursement des frais kilométriques),

- le 21 mars 2012, elle a reçu un avertissement pour avoir osé exprimer de nouvelles revendications au sujet de la prise des repos compensateurs,

- elle a subi les critiques de la directrice sur son comportement et son attitude, lui reprochant de faire trop de réflexions, de trop demander, d'être trop entière,

- elle a été humiliée par le président et la directrice lors du conseil d'administration du 25 octobre 2012, en faisant état, en présence de ses collègues et des partenaires de l'association, de sa vie privée et de ses difficultés personnelles,

- la dégradation de ses conditions de travail a eu pour conséquence d'altérer sa santé et de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, – l'épuisement professionnel et moral a entraîné un arrêt maladie à compter du 26 octobre 2012,

- dans un courrier daté du 7 décembre 2012, elle a dénoncé ces agissements de harcèlement moral et pour toute réponse, l'association a engagé une procédure de licenciement à son encontre, le 14 décembre 2012, ce qui apparaît comme une mesure de rétorsion,

- elle a refusé d'exécuter son préavis dès lors qu'il ne lui était pas possible de continuer à travailler dans des conditions contraires à la dignité humaine ;

[...] Qu'aux termes de l'article Lp.113 -1 du Code du travail, tout salarié a droit à des relations de travail empreintes de respect et exemptes de toute forme de violence;

Que toute personne a le devoir de contribuer par son comportement au respect de ce droit ;

Qu'aux termes de l'article Lp. 114-1 du Code du travail, en Nouvelle-Calédonie, sont constitutifs de harcèlement moral et interdits les agissements répétés à l'encontre d'une personne ayant pour objet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits, à sa dignité ou d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel;

Que les règles de preuve instaurées par les dispositions des articles L. 1152-1 et L.1154-1 du Code du travail métropolitain ne sont pas applicables sur le territoire ;

Qu'en effet, l'article Lp.114-7 prévoit qu'en cas de litige le juge, à qui il appartient d'apprécier l'existence d'un harcèlement moral, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties ;

Attendu qu'il convient en conséquence d'examiner au vu des éléments fournis par les parties si l'employeur, en l'espèce l'association AAA, a commis des agissements fautifs répétés dans le but ('ayant pour objet') de dégrader la situation physique, mentale ou professionnelle de Mme H Z, dans la mesure où le texte applicable localement exige un élément intentionnel à la différence du texte métropolitain ('ayant pour effet') ;

Qu'en l'espèce, il résulte des pièces du dossier, et notamment des mails échangés et des attestations produites aux débats, que les relations entre Mme Z et ses supérieurs hiérarchiques, à savoir le président de l'association AAA, la directrice et la responsable du pôle juridique, se sont dégradées au début de l'année 2012 à la suite des demandes formulées par la salariée, notamment en vue d'obtenir l'indemnisation de ses frais de déplacement (ou kilométriques) et de bénéficier de jours de récupération au regard des heures supplémentaires qu'elle avait effectuées ;

Que cette dégradation s'est traduite par divers incidents ;

Qu'ainsi, un incident s'est produit entre la directrice de l'association et Mme Z à propos de la fixation des nouveaux horaires de la permanence de Païta et des modalités pratiques de celle-ci (remise des clés, accès au local), l'employeur n'ayant pas tenu compte de ses observations quant aux conséquences sur le temps de sa pause déjeuner et sur les désagréments engendrés par le changement de local pendant la permanence ;

Que le désaccord exprimé par la salariée, lui a valu de recevoir la lettre d'avertissement du 21 mars 2012, lui reprochant de contester les directives et instructions données par sa hiérarchie ; Qu'en ce qui concerne la fixation des jours de récupération, il paraît légitime que le salarié présente une proposition mais qu'au final ce soit l'employeur qui l'accepte ou non en fonction des nécessités du service ;

Que les incidents se rapportant à une demande formulée par la directrice pour que Mme Z déplace son véhicule afin de laisser les places de parking à la disposition des personnes venant à l'Association, d'une part, et au reproche d'avoir fait tomber – ou jeté volontairement – son stylo lors d'une réunion, d'autre part, paraissent mineurs et ne sauraient s'apparenter à des actes de harcèlement moral ;

Qu'en ce qui concerne la charge de travail de Mme Z, le seul rapport mathématique, selon lequel elle avait en charge 686 dossiers alors que son collègue M. C, qui comme elle, ne faisait pas de médiations pénales, n'en avait que 454, ne permet pas de dire qu'elle se trouvait en situation de harcèlement ;

Qu'il résulte des attestations établies par Mme D, juriste, Mme E, secrétaire, Mme F, psychologue, que les remarques et les observations formulées par Mme H Z n'étaient plus entendues par sa hiérarchie dans la mesure où ses propos avaient fini par être interprétés comme autant d'agressions car elle était considérée comme une employée revendicative et contestataire ; Qu'il résulte également de l'attestation établie par Mme G que lors du conseil d'administration du 25 octobre 2012, Mme Z s'est heurtée au président de l'association qui a été contraint à l'interrompre à plusieurs reprises et lui a demandé d'arrêter de parler, ainsi qu'à la directrice et à la chef du service juridique, qui lui ont reproché de poser régulièrement des problèmes à la hiérarchie ;

Que le président de l'association aurait demandé aux salariés présents si eux-mêmes avaient des problèmes avec leur hiérarchie, comme Mme Z ;

Qu'en tout état de cause, force est de constater que les attestations susvisées ne font pas état de propos portant sur sa vie privée et sur ses difficultés personnelles tenus à cette occasion par le président de l'association et par la directrice dans le but de l'humilier devant ses collègues ;

Qu'au final, il apparaît que la dégradation des relations entre Mme Z et son employeur/sa hiérarchie, trouve son origine, d'une part, dans le refus de celle-ci de participer aux missions judiciaires, notamment les médiations pénales, et d'autre part, dans la contestation des décisions prises par ses supérieurs hiérarchiques au motif qu'elle n'était plus en adéquation avec grandes orientations prises par l'association, comme elle l'a très clairement indiqué dans son courrier du 7 décembre 2012 ;

Attendu qu'il résulte des développements qui précèdent :

[...] * qu'elle n'a pas fait l'objet, de la part de son employeur, d'agissements répétés ayant pour objet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits, à sa dignité ou d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, constitutifs de harcèlement moral ;

Qu'il s'ensuit que l'association AAA, n'a pas commis à l'égard de Mme H Z, des manquements suffisamment graves pour justifier la prise d'acte de rupture du contrat de travail par la salariée et produire les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ouvrant droit à indemnisation ;

Qu'il convient en conséquence d'infirmier le jugement entrepris sur ce point et de dire que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par Mme H Z doit s'analyser comme une démission ;

[...] PAR CES MOTIFS : La Cour,

[...] Infirme en toutes ses dispositions le jugement rendu le 8 décembre 2015 par le Tribunal du Travail de Nouméa ;

Statuant à nouveau :

[...] Dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par Mme H Z produira les effets d'une démission ;

Déboute Mme H Z de l'intégralité de ses demandes [...]

Commentaire :

L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour d'appel de Nouméa est désormais classique en matière de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié suite à des agissements qu'il considère comme étant constitutifs de harcèlement moral. Mais imputer la rupture à l'employeur ne signifie pas pour autant de lui en faire supporter in fine la responsabilité.

En l'espèce, une salariée faisant l'objet d'une procédure de licenciement pour motif personnel décide de prendre acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur, et ce, le jour de sa convocation à l'entretien préalable à un éventuel licenciement, c'est-à-dire préalablement à tout licenciement. La prise d'acte par la salariée repose sur des allégations de harcèlement moral. Le tribunal du travail ayant fait droit à sa demande en requalifiant la prise d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'employeur interjette appel et conteste les faits de harcèlement. La Cour d'appel de Nouméa infirme le jugement en écartant le harcèlement moral et en faisant ainsi produire les effets de la démission à la prise d'acte de la rupture du contrat. Cet arrêt traite de deux problématiques, très (trop) souvent liées l'une à l'autre, que sont d'une part, la notion et le régime probatoire du harcèlement moral en Nouvelle-Calédonie (I), justifiant d'autre part, la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié tout en imputant la responsabilité à l'employeur (II).

I) La spécificité du cadre juridique du harcèlement moral en Nouvelle-Calédonie

L'article Lp. 114-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie dispose que « *sont constitutifs de harcèlement moral et interdits les agissements répétés à l'encontre d'une personne, ayant pour objet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel.* » Si les Codes du travail métropolitain et calédonien s'accordent sur le fait que le harcèlement moral est constitué par des agissements répétés, ceux-ci divergent en revanche sur l'étendue des agissements pouvant être qualifiés de harcèlement moral. En effet, l'article L. 1152-1 du Code du travail métropolitain dispose que les agissements de harcèlement moral

sont ceux qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail. Le législateur calédonien s'est fortement inspiré des dispositions législatives existantes en métropole, à tel point qu'un lecteur un peu distrait pourrait croire à un « copié-collé ». Mais Une lecture plus attentive de l'article Lp. 114-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie permet néanmoins de constater que la notion de harcèlement s'avère beaucoup plus restrictive en droit local. En effet, les seuls agissements constitutifs d'un harcèlement moral en Nouvelle-Calédonie sont ceux qui ont pour objet (et non ceux qui ont seulement pour effet) de dégrader les conditions de travail du salarié. Cette restriction de la notion n'est pas anodine dans la mesure où, comme le relève la Cour d'appel, les agissements doivent « avoir pour but », c'est-à-dire rechercher cette dégradation. Le harcèlement moral en Nouvelle-Calédonie ne peut être caractérisé en l'absence d'un élément intentionnel, contrairement au droit métropolitain. Ainsi, la salariée qui met en exergue la dégradation de ses conditions de travail et apporte un certificat médical constatant un état post-traumatique ou des attestations relatant l'état dans lequel elle se trouve ne mettent en évidence que les effets d'éventuels agissements, mais ne permettent pas de prouver l'intention de harceler de l'employeur.

Les hypothèses avérées de harcèlement moral sont d'autant plus réduites que les dispositions législatives locales ne facilitent pas la preuve de ces agissements. L'article L. 1154-1 du Code du travail métropolitain aménage pour sa part, le régime de preuve en matière de harcèlement par une preuve en deux étapes. Ainsi, la charge de la preuve incombe en premier lieu au salarié qui doit apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Ces éléments de fait créent une présomption de harcèlement moral, renversant alors la charge de la preuve. Le défendeur doit à partir de ce moment-là, combattre cette présomption. La preuve du harcèlement est par conséquent facilitée pour la victime. L'article Lp. 114-7 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie définit quant à lui, un régime de preuve moins favorable pour la victime, dans la mesure où la charge de la preuve est partagée entre les parties. Chacune d'entre elles doit fournir les éléments dont elle dispose sur le fondement desquels le juge forme sa conviction. Il n'y a donc aucune présomption en faveur de l'une ou l'autre des parties à l'instance et finalement, chacune d'entre elles supportent pleinement la preuve de ses allégations.

À la lueur du périmètre réduit de la notion de harcèlement moral en Nouvelle-Calédonie et d'un régime de preuve qui n'est pas des plus favorables au demandeur, les salariés alléguant des faits constitutifs de harcèlement moral doivent être particulièrement prudents quant aux conséquences qu'ils en tirent, et a fortiori lorsqu'ils entendent imputer la rupture du contrat de travail à leur employeur.

II) Les aléas judiciaires de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié

Le salarié qui s'estime victime de harcèlement moral au sein de son entreprise tire souvent les conséquences de cette situation en prenant acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur. En présence d'une législation assez restrictive quant à la caractérisation du harcèlement moral au travail, le salarié prend alors des risques assez conséquents lorsqu'il agit ainsi.

Hormis la démission et la prise d'acte précédemment évoquée, la résiliation judiciaire, reste le dernier mode de rupture du contrat de travail qui s'offre au salarié. Dans l'arrêt étudié, les juges du fond développent aussi ce dernier mode de rupture, alors qu'à la lecture des faits de l'espèce, il apparaît clairement que la salariée a procédé à une prise d'acte de rupture de son contrat de travail.

La résiliation judiciaire et la prise d'acte de rupture du contrat de travail se distinguent très nettement l'une de l'autre, non seulement au regard de l'auteur de la rupture, mais aussi des risques assumés par le salarié quant à l'imputabilité de celle-ci.

Les juges du fond assimilent en l'espèce, la résiliation judiciaire et la prise d'acte de rupture du contrat de travail en leur appliquant le même régime juridique. Or, il s'agit bien de deux techniques différentes dans la mesure où la première a pour objet de demander aux juges de rompre le contrat de travail s'ils estiment que les griefs allégués à l'encontre de l'employeur le justifient. À défaut, la relation de travail se poursuit et le contrat de travail est maintenu entre les parties. La demande de résiliation judiciaire présente donc l'avantage de ne jamais faire supporter les risques de la rupture du contrat de travail au salarié en demandant au juge de se prononcer sur la gravité des fautes imputées à l'employeur. A contrario, la prise d'acte a en principe pour effet de rompre immédiatement le contrat de travail. Le juge sera appelé *a posteriori* à se prononcer sur l'imputabilité de la rupture et conformément à une jurisprudence constante, il lui fera produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits allégués par le salarié sont suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat. Dans le cas contraire, la prise d'acte produira les effets d'une démission¹⁵ !

Ainsi, le salarié qui rompt son contrat de travail avec effet immédiat, sans avoir à exécuter de préavis prend le risque de supporter in fine la responsabilité de la rupture de celui-ci. Les inconvénients de la prise d'acte de rupture du contrat de travail sont nombreux : rupture définitive du contrat de travail (perte de l'emploi), absence d'indemnités de rupture tant que le tribunal du travail ne s'est pas prononcé, absence d'indemnités chômage même si le salarié remplit les conditions pour en bénéficier et risque de ne percevoir aucune indemnité à l'issue du contentieux judiciaire si les torts de l'employeur ne sont pas considérés comme suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat. Dans ce dernier cas, la prise d'acte produisant alors les effets de la démission, le salarié ne pourra pas non plus prétendre *a posteriori* aux indemnités chômage.

À la lueur de ces quelques observations, il apparaît que le salarié qui entend imputer la responsabilité de la rupture de son contrat de travail à l'employeur doit bien mesurer les enjeux liés à cette rupture, qui ne nécessite par ailleurs pas de formalité particulière, et ce, surtout lorsque les griefs sont relatifs à des agissements considérés comme du harcèlement moral, en raison de la notion restrictive que le droit du travail calédonien a retenue. La voie de la résiliation judiciaire est certes plus sage pour le salarié, mais elle n'est pas pour autant satisfaisante dans la mesure où celui-ci doit attendre que le juge se prononce sur la rupture du contrat... tout en poursuivant l'exécution de son contrat de travail !

15. Cass. Soc. 19 janvier 2005, n° 03-45018.

DROIT DES AFFAIRES¹⁶

VEILLE JURIDIQUE – NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/12/9/ECFM1605542L/jo/texte>

ÉCLAIRAGE JURIDIQUE – COMMENTAIRE DE LA LOI N° 2016-1691 DU 9 DÉCEMBRE 2016, RELATIVE À LA TRANSPARENCE, À LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET À LA MODERNISATION DE LA VIE ÉCONOMIQUE

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, **relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite plus simplement** « loi Sapin 2 », est une nouvelle illustration de l'aptitude du législateur à rédiger des lois fleuves, embrassant de très nombreux domaines qu'il est difficile de rallier sous une bannière commune.

Parmi ces nouvelles dispositions, nombreuses sont celles qui s'appliquent en Nouvelle-Calédonie, soit directement, en application de l'article 167 de la loi Sapin 2, soit indirectement, en vertu de la modification de certains codes (v. art. 168).

On s'attachera essentiellement à présenter succinctement les dispositions les plus caractéristiques ayant une incidence sur le droit des affaires, et plus généralement sur le droit des entreprises, en Nouvelle-Calédonie.

Nous n'évoquerons pas les nouvelles dispositions hautement spécifiques modifiant le code monétaire et financier, mais nous présenterons brièvement certaines dispositions non applicables en Nouvelle-Calédonie, qui permettent de prendre la mesure de l'écart qui se creuse entre les droits des affaires français et calédonien.

I. Quelques règles non applicables en Nouvelle-Calédonie

Du fait du transfert du droit commercial à la Nouvelle-Calédonie, effectif depuis le 1^{er} juillet 2013, un certain nombre de dispositions relatives au droit commercial en général, et au droit des sociétés en particulier, n'ont pu être étendues à ce territoire. Le droit commercial de la Nouvelle-Calédonie s'éloigne ainsi peu à peu du droit métropolitain.

Il n'est pas inutile d'évoquer certaines de ces nouvelles règles, pour prendre la mesure de cette spécificité de plus en plus marquée du droit commercial en Nouvelle-Calédonie, et éventuellement inciter le gouvernement et le Congrès à intervenir pour transposer ces nouvelles dispositions, le cas échéant en les adaptant au contexte local.

Parmi ces nouvelles dispositions, on trouve en particulier des règles visant à faciliter l'entrepreneuriat. En particulier, le législateur a simplifié les formalités liées à l'adoption du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). À titre d'exemple, l'obligation d'évaluation par

16. *Matthieu Buchberger, Maître de conférences en droit privé, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.*

un expert des biens d'une valeur supérieure à 30 000 euros est supprimée si l'entrepreneur n'a pas opté pour l'assimilation à une EURL (Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) ou une EARL (Exploitation agricole à responsabilité limitée) comme le permet l'article 1655 sexies du Code général des impôts (v. art. L. 526-10 nouveau C. com.). De même, est supprimée la possibilité de rendre opposable la création du patrimoine professionnelle aux créanciers antérieurs (v. art. L. 526-12 nouveau C. com.). Le gage de ces créanciers ne peut donc plus être altéré. Corrélativement, le droit d'opposition qui leur était reconnu pour protéger leurs intérêts est supprimé.

Le droit applicable aux locations-gérances est également affecté par la loi Sapin 2, puisque l'article L. 144-7 du Code de commerce est modifié pour supprimer la solidarité du loueur de fonds après publication du contrat de location-gérance.

En droit des sociétés, on retiendra quelques mesures visant à assouplir l'encadrement des apports en nature dans les SARL et les SAS. En particulier, est désormais généralisée la possibilité de ne pas recourir à un commissaire aux apports dans ces sociétés (v. art. L. 223-33 nouveau et article L. 227-1 nouveau du Code de commerce) lorsque le montant de l'apport en nature ne dépasse pas certains seuils.

Enfin, à titre informatif, on relèvera l'accroissement de l'encadrement des rémunérations des dirigeants des sociétés cotées, puisque l'avis des actionnaires sur les rémunérations des dirigeants (le « say on pay ») n'est plus seulement consultatif, mais peut se révéler contraignant (sur cette question, v. notamment : C. Coupet, « Loi Sapin 2 : consécration légale du say on pay », Dr. des sociétés n° 2, févr. 2017, comm. 23).

II. Les mesures destinées à lutter contre la corruption et autres infractions

A. Création de l'agence française anticorruption

Cette nouvelle autorité anticorruption, régie par les articles 1 à 5 de la loi Sapin 2, remplace le « Service central de prévention de la corruption ». Ces textes, pour l'essentiel, sont étendus à la Nouvelle-Calédonie par l'article 167 de cette même loi. Cette agence a pour objet de prévenir les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement des fonds publics et de favoritisme. Elle a également vocation à aider à la détection de ces comportements. Pour remplir sa mission, l'agence élabore des recommandations et effectue des contrôles pour vérifier que les procédures internes mises en place dans les entreprises et les administrations sont de nature à éviter la commission des infractions ci-dessus évoquées. Par le biais de sa commission des sanctions, l'agence peut également adresser des injonctions aux contrevenants, voire prononcer des peines pécuniaires.

B. Création d'une « convention judiciaire d'intérêt public »

L'article 22 de la loi Sapin 2 introduit dans le nouveau code de procédure pénale un article 41-1-2, qui permet au procureur de la République de proposer aux personnes morales mises en cause pour faits de corruption, de trafic d'influence ou de blanchiment de fraude fiscale, de mettre fin aux poursuites si le contrevenant s'engage à verser une amende « d'intérêt public » au Trésor public et/ou à mettre en œuvre un programme de conformité (sur ce programme, v. infra, les remarques sur la « compliance »). Si la victime est identifiée, la convention doit également prévoir son dédommagement.

Cette convention s'applique-t-elle en Nouvelle-Calédonie ? L'article 167 de la loi Sapin 2, qui énumère les dispositions qui s'appliquent à la Nouvelle-Calédonie, ne vise pas l'article 22. Cependant, l'article 168 modifie l'article 804 du Code de procédure pénale, pour que ce dernier

précise que les dispositions du Code de procédure pénale s'appliquent à la Nouvelle-Calédonie dans leur rédaction issue de la loi Sapin 2. Par conséquent, le nouvel article 41-1-2 du Code de procédure pénale est applicable en Nouvelle-Calédonie.

C. Développement de la compliance

La loi Sapin 2 s'inscrit par ailleurs dans un mouvement favorable à la « compliance », que l'on peut traduire par l'expression de « conformité ». Dans un document cadre du 10 février 2012 l'autorité de la concurrence française définit les programmes de conformité comme des programmes par lesquels des entreprises ou des organismes expriment leur attachement à certaines règles ainsi qu'aux valeurs ou aux objectifs qui les fondent, et prennent un ensemble d'initiatives concrètes destinées à développer une culture de respect des normes ainsi qu'à leur permettre de détecter de possibles manquements à ces règles, de mettre fin à ces manquements et d'en prévenir la réitération.

Initialement, ce sont les entreprises qui ont mis en place des dispositifs de compliance, par lesquels elles montraient leur attachement à assurer la conformité de leurs comportements aux règles de droit (en particulier celles relatives à la corruption, au blanchiment, aux infractions boursières, etc.), et mettaient en place des procédures pour éviter la violation de ces règles de droit.

La loi Sapin 2 offre un cadre légal à ces initiatives privées.

Elle le fait tout d'abord dans un article 17, qui impose aux dirigeants de certaines personnes morales le respect de telles procédures. Pour l'essentiel, sont visés les dirigeants de sociétés ou d'établissement publics à caractère industriel et commercial employant au moins 500 salariés. Ces dirigeants doivent mettre en place un dispositif de conformité, sous peine d'engager leur responsabilité et celle de la personne morale qu'ils dirigent. Le dispositif de conformité consiste en plusieurs obligations : établir un code de conduite, mettre en place un dispositif d'alerte, une cartographie des risques, des contrôles comptables, un dispositif de formation en interne ainsi qu'un régime disciplinaire...

L'agence française exerce un contrôle sur les plans de prévention mis en œuvre. Ainsi, le magistrat qui dirige l'agence peut adresser des avertissements aux représentants des sociétés qui ne respecteraient pas l'obligation de prévention. Il peut également saisir la commission des sanctions afin que soit enjoint à la société et à ses représentants d'adapter les procédures de conformité internes destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence. Il peut également saisir la commission des sanctions afin que soit infligée une sanction pécuniaire.

Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, dès lors que l'article 167 de la loi Sapin 2, qui étend un grand nombre de dispositions de cette loi, ne vise pas à l'article 17. Cette absence d'application peut se comprendre. L'article 17 concerne des sociétés commerciales et des établissements publics à caractère industriel et commercial. Or la Nouvelle-Calédonie est compétente pour régir ces deux catégories de groupement. La première, en raison du transfert de la compétence en matière commerciale à la Nouvelle-Calédonie par la Loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013. La seconde, en application semble-t-il de l'article 22, 23° de la loi organique du 9 mars 1999, et selon lequel la Nouvelle-Calédonie est compétente pour l'organisation des services et des établissements publics de la Nouvelle-Calédonie.

La Nouvelle-Calédonie n'échappe pourtant pas entièrement aux dispositifs légaux de compliance. De fait, l'article 18 de la loi Sapin 2 introduit un nouvel article 131-39-2 dans le Code pénal, qui prévoit une peine de mise en conformité. Ainsi, lorsqu'une personne morale a commis certaines infractions (en particulier des actes de corruption ou de trafic d'influence),

la condamnation peut être complétée par une obligation de mise en conformité. Le programme de mise en conformité, qui peut durer jusqu'à cinq années, est décrit à l'article 131-39-2 en des termes identiques à ceux de l'article 17. Les dirigeants de l'entreprise qui n'appliqueraient pas cette peine peuvent être condamnés à 2 ans d'emprisonnement et 50 000 euros d'amende, la personne morale encourant quant à elle une amende de 250 000 euros.

Ce nouveau texte du Code pénal est applicable en Nouvelle-Calédonie, puisque l'article 168 de la loi Sapin 2 a pris soin de modifier l'article 711-1 du Code pénal pour qu'il précise que les dispositions de ce code sont applicables dans leur rédaction issue de cette loi.

Par conséquent, si les procédures de compliance n'ont pas à être appliquées automatiquement en Nouvelle-Calédonie, du seul fait de la taille importante du groupement, elles peuvent l'être au titre d'une peine complémentaire.

Pour conclure sur ce thème de la compliance, on précisera qu'en métropole, une étape supplémentaire a été franchie par la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017.

Cette loi insère un nouvel article L. 225-102-4-I dans le Code de commerce, lequel impose aux sociétés anonymes de mettre en place un plan de vigilance. Cette obligation pèse sur toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger. Le plan de vigilance doit comporter les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.

La Nouvelle-Calédonie est épargnée par la polémique suscitée par ce texte, dès lors que, figurant dans le Code de commerce, il n'a pu lui être étendu.

III. Protection des lanceurs d'alerte

Une autre mesure phare de la loi Sapin 2 est la mise en place d'un statut de lanceur d'alerte, décrit aux articles 6 et suivants de la loi.

Le législateur intervient ici dans un contexte de scandales internationaux (Panama Papers, Wikileaks, Luxleaks, affaire Snowden...), révélant le rôle des lanceurs d'alerte, et les menaces dont ils font l'objet.

Pour protéger ces derniers, la loi du 9 décembre 2016 propose toute une batterie de mesures, dont la plupart sont étendues à la Nouvelle-Calédonie.

Cette protection suppose de remplir les conditions pour être qualifié de lanceur d'alerte. Tel est le cas, selon l'article 6 de la loi Sapin 2, de toute personne qui révèle, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international de la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont il a eu personnellement connaissance.

Une fois reconnu comme tel, le lanceur d'alerte bénéficie d'une protection au regard du droit pénal. Selon l'article 122-9 du Code pénal, créé par la loi Sapin 2, le lanceur d'alerte qui porte atteinte à un secret protégé par la loi n'est pas pénalement responsable, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, et qu'elle

intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi. Ces procédures de signalement, précisées à l'article 8 de la loi Sapin 2, comportent plusieurs étapes : d'abord, signaler les faits à son supérieur hiérarchique, à son employeur ou à un référent désigné par son employeur ; ensuite, en l'absence de réaction du 1^{er} destinataire « *dans un délai raisonnable* », adresser le signalement « *à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels* » ; enfin, si les autorités saisies ne traitent pas le signalement dans le délai de trois mois, le lanceur d'alerte peut le rendre public. Il est toutefois précisé que les informations couvertes par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclues de ce régime protecteur.

Par ailleurs, l'article 13 de la loi précise que toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission du signalement des infractions par le lanceur d'alerte est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

Ces dispositions, qui mettent définitivement le lanceur d'alerte et organisent sa protection au pénal, ont été étendues à la Nouvelle-Calédonie, soit directement, par le biais de l'article 167 de la loi Sapin 2, soit indirectement, par le biais des nouvelles dispositions pénales rendues applicables à la Nouvelle-Calédonie, dans leur rédaction issue de la loi Sapin 2, par l'article 168 de cette loi. Mais l'extension du statut de lanceur d'alerte n'est toutefois que partielle. En effet, l'article 10 de la loi Sapin 2 n'a pas été étendu à la Nouvelle-Calédonie. Ce texte vise à protéger les salariés et les fonctionnaires contre toute mesure de rétorsion prise à leur encontre pour avoir signalé une alerte. Ainsi, en vertu de l'article L. 1132-3-3 nouveau du Code du travail, un salarié ne peut être écarté d'une procédure de recrutement ou d'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle au motif qu'il aurait lancé une alerte. Ce motif ne peut pas davantage justifier une procédure de licenciement ou des mesures discriminatoires. Pour les fonctionnaires, l'article 6 ter 1 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 est modifié pour les protéger contre toute sanction ou discrimination liée au signalement d'une alerte.

Faute d'avoir été étendue à la Nouvelle-Calédonie, cette protection n'est pas applicable. Cela se comprend pour les salariés, dès lors que la Nouvelle-Calédonie est compétente en droit du travail. En revanche, on comprend moins la mise à l'écart de la 2^{ème} partie du texte, relative aux fonctionnaires. Car les fonctionnaires établis en Nouvelle-Calédonie restent régis par la loi de 1983, à condition d'être des fonctionnaires d'état. Mais peut-être que l'extension n'a pas été faite pour la simple raison qu'elle n'était pas nécessaire, dès lors que la loi de 1983, dans sa version la plus récente, s'applique nécessairement aux fonctionnaires d'état établis en Nouvelle-Calédonie. En revanche, les fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie, ou des communes de la Nouvelle-Calédonie, ne bénéficient pas de la protection prévue par la loi Sapin 2, puisqu'ils relèvent de la compétence de la Nouvelle-Calédonie et sont régis par des règles spécifiques (v. Délibération n° 81 du 24 juillet 1990 portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux et Délibération n° 486 du 10 août 1994 portant création du statut général des fonctionnaires des communes de Nouvelle-Calédonie).

Encore que cette présentation doit être nuancée, en raison de l'application à la Nouvelle-Calédonie de l'article 11 de la loi Sapin 2, visé par l'article 167 de cette même loi. Ce texte introduit un article L. 911-1 du Code de justice administrative. Selon ce texte, « *Lorsqu'il est fait application de l'article L. 911-1* » (qui permet à une juridiction administrative d'imposer à une personne morale de droit public ou à un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public l'adoption d'une mesure d'exécution), la juridiction « *peut prescrire de réintégrer toute personne ayant fait l'objet d'un licenciement, d'un non-renouvellement de son contrat ou d'une révocation en méconnaissance du deuxième alinéa de l'article L. 4122-4 du code de la défense, du deuxième alinéa de l'article L. 1132-3-3 du code du travail ou du deuxième alinéa de l'article 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des*

fonctionnaires, y compris lorsque cette personne était liée par une relation à durée déterminée avec la personne morale de droit public ou l'organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public ». Il n'est pas évident de déterminer la portée de l'application de cette disposition à la Nouvelle-Calédonie. À suivre une interprétation compréhensive des textes, on pourrait penser qu'un salarié ou un fonctionnaire (de la Nouvelle-Calédonie ou des communes), dès lors qu'il est employé par une personne morale de droit public ou par un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, pourrait être protégé en tant que lanceur d'alerte. Mais cette interprétation ne met-elle pas à mal la compétence de la Nouvelle-Calédonie pour réguler les salariés, ainsi que les fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie et de ses communes ? La compétence de l'état concernant l'organisation judiciaire de la Nouvelle-Calédonie (art. 21, I, 2° de la loi organique du 19 mars 1999) serait ainsi un levier bien facile pour empiéter sur les compétences de cette dernière concernant le droit du travail et le statut de ses fonctionnaires. Mais à l'inverse, si l'on refuse de faire bénéficier ces salariés et fonctionnaires de la règle figurant à l'article L. 911-1 du Code de justice administrative, on peine à comprendre la raison de son application à la Nouvelle-Calédonie, si ce n'est par souci d'un respect purement formel de la compétence de l'état quant à l'organisation de la justice administrative.

IV. Un peu de légistique...

Cette étude – partielle – de la loi Sapin 2 et de son applicabilité en Nouvelle-Calédonie met à jour certaines difficultés quant à la légistique en Nouvelle-Calédonie, en particulier lorsqu'une ou plusieurs dispositions d'un code rendent applicable tout ou partie de ce code à la Nouvelle-Calédonie, sans préciser à quelle version des articles il est renvoyé. Dans une telle hypothèse, faut-il considérer que le renvoi s'entend nécessairement des dispositions les plus récentes de ce code ? Il y aurait là un moyen de rendre automatiquement applicable à la Nouvelle-Calédonie toutes les modifications ultérieures des textes auxquels il est renvoyé. D'une certaine façon, on renverrait davantage au numéro de l'article qu'à son contenu, si bien que l'article en question deviendrait un sas par lequel toutes les modifications futures pourraient s'engouffrer pour être applicables à la Nouvelle-Calédonie. À l'évidence, le législateur n'a pas suivi cette voie, puisqu'il conditionne l'application de la modification d'un texte à son extension expresse à la Nouvelle-Calédonie, peu important qu'un texte de ce code rende cette disposition applicable en Nouvelle-Calédonie sans précision de date. La loi Sapin 2 en offre plusieurs exemples. Ainsi, le législateur a expressément précisé, à l'article 168 de cette loi, que les dispositions du code pénal s'appliquent en Nouvelle-Calédonie dans leur version issue de cette nouvelle loi. La même précision est formulée pour les dispositions modifiées du Code monétaire et financier. De cette exigence d'une précision expresse de l'applicabilité à la Nouvelle-Calédonie de la version modifiée d'un texte, il s'induit qu'en l'absence de toute précision, cette nouvelle version ne s'applique pas. Cette solution n'est pas sans inconvénients. En effet, lorsque le texte qui étend certaines dispositions d'un code à la Nouvelle-Calédonie est muet quant à la version de ces dispositions qu'il faut retenir, le code ne suffit plus à identifier les règles applicables, si bien que la seule lecture du code peut induire en erreur. Par exemple, lorsque le code de commerce précise de façon générale que ses dispositions s'appliquent en Nouvelle-Calédonie (v. article 930-1 du Code de commerce), on pourrait croire que l'article L. 144-7 du Code de commerce est applicable dans sa version la plus récente. Mais tel n'est pas le cas puisque, comme nous l'avons vu, la loi du 9 septembre 2016 n'a pas étendu à la Nouvelle-Calédonie la nouvelle version de ce texte. Ce qui n'est d'ailleurs que pure logique, dès lors que, depuis le 1^{er} juillet 2013, seule la Nouvelle-Calédonie est compétente pour modifier le Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie. En dehors de tout transfert de compétence à la Nouvelle-Calédonie, il se

peut également que le législateur français n'ait pas souhaité – ou ait oublié – d'étendre certaines modifications des articles d'un code à la Nouvelle-Calédonie. La seule lecture du Code, qui par hypothèse rend ces dispositions applicables – sans précision – à la Nouvelle-Calédonie, est une fois de plus trompeuse. L'EIRL en offre un exemple évident, concernant les dispositions réglementaires qui encadrent ce statut. À en croire l'article R. 930-1 du Code de commerce, les articles R. 526-1 et suivants du Code de commerce devraient être applicables à la Nouvelle-Calédonie, puisque l'ensemble du livre 5 de ce code y est applicable, sauf exceptions dont ne font pas parties les dispositions relatives aux EIRL. Pourtant, la partie réglementaire du Code de commerce relative à l'EIRL n'est pas applicable à la Nouvelle-Calédonie, faute d'une précision expresse en ce sens du décret du 29 décembre 2010.

Par conséquent, pour chaque disposition d'un code, rendue applicable à la Nouvelle-Calédonie par un autre article de ce code, l'interprète doit vérifier que chacune des modifications dont cette disposition a fait l'objet a bien été étendue à la Nouvelle-Calédonie.

Le plus souvent, la volonté d'étendre à la Nouvelle-Calédonie la version nouvelle d'un article résulte d'une disposition expresse, comme le fait l'article 167 de la loi Sapin 2. Elle devrait sembler-t-il pouvoir être également plus implicite. On devrait ainsi considérer que le législateur entend rendre applicable la dernière version d'un texte quand il a réécrit, dans la même loi que celle qui modifie ce texte, l'article qui le rend applicable en Nouvelle-Calédonie. On peut donner pour exemple un texte relativement récent, l'ordonnance du 1^{er} décembre 2016, ce qui est l'occasion d'en signaler l'existence. Cette ordonnance a modifié certains textes du Code monétaire et financier relatifs à la lutte contre le financement du terrorisme et le blanchiment des capitaux. Dans le même temps, elle a réécrit l'article L. 745-13 du Code monétaire et financier, qui étend à la Nouvelle-Calédonie la plupart de ces textes. Mais il n'a pas été précisé que ce renvoi visait les textes dans leur version résultant de l'ordonnance. Cependant, comme les textes auxquels il est renvoyé et l'article qui procède au renvoi ont été modifiés par la même ordonnance, il est logique de considérer que ce renvoi vise les textes dans leur version issue de cette ordonnance.

Ce même article – l'article L. 745-13 CMF – révèle par ailleurs que la tendance est à la généralisation des précisions quant à la version des textes auxquels il est renvoyé. Il est ainsi précisé que « *les articles L. 562-1 à L. 562-14 sont applicables dans leur rédaction résultant de l'ordonnance n° 2016-1575 du 24 novembre 2016 portant réforme du dispositif de gels d'avoir* », ou que « *l'article L. 563-2 est applicable dans sa rédaction résultant de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation* ». Cette initiative doit être saluée, bien qu'elle se traduise par un alourdissement des dispositions légales.

Pour conclure, il est à noter que des clarifications sont attendues quant aux dispositions du Code monétaire et financier applicables en Nouvelle-Calédonie. En effet, l'article 169 de la loi Sapin 2 autorise le gouvernement, dans les 24 mois suivant la promulgation de cette loi, à adopter un Code monétaire et financier applicable en outre-mer. Ce Code monétaire et financier applicable en outre-mer comportera les adaptations nécessaires à son application en Nouvelle-Calédonie.

DROIT DE L'ACHAT PUBLIC¹⁷

VEILLE JURIDIQUE - NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Arrêté n° 187 du 1^{er} décembre 2016 portant modification de la délibération modifiée n°136/cp du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics

<http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdwebe.nsf/joncentry?openpage&ap=2016&page=13728>

Conformément à l'article 22-17 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de « règles relatives à la commande publique, dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics ».

L'arrêté n° 187 du 1^{er} décembre 2016 constitue la dix-septième modification du cadre normatif applicable aux marchés publics conclus en Nouvelle-Calédonie. Pour mémoire : la délibération cadre n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 a été réformée au rythme d'une modification tous les quatre ans en moyenne entre 1967 et 2011 (11 modifications). Entre 2012 et 2016, la délibération n° 136/CP fait l'objet d'une modification tous les six mois en moyenne¹⁸ (6 modifications).

Cette accélération normative coïncide avec une montée en puissance de l'achat public local ; ce contexte étant lui-même l'expression de l'appropriation progressive par les collectivités calédoniennes de l'action publique et de la mise en œuvre des services publics au travers des vagues successives de transferts de compétences. En volume, l'achat public peut être estimé à environ 100¹⁹ milliards de francs pacifiques pour la seule année 2015 (65% en investissement et 35% en fonctionnement). Ce qui revient, par exemple, à deux fois l'équivalent coût de construction du nouveau centre hospitalier territorial (Médipôle à Koutio).

Ce cadre posé, l'arrêté n° 187 du 1^{er} décembre 2016 adopté par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a substantiellement modifié plusieurs volets de l'achat public. Tel est le cas des modalités de versement des avances en faveur des titulaires de marchés publics. Antérieurement, le versement d'une avance par l'administration n'était possible que dans certains cas limitativement désignés. Par exemple : réalisation d'installations préalables aux prestations du marché dans un seuil de trois dixième de celui-ci. Depuis la publication de cet arrêté (20 décembre 2016), l'avance est versée dans un délai de trente jours à compter de la date de notification du marché. Le taux et les conditions de versement sont librement fixés par le maître d'ouvrage. Dans son avis n° 24/2016 du 5 octobre 2016, le Conseil économique social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie précise que l'avant-projet du texte modificatif préconise le caractère

17. *Zohra Baccouchi, Attachée d'administration, doctorante en droit de l'achat public en Nouvelle-Calédonie à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.*

18. Délibération n° 250 du 10 janvier 2013, délibération n° 123/CP du 30 avril 2014, délibération n° 14/CP du 18 mars 2015, délibération n° 138 du 23 juin 2016, délibération n° 144 du 28 juillet 2016, arrêté n° 187 du 1^{er} décembre 2016.

19. Comptes publics 2015 des collectivités relevant de la compétence de la Chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie et statistiques publiées par l'Agence française de développement en Nouvelle-Calédonie ; ces statistiques n'intègrent pas l'achat public réalisé par les sociétés d'économie mixte et par les délégataires de services publics.

systématique des avances pour un taux de 25% du montant du marché ; il préconise également l'absence de cautionnement bancaire pour tous les marchés inférieurs à 100 millions de francs. Au-dessus de cette somme, c'est au maître d'ouvrage de décider du versement de cette garantie ; l'avance étant quant à elle toujours obligatoire. Par ailleurs et à compter du 31 mars 2017, le nouveau cadre réglementaire prévoit que le délai de mandatement d'un marché public ne peut excéder 36 jours. Ce délai est ramené à 30 jours à compter du 1^{er} janvier 2018. Le non-respect de ce délai fait courir de plein droit le bénéfice d'intérêts moratoires en faveur du titulaire du marché.

Ce nouveau dispositif concourt ainsi à l'assouplissement des conditions d'achat en Nouvelle-Calédonie dans un environnement institutionnel attentif aux contraintes économiques des entreprises cocontractantes des acheteurs publics²⁰.

ÉCLAIRAGE JURISPRUDENTIEL – COMMENTAIRE DE DÉCISION

Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, lecture publique du 22 septembre 2016, aff. N° 1600051 : méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique – Bouleversement de l'économie du contrat – Intérêt à agir du tiers et pouvoir du juge.

Par requête du 19 février 2016, la société E. demande l'annulation d'une délibération du 21 décembre 2015 par laquelle le conseil municipal de la commune de B. a autorisé son maire à signer l'avenant n° 3 au contrat de concession de distribution d'énergie électrique conclu avec la société C., l'annulation de l'avenant n° 3 au contrat de concession conclu entre la commune et la société C.

La société E soutient que la délibération méconnaît les dispositions de l'article L. 324-1 du code des communes de Nouvelle-Calédonie, que l'avenant intervient en méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique, qu'il bouleverse l'économie du contrat, ne respecte pas le principe de bon emploi des deniers publics, ne répond pas à un motif d'intérêt général.

Vu : la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ; la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics ; le code des communes de Nouvelle-Calédonie ; (...);

Sur la fin de non-recevoir : Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'État dans l'exercice du contrôle de légalité.

Si le représentant de l'État et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale

20. L'avant-projet modificatif s'inscrit dans le Plan d'urgence local de soutien à l'emploi « Pulse » lancé par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en 2016.

ou du groupement de collectivités concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

Saisi ainsi par un tiers de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'État ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

Il résulte de l'instruction que l'avenant n° 3 à la concession de distribution d'énergie électrique a été signé. La société E. n'est par suite pas recevable à demander l'annulation par la voie du recours pour excès de pouvoir de la délibération du 21 décembre 2015 du conseil municipal approuvant l'avenant et autorisant la maire à le signer. Elle est toutefois recevable, en sa qualité de concurrent potentiel lors du prochain renouvellement de cette concession, à contester directement la validité de l'avenant en litige qui a notamment pour objet de porter la durée du contrat de vingt à trente années.

Sur la validité de l'avenant : La société E. soutient que l'avenant n° 3 méconnaît les principes fondamentaux de la commande publique notamment en ce qu'en prolongeant de dix ans la durée dudit contrat sans contrepartie réelle, il porte atteinte à la liberté d'accès des opérateurs économiques. Sans réellement contester que cette prolongation vient effectivement limiter la liberté d'accès des opérateurs économiques, la commune de B. soutient pour sa part que des motifs d'intérêt général justifiaient un tel aménagement aux principes fondamentaux de la commande publique.

Aux termes de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : « La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : / (...) 17° Règles relatives à la commande publique dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics ; (...) ». Aux termes de l'article 51 de la même loi organique : « Les communes ou leurs groupements autorisent les concessions de distribution électrique. Ils peuvent, avec l'accord de l'assemblée de province, déléguer cette compétence à la province. ». La remise en concurrence périodique des contrats de délégation de service public constitue une garantie de la liberté d'accès des opérateurs économiques à ces contrats et de la transparence des procédures de passation.

En l'absence de toute disposition mettant en œuvre les principes fondamentaux de la commande publique, rappelés par l'article 22 de la loi organique précitée, des motifs d'intérêt général peuvent justifier qu'un pouvoir adjudicateur en aménage les conditions de mise en œuvre, sous le contrôle du juge, afin de tenir compte notamment, s'agissant des délégations de service public, des particularités du service délégué.

Il résulte de l'instruction que les stipulations des articles 1 et 2 de cet avenant ont pour objet de prolonger de dix années la durée d'exécution de la concession de distribution d'énergie électrique de la commune, concession initialement prévue pour une période de 20 années. Elles ont donc pour effet de porter atteinte à la liberté d'accès des opérateurs économiques et à la transparence des procédures de passation.

En contrepartie de cet allongement de la durée d'exécution, l'avenant en litige prévoit, en son article 3, l'augmentation de la redevance pour mise à disposition d'ouvrage acquittée par la société C. en la portant de 1,5 % à 8,6 % de la marge commerciale définie contractuellement et, par ses articles 4 et 5, la modification des articles 6 et 9 de la convention qui prévoient désormais qu'un « *programme spécifique visant à l'enfouissement des lignes électriques sous réserve de la faisabilité technique au regard de la sécurité des biens et des personnes et de la garantie de la qualité du service, sera établi d'un commun accord entre le concédant et le concessionnaire sous la forme d'une convention pluriannuelle* ». Le concessionnaire s'engage également à financer ces travaux dans la limite de 1 %, pendant les cinq premières années, puis 0,5 % par la suite, du chiffre d'affaires défini contractuellement, la part non utilisée de ces sommes ne pouvant être reportée que sur trois années. Le concessionnaire s'engage, de surcroît, à avancer, sans frais, à la commune une somme de 60 millions de francs CFP remboursable par déduction de la redevance due à la commune sur quatre années.

Les articles 6 et suivants ont des objets techniques étrangers au présent litige.

Les nouvelles stipulations contractuelles ne font état ni de l'existence d'une planification, ni de la faisabilité du programme d'enfouissement des lignes électriques. La commune évoque des travaux d'extension de son centre-ville et la sécurité qu'apporterait un tel enfouissement compte tenu de la nécessité de renforcer son réseau du fait de l'accroissement des projets d'aménagements notamment touristiques mais n'apporte aucun élément concret justifiant cette nécessité. Ainsi que le relève la chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie dans l'avis du 27 mai 2016, rendu sur la demande du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, la prolongation de la durée de la concession de 10 années assure à la société concessionnaire un chiffre d'affaire de plus de 6 milliards de francs CFP sur cette période, pour un résultat net prévisionnel de 220 millions de francs CFP alors que la participation financière éventuelle du concessionnaire, dans l'hypothèse où des travaux d'enfouissement seraient réalisés, passerait de 43 millions à 77 millions de francs CFP, soit une augmentation de 34 millions de francs CFP.

Enfin, la société C. admet que compte tenu de la réglementation applicable, et notamment des dispositions de l'arrêté du 1^{er} octobre 2013, l'augmentation de la redevance versée à la commune sera prise en compte par la Nouvelle-Calédonie dans la détermination de sa rémunération et n'est, par conséquent, pas à l'origine d'une réelle charge financière. De plus les dispositions de l'article 11 de la concession conclue le 29 mars 2006, prévoient qu'après une période de 5 années, le montant de la redevance pour mise à disposition d'ouvrages peut être révisé « *notamment en cas de modification de la réglementation tarifaire* » (...).

En conséquence, la commune ne justifie d'aucun motif d'intérêt général pouvant justifier qu'elle ait aménagé les conditions de mise en œuvre du principe de libre accès des opérateurs économiques et de transparence des procédures en allongeant la durée de la concession de distribution d'énergie électrique pour la porter de 20 à 30 ans. Ledit avenant méconnaît donc les grands principes de la commande publique.

La commune et la société concessionnaire soutiennent que nonobstant les vices dont il serait entaché, la remise en cause de cet avenant porterait une atteinte excessive à l'intérêt général tiré notamment des grands avantages qui résulteraient de l'enfouissement du réseau de distribution d'énergie électrique de la commune.

Toutefois, et ainsi qu'il a été dit précédemment, l'avenant en litige ne comporte aucune garantie quant à la réalisation de travaux d'enfouissement et, en tout état de cause, sa remise en cause n'empêcherait pas la commune d'y procéder. De même, l'annulation de cet avenant aura pour seul effet de remettre en cause les modifications apportées à la convention du 29 mars 2006 et n'aura aucun impact sur le service public de la distribution d'énergie électrique de la commune. Il convient toutefois de limiter les effets de l'irrégularité aux seules stipulations entachées d'irrégularité et à celles dont il est raisonnable de penser qu'elles en ont constitué la contrepartie.

Il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler les stipulations des articles 1^{er} à 5 de l'avenant n° 3 à la concession de distribution d'énergie électrique (...). Le surplus des conclusions est rejeté.

Commentaire - Le recours d'un tiers à l'encontre d'un avenant modifiant la durée d'une concession de service public :

L'action juridictionnelle du tiers est traditionnellement ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité concernée ainsi qu'au représentant de l'État chargé du contrôle de légalité des actes administratifs que sont, notamment, une délibération ou un avenant conclu dans le cadre d'un marché. L'affaire n° 1600051 précise que cette action est aussi ouverte à d'autres tiers, dès lors que les vices juridiques qu'ils invoquent sont en rapport direct et suffisamment certain avec leur intérêt estimé lésé. Jusqu'en 2007, le contentieux du droit de la commande publique a surtout été le fait de concurrents évincés²¹. Un nouveau pas a été franchi depuis 2014 avec l'ouverture du prétoire à tous les tiers²². Selon la doctrine, cette approche peut contribuer à renforcer le rôle des élus locaux en matière de contrôle des actes contractuels des maîtres d'ouvrage publics. Les élus locaux peuvent dorénavant invoquer tout moyen à l'appui de leur recours. Tout autre requérant peut aussi solliciter une suspension de l'exécution d'un contrat de droit public. Comparativement, le droit privé maintient l'intérêt à agir des tiers dans un cadre plus restrictif. Saisie notamment par des abonnés ou des usagers de services publics industriels et commerciaux, la Cour de cassation n'admet la recevabilité des tiers aux conventions de délégation de services publics que sous le prisme de l'illégalité des clauses tarifaires²³. Dans l'affaire n° 1600051, le requérant est une société externe au contrat de concession. Il a été déclaré recevable en tant que concurrent potentiel lors du prochain renouvellement de la concession en cause.

21. Conseil d'État, assemblée, 16 juillet 2007 Société Tropic travaux signalisation.

22. Conseil d'État, assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne.

23. Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 6 février 2001.

L'office du juge a consisté ici à apprécier l'importance et les conséquences susceptibles de résulter des vices invoqués par le tiers dans le cadre d'un recours en *pleine juridiction*. Par différence, un *recours en excès de pouvoir* ne vise que l'annulation d'un acte administratif : l'auteur de la décision n'avait pas compétence pour la prendre ; la décision serait frappée d'un vice de forme ou de procédure ; la décision contreviendrait à la loi ou serait adoptée dans le cadre d'un détournement de pouvoir ou de procédure.

Sur le fond, l'affaire n° 1600051 éclaire très utilement le droit de la commande publique locale.

Ainsi, si la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière d'édiction de règles intéressant la commande publique, elle ne peut le faire que dans le respect de certains principes (liberté d'accès, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures, efficacité de la commande et bon emploi des deniers publics²⁴). La mise en concurrence périodique des contrats de délégation de service public constitue un principe qui garantit la liberté d'accès des opérateurs économiques et la transparence²⁵.

Selon la jurisprudence, en l'absence de toute disposition mettant en œuvre ces principes généraux, des motifs d'intérêt général peuvent justifier leur aménagement pratique par le pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, il a été admis que prolonger une concession prévue pour vingt ans par dix années supplémentaires constitue un cas d'atteinte à la liberté d'accès à la commande publique. Mais le juge a objectivement considéré : si le nouvel avenant prévoit notamment une augmentation de la redevance pour mise à disposition d'ouvrage (point a priori favorable à la commune) ainsi qu'une participation au financement de travaux nouveaux d'enfouissement de lignes électriques sur la base du futur chiffre d'affaire du concessionnaire, cet avenant ne comportait aucune garantie quant aux avantages économiques escomptés. De plus, la réglementation locale applicable (i.e. la tarification de l'énergie) ne permettait guère d'anticiper l'économie générale du contrat, en particulier quant à ses déterminants financiers futurs.

En conséquence de quoi, le juge administratif a annulé les clauses de l'avenant n° 3 à la concession de distribution d'énergie électrique dès lors qu'elles traduisent une prolongation excessive de la durée du contrat et que ses contreparties financières restent hypothétiques. Le juge a, en revanche, maintenu les clauses ayant une portée strictement technique, étrangères aux mécanismes de l'achat public et aux principes qui doivent le gouverner.

Deux jugements portant sur la même affaire ont été également rendus par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie le 22 septembre 2016 suite au recours diligenté par une conseillère municipale de la commune ; le tribunal ayant suivi le même raisonnement dans les trois espèces.

Au de-là de leurs considérants purement techniques, les trois affaires éclairent sur le droit applicable en matière de commande publique en Nouvelle-Calédonie. Actuellement, le corpus se compose de normes de portée différente : notamment, la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie, la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics, mais aussi, le code des communes de Nouvelle-Calédonie.

24. Article 22-17° de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

25. Article 51 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie.

Ce corpus n'est, pour l'heure, ni codifié ni explicité (circulaires interprétatives ou guide de la commande par exemple). Le rôle et la place de jurisprudence sont donc très particuliers ; le juge administratif concourant à la consolidation de l'édifice normatif au travers de ses jugements. Tel est par exemple le cas lorsque le recours de pleine juridiction a été élargi à tout tiers. Celui-ci peut solliciter l'annulation totale ou partielle d'un marché, d'un contrat ou d'un avenant au motif qu'il est lésé et pas seulement l'annulation de la délibération qui en avait autorisé la passation²⁶.

26. Dans un jugement n° 1500132 du 29 octobre 2015, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a rejeté le recours pour excès de pouvoir d'une candidate non retenue suite à un appel d'offres en matière de restauration scolaire. La plaignante avait uniquement invoqué l'annulation de la décision lui refusant l'octroi du marché. Mais elle n'avait pas invoqué l'annulation du marché lui-même sur le fondement d'une atteinte à ses intérêts de concurrente potentiellement lésée.

DROIT ADMINISTRATIF – PROCÉDURE ADMINISTRATIVE²⁷

VEILLE JURIDIQUE – NOUVEAUX TEXTES APPLICABLE EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Loi du pays n° 2017-8 du 30 mars 2017 portant création d'une couverture santé complémentaire en faveur des agents des employeurs publics en Nouvelle-Calédonie

[http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/\(web-All\)/E4BEBB05B545CA524B25811D00262ABA/\\$File/Loi-du-pays_2017-8_du_30-03-2017_Couverture_Santé_complémentaire_ChG².pdf?OpenElement](http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/(web-All)/E4BEBB05B545CA524B25811D00262ABA/$File/Loi-du-pays_2017-8_du_30-03-2017_Couverture_Santé_complémentaire_ChG².pdf?OpenElement)

Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033897475&categorieLien=id>

Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033897465&categorieLien=id>

Ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033553233&categorieLien=id>

ÉCLAIRAGE JURIDIQUE – LIBRE PROPOS

Délais de recours, accusés de réception, décisions implicites : l'évolution en droit administratif

Rien n'est permanent, sauf le changement (Héraclite). Les choses qu'on croit bien installées s'effacent avec le temps. Le délai traditionnel du recours pour excès de pouvoir est de deux mois à compter de la notification ou de la publication d'une décision. Depuis une longue habitude ancrée dans l'exotisme et les difficultés de transport, ce délai était porté à trois mois pour les tribunaux administratifs de Nouvelle-Calédonie (TANC), de Mata-Utu et de Papeete. C'était feu l'article R. 421-6 du Code de justice administrative.

Article R. 421-6 CJA : Devant les tribunaux administratifs de Mayotte, de la Polynésie française, de Mata-Utu et de Nouvelle-Calédonie le délai de recours de deux mois prévu à l'article R. 421-1 et au deuxième alinéa de l'article R. 421-2 est porté à trois mois (abrogé).

27. Mathias Chauchat, Professeur à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, agrégé de droit public.

Parmi ses nombreuses dispositions, le décret n° 2015-1145 du 15 septembre 2015, portant modification du Code de justice administrative publié au Journal officiel le 17 septembre 2015, aligne les règles de procédure administrative contentieuse applicables à Mayotte, à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française et à Wallis-et-Futuna sur celles de la Métropole. Il en profite accessoirement pour changer la dénomination du tribunal administratif de Mata-Utu en tribunal administratif de Wallis-et-Futuna, à son article 22. Ces nouvelles dispositions sont applicables à l'expiration d'un délai d'un mois suivant l'entrée en vigueur du nouveau décret, soit à compter du 19 octobre 2015.

Ainsi, les délais spéciaux de trois mois prévus en ce qui concerne le délai de recours applicable devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, le délai d'appel et celui de la tierce opposition sont abrogés et ramenés à deux mois, qui constituent le délai de droit commun²⁸. Pour le délai de cassation, l'article R. 821-1 le fixe à deux mois et il suit les règles relatives à l'introduction de l'instance devant le Conseil d'État. C'est donc également le délai de droit commun.

I. RIEN N'EST SIMPLE (SEMPÉ) : DÉLAI DE RECOURS, DÉLAI DE DISTANCE

Si le délai de droit commun s'universalise, car les causes qui le justifiaient ont depuis longtemps disparu, le délai de distance, qui ajoutait un mois lorsqu'il fallait franchir les océans entre la Métropole et le pays, est néanmoins maintenu.

Article R. 421-7 CJA : *Lorsque la demande est portée devant un tribunal administratif qui a son siège en France métropolitaine ou devant le Conseil d'État statuant en premier et dernier ressort, le délai de recours prévu à l'article R. 421-1 est augmenté d'un mois pour les personnes qui demeurent en Guadeloupe, en Guyane, à la Martinique, à La Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, à Mayotte, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises.*

Lorsque la demande est présentée devant le tribunal administratif de Basse-Terre, de Fort-de-France, de Cayenne, de Saint-Denis, de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Mayotte, de Saint-Pierre-et-Miquelon, de la Polynésie française, de Wallis-et-Futuna ou de Nouvelle-Calédonie, ce délai est augmenté d'un mois pour les personnes qui ne demeurent pas dans la collectivité territoriale dans le ressort de laquelle le tribunal administratif a son siège.

Ce même délai est augmenté de deux mois pour les personnes qui demeurent à l'étranger.

Toutefois, ne bénéficient pas des délais supplémentaires de distance les requérants qui usent de la faculté prévue par les lois spéciales de déposer leurs requêtes auprès des services du représentant de l'État ou de son délégué dans les arrondissements, les subdivisions ou les circonscriptions administratives.

Ainsi, pour un résident de la Nouvelle-Calédonie, si le délai de recours devant le TANC est bien de deux mois, le délai d'appel devant la Cour administrative d'appel de Paris, comme de cassation devant la Haute juridiction du Palais Royal, est de 3 mois (deux mois plus un mois de délai de distance).

28. Décret n° 2015-1145 du 15 septembre 2015 modifiant le code de justice administrative (partie réglementaire) : Article 24 : II. - Les articles R. 421-6, R. 811-4 et R. 832-3 sont abrogés.

II. **TOUT SE COMPLIQUE (SEMPÉ) : L'ACCUSÉ DE RÉCEPTION**

La loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations avait aussi ajouté la règle selon laquelle toute demande adressée à une autorité administrative fait l'objet d'un accusé de réception. La sanction est alors l'inopposabilité des délais de recours à l'auteur de la demande. Cette règle est aujourd'hui codifiée à l'article L. 112-3 du Code des relations entre le public et l'administration²⁹ :

Article L. 112-3 CRPA : *Toute demande adressée à l'administration fait l'objet d'un accusé de réception.*

Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables :

1° Aux demandes abusives, notamment par leur nombre ou leur caractère répétitif ou systématique ;

2° Aux demandes, définies par décret en Conseil d'État, pour lesquelles l'administration dispose d'un bref délai pour répondre ou qui n'appellent pas d'autre réponse que le service d'une prestation ou la délivrance d'un document prévus par les lois ou règlements.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État.

Le Code des relations entre le public et l'administration³⁰ l'a ainsi explicité à l'article R. 112-4 :

Article R112-4 CRPA : *L'accusé de réception prévu à l'article L. 112-3 n'est pas délivré :*

1° Lorsqu'une décision implicite ou expresse est acquise en vertu des lois et règlements au profit du demandeur, au terme d'un délai inférieur ou égal à quinze jours à compter de la date de réception de la demande ;

2° Lorsque la demande tend à la délivrance d'un document ou au service d'une prestation prévus par les lois et règlements pour laquelle l'administration ne dispose d'aucun autre pouvoir que celui de vérifier que le demandeur remplit les conditions légales pour l'obtenir.

On rappellera que l'accusé de réception n'est pas non plus applicable aux relations entre l'administration et ses agents en vertu de l'article L. 112.2 du Code des relations entre le public et l'administration.

Article L. 112-2 CRPA : *Les dispositions de la présente sous-section ne sont pas applicables aux relations entre l'administration et ses agents.*

Le contenu de l'accusé réception est également détaillé : date de réception, identification de la nature de la décision d'acceptation ou de rejet, coordonnées du service traitant, délais et voies de recours ; on le trouve à l'article R. 112-5 du Code des relations entre le public et l'administration :

29. Issu de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

30. Issu du décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015 relatif aux dispositions réglementaires du Code des relations entre le public et l'administration.

Article R. 112-5 CRPA : *L'accusé de réception prévu par l'article L. 112-3 comporte les mentions suivantes :*

1° La date de réception de la demande et la date à laquelle, à défaut d'une décision expresse, celle-ci sera réputée acceptée ou rejetée ;

2° La désignation, l'adresse postale et, le cas échéant, électronique, ainsi que le numéro de téléphone du service chargé du dossier ;

3° Le cas échéant, les informations mentionnées à l'article L. 114-5, dans les conditions prévues par cet article [pièces manquantes].

Il indique si la demande est susceptible de donner lieu à une décision implicite de rejet ou à une décision implicite d'acceptation. Dans le premier cas, l'accusé de réception mentionne les délais et les voies de recours à l'encontre de la décision. Dans le second cas, il mentionne la possibilité offerte au demandeur de se voir délivrer l'attestation prévue à l'article L. 232-3.

La sanction demeure l'inopposabilité des délais de recours, comme le réaffirme l'article L. 112-6 du Code des relations entre le public et l'administration :

Article L. 112-6 CRPA : *Les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les indications exigées par la réglementation.*

Le défaut de délivrance d'un accusé de réception n'emporte pas l'inopposabilité des délais de recours à l'encontre de l'auteur de la demande lorsqu'une décision expresse lui a été régulièrement notifiée avant l'expiration du délai au terme duquel est susceptible de naître une décision implicite.

Cette sanction est également rappelée au Code de justice administrative à l'article R. 421-5 :

Article R. 421-5 CJA : *Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision.*

Néanmoins, le juge administratif a reformulé les limites de cette inopposabilité des délais : au nom du principe de sécurité juridique, il estime que, si l'information qui a été faite a minima n'a pas été parfaite, le recours n'est toutefois ouvert que dans un « délai raisonnable »³¹.

31. Le principe de sécurité juridique implique que le destinataire d'une décision administrative individuelle ne puisse la contester indéfiniment lorsqu'il a en eu connaissance. Le jugement du tribunal administratif de Versailles (*TA Versailles, 3^{ème} chambre, 15 février 2017, no 1402665*) étend cette solution récemment dégagée par le Conseil d'État (*CE, 13 juillet 2016, n°387763, M. Czabaj en A.*) aux recours des tiers contre une décision individuelle qui a fait l'objet d'une mesure de publicité à leur égard sans la mention des délais de recours. Dans l'affaire en cause, la requête enregistrée le 7 avril 2014 tendait à l'annulation d'un permis de construire ayant fait l'objet d'un affichage le 15 novembre 2007. Après avoir estimé que cet affichage avait été régulier, à l'exception de la mention du délai de recours, et continu, le tribunal estime que le recours formé plus de six ans après la date de début de cet affichage est irrecevable.

III. INSONDABLES MYSTÈRES (SEMPÉ) : LA DÉCISION IMPLICITE DE REJET OU D'ACCEPTATION

Ajoutons encore une difficulté de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, puisqu'on a choisi d'aborder la complication.

Depuis toujours, il existe une difficulté particulière pour le recours contre une décision implicite. Une décision implicite est réputée naître du silence de l'administration. À l'origine, suivant le dispositif introduit par la loi du 17 Juillet 1900 (matière procédurale passée de législative à réglementaire avec la V^{ème} République), le silence gardé pendant quatre mois par l'administration valait rejet. La République a fonctionné sur cette règle sans heurt pendant un siècle.

Le bouleversement est venu de la loi du 12 avril 2000, qui stipule en son art. 21 que « *le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet* ». Le temps s'est ainsi raccourci, ce qui s'est fidèlement traduit dans l'article R. 421-2 du Code de justice administrative. Il fallait simplement prendre garde à ne pas être forclos dans les quatre mois, ainsi cumulés, de la décision implicite de rejet et du recours contentieux :

Article R. 421-2 CJA : *Sauf disposition législative ou réglementaire contraire, dans les cas où le silence gardé par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet, l'intéressé dispose, pour former un recours, d'un délai de deux mois à compter de la date à laquelle est née une décision implicite de rejet. Toutefois, lorsqu'une décision explicite de rejet intervient avant l'expiration de cette période, elle fait à nouveau courir le délai de recours.*

La date du dépôt de la demande à l'administration, constatée par tous moyens, doit être établie à l'appui de la requête.

Mais l'article 22 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 ajoutait que « *le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision implicite d'acceptation dans les cas prévus par décret en Conseil d'État* ». Du silence pouvait naître parfois, par exception, l'acceptation.

Le Premier ministre Jean-Marc Ayrault a voulu aller plus loin. Il a impulsé une (nouvelle) loi de simplification des relations entre l'administration et les citoyens. Ce sera la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013, dont l'article 1 modifie l'article 21-I de la loi du 12 avril 2000 et inverse le principe de la décision implicite de rejet, en en faisant une décision d'acceptation : « *Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation. La liste des procédures pour lesquelles le silence gardé sur une demande vaut décision d'acceptation est publiée sur un site internet relevant du Premier ministre. Elle mentionne l'autorité à laquelle doit être adressée la demande, ainsi que le délai au terme duquel l'acceptation est acquise* ».

Était-ce une concession au populisme ambiant qui fait des fonctionnaires des paresseux qui prennent trop leur temps ? Était-ce de permettre de laisser se constituer des décisions illégales sans les assumer... Nul ne le saura jamais.

Ce principe est aujourd'hui codifié à l'article L. 231-1 du Code des relations entre le public et l'administration, heureusement complété de l'article D. 231-2 du même Code :

Article L. 231-1 CRPA : *Le silence gardé pendant deux mois par l'administration sur une demande vaut décision d'acceptation.*

Article D. 231-2 CRPA : *La liste des procédures pour lesquelles le silence gardé sur une demande vaut décision d'acceptation est publiée sur un site internet relevant du Premier ministre³². Elle mentionne l'autorité à laquelle doit être adressée la demande ainsi que le délai au terme duquel l'acceptation est acquise.*

Ce n'est plus uniquement le délai lui-même qui pose question, mais le sens de la décision elle-même.

Peut-être effrayé par tant d'audace, le législateur s'est empressé d'en limiter la portée : la loi a immédiatement ajouté ce qui est aujourd'hui codifié à l'article L. 231-4 du Code des relations entre le public et l'administration :

Article L. 231-4 du CRPA : *Par dérogation à l'article L. 231-1, le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut décision de rejet :*

1° Lorsque la demande ne tend pas à l'adoption d'une décision présentant le caractère d'une décision individuelle ;

2° Lorsque la demande ne s'inscrit pas dans une procédure prévue par un texte législatif ou réglementaire ou présente le caractère d'une réclamation ou d'un recours administratif ;

3° Si la demande présente un caractère financier sauf, en matière de sécurité sociale, dans les cas prévus par décret ;

4° Dans les cas, précisés par décret en Conseil d'État, où une acceptation implicite ne serait pas compatible avec le respect des engagements internationaux et européens de la France, la protection de la sécurité nationale, la protection des libertés et des principes à valeur constitutionnelle et la sauvegarde de l'ordre public ;

5° Dans les relations entre l'administration et ses agents.

Et comme une décision implicite d'acceptation, ce n'est quand même pas pratique à emporter avec soi, l'article L. 232-3 du Code des relations entre le public et l'administration dispose qu'on la mettra... par écrit :

Article L. 232-3 CRPA : *La décision implicite d'acceptation fait l'objet, à la demande de l'intéressé, d'une attestation délivrée par l'administration.*

32. <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Silence-vaut-accord-SVA> ; on y trouve quatre tableaux des procédures pour lesquelles le silence gardé par les services de l'État (les collectivités territoriales, les organismes de sécurité sociale, les autres organismes chargés d'un service public administratif) vaut accord. On atteint pratiquement les 200 pages cumulées, ce qui est une performance reconnue dans la simplification administrative.

IV. 66 MILLIONS DE PETITS FRANÇAIS, ET NOUS, ET NOUS ? (DUTRONC, APOCRYPHE) : L'APPLICATION EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Chacun le sait, une norme nationale n'est applicable en Nouvelle-Calédonie que sur décision expresse de son auteur. L'art. 222 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ajoute : « *lorsque la présente loi organique renvoie à des dispositions législatives, celles-ci s'appliquent dans la rédaction qui est la leur à la date de sa promulgation* ». Toute modification ultérieure du texte nécessite une nouvelle extension. Progressivement, par la force des choses, le droit applicable à la Nouvelle-Calédonie « décroche » du droit métropolitain.

Toutefois, sont applicables à la Nouvelle-Calédonie ce que l'on appelle improprement les « *lois de souveraineté* ». Il s'agit des textes que l'on croit nécessairement applicables à l'ensemble de la Nation, ce que confirme l'article 6-2 de la loi organique ajouté par la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 : « *Est également applicable de plein droit en Nouvelle-Calédonie toute autre disposition législative ou réglementaire qui, en raison de son objet, est nécessairement destinée à régir l'ensemble du territoire de la République* ».

La question est de savoir si la Nouvelle-Calédonie, ses provinces, ses communes et leurs établissements publics sont concernés par cette refonte et codification du droit métropolitain.

Du plus simple au plus compliqué

La procédure administrative contentieuse relève de la compétence de l'État par la grâce de l'article 21 I 2° de la loi organique. L'État a ainsi pu, sans difficulté majeure, autres que techniques³³, modifier le Code de justice administrative pour unifier les délais de recours avec la Métropole en l'appliquant en Nouvelle-Calédonie.

Plus compliquée est la situation des relations qui doivent s'établir entre le public et l'administration, hier législatives issues du titre II de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, et aujourd'hui codifiées au Code des relations entre le public et l'administration : il s'agit du silence gardé par l'administration et ses conséquences, créé par l'article 21 et 22 de la loi, et l'accusé de réception qui résultait de son article 19. Suivant son article 41, cette même loi rendait le titre II applicable en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et à Wallis-et-Futuna aux seules « *administrations de l'État et à leurs établissements publics* ».

Il en est résulté une dissociation du régime des actes pour la Nouvelle-Calédonie, ses provinces et leurs établissements publics d'avec l'État.

La question de l'application aux communes de la Nouvelle-Calédonie se posait un peu différemment : suivant l'article 6-2 de la loi organique, « *sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie (...) les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives (...) aux droits*

33. Le Code de justice administrative a été modifié, avec quelques impairs, pour unifier et adapter initialement le délai de 3 mois pour la Nouvelle-Calédonie, aujourd'hui... abrogé (décret n° 2010-1562 du 14 décembre 2010 - art. 6).

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 ». On pouvait supposer, au moins à partir de 2009, que le texte national était applicable aux communes, alors que la pratique était souvent indécise.

Le délai de formation d'une décision implicite est ainsi resté initialement de quatre mois, comme auparavant pour les administrations locales, et de deux mois pour l'État. Il a fallu une intervention du juge pour harmoniser après diverses jurisprudences hésitantes et contradictoires : par une décision du Conseil d'État n° 358810 du 5 février 2014, Société Le Nickel, l'État a été jugé compétent, au nom de la procédure administrative contentieuse, pour déterminer le régime des décisions implicites émises par les collectivités de Nouvelle-Calédonie. Et ces décisions naissent au terme d'un délai de deux mois (et non plus de quatre mois)³⁴.

Ces décisions implicites des administrations locales sont nécessairement des décisions de rejet. En effet, comme le note le juge, « *l'article 41 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations n'a pas rendu applicables, pour le reste, en Nouvelle-Calédonie, les dispositions de la loi relatives aux décisions implicites* ».

La même décision du Conseil d'État règle la question de l'accusé réception de ces mêmes administrations locales, sans possibilité de la rattacher à la procédure administrative contentieuse : « *en revanche, l'article 19 de la loi du 12 avril 2000, qui conditionne l'opposabilité des délais de recours à la transmission à l'auteur d'une demande d'un accusé de réception comportant les indications prévues par le décret visé ci-dessus du 6 juin 2001, n'est applicable que dans les limites prévues par l'article 41 de la loi* [c'est-à-dire aux seules administrations de l'État et à leurs établissements publics] ». Ni les provinces, ni la Nouvelle-Calédonie, ni leurs établissements publics ne sont assujettis à l'obligation d'accusé réception. Elles peuvent néanmoins s'y soumettre par leur propre volonté en en délibérant. Cela ferait trois réglementations provinciales potentiellement applicables, ainsi que celle de la Nouvelle-Calédonie, pour un petit pays de 260 000 habitants. Pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ? D'une façon générale, les provinces ne réglementent leurs procédures administratives que par secteur (aides scolaires, expropriations, classement, etc.) et ne s'aventurent pas dans l'élaboration de règles abstraites. Le plus habile, et de fait pratiqué, est de laisser au juge administratif le soin d'en fixer les règles par les principes généraux du droit.

La parution du Code des relations entre le public et l'administration par l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015, et publiée pour information au JONC du 17 novembre 2015³⁵, a-t-elle changé la donne ? Elle ne la change pas fondamentalement, mais la clarifie.

34. « *Que ces règles, qui ont pour objet de permettre la saisine du juge administratif en cas de silence de l'administration sur une réclamation, relèvent de la procédure administrative contentieuse et sont donc applicables de plein droit aux requêtes présentées devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie ; qu'est à cet égard sans incidence la circonstance que les dispositions édictées par l'État relatives aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ne sont applicables de plein droit qu'aux administrations de l'État et de ses établissements publics et que l'article 41 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations n'a pas rendu applicables, pour le reste, en Nouvelle-Calédonie, les dispositions de la loi relatives aux décisions implicites* ». AJDA 2014 p. 1436.

35. Article 6-1 V. de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 : *Les dispositions législatives et réglementaires applicables en Nouvelle-Calédonie sont publiées, pour information, au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie*.

Ce qui va sans dire va mieux en le disant.

Le projet d'un Code des relations entre le public et l'administration remonte à 1990, mais il a rencontré de nombreuses difficultés quant à son périmètre. La loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens a autorisé le Gouvernement à adopter par ordonnance, avant la fin de l'année 2015, en ce qui concerne sa partie législative, et par décret pour la partie réglementaire, un tel projet de code. Ce code est centré sur la procédure administrative non contentieuse. La loi organique ne confiant pas au Congrès de la Nouvelle-Calédonie une compétence générale sur la procédure (en dehors de la procédure civile de l'art. LO. 22), chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie ou aux communes, en application de l'article LO. 20. L'essentiel des dispositions du Code ne trouve ainsi pas à s'appliquer à la Nouvelle-Calédonie et aux provinces, sous la réserve des dispositions applicables de plein droit³⁶. Pour ces administrations locales, le Code dédie un chapitre III du titre VI du Livre V qui contient en positif les quelques dispositions applicables à la Nouvelle-Calédonie, à ses provinces et aux organismes et personnes placés sous leur contrôle à l'article L. 563-1 et suivants (pour l'essentiel, le droit à l'information et à la communication des documents administratifs).

À l'opposé, le Code, sous de nombreuses réserves d'applicabilité, est destiné à régir les relations avec les administrés de l'État et celles des communes et leurs établissements publics, dans la mesure où l'organisation des communes n'a pas à ce jour été transférée à la Nouvelle-Calédonie³⁷, ainsi que le mentionne son article L. 562-1 :

Article L. 562-1 CRPA : *En application de l'article 6-2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, les dispositions législatives et réglementaires du présent code sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie aux relations entre le public, d'une part, et l'État, les communes et leurs établissements publics, d'autre part, sous la seule réserve des adaptations prévues au présent titre.*

Le Code, sous de nombreuses réserves d'applicabilité, est également destiné à régir les relations avec les administrés de l'État et celles des autres personnes morales de droit public ou des organismes publics ou privés chargés d'une mission de service public en relevant :

Article L. 562-3 CRPA : *Les dispositions du livre I^{er} mentionnées dans la colonne de gauche du tableau ci-après sont applicables en Nouvelle-Calédonie aux relations entre le public, d'une part, et les organismes et personnes de droit public et de droit privé, autres que les établissements publics, chargés par l'État et les communes d'une mission de service public administratif et, le cas échéant, industriel et commercial, d'autre part, dans leur rédaction indiquée dans la colonne de droite du même tableau.*

36. Article L. 561-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

37. Point 3.1.2. de l'Accord de Nouméa et article 27 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999.

Tous ces développements doivent sans doute laisser un goût amer au lecteur et plus encore au citoyen, qui se sent abandonné au bord de la route de la complexité administrative. Du temps où la jurisprudence du Conseil d'État régnait en maître par l'énoncé des principes généraux du droit, on en dénonçait la tyrannie et le caractère incertain. Avec la technologie de l'Internet, la codification s'est imposée ; le droit administratif n'y pas échappé, mais on en dénonce la complexité et les modifications incessantes. Si l'administration a certainement pêché par défaut de pédagogie et de communication dans la vulgarisation de ces codes, l'accès au droit a progressé.

Le Conseil constitutionnel a pourtant consacré un principe de clarté de la loi comme exigence constitutionnelle découlant de l'article 34 de la Constitution³⁸. L'objectif voisin de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ces exigences constitutionnelles imposent que les dispositions législatives soient formulées de manière « suffisamment précises » et ne soient pas équivoques³⁹. Toutefois, le Conseil constitutionnel a clairement énoncé également, par un subtil équilibre, que le rôle de l'autorité juridictionnelle n'avait pas à être amoindri⁴⁰.

On empruntera une conclusion à Alexandre Flükiger⁴¹ : « *L'idée de lois claires, tout à la fois lisibles et précises, est un idéal chaque fois revendiqué mais jamais atteint. Parfaitement précise et prévisible, la loi deviendrait terriblement lourde et compliquée ; légère et simple, la réalité la rattraperait rapidement, car la complexité évitée se reporterait immédiatement sur les textes d'application, sur la jurisprudence et la pratique. Aucune solution définitive ne peut être apportée à cette problématique. Les deux faces de la clarté sont condamnées à s'opposer. Afin d'éviter d'être charrié de Charybde en Scylla, le législateur n'a d'autre moyen que d'opter pour une voie médiane et de pondérer ces deux objectifs. La clarté naît donc de l'équilibre entre ses deux facettes, et non pas de la poursuite naïve et aveuglante d'une lisibilité ou d'une précision qui seraient chacune poussée à l'extrême. Francis Bacon était déjà parvenu à cette conclusion il y a plus de trois siècles, concisément et précisément : l'obscurité dans l'expression des lois vient ou de ce qu'elles sont trop verbeuses, trop bavardes, ou au contraire de leur excessive brièveté* ».

38. Conseil constitutionnel, décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

39. Conseil constitutionnel, décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

40. Conseil constitutionnel, décision n° 2004-509 DC, Loi de programmation pour la cohésion sociale. On se reportera à Elise Besson, Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/BESSON.pdf>

41. Alexandre Flükiger, Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21, janvier 2007.

DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE⁴²

VEILLE JURIDIQUE - NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Délibération de la province Sud n° 33-2016/APS du 16 septembre 2016 instituant le dispositif de soutien à la politique publique agricole provinciale (DISPPAP) - Réforme du Code des aides pour le soutien de l'économie en province Sud

[http://www.juridoc.gouv.nc/JuriDoc/JdJonc.nsf/0/6840D9E3C96E2CE34B2580800010746F/\\$File/9345.pdf?OpenElement](http://www.juridoc.gouv.nc/JuriDoc/JdJonc.nsf/0/6840D9E3C96E2CE34B2580800010746F/$File/9345.pdf?OpenElement)

Il existe schématiquement trois modes d'intervention publique sur l'économie. Il peut s'agir d'abord de collaboration avec le marché, dans laquelle l'administration recherche des partenaires en vue de satisfaire ses propres besoins en biens et en services, ou en vue de satisfaire la demande de la population (délégation de services publics, marchés publics ...). Il peut s'agir ensuite d'intervention directe, où cette fois l'administration devient elle-même opérateur public, en exploitant une activité économique de production de biens ou de services marchands (entreprises publiques, établissements publics industriels et commerciaux ...). Il peut s'agir enfin d'intervention indirecte. L'administration est alors en position d'autorité extérieure au marché ; elle cherche à le contrôler, l'orienter, le soutenir, le contraindre, ou encore le modeler.

Ces trois modes sont combinés dans tous les pays à des degrés divers et selon une logique propre, qui sont fonction des croyances dans le libéralisme économique. La France est historiquement un État interventionniste faisant une large place à la puissance publique. Toutefois, depuis quelques décennies, l'influence conjuguée de l'intégration européenne et de la mondialisation transforment son modèle sans néanmoins en changer la nature profonde.

A contrario, la Nouvelle-Calédonie, qui ne fait pas partie de l'Espace économique européen, est régie par une autre rationalité qui rappelle un peu la situation française d'après-guerre. Dit autrement, et compte tenu notamment de son insularité, de son éloignement, et de la petite taille de son marché, le territoire est soumis à une forte intervention publique dans le secteur marchand. Ainsi « l'économie mixte » calédonienne tient une place de choix qui dénote dans le contexte métropolitain. Le Conseil constitutionnel paraît favoriser ce particularisme local en interprétant largement les limites à la liberté d'entreprendre, comme l'affaire des *Établissements Bargibant* a pu le démontrer⁴³. Les exemples de cette spécificité calédonienne sont nombreux ; le plus évident étant sûrement l'existence de sociétés d'économie mixte (SEM) puissantes, surtout au niveau des provinces pour le développement économique (Promosud, Nord Avenir, Sofinor, Sodil)⁴⁴.

Un autre versant peut-être moins connu de la singularité calédonienne, qui relève non comme les SEM de l'intervention économique directe mais indirecte, renvoie aux aides financières mises à disposition des entrepreneurs. Ainsi existe-t-il, pour chacune des trois provinces, un

42. Manuel Tirard, *Maître de conférences en droit public, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, membre du Larje*.

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

44. Art. 212 de la loi organique du 19 mars 1999. D'autres sociétés d'économie mixte existent aux niveaux du territoire (par ex. la SIC ou Enercal) et des communes calédoniennes.

Code répertoriant par le menu toutes les aides et subventions disponibles. Le plus souvent, après un chapitre sur l'économie générale, figurent d'autres développements sur les secteurs des services (dont le tourisme), de la pêche, ou encore de l'agriculture. Les montants en jeux sont importants. Selon les dernières statistiques de l'ISEE, sur les cinq années 2011-2015⁴⁵, c'est en moyenne un peu plus d'un milliard de francs qui fut alloué chaque année par l'ensemble des provinces, à peu près à parts égales entre elles trois en 2015.

La province Sud a réformé ce dispositif par une délibération n° 43-2011/APS du 22 décembre 2011 instituant le *Code des aides pour le soutien de l'économie en province Sud*. Si quelques changements mineurs ont été votés depuis 2011, un secteur a récemment subi un substantiel *lifting*, celui de l'agriculture. En effet, fort de la volonté de la plus peuplée des trois provinces d'accroître - voire d'atteindre - l'autosuffisance alimentaire, un ambitieux programme de réformes a été validé⁴⁶. En parallèle de mesures déjà prises par la Nouvelle-Calédonie, notamment en 2016 la réforme des baux ruraux⁴⁷, le levier provincial principal consiste en une transformation en profondeur du Code des aides dans sa partie consacrée à la ruralité. Celui-ci a fait l'objet d'une *délibération de la province Sud n° 33-2016/APS du 16 septembre 2016 instituant le dispositif de soutien à la politique publique agricole provinciale (DISPPAP)*⁴⁸, qui abroge expressément la partie du Code de 2011 sur l'économie rurale⁴⁹.

En pratique, la procédure reste la même en ce qu'elle est basée sur la nécessité pour un entrepreneur d'obtenir un agrément préalable de la province, passant matériellement par un dossier à remplir. Les changements de fond sont cependant réels. Si les aides existantes sont souvent pérennisées dans leur principe (« aides reconduites »), et parfois réformées dans leurs conditions d'attribution et / ou leur ampleur financière (« aides modifiées »), beaucoup d'autres sont par ailleurs mises en place (« aides nouvelles »). Ainsi en va-t-il par exemple pour les premières des aides à la formation ou à l'emploi, pour les secondes des aides aux études ou à la création d'exploitation agricole, pour les troisièmes, enfin, de celles pour l'extension de ces exploitations, la diversification de l'activité agricole, la promotion de l'agriculture familiale ou encore les améliorations foncières et techniques⁵⁰.

En définitive, et au-delà de la constatation de ces évolutions, c'est leur efficacité qui devrait être mieux évaluée. En effet, s'il est évident que les spécificités du marché calédonien appellent des réponses propres difficilement transposables de Métropole, encore faut-il prouver que les bénéfices ne dépassent pas les importants investissements effectués. Aussi faudrait-il effectuer un calcul coûts / bénéfices de ces aides financières, comme pour d'autres dispositifs tels que la défiscalisation, qui relève pareillement d'une intervention économique indirecte en ce qu'elle permet de soutenir l'économie tout en diminuant les recettes fiscales. Cela semble particulièrement nécessaire dans le contexte budgétaire de plus en plus contraint des finances publiques calédoniennes.

45. V. www.isee.nc, rubrique « aides au développement économique ».

46. V. <http://www.province-sud.nc/PPAP>

47. V. en détails M. Buchberger, *Cahiers du Larje*, n° 2016-3, oct. 2016, p. 25.

48. JONC, 1^{er} décembre 2016, p. 12612.

49. Art. 114 de la délibération : « sont abrogées (...) les dispositions de la partie III relatives à l'économie rurale de la délibération n° 43-2011/APS du 22 décembre 2011 instituant le Code (...) ». Abrogation « à l'exception du chapitre VIII intitulé 'Aides à la délocalisation d'activités agricoles' du titre II du livre II et du titre III intitulé 'Aides au boisement et à la sylviculture' du livre II ».

50. V. *Schéma de développement agricole provincial à l'horizon 2025*, nov. 2016, p. 104 ; publié au JONC précité, p. 12729. Attention toutefois, ce tableau répertorie la majorité mais pas l'entièreté des aides prévues par le *Code des aides pour le soutien de l'économie en province Sud*.

DROIT CONSTITUTIONNEL⁵¹

ÉCLAIRAGE JURIDIQUE - LIBRE PROPOS

Le corps électoral provincial en Nouvelle-Calédonie : avancer dans la résolution d'un dilemme démocratique

Le droit de vote en Nouvelle-Calédonie obéit à des règles très spécifiques en droit français, découlant de l'introduction d'une citoyenneté calédonienne à l'intérieur de la citoyenneté française. Ainsi, en application de l'Accord de Nouméa de mai 1998, seuls les citoyens calédoniens peuvent participer aux scrutins des assemblées des trois provinces, qui déterminent ensuite par ricochet la composition du Congrès, organe prenant des actes juridiques à valeur législative, les « lois du pays ». Ce corps électoral spécial est précisé à l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999⁵². Les autres Français sont des « résidents », seulement habilités à voter aux élections nationales (présidentielles, législatives ...) et municipales⁵³. Cette situation singulière est prévue par la Constitution à son Titre XIII « Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie », et déroge à son article 3 selon lequel : « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ».

Il ne s'agit pas ici de revenir sur cette situation déjà connue, validée par les juges⁵⁴ et documentée par la doctrine⁵⁵, notamment suite au « gel » de ce corps électoral provincial au 8 novembre 1998 par une modification de la Constitution en 2007. Il sera plutôt question, dans un premier temps, de la compléter, spécialement par une illustration financière importante et, dans un second temps, d'envisager des évolutions compte tenu des échéances à venir.

Sur le premier aspect, il est évident que la restriction du corps électoral inhérente à la citoyenneté calédonienne interroge la représentation politique des résidents français sur ce territoire du Pacifique, à savoir aujourd'hui environ 13% des inscrits sur la liste générale, soit 25 000 personnes⁵⁶. Un problème démocratique apparaît clairement, auquel il est nécessaire d'ajouter un versant fiscal et financier. En effet, eu égard à la très large autonomie financière de la Nouvelle-Calédonie, cette catégorie de la population participe activement aux finances publiques du

51. Manuel Tirard, *Maître de conférences en droit public, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, membre du Larje*. La synthèse ici publiée sera largement détaillée dans un article de l'auteur à paraître au début de l'année 2018 dans les *Mélanges en l'honneur d'É. Zoller* (Dalloz).

52. LO n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*. Le cas problématique concerne essentiellement le b), i.e. les personnes « inscrites sur le tableau annexe et domiciliées depuis dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection au congrès et aux assemblées de province ». Cette restriction se double d'un autre corps électoral (dit de « sortie », art. 218 de la LO), celui permettant de voter pour le(s) référendum(s) sur la pleine souveraineté, qui ne recoupe pas totalement le premier.

53. Pour l'instant en tout cas, puisqu'il est prévu la possibilité de « calédoniser » le statut des communes.

54. Notamment par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), *Py c. France*, 11 jan. 2005, qui semble avoir accepté cette situation à titre temporaire compte tenu des échéances référendaires.

55. Parmi d'autres v. M. Chauchat, *La citoyenneté calédonienne*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, 2008. Pour une critique v. O. Gohin, *Quand la République marche sur la tête*, AJDA, 2007, p. 800.

56. V. sur www.isee.nc, et taper « listes électorales ».

territoire sans être représentée au Congrès qui adopte les lois fiscales et financières applicables⁵⁷. Le consentement à l'impôt et la démocratie financière sont donc également mis à mal. Sur le second aspect, compte tenu des prochains enjeux électoraux (référendum d'auto-détermination de 2018 et provinciales de 2019), que faire de cette situation d'exclusion des résidents si les Calédoniens décident de rester « dans la France »⁵⁸ ? Certains évoquent un retour à la situation antérieure à 1998, donc le vote généralisé. à l'inverse, d'autres défendent un maintien en l'état des dispositions de l'Accord de Nouméa, en application de l'irréversibilité visée par son point 5, al. 5, et de la logique de décolonisation du texte impliquant un arrêt du peuplement⁵⁹. Dès lors, le gel du corps électoral provincial depuis fin 1998 se poursuivrait au-delà de vingt ans de présence. Il semble toutefois qu'il pourrait s'agir là de deux positions trop radicales. Il est ce faisant possible, au-delà des postures, d'envisager des évolutions. Cela implique de chercher une voie de compromis tentant de résoudre le dilemme démocratique ici évoqué. Pour ce faire, il faudrait à la fois respecter le principe voulant que tous les nationaux français votent aux élections dans la République, tout en le conciliant avec un évident particularisme calédonien nécessitant des adaptations substantielles. La résolution de cette équation politique et juridique pourrait être nourrie par la solution suivante, qui serait elle-même incluse dans un nouveau statut pour le territoire - Nouméa II - conservant mais rénovant les aspects de Nouméa I 1998. Le droit de vote aux scrutins territoriaux pourrait dans ce cadre être l'objet des deux adaptations cumulatives suivantes. Une première consisterait à rouvrir un minimum l'acquisition de la citoyenneté calédonienne, en l'associant avec une seconde permettant en plus aux résidents français de voter et donc d'être représentés, mais de façon moins que proportionnelle.

Sur la première solution, il s'agirait d'abord et a minima d'autoriser tous les jeunes nés en Nouvelle-Calédonie après fin 1998 à acquérir sa citoyenneté à leur majorité, sous réserve d'y avoir séjourné de manière continue. Sans résoudre tous les problèmes, cela permettrait au moins de rompre avec le droit du sang, puisqu'il faut à l'heure actuelle au moins un parent calédonien pour devenir citoyen. Dans le même objectif, et en particulier pour les conjoints de citoyens calédoniens, pourquoi ne pas discuter d'une accession à cette citoyenneté sous réserve d'avoir passé sur place un certain temps ? Il pourrait être proposé de partir du délai de dix ans déjà connu et prévu depuis 1998, quitte à l'augmenter, et d'y associer des éléments restrictifs effectifs : preuve d'une installation - familiale - sans interruption, de ressources financières, d'une activité professionnelle stable ... Il resterait bien évidemment à faire accepter ce qui sera conçu par certains comme un retour en arrière si ce corps électoral (re)devenait glissant, ce qui serait à discuter ; d'où l'intérêt d'inclure cette solution dans un compromis plus global : pérennisation des transferts de l'état, garanties sur l'effectivité de l'emploi local, voire accès encadré à la propriété immobilière sur le modèle polynésien⁶⁰.

En tout état de cause, cette solution ne serait pas à elle seule entièrement satisfaisante, car elle

57. Les résidents y participent d'autant plus que, au moins pour certains d'entre eux, et notamment les fonctionnaires d'État délégués ou détachés sur place, ils ont des revenus élevés (indexation, primes).

58. Après possiblement trois consultations successives. Si, à l'opposé, l'indépendance était choisie, il ne serait plus problématique d'avoir des droits électoraux différents puisqu'une nouvelle nationalité (et citoyenneté) naîtrait(en)t en dehors de la France. La solution la plus couramment évoquée dans cette optique est celle de « l'indépendance-association », autrement dit une pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie suivie par le transfert consenti de certaines missions à la France, comme cela se pratique ailleurs dans le Pacifique (notamment entre les Îles Cook et la Nouvelle-Zélande).

59. V. à ce sujet les différents textes de l'ONU sur le droit international de la décolonisation.

60. V. l'art. 19 de la LO n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*.

exclurait toujours une partie de la population française, tout autant qu'elle serait juridiquement hasardeuse eu égard à la position de la Cour européenne des droits de l'Homme dans un nouveau contexte post référendaire⁶¹. Voilà pourquoi il pourrait être pertinent de la compléter par une représentation des résidents français, toujours définis comme non citoyens calédoniens, mais qui serait non proportionnelle à leur poids démographique. Si présentement plus de 13% des personnes inscrites en Nouvelle-Calédonie sur la liste électorale générale ne peuvent voter aux scrutins du territoire, il est très complexe de distinguer en fonction de leur date d'arrivée, très ancienne - début 1999 - ou très récente - fin 2016. Quoi qu'il en soit, les résidents pourraient se voir « réserver » l'élection de deux sièges au Congrès, autrement dit moins de 5% des 54 sièges que compte aujourd'hui cette assemblée. Ils seraient ainsi représentés à travers leurs suffrages exprimés, respectant les principes démocratiques, mais de manière moins que proportionnelle par le biais d'un collège électoral spécifique, permettant un accommodement desdits principes avec la réalité calédonienne. Ce scrutin débouchant sur une représentation forfaitaire des résidents paraît d'autant plus pertinent que celle-ci serait même compatible avec la logique du gel du corps électoral provincial.

Dans le Pacifique Sud, des pays avec des sociétés divisées ou plurielles ont justement adopté des mécanismes qui démontrent la possibilité d'utiliser le système électoral dans une optique de refléter la diversité des communautés au Parlement (Nouvelle-Zélande, Fidji, Samoa occidentales ...)⁶². Bien sûr beaucoup de points resteraient à affiner. En particulier, et sans parler des aspects politiques qui seraient à envisager dans le nouveau contexte du rejet de la pleine souveraineté qui est l'objet de ces lignes, *quid* de ce nouveau collège électoral singulier pour les résidents et de sa représentation aux trois provinces, puisqu'à l'heure actuelle la composition du Congrès découle directement des provinciales ? Nonobstant ces difficultés, il s'agit là d'une piste possible, sans en négliger d'autres⁶³ et sans prendre parti sur l'avenir du territoire, pouvant permettre une sortie « par le haut » pour toutes les personnes ouvertes à l'indispensable compromis calédonien.

61. V. *supra* note 4.

62. V. E-P. Guiselin, Les régimes électoraux des assemblées parlementaire du Pacifique sud : entre 'Pacific way' et standards occidentaux, in E-P. Guiselin et M. Joyau (dir.), États et Constitutions du Pacifique sud, *Revue Juridique Polynésienne*, Hors-Série n° XI, 2010, chap. 6, p. 183-228, et p. 201 et s. sur les collèges électoraux spécifiques et pluriels.

63. Notamment celle de l'État-associé à la France visée *supra* note 8. Encore faudrait-il en faire la pédagogie ; or, en l'état, cette solution paraît surtout vue par les non-indépendantistes comme une indépendance déguisée.

DROIT CONSTITUTIONNEL DE L'ENVIRONNEMENT⁶⁴

ÉCLAIRAGE JURIDIQUE – LIBRE PROPOS

La mise en œuvre de la Charte constitutionnelle de l'environnement en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française

La Charte de l'environnement de 2004 a été intégrée au bloc de constitutionnalité par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005⁶⁵. Avec cette loi constitutionnelle, ce texte fait désormais du législateur national le garant de la préservation de l'environnement⁶⁶. Composée de dix articles, les dispositions de trois d'entre eux renvoient au législateur le soin de préciser les « conditions et limites » de leur mise en œuvre. Il s'agit des articles 3 et 4 relatifs au devoir de prévention et de réparation des atteintes à l'environnement et de l'article 7 concernant le droit d'information et de participation à l'élaboration des décisions d'incidence environnementale⁶⁷. La valeur constitutionnelle de l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte a été largement reconnue, notamment par le Conseil d'État en 2008⁶⁸. Ses dispositions s'imposent de ce fait aux pouvoirs publics dans leur domaine de compétences respectifs.

Statuant sur la conformité à la Constitution de la loi relative aux organismes génétiquement modifiés, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur les conditions de mise en œuvre de l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004. Il précise ainsi que « *ces dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ; qu'il ressort de leurs termes mêmes qu'il n'appartient qu'au législateur de préciser « les conditions et les limites » dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ; que ne relèvent du pouvoir réglementaire que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur*⁶⁹ »

64. Margot Uzan-Marcusche, Doctorante en droit à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

65. Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000790249>

66. Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019241018&cidTexte=LEGI TEXT000006071194>

67. Articles 3, 4 et 7 de la Charte de l'environnement de 2004 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/charte-de-l-environnement-de-2004.5078.html>

68. Conseil d'État n° 297931 publié au recueil Lebon Commune d'Annecy 3 octobre 2008 : « *que ces dernières dispositions (celles de l'article 7), comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ;* » <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000019590157>

69. Conseil Constitutionnel - Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 Considérant 49 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-2008-564-dc-du-19-juin-2008.12335.html>

Aucune collectivité locale ne disposant concomitamment ni en Nouvelle-Calédonie ni en Polynésie française du pouvoir législatif et de la compétence environnementale, comment dans le contexte institutionnel et juridique de ces deux collectivités les dispositions des articles 3, 4 et 7 de la Charte seront-elles précisées sur les territoires calédonien et polynésien ?

En Nouvelle-Calédonie, la compétence environnementale est détenue par les provinces détentrices de la compétence de principe depuis 1988⁷⁰ mais seulement dotées d'un pouvoir réglementaire⁷¹ tandis qu'en Polynésie française la compétence environnementale appartient à l'autorité détentrice de la compétence de principe⁷² qui ne dispose pas d'un pouvoir législatif. Alors que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie dispose d'un véritable pouvoir législatif se traduisant par la faculté d'adopter des lois du pays⁷³, la Polynésie française ne dispose que d'un pouvoir « quasi-législatif » lui permettant d'adopter des actes de nature réglementaire dans le domaine de la loi nationale énuméré à l'article 34 de la Constitution française⁷⁴.

Des réponses pour le moins insatisfaisantes ont été apportées par la jurisprudence s'agissant de la mise en œuvre de la Charte de l'environnement dans ces collectivités situées outre-mer.

Le Conseil d'État s'est prononcé sur la mise en œuvre de l'article 7 de la Charte de l'environnement en Polynésie française s'agissant de l'adoption d'une loi du pays portant modification du titre 8 du livre I^{er} de la première partie du code de l'aménagement de la Polynésie française relatif aux plans de prévention des risques naturels. Le Conseil⁷⁵ précise que ces plans de prévention constituent des décisions publiques susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement et qu'à ce titre, les conditions et limites du droit d'information et de participation aux décisions publiques d'incidence environnementale pouvaient être définies par l'assemblée de la Polynésie française, en contradiction du renvoi au législateur préconisé par le constituant. Un texte de valeur constitutionnelle peut donc être mis en œuvre par une autorité uniquement détentrice d'un pouvoir réglementaire. Cette solution se comprend aisément au regard du statut juridique de la Polynésie. L'assemblée de la Polynésie française n'est en effet dotée que d'un pouvoir réglementaire intervenant dans le domaine de la loi nationale fixé à l'article 34 de la Constitution. Adopter une solution différente aurait eu pour conséquence d'empêcher toute application de l'article 7 de la Charte de l'environnement en Polynésie française, l'État n'y étant plus compétente en matière environnementale⁷⁶.

70. Article 7 loi référendaire n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998. Article 20 loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie

71. Depuis la loi cadre Defferre du 23 juin 1956 sur les réformes et l'évolution de l'outre-mer et son décret d'application en Nouvelle-Calédonie du 22 juillet 1957, les provinces sont dotées d'un pouvoir réglementaire

72. Article 13 loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française

73. Article 99 loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie

74. Article 140 loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française

75. CE, 13 février 2015, n° 384447. Considérant 2 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETA-TEXT000030236204>

76. V. Carine David Maître de Conférences en droit public Habilitée à diriger des recherches (HDR) Université de la Nouvelle-Calédonie Directrice du Master Droit & Management dans l'environnement calédonien Membre du LARJE « La fixation des « conditions et limites » du droit de participation en matière environnementale en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie » Revue juridique de l'environnement 2015/4 (Volume 40).

Transposer ce raisonnement en Nouvelle-Calédonie n'est pas opportun étant donné que l'assemblée délibérante de Nouvelle-Calédonie est dotée d'un véritable pouvoir législatif.

Alors que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie est détenteur d'un pouvoir législatif et qu'il est ponctuellement compétent en matière environnementale, la Cour administrative d'appel de Paris a rendu un arrêt étonnant le 12 février 2015⁷⁷, la veille de l'arrêt rendu par le Conseil d'État s'agissant de la situation polynésienne.

Dans trois affaires jugées par le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, les associations Ensemble Pour La Planète (EPLP) et Union Fédérale des Consommateurs (UFC) Que Choisir de Nouvelle-Calédonie⁷⁸ avaient saisi le juge d'un recours pour excès de pouvoir dirigé à l'encontre des articles 63 et 65 d'une délibération territoriale du 14 août 2012⁷⁹ relative aux conditions d'autorisation, d'importation, de détention, de mise sur le marché et d'utilisation des substances et produits phytosanitaires à usage agricole en Nouvelle-Calédonie, au motif que cette délibération avait été, en outre, adoptée en violation des dispositions de l'article 7 de la Charte de l'environnement⁸⁰. Le tribunal ayant annulé les articles 63 et 65 de ladite délibération, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a saisi la Cour administrative d'appel de Paris afin d'obtenir l'annulation du jugement. S'agissant de l'absence de participation du public à l'élaboration de la délibération litigieuse, la Cour rejette la prétention de l'association de protection de l'environnement et refuse d'appliquer les dispositions de l'article 7 à la délibération en cause, au motif que ce texte n'aurait pas d'effet direct. Elle décide en effet que l'article 7 de la Charte de l'environnement ne peut être mis en œuvre en Nouvelle-Calédonie du fait de son renvoi exprès à la compétence du législateur pour définir les conditions et limites du droit de participation du public aux décisions d'incidence environnementale⁸¹.

Quelques mois plus tard, saisi d'une demande d'avis portant sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces en matière de mise en œuvre des principes d'accès du public à l'information environnementale et de participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, le Conseil d'État⁸² précise que les collectivités locales de Nouvelle-Calédonie sont compétentes, chacune dans leurs domaines de compétences, pour fixer les « conditions et limites » d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Rejoignant la décision prise en 2015 s'agissant de l'application de cette même disposition constitutionnelle en Polynésie française, le Conseil d'État est d'avis que

77. Cour administrative d'appel de Paris N° 13PA03697 Inédit au recueil Lebon lecture du jeudi 12 février 2015

78. Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie Affaires n° 1400148, 1400158, 1400291, 1400292, 1400349, 1400354 du 16 décembre 2014

79. Délibération n° 217 du 14 août 2012 relative aux conditions d'autorisation, d'importation, de détention, de mise sur le marché et d'utilisation des substances et produits phytosanitaires à usage agricole, JONC n° 8818 du 27 août 2012, p. 6343 et s.

80. Affaire 1400349, 1400354 « L'association EPLP soutient que l'arrêté est pris sur le fondement de la délibération du 14 août 2012 qui est entachée d'illégalité ; la délibération viole l'article 7 de la Charte de l'environnement dans la mesure où elle a été adoptée sans aucune procédure de participation du public ». Affaire 1400291, 1400292 « L'association UFC Que Choisir soutient que l'arrêté est pris sur le fondement de la délibération du 14 août 2012 qui est entachée d'illégalité ; la délibération viole l'article 7 de la Charte de l'environnement dans la mesure où elle a été adoptée sans aucune procédure de participation du public »

81. Considérant 15 Cour administrative d'appel de Paris 12 février 2015

82. Conseil d'État Section des travaux publics n° 390000 Extrait du registre des délibérations 19 mai 2015-Avis non publié

les conditions et limites du droit d'information et de participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement peuvent être définies par la voie réglementaire en Nouvelle-Calédonie.

La portée de la décision est d'autant plus grande et inquiétante que le Conseil d'État prévoit que les réglementations provinciales de Nouvelle-Calédonie peuvent être appliquées à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie en cas de carence de ces derniers dans la mise en œuvre de l'article 7 de la Charte.

Cette solution, dont la conformité au droit constitutionnel peut être discutée, a été reprise par la Cour administrative d'appel de Paris dans un arrêt du 12 mai 2016⁸³ où elle statue sur la modification d'une délibération relative aux teneurs maximales en résidus de pesticides admissibles sur ou dans certains produits d'origine végétale. Selon l'association demanderesse la délibération aurait été modifiée en violation de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Revenant complètement sur ce qu'elle affirmait en 2015, et reprenant l'avis du Conseil d'État susmentionné, la Cour décide en 2016 que les autorités locales de la Nouvelle-Calédonie sont compétentes chacune dans leurs domaines de compétence, pour fixer les conditions et limites du droit d'information et de participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement et garanti par l'article 7 de la Charte de l'environnement. Selon les termes de la Cour, « *la mise en œuvre de ces dispositions relève d'une délibération lorsqu'elle intervient dans un domaine qui ne ressortit pas à celui des lois du pays tel qu'il est défini par l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999*⁸⁴ ».

Non seulement ces décisions ne semblent pas conformes au droit constitutionnel en ce sens qu'elles préconisent que des autorités détentrices d'un pouvoir réglementaire peuvent définir des dispositions de valeur constitutionnelle, mais elles ne prennent pas la mesure de la nécessité d'envisager une modification de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie.

En effet les problématiques soulevées par la mise en œuvre de l'article 7 de la Charte de l'environnement en Nouvelle-Calédonie auraient pu être l'occasion pour les juridictions de soulever la problématique que pose l'exercice de la compétence environnementale en Nouvelle-Calédonie. Par ailleurs, et si la jurisprudence étudiée est relative à la mise en œuvre de l'article 7 de la Charte de l'environnement, le raisonnement adopté par les juridictions peut tout à fait être transposé aux articles 3 et 4 de ce même texte. Qu'en sera-t-il de la mise en œuvre des devoirs de prévention et de réparation des atteintes à l'environnement en Nouvelle-Calédonie ?

Modifier les dispositions de la loi organique statutaire relatives à l'exercice de la compétence environnementale en Nouvelle-Calédonie en l'attribuant par principe au législateur local permettrait à la fois de les rendre conformes à la Constitution tout en dénouant les problématiques induites par la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles de la Charte de l'environnement qui renvoient au législateur le soin de les mettre en œuvre.

83. Cour administrative d'appel Paris N° 13PA04101 Inédit au recueil Lebon 1ère chambre lecture du jeudi 12 mai 2016 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000032528879>

84. Considérant 13 Cour administrative d'appel Paris 12 mai 2016

TABLE DE MATIÈRES

2	AVANT-PROPOS
3	LES AUTEURS DU CAHIER
5	DROIT EXTRAPATRIMONIAL DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE
11	DROIT COUTUMIER – FILIATION
14	CONFLITS INTERNES DE NORMES
16	DROIT DU TRAVAIL
23	DROIT DES AFFAIRES
30	DROIT DE L'ACHAT PUBLIC
37	DROIT ADMINISTRATIF – PROCÉDURE ADMINISTRATIVE
47	DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE
49	DROIT CONSTITUTIONNEL
37	DROIT CONSTITUTIONNEL DE L'ENVIRONNEMENT

PRÉSENTATION DU LARJE (EA 3329)

Le Laboratoire de Recherches Économique et Juridique est le principal centre de recherche calédonien se concentrant sur le droit et l'environnement humain, économique et social insulaire. Le processus d'émancipation progressive du pays place la recherche juridique dans un contexte institutionnel inédit et soulève, pour l'analyse économique, des questions spécifiques en termes de viabilité des activités, comme de mesure des inégalités.

La problématique humaine a une importance essentielle en Nouvelle-Calédonie, au vu de l'histoire de son peuplement et de l'instabilité de ses statuts successifs. L'égalité des différents statuts civils, le rapport juridique complexe au sol, l'adaptation du droit du travail à la société océanienne, l'enchevêtrement des normes et des compétences juridiques, la question du droit constitutionnel calédonien, la citoyenneté ou encore le statut des peuples autochtones, forment des pistes de recherche particulières à la Nouvelle-Calédonie. Il est également temps de faire un bilan des Accords de Matignon (1988) et de Nouméa (1998). L'optique est de mesurer le rééquilibrage, qui est le critère essentiel d'évaluation de l'action publique.

La voie d'un développement soutenable nécessite d'assurer l'intégration de l'ensemble des communautés au système d'échanges économiques, afin d'assurer une répartition des bénéfices de la croissance et de la rente minière. En raison de l'existence des grandes réalisations industrielles, les problématiques de la mine, du nickel, de la protection de la biodiversité terrestre et maritime comme du droit de l'urbanisme et de la construction sont fortement privilégiées.

L'autre champ d'analyse proposé concerne les relations économiques de la Nouvelle-Calédonie avec la Métropole. La question des transferts financiers, au travers de l'étude des finances publiques et de la fiscalité, est essentielle. L'émancipation prévue par l'Accord de Nouméa pose la question des ressources propres que la Nouvelle-Calédonie devra générer. L'étude des réformes fiscale et monétaire découle de ce questionnement.

L'équipe entend favoriser une recherche non seulement fondamentale, mais aussi appliquée, sur les aspects économiques et juridiques des politiques locales liées aux activités humaines et industrielles en Nouvelle-Calédonie. Dans cette optique, les membres de l'équipe favorisent les ouvertures internationales par des collaborations avec les universités anglo-saxonnes de la zone, les institutions régionales (AUF, CPS, PROE) ou les agences de moyens (CNRT, GOPS).

Le **LARJE** édite une série de Working-Papers (Les Cahiers du **LARJE**), et organise régulièrement des séminaires et des manifestations nationales et internationales (Colloque sur le droit constitutionnel calédonien, colloque sur le transfert de la compétence normative en droit civil et en droit commercial, colloque sur le patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie, colloque sur le Droit de la santé récemment). Le site Web (<http://larje.univ-nc.nc>) est une source de documentation très riche, qui offre, par mots-clés, le libre accès aux résultats de la recherche, comme aux débats de société qui traversent la Nouvelle-Calédonie et l'Outre-mer.

LES MEMBRES DE L'ÉQUIPE

- **Jocelyn Bénéteau**, Maître de conférences en droit public
jocelyn.beneteau@univnc.nc
- **Christine Bidaud Garon**, Maître de conférences en droit privé HDR
christine.bidaudgaron@univnc.nc
- **Matthieu Bucheberger**, Maître de conférences en droit privé
matthieu.buchberger@univnc.nc
- **Mathieu Bunel**, Maître de conférences en Economie
mathieu.bunel@univnc.nc
- **Mathias Chauchat**, Professeur des universités, agrégé de droit public
mathias.chauchat@univnc.nc
- **Étienne Cornut**, Maître de conférences en droit privé
etienne.cornut@univnc.nc
- **Carine David**, Maître de conférences en droit public HDR
carine.david@univnc.nc
- **Marc Dumas**, Maître de conférences en gestion HDR
marc.dumas@univnc.nc
- **Jean-Florian Eschylle**, Maître de conférences en droit privé
jeanflorian.eschylle@univnc.nc
- **Samuel Gorohouna**, Maître de conférences en sciences économiques
samuel.gorohouna@univnc.nc
- **Géraldine Giraudeau**, Professeure des universités, agrégée de droit public
geraldine.giraudeau@univ-nc.nc
- **Gaël Lagadec**, Maître de conférences en sciences économiques
gael.lagadec@univnc.nc
- **Gulliver Lux**, Maître de conférences en sciences de gestion
gulliver.lux@univnc.nc
- **Nadège Meyer**, Maître de conférences en droit privé
nadege.meyer@univnc.nc
- **Catherine Ris**, Professeure en sciences économiques
catherine.ris@univnc.nc
- **Nancy Tagliarino-Vignal**, Maître de conférences en droit privé HDR
nancy.tagliarino@univnc.nc
- **Manuel Tirard**, Maître de conférences en droit public
manuel.tirard@univnc.nc



COLLOQUE INTERNATIONAL
LES 12 ET 13 JUILLET 2017
Grand amphithéâtre - Campus universitaire

UNC
UNIVERSITÉ
 de la
NOUVELLE-CALÉDONIE

**LA NOUVELLE-CALÉDONIE
 FACE À LA CRISE
 DES FINANCES PUBLIQUES**

Sous la direction scientifique de Manuel Tirard, maître de conférences en droit public
 Laboratoire de recherches juridique et économique (LARJE), UNC







CPS
 Secrétariat général
 de la Communauté
 du Pacifique

 www.unc.nc
 Facebook : Université de la Nouvelle-Calédonie
 Youtube : Université de la Nouvelle-Calédonie



LES DERNIERS CAHIERS DU LARJE

[HTTP://LARJE.UNIV-NC.NC/INDEX.PHP/CAHIERS-DU-LARJE](http://larje.univ-nc.nc/index.php/cahiers-du-larje)

Cahier n° 2017-1 : L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie, Étienne Cornut


Cahier n° 2016-3 : Veille et éclairage juridiques, Christine Bidaud-Garon

Cahier n° 2016-1 : Gouvernance des organisations et morale des affaires, Bernard Grand, Philippe Grill

Cahier n° 2016-2 : Discriminations ethniques dans l'accès au logement en Nouvelle-Calédonie, Mathieu Bunel, Samuel Gorohouna, Catherine Ris, Yannick l'Horty et Pascale Petit

Cahier n° 2015-2 : La lente transition de la réussite scolaire à la réussite professionnelle des femmes kanak en Nouvelle-Calédonie, Catherine Ris, Marie Berrah

Cahier n° 2015-1 : Le Pacifique insulaire dans le cadre d'échange multilatéral : quel accord de libre-échange pour les territoires français ? Jérémy Ellero



VEILLE ET ÉCLAIRAGE JURIDIQUES

SOUS LA DIRECTION DE CHRISTINE BIDAUD-GARON

Le statut *sui generis* de la Nouvelle-Calédonie entraîne une réelle difficulté quant à la détermination du droit applicable sur son territoire. Transfert de certaines compétences à la Nouvelle-Calédonie, maintien de la compétence de l'État français pour d'autres, adoption de nouvelles lois du pays et nouvelles jurisprudences sont autant de raisons d'être parfois hésitant.

Sans prétendre à l'exhaustivité, le Laboratoire de recherches juridique et économique (LARJE) a souhaité mettre en place un instrument destiné à assurer une veille et un éclairage juridiques matière par matière afin de contribuer à une clarification des règles applicables en Nouvelle-Calédonie.

Chaque auteur livre dans ce nouveau cahier « veille et éclairage juridiques » ses constats, ses réflexions, mais aussi ses interrogations quant au domaine dont il est spécialiste.

CHRISTINE BIDAUD-GARON

DIRECTRICE ADJOINTE DU LARJE
RESPONSABLE ET COORDINATRICE SCIENTIFIQUE
DE CE CAHIER DU LARJE