



CAHIERS DU LARJE

LARJE Laboratoire de Recherches
Juridique et Économique

VEILLE ET ÉCLAIRAGE JURIDIQUES

SOUS LA DIRECTION DE CHRISTINE BIDAUD-GARON

N° 2018-6
DÉCEMBRE 2018



N° 2018-6
DÉCEMBRE 2018

VEILLE ET ÉCLAIRAGE JURIDIQUES

SOUS LA DIRECTION DE CHRISTINE BIDAUD-GARON

VEILLE ET ÉCLAIRAGE JURIDIQUES

Le statut *su 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 l'Etat 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 cahier ses constats, ses réflexions, mais aussi ses interrogations quant au domaine dont il est spécialiste.

Christine Bidaud-Garon

*Responsable et coordinatrice scientifique
du Cahier du LARJE Veille et éclairage juridiques*

LES AUTEURS DU CAHIER « VEILLE ET ÉCLAIRAGE JURIDIQUES »



Christine Bidaud-Garon

Maître de conférences en droit privé
 Habilée 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@unc.nc



Mathilde Briard

Maître de conférences en droit privé
 Université de Bordeaux
 Enseignant-chercheur contractuel à l'Université de la Nouvelle-Calédonie en 2018
 Institut de sciences criminelles et de la justice (ISCJ)
 Domaines de spécialité : Philosophie du droit, droit des personnes et de la famille, droit et littérature.
Mathilde.briard@u-bordeaux.fr



Matthieu Buchberger

Maître de conférences en droit privé
 En délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie
 Domaines de spécialité : Droit des affaires, droit des sociétés, droit commercial, droit de la concurrence.
matthieu.buchberger@unc.nc



Mathias Chauchat

Agrégé des Facultés,
 Professeur de droit public à Université de la Nouvelle-Calédonie
 Domaines de spécialités : Droit administratif, droit de la Nouvelle-Calédonie, droit de l'Union européenne, droit comparé.
mathias.chauchat@unc.nc

**Étienne Cornut**

Professeur de droit privé à 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@unc.nc

**Géraldine Giraudeau**

Agrégée des Facultés de droit
Professeur de droit public
En délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie
Laboratoire de recherches juridique et économique – LARJE
Domaines de spécialité : Droit international public - Droit de la mer - Questions territoriales - Nouvelles technologies.

geraldine.giraudeau@unc.nc

**Nadège Meyer**

Maître de conférences en droit privé
Chercheur invité à l'Université de Montréal (Québec – Canada)
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@unc.nc

**Zohra Baccouchi**

Doctorante en droit public à L'Université de la Nouvelle-Calédonie sous la direction du Professeur Mathias CHAUCHAT
Membre du Laboratoire de recherches juridique et économique – LARJE Attachée d'administration en exercice.
Titulaire d'un 3^e cycle, une maîtrise et d'une licence en droit public (Panthéon-Sorbonne – Paris II).

DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE¹

VEILLE JURIDIQUE - NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE :

- Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=AB3FF1F254786329001CF4260253A303.tplgfr44s_2?cidTexte=JORFTEXT000037284450&categorieLien=id

Aussi attendu que critiqué, le projet de loi visant à renforcer la lutte contre les violences sexuelles et sexistes a été adopté par le parlement national. Composé de cinq articles, ce texte n'est que l'une des pièces du dispositif global de lutte contre ce type de violence que le gouvernement entend mettre en place. Il devrait être accompagné de nombreuses mesures visant à la prévention de ces violences et à l'accompagnement des victimes². En tant que texte relevant du droit pénal, il s'applique en Nouvelle-Calédonie et l'article 20 le prévoit d'ailleurs expressément. Les autres articles apportent différentes modifications relatives à la prescription et la répression des infractions sexuelles sur mineurs, aux délits de harcèlement sexuel et harcèlement moral, à la création d'une infraction d'outrage sexiste.

- Loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak
[http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/bf6beb54c697d8974b2574c200019ae8/cdf5a6ed282195a64b2582a5001e4903/\\$FILE/Loi_du_pays_2018-4_du_28-05-2018_ChG.pdf](http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdtextes.nsf/bf6beb54c697d8974b2574c200019ae8/cdf5a6ed282195a64b2582a5001e4903/$FILE/Loi_du_pays_2018-4_du_28-05-2018_ChG.pdf)

Cf. Eclairage juridique ci-dessous.

ÉCLAIRAGE JURIDIQUE – APERÇU CRITIQUE DE LA LOI DU PAYS N° 2018-4 DU 28 MAI 2018 RELATIVE AUX SUCCESSIONS DES BIENS APPARTENANT AUX PERSONNES DE STATUT CIVIL COUTUMIER KANAK

Si une réforme de la Délibération de 1980³, portant organisation de la succession des biens immobiliers appartenant aux citoyens de statut civil particulier et acquis sous le régime du droit civil, était attendu, la Loi du pays du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak va bien au-delà. En effet, cette dernière ne

-
1. Christine Bidaud-Garon, Maître de conférences (HDR) en droit privé, à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, Directrice adjointe du LARJE.
 2. Sont notamment envisagés et/ou en cours de création la mise en place de formations pour les enseignants, les personnels sociaux et de santé présents dans les établissements scolaires autour du recueil de la parole et de l'accompagnement des victimes mineures de violences sexistes ou sexuelles, la création d'une plate-forme de signalement en ligne pour les victimes de harcèlement, de discriminations et de violences, l'augmentation du nombre de places d'hébergement pour les femmes victimes de violence, etc.
 3. Délibération n° 148 du 8 septembre 1980 portant organisation de la succession des biens immobiliers appartenant aux citoyens de statut civil particulier et acquis sous le régime du droit civil, JONC 29 septembre 1980, p. 1136.

régit pas seulement la question de la transmission à cause de mort des biens immeubles situés hors terre coutumière et appartenant à des personnes de statut coutumier, mais l'ensemble des successions des personnes de statut coutumier kanak. Une nuance doit toutefois être apportée quant aux biens situés en terre coutumière. Pour ceux-ci, qu'ils soient meubles ou immeubles, l'article 12 de la Loi du pays précisent qu'ils « sont dévolus selon les usages coutumiers propres à l'aire coutumière d'origine du défunt ». Dit autrement, pour les biens meubles et immeubles situés en terre coutumière, la loi nouvelle ne met en place que le cadre dans lequel la succession doit se dérouler (obligation de dresser un acte coutumier de succession – art. 1^{er} et s., modalités d'ouverture de la succession – art. 4 et s., personnes habilitées à demander le palabre successoral – art. 9 et s. etc.). En revanche, pour ces biens situés en terre coutumière, elle n'a pas vocation à régir la succession en tant que telle, celle-ci reste soumise aux usages du droit coutumier, y compris quant à l'ordre successoral.

Sans prétendre à l'exhaustivité les développements suivants se proposent de reprendre les principales dispositions de la Loi nouvelle et de s'interroger sur les questions qu'elles suscitent.

1. La « dévolution successorale »

Le chapitre premier de la Loi du pays a été intitulé « de la dévolution successorale ». Pourtant, il convient de constater qu'il ne concerne que la manière dont la dévolution doit être constatée, *i.e.* par un acte coutumier de succession (art. 1^{er}). Ce dernier est défini comme un acte de notoriété et de déclaration de succession, ce qui renvoie aux formes et aux techniques utilisées dans le droit commun et, par la même, confère aux officiers publics coutumiers la fonction de notaire pour les successions des personnes de statut coutumier. Si cela ne pose pas de difficultés particulières pour les biens situés en terre coutumière, l'attribution de cette qualité est plus étonnante pour les biens situés hors terre coutumière, spécialement les biens immeubles, pour deux raisons.

D'une part, la Loi du Pays instaurant l'acte public coutumier⁴ et définissant les compétences des officiers publics coutumiers ne fait état que de la propriété coutumière⁵ et spécifie que celle-ci se définit conformément à l'article 18 de la Loi organique de 1999⁶. Or ce texte ne fait état que des terres coutumières et des biens qui y sont situés. Pourtant, la nouvelle Loi du pays attribue compétence à l'officier public coutumier quant à des questions de transmission par succession de propriété de biens immeubles situés hors terre coutumière, donc de propriété non coutumière détenue par une personne de statut coutumier, ce qui est différent.

D'autre part, il faut rappeler que l'article 710-1 du Code civil, applicable en Nouvelle-Calé-

-
4. Loi du Pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers, *JONC* 30 janvier 2007, p. 647.
5. Art 4 de la Loi du Pays du 15 janvier 2007 : « *L'acte coutumier est destiné à produire des effets de droit à l'égard des personnes relevant du statut civil coutumier ou du statut civil de droit commun, sous réserve des dispositions de l'article 9 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, ou à conférer des prérogatives dans le cadre de la propriété coutumière telle que définie à l'article 18 de ladite loi* » (souligné par l'auteur).
6. Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* 21 mars 1999, p. 4197. Article 18 : « *Sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier. Les terres coutumières sont constituées des réserves, des terres attribuées aux groupements de droit particulier local et des terres qui ont été ou sont attribuées par les collectivités territoriales ou les établissements publics fonciers, pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre. Elles incluent les immeubles domaniaux cédés aux propriétaires coutumiers. Les terres coutumières sont inaliénables, inaccessibles, incommutables et insaisissables* ».

donie, exige que la mutation de propriété soit constatée par un acte authentique pour que les formalités de publicité foncière puissent être accomplies. L'article 3 de la nouvelle Loi du pays affirme que « l'acte coutumier de succession est un acte authentique établi par un officier public coutumier de la Nouvelle-Calédonie conformément à la Loi du Pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers complétée par la présente loi du pays ». L'article 3 de cette loi du pays de 2007 précise cependant que l'acte coutumier revêt les qualités d'un acte authentique uniquement en matière de statut civil coutumier ou de propriété coutumière. Au-delà de la question de la compétence de l'officier public coutumier, c'est ici celle de la qualité de l'acte coutumier qui se pose. La loi nouvelle a-t-elle ajouté une nouvelle catégorie d'acte authentique relevant de la compétence des officiers coutumiers ? Il faut l'espérer, dans la négative, toute formalité d'inscription sur les registres de la publicité foncière serait impossible et donc toute modification de la propriété serait inopposable aux tiers.

2. Ouverture de la succession

Le deuxième chapitre de la Loi du pays, consacré à l'ouverture de la succession, pose quant à lui question quant aux autorités compétentes pour ouvrir la succession et pour établir l'inventaire successoral. En effet, si l'article 4 précise assez classiquement que la demande d'ouverture de la succession doit être écrite et formulée dans l'année suivant le décès, il est permis d'être plus surpris par l'autorité à laquelle elle doit être adressée : le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Quelle que soit la personne qui occupe cette fonction, il s'agit d'un homme politique élu et d'un membre du pouvoir exécutif. Comment expliquer qu'il soit chargé d'ouvrir la succession d'une personne physique quel que soit son statut ? Il y a là une confusion des pouvoirs et des fonctions tout à fait inédite, du moins en matière de succession. L'article 7 de la loi précise qu'il appartiendra à « la direction compétente de la Nouvelle-Calédonie » de procéder à « l'inventaire successoral des biens du défunt ». Là encore, on ne peut que s'étonner que ce rôle ait été confié à une autorité administrative. Pourtant, la question n'a semble-t-il pas été discutée lors des débats au Congrès.⁷ S'agissant de rapports juridiques entre personnes physiques, quand bien même l'une d'entre elles serait décédée, on peine à comprendre, d'une part, la légitimité de l'administration à intervenir et, d'autre part, en quoi le statut coutumier du *de cujus* permettrait de justifier le recours à l'administration pour réaliser l'inventaire successoral. Compte tenu du rôle confié à l'officier public coutumier, il aurait été plus cohérent de charger celui-ci de ces deux fonctions, tout comme le fait le notaire lorsque le défunt est de statut de droit commun.

Ce deuxième chapitre apporte également d'utiles précisions quant aux personnes habilitées à demander l'ouverture de la succession. L'article 5 désigne ainsi :

- « - le conjoint, à défaut le concubin survivant ou ;
- les descendants en ligne directe ou ;
- les ascendants en ligne directe et les collatéraux directs au premier degré ».

7. V. Les débats au Congrès retranscrits dans *JONC* 15 sept. 2017, p. 91 et s., spéc. p. 120.

Toutefois, si ces derniers n'ont pas demandé l'ouverture de la succession dans le délai d'un an, l'article 6 permet alors à certaines autorités coutumières de demander l'ouverture de la succession :

- « - le chef de clan du défunt, à défaut ;
- le chef de sa tribu, à défaut ;
- son grand-chef ou à défaut ;
- le président du conseil des chefs de clan ».

On remarquera ainsi que si les personnes autorisées à demander l'ouverture de la succession dans la première année ont un droit concurrent symbolisé par la conjonction « ou », rien n'est moins certains pour les autorités coutumières puisque l'expression « à défaut » indique en principe une hiérarchie des droits ou des fondements.

3. Le règlement de la succession

La succession d'une personne de statut coutumier doit être réglée par un palabre successoral au terme duquel un acte coutumier sera rédigé. Contrairement à la demande d'ouverture de la succession, la demande de palabre successoral doit être adressée à l'officier public coutumier et non au président du gouvernement. De plus, celle-ci ne peut être effectuée que par les autorités coutumières (cf. art. 9). On s'étonne alors quelque peu de la diversité des dispositions : non seulement il existe deux autorités différentes à qui il faut adresser la demande d'ouverture de la succession et la demande de palabre successoral, mais en plus ce ne sont pas les mêmes personnes qui sont habilitées à effectuer les deux demandes. En effet, les autorités coutumières ne peuvent demander l'ouverture de la succession que dans le cas où les membres de la famille visés à l'article 5 ne l'ont pas fait dans le délai d'un an à compter du décès du *de cuius*. N'aurait-il pas été plus cohérent de considérer l'officier public coutumier comme un véritable notaire coutumier et de lui confier l'intégralité des formalités liées à la succession ? La multiplication des autorités évite sans doute certains écueils mais elle en génère d'autres à commencer par un risque de lenteur, voire de blocage, dans le règlement des successions des personnes de statut coutumier.

Par ailleurs, les articles 10, 11, 12 et 13 donnent d'importantes précisions sur différents points du règlement de la succession. Il résulte de la lecture combinée de ces textes que le palabre successoral concerne tous les biens du défunt, mais que le droit applicable au règlement de la succession est différent selon la localisation des biens. On l'a dit, pour tous les biens situés en terre coutumière, ils « sont dévolus selon les usages du droit coutumier propres à l'aire coutumière d'origine du défunt » (art. 12). Pour ce qui est des biens situés hors terre coutumière, aucun renvoi au droit commun n'est effectué contrairement au mécanisme utilisé dans la Délibération de 1980. C'est la Loi du pays elle-même qui précise les règles applicables et l'on ne peut que constater à quel point elles diffèrent du droit commun (cf. les développements qui suivent). Le statut coutumier justifie certes l'application de la coutume conformément à l'article 7 de la Loi organique de 1999. Et la Cour de cassation a précisé qu'en vertu de ce texte, « les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs

coutumes »⁸, ce qui inclut le droit des successions. Quant à l'article 99, 9^e de la Loi organique de 1999, il donne au Congrès le droit de légiférer par une loi du pays en matière de droit des successions⁹. Toutefois, la mise en place d'une dualité de régime et d'autorité compétentes en fonction du statut du défunt pour liquider des successions relatives à des biens situés hors terre coutumière risque d'être source de nombreuses difficultés. Pourquoi ne pas avoir tout simplement permis aux personnes de statut coutumier d'utiliser le droit commun et de faire appel aux notaires pour leurs biens situés hors terre coutumière ? Autrement dit une extension et une amélioration des dispositions de la Délibération de 1980 ? Certes, il était nécessaire d'instaurer des mécanismes permettant de faire le lien entre droit coutumier et droit commun, spécialement quant aux successibles, mais était-il opportun d'instaurer un régime totalement différent ? N'était-il pas concevable de prendre en compte le statut coutumier des intéressés, et partant le droit coutumier, d'une autre manière ? On aurait sans doute utilement pu s'inspirer de certaines techniques de droit international privé, à commencer par celle des questions préalables. En outre, un certain nombre de personnes de statut coutumier avaient d'ores et déjà fait appel à des notaires de droit commun pour organiser leur succession quant à leurs biens situés hors terre coutumière. Quid de ces testaments et donations à cause de mort ? Etaient-ils nuls depuis le départ en raison du statut coutumier du testateur ou du donateur ? Et dans la négative, quelle sera leur valeur après l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi du pays ? Il risque d'y avoir bien des difficultés à résoudre...

Sur la question des successibles et de l'ordre successoral pour les successions relatives aux biens situés hors terre coutumière, on ne peut que remarquer l'étrange formulation de l'article 13. Selon ce dernier : « L'acte coutumier issu du palabre de succession des biens mobiliers et immobiliers situés hors terres coutumières est effectué, sans distinction de l'actif et du passif, dans l'ordre successoral suivant :

- au conjoint ou au concubin survivant ;
- aux enfants légitimes, naturels ou adoptifs du défunt et en leur absence ;
- aux ascendants en ligne directe ou aux collatéraux directs au premier degré ou aux collatéraux privilégiés coutumiers, et en l'absence des personnes énumérées ci-dessus ;
- aux personnes morales coutumières ».

S'il semble assez clair que les personnes mentionnées dans ce texte sont les potentiels successibles, la répartition des biens entre elles est des plus obscure. Un ordre successoral se définit comme « l'ordre dans lequel la loi, à défaut de testament, appelle les différentes catégories d'héritier à recueillir la succession *ab intestat* »¹⁰. Or, la formulation de l'article 13 ne permet

8. Cass., avis n° 005 0011 du 16 décembre 2005 : BICC n° 637 du 1^{er} avril 2006 ; RTD civ. 2006, p. 516, obs. P. Deumier ; RJPENC n° 7, 2006/1, p. 40, note P. Frezet, p. 42, note L. Sermet ; LPA n° 207, du 17/10/2006, p. 11, note C. Pomart.

9. On remarquera d'ailleurs que c'est le 5^e de l'article 99 relatif aux lois de pays en matière de « Statut civil coutumier, régime des terres coutumières et des palabres coutumiers ; limites des aires coutumières ; modalités de désignation au sénat coutumier et aux conseils coutumiers (...) » qui a servi de fondement à la Loi du pays relative à la succession des personnes de statut coutumier kanak, ce qui peut paraître surprenant. En effet, la loi nouvelle s'applique à partir du moment où le *de cuius* est de statut coutumier, mais les héritiers ne le sont pas nécessairement. Dès lors, le recours au 9^e de l'article 99 de la Loi organique n'aurait pas été superfétatoire.

10. Voc. juridique, Association Henri Capitant, G. Cornu, Quadrige/PUF.

nullement d'établir un quelconque ordre entre tous ces potentiels successibles sauf entre, d'un côté, ceux désignés aux deux premiers tirets et, de l'autre, ceux désignés aux tirets suivants. Les articles suivants ne donnent pas plus de précision sur ce point. Quant à l'articulation des deux premiers tirets, faut-il comprendre que lorsqu'il existe un conjoint ou un concubin survivant, toutes les autres catégories sont exclues de la succession ? Y compris les enfants ? Et s'il existe un conjoint et un concubin survivant, ce qui est loin d'être une hypothèse d'école en pratique, que signifie le « ou » du premier tiret de l'article 13 ? Pourquoi ne pas avoir repris la formulation de l'article 5 qui fait état d'un « à défaut » ? Pour ne pas exclure le concubin survivant d'office de la succession ? Sans doute faut-il interpréter cet article 13 à la lumière de l'esprit du droit coutumier et du palabre. Autrement dit, il semble que les différents héritiers potentiels (au moins ceux désignés par les deux premiers tirets du texte) doivent discuter ensemble lors du palabre afin de répartir les biens entre eux d'un commun accord afin de parvenir à l'idéal d'harmonie qui domine le droit coutumier. C'est d'ailleurs ce que confirment les débats du Congrès à propos de cet article¹¹. Il aurait toutefois été judicieux de l'exprimer plus clairement et surtout de ne pas utiliser l'expression « d'ordre successoral ».

L'article 14 suscite lui aussi quelques questions. Il semble prévoir qu'une personne morale coutumière ne peut recueillir des biens successoraux situés hors terre coutumière qu'en dernier recours, *i.e.* si tous les autres héritiers ont renoncé à ces biens. C'est en effet en ce sens qu'il semble logique d'interpréter le second alinéa du texte prévoyant que « Cette substitution ne s'exerce qu'après épuisement de l'ordre successoral », bien que les personnes morales coutumières figurent pourtant au dernier niveau de « l'ordre successoral » prévu à l'article 13. En revanche, sont-elles obligées de recueillir la succession ? En particulier, si les biens en question sont en réalité des dettes laissées par le *de cujus*, les personnes morales coutumières ont-elles l'obligation de les honorer ? Dispose-t-elle, elle aussi, d'une faculté de renonciation ? La réponse n'est guère évidente compte tenu de la rédaction de l'article 14 qui prévoit qu'en cas de renonciation de tous les autres successibles, « toute personne morale coutumière concernée vient en substitution de ces personnes sur les biens concernés ». L'utilisation du présent de l'indicatif met-il en place une faculté ou une obligation pour la personne morale coutumière ? La question se posera inévitablement en cas de succession déficitaire...

4. La donation-cession coutumière

Le Chapitre IV de la Loi du pays met en place un système de donation-cession coutumière (DCC). On précisera avant tout que cette DCC ne peut concerner que les immeubles situés hors terre coutumière et a pour objet de remplacer le système d'option qui existait sous l'empire de la Délibération de 1980. Différents articles sont d'ailleurs consacrés à la coordination des deux textes (art. 17, 18 pour partie, 37, 38). Cette DCC représente une modification très importante du système qui existait jusque-là. Il n'est plus du tout question de permettre aux personnes de statut coutumier de faire régir la transmission de leur immeuble situé hors terre coutumière par le droit commun *via* une *optio juris*. L'utilisation du terme « optant » à l'article 16 ne peut en effet qu'être une maladresse rédactionnelle puisqu'il ne s'agit pas de choisir le droit

11. JONC 15 sept. 2017, p. 91 et s., spéci. p.129.

applicable, mais de faire une DCC conformément à la Loi du pays. Or celle-ci met en place une sorte de « troisième » *corpus* juridique qui n'est ni le droit commun, ni le droit coutumier, mais le droit applicable aux seules successions des personnes de statut coutumier.

Cette DCC est une donation uniquement à cause de mort qui ne peut être faite qu'aux seuls accessibles mentionnés à l'article 13, exception faite des personnes morales coutumières. Quant à son régime, comme précédemment, on s'étonne que la demande de DCC doive être adressée au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. S'agissant d'un bien immeuble situés hors terre coutumière et donc le plus souvent acquis selon le régime du droit commun *via* un acte de vente authentique conclu chez un notaire, il peut également paraître curieux que l'on réclame la présence du conjoint ou du concubin du donateur ainsi que du chef de clan, à défaut du chef de tribu, à défaut du grand-chef et à défaut du président du conseil des chefs de clans (art. 20). Certes, il ne s'agit que d'exiger leur présence et non de leur demander leur accord, mais la question de la propriété du bien telle qu'elle figure sur le titre de propriété n'est nullement prise en compte alors qu'il s'agit d'un bien immeuble situé hors terre coutumière. Tout au plus la loi du Pays mentionne-t-elle que la direction compétente pour enregistrer la DCC doit en adresser une copie à l'office notarial rédacteur de l'acte de propriété. Certes, en terre coutumière la notion de propriété individuelle n'existe pas en tant que telle, mais lorsque la personne de statut coutumier acquiert un immeuble hors terre coutumière, n'est-elle pas seule propriétaire de celui-ci ? N'est-elle pas seule redevable des impôts et taxes y afférant ? N'est-elle pas seule tenue du remboursement des échéances du prêt bancaire qu'elle a éventuellement contracté ? Comment expliquer qu'elle peut vendre cet immeuble par un acte authentique chez un notaire de droit commun, y compris à un acquéreur de statut coutumier, hors présence de toute autorité coutumière alors qu'elle ne peut le donner par DCC sans son chef de clan (ou une autre autorité citée par l'article 20) ?

Pour respecter une vraie logique juridique, il faudrait alors, d'une part, considérer que les ventes d'immeubles hors terre coutumière entre personnes de statut coutumier doivent être conclues devant un officier public coutumier en présence de l'autorité coutumière intéressée ce qui engendrera de très nombreuses difficultés puisqu'il ne s'agira alors pas d'un acte authentique et qu'il ne sera donc pas possible de réaliser les formalités de publicité foncière¹². D'autre part, il faudrait admettre qu'une personne de statut coutumier ne peut jamais être seule propriétaire d'un bien, même un immeuble situé hors terre coutumière, *i.e.* qu'il existe systématiquement une dimension collective dans la propriété. Or, dans ce cas, ne faudrait-il pas en déduire que tout emprunt bancaire, toute taxe foncière, bref toute charge financière afférant à l'immeuble peut être réclamée à toutes les personnes mentionnées à l'article 13, autorités coutumières incluses. Dit autrement, la Loi du pays va soit trop loin, soit pas assez loin, mais en l'état actuel elle instaure un régime assez peu cohérent.

Pour ce qui concerne la révocation de la DCC, on se contentera de relever que parmi les causes de révocation de plein droit de la donation, l'une peut prêter à discussion. L'article 24 fait état du changement dans la situation matrimoniale du donateur, sans même s'interroger sur la personne du donataire. Dès lors que le donataire est un enfant du donateur, pourquoi la dissolution du mariage de son parent ou son remariage remet-elle en cause la DCC ? En gardant en mémoire

12. L'article 3 de la Loi du pays 2006-15 du 15 janvier 2007 ne confère cette qualité qu'aux actes authentiques établis en matière de statut civil coutumier et de propriété coutumière et l'article 710 du Code civil exige un acte authentique pour pouvoir procéder aux formalités de publicité foncière. cf. *supra*.

que le mariage en droit coutumier implique un engagement de don de vie, il s'agit peut-être de l'expression de la volonté de ne pas favoriser les enfants d'un premier lit par rapport à ceux qui naîtraient d'une seconde union ou du moins qui porteraient le nom du défunt. Toutefois, dans ce cas, n'aurait-il pas été plus simple d'imaginer dès le départ un système permettant de faire une DCC aux enfants « nés et à naître » ?

5. L'allocation provisoire d'assistance

Le chapitre V de la Loi du pays crée une allocation provisoire d'assistance permettant à toute personne mentionnée à l'article 13, dans « l'ordre successoral » établi par ce texte, de solliciter une allocation dont le montant ne peut excéder celui du salaire minimum garanti en Nouvelle-Calédonie. L'obtention de cette allocation est conditionnée par l'existence d'un solde créditeur sur les comptes bancaires et postaux du défunt et ne peut excéder la limite de celui-ci (art. 27). Là encore c'est au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie que la demande doit être adressée.

Il s'agit d'une aide ponctuelle qui ne peut être perçue qu'entre la demande d'ouverture de la succession et la clôture de l'inventaire successoral (art. 29 et 30). La Loi du pays n'ayant fixé de durée maximum ni pour l'établissement de l'inventaire successoral, ni pour le palabre, il n'est pas certain que cette allocation permette aux héritiers de systématiquement pourvoir à leurs besoins pendant toute la durée de la succession. Certes, l'absence de durée maximum pour l'établissement de l'inventaire les protège puisque tant que celui-ci n'est pas terminé, ils peuvent percevoir l'allocation si les comptes du défunt sont suffisamment approvisionnés. En revanche, une fois l'inventaire réalisé, l'allocation cesse d'être perçue alors même qu'aucun délai n'encadre le règlement définitif de la succession.

6. L'action en réclamation successorale

Le chapitre VI de la Loi du pays instaure une action en réclamation successorale. L'article 33 prévoit ainsi que « Toute personne intéressée à la succession peut saisir d'une demande écrite, le grand chef, le chef de tribu ou le président du conseil des chefs de clan dans le délai d'un mois à compter de la tenue du palabre de succession pour se voir reconnaître des droits sur un élément de la succession ». Outre qu'une copie de la demande doive être envoyée au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, la manière dont les articles sont formulés suscite des interrogations.

En effet, la Loi du pays présente ce dispositif comme une « action » en réclamation successorale. Or, celle-ci doit être présentée devant une autorité coutumière et non une autorité judiciaire statuant en formation coutumière. Cette autorité coutumière est habilitée par la Loi du pays non seulement à décider s'il faut donner une suite à cette demande (art. 36), mais aussi à rechercher « une issue coutumière entre le demandeur et les parties auteurs de la réclamation », quel que soit le statut des intéressés. Malgré la terminologie très judiciaire utilisée dans différents articles, on comprend qu'il s'agit surtout d'une sorte de médiation qui sera menée par l'autorité coutumière entre le demandeur et les successibles auxquels les biens du défunt avaient été attribués lors du palabre de succession. On regrette toutefois que la Loi ne précise

pas les éventuels recours du demandeur en cas d'échec de cette « médiation ». Peut-il saisir le tribunal ? Cette « action » ferme-t-elle la voie judiciaire ? Cela paraît totalement impossible, que le bien revendiqué soit situé en terre coutumière ou non, spécialement s'il s'agit d'un immeuble. Les litiges relatifs aux actions immobilières pétitoires et aux successions sont de la compétence exclusive du Tribunal de grande instance d'après l'article R 211-4 du COJ donc du Tribunal de première instance en Nouvelle-Calédonie. Quant aux litiges portant sur les terres coutumières, ils ressortissent à la compétence du Tribunal de première instance en vertu de l'article 19 al. 1^{er} de la Loi organique de 1999 et des articles L 562-19 et L 562-20 du Code de l'organisation judiciaire. Dans les deux cas, le tribunal statuera en formation coutumière si tous les intéressés sont de statut coutumier ou si le litige porte sur une question de terre coutumière. Supprimer ces compétences reviendrait à priver les personnes du droit à un recours effectif découlant du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Conclusion :

S'il ne peut être contesté que cette Loi du pays a le mérite de donner un cadre juridique aux successions des personnes de statut coutumier, il ne peut non plus être nié qu'elle suscite bien des interrogations. Surtout, on regrettera qu'une fois encore les situations « mixtes » ne soient pas expressément envisagées. A la lecture du rapport spécial de S. Pabouty et des débats du Congrès, on comprend que le seul critère d'application de la loi du Pays est le statut coutumier kanak du défunt et non des héritiers¹³. Dès lors, il est parfaitement possible que seul le défunt soit de statut coutumier kanak mais que son conjoint et ses enfants, voire ses frères et sœurs soient de statut civil de droit commun. Dans cette hypothèse, comme dans celle dans laquelle certains héritiers sont de statut coutumier et d'autres de statut de droit commun, c'est la nouvelle Loi du pays qui régira la succession. Elle est extrêmement empreinte du droit coutumier : elle implique le recours à un officier public coutumier et exclut le notaire de droit commun, elle met en place un palabre successoral, elle fait intervenir les autorités coutumières à différents stades du règlement de la succession, etc. Dès lors, il est possible que les héritiers de droit commun soient quelque peu surpris par la procédure à suivre et qu'ils commettent des erreurs quant aux formalités à accomplir pour ouvrir et liquider la succession. Il ne s'agit pourtant pas de l'application du droit coutumier à des personnes de statut de droit commun. Le rapport juridique mixte est ici régi par une loi du pays, ce qui n'est pas interdit par la loi organique de 1999. Il est vrai que l'article 9 al. 1^{er} prévoit que « Dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique » et que l'expression de « droit commun » est sujette à interprétation depuis le transfert de compétence du droit civil : s'agit-il du droit civil étatique ou bien du droit civil calédonien au sens du droit civil applicable en Calédonie qu'il ait été adopté par le législateur étatique ou calédonien ?¹⁴ Pour autant, une Loi du pays n'est pas du droit coutumier même si elle s'en inspire très fortement et revient finalement à appliquer les principes et les procédures du droit coutumier à des personnes de statut de droit commun.

13. Rapport n° 100 du 25 octobre 2016 et débat du Congrès, *JONC* 15 sept. 2017, p. 91 et s.

14. Sur cette question, v. É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », *JDI* (Clunet) 2014, doctr. 3, p. 51-88, spéc. n° 28.

En outre, on remarquera que la Loi du pays ne règle pas toutes les questions... Il est de plus en plus fréquent qu'au sein d'une même famille tous les intéressés n'aient pas le même statut. La personne de statut coutumier est-elle autorisée à recourir au droit commun lorsqu'elle souhaite faire une donation entre vif à son enfant de statut de droit commun puisque la DCC n'est possible qu'à cause de mort et qu'il s'agit d'un rapport juridique mixte ? Lorsqu'une personne de droit coutumier épouse une personne de droit commun, le mariage est obligatoirement célébré à la mairie et régi par le droit commun. Les époux ont donc un régime matrimonial qu'il sera nécessaire de liquider au moment du décès. Si le premier conjoint qui décède est le conjoint de statut coutumier, qui doit faire cette liquidation et à quel moment doit-elle intervenir ? Dans la mesure où le notaire de droit commun est totalement exclu de la succession, que l'inventaire successoral doit être établi par la direction compétente et que l'officier public coutumier est chargé d'établir l'acte coutumier de succession, on peine à comprendre comment articuler les différents problèmes... Et si la personne de statut coutumier résidait en métropole, cette Loi du pays est-elle applicable à sa succession ? Doit on procéder à un morcellement de sa succession entre ses biens situés en métropole et ses biens situés en Calédonie ? La liste des questions et des exemples donnés ici est loin d'être exhaustive...

Au-delà du besoin de lois de pays, qui est réel, le droit calédonien a besoin de se doter au plus vite de règles conflits internes de normes afin de préciser quel est le *corpus juridique* applicable, droit commun ou droit coutumier, dans toutes les situations mixtes. L'article 9 de la loi organique prévoyant qu'en cas de rapport juridique mixte, le droit commun doit s'appliquer n'est ni satisfaisant, ni suffisant pour régir la multiplicité des situations qui existent.

DROIT CIVIL - DROIT DE LA NATIONALITE – DROIT COUTUMIER – CONFLITS INTERNES DE NORMES¹⁵

VEILLE JURIDIQUE - NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE :

Droit coutumier – Droit de la coutume

Onze ans après la promulgation de la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers¹⁶, la première votée en vertu de la compétence du congrès prévue à l'article 99, 5^o de la loi n° 99-209, deux nouvelles lois du pays en matière coutumière ont été promulguées le même jour.

1 – Loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak (*JONC* du 5 juin 2018, p. 7131. *Adde* le rapport spécial de S. Pabouty et les débats du congrès : *JONC* du 15 septembre 2017, n° 311-C (C.R. congrès), p. 91 et s.).

Ce texte très attendu a fait l'objet d'une navette particulièrement longue entre la DGRAC, le sénat coutumier et le congrès et a donné lieu à plusieurs propositions (avant-projet de loi du pays de 2011, puis proposition de loi du pays n° 01/2013/SC du 22 août 2013 relative à la succession coutumière kanak, *JONC* n° 8972, 3 décembre 2013, p. 9557, puis délibération n° 08-2015/SC du 2 juillet 2015 portant proposition de loi du pays relative aux successions coutumières kanak, *JONC* du 4 août 2015, p. 6851). Cette loi entre en vigueur le 1^{er} décembre 2018 (art. 40). Sont abrogées à compter de cette date les délibérations n° 11 du 20 juin 1962¹⁷ et n° 148 du 8 septembre 1980¹⁸ (art. 37). Néanmoins, l'option exercée en vertu de l'article 1^{er} de la délibération de 1980 avant cette date sera définitivement acquise, sauf renonciation expresse dans les trois ans de l'entrée en vigueur de la présente loi du pays (art. 38).

Sans revenir sur le commentaire de cette loi proposé dans ce cahier, il sera simplement indiqué qu'elle n'est pas une loi de droit substantiel, dès lors que la coutume est compétente, en vertu des articles 7 et 18 de la loi n° 99-209, pour régir la succession coutumière des biens meubles et immeubles situés en terres coutumières. La loi du pays ne peut s'immiscer dans le domaine coutumier pour dire la coutume. Le congrès en effet ne tient pas de l'article 99, 5^o de la loi organique n° 99-209 la compétence pour définir la substance coutumière. Alors que les projets initiaux tendaient à déterminer l'ordre des successibles et poser quelques règles impératives

15. Étienne Cornut, Professeur de droit privé à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

16. Une proposition de modification initiée par le sénat coutumier a été rendue publique : délibération n° 07-2015/SC du 30 juin 2015 portant proposition de loi du pays modifiant la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers, *JONC* du 4 août 2015, p. 6831.

17. *JONC* du 23 juillet 1962, p. 626, modifiée par la délibération n° 251 du 26 novembre 1965, *JONC* du 23 décembre 1965, p. 997.

18. *JONC* du 29 septembre 1980, p. 1136.

de partage, les débats devant le congrès ont permis de rappeler « la nécessité de laisser à la Coutume ses usages sans les légiférer et de mettre en place dans un texte une procédure de partage des biens permettant le règlement des successions des personnes de statut civil coutumier »¹⁹. C'est ce que prévoit l'article 12 de la loi du pays, selon lequel : « Tous les biens mobiliers et immobiliers situés sur terres coutumières sont dévolus selon les usages coutumiers propres à l'aire coutumière d'origine du défunt. » L'inverse aurait été contraire à la répartition des compétences et à la juridicité reconnue par l'accord de Nouméa à la coutume. Ainsi il ne faut pas voir dans les articles 5 ou 11 de cette loi du pays un quelconque ordre successoral coutumier impératif, ni une éventuelle réserve héréditaire coutumière au profit des personnes mentionnées. Dans ce cadre, la loi du pays ne détermine pas qui sont les héritiers, ni ne définit leur part respective dans la succession. Elle prévoit uniquement – mais c'est déjà beaucoup – un cadre, une procédure et un calendrier pour le règlement des successions coutumières, et consacre l'acte coutumier de succession comme un outil indispensable à cette fin²⁰. Dans cette partie consacrée aux biens successoraux coutumiers, cette loi du pays n'est pas de la coutume, ni du droit coutumier. Ses dispositions relèvent de ce que l'on peut qualifier de droit de la coutume²¹.

La situation peut être différente s'agissant de la succession des biens situés hors terres coutumières, pour laquelle le droit civil calédonien non coutumier peut s'appliquer, soit dans le cadre d'une succession non anticipée (art. 13), soit par le moyen d'une « donation-cession coutumière » (art. 15 et s.), acte juridique unilatéral hybride entre droit civil et droit coutumier, qui constitue sans aucun doute l'innovation majeure du texte. Ici la loi du pays crée un droit substantiel que l'on peut qualifier de mixte ou métissé, puisqu'il a vocation à s'appliquer de la même façon à des personnes qui sont de statut coutumier ou de statut commun²². La donation-cession coutumière est en effet valable dès lors que le donateur est de statut coutumier. Si ce dernier venait à prendre le statut commun, la donation serait révoquée de plein droit (art. 24). En revanche les donataires peuvent être de l'un ou l'autre des deux statuts sans que la donation-cession ne soit privée d'effet. On a ici l'illustration d'un droit métissé, même si Christine Bidaud-Garon, dans son commentaire, a montré que le dispositif pose de nombreuses questions et difficultés.

19. S. Pabouty, Rapport spécial du 28 juillet 2017 préc. : *JONC* du 15 septembre 2017, n° 311-C (C.R. Congrès), p. 102.

20. C'est ce que rappelle R. Wamytan à la fin des débats au congrès sur le projet de loi du pays sur les successions coutumières : « le texte qui vous est présenté aujourd'hui est un texte essentiellement procédural. On n'a pas pris le parti de rentrer dans l'écriture de la coutume, c'est la raison pour laquelle il n'y aura pas de délibération justement puisque la coutume, on l'a laissée aux coutumiers (...). (...) la coutume, on ne l'a pas écrite. » : *JONC* du 15 septembre 2017, débats du congrès (séance du 10 août 2017), p. 171. Dans le même sens, B. Citré : « c'est un texte de procédure, ça veut dire, (...) que c'est la coutume qui prévaut, et c'est le palabre qui prévaut » (*ibid.*, p. 174).

21. Sur ces distinctions et conséquences en termes de compétences normatives, v. É. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le *corpus normatif* de la Nouvelle-Calédonie », in É. Cornut, P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, éd. PUNC, 2018, p. 488 et s.

22. Sur ce droit, v. É. Cornut, « Le pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie. Assimilationisme ou différentialisme pour la sortie de l'accord de Nouméa », in *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, éd. PUNC, 2018, actes du colloque UNC-Larje, 17 et 18 nov. 2017, p. 125 et s.

2 – Loi du pays n° 2018-3 du 28 mai 2018 instituant un congé pour responsabilités coutumières

(JONC du 5 juin 2018, p. 7130. *Adde* les débats au congrès et le rapport de S. Pabouty : JONC du 5 avril 2018, n° 326-C (C.R. congrès), p. 5 et s., ainsi que le projet dans sa version adoptée par le sénat coutumier : JONC du 8 août 2017, p. 10352 et s.) et la délibération d'application n° 315 du 1^{er} juin 2018 relative au congé pour responsabilités coutumières (JONC du 12 juin 2018, p. 7477).

Ces deux textes modifient le Code du travail de Nouvelle-Calédonie en créant une section 11 dans le chapitre II du titre IV du livre II (art. Lp. 242-73 à 242-79 et art. R. 242-38 à 242-40). Ils sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2018. Cette loi du pays montre que la coutume kanak, alors même que l'article 7 de la loi n° 99-209 en cantonne la juridicité au seul droit civil, peut étendre son influence en dehors de ce seul champ et irriguer d'autres matières. L'ouverture ici demeure cependant limitée s'agissant de ses bénéficiaires, dans la mesure où ne peuvent prétendre au congé que les salariés investis d'une « autorité coutumière » (art. Lp. 242-73), c'est-à-dire uniquement les personnes ayant la qualité de chef de clan, chef de la tribu, grand-chef et président du conseil des chefs de clans²³, dont la liste nominative est arrêtée chaque année par le gouvernement (art. Lp. 242-73, al. 3). Il n'en reste pas moins qu'en ce domaine comme dans d'autres (le droit pénal par exemple), même sans le support d'une loi spéciale, la coutume peut et même devrait être prise en considération dès lors que la sphère coutumière est concernée. En droit du travail, la coutume pourrait ainsi être reçue par le contrat de travail et/ou les conventions collectives, du seul fait que le salarié est de statut coutumier, qu'il ait ou non une autorité coutumière²⁴.

Procédure civile :

Sera simplement signalée l'importante *délibération n° 297 du 24 janvier 2018 portant actualisation du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie* (JONC du 30 janvier 2018, p. 1101 et s. *Adde* les débats au congrès et le rapport spécial, JONC du 5 avril 2018, n° 327-C (C.R. congrès) p. 22 et s.) qui apporte plusieurs modifications substantielles et formelles aux règles de procédure civile applicables devant les juridictions de la Nouvelle-Calédonie. Également le décret n° 2018-195 du 21 mars 2018 pris pour l'application de l'article L. 562-6-1 du COJ qui met en œuvre le renfort du TPI de Nouméa par des magistrats et personnels du ressort de la cour d'appel de Paris (JORF du 23 mars 2018).

-
23. Liste établie par l'article 2 de la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers, à laquelle renvoie l'article Lp. 242-73 al. 2 du Code du travail de la Nouvelle-Calédonie tel que créé par la loi du pays n° 2018-3 du 28 mai 2018.
24. Sur cette possibilité, v. N. Meyer, « Droit du travail et coutume kanak : vers une imprégnation réciproque », *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 245 et s.

ÉCLAIRAGE JURIDIQUE – LIBRE PROPOS : LE DROIT DE LA NATIONALITÉ FRANÇAISE EN NOUVELLE-CALÉDONIE

« La nationalité est généralement définie comme l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population constitutive d'un État. »²⁵ La nationalité exprime alors une « double dimension » : verticale en créant un lien politique d'allégeance entre l'individu et l'État, horizontale en faisant du national le membre de la population constitutive de cet État²⁶. « Pris dans sa seule dimension juridique, le lien de nationalité est fondé sur un rapport de proximité entre l'individu et l'État. Il appartient à chaque État de déterminer quels sont ses nationaux, selon des critères dont la combinaison est liée aux traditions historiques et aux nécessités politiques qui lui sont propres. »²⁷ Dans ce cadre, l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 prévoit que l'accès à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie se manifestera par la « transformation de la citoyenneté en nationalité »²⁸, marquant ainsi ce lien entre un État en devenir et sa nation constitutive. Expression de la souveraineté, le droit de la nationalité relève de ces compétences dites régaliennes qui seront transférées avec la monnaie, la défense ou la justice, en cas d'accession de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté à l'issue du processus référendaire.

Dans ce cadre il peut être utile de présenter, de façon succincte²⁹, comment s'applique le droit de la nationalité française en Nouvelle-Calédonie, en montrant que si la compétence de l'État est pleinement exercée (I), il n'en demeure pas moins que le droit calédonien, écrit autant que coutumier, parvient à s'immiscer de façon accessoire dans la mise en œuvre de la loi française (II), témoignant ici encore, dans un domaine qui ne lui est pourtant pas consubstancial, de la vitalité du pluralisme juridique calédonien³⁰.

I. LA COMPÉTENCE SOUVERAINE DU DROIT FRANÇAIS DE LA NATIONALITÉ

A. La situation au « jour d'avant »

Le droit de la nationalité relève, au moment du « jour d'avant », de la seule compétence de l'État. C'est ce que prévoit directement l'article 6-2, alinéa 2, 4^o de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 soumettant ces règles au principe de l'unité législative : le droit de la nationalité applicable en Nouvelle-Calédonie est le même que celui applicable en métropole, sans le filtre de la spécialité législative. L'article 21.I, 1^o de la loi n° 99-209 le rappelle, justifiant l'exclusion du droit de la

25. P. Lagarde, *La nationalité française*, 4^e éd. Dalloz, 2011, n° 00.02.

26. *Ibidem*.

27. H. Fulchiron, Synthèse 60 : « Nationalité », J.-Cl. inter., 2017, n° 4.

28. É. Cornut, « La citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie selon l'issue de l'Accord de Nouméa », in A. Dionisi-Peyrusse, F. Jault-Seseke, F. Marchadier et V. Parïsot (dir.), *La nationalité : Bilan et perspectives à l'occasion des 20 ans de la Convention européenne sur la nationalité*, éd. Varenne-LGDJ-Lextenso, à paraître.

29. Cette présentation mériterait d'être complétée par une étude des décisions rendues en matière de nationalité en particulier par les juridictions de la Nouvelle-Calédonie. Sur cette question de façon plus générale, v. not. É. Ralser, « Particularités de l'application du droit de la nationalité dans les outre-mer », in *La nationalité : Bilan et perspectives à l'occasion des 20 ans de la Convention européenne sur la nationalité*, op. cit.

30. É. Cornut, P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, éd. PUNC, 2018.

nationalité du transfert de la compétence normative du droit civil et des règles relatives à l'état civil³¹, alors même que Code civil accueille en son sein toutes les règles relatives à l'attribution, à l'acquisition et à la perte de la nationalité française (*C. civ., art. 17 à 33-2*).

Les seules différences ou adaptations tiennent classiquement à l'organisation particulière de la collectivité et à son éloignement géographique par rapport à la France. Ainsi pour tenir compte des juridictions locales, à l'instar du Tribunal de grande instance remplacé par le Tribunal de première instance³² ou encore de la compétence, en Nouvelle-Calédonie, du « président du tribunal de première instance ou juge chargé de la section détachée » toutes les fois que la loi donne cette compétence, pour la métropole et les départements d'outre-mer, au « greffier en chef du tribunal d'instance »³³. Également le « haut-commissaire de la République » reçoit-il les demandes ou déclarations de nationalité qui seraient portées ailleurs devant le « préfet »³⁴. De même le délai des voies de recours est augmenté en raison de la distance qui sépare la juridiction compétente du domicile des intéressés (*CPC et CPC NC, art. 643*). Ainsi a-t-il été jugé que le délai de deux ans prévu à l'article 21-4 du Code civil courant à compter de la date d'expiration du délai de pourvoi en cassation dirigé contre un arrêt de cour d'appel, le délai du pourvoi en cassation contre cet arrêt, habituellement de deux mois, est porté à trois mois pour les décisions concernant des personnes domiciliées en Nouvelle-Calédonie³⁵. Enfin la date de notification, y compris lorsqu'elle doit être faite dans un délai déterminé, d'un acte judiciaire ou extrajudiciaire en Nouvelle-Calédonie est, à l'égard de celui qui y procède, la date d'expédition de l'acte par l'huissier de justice ou le greffe ou, à défaut, la date de réception par le parquet compétent (*CPC et CPC NC, art. 647-1*).

La Nouvelle-Calédonie fait également partie intégrante du territoire de la République française pour la mise en œuvre des règles relatives à la nationalité³⁶. Un étranger qui doit justifier d'une condition de résidence en France sur plusieurs années remplit cette condition même s'il est domicilié en Nouvelle-Calédonie ou, alternativement au cours de la période, en métropole ou dans l'un quelconque des départements et collectivités d'outre-mer.

B. L'évolution du droit de la nationalité applicable en Nouvelle-Calédonie

Érigée au statut de territoire d'outre-mer par la Constitution du 27 octobre 1946 et le conservant jusqu'à ce qu'elle devienne la collectivité sui generis actuelle³⁷, la Nouvelle-Calédonie fait partie

31. Loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012 : *JONC*, 26 janvier 2012, p. 571.

32. Art. 33 du Code civil.

33. Art. 70 du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993. Ainsi pour les déclarations de nationalité autres que celle, relative à l'acquisition par mariage, par la qualité d'ascendant, de frère ou de sœur de Français.

34. Art. 70 du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993. Ainsi pour la déclaration d'acquisition de la nationalité par mariage, par la qualité d'ascendant, de frère ou de sœur de Français, ou encore les demandes de naturalisation et de réintégration.

35. CE, 2^e et 7^e ss-sect. réun., 13 mars 2006, n° 264420.

36. Art. 17-4 du Code civil.

37. Si l'on met de côté la valse des statuts qui a marqué la période antérieure aux accords de Matignon-Oudinot.

du « territoire de la République tel qu'il était constitué au 28 juillet 1960 »³⁸ au sens de l'article 32 du Code civil³⁹. De droit, cette intégration de la Nouvelle-Calédonie et de ses dépendances au territoire de la France remonte à l'acte de prise de possession de 1853. Pour autant, si depuis ce moment le droit de la nationalité applicable en Nouvelle-Calédonie relève de la compétence du législateur français et qu'il est aujourd'hui unitaire, il n'en a pas toujours été ainsi.

Ce n'est en effet que depuis la loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 que la matière ne relève plus du principe de spécialité législative, avec l'abrogation de l'ancien article 10 du code de la nationalité⁴⁰. Antérieurement, la loi du 26 juin 1889 instaurait le principe d'une distinction entre la métropole et certains territoires coloniaux⁴¹, parmi lesquels la Nouvelle-Calédonie, renvoyant à un décret spécifique le soin d'adapter les règles nationales. Pour l'essentiel, ces textes⁴² « ne prévoient l'attribution de la nationalité française *jure soli* que pour l'enfant né dans l'un de ces territoires de parents inconnus ou dont la nationalité était inconnue lorsqu'en vertu d'une décision de justice il était déclaré soit né de parents français, soit né de parents dont l'un était étranger et l'autre français. »⁴³ Cette réserve revenait à supprimer purement et simplement le double *jus soli*⁴⁴. Du fait du régime de l'indigénat, ces dispositions n'étaient en outre pas applicables aux indigènes des colonies, à l'exception des métis⁴⁵, ces derniers étant cependant

-
38. Voir Rép. min. n° 8361 : *JOAN* du 21 février 1994, p. 871, qui dresse la liste des territoires compris dans la République française depuis 1946. Certaines décisions se hasardent à dresser cette liste qui est parfois différente : comp. CA Grenoble, 15 novembre 2006 – n° 05/04501 et CA Rouen, 12 octobre 2011, RG n° 10/05553. Pour l'application de la disposition aux Comores, ancien TOM : CA Lyon, 28 mars 2011, RG n° 10/90 ; CA Lyon, 24 janvier 2011, RG n° 09/4232.
39. Ce texte détermine les conditions dans lesquels un Français conserve de plein droit sa nationalité lorsqu'il réside, au moment de son indépendance, sur le territoire d'un État ayant eu le statut de territoire d'outre-mer de la République française. À défaut de disposition spéciale, ce texte aura vocation à régir le sort de leur nationalité française des citoyens calédoniens acquérant de plein droit, en cas d'indépendance, la nationalité calédonienne. Sur cette question, É. Cornut, « Citoyenneté, nationalité et accès de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté », *JDI* (Clunet) 2019, doctr. (à paraître).
40. Selon lequel (ordonnance n° 45-2447 du 19 octobre 1945) : « L'attribution, l'acquisition et la perte de la nationalité française aux colonies et dans les pays placés sous protectorat ou sous mandat français sont régies par des dispositions spéciales. » Sur l'ensemble de la question, voir L.-A. Barrière, *Nationalité française dans l'outre-mer. – Conséquences de la décolonisation en droit français de la nationalité*, J.-Cl. inter, fasc. 502-120, 2017, n° 30 et s. ; P. Lagarde, Nationalité, Rép. inter. Dalloz, 2013, réact. 2017, n° 674 et s.
41. Il se trouve également des textes spécifiques à la Nouvelle-Calédonie avant cette loi. Voir par exemple le décret du 10 novembre 1882 relatif à la naturalisation : *JORF* du 15 novembre 1882, p. 6146.
42. Décret du 7 février 1887 : *JORF* du 10 février 1897 et *BO EFO* 1897/4, p. 87 et s., entré en vigueur en Nouvelle-Calédonie le 1^{er} mai 1897 ; décret du 5 novembre 1928 : *JORF* du 15 novembre 1928, entré en vigueur en Nouvelle-Calédonie le 28 janvier 1929 ; décret du 19 octobre 1937 : *JORF* du 22 octobre 1937.
43. L.-A. Barrière, fasc. préç., n° 39.
44. Voir par exemple les débats ayant conduit à l'adoption de la loi du 9 janvier 1973 : Débats AN, séance du 10 octobre 1972 : *JORF* 11 octobre 1972, p. 4013, art. 1^{er} ; Débats AN, séance du 13 décembre 1972, *JORF* du 14 décembre 1972, p. 6118 où le garde des sceaux reconnaît que cette limitation du double *jus soli* dans ces territoires équivaut en réalité à une exclusion.
45. Art. 26 du décret du 5 novembre 1928.

régis par des textes spécifiques⁴⁶, tandis que les indigènes continuaient de relever du décret de 1897 pourtant abrogé⁴⁷. La fin de l'indigénat conduisit à supprimer ces discriminations entre catégories de Français et, partant, l'article 46 du décret du 5 novembre 1928 fut considéré comme tacitement abrogé à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 7 mai 1946, le 1^{er} juin suivant⁴⁸.

Le décret n° 53-161 du 24 février 1953 unifia le droit de la nationalité dans l'outre-mer et abrogea les textes antérieurs propres à chaque territoire⁴⁹. Il maintint cependant la distinction entre la métropole et certains territoires, dont la Nouvelle-Calédonie, en particulier l'exclusion du double *jus soli* sauf dans le cas où l'un des parents avait déjà la nationalité française (art. 2). L'article 28, 2^o de la loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 abrogea le décret de 1953. Le droit de la nationalité outre-mer ne fut pas pour autant unifié. En particulier, l'article 161 du code de la nationalité continua d'exclure la règle du double *jus soli* dans certains territoires⁵⁰, mais la Nouvelle-Calédonie ne figura plus dans la liste et celle-ci est, d'avis doctrinal, considérée comme limitative⁵¹.

À compter de l'entrée en vigueur de la loi de 1973, c'est-à-dire depuis le 11 janvier 1973, le droit de la nationalité applicable en Nouvelle-Calédonie est ainsi identique à celui de la France métropolitaine et le double *jus soli* bénéficie aux enfants nés en Nouvelle-Calédonie d'un parent qui lui était lui-même né⁵². Mieux, la loi de 1973 a ouvert une voie de rattrapage pour corriger dans les territoires non couverts par l'article 161 du code de la nationalité, dont la Nouvelle-Calédonie, les anciennes restrictions⁵³. Ainsi les personnes majeures au 11 janvier 1973, nées en Nouvelle-Calédonie d'un parent qui y était lui-même né⁵⁴, ainsi que les personnes nées en

46. Pour la Nouvelle-Calédonie, décret du 15 décembre 1922 : *Penant* 1923, III, p. 143. Voir F. Renucci, « Le juge et les unions mixtes (colonies françaises et italiennes, fin du XIX^e siècle-1945) », in *Le juge et l'outre-mer*, tome III : Médée ou les impératifs du choix, Centre d'Histoire Judiciaire éditeur, 2007, pp.89-106, ; H. Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, éd. Sirey 1927, n° 49 et s.

47. L.-A. Barrière, fasc. préc., n° 41.

48. *Ibidem*.

49. *JORF* du 27 février 1953, p. 1984 et s.

50. En particulier Mayotte et Wallis et Futuna qui furent ainsi soumises à des règles particulières jusqu'à la loi du 22 juillet 1993. Cependant pour Wallis et Futuna, le Conseil constitutionnel jugea cette disposition de la loi de 1993 contraire à la Constitution, l'assemblée territoriale de Mata'Utu n'ayant pas été consultée (Déc. n° 93-321 DC, 20 juillet 1993). La loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 portant dispositions diverses relatives à l'outre-mer (art. 42) abrogea pour ce qui concerne Wallis et Futuna l'article 161 du code de la nationalité.

51. L.-A. Barrière, fasc. préc., n° 54 ; P. Lagarde, *La nationalité française*, *op. cit.*, n° 82.31.

52. *Addit* l'article 23 de la loi n° 73-42 en ce qui concerne les enfants déjà nés au jour de son entrée en vigueur. Ce texte non codifié est toujours en vigueur.

53. Art. 25 de la loi n° 73-42, sous réserve que l'intéressé n'ait pas fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'assignation à résidence ni qu'il ait été condamné pour l'une des infractions prévues à l'ancien article 79 du code de la nationalité (art. 21-27 du Code civil). Ce texte non codifié est toujours en vigueur. Ce rattrapage a été obtenu lors des débats sur le texte proposé par la commission mixte paritaire (Débats AN, 2^e séance du 19 décembre 1972 : *JORF* du 20 décembre 1972, p. 6355), après son rejet en 2^{ème} lecture devant l'AN (Débats AN, séance du 13 décembre 1972 : *JORF* du 14 décembre 1972, p. 6117-6118).

54. Voir par ex. Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2015, n° 14-50013. Dans cette affaire, l'arrêt d'appel ayant reconnu la nationalité française est cependant cassé au motif que la filiation a été établie après la majorité de l'intéressé. La cour de renvoi confirma la position et constata l'extranéité : CA Paris, 22 novembre 2016, n° 15/237725.

Nouvelle-Calédonie et y résidant habituellement depuis dix années à cette même date, ont pu de plein droit acquérir la nationalité française à compter de cette date également. Dans les deux cas, l'intéressé pouvait la décliner dans le délai d'un an à compter de son acquisition.

Connaître l'histoire du droit de la nationalité – ici sommairement présentée – est important dans la mesure où des situations parfois anciennes, notamment celles qui trouvent source dans les décolonisations, donnent encore lieu à un abondant contentieux⁵⁵ du fait des règles de droit transitoire en la matière. Hors règles transitoires spécifiques, les articles 17-1 et 17-2 du Code civil posent, pour le premier, celle de la rétroactivité des lois nouvelles relatives à l'attribution de la nationalité d'origine aux personnes encore mineures à la date de leur entrée en vigueur et, pour le second, celle que l'acquisition et la perte de la nationalité française sont régies par la loi en vigueur au temps de l'acte ou du fait auquel la loi attache ces effets. Ainsi un étranger se prévalant de sa nationalité française d'origine devra-t-il démontrer son lien de filiation avec une personne (C. civ., art. 18) ayant elle-même eu la qualité de français en vertu des règles applicables au cours de sa minorité. Le cas échéant selon la teneur de la règle applicable, il conviendra de remonter plus encore dans le temps la chaîne de filiation. Bien qu'abrogées, les règles en vigueur à certaines périodes demeurent ainsi applicables aux situations contemporaines qui en découlent. Et en matière de nationalité plus que toute autre, les réformes législatives sont aussi fréquentes que les changements de majorité politique. Cette variété normative dans le temps doit également composer avec une variété spatiale et statutaire.

II. LA COMPETENCE ACCESSOIRE DU DROIT CALEDONIEN

A. Le rôle du droit calédonien (écrit et coutumier) dans la mise en œuvre du droit de la nationalité française

Si les règles du droit de la nationalité relèvent de la compétence de l'État, pour autant leur mise en œuvre laisse place aux spécificités juridiques calédoniennes. Dans la mesure où, notamment, l'attribution ou l'acquisition de la nationalité dépend de la réalité et de la validité d'une situation juridique, cette dernière peut, en vertu des règles de conflits de normes, être soumise à une norme calédonienne écrite ou coutumière.

En matière d'attribution de la nationalité par filiation, si l'ancien article 27 du code de la nationalité prévoyait que « la filiation ne produit effet en matière de nationalité que si elle est établie dans les conditions déterminées par la loi civile française », cette règle fut écartée, pour certains territoires d'outre-mer, dont la Nouvelle-Calédonie, dès le décret n° 53-161 du 24 février 1953. Son article 4 permit en effet de prendre en considération, pour l'établissement du lien de filiation, « les règles coutumières applicables aux personnes qui ont conservé leur statut civil particulier » (art. 4⁵⁶). Ainsi le lien de filiation valablement établi en vertu de la coutume locale

55. Sur ce contentieux voir É. Ralser, « Particularités de l'application du droit de la nationalité dans les outre-mer », art. préc. *Adde* É. Ralser, J. Knetsch, *La nationalité française dans l'océan Indien*, éd. SLC, 2017, en particulier les contributions de L.-A. Barrière, « Décolonisation, indépendance et droit de la nationalité dans l'océan Indien », p. 25 et s., et V. Parisot, « Le juge et la nationalité française dans l'océan indien », p. 47 et s.

56. Au demeurant l'article 27 du code de la nationalité, très critiqué en doctrine, n'avait pas un caractère absolu, voir H. Fulchiron, É. Cornut, J.-Cl. inter, fasc. 502-20 : *Attribution de la nationalité française par filiation ou naissance en France*, 2013, n° 43 et s. et réf. citées.

justifiait l'attribution de la nationalité française *jure sanguinis*. La solution n'a depuis pas changé. Cet article 27 ayant été abrogé dès la loi du 9 janvier 1973 et n'ayant pas d'équivalent dans la législation actuelle, le lien de filiation attributif de la nationalité française au sens du Code civil est établi, par principe, en vertu de la loi désignée par la règle de conflit de lois idoine, c'est-à-dire la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant (*C. civ., art. 311-14*).

La filiation relevant du domaine du droit civil, la coutume kanak est compétente dès lors que les intéressés sont de statut coutumier⁵⁷. Ainsi le lien de filiation attributif de nationalité française entre des personnes de statut coutumier doit-il être établi en vertu de la coutume, que l'on soit dans un cas d'attribution d'origine par filiation biologique ou adoptive. Est ainsi Français l'enfant de statut coutumier dont la filiation est établie avec un Français de statut coutumier. L'établissement de la filiation d'un enfant, attributive de la nationalité française, peut également résulter du mariage coutumier de ses parents⁵⁸. Il en va de même en ce qui concerne les déclarations d'acquisition française par la qualité d'ascendant de Français (*C. civ., art. 21-13-1*), ou par la qualité de frère ou de sœur de Français (*C. civ., art. 21-13-2*), cette qualité devant être établie en vertu de la coutume lorsque tous les intéressés sont de statut coutumier. De la même façon, le droit civil étant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie, l'application du droit français de la filiation ne s'impose pas et il convient de faire référence, si tant est que l'on sache en vertu de quel critère⁵⁹, au droit calédonien de la filiation.

De la même façon pour qu'un étranger acquière la nationalité française de son conjoint (*C. civ., art. 21-2*), le mariage doit avoir été célébré conformément aux règles françaises de droit international privé. Les époux étant par définition de nationalité différente, il est fait application de la loi du lieu de célébration en ce qui concerne les conditions de forme, application cumulative ou distributive des lois française et étrangère de l'un et de l'autre époux pour ce qui est des conditions de fond⁶⁰. Dans les territoires et collectivités d'outre-mer, alors que la solution n'a pas semblé avoir la faveur de l'administration⁶¹, la Cour de cassation a jugé qu'un mariage célébré

57. En vertu de l'article 7 de la loi n° 99-209. Sur la filiation en droit coutumier, voir H. Fulchiron, « La filiation », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 56 et s.

58. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2017, n° 16-24013, à propos d'un mariage coutumier célébré en 1896 en Algérie ; Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 2014, n° 13-22673, pour un mariage coutumier célébré en 1964 au Sénégal.

59. Les critères de compétence du droit civil calédonien restent en effet à définir. Pour l'établissement de la filiation plusieurs sont envisageables : citoyenneté actuelle ou citoyenneté statutaire, domicile de l'un des parents ou de l'enfant. Sur cette problématique et les solutions proposées, voir S. Sana-Chaillé de Néré, « Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil » : *JDI* 2014, p. 33 s. ; É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil » : art. préc. ; V. Parisot, S. Sana-Chaillé de Néré, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le *corpus juridique calédonien* », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 404 et s.

60. V. par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2009 : JurisData n° 2009-048696.

61. Lors des travaux préparatoires de la loi du 7 mai 1984 étendant les nouvelles règles acquisitives de la nationalité française aux TOM et à Mayotte, le garde des Sceaux a précisé que seul le mariage célébré sur ces territoires devant l'officier de l'état civil peut avoir un effet sur la nationalité, à l'exclusion des mariages en la forme locale, quand bien même ces derniers seraient valables selon le droit coutumier pour les personnes de statut civil de droit particulier (*JOAN* Q 1^{re} séance, 24 avril 1984, p. 1855).

en 1927 à Madagascar selon le rite ismaïlien⁶², ou entre un Mahorais français et un Comorien devant un cadi⁶³, pouvait être tenu pour valable et produire ses effets en matière de nationalité, tant que l'union n'avait pas été dissoute par nullité ou divorce. En ce qui concerne les statuts personnels particuliers reconnus en vertu de l'article 75 de la Constitution (*ie* en Nouvelle-Calédonie et à Wallis-et-Futuna), la question ne paraît cependant pas se poser dans la mesure où l'application de la coutume locale, et donc de la célébration du mariage selon cette coutume, suppose que les deux intéressés soient de statut coutumier. Partant, ils sont également tous deux Français au jour du mariage. Elle le pourrait néanmoins dans le cadre d'une refondation des règles de conflits de normes ne donnant plus nécessairement compétence, comme actuellement, au droit civil écrit en cas de rapport mixte (*art. 9 LO n° 99-209*), mais reposant sur un principe d'égalité des statuts⁶⁴. Ainsi le mariage entre un Français de statut coutumier et un étranger pourrait-il être apprécié, pour sa validité au fond et au regard du conjoint français, conformément à la coutume. En ce qui concerne l'application éventuelle du droit calédonien du mariage, la question ne se pose pas dans la mesure où les règles relatives aux conditions du mariage ont, de façon regrettable, été exclues du transfert du droit civil⁶⁵.

Enfin lorsque l'acquisition de la nationalité française est conditionnée par l'entrée et/ou le séjour réguliers en Nouvelle-Calédonie de l'intéressé⁶⁶, il convient de faire application des règles spécifiques à la Nouvelle-Calédonie⁶⁷.

B. Les réserves, expresses et virtuelles, à l'application du droit local

La loi peut cependant venir restreindre l'application d'une norme autre que française, alors qu'elle le serait par principe à défaut d'une telle réserve. Ainsi l'article 17-5 du Code civil impose-t-il que « majorité et minorité s'entendent au sens de la loi française » dès lors qu'elles conditionnent l'attribution ou l'acquisition de la loi française. C'est le cas du lien de filiation qui doit être établi au cours de la minorité de l'enfant afin qu'il produise un effet sur sa nationalité (*C. civ., art. 20-1*).

Or majorité et minorité relevant du droit civil, la coutume kanak aurait pu tenir sa compétence de l'article 7 de la loi n° 99-209 pour l'enfant de statut civil coutumier⁶⁸, tout comme le droit calé-

62. Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1991 : *Bull. civ. 1991*, I, n° 256 ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 61, note P. Lagarde.

63. Tous deux de statut coranique, Cass. civ. 1^{re}, 5 avril 2005 : *Bull. civ. 2005*, I, n° 170.

64. É. Cornut, *ibidem* ; V. Parisot, S. Sana-Chaillé de Néré, *ibidem*.

65. La loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012 exclut du transfert du droit civil les « dispositions du titre V et du chapitre III du titre II du livre Ier qui assurent le respect de la liberté matrimoniale ».

66. Art. 21-27 du Code civil.

67. Ordonnance n° 2002-388 du 20 mars 2002 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Nouvelle-Calédonie et son décret d'application n° 2002-1219 du 27 septembre 2002. Si les conditions d'entrée et de séjour des étrangers relèvent de la compétence de l'État (*art. 21, II, 2^o de la loi n° 99-209*), elles sont toutefois spécifiques à la Nouvelle-Calédonie et son gouvernement est consulté sur ces règles et sur la délivrance des visas de plus de trois mois (*art. 34 de la loi n° 99-209*).

68. Sur la minorité dans la coutume kanak, voir É. Cornut, « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., spé. pp. 159-161.

donien des personnes, objet du transfert, pour les citoyens ou les résidents. Cependant, si l'on peut soutenir que la coutume kanak comme le droit civil calédonien sont des normes de source française (sous la réserve de l'issue du processus référendaire), la « loi française » à laquelle se réfère l'article 17-5 du Code civil désigne exclusivement celle votée par le Parlement français.

Il n'en reste pas moins que cette origine commune rendra difficile l'invocation de réserves non expressément prévues, tel que l'ordre public, à l'application de normes calédoniennes. Ainsi, alors que les dispositions d'une loi étrangère déclarant irrecevable l'action en recherche de paternité intentée à l'égard d'un homme marié « étaient contraires à l'ordre public international français dès lors qu'elles privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle⁶⁹ » et, partant de devenir Français, il n'est pas certain que le refus par un clan de l'établissement de la filiation coutumière ne soit condamné par ce même ordre public français, en tout cas pour ce seul motif du refus⁷⁰.

69. Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2011 : *JDI* 2012, comm. 4, p. 176, note J. Guillaumé.

70. Sur cette question des rapports complexes entre coutume et ordre public, voir É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie », art. préc. et « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme », in Ch. Chabrot (dir.), *Le droit constitutionnel calédonien : Politeia* n° 20 (2011), pp. 241-261 ; V. Parisot, S. Sana-Chaillé de Néré, *ibidem*.

DROIT PÉNAL - APPLICATION DES PEINES⁷¹

ÉCLAIRAGE JURIDIQUE – LIBRE PROPOS : LA LIBÉRATION CONDITIONNELLE AU SEIN DU CLAN, QUAND LA JUSTICE PÉNALE ENLÈVE SON BANDEAU POUR MIEUX MANIER LE GLAIVE

A l'heure où l'indépendance calédonienne occupe tous les esprits, et où certains bilans de l'application du droit métropolitain à un contexte social qui n'est pas celui dans lequel il est né peuvent être dressés, il faut relever la place ambivalente qu'occupent le droit pénal et l'application de ses peines. En effet, le droit pénal est à juste titre regardé comme un droit dont la symbolique régaliennes et dont les enjeux liés au respect des droits de l'homme sont spécifiques. Alors qu'en droit de la famille, il a été admis que l'on ne puisse pas transposer purement et simplement un ensemble de règles, sans égards pour les coutumes⁷², il n'en va pas de même en droit pénal. Admettre sa différence serait bien admettre un certain retrait de l'Etat français et de l'exercice de sa coercition. Pourtant, des initiatives ont été prises par des magistrats, en l'occurrence par un juge de l'application des peines⁷³, pour faire place au principe de réalité et procéder à des adaptations de certaines règles⁷⁴. Ainsi, des libérations conditionnelles au sein du clan ont été prononcées entre 2001 et 2005, principalement à Lifou, et la possibilité de réaliser des travaux d'intérêt général coutumiers est étudiée actuellement.

Rien d'étonnant peut-être à ce que l'évolution vienne d'un juge, dont l'office est naturellement d'accorder une règle générale à un cas concret, mais rien d'étonnant surtout à ce qu'elle soit l'œuvre d'un juge de l'application des peines, puisqu'il est en devoir d'individualiser une peine, c'est-à-dire d'en adapter les modalités à la situation d'un condamné, laquelle peut être marquée d'une histoire personnelle, professionnelle ou médico-sociale singulière. La libération conditionnelle, ainsi, est une modalité d'individualisation de la peine, dont le régime est actuellement essentiellement basé sur les lois des 15 juin 2000 et 9 mars 2004, modifiées par des textes partiels, et enfin par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Pour pouvoir bénéficier d'un tel aménagement de peine, le condamné doit, une fois le temps d'épreuve purgé, démontrer le sérieux de ses efforts de réadaptation sociale. Des tels efforts passent communément par une indemnisation de la victime, par une participation à la vie familiale, ainsi que par une activité professionnelle ou une formation. Partant du constat d'une relative difficulté à respecter ce cadre pour certains détenus kanak, dont la vie familiale est celle du clan, et dont l'emploi

71. *Mathilde Briard, Maître de conférences à l'Université de Bordeaux.*

72. Voir notamment Étienne Cornut, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et cultures*, 60 | 2010, 151-175, mais aussi Christine Salomon, « Les femmes kanakes face aux violences sexuelles : le tournant judiciaire des années 1990 », *Journal des anthropologues*, 82-83 | 2000, 287-307 ; le numéro « Justices ultramarines » de la revue *Ethnologie française* 2018/1 (N° 169). 192 pages ou Régis Lafargue, *Le chemin, le geste et la parole. De la norme autochtone au droit coutumier kanak*, éd. Dalloz, coll. *L'esprit du droit*, 2017, et *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, éd. LGDJ, 2010.

73. Éric Mangin. Qu'il soit ici chaleureusement remercié pour l'exposé très clair et très instructif qu'il a fait de son travail en entretien.

74. V. également Étienne Cornut, Pascale Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, éd. PUNC, 2018, spéc. V. Malabat, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », p. 214 et s., et É. Duraffour, « Pour que le châtiment soit un honneur », p. 235 et s.

consiste en une activité de pêche ou d'agriculture, et en partant aussi du constat de la difficulté à faire admettre la peine de prison comme pouvant être légitime dans une culture où l'attachement à la terre est sensible⁷⁵, le juge de l'application des peines se trouve à première vue dans une impasse. Il est d'autant plus nécessaire d'adapter une peine privative de liberté qui n'est pas comprise, mais les cadres du droit pénal ne permettent pas de mettre en œuvre une libération conditionnelle classique. Il a donc fallu, non pas contourner mais interpréter, ces cadres pour appliquer une peine qui ait du sens, non seulement pour le condamné, mais encore pour le tissu social calédonien.

Cette pratique, comme celle qui est actuellement à l'étude de pratiquer des TIG coutumiers, interroge l'existence, de fait, d'un droit de l'application des peines propre à la Nouvelle-Calédonie, et donc potentiellement celle d'un droit pénal spécifique (I). Ces adaptations des modalités d'application des peines conduisent également à poser la question du sens de l'individualisation de la peine là où c'est l'appartenance à un groupe humain qui la fonde en grande partie (II).

I. DE L'APPLICATION DES PEINES À UN DROIT PÉNAL PROPRE À LA NOUVELLE CALÉDONIE

Depuis l'essor d'une multitude de droits pénaux spéciaux, il est admis que le principe de l'unité du droit pénal peut connaître des exceptions. Le Conseil Constitutionnel avait ainsi, il y a longtemps déjà⁷⁶, donné son blanc-seing au développement de nombreux régimes dérogatoires, tels que le droit pénal de l'environnement ou le droit pénal des affaires. Ces régimes spécifiques, au moins au plan procédural, ont permis de reconnaître que s'il existe un seul droit pénal français, celui-ci pouvait dans certaines situations, particulièrement complexes ou particulièrement sensibles, être adapté. S'il s'agissait alors d'adapter un système cohérent de règles pénales dans leur ensemble, c'est d'un mouvement de pensée comparable que se sont développés les principes du droit de l'application des peines à l'échelle individuelle. Partant d'un même impératif d'adaptation, les peines devaient, pour être mieux comprises, être plus efficaces en terme de réinsertion et plus légitimes dans un contexte social évolutif, pouvoir être modulées⁷⁷. En Nouvelle-Calédonie, une telle modulation, si elle s'applique en interprétant d'une manière originale les conditions posées par le droit national, pose immanquablement la question de la pertinence de l'application du droit pénal national dans le Pacifique sud. Partout, le juge de l'application des peines remplit sa mission en tenant compte de la personnalité du condamné et du tissu social dans lequel il évolue⁷⁸. Mais en Nouvelle-Calédonie, concernant la libération conditionnelle, cette mission, pour être pleinement effectuée, dépend d'une accommodation

75. Et où en outre les centres pénitentiaires manquent largement de moyens : Voir l'avis sur la question pénitentiaire dans les outre-mer, Journal Officiel du 14 juin 2017 - Numéro 138, Commission nationale consultative des droits de l'homme

76. « Il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense », Cons. Const. 3 septembre 1986, n°86-213 DC, considérant n° 12.

77. Ce mouvement de pensée est loin de s'éteindre, comme le démontre la réflexion consacrée au sens de la peine dans les chantiers de la justice. Voir par exemple l'étude d'Évelyne Bonis, « Chantiers de la justice : sens et efficacité des peines », *Recueil Dalloz* 2018 p.944

78. Sur les critiques qui lui étaient adressées d'être plutôt un juge de « l'inapplication des peines », voir Martine Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, 2016, coll. Dalloz Action, Dalloz, n° 121-13, p. 198.

des critères légaux à la réalité de la vie du clan pour les condamnés kanak. Ainsi, le juge Éric Mangin devait-il, pour répondre aux conditions de la libération conditionnelle, obtenir des attestations des clans concernés, produites sur le modèle des coutumes de pardon, faisant intervenir les petit chef et grand chef, et valant à la fois bail d'habitation et contrat de travail. Il s'agissait d'adapter les règles de la libération conditionnelle à la réalité vécue des candidats kanak à cet aménagement de peine. Les travaux de chasse ou de pêche effectués pour le clan, la participation à la vie communautaire font, de fait, partie intégrante de la réinsertion de ces condamnés. Il faut ajouter à cela qu'une connaissance solide des clans est indispensable au juge de l'application des peines qui met en œuvre une telle libération conditionnelle, les clans n'étant d'abord pas tous désireux d'être associés ainsi à la justice pénale, et étant chacun très différents les uns des autres. Ensuite, la mise en place de cette modalité d'exécution de la peine doit aussi tenir compte de certaines réalités de la vie en clan, telles que les sanctions corporelles qui sont susceptibles d'être appliquées au condamné.

Cette évidence pratique suppose au plan théorique que soit comprise la réalité du terrain⁷⁹. Elle suppose également que soit amorcée une réflexion sur la particularité du droit pénal en Nouvelle-Calédonie. Il serait aisément de rétorquer que cette réflexion serait abusive, dans la mesure où c'est d'application des peines qu'il est seulement question ici, et non pas du droit pénal et de ses grands principes, ou qu'elle serait insolvable pour un juriste, privatiste qui plus est, la question recouvrant en vérité un enjeu seulement politique. Pourtant, d'une part, si le droit de l'application des peines est académiquement et institutionnellement doté d'une certaine autonomie, il est éminemment marqué par les grands principes du droit pénal puisqu'il est aux prises directes avec les droits de l'Homme qu'il engage. Que l'on s'attache seulement aux principes de l'interprétation stricte de la loi pénale, et de l'identité du droit pénal, pour se convaincre qu'une adaptation des règles de la liberté conditionnelle propre au territoire calédonien interroge bel et bien le système pénal dans son ensemble. D'autre part, certes, il est impossible d'ignorer les tenants et aboutissants purement politiques qui entourent ces questions pénales. Mais ne pas les ignorer ne revient pas à leur accorder une hégémonie de principe sur des questionnements qui relèvent bien de la technique et de la philosophie juridique.

Il apparaît donc que la pratique des libérations conditionnelles au sein du clan, ainsi que l'étude de TIG coutumiers implique un droit pénal propre à la Nouvelle-Calédonie. Ce constat peut être renforcé par celui de l'originalité profonde de l'individualisation de la peine qui se pratique ici, dans la mesure où elle fait intervenir une identité clanique.

II. DE L'INDIVIDUALISATION DE LA PEINE À LA PLACE DU CLAN DANS L'APPLICATION DE LA PEINE EN NOUVELLE-CALÉDONIE

Le sens de la peine, dont l'importance normative ne cesse d'être rappelée⁸⁰, dépend d'un contexte historique, géographique et culturel donné. La peine ne peut être comprise, et donc utile et légitime, que si elle correspond à un système symbolique social qu'auront en partage

79. Pour une étude mettant en valeur les capacités des magistrats sur place voir Régis Lafargue, « La justice en outre-mer : justice du lointain, justice de proximité », *Revue française d'administration publique* 2002/1 (n° 101), p. 97-109. Il faut relever que les îles du Pacifique sud qui ont été placées sous la domination de pays de Common Law n'ont pas tout à fait les mêmes difficultés, les juges ayant déjà, dans ces systèmes, les compétences normatives requises pour adapter le droit qu'ils appliquent.

80. Franck Ludwiczak et Jean Motte (dir.), *Du sens de la peine*, L'Harmattan, Paris, 2017, 438 p.

auteur (punition), victime (réparation) et communauté toute entière (prévention)⁸¹. L'individualisation, qui doit être opérée par le juge de l'application des peines, doit donc l'être en tenant compte d'éléments de personnalité et de la situation objective du condamné qui peuvent être compris par le corps social. L'individualisation ainsi ne saurait rendre l'aménagement de la peine aléatoire, ni conduire à un favoritisme⁸² ou une discrimination. Or, une telle individualisation pose en Nouvelle-Calédonie, outre la question qui a été traitée plus haut de la particularité du droit pénal, deux difficultés particulièrement édifiantes.

Premièrement, compte tenu des conditions dans lesquelles la libération conditionnelle a été appliquée, l'individualisation relève à la fois de considérations personnelles et de considérations claniques. Cela est tout à fait singulier. La personnalité du condamné qui préoccupe partout dans le monde les juges et les magistrats qui visent à une efficacité de la peine limitant la récidive et favorisant la réinsertion, se dédouble en quelque sorte dans ce cas d'une personnalité du clan. Non seulement, en effet, l'identité du clan joue un rôle dans la possibilité même de mettre en œuvre la libération conditionnelle au sein du clan ou les TIG coutumiers, puisqu'on sait très bien que tous les clans n'ont pas la capacité ou la volonté d'assumer ces rôles, mais encore l'appartenance clanique est concrètement regardée comme un élément de la personnalité du condamné. Une réalité ethnologique s'impose ici⁸³. Le groupe n'est pas, comme dans nos sociétés occidentales, l'élément antagoniste de l'individu⁸⁴.

Deuxièmement, cette individualisation de la peine marquée du sceau de l'identité clanique pourrait accroître, sur le territoire calédonien, des crispations communautaires déjà sensibles, la libération conditionnelle au sein du clan ou le TIG coutumier pouvant être vécu comme une faveur faite aux condamnés kanak, voire comme une discrimination de ceux qui n'ont aucun clan d'appartenance. Une discrimination étant cependant définie comme une distinction introduite dans le règlement de deux situations identiques, il serait possible immédiatement de nuancer l'importance de cette seconde difficulté, dans la mesure où de fait les modes de vie au sein du clan ne sont pas comparables au tissu social qui se noue en dehors du clan. En droit de la famille, l'application de règles différentes en matière de divorce ou d'adoption est bien admise sur le même constat. Sans discrimination, au sens juridique du terme, les initiatives d'un juge de l'application des peines pour associer les clans à des libérations conditionnelles ou à des TIG peuvent s'appliquer.

81. Cela est d'autant plus vrai sans doute lorsque la peine initiale est privative de liberté. Mais une même valeur symbolique existe et ne doit pas être négligée quant aux peines qui sont exécutées en milieu ouvert. Voir Pierrette Poncela, « Dehors... La prison dans la tête. Quelques réflexions à propos des peines de milieu ouvert », *Archives de politique criminelle*, vol. 35, n° 1, 2013, pp. 7-23.

82. C'est pourtant souvent ainsi qu'est perçue, à tort, la libération conditionnelle : Frieder Dünkel, et Mareike Fritsche, « L'aménagement de la peine et la libération conditionnelle dans les systèmes pénitentiaires allemand et français », *Déviance et Société*, vol. 29, no. 3, 2005, pp. 335-348.

83. Umberto Cugola. « Malaise dans la colonisation. Pour une clinique de la délinquance juvénile en pays kanak », *Journal de la Société des Océanistes*, vol. 144-145, n° 1, 2017, pp. 221-238.

84. « En tous les cas, le sujet enveloppé dans ces systèmes communautaires kanak n'est pas celui de notre modernité, abandonné à ses fantasmes et à ses pulsions, isolé dans une foule et un « être ensemble » de façade. » (p. 231). « Car, du côté des dominés, les familles, les clans, les tribus, le collectif, le « Nous » donc... est puissamment fragilisé par des ruptures, des discontinuités que nous avons tentées de mettre en évidence. Pour autant, ce « Nous », ce collectif, l'enfant kanak en a grandement besoin pour construire sa singularité de sujet. Il en a besoin pour se sentir aimé, pétri d'un sentiment de sécurité affective qui vienne nourrir son estime de soi. », p. 236, Umberto Cugola, *idem*.

Les implications politiques de telles mesures ne peuvent être négligées, mais elles ne peuvent non plus recouvrir la réalité pénale. Avant d'être un droit fortement marqué dans la symbolique régaliennes, c'est un droit qui touche directement à l'humain, et pour lequel une connaissance ethnologique approfondie est souhaitable⁸⁵. Le processus référendaire en cours, portant sur l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, ne résoudra pas de lui-même, quelle que soit son issue, les problématiques de la mise en œuvre des peines sur le territoire. C'est d'une meilleure connaissance de la réalité humaine du terrain, et d'une reconnaissance de la valeur de ces savoirs, que dépendra l'association des instances coutumières au droit pénal appliqué en Nouvelle-Calédonie.

85. De fait la libération conditionnelle au sein du clan tout comme les TIG coutumiers sont mis en place par des magistrats dont l'intérêt pour les travaux des ethnologues tels que Patrice Godin est évident.

DROIT DU TRAVAIL⁸⁶

VEILLE JURIDIQUE - NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES À LA NOUVELLE-CALÉDONIE :

Projets de Loi du pays et de délibération instituant un congé pour responsabilités coutumières adoptés définitivement par le Congrès respectivement le 3 mai 2018 (promulgation le 28 mai 2018) et le 1^{er} juin 2018

Selon les termes du rapporteur spécial au Congrès, ce projet de loi du pays a « pour objet d'intégrer les obligations coutumières et les spécificités socioculturelles dans le droit du travail pour faire ainsi cohabiter les contraintes du monde du travail avec la pratique de l'identité kanak et la préservation de l'organisation sociale traditionnelle kanak ».

L'objet de la loi du pays, inscrit à l'agenda social partagé du Gouvernement depuis 2013, est de permettre aux salariés des entreprises de la Nouvelle-Calédonie de s'absenter pour remplir des obligations qui leur incombent dans le cadre de responsabilités coutumières particulières. L'entrée en vigueur de ce dispositif est fixée au 1^{er} juillet 2018 et concerne l'ensemble des entreprises installées en Nouvelle-Calédonie, quel que soit leur effectif.

Un droit à congé avait été prévu par l'article 32 de l'ordonnance n° 82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le Territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances. Cet article disposait qu'« *un arrêté du chef du territoire pris en conseil de gouvernement fixe, sur proposition des représentants des GDPL, la date et les conditions, dans lesquelles la fête des ignames ouvre droit à une autorisation d'absence dont le même arrêté détermine la durée. Un arrêté pris comme il a été dit ci-dessus fixe en outre les règles selon lesquelles, dans la limite de 5 jours par an, des autorisations d'absence peuvent être accordées à l'occasion d'événements à caractère familial, coutumier ou culturel* ». Ce texte avait été abrogé par l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail [...] en Nouvelle-Calédonie. Seul l'article 79 de l'AIT, conclu à la même période, prévoyait une possibilité de congé pour raisons coutumières, sans pour autant que celui-ci revête un caractère contraignant. Ainsi, depuis 1985, la mise en place de ces congés pour événements coutumiers était laissée à la négociation collective au niveau de l'entreprise. La présente loi du pays n'a pas le même objet que l'ordonnance de 1982 ou l'article 79 de l'AIT dans la mesure où elle n'organise pas un droit général à congé pour les salariés relevant de la coutume kanak lors des événements coutumiers. Elle organise un régime de congés au bénéfice des seuls responsables coutumiers. Les nouveaux articles Lp. 242-73 et suivants énumèrent les autorités coutumières pouvant prétendre à ces jours de congés. Il s'agit des chefs de clan, chefs de tribu, ou grands-chefs et Présidents du conseil des chefs de clan, à l'exclusion de toute autre responsabilité coutumière. Selon le sénat coutumier environ 330 personnes sont potentiellement concernées par le congé pour responsabilités coutumières.

Ce congé, d'une durée de 6 jours par an, n'est ouvert qu'au salarié ayant une ancienneté d'au moins 3 mois de travail effectif chez le même employeur. Celui-ci n'est pas cumulable avec un autre congé coutumier (tel celui prévu par l'article 79 de l'AIT), et ne sera finalement pas rémunéré, sauf accord collectif plus favorable. Un bilan de la loi du pays sera établi à l'issue d'une année de mise en œuvre du dispositif afin de voir si des aménagements doivent être introduits. Concrètement, une demande de congé pour responsabilité coutumière doit être faite par écrit

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

6 jours au moins avant l'évènement. L'employeur peut demander des justificatifs de la qualité du salarié justifiant du droit à congé ainsi que la preuve de l'évènement pour lequel il est requis. L'employeur ne peut refuser le congé que si l'absence du salarié perturberait gravement la bonne marche ou l'organisation de l'entreprise et du service. Il ne peut refuser plus de 3 fois l'octroi du congé et son refus doit être motivé et notifié au salarié dans un délai maximum de 5 jours calendaires à compter de la réception de la demande. Au-delà de 3 refus, le congé est accordé de plein droit. La durée de ce congé est assimilée à une période de travail effectif pour le calcul de l'ancienneté et de l'assiduité du salarié.

Enfin, la loi du pays complète l'article Lp. 112-1 du Code du travail interdisant toute discrimination à l'embauche, par le principe de non-discrimination à l'égard des personnes ayant des responsabilités coutumières.

<https://www.youtube.com/watch?v=tzz44PcXvvl>

<https://www.youtube.com/watch?v=DyvSuTpQNQo>

ÉCLAIRAGE JURISPRUDENTIEL – COMMENTAIRE DE DÉCISION

Cour d'appel de Nouméa, Chambre sociale, 21 août 2017, n° 16/00036 (extraits) :

Conséquences classiques de confusions entre notions juridiques distinctes : un accord de rupture amiable n'est pas une transaction ! Le temps de travail effectif n'est pas un temps d'astreinte !

PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE

Selon CDI en date du 13 juin 2013 Mme X était embauchée par Mme Z, représentée par son tuteur, son fils E Z, en qualité de garde malade moyennant un salaire brut mensuel de 15 195 FCFP pour 39h de travail par semaine sur lequel étaient prélevés les avantages en nature suivants : logement [...], repas [...], véhicule 15 000 FCFP [...].

Il était prévu que les horaires de Mme X soient déterminés selon un planning joint au contrat et susceptible d'être modifié à tout moment et un guide d'instruction des tâches à effectuer était remis à la salariée. Mme X était relayée par la femme de ménage 2 matinées par semaine et par une garde-malade patentée 3 après-midi par semaine.

Ayant décidé de placer Mme Z en institution médicalisée à compter du 13 décembre 2013 compte tenu de la dégradation de son état de santé, M. E Z proposait une résiliation conventionnelle du contrat de travail à Mme X sur le fondement de l'article 1134 du code civil prévoyant le versement d'une indemnité forfaitaire de 104 893 FCFP qu'elle signait le 10 décembre 2013, soit 6 mois après son embauche.

Par courrier recommandé en date du 7 février 2014, Mme X sollicitait le paiement de ses heures supplémentaires et le remboursement de sommes qui lui avaient été prélevées au titre de ses avantages en nature.

Par courrier en date du 20 février 2014, M. E Z refusait de faire droit à toutes ses demandes.

Mme X, [...] a fait convoquer devant le tribunal du travail de Nouméa Mme Z, représentée par son tuteur, M. E Z. Elle faisait valoir que l'accord de résiliation conventionnelle ne portait exclusivement que sur la rupture du contrat de travail et que dès lors la clause de renonciation à tout recours judiciaire incluse dans cet accord était nulle et son action parfaitement recevable. [...] Elle exposait qu'elle ne travaillait pas 39h par semaine mais qu'elle devait rester 24h sur 24 au chevet de Mme Z, sauf lorsque la femme de ménage et la garde-malade patentée venaient de sorte qu'elle ne disposait que de 17h sans travail dans la semaine.

Elle soutenait que lorsque ces personnes venaient (22h par semaine) elle continuait à travailler et notamment faisait les courses et qu'au départ de la garde-malade à 17h, elle devait s'occuper de Mme Z et la surveiller la nuit.

Ainsi, elle estimait sa durée de travail à 151h par semaine au lieu des 39h prévues contractuellement et considérait donc avoir effectué 112h supplémentaires par semaine qui devaient être rémunérées conformément à la convention collective.

[...] Mme Z, représentée par son fils E Z, soutenait que l'action était irrecevable au motif que la requérante avait renoncé dans le cadre de l'accord de résiliation du contrat à exercer tout recours portant sur la relation contractuelle ce qu'admettait la Cour de cassation contrairement à ce que soutenait Mme Y.

Elle ajoutait que Mme X, qui était domiciliée chez elle, ne pouvait prétendre avoir travailler 24h sur 24 alors qu'elle ne s'occupait pas d'elle la nuit et le week-end et ne justifiait pas être intervenue la nuit. Elle estimait que Mme X ne pouvait être rémunérée que pour son travail effectif et en cas d'intervention la nuit ne pouvait prétendre qu'à des astreintes. [...]

Par jugement du 8 mars 2016, le tribunal du travail de Nouméa a statué ainsi qu'il suit :

DÉCLARE recevable l'action tendant à réclamer des rappels de salaire et remboursements en nature ;

CONDAMNE Mme Z, représentée par son tuteur M. E Z à payer à Mme X les sommes suivantes : [...] 1 996 675 FCFP à titre de rappels d'heures supplémentaires ; [...]

PROCÉDURE D'APPEL

Par requête déposée au greffe le 5 avril 2016, Mme Z, représentée par son tuteur M. E Z, a interjeté appel de la décision.

Par mémoire ampliatif d'appel enregistré le 3 juin 2016, elle fait valoir, pour l'essentiel :

- que l'action de Mme X n'est pas recevable compte-tenu de l'accord de résiliation conventionnelle librement consenti entre les parties le 25 novembre 2013, conformément aux dispositions de l'article 2044 du Code civil ;

[...] - que le paiement d'heures supplémentaires n'est pas justifié, la période d'astreinte ne constituant pas un temps de travail effectif dans la mesure où Mme X était domiciliée et résidente à la même adresse que Mme Z ; que la seule pièce retenue par le premier juge consistant en un planning non signé précisant que Mme X était de travail effectif la nuit toute la semaine ne pouvant prévaloir sur les mentions du contrat de travail précisant un temps de travail effectif de 39h [...] et un descriptif des tâches à accomplir qui n'indiquait aucunement la nécessité d'être présente la nuit [...] ; qu'au surplus, Mme X n'a jamais prétendu devoir être rémunérée pour un travail effectif toute la nuit mais a seulement demandé un rappel de salaires pour la tranche horaire de 17h à 22h. [...]

Par conclusions valant appel incident [...], Mme X fait valoir, pour l'essentiel :

- que si la transaction peut avoir pour objet de mettre fin à une contestation à naître, la jurisprudence constante considère qu'une transaction destinée à mettre fin à un litige né ou à naître ne peut intervenir qu'après la rupture du contrat de travail et après que le salarié ait eu connaissance des motifs de son licenciement ; qu'en l'espèce, Mme X n'a pas fait l'objet d'un licenciement puisque son contrat de travail a été rompu par l'accord de résiliation conventionnelle ; qu'ainsi, l'accord passé entre les parties qui porte uniquement sur la rupture du contrat de travail de Mme X ne peut valoir transaction et renonciation à recours ; qu'en conséquence, la clause de renonciation à recours doit bien être considérée comme nulle et l'action de Mme X doit être déclarée recevable ;

- qu'elle sollicite la confirmation de la décision [...] - que s'agissant des heures supplémentaires qui lui sont dues, compte-tenu du fait que Mme Z ne pouvait rester seule, elle devait nécessaire-

rement rester sur son lieu de travail lequel était effectivement devenu par nécessité son domicile ; qu'ainsi, la jurisprudence considérant que constitue du temps de travail effectif le temps pendant lequel des salariés sont tenus de rester dans des locaux imposés par l'employeur à proximité immédiate de leur lieu de travail pour répondre sans délai à toute demande d'intervention, elle est fondée à demander le paiement de 112h supplémentaires sur la base hebdomadaire de 151h de travail [...].

En conséquence, Mme X demande à la cour de statuer ainsi qu'il suit :

[...] Condamner Mme à verser à Mme X la somme de 2 134 375 FCFP au titre des heures supplémentaires ; [...]

MOTIFS DE LA DÉCISION

De l'accord de résiliation conventionnelle et de la recevabilité de l'action

Attendu que l'accord de résiliation conventionnelle signé par les parties est ainsi rédigé :

« Nouméa, le 25 novembre 2013

Entre les soussignés, M. Z E représentant légal de Mme Z et Mme X [...], il a été convenu ce qui suit :

Mme X a été embauchée comme dame de compagnie de Mme Z le 13 juin 2013.

Les parties se sont rencontré afin de convenir des conditions et modalités de la cessation d'un commun du contrat de travail de Mme X conformément aux dispositions de l'article 1134 du code civil.

Après réflexion et dûment informée des conséquences de sa décision par M. E Z, notamment au regard de l'assurance chômage, Mme X a confirmé de formaliser le présent accord.

Après discussion, les conditions de son départ de l'entreprise ont été fixées d'un commun accord selon les modalités suivantes :

- La rupture du contrat de travail de Mme X a été fixée au 10 décembre au soir, date à laquelle cette dernière pourra quitter son poste libre de tout engagement.

A la date de son départ, Mme X percevra les sommes suivantes :

** Une somme [...] correspondant au titre de la rémunération pour la période du 01 au 10 Décembre 2013.*

** Une somme [...] au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés.*

Par ailleurs, il sera versé à Mme X une somme globale et forfaitaire brute de 104 893 FCFP afin de récompenser le travail accompli.

[...] En conséquence et compte tenu de ce qui a été décidé ci-dessus, les parties s'estiment remplies de tous leurs droits et renoncent mutuellement à toute instance, toutes contestations et toutes actions en justice résultant de leur relation contractuelle et de ses suites tant sur le fond que sur la forme.

Les deux parties s'engagent à exécuter de bonne foi le présent accord régi par l'article 1134 du Code Civil.

Fait à NOUMÉA, en deux exemplaires originaux dont un remis à chacune des parties.

Le 25/11/2013

Pour Mme Z Son Tuteur, E Z

Lu et approuvé bon pour accord transactionnel (mention manuscrite) signature

Mme X

Lu et approuvé bon pour accord transactionnel (mention manuscrite) signature » ;

Attendu que selon la jurisprudence, la rupture d'un commun accord du CDI a pour seul objet de mettre fin aux relations des parties ; qu'elle ne constitue pas une transaction destinée à mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de la rupture définitive du contrat de travail, et ne peut avoir pour effet, peu important les termes de l'accord,

de priver le salarié des droits nés de l'exécution du contrat de travail ; qu'en conséquence, doit être cassé l'arrêt qui déclare irrecevables les demandes du salarié qui, sans remettre en cause la rupture amiable de son contrat de travail ni sa cause économique, sollicitait diverses sommes au titre de l'exécution du contrat, au motif qu'aux termes de l'accord amiable de rupture, il avait déclaré être rempli de ses droits pouvant résulter de l'exécution comme de la rupture du contrat ; Attendu que c'est ainsi par de justes motifs que la Cour adopte, que le premier juge, après avoir relevé qu'il résultait de l'examen des termes employés dans la transaction invoquée par Mme Z, que le but de cette convention signée était de régler les conditions de départ de la salariée et nullement de transiger sur les litiges concernant l'exécution du contrat de travail et qu'il importait peu que la formule de style finale reprise ci-dessus concerne la renonciation à tout recours de la part de la salariée, a estimé que l'accord de rupture amiable ne constituait pas une transaction destinée à mettre fin par des concessions réciproques à une contestation née ou à naître ayant pour effet de priver le salariée des droits nés de l'exécution du contrat de travail ; Attendu qu'en conséquence, l'action concernant les rappels de salaire et les heures supplémentaires est recevable ; [...]

De la demande relative au paiement d'heures supplémentaires

Attendu que les parties s'opposent sur ce point, Mme Z contestant tout paiement d'heures supplémentaires tandis que Mme X, [...], fait grief à la décision entreprise d'avoir limité à 59h le nombre des heures supplémentaires qu'elle sollicitait ;

Attendu que la jurisprudence a pu rappeler qu'en cas de litige relatif à l'existence même d'heures de travail réellement accomplies ou au nombre de ces heures de travail accomplies, il appartient d'abord au salarié qui soutient avoir exécuté des heures supplémentaires de rapporter la preuve du principe de cette réalité et qu'une fois ce principe établi, chaque partie doit apporter au tribunal les éléments propres à fonder sa décision ;

Attendu qu'il résulte des pièces produites que si le contrat de travail mentionne une durée de travail effectif de 39h par semaine, force est de constater que le planning établi du lundi au dimanche, soit sur 7 jours, détaille les 39h à effectuer durant la semaine mais également mentionne que Mme X, [...] doit être présente la nuit, sans cependant faire référence à un nombre d'heures ; que le fait que ce document ne soit pas signé n'est pas de nature à lui dénier toute valeur probatoire alors même que l'employeur ne conteste pas en être à l'origine ; qu'en outre, le document manuscrit intitulé 'déroulement de la journée' précise que Mme Z se couche à 21h- 22h ;

Attendu par ailleurs, que la jurisprudence a pu retenir que la cour d'appel, qui constate que la sujétion imposée à une directrice de résidence pour personnes âgées de se tenir durant la nuit dans son logement de fonction personnel situé au sein de l'établissement, afin d'être en mesure d'intervenir en cas d'urgence, ne l'empêchait pas de vaquer à des occupations personnelles, en déduit exactement que les heures de permanence effectuées constituaient une astreinte et non un travail effectif (Cass. Soc. 31 mai 2006) ;

Attendu qu'il résulte de ces éléments pris en leur ensemble, que Mme X était conduite à assurer un travail effectif jusqu'à 22h, heure fixée pour le coucher de Mme Z, puis devait de 22h jusqu'au lendemain matin 8h, alors qu'elle était dans la chambre meublée mise à disposition par son employeur moyennant une retenue mensuelle de [...], pouvoir être en mesure d'intervenir la nuit en cas d'urgence sans que cela ne l'empêche cependant de pouvoir vaquer à des occupations personnelles ; qu'ainsi, ce temps de repos doit s'analyser non pas comme un temps de travail effectif mais comme une astreinte ;

Attendu en conséquence, que Mme Z doit être condamnée à payer à Mme Y, au titre des 41h supplémentaires qui lui sont dues, compte-tenu de la déduction des 12h de présence hebdomadaire de la femme de ménage ramenées à 8h en raison de la nécessité durant cette présence

d'effectuer des courses et des 10h hebdomadaires de présence de la garde-malade : [...] soit la somme totale de 1 523 100 FCFP [...]

Attendu que la décision entreprise sera ainsi réformée ;

[...] PAR CES MOTIFS

La cour,

[...] Confirme le jugement du 8 mars 2016 du tribunal du travail de Nouméa, à l'exception des dispositions relatives à la condamnation [...] au titre des heures supplémentaires et :

[...] Condamne Mme Z, représentée par son tuteur M. E Z à payer à Mme X à titre de rappels d'heures supplémentaires la somme de 1 523 100 FCFP ; [...]

Commentaire :

L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour d'appel de Nouméa rappelle les risques encourus résultant de la confusion de notions juridiques voisines, mais relevant de régimes juridiques très différents.

En l'espèce, une salariée embauchée en qualité de garde-malade a été recrutée sous CDI pour une durée de 39h hebdomadaire. Le planning de travail, susceptible d'évoluer à tout moment, prévoyait un travail sur 7 jours, détaillant les 39h à effectuer durant la semaine et indiquant que la salariée devait aussi être présente la nuit. Suite au placement du malade dans une institution spécialisée, l'employeur décide de rompre le contrat de travail de la salariée garde-malade pour motif économique. Pour ce faire, les parties ont conclu un accord de résiliation conventionnelle par lequel elles renonçaient à toute action en justice « *résultant de leur relation contractuelle et de ses suites tant sur le fond que sur la forme* ». Malgré cette clause, la salariée a saisi le Tribunal du travail de Nouméa d'une demande de paiement d'heures supplémentaires. La Cour d'appel confirme le jugement déclarant l'action en justice recevable, mais l'infirme quant au montant alloué au titre du paiement des heures supplémentaires. Cet arrêt didactique, rappelle que, d'une part la rupture d'un commun accord du contrat de travail se distingue, tant au niveau de son objet que de son régime juridique, de la transaction (I), et que d'autre part, temps d'astreinte et temps de travail effectif sont deux notions juridiques différentes ayant de ce fait chacune un régime juridique qui lui est spécifique (II).

I. « ACCORD DE RÉSILIATION CONVENTIONNELLE » VERSUS TRANSACTION

L'expression « accord de résiliation conventionnelle » employée par les parties pour qualifier leur accord reflète de manière patente les confusions classiques rencontrées en matière de rupture dite « négociée » du contrat de travail. Elle associe et mêle de ce fait, trois notions pourtant bien distinctes que constituent la résiliation d'un commun accord, la rupture conventionnelle et la transaction. Leur seul point de similitude tient à l'imputabilité de la rupture, ne reposant ni sur le salarié (sinon il s'agirait d'une démission), ni sur l'employeur (sinon il serait question de licenciement). De manière plus précise, si les deux premières notions ont pour objet et pour effet de rompre le contrat de travail, la troisième a uniquement pour objet, selon l'article 2044 du Code civil, de terminer « une contestation née » ou de prévenir « une contestation à naître, seulement à mettre fin à un litige né ou à naître et ne peut intervenir qu'après la rupture du contrat de travail. L'arrêt étudié donne l'occasion de reprendre chacune de ces notions.

Evacuons immédiatement la question de la « rupture conventionnelle ». Celle-ci est définie par le législateur comme « *l'accord des parties sur les conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie* ». La principale différence entre cette rupture conventionnelle et la rupture d'un

commun accord entre les parties provient du fait que si cette dernière est régie par le Code civil, la première obéit à un régime légal très strict défini par le Code du travail ... métropolitain, raison pour laquelle la notion, le régime juridique et par conséquent le terme de « rupture conventionnelle » doivent être bannis de tous les actes ayant pour objet de rompre un contrat de travail relevant du droit du travail de la Nouvelle-Calédonie !

A titre d'exemple, le Code du travail métropolitain impose lors d'une rupture conventionnelle d'organiser un ou plusieurs entretiens, au cours desquels les parties peuvent être assistées. Il est également obligatoire de verser une indemnité de rupture qui ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement. Elle permet également de pouvoir prétendre aux allocations de chômage. En outre, un délai de rétractation de 15 jours s'applique à compter de la signature de l'accord, à l'issue duquel la convention est adressée à l'administration pour homologation. Tel est le régime législatif imposé par le Code du travail métropolitain relativement à la rupture conventionnelle !

A l'issue de ce premier développement, force est de constater qu'il ne reste donc plus qu'un seul mode de résiliation d'un commun accord du contrat de travail disponible en Nouvelle-Calédonie, résultant de l'article 1134 du Code civil de Nouvelle-Calédonie. Ainsi, « *les conventions légalement formées [...] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel* ». A cette occasion, les parties peuvent convenir de modalités particulières de rupture, dans la limite et le respect des droits indisponibles, et/ou d'ordre public.

S'agissant enfin de la transaction, celle-ci a précisément pour intérêt d'obtenir des parties des concessions réciproques. L'une d'entre elles consiste précisément à renoncer à toute action en justice quant aux éléments contenus dans la transaction. La présence des concessions réciproques est une condition de validité de la transaction. De même, en raison de la renonciation au droit d'agir en justice qu'entraîne la conclusion d'une transaction, la capacité juridique est requise. Or, en l'espèce, si les juges ne s'étaient pas fondés sur un autre motif pour refuser la qualification de transaction à l'acte conclu par les parties, ils auraient pu se fonder sur l'article 467 du Code civil de Nouvelle-Calédonie selon lequel ce contrat ne peut être conclu que par le tuteur après autorisation du juge ou du Conseil de famille.

Si l'on demeure sur les principes spécifiques au droit du travail, l'acte conclu entre les parties ne peut pas être qualifié de transaction car celui-ci a non seulement pour objet de rompre le contrat de travail, mais aussi de régler les suites de cette rupture. Or, la jurisprudence constante de la Chambre sociale de la Cour de cassation précise que, sous peine de nullité, la transaction ne peut intervenir qu'après la rupture du contrat de travail, car le salarié ne peut renoncer qu'à des droits acquis.

L'acte qui rompt le contrat de travail et aménage les conditions de la rupture n'est donc ni une rupture conventionnelle, ni une transaction. Sur ce fondement, la Cour d'appel déclare recevable la demande de la salariée en paiement d'heures supplémentaires.

II. HEURES SUPPLÉMENTAIRES VERSUS ASTREINTES

Après avoir déclaré recevable la demande de la salariée, la Cour d'appel s'attache au fond du litige qui concerne spécifiquement la durée du travail. Ainsi, elle s'attache à distinguer les heures supplémentaires découlant de la réalisation d'un temps de travail effectif du temps d'astreinte. En l'absence de définitions légales du temps de travail effectif et de l'astreinte, la jurisprudence a posé les critères de l'un et de l'autre. La métropole s'est dotée de définitions légales en la matière au début des années 2000, mais le transfert de la compétence normative en droit du

travail étant intervenue avant l'adoption de ces lois, celles-ci sont donc *de facto* inapplicables en Nouvelle-Calédonie. La jurisprudence constante, antérieure à l'intervention du législateur métropolitain, continue donc de s'appliquer sur le territoire.

Le temps de travail effectif se définit comme « *le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles* ». Les heures ainsi accomplies au-delà de la durée légale sont soumises au régime des heures supplémentaires. En Nouvelle-Calédonie, en raison de l'absence d'intervention contraire du législateur, le temps de repos doit quant à lui être distingué du temps d'astreinte. Selon la jurisprudence, ce dernier se définit comme la période pendant laquelle le salarié, « *sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise* ». En contrepartie, le salarié doit recevoir une compensation financière ou sous forme de repos. La Cour de cassation, considère qu'il s'agit ni de travail effectif, ni de repos, mais d'un temps « *intermédiaire* » entre les deux. Ce temps sui generis que constitue le temps d'astreinte du salarié a pour effet de ne pas pouvoir être comptabilisé au titre du repos quotidien ou hebdomadaire auquel le salarié a droit. Selon le droit positif précité, Mme X ne peut donc pas travailler consécutivement à la réalisation d'une astreinte, sauf à la priver de ses droits aux repos.

Par ailleurs, la qualification d'astreinte retenue par les juges du fond constitue une exception au principe selon lequel l'astreinte ne peut se dérouler sur le lieu de travail. En l'espèce, la qualification de domicile accordée au lieu de travail en raison du paiement d'un « *loyer* » associée à la possibilité de vaquer librement à des occupations personnelles permettent au juge d'écartier la requalification de ce temps en temps de travail effectif.

En l'espèce, la présence la nuit de Mme X a été qualifiée de temps d'astreinte étant donné qu'elle était susceptible d'intervenir auprès du malade, tout en pouvant vaquer à des occupations personnelles en raison de l'établissement de son domicile sur son lieu de travail. Pour autant, le fait de retenir cette qualification n'ôte pas le droit pour la salariée de se prévaloir de ses droits aux repos et de se voir ainsi indemniser de leur violation. La Cour d'appel ne se préoccupe ni du respect des repos journalier et hebdomadaire, ni des durées maximales de travail quotidienne et hebdomadaire, alors même que la salariée travaille tous les jours de la semaine et est d'astreinte toutes les nuits... Il s'agit pourtant de droits et principes d'ordre public, dont le non-respect est par ailleurs sanctionné pénalement. La violation de ces droits ne cause-t-elle pas nécessairement un préjudice à la salariée ?

A la lueur de ces quelques observations, il apparaît que les subtilités des qualifications juridiques, entraînant l'application d'un régime juridique particulier échappent la plupart du temps aux employeurs, et ce d'autant plus lorsque l'employeur est un particulier et embauche à titre occasionnel pour les besoins de sa vie personnelle. Le droit devient alors rapidement pour lui une affaire de spécialiste qui ne laisse aucune place à l'amateurisme. Telle est la leçon apprise par l'employeur dans l'arrêt commenté ! Ce constat s'avère d'autant plus vrai en droit du travail. Il convient alors de pointer du doigt les difficultés rencontrées par les employeurs et prôner l'adoption de modèles réglementaires permettant d'éviter des contentieux dans lesquels la condamnation n'est que le reflet de la difficulté d'appréhender un droit complexe. Ces modèles permettraient en outre de garantir davantage le respect des droits des salariés sans que ceux-ci n'aient besoin d'avoir recours au juge pour le faire.

DROIT DES AFFAIRES⁸⁷

VEILLE ET ÉCLAIRAGE JURIDIQUES – NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE

- Arrêté n° 2018-41 /GNC du 9 janvier 2018, pris en application de l'article Lp. 431-9 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie concernant les modalités d'application et le contenu du dossier de notification d'une opération de concentration.

Depuis la fin de l'année 2017, le gouvernement a amorcé un mouvement en faveur d'une simplification des formalités administratives des entreprises. L'arrêté du 9 janvier 2018 concernant les modalités d'application et le contenu du dossier de notification d'une opération de concentration s'inscrit dans cette dynamique, puisqu'il crée une notification simplifiée de cette opération.

L'arrêté ayant été adopté après la désignation des membres de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ACNC), mais avant la première réunion de cette autorité, sa rédaction s'en est trouvée complexifiée. De fait, deux versions du texte ont été rédigées, la première étant destinée à prendre en compte la période transitoire, avant la première réunion de l'ACNC, pendant laquelle le gouvernement était encore compétent pour les opérations de concentration. Cette première réunion ayant eu lieu, la rédaction de l'arrêté s'en trouve simplifiée, et la version consolidée sur le Juridoc ne fait état que de la version retenant la compétence de l'ACNC.

On soulignera à ce propos que l'article Lp. 431-9 du code de commerce, visé par l'intitulé de l'arrêté, est devenu l'article Lp. 431-10 à compter de la première réunion de l'ACNC.

Pour l'essentiel, l'arrêté ne fait que reprendre, réorganiser, rationnaliser et réunir le contenu des arrêtés n° 2013-3271/GNC et 2013-3277/GNC du 19 novembre 2013 et de leurs annexes, désormais abrogés. On notera à ce propos que ces arrêtés et leurs annexes n'étaient que le décalque des dispositions métropolitaines, en particulier des annexes 4-3 et 4-5 du Code de commerce. Désormais, par le biais de l'arrêté n° 2018-41/GNC, le droit applicable en Nouvelle-Calédonie se démarque en partie de celui applicable en métropole. En partie seulement, car le nouvel arrêté reprend, dans des termes à peine modifiés, les exigences concernant le nombre d'exemplaires du dossier de notification à communiquer (réduits à deux, dont un sous forme numérique sur support non réinscriptible ; v. art. 3), le contenu du communiqué que doit rendre public l'ACNC une fois la notification reçue (v. art. 4), ainsi que l'exigence de publicité (v. art. 6) et de notification aux intéressés (v. art. 7) de la décision prise par l'autorité.

Mais les nouvelles dispositions présentent certaines spécificités au regard des textes métropolitains. En particulier, l'arrêté n° 2018-41/GNC du 9 janvier 2018 prévoit un « dossier de notification simplifié », pour les opérations de concentration qui *a priori* ne soulèvent pas de préoccupations au regard de la concurrence (v. art. 2). L'originalité de la Nouvelle-Calédonie ne doit toutefois pas être exagérée puisque cette procédure simplifiée s'inspire des Lignes directrices publiées par l'autorité de la concurrence française (v. § 188 et suivants de ces lignes directrices, consultables en ligne), sans toutefois les reprendre en intégralité. Cette intégration dans un arrêté de

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

la possibilité de réaliser un dossier simplifié a le mérite de lui conférer une force juridique incontestable, contrairement aux lignes directrices de l'autorité de la concurrence métropolitaine qui ne sont que de la *soft law*.

Concernant le domaine d'application de la notification simplifiée, la loi l'applique dans deux hypothèses, qui distinguent selon que l'opération entraîne ou non un chevauchement des activités des entreprises concernées par l'opération de concentration.

Lorsque les opérations de concentration n'entraînent aucun chevauchement d'activités entre les entreprises concernées, ces dernières peuvent rédiger un dossier de notification simplifiée à condition que l'opération n'emporte pas la disparition d'un concurrent potentiel (v. art. 2, I, a). L'article 2, II de l'arrêté précise qu'un « chevauchement d'activités existe lorsque les entreprises concernées sont, soit présentes sur le(s) même(s) marché(s) concerné(s), soit actives sur des marchés situés à des stades différents de la chaîne de valeur (à l'amont ou à l'aval) ou des marchés connexes ». La notion de marché connexe est assez subjective. La jurisprudence en a donné des exemples dans un tout autre domaine que celui des opérations de concentration : celui des abus de position dominante, pratiques anticoncurrentielles qui peuvent être sanctionnées lorsqu'elles sont commises sur des marchés connexes à celui sur lequel l'entreprise jouit d'une position dominante. Par exemple, le marché de la distribution de films aux Antilles a été considéré comme connexe à celui de l'exploitation des films en salles en Guadeloupe et en Martinique (Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-44 du 15 septembre 2004, §81). De même, le marché de l'affichage est connexe à celui de la fourniture de mobilier urbain publicitaire (Conseil de la concurrence, décision n° 04-D-32 du 8 juillet 2004, §136). Si les parties à l'opération de concentration n'interviennent pas sur le même marché, ni sur un marché aval, amont ou connexe, il n'y aura donc pas de chevauchement d'activités, et elles seront éligibles au dossier simplifié.

Une notification simplifiée est également possible, même en cas de chevauchement d'activités, s'il n'existe pas « de marché(s) affecté(s) » (v. art. 2, I, b). L'article 2, III de l'arrêté précise qu' « un marché concerné est considéré comme affecté :

- si la part de marché cumulée des entreprises concernées à une opération de concentration actives sur ce marché atteint 25 % ou plus ;
- si une entreprise concernée exerce des activités sur ce marché et qu'une autre entreprise concernée exerce des activités sur un marché situé en amont ou en aval ou connexe, qu'il y ait ou non des relations de fournisseur à client entre ces entreprises, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, la part de marché, seule ou cumulée, atteint 25 % ou plus ;
- si l'une des entreprises concernées à l'opération dispose d'une part de marché supérieure à 25 % sur un marché concerné et l'opération entraîne la disparition d'un concurrent potentiel ».

On trouvait déjà une définition du marché affecté dans l'annexe 1 de l'arrêté n° 2013-3271/GNC du 19 novembre 2013. Les entreprises concernées qui ne correspondaient à aucune des hypothèses visées n'avaient pas à remplir la partie de la notification relative au marché affecté... faute de marché affecté. En définissant le marché affecté directement dans l'arrêté, et non dans l'annexe, le nouveau texte en accroît la portée, puisque désormais l'absence d'un marché affecté permet de bénéficier de la notification simplifiée et d'écartier d'autres mentions que celle de la description du marché affecté.

Sur le fond, les deux premières hypothèses de marché affecté sont peu ou prou identiques à la rédaction antérieure. La dernière hypothèse apporte en revanche un changement. Auparavant, un marché était considéré comme affecté du simple fait que l'opération pouvait conduire à la disparition d'un concurrent potentiel. Cette condition n'est plus suffisante avec le nouveau texte, qui exige en outre que l'une des entreprises concernées à l'opération dispose d'une part de marché supérieure à 25 % sur un marché concerné. On avouera que cet ajout, qui sur ce point prend ses distances avec l'annexe 4-3, point 4 du code de commerce métropolitain, est surprenant. Car si une entreprise a plus de 25 % d'une part de marché, elle remplit déjà la condition prévue par la première hypothèse pour que le marché soit affecté. Le texte reprendrait tout son sens si l'on remplaçait le mot « supérieur » par « inférieur », ce qui correspond peut-être à la volonté réelle du législateur.

Ces points précisés, on est donc conduit à distinguer plusieurs types de notifications, selon que les entreprises concernées remplissent ou non les conditions pour bénéficier du régime de la notification simplifiée.

Lorsque ce régime ne s'applique pas, le dossier de notification comporte 5 parties : la description de l'opération ; la présentation des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent ; la présentation des marchés concernés par l'opération ; la présentation des marchés affectés par l'opération ; une déclaration concluant la notification.

Les entreprises qui peuvent communiquer un dossier simplifié sont dispensées des précisions correspondant aux deux dernières parties (article 2, IV). Elles échappent également à certaines des mentions relatives à la présentation des entreprises et des marchés concernés (parties 2 et 3 du dossier de notification). Certaines de ces dispenses sont réservées aux entreprises qui bénéficient du régime simplifié en raison d'une absence de chevauchement d'activités. Elles n'ont en particulier qu'à définir les marchés concernés, sans avoir à donner les informations supplémentaires concernant ces marchés qu'exige le III, 2 de l'annexe de l'arrêté. On peut donc considérer que ces entreprises bénéficient d'un régime « ultra simplifié » de notification (l'expression est employée dans le communiqué du gouvernement : <http://urlz.fr/7ex5>).

L'arrêté réserve toutefois la possibilité pour l'autorité de la concurrence de demander aux parties notifiantes un dossier complet si les spécificités de l'opération le justifient. Elle peut également demander la transmission d'informations complémentaires nécessaires à l'instruction de l'opération. Le rapport 2010 (p. 15) de l'autorité de la concurrence métropolitaine montre qu'il est extrêmement rare que la communication d'informations supplémentaires soit jugée nécessaire par les services d'instruction.

Dans sa communication relative à la publication de cet arrêté (<http://urlz.fr/7ex5>), le gouvernement a considéré que les dossiers simplifiés et ultra-simplifiés permettent de ramener le délai de réponse du gouvernement (aujourd'hui l'autorité de la concurrence) à 25 jours (au lieu des 40 jours prévus par l'article Lp. 431-5, I C. com.). Il serait opportun d'officialiser cette réduction de délai, ce que préconise d'ailleurs l'ACNC dans sa recommandation n° 2018-R-01 du 5 juin 2018.

- Arrêté n° 2018-43/GNC du 9 janvier 2018 pris en application de l'article Lp. 432-6 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie concernant les modalités d'application et le contenu du dossier de notification d'une opération dans le secteur du commerce de détail.

Un autre arrêté du 9 janvier 2018 vient également simplifier les formalités applicables aux entreprises parties à une opération dans le secteur du commerce de détail. On rappellera que depuis la loi du pays du 14 février 2014, la Nouvelle-Calédonie s'est dotée d'un outil original pour

contrôler le commerce de détail, défini par l'arrêté du 9 janvier 2018 comme « un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique ».

L'article Lp. 432-1 du Code de commerce impose ainsi une notification à l'autorité de la concurrence (qui a pris le relais du gouvernement) de toute mise en exploitation, toute extension, tout changement d'enseigne commerciale, tout changement de secteur d'activité et toute reprise par un nouvel exploitant d'un magasin de détail dont la surface de vente est supérieure ou devient supérieure à 350 m². Ces opérations sont donc soumises à un contrôle au regard de la concurrence, là où le droit métropolitain ne prévoit un contrôle de la croissance des grandes surfaces qu'au regard de la réglementation de l'urbanisme commercial. Cette réglementation de l'urbanisme existe également en Nouvelle-Calédonie, et relève de la compétence des provinces. La province sud avait d'ailleurs saisi le conseil constitutionnel au motif notamment que la loi du pays du 24 avril 2014, en créant le contrôle des commerces de détail au regard de la concurrence et en attribuant l'exercice au gouvernement, violait les dispositions de la loi organique qui répartissent les compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les Provinces. Dans sa décision du 1^{er} octobre 2013, le conseil constitutionnel a écarté cet argument, et a validé de façon générale les nouvelles dispositions prévoyant ce contrôle.

Comme pour les opérations de concentration, les opérations relatives au commerce de détail doivent être notifiées à l'autorité de la concurrence. Or, fort du constat unanime d'une nécessaire simplification de la procédure, le gouvernement a supprimé deux arrêtés antérieurs (les arrêtés n° 2013-3273/GNC et n° 2013-3275/GNC du 19 novembre 2013) pour les remplacer par un nouvel arrêté n° 2018-43/GNC du 9 janvier 2018. Pour l'essentiel, les entreprises qui ont une part de marché inférieure à 25 % n'auront à réaliser qu'une notification simplifiée, qui s'apparente à une simple déclaration. D'après le gouvernement, plus de la moitié des dossiers déjà instruits auraient pu bénéficier de cette simplification. Il est vrai que les anciens textes opéraient déjà une distinction en fonction de l'importance de l'entreprise, puisque les entreprises étaient dispensées de toute étude concurrentielle en l'absence de marché affecté, alors défini de la même façon que pour le dossier de concentration (au moins 25 % sur le marché concerné ou au moins 25 % sur un marché en amont ou connexe ; ou disparition d'un concurrent potentiel). Le nouvel arrêté limite l'étude concurrentielle à la seule hypothèse d'une détention d'au moins 25 % des parts de marché. Elle dispense également les entreprises qui ne dépassent pas ce seuil d'autres informations qui auparavant concernaient l'ensemble des entreprises, comme par exemple l'obligation de définir le ou les marché(s) amont de l'approvisionnement aux marchés sur lesquels s'inscrit l'opération. Désormais, une entreprise qui détiendrait moins de 25 % des parts du marché concerné n'aurait pas à définir ce ou ces marché(s) amont, sauf si le déclarant ou le groupe d'entreprises auquel il appartient exerce une activité sur les marchés amont de l'approvisionnement.

Eclairage juridique – Commentaire de la Décision n° 2018-D-01 du 26 février 2018 de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, constatant la première réunion de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie

Plus de trois ans après sa création par la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014, l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ACNC) est enfin devenue une réalité, le congrès ayant désigné ses membres le 13 décembre 2017. Une décision n° 2018-D-01 du 26 février 2018, publiée le 1^{er} mars 2018, constate leur première réunion. Cette date de publication est

importante, car elle déclenche l'application des dispositions de la loi du pays du 24 avril 2014, désormais codifiées dans le Code de commerce de la Nouvelle-Calédonie. De nombreux textes de ce code, relatifs à la concurrence, ont ainsi automatiquement été modifiés dès le début du mois de mars. Sur Juridoc, ils figurent encore en italique, sous les dispositions anciennes désormais abrogées.

A compter de cette décision, le gouvernement et la direction des affaires économiques (DAE) perdent l'essentiel des compétences qui leur étaient jusqu'alors reconnues en ce domaine, au profit de l'ACNC. Ils conserveront toutefois certaines prérogatives. Le gouvernement a ainsi le droit de demander un examen approfondi d'une opération de concentration qui n'a fait l'objet que d'un examen sommaire (v. art. Lp. 431-7-1, I C. com.). A l'issue d'un examen approfondi, le gouvernement peut également évoquer l'affaire « pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et lorsqu'il estime que la décision de l'autorité porterait une atteinte grave et disproportionnée aux intérêts de la Nouvelle-Calédonie dans des cas très exceptionnels » (art. Lp. 431-7-1, II, C. com.). Le code donne comme exemples de tels motifs « le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou, la création ou le maintien de l'emploi ».

Quant à la DAE, elle demeure compétente pour certaines pratiques restrictives de concurrence, étant précisé qu'en métropole, l'ensemble du contrôle des pratiques restrictives échappe à l'autorité de la concurrence. Ainsi, d'après l'article Lp. 450-1 du Code de commerce, les agents assermentés de la Nouvelle-Calédonie (ce que sont les agents de la DAE), peuvent procéder au contrôle de la réglementation relative à la concurrence. Ils pourraient donc venir en appui à l'ACNC pour effectuer ce contrôle, encore que l'exigence d'indépendance de l'ACNC devrait inciter à ne pas exploiter cette possibilité. Les agents de la DAE ont par ailleurs un pouvoir d'enquête pour la violation des dispositions des articles Lp. 441-1, Lp. 441-3, Lp. 441-4 et Lp. 442-8 du Code de commerce, qui sanctionnent des infractions en matière de facture, de conditions générales de vente et de ventes « sauvages ».

Au-delà de ce transfert de compétence, l'application des nouvelles dispositions du code de commerce a des effets sur le fond du droit. Sans prétendre à un exposé exhaustif de ces modifications, on relèvera quelques exemples saillants.

S'agissant des concentrations, l'article Lp. 431-2, I du Code de commerce s'enrichit d'une nouvelle condition de seuil. Désormais, il ne suffit plus que le chiffre d'affaires total réalisé en Nouvelle-Calédonie par les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration soit supérieur à 600 millions F. CFP. Il faut en outre – seconde condition cumulitive – que deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées par l'opération réalisent, directement ou indirectement, un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie.

L'ajout de cette seconde condition a fait débat. Lorsque n'existant que la première condition, elle conduisait à ce qu'une opération pouvait être contrôlée même lorsqu'une seule entreprise réalisait un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie. En effet, l'exigence d'un chiffre d'affaires de plus de 600 millions F. CFP en Nouvelle-Calédonie s'entend d'un chiffre d'affaires cumulé de l'ensemble des parties à l'opération. Il suffisait que l'une d'entre elles dépasse à elle seule ce seuil pour que le gouvernement puisse contrôler l'opération de concentration, alors même que les autres entreprises ne réalisaient aucun chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie.

Certes, dans son avis rendu à propos du projet de loi du pays introduisant le contrôle des concentrations en Nouvelle-Calédonie (devenue la loi du pays du 24 octobre 2013), le Conseil d'état avait eu une lecture différente de ce texte, en considérant que cette condition empêchait de contrôler des concentrations avec une entreprise qui ne réalisait pas de chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie (v. Avis du Conseil d'Etat du 2 avril 2013). Mais dans ses observations faites dans le cadre du recours devant le Conseil constitutionnel dont avait fait l'objet cette même loi du pays (v. Cons. Const., 1^{er} oct. 2013, décision n° 2013-3 DC), le congrès contestait cette interprétation, en montrant que le Conseil d'Etat était allé un peu vite dans ses conclusions⁸⁸. Selon le congrès :

« [...] le Conseil d'Etat a commis une erreur d'analyse en prétendant que le texte initial, parce qu'il retenait pour seul critère le chiffre d'affaires total réalisé en Nouvelle-Calédonie, permettait de faire échapper au dispositif de contrôle les opérations de concentration dans lesquelles intervient une entreprise qui ne réalise pas de chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie.

Il est d'ailleurs frappant de constater que cet extrait de l'avis du Conseil d'Etat relatif à la présente proposition de loi du pays, figure exactement dans les mêmes termes dans l'avis du Conseil d'Etat relatif à la proposition de loi du pays déposée par le RUMP, alors même que les deux propositions étaient, sur ce plan, très différentes : le RUMP proposait que le seuil de 600 millions de chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie soit dépassé par deux au moins des entreprises parties à la concentration (ce qui évidemment posait problème pour les entreprises ayant un chiffre d'affaires nul sur le territoire), tandis que nous proposions que ce seuil s'applique au cumul des chiffres d'affaires des entreprises concernées (et là il n'y a plus de problème avec les entreprises extérieures à la Nouvelle-Calédonie) ».

Avant l'entrée en vigueur de la loi du pays du 24 avril 2014, il était donc possible de contrôler une concentration alors même qu'une seule entreprise réalisait un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie, ce que le congrès semblait d'ailleurs approuver. Il a visiblement changé d'avis peu de temps après, puisque la loi du pays du 24 avril 2014, qui est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2018, ajoute une condition selon laquelle deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées par l'opération doivent réaliser, directement ou indirectement, un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie. Cette deuxième condition limite les pouvoirs de l'autorité de la concurrence. Il n'était pourtant pas inopportun de lui laisser la possibilité de déterminer si une telle opération pouvait avoir ou non une incidence sur la concurrence en Nouvelle-Calédonie.

S'agissant des pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante, abus de dépendance économique...), la nouvelle autorité de la concurrence dispose de nouveaux moyens pour faciliter le constat des pratiques illicites et leur sanction. Ainsi, si l'entreprise accepte de ne pas contester les griefs (lors de la notification des griefs par l'autorité) et s'engage à modifier son comportement pour l'avenir, elle peut obtenir une réduction de la sanction pécuniaire encourue, grâce à la procédure de non contestation des griefs (art. Lp. 464-2, III C. com.). On relèvera qu'en métropole, depuis la loi Macron du 6 août 2015, non applicable en Nouvelle-Calédonie, cette procédure s'appelle « procédure de transaction » et son régime a été en partie modifié. Ainsi, pour assurer davantage de prévisibilité, il est aujourd'hui prévu

88. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-3-lp/observations-du-congres.138192.html>

en métropole que le rapporteur général soumet à l'entreprise une proposition de transaction « fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée ». Cependant, la garantie n'est pas absolue, car l'autorité n'est pas tenue de respecter les conditions de la transaction réalisée par le service d'instruction. Cette garantie, pour relative qu'elle soit, n'en est pas moins une, et il serait opportun de transposer ces modifications à la Nouvelle-Calédonie. Est en revanche pleinement applicable la procédure de clémence, depuis la publication constatant la première réunion de l'ACNC. Selon l'article Lp. 464-2, IV du Code de commerce « une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article Lp. 421-1 [c'est-à-dire une entente] s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement ». Il n'est pas certain que les entreprises calédoniennes osent se saisir d'une telle opportunité...

Concernant enfin les pratiques restrictives de concurrence, on se contentera de relever les modifications apportées à l'article Lp. 442-2 du Code de commerce relatif à la revente à perte. On rappellera que cette disposition sanctionne d'une amende de 1 million F. CFP « le fait pour tout commerçant ou prestataire de services de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif ». Dans sa nouvelle version, l'article Lp. 442-2 permet de minorer le prix d'achat effectif, et donc le seuil de revente à perte, en prenant en compte le « montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit ». Ce faisant, le texte reprend une précision qui existe en métropole depuis 2005. Sous cette expression, sont visés les avantages consentis hors facture dans le cadre de la coopération commerciale. En métropole, cela renvoie également aux remises conditionnelles. Mais il ne peut en être de même en Nouvelle-Calédonie, puisque l'article Lp. 441-2-1 prohibe toute remise différée, ce qui semble recouvrir la notion de remises conditionnelles.

A propos de la revente à perte, il convient de relever que son avenir est aujourd'hui incertain. Son opportunité même est mise en doute, car elle empêche les consommateurs de profiter de prix très bas. Il est par ailleurs fait remarquer que son utilisation pour réaliser des prix prédateurs peut être sanctionnée par d'autres biais, et notamment au titre d'un abus de position dominante. Cette prohibition pourrait de plus être remise en cause par la jurisprudence européenne. En effet, la CJUE considère que la directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur « s'oppose à une disposition nationale [...] qui prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs » (CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343/12, *Euronics Belgium*, ECLI:EU:C:2013:154 ; v. également CJUE, 19 oct. 2017, aff. C-2953/16, *Europamur Alimentacion*, ECLI:EU:C:2017:782). La Cour de cassation résiste cependant, considérant que la prohibition française de la revente à perte n'est pas contraire à la directive, puisqu'elle vise à protéger les professionnels, et non les consommateurs (Cass. com., 22 nov. 2017, n° 16-18.028 et 16-18.124 ; Cass. crim., 19 déc. 2017, n° 17-83.867, et Cass. crim., 16 janv. 2018, n° 16-83.457). Il n'est pas certain que la CJUE partage cette façon de voir les choses.

Quoi qu'il en soit, ces raisons ont conduit l'autorité de la concurrence, dans une recommandation n° 2018-R-01 du 5 juin 2018 relative à la modernisation des dispositions du code de commerce relatives à la liberté des prix et à la concurrence (JONC 12 juin 2018, n° 9563s), à préconiser la suppression de la prohibition de la revente à perte. A juste titre, l'autorité fait remarquer que la

Nouvelle-Calédonie souffre davantage de la « vie chère » que de prix trop bas. De plus, parmi de nombreuses recommandations, elle propose de supprimer la sanction des prix abusivement bas, inutilisée, de substituer aux sanctions pénales des sanctions administratives en cas de pratiques restrictives de concurrence prononcée par l'autorité, et de supprimer la prohibition des remises différées.

DROIT DU NUMÉRIQUE ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS⁸⁹

VEILLE JURIDIQUE - NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES À LA NOUVELLE-CALÉDONIE :

- Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique :

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/10/7/ECFI1524250L/jo>

La loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 est le résultat d'une réflexion menée dans la continuité des lois « Informatique et libertés » de 1978 et « pour la confiance dans l'économie numérique » de 2004⁹⁰. Elle est le reflet d'une société qui change, et ses rédacteurs l'ont justement présentée comme l'outil d'accompagnement de la République vers la transition numérique⁹¹. Ce long texte de 113 articles consacre les principes incontournables de la régulation de l'usage d'internet, en portant à la fois sur la circulation des données et du savoir, sur la protection des droits des usagers et des consommateurs, ainsi que sur l'accès au numérique. Le sens donné au terme « numérique » est ici englobant : s'il s'agit techniquement de la retranscription de son, d'image ou de toute autre information en langage binaire, par opposition à l'analogique, on y inclut en réalité l'ensemble des activités de communication en ligne⁹². Internet en est la principale concrétisation. Les dispositions votées en 2016, pour beaucoup d'entre elles, ne font qu'adapter le droit français au cadre réglementaire européen, parfois en le précisant, parfois en allant plus loin, par exemple sur les questions de l'accès à internet. Leur entrée en vigueur est échelonnée. Les règles européennes pertinentes en la matière sont contenues dans le fameux « paquet télécom » réformé, y compris le règlement 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert⁹³.

La loi pour une République numérique consacre ainsi à la fois des droits pour les usagers et des obligations pour différents acteurs, tels que les institutions publiques et les fournisseurs d'accès. Il y est par exemple question de l'accès aux données publiques et à la recherche scientifique, du droit à l'oubli, ou encore de l'obligation de respecter la neutralité du net et la loyauté des plateformes⁹⁴.

Le texte précise dans son dernier titre que sont applicables à la Nouvelle-Calédonie les articles 1 (I et III), 12 (II), 15, 17, 18, 64 (III), 67 et 94. Les mêmes dispositions sont applicables à la Polynésie française. *A priori*, la Nouvelle-Calédonie est donc exclue dans une mesure importante du champ d'application territoriale de la loi.

Les dispositions applicables méritent toutefois d'être mentionnées. Elles relèvent de :

89. Géraldine Giraudeau, Professeur de droit public, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

90. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

91. Voir le rapport de Ch. A. Froissa devant le Sénat le 6 avril 2016.

92. S. Chatry, « La loi pour une République numérique et la co-création de la norme », p. 17 in S. Chatry et Th. Gobert (dir.), *Numérique : Nouveaux droits, nouveaux usages*, Paris, Mare et Martin, 2017, 280 p.

93. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2120>.

94. Pour une analyse de ces droits et obligations, l'ouvrage précité dirigé par S. Chatry et Th. Gobert pourra être utilement consulté.

1. LA CIRCULATION DES DONNÉES :

- D'abord, en ce qui concerne l'ouverture aux données publiques, l'article 1 (I et III) précise que la communication de documents administratifs à la demande d'autres administrations ne peut faire l'objet d'aucune redevance, et que les administrations concernées sont tenues de respecter les conditions de la loi de 1978 *Informatique et Libertés* au moment de cette transmission⁹⁵. Cet article est venu modifier en plusieurs endroits le code des relations entre le public et l'administration, y compris dans ses dispositions applicables à la Nouvelle-Calédonie⁹⁶. L'article 12 (II) interdit le versement de redevances dans le cas de « la réutilisation des informations publiques produites par le service statistique public (...) sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques » (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017). L'article 15 de la loi modifie l'ancienne loi de 1986 relative à la liberté de communication, dans son article 13 alinéa 2, prévoyant désormais que :

« Les services de radio et de télévision transmettent les données relatives aux temps d'intervention des personnalités politiques dans les journaux et les bulletins d'information, les magazines et les autres émissions des programmes au Conseil supérieur de l'audiovisuel selon les conditions de périodicité et de format que le conseil détermine. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel communique chaque mois aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et aux responsables des différents partis politiques représentés au Parlement le relevé des temps d'intervention des personnalités politiques dans les journaux et les bulletins d'information, les magazines et les autres émissions des programmes. Ce relevé est également publié dans un format ouvert, aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé. »

- Ensuite en ce qui concerne les données d'intérêt général, l'article 17 de la loi prévoit dans le cas de la délégation d'un service public la fourniture des données et base de données, « sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public » par le concessionnaire, à l'autorité concédante. Les mêmes modalités sont imposées par l'article 18 à l'autorité administrative ou l'organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial, en ce qui concerne les données essentielles de la convention de subvention, à partir d'un seuil détaillé dans le quatrième alinéa de l'article 10 de la Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

2. LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES :

- L'article 64 de la loi a entraîné une modification de l'article 214-16 du Code pénal venant ajuster les mesures et sanctions en cas de violation des droits et de non-respect des formalités dans le traitement des données à caractère personnel.

95. Au sens de l'article 300-2 (tel que modifié par la présente loi) du code des relations entre le public et l'administration : « (s)ont considérés comme documents administratifs, au sens des titres I^{er}, III et IV du présent livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions ».

96. Livre V, Titre VI du même code, articles L 561-1 et suiv.

- La Nouvelle-Calédonie est également concernée par l'ajout, dans le code pénal, de l'article 226-2-1, prévoyant des sanctions plus graves dans le cas d'enregistrement ou de transmission de son ou d'image à caractère sexuel en violation des droits des personnes.

Notons qu'au moment de la rédaction de cet article, le projet de loi relatif à *la protection des données personnelles*, déposé en décembre 2017, et destiné à adapter *la loi Informatique et libertés* à la réglementation européenne récemment entrée en vigueur en mai 2018 - *Règlement n° 2016/679, dit règlement général sur la protection des données (RGPD)* -, est examiné par le Sénat. L'article 23 du projet tel que soumis au Sénat prévoit la modification du code pénal pour assurer notamment le droit à l'oubli conformément au droit européen, avec des dispositions applicables à la Nouvelle-Calédonie (où s'applique déjà de plein droit la *Loi Informatique et libertés*).

3. LA FOURNITURE DE SERVICES DE PAIEMENT EN LIGNE :

L'article 94 de la loi modifie le code monétaire et financier dans ses articles L. 521-3 et suivants relatifs à la fourniture de services de paiement par les fournisseurs de réseaux et de services de télécommunications.

La loi pour une République numérique a donc supposé un certain nombre d'ajustements assez techniques, et d'une importance variable, pour la Nouvelle-Calédonie. L'autonomie constitutionnelle de cette dernière, ainsi que l'inapplicabilité du droit de l'Union européenne, expliquent l'effet très restreint de la loi sur le territoire. Néanmoins, parmi les principes qui y sont consacrés, on trouve les corollaires de certaines libertés fondamentales, devenus finalement indispensables à leur bonne application. La neutralité du net, dont les modalités sont prévues aux articles 40 et suivants du texte, en tant que condition au respect de la liberté d'expression en ligne, en est un exemple frappant. On peut ainsi se demander dans quelle mesure certains principes auxquels la loi fait référence, en premier lieu desquels la neutralité du réseau, *a priori* en dehors du champ d'application du texte en Nouvelle-Calédonie, y sont en réalité invocables par le truchement de l'obligation du respect des libertés fondamentales.

Éclairage juridique – Libre propos : La neutralité du net est-elle invocable en Nouvelle-Calédonie ?

L'immersion du numérique dans la société, et le bouleversement qui s'en est suivi dans les rapports personnels et professionnels, a fait émerger de nouveaux droits pour les usagers, ainsi que de nouvelles obligations pour les acteurs publics et privés. Par exemple, dans son rapport sur le numérique et les droits fondamentaux de 2014, le Conseil d'Etat concluait que, bien que rattachés au droit à la vie et à la liberté d'expression, le droit à la protection des données personnelles et le droit d'accès à internet « peuvent être considérés comme des droits fondamentaux autonomes », dès lors que « leurs enjeux sont en réalité plus larges »⁹⁷. Parmi les principes

97. Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*, étude annuelle 2014, *La documentation française*, septembre 2014, p. 10.

devant leur existence à la technologie numérique, la neutralité du net constitue un exemple emblématique, dont le respect est indispensable à l'application de la protection des droits de l'Homme « en ligne ».

Qu'est-ce que la neutralité du net ?

La neutralité du net est un principe né des caractéristiques techniques du réseau, dont la traduction juridique a été consacrée dans un nombre croissant d'ordres juridiques, afin de faire respecter les droits des usagers. Il s'agit avant tout d'une obligation qui pèse sur les fournisseurs d'internet, de ne pas intervenir dans le contenu du réseau de façon discriminatoire.

Pour être plus précis, le règlement 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 *établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert* prévoit des droits pour les utilisateurs, qui doivent pouvoir accéder aux informations, au contenu, mais doivent également pouvoir les diffuser, et ceci en utilisant les services, applications ou équipements de leurs choix⁹⁸. Le texte implique également des obligations pour les fournisseurs de services d'accès à Internet, qui doivent avant tout permettre cette ouverture, en traitant « tout le trafic de façon égale et sans discrimination, restriction ou interférence », et ceci « quels que soient l'expéditeur et le destinataire, les contenus consultés ou diffusés, les applications ou les services utilisés ou les équipements terminaux utilisés »⁹⁹.

En pratique, ces discriminations peuvent surgir par exemple de différenciations tarifaires ou de restrictions du trafic. Pour offrir une explication imagée, les métaphores les plus diverses ont été sollicitées par juges et auteurs. Celle de la « neutralité de la société d'autoroute » qui gère l'accès aux autoroutes sans pour autant bloquer certains véhicules a le mérite d'être explicite¹⁰⁰.

Cette absence de discrimination sur le contenu du réseau est une condition essentielle à la réalisation de plusieurs droits fondamentaux, en premier lieu desquels la liberté d'expression, la liberté d'information et la liberté de communication. Prenant acte de son importance, le président de l'Assemblée nationale, rejoignant le groupe de travail sur la démocratie numérique, proposait en janvier 2018 d'inscrire directement la nécessaire neutralité du net dans la Constitution française, sans que cette sollicitation soit pour autant retenue dans le projet de loi de révision constitutionnelle¹⁰¹.

98. Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 *établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et règlement (UE) n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union*. Pour les droits : Article 3.1 du Règlement UE 2015/2120.

99. *Ibid.* Article 3.3.

100. N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'Internet*, éd. La Découverte, 2011, p. 4. En 2016, c'est un journaliste du New York Times qui tentait un résumé selon lequel la neutralité signifie que Netflix, Google et le blog de jardinage du voisin doivent en théorie bénéficier de la même vitesse de débit : Q. Hardy, « Court Decides All Bits are Equal », *New York Times*, 15 juin 2016.

101. Voir le rapport du groupe de décembre 2017 : <http://www2.assemblee-nationale.fr/static/reforme-an/democratie/Rapport-1-GT6-democratie.pdf>, p. 302.

La consécration de la neutralité du net dans le monde

L'ouverture du réseau est aujourd'hui un principe mentionné à titre recommandatoire dans un très grand nombre de textes internationaux, y compris dans plusieurs déclarations et recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe¹⁰². Le récent revirement de la FCC américaine (Commission fédérale des communications) autorisant les pratiques différencierées, pourtant interdites sous l'ère Obama, place les Etats-Unis, comme dans d'autres domaines, à contre-courant de la tendance internationale. On trouve en effet des législations protectrices dans un grand nombre d'Etats, à l'instar du Chili, précurseur en la matière (Ley 20.453 du 18 août 2010 : <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>), du Brésil (« Marco Civil da Internet » de 2014), ou encore de l'Inde (« Prohibition of Discriminatory Tariffs for Data Services Regulations », 8 février 2016 : http://www.trai.gov.in/sites/default/files/Regulation_Data_Service.pdf).

Comme indiqué précédemment, la neutralité de net est explicitement consacrée en droit de l'Union européenne au travers du Règlement 2015/2120. La *Loi française pour une République numérique* du 7 octobre 2016 reprend ces dispositions dans ses articles 40 et suivants¹⁰³.

Le principe est-il dès lors applicable en Nouvelle-Calédonie ?

A s'en tenir strictement aux textes relatifs au numérique en vigueur en Nouvelle-Calédonie, il semblerait que le principe de la neutralité du net n'y soit pas applicable. Les dispositions de la loi pour une République numérique relatives à l'ouverture du réseau sont exclues de son champ d'application en Nouvelle-Calédonie (voir *supra*). En vertu du statut du territoire à l'égard de l'Union européenne, le Règlement 2015/2120 ne lui est pas non plus opposable. Par ailleurs, il ne semble pas exister de loi du Pays y faisant référence.

Néanmoins, le lien tenu qu'entretient le principe de la neutralité du net avec le droit fondamental à la liberté d'expression, mais aussi à la liberté de communication ou même d'association, autorise à penser qu'il ne peut pas être exclu du droit applicable en Nouvelle-Calédonie dans le cadre du respect des droits humains. Pour le Conseil de l'Europe par exemple, le traitement différencié du réseau peut non seulement violer la liberté d'expression mais aussi avoir « des implications sur l'accès à des informations diverses et pluralistes et au contenu des médias de service public sur l'internet, fondamentaux pour la démocratie et la diversité culturelle »¹⁰⁴. La neutralité du net est également envisagée comme une condition à la mise en œuvre des engagements étatiques en matière de liberté d'expression dans les résolutions du Conseil des droits de l'Homme de l'ONU¹⁰⁵ ; ainsi que dans une série d'autres instruments multilatéraux

102. Pour les détails, voir notre article « Les nouvelles obligations et les obligations renouvelées des Etats à l'ère du numérique », Actes du colloque de l'Université de Perpignan (mars 2017), S. Chatry et Th. Gobert (dir.), *Numérique : nouveaux droits, nouveaux usages*, Paris, Mare et Martin, 2017.

103. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF* n°0235 du 8 octobre 2016, articles 40 et suiv.

104. CM/Rec(2016)1, voir *infra*.

105. Organe intergouvernemental regroupant 47 Etats au sein de l'Organisation à portée universelle. Voir A/HRC/32/L.20.

non contraignants se référant à l'ouverture d'Internet, parmi lesquels *l'Agenda de Tunis pour la société de l'information du SMSI* de 2005¹⁰⁶, ou encore la *Déclaration de Séoul sur le futur de l'économie d'Internet de l'OCDE* de 2008¹⁰⁷. Dans son rapport de travail de décembre 2017 déjà cité, le groupe de l'Assemblée nationale sur la démocratie numérique envisage la neutralité du net comme un corollaire du droit fondamental d'accès à internet¹⁰⁸. Le Conseil d'Etat l'avait déjà qualifiée de « garantie fondamentale » à la liberté d'expression, à la liberté d'entreprendre et à la liberté de communication dans son étude annuelle de 2014 intitulée « Le numérique et les droits fondamentaux »¹⁰⁹.

Bien entendu, ces libertés sont applicables en Nouvelle-Calédonie, notamment par le biais de l'article 11 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* consacrant la libre communication, ou de l'article 10 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* relatif à la liberté d'expression (pour laquelle on sait d'ailleurs que les « nécessités locales » doivent être interprétées de façon restrictive¹¹⁰). Elles impliquent ainsi une prise en compte du principe de la neutralité du net dans la régulation des fournisseurs locaux d'accès à internet, qu'un texte calédonien aurait le mérite d'éclaircir et de garantir sans plus d'ambiguïté.

106. <http://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1-fr.html>.

107. <https://www.oecd.org/fr/sti/40839567.pdf>.

108. Rapport précité, p. 10.

109. Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*, étude annuelle 2014, La documentation française, septembre 2014, p. 20.

110. CEDH, 27 avril 1995, *Piermont c/ France*, n° 15773/89 et 15774/89.

DROIT PUBLIC - SCIENCES POLITIQUES¹¹¹

VEILLE JURIDIQUE - NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE :

- Loi organique n° 2017-1338 et loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/9/15/JUSC1715752L/jo/texte>

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/9/15/JUSC1715753L/jo/texte>

Éclairage juridique – Libre propos : La loi sur la confiance dans la vie politique de 2017 en Nouvelle-Calédonie ou « la moralisation » de la vie publique

Comme les précédentes, la campagne présidentielle de 2017 n'est pas épargnée par les affaires politico-financières. En parallèle d'une campagne présidentielle chaotique, deux mois avant le premier tour de la présidentielle, une série de mises en examen commence le 14 mars avec celle de François Fillon, pour « *détournement de fonds publics, complicité et recel de détournement de fonds publics, complicité et recel d'abus de bien sociaux et manquements aux obligations de déclaration à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique* ».

Le ralliement de François Bayrou impose au candidat Emmanuel Macron de faire une priorité de la moralisation de la vie politique. Le 1^{er} juin 2017, juste deux semaines après la nomination d'Édouard Philippe au gouvernement, François Bayrou, éphémère Garde des sceaux, présente un projet de loi « *pour la confiance dans notre vie démocratique* » déclinée en loi constitutionnelle, loi organique et loi ordinaire. Le tempo est politique. Le projet de loi est présenté en Conseil des Ministres le 14 juin entre les deux tours des législatives. Alors que François Bayrou n'est pas maintenu au second gouvernement Philippe, à cause même d'une enquête sur les comptes du MoDem, Nicole Belloubet le remplace et défend le texte au Parlement. L'appellation de la loi a varié ; le texte qui devait « *rétablir la confiance dans la vie démocratique* » est devenu au Sénat « *pour la régulation de la vie publique* » avant de prendre sa forme définitive « *pour la confiance dans la vie politique* ». Les deux lois, organique et simple, ont été promulguées le 15 septembre 2017¹¹².

Ces deux nouvelles lois sur la confiance de 2017 sont présentées comme la première étape d'une réforme plus vaste annoncée. Elles étaient précédées par un décret du 14 juin 2017 relatif aux collaborateurs du Président de la République et des membres du gouvernement¹¹³. Une loi constitutionnelle révisant la Constitution est prévue pour 2018. Elle portera notamment sur la limitation du cumul des mandats dans le temps et la réduction du nombre des parlementaires.

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

112. Loi organique n° 2017-1338 et loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

113. Décret n° 2017-1098 du 14 juin 2017 relatif aux collaborateurs du Président de la République et des membres du gouvernement.

Les lois se suivent, se ressemblent souvent par leur instrumentalisation politique et morale, et s'additionnent en couches superposées.

Les lois du 11 mars 1988¹¹⁴ et du 15 janvier 1990¹¹⁵ mettent en place le financement public des partis politiques. Elles sont progressivement renforcées jusqu'à l'interdiction du financement par les personnalités morales par la loi du 19 janvier 1995¹¹⁶. La loi du 6 juin 2000¹¹⁷ réduit les financements de partis qui ne respectent pas la parité lorsqu'ils présentent des candidats aux élections. En 2017, les lois pour la confiance dans la vie politique encadrent les prêts aux partis politiques et aux campagnes électorales, et créent le médiateur du crédit aux candidats et aux partis politiques.

Pas moins de six lois sont intervenues en matière de financement des campagnes électorales : outre celles de 1988, 1990 et 1995 déjà citées, s'ajoutent celles de 1993¹¹⁸, 1996¹¹⁹ et 2003¹²⁰. La loi de 1990 crée la **commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP)**¹²¹. La législation, qui ne concerne pas les dépenses dites électorales (bulletins de vote, affiches officielles, circulaires officielles envoyées aux électeurs) mais tout le reste, comprend plusieurs volets : plafonnement des dépenses, encadrement des ressources et contribution de l'État, réglementation des mouvements de fonds et des comptes, strict contrôle *a posteriori*.

Le troisième volet sur la transparence de la vie publique est surtout à l'initiative de François Hollande après l'affaire Cahuzac, avec les lois organique et ordinaire de 2013¹²² qui ont créé notamment la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP¹²³) prenant la suite de la commission pour la transparence financière de la vie politique de 1988 ; ces lois sont encore complétées en 2016 par la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et

114. Loi organique n° 88-226 et loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique.

115. Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

116. Loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique.

117. Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

118. Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

119. Loi n° 96-300 du 10 avril 1996 tendant à préciser la portée de l'incompatibilité entre la situation de candidat et la fonction de membre d'une association de financement électoral ou de mandataire financier.

120. Loi n° 2003-327 du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques.

121. <http://www.cnccfp.fr/index.php>

122. Loi organique n° 2013-906 et loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique.

123. <https://www.hatvp.fr>

à la modernisation de la vie économique¹²⁴. Elles sont à nouveau retouchées par les lois de 2017 pour la confiance dans la vie politique, notamment en matière de conflits d'intérêts.

A-t-on atteint un point d'équilibre ? Le malaise public ne paraît pas avoir totalement disparu. Toutes les campagnes majeures, au moins depuis 1995, semblent avoir été entachées par l'argent sale. Quinze ans après l'attentat de Karachi – qui a tué quinze personnes dont douze employés français – M. Balladur a été mis en examen le 29 mai 2017 pour « *complicité d'abus de biens sociaux et recel* » par la Cour de Justice de la République (CJR), soupçonné d'avoir bénéficié d'un financement occulte pour sa campagne présidentielle de 1995 via des rétro-commissions sur des contrats d'armement. Déjà renvoyé en correctionnelle pour « *financement illégal de campagne* » dans l'affaire Bygmalion, Nicolas Sarkozy a été mis en examen le 21 mars 2017 pour « *corruption passive, financement illégal de campagne électorale et recel de fonds publics libyens* » pour sa campagne de 2007.

Ce qui ajoute encore au malaise est que ces révélations proviennent essentiellement de la presse indépendante et pas nécessairement des autorités en situation de contrôle, particulièrement le Conseil constitutionnel qui veille à la régularité de l'élection présidentielle. Et quand ce sont les autorités de contrôle qui agissent, le public a un sentiment d'inachevé... Le 19 décembre 2012, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) sanctionnait Nicolas Sarkozy pour avoir dynamité le plafond légal des dépenses, privant le candidat et l'UMP de presque 10,7 millions d'euros de remboursement public. C'était le début de la tentaculaire affaire Bygmalion, à ceci près que la CNCCFP avait décelé un dépassement de 363.615 euros, finalement réduit par le Conseil constitutionnel, juge de l'élection, à 119.814 euros¹²⁵. Au final, le dépassement est évalué entre 18,5 à 31 millions d'euros (entre 2,2 et 3,7 milliards de FCFP).

En 2017, la loi organique sur la confiance a été finalement votée par 412 pour et 74 contre sur 548 votants ; 62 ont choisi l'abstention. On verra à l'usage si c'est le signe d'une évolution consensuelle vers une démocratie majeure et apaisée.

La Nouvelle-Calédonie étant transitoirement encore un bout de France, la nouvelle loi lui est applicable et, au prétexte de quelques transpositions, modifie sur certains points la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie. La loi organique pour la confiance dans la vie politique a en effet étendu ces nouvelles règles d'incompatibilité et de transparence au président et aux membres du gouvernement, aux membres des assemblées de province et du Congrès de Nouvelle-Calédonie ainsi qu'aux représentants à l'Assemblée de la Polynésie française, mais pas nécessairement à Wallis-Et-Futuna dont la modification du statut serait un casus belli.

On rappellera que, suivant l'article LO. 90 de la loi organique, modifié en 2009, « *le congrès est consulté par le haut-commissaire : 1° Sur les projets de loi et propositions de loi et les projets d'ordonnance qui introduisent, modifient ou suppriment des dispositions particulières à la Nouvelle-Calédonie ; (...) Ces consultations doivent intervenir, au plus tard, avant l'adoption du projet de loi ou de la proposition de loi en première lecture par la première assemblée saisie.*

124. 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.

125. Cons. const., décision n° 2013-156 PDR du 4 juillet 2013.

Toutefois, les avis portant sur les projets de loi qui, dès l'origine, comportent des dispositions relatives à l'organisation particulière de la Nouvelle-Calédonie doivent être rendus de façon implicite ou expresse avant l'avis du Conseil d'État ».

Cette extension, qui modifie la loi organique statutaire n° 99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie, aurait notamment requis la consultation du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, en application de l'article 77 de la Constitution et de l'article LO. 90 de la loi organique. Le Congrès de Nouvelle-Calédonie, comme d'ailleurs l'Assemblée de la Polynésie française, auraient alors disposé d'un mois pour se prononcer, délai pouvant être réduit à quinze jours en cas d'urgence et à la demande du Haut-commissaire. Il n'en a rien été.

Comment cela a-t-il été possible ? Le dispositif de consultation a été interprété par les parlementaires et le gouvernement comme n'étant pas applicable aux amendements adoptés au cours de la navette parlementaire, par l'Assemblée nationale et le Sénat. Or l'extension est officiellement introduite en commission des lois par la rapporteure du projet¹²⁶. Le Conseil constitutionnel avait déjà statué indirectement sur ce point¹²⁷, mais dans une affaire où précisément les dispositions de la loi organique avaient été maintenues. On franchit ici le Rubicon et on modifie la loi organique sans l'avis du Congrès de la Nouvelle-Calédonie.

Le Conseil constitutionnel n'a rien vu à redire¹²⁸ : « *Les articles (...) qui modifient les statuts de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française, prévoient des dispositions similaires à celles figurant aux articles 6 à 9 et 11 de la loi organique déférée pour les membres d'une assemblée de province ou du congrès de Nouvelle-Calédonie et pour les représentants à l'assemblée de la Polynésie française. Ces dispositions, qui ont été introduites par voie d'amendement en première lecture à l'Assemblée nationale, sont prises sur le fondement des articles 74 et 77 de la Constitution. Toutefois, dès lors qu'elles ont pour objet de transposer à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française, en les adaptant, des dispositions de la loi organique, elles présentent un lien avec les dispositions du projet de loi organique déposé sur le bureau du Sénat. Ces dispositions ont été adoptées selon une procédure conforme à la Constitution et y sont par ailleurs conformes ».*

La décision des assemblées n'a pas été prise par hasard, le rapporteur au Sénat ayant publiquement regretté que l'insertion de ces dispositions à l'Assemblée nationale par voie d'amendements puisse « *être interprétée comme un contournement déplorable des obligations de consultation* ».

126. Assemblée nationale, Rapport n° 124 du 2 août 2017 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République pour la confiance dans la vie politique, par Mme Yaël Braun-Pivet, députée.

127. Cons. const., Décision n° 2016-734 DC du 28 juillet 2016, Loi organique rénovant les modalités d'inscription sur les listes électorales des Français établis hors de France : « *Par ailleurs, pour l'application de la loi organique en Nouvelle-Calédonie, sont maintenues en vigueur les dispositions législatives dans leur état antérieur à la loi rénovant les modalités d'inscription sur les listes électorales* ».

128. Cons. const., Décision n° 2017-753 DC du 8 septembre 2017, Loi organique pour la confiance dans la vie politique, consid. 71 et suivants.

129. Rapport au Sénat n° 708 (2016-2017) de M. Philippe Bas fait au nom de la commission des lois, déposé le 4 août 2017.

Le message politique est très clair à la veille de la consultation sur la pleine souveraineté du pays. Malgré les discours mille fois répétés sur l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie, la France fait ce qu'elle veut chez elle... Et il ne faut pas compter sur les garanties qu'offrirait le Conseil constitutionnel. Un des enjeux du futur statut du pays, après la ou les consultations et si le pays n'accéderait pas encore à la pleine souveraineté, devrait être de « rapatrier » la loi organique statutaire, qui ne devrait plus pouvoir être modifiée unilatéralement par la Métropole, mais par les seuls élus du pays, sans doute à une majorité renforcée, par exemple des 3/5^{èmes} du Congrès. Les lois sur la confiance, qui modifient essentiellement le Code électoral, parfois le Code pénal ou l'ordonnance de 1958 sur le fonctionnement des assemblées ou la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie, touchent un peu à tout, financement des partis, financement des campagnes et transparence de la vie publique... On reprendra ces points successivement.

I. LE FINANCEMENT DES PARTIS

L'adage « *la démocratie n'a pas de prix, mais elle a un coût* » prend toute sa signification quand on confronte les moyens financiers modestes des partis, issus des chimériques cotisations des adhérents, avec leurs responsabilités financières. Tout est à 20 millions d'euros (2,4 milliards de FCFP), une campagne présidentielle, une campagne nationale, cantonale, régionale ou européenne, le montant total des remboursements de l'État pour chacune d'entre elles dépassant ces 20 millions d'euros¹³⁰.

C'est aujourd'hui, comme dans toutes les grandes démocraties européennes, le financement public par l'État qui constitue l'écrasante majorité des ressources des partis. L'aide financière de l'État est instituée en 1988 aux partis et groupements politiques. En vertu de l'article 4 de la Constitution, selon lequel « *les partis se forment et exercent leur activité librement* », aucun parti n'est tenu de se soumettre aux exigences comptables prévues par la loi. Mais s'il n'y satisfait pas, il renonce à la possibilité de percevoir l'aide financière de l'État.

Pour 2017, l'enveloppe globale de 63,098 millions d'euros se décompose en une première fraction (28,762 millions d'euros) répartie entre les partis politiques en fonction des résultats obtenus lors du dernier renouvellement de l'Assemblée nationale, sous réserve qu'ils aient respecté leurs obligations comptables au titre de l'année 2015 ; le montant alloué est, en outre, minoré pour les partis qui n'ont pas respecté l'obligation de parité des candidatures lors de ce scrutin¹³¹. Une seconde fraction (34,335 millions d'euros) est attribuée aux partis politiques représentés à l'Assemblée nationale et au Sénat. Elle est répartie en fonction du nombre de parlementaires ayant déclaré se rattacher à chacun d'entre eux au cours du mois de novembre. Cette enveloppe est définie par décret¹³².

130. Le financement de la vie politique, fiche du Sénat (<http://www.senat.fr>)

131. Lorsque l'écart entre le nombre de candidats de chaque sexe ayant déclaré se rattacher à une formation politique, lors du dernier renouvellement général de l'Assemblée nationale, dépasse 2 % du nombre total de ses candidats, le montant de la première fraction qui lui est attribué est diminué d'un pourcentage égal à la moitié de cet écart rapporté au nombre total des candidats.

132. Décret n° 2017-251 du 27 février 2017 pris pour l'application des articles 9 et 9-1 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 modifiée relative à la transparence financière de la vie politique.

La loi de 2018 a ajouté deux dispositions. La première est qu'un particulier, au-delà des dons, peut « *consentir des prêts aux partis ou groupements politiques dès lors que ces prêts ne sont pas effectués à titre habituel. La durée de ces prêts ne peut excéder cinq ans. Un décret en Conseil d'État fixe le plafond et les conditions d'encadrement du prêt consenti pour garantir que ce prêt ne constitue pas un don déguisé* ». La seconde est que le financement des partis, mais aussi des campagnes, ne peut être alimenté par des prêts d'origine extra-européenne : « *Les personnes morales, à l'exception des partis et groupements politiques ainsi que des établissements de crédit et sociétés de financement ayant leur siège social dans un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ne peuvent ni consentir des prêts aux partis et groupements politiques ni apporter leur garantie aux prêts octroyés aux partis et groupements politiques* ». L'ombre du Kremlin se profile derrière cet article de la loi.

La loi, à son article 25 IV, a rendu applicables ces dispositions nouvelles à la Nouvelle-Calédonie au 1^{er} janvier 2018. Ces dispositions, qui s'ajoutent aux interdictions des contributions ou aides matérielles d'un État étranger ou d'une personne morale de droit étranger, posent quand même la question de solidarité régionale et internationale, par exemple entre pays de la Mélanésie, aux mouvements indépendantistes.

Autre innovation de la loi, un médiateur du crédit aux candidats et aux partis politiques est créé pour faciliter le dialogue entre les candidats à un mandat électif, les partis et groupements et les établissements de crédit. Ce médiateur vient de plus loin : il devait à l'origine s'agir d'une « *banque de la démocratie* », que le garde des Sceaux, mais aussi expert du financement des campagnes électorales au nom du MoDem, voulait créer en se remémorant de cuisants souvenirs : « *Il n'est pas normal que des banques privées aient le droit de vie et de mort* » sur les partis politiques¹³³.

Le Conseil d'État avait suggéré une piste plus pragmatique, à savoir désigner l'une des grandes banques privées de la place afin de lui confier cette mission de service public, financer la vie politique... Finalement, seule l'idée d'un Médiateur a été conservée¹³⁴.

Ce médiateur du crédit aux candidats et aux partis politiques, nommé par décret du Président de la République pour une durée de six ans non renouvelable après avis des commissions compétentes en matière de lois électorales et après avis du gouverneur de la Banque de France, favorise ou suscite toute solution de conciliation propre à remédier dans un délai raisonnable aux difficultés rencontrées dans l'ouverture et le fonctionnement d'un compte de dépôt ou à assurer le financement de la campagne des candidats, partis ou groupements politiques présentant des garanties de solvabilité suffisantes. Il est saisi par tout candidat, parti, groupement ou mandataire financier.

Il pourra exercer en Nouvelle-Calédonie, car l'article 28 de la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 qui le crée y est applicable.

133. Libération, 14 juin 2017, « La loi sur la moralisation repatouillée ».

134. Avis du Conseil d'État, n° 393324 du 12 juin 2017, Projet de loi pour la confiance dans l'action publique.

II. LE FINANCEMENT DES CAMPAGNES

Le dispositif institué par la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique concerne pour l'essentiel les circonscriptions électorales d'au moins 9 000 habitants ; il ne s'applique que partiellement dans les petites circonscriptions les moins peuplées. Ses lignes directrices, inchangées depuis lors, s'articulent autour de cinq principes¹³⁵ :

Premier principe : tout candidat qui entend recueillir des dons pour l'organisation de sa campagne est tenu de passer par un mandataire financier qui peut être, selon les cas, une personne physique nommément désignée ou une association de financement électoral, constituée sous le régime de la loi de 1901 sur les associations. Ce mandataire financier est la seule personne habilitée à recueillir les fonds servant à couvrir les frais de campagne et à assurer le paiement des dépenses, les candidats se voyant donc interdire tout maniement direct d'argent.

Deuxième principe : le montant des dépenses électorales est plafonné en fonction du nombre d'habitants dans la circonscription considérée ou, pour certaines élections comme l'élection présidentielle ou l'élection des parlementaires européens, ce plafond est directement déterminé par la loi. Le plafond initial, fixé par la loi, est actualisé tous les trois ans par voie réglementaire en fonction de l'évolution de l'indice des prix.

Troisième principe : le mandataire financier doit établir un compte de campagne récapitulant l'ensemble des ressources et des dépenses imputables à la campagne électorale ; ce compte, certifié par un expert-comptable, est transmis aux fins de contrôle à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP).

Quatrième principe : la CNCCFP approuve, le cas échéant après réformation, ou rejette le compte de campagne qui lui est ainsi soumis ; en cas de rejet, elle saisit le juge de l'élection qui peut, si l'irrégularité est avérée, prononcer la démission d'office de l'élu et l'inéligibilité du candidat fautif, ce qui est susceptible de l'empêcher de se représenter à l'élection suivante.

Cinquième principe : si leur compte est approuvé, l'État accorde aux candidats ayant recueilli au moins 5 % des suffrages exprimés au premier tour, un remboursement forfaitaire pouvant atteindre 50 % du montant du plafond des dépenses dans la circonscription considérée, dans la limite des sommes effectivement dépensées ; en clair, ce dispositif permet au candidat de bénéficier d'une prise en charge par l'État de 100 % de ses frais de campagne, pour peu qu'il ait veillé à ne pas dépenser plus que 50 % du plafond autorisé¹³⁶.

A cette aide, s'ajoute une prise en charge par l'État des frais afférents à la « propagande officielle », définie comme le coût du papier, l'impression des bulletins de vote, les circulaires, les affiches et les frais d'affichage réglementaires (ces frais sont remboursés sur la base d'un barème officiel aux candidats ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés).

Chacun sait que ces dispositions de la loi sont applicables en Nouvelle-Calédonie depuis la célèbre affaire Jean-Pierre Djaïwe pour les élections législatives de 2012 qui lui ont valu une

135. Le financement de la vie politique, fiche du Sénat (<http://www.senat.fr>).

136. Par exemple, si le plafond des dépenses dans la circonscription s'élève à 30 000 €, le remboursement de l'État pourra atteindre 15 000 € ; un candidat qui n'aurait dépensé que 14 000 € sera défrayé intégralement de ses frais de campagne.

inéligibilité à tout mandat de trois ans¹³⁷, éliminant ainsi le vice-président de la province Nord, candidat indépendantiste le plus efficace pour l'élection suivante dans la seconde circonscription. L'intéressé avait reçu une contribution, par ailleurs modeste, d'un hôtel de Koné en province Nord, que son mandataire avait encaissée, et qui est pourtant interdite aux personnes morales. L'intéressé aurait mieux fait de faire contrition publique plutôt que d'affirmer que ce don constituait le réemploi, par un donateur personne physique, d'un chèque à lui remis par une entreprise en rémunération d'une prestation sans en apporter aucun commencement de preuve. S'il avait été vraiment malhonnête, il lui aurait suffi d'encaisser personnellement le chèque, ce qui est interdit mais reste dissimulé, et de faire un don à sa propre campagne, ce qui est autorisé et visible... Le montant des versements personnels n'est en effet pas plafonné et les versements doivent intervenir avant la date de dépôt du compte de campagne.

Les dispositions relatives au financement des campagnes électorales sont également applicables pour les élections provinciales et municipales en Nouvelle-Calédonie, par l'effet de l'article L. 388 du Code électoral.

L'affaire Djaïwe doit néanmoins nous faire réfléchir sur la notion d'apport personnel et la peine d'inéligibilité. S'agissant des « apports personnels », il n'est pas sûr, au moins en Nouvelle-Calédonie, que l'argent propre ait complètement éliminé l'argent sale...

S'agissant de la peine d'inéligibilité, la loi de 2017 pour la confiance dans la vie politique a donné lieu à un intense débat juridique. Son article 1^{er} disposait : « *Il est inséré un article 131-26-2 [du Code pénal] ainsi rédigé : Le prononcé de la peine complémentaire d'inéligibilité (...) est obligatoire à l'encontre de toute personne coupable d'un délit mentionné au II du présent article ou d'un crime. Cette condamnation est mentionnée au bulletin n° 2 du casier judiciaire prévu à l'article 775 du code de procédure pénale pendant toute la durée de l'inéligibilité* ». Suit une longue liste de délits liés à des manquements à la probité.

L'enjeu tourne autour du caractère obligatoire de la peine d'inéligibilité. Nul besoin d'être grand spécialiste de la Constitution pour savoir que les sages n'apprécient que peu l'automaticité. Les magistrats ne sont pas des ordinateurs et l'individualisation de la peine est un grand principe du droit. Sans doute suffirait-il de laisser les juges juger librement ; dans la plupart des affaires récentes (Jérôme Cahuzac, Serge Dassault, Sylvie Andrieux, Thomas Thévenoud...), ils ont infligé une peine complémentaire d'inéligibilité, sans qu'une loi ne les y oblige. Paradoxe également, car si le bulletin n° 2 du casier judiciaire doit être communiqué lors de la nomination de certaines autorités politiques, rien dans la loi n'oblige à présenter un casier judiciaire vierge avant de se présenter à une élection. Une première tentative pour l'imposer avait eu lieu en 2016 autour 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. Son article 19 initial modifiait l'article L. 154 du code électoral afin d'interdire à une personne de se présenter comme candidat à l'élection des députés dès lors que le bulletin n° 2 de son casier judiciaire comporte la mention d'une condamnation pour manquement au devoir de probité. Pour le Conseil constitutionnel¹³⁸, le régime des inéligibilités des assemblées relève de la loi organique et la loi ordinaire était entachée d'incompétence et ainsi contraire à la Constitution. Cette disposition s'est ensuite perdue dans les sables et on n'en trouve pas trace dans la loi organique de 2017 pour la confiance. Mais l'automaticité de la peine est restée. Le Conseil constitutionnel a néanmoins validé cette

137. Cons. const., Décision n° 2013-4866 AN du 24 mai 2013.

138. Cons. const., Décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique consid. 141 et suivants.

nouveauté en la tempérant fortement¹³⁹. Il a écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, dans la mesure où « *la peine d'inéligibilité doit être prononcée expressément par le juge, à qui il revient d'en moduler la durée [jusque 10 ans]* ». Il a ensuite fortement tempéré l'automaticité de la peine complémentaire d'inéligibilité en réduisant la liste des délits et en assortissant sa décision de réserves d'interprétation. L'inéligibilité obligatoirement prononcée pour les délits de presse punis d'une peine d'emprisonnement porterait « *à la liberté d'expression une atteinte disproportionnée* ». Il est quand même ici question de l'injure et de l'appel à la discrimination raciale. Ensuite, les dispositions contestées ne sauraient, sans méconnaître le principe de proportionnalité des peines, « *être interprétées, s'agissant des délits mentionnés au paragraphe II de l'article 131-26-2 du code pénal, comme entraînant de plein droit l'interdiction ou l'incapacité d'exercer une fonction publique prévues au dernier alinéa de l'article 131-26 du même code* ». En clair, cela signifie que, si on ne peut pas être élu, on doit pouvoir néanmoins conserver son emploi dans la fonction publique, voire y accéder.

Bien entendu, cette modification du Code pénal a été rendue applicable à la Nouvelle-Calédonie.

Autre moyen indirect de faire campagne, la fameuse réserve parlementaire dont la réforme a largement contribué à la notoriété de la loi. L'idée de la réserve parlementaire était d'allouer un budget à chaque député et sénateur élu sous la forme de subventions d'État votées dans les lois de finances, afin qu'il puisse financer des projets dans sa circonscription. Ces sommes, en moyenne, étaient à hauteur de **130.000 euros (15,6 millions de FCFP)**. Au total, pour les deux chambres, on comptait plus de 150 millions d'euros déboursés dans la réserve parlementaire. Elle existait aussi en Nouvelle-Calédonie. Le caractère discrétionnaire de sa distribution alimentait les soupçons de clientélisme. L'article 14 de la loi organique de 2017 expose sobrement : « *Il est mis fin à la pratique dite de la «réserve parlementaire», consistant en l'ouverture de crédits en loi de finances par l'adoption d'amendements du Gouvernement reprenant des propositions de membres du Parlement en vue du financement d'opérations déterminées* ». Pour le Conseil constitutionnel¹⁴⁰, « *la pratique dite de la «réserve parlementaire», dont la procédure n'est prévue par aucun texte, repose sur un engagement du Gouvernement envers les parlementaires d'exécuter le budget, s'agissant de certaines opérations déterminées, conformément aux demandes formulées par eux se traduisant par l'adoption d'amendements gouvernementaux au projet de loi de finances. En prévoyant qu'il est mis à fin à cette pratique, qui revient pour le Gouvernement à lier sa compétence en matière d'exécution budgétaire, les dispositions de l'article 14 de la loi organique déférée visent à assurer le respect de la séparation des pouvoirs et des prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution pour l'exécution du budget de l'État* ».

Le plus ironique dans l'affaire de la suppression de la réserve parlementaire est, non pas l'argumentation mille fois entendue et écartée sur les nécessités de l'ancrage local et les besoins des petites communes rurales, mais la tentative de rétorsion des parlementaires contre l'exécutif à laquelle le Conseil constitutionnel a mis fin. L'article 15 de la loi organique pour la confiance dans la vie politique interdisait également au Gouvernement d'attribuer des subventions aux collectivités territoriales et à leurs groupements au titre de la pratique dite de la « réserve minis-

139. Cons. const., Décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, Loi pour la confiance dans la vie politique, consid. 9 et suivants.

140. *Ibid*, consid. 48 et 49.

térielle ». Le Conseil constitutionnel exécute la tentative sobrement¹⁴¹ : « *En limitant ainsi les prérogatives du Gouvernement, l'article 15 porte atteinte à la séparation des pouvoirs et méconnaît l'article 20 de la Constitution. Par suite, il est contraire à la Constitution* ». L'exécutif pourra donc conserver lui-même sa propre cagnotte.

III. LA TRANSPARENCE DE LA VIE PUBLIQUE

Outre le financement des partis politiques et des campagnes électorales, un des objectifs du législateur en 1988 était aussi d'assurer la transparence du patrimoine des élus, de manière à pouvoir vérifier qu'ils ne profitait pas de leurs fonctions électives pour s'enrichir indûment¹⁴².

A cet effet, il a été institué une obligation de déclaration de situation patrimoniale, déposée en début, puis en fin de mandat. Le contrôle des déclarations de patrimoine incombe à la commission pour la transparence de la vie politique, devenue en 2013 la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP¹⁴³).

Depuis l'entrée en vigueur de la loi organique n° 2013-906 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique, cette obligation déclarative ne concerne pas que des élus puisqu'y sont soumis les membres du Gouvernement, les membres du Parlement, les députés européens, des titulaires de fonctions exécutives locales ou des élus ayant délégation de signature, les collaborateurs de cabinet, les membres des autorités indépendantes, les titulaires d'emplois ou de fonctions à la décision du Gouvernement et nommés en Conseil des ministres ainsi que les présidents et directeurs généraux d'un certain nombre de sociétés, entreprises, établissements et organismes sur lesquels l'État exerce un contrôle total ou partiel. Des sanctions pénales sont prévues à l'encontre des personnes omettant sciemment de déclarer une part substantielle de leur patrimoine ou en fournissant une évaluation mensongère qui porte atteinte à la sincérité de leur déclaration.

La transparence à la française trouve toutefois vite ses limites. Nous ne sommes pas en Norvège. Si l'article LO. 135-2 du Code électoral, qui résulte de l'article 5 de la loi organique pour la confiance dans la vie politique, prévoit bien que les déclarations d'intérêts et d'activités des parlementaires, comme les déclarations de situation patrimoniale sont publiées sur le site de la HATVP (avec retard), c'est au prix d'infiries précautions. Le législateur a passé beaucoup de temps à s'auto-protéger contre les journalistes ou les blogs de citoyens avertis. Les documents sont rendus publics après avoir satisfait à un filtre précis et pour les besoins de la seule consultation. En clair, un journaliste ne peut pas les publier et faire le *Top Ten* des élus les plus riches... Article LO. 135-2 du Code électoral : « *Les déclarations de situation patrimoniale sont, aux seules fins de consultation, tenues à la disposition des électeurs inscrits sur les listes électorales : (...) 2° Au haut-commissariat, pour les députés élus en Nouvelle-Calédonie ou en Polynésie française ; (...) III. – Ne peuvent être rendus publics les éléments suivants : les adresses personnelles de la personne soumise à déclaration, les noms du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin et des autres membres de sa famille.*

141. Cons. const., Décision n° 2017-753 DC du 8 septembre 2017, Loi organique pour la confiance dans la vie politique, consid. 51 et suivant.

142. Le financement de la vie politique, fiche du Sénat (<http://www.senat.fr>).

143. <https://www.hatvp.fr>, à ne pas confondre avec la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP).

Pour la déclaration de situation patrimoniale, ne peuvent être rendus publics, s'agissant des biens immobiliers : les indications, autres que le nom du département, relatives à la localisation des biens ; les noms des personnes qui possédaient auparavant les biens mentionnés dans la déclaration ; pour les biens qui sont en situation d'indivision, les noms des autres propriétaires indivis ; pour les biens en nue-propriété, les noms des usufruitiers ; pour les biens en usufruit, les noms des nus propriétaires.

Pour la déclaration d'intérêts et d'activités, ne peuvent être rendus publics, s'agissant des biens immobiliers : les indications, autres que le nom du département, relatives à la localisation des biens. S'il s'agit du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité, du concubin :

1° Les noms des personnes qui possédaient auparavant des biens mentionnés dans cette déclaration ;

2° Pour les biens qui sont en situation d'indivision, les noms des autres propriétaires indivis ;

3° Pour les biens en nue-propriété, les noms des usufruitiers ;

4° Pour les biens en usufruit, les noms des nus propriétaires.

Ne peuvent être rendus publics, s'agissant des biens mobiliers : les noms des personnes qui détenaient auparavant les biens mobiliers mentionnés dans la déclaration de situation patrimoniale ; les noms des personnes qui détenaient auparavant des biens mobiliers mentionnés dans la déclaration d'intérêts et d'activités s'il s'agit du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité, du concubin.

Ne peuvent être rendus publics, s'agissant des instruments financiers : les adresses des établissements financiers et les numéros des comptes détenus.

Le cas échéant :

1° L'évaluation rendue publique de la valeur des biens détenus en communauté correspond à la moitié de leur valeur vénale ;

2° L'évaluation rendue publique de la valeur des biens indivis correspond à la part des droits indivis détenus par le déclarant.

Les éléments mentionnés au présent III ne peuvent être communiqués qu'à la demande expresse du déclarant ou de ses ayants droit ou sur requête des autorités judiciaires lorsque leur communication est nécessaire à la solution du litige ou utile pour la découverte de la vérité ». (...)

En application de ces mêmes textes, à savoir la loi organique n° 2013-906 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique, les mêmes personnes exerçant ces fonctions ou mandats doivent établir une déclaration d'intérêts ou, pour les membres du Parlement, une déclaration d'intérêts et d'activités. L'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a, pour la première fois, défini le conflit d'intérêts comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

La Haute autorité est également chargée de contrôler le « pantoufage » des anciens ministres, des anciens présidents d'un exécutif local ainsi que des anciens membres d'autorités administratives ou publiques indépendantes, c'est-à-dire leur reconversion professionnelle dans le secteur privé à l'issue de leurs mandats publics ou fonctions. Pendant une durée de trois ans, toute personne qui a occupé l'une de ces fonctions doit saisir la HATVP afin qu'elle examine si les nouvelles activités privées qu'elle envisage d'exercer sont compatibles avec ses anciennes fonctions, du point de vue pénal et déontologique. Lorsqu'elle identifie de telles difficultés, elle peut rendre un avis d'incompatibilité, qui empêche la personne d'exercer l'activité envisagée, ou de compatibilité sous réserves, dans lequel elle impose des mesures de précaution.

La loi prévoit que la HATVP peut rendre publics les avis qu'elle rend après avoir recueilli les observations de la personne concernée et avoir retiré les mentions qui portent atteinte à un secret protégé, dont la vie privée. Sont publiés en principe les avis rendus sur la situation des élus, mais pas sur la situation des non élus, le Conseil constitutionnel ayant entendu protéger la vie privée de ces derniers¹⁴⁴.

Si la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique avait déjà été rendue applicable aux territoires d'Outre-mer dans le statut d'alors, la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique avait franchi une nouvelle étape. La situation particulière des autorités publiques la Nouvelle-Calédonie a été appréhendée. L'article 16 disposait : « *Pour l'application de la présente loi, les références à la législation et à la réglementation fiscales s'entendent, dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie, comme visant la législation et la réglementation applicables localement. L'administration fiscale compétente localement dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie peut être sollicitée par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique dans les mêmes conditions que l'administration fiscale compétente au niveau national* ». Son article 14 précisait : « *Le président et les membres du gouvernement [comme le président et les membres du Congrès] sont soumis, dans les mêmes conditions, aux obligations de déclaration applicables aux personnes mentionnées, respectivement, aux 2° et 3° du I de l'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique* »¹⁴⁵.

Nos lois de 2017 pour la confiance dans la vie politique ajoutent un bric-à-brac de dispositions diverses. On distinguera ce qui relève de la transparence appliquée au président de la République, aux parlementaires et on se focalisera sur les mesures « anti-népotisme » des collaborateurs, dont certaines ont été étendues, par adaptation de notre loi organique, au pays.

S'agissant du président de la République, la loi référendaire n° 62-1292 du 6 novembre 1962 a été modifiée, pour soumettre les candidats aux élections présidentielles à une déclaration d'intérêts, en plus de leur patrimoine. On sait qu'une loi, quand bien même elle aurait été adoptée par le peuple français, reste une loi, ici organique, qui peut être modifiée par une autre loi organique. Plus d'une dizaine de modifications sont déjà intervenues. La modification ne posait ni problème sur la forme, ni question sur le fond pour le Conseil constitutionnel¹⁴⁶ : « *En premier lieu, d'une part, l'instauration d'une obligation de dépôt auprès d'une autorité administrative indépendante, aux fins de publication avant l'élection, de déclarations d'intérêts et d'activités, par les candidats à l'élection présidentielle a pour objectif d'éclairer le choix des électeurs, de renforcer les garanties de probité et d'intégrité de ces candidats, de prévenir les conflits d'intérêts et de lutter contre ceux-ci. Elle est ainsi justifiée par un motif d'intérêt général. D'autre part, l'atteinte portée à la vie privée par la publication de ces déclarations doit être appréciée en tenant compte de la place du Président de la République dans les institutions et de la nature*

-
144. Cons. const., Décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, Loi relative à la transparence de la vie publique, consid. 21.
145. Devenus les articles LO. 64 et LO. 114 de la loi organique n° 99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie. Sont également assujettis les vice-présidents des assemblées de province.
146. Cons. const., Décision n° 2017-753 DC du 8 septembre 2017, Loi organique pour la confiance dans la vie politique, consid. 6 et suivants.

particulière de son élection. Il en résulte que ces dispositions ne portent pas d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des candidats à l'élection présidentielle ».

La disposition est bien sûr applicable de plein droit en Nouvelle-Calédonie par l'effet de l'article LO. 6-2 de la loi organique selon lequel « *sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie, sans préjudice des dispositions les adaptant à son organisation particulière, les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives : 1° A la composition, l'organisation, le fonctionnement et les attributions des pouvoirs publics constitutionnels de la République (...)*

S'agissant des parlementaires, plusieurs dispositions visent la transparence. À leur élection, les parlementaires font l'objet de vérification de leur situation fiscale. La loi organique pour la confiance dans la vie politique précise ainsi, à son article 4, que « *dans le mois suivant la date d'entrée en fonction d'un député, l'administration fiscale lui transmet une attestation constatant s'il a satisfait ou non, en l'état des informations dont elle dispose et à cette date, aux obligations de déclaration et de paiement des impôts dont il est redevable. Cette attestation ne constitue pas une prise de position formelle de l'administration fiscale sur la situation fiscale du député. Est réputé satisfaire à ces obligations de paiement le député qui a, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable, acquitté ses impôts ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou, à défaut, conclu un accord contraignant avec le comptable en vue de payer ses impôts, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités, majorations ou amendes, à condition qu'il respecte cet accord* ». L'article est également applicable aux sénateurs. Au cas où le parlementaire ne satisferait pas à ses obligations fiscales, il est invité à régulariser jusqu'à la saisine éventuelle du bureau de l'assemblée dont il relève qui peut saisir le Conseil constitutionnel qui peut déclarer l'élu inéligible.

L'application aux députés et sénateurs de Nouvelle-Calédonie est de plein droit par l'effet de l'article LO. 6-2 de la loi organique statutaire. Et il s'agit d'une disposition qui relève du Code électoral. Mais une difficulté s'est faite jour, puisque l'administration fiscale est locale. Cette attestation a été rendue applicable en Nouvelle-Calédonie par l'article 22 de la loi organique pour la confiance dans la vie politique. Quand bien même la mesure serait opportune et l'obligation déjà introduite en 2013, la loi nationale oblige ainsi une administration locale d'un pays d'Outre-mer à statut particulier issu du titre XIII de la Constitution, à une obligation de faire, sans aucune consultation du Congrès et sans que personne n'en soit troublé.

Comme la presse s'en était fait longuement l'écho, les parlementaires sont touchés aussi par le remplacement de l'indemnité représentative de frais de mandat (IRFM) par un remboursement sur notes de frais. Cette indemnité parlementaire de plus de 5300 euros mensuels (636.000 FCFP) à l'Assemblée et 6200 euros mensuels (744.000 FCFP) au Sénat pour couvrir les frais de représentation avait fait couler beaucoup d'encre, car elle était non imposable, en étant néanmoins assujettie aux prélèvements sociaux, et elle ne faisait l'objet d'aucun contrôle. Dans la pratique, elle servait souvent à des enrichissements personnels, de nombreux élus s'en étant servi pour rembourser l'emprunt pour acquérir leurs locaux de permanence, un logement sur Paris ou dans leur circonscription. L'acte de décès à l'article 3 de la loi organique pour la confiance dans la vie politique est étrange du fait de l'autonomie des Assemblées : « *Chaque assemblée veille, dans les conditions déterminées par son règlement, à la mise en œuvre de ces règles et à la sanction de leur violation, ainsi qu'aux modalités suivant lesquelles son président défère les faits correspondants au ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière* ». L'indemnité

est remplacée par des avances sur frais du même montant. Le bureau des assemblées¹⁴⁷ a pris le soin d'adopter une liste des dépenses d'un caractère raisonnable, en lien direct avec le mandat et son indissociable activité politique. Parmi les frais imputables sur l'avance mensuelle, il y a par exemple la location d'une ou plusieurs permanences en circonscriptions, l'achat ou la location d'un véhicule pour les trajets liés au mandat, la location d'un pied-à-terre à Paris, les frais de communication ou encore la rémunération de stagiaires. Parmi les frais directement remboursés ou pris en charge par l'Assemblée nationale, on compte toujours les fournitures de bureau, les frais de transports ou d'hôtel à Paris. Les évolutions notables sont à trouver du côté des interdictions : si l'impossibilité de financer directement ou indirectement un parti politique était déjà communément admise, celle de l'achat de permanence est nouvelle. Dorénavant, chaque député devra assurer la traçabilité de ses dépenses

De même que les parlementaires avaient été échaudés par la suppression de la réserve parlementaire et avaient tenté une réplique sur la réserve ministérielle, une autre tentative de rétorsion a fait long feu. L'article 23 de la loi pour la confiance dans la vie politique prévoyait que les conditions, les modalités et les limites de la prise en charge des frais de réception et de représentation des membres du Gouvernement seraient encadrées par décret en Conseil d'État. Pour le Conseil constitutionnel¹⁴⁸, « *l'article 23, qui impose au Premier ministre de prendre un décret en Conseil d'État déterminant les conditions de prise en charge des frais de représentation et de réception des membres du Gouvernement, méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs. Il est donc contraire à la Constitution* ». L'exécutif restera libre de ses frais de réception et de représentation.

Cela concernera également les parlementaires calédoniens.

De nouvelles incompatibilités avec le mandat de parlementaire sont créées, en écho précisément à l'affaire Fillon et sa société 2F Conseil durant la campagne présidentielle. Comme le précisent les articles 9 et 10 de la loi organique pour la confiance dans la vie politique, « *il est ainsi interdit à tout député [ou sénateur] d'acquérir le contrôle d'une société, d'une entreprise ou d'un organisme dont l'activité consiste principalement dans la fourniture de prestations de conseil (...), d'exercer le contrôle d'une société, d'une entreprise ou d'un organisme dont l'activité consiste principalement dans la fourniture de prestations de conseil, s'il en a acquis le contrôle dans les douze mois précédant le premier jour du mois de son entrée en fonction ou dont l'activité consiste principalement dans la fourniture de prestations de conseil aux sociétés, entreprises, établissements ou organismes mentionnés aux 1^o à 7^o de l'article LO 146.* »

Ces dispositions, qui relèvent du statut des parlementaires, sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie par l'effet de l'article LO. 6-2 de la loi organique. L'article 24 de la loi organique pour la confiance est allé plus loin, en modifiant l'article LO. 96 de la loi organique statutaire relative à la Nouvelle-Calédonie pour étendre ces dispositions « *à tout membre d'une assemblée de province ou du congrès* ». L'article LO. 196 de la loi organique était déjà très complet pour la Nouvelle-Calédonie et avait déjà été renforcé en 2013. Les activités de conseil sont dorénavant incompatibles avec le mandat calédonien, sous réserve des droits acquis avant l'exercice du mandat.

147. Arrêté du bureau de l'Assemblée nationale, n° 12/XV du 29 novembre 2017 relatif aux frais de mandat des députés et arrêté du bureau du Sénat n° 2017-272 du 7 décembre 2017.

148. Cons. const., Décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, Loi pour la confiance dans la vie politique, consid. 69 et suivants.

S'il est également interdit à tout député [ou sénateur] d'exercer l'activité de représentant d'intérêts à titre individuel ou au sein des personnes morales, établissements, groupements ou organismes inscrits au répertoire des représentants d'intérêts rendu public par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, c'est-à-dire d'exercer une activité de lobbyiste, la gestion des conflits d'intérêts a été sensiblement renforcée par ces lois de 2017 pour la confiance dans la vie politique. L'article 3 de la loi, prenant en compte l'autonomie de chaque assemblée, dispose ainsi : « *Chaque assemblée, après consultation de l'organe chargé de la déontologie parlementaire, détermine des règles destinées à prévenir et à faire cesser les conflits d'intérêts entre un intérêt public et des intérêts privés dans lesquels peuvent se trouver des parlementaires. Elle précise les conditions dans lesquelles chaque député ou sénateur veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver, après avoir consulté, le cas échéant, l'organe chargé de la déontologie parlementaire à cette fin* ». Concrètement, un élu parlementaire est tenu de se déporter, en ne participant pas aux travaux, s'il estime être concerné par un sujet. Cela fait évidemment écho à l'affaire Richard Ferrand, du nom du président de l'Assemblée nationale, qui avait participé comme élu socialiste, à divers travaux intéressant les mutuelles dont il était l'administrateur. Pour assurer la transparence de cette obligation, les assemblées sont aujourd'hui tenues de disposer d'un « registre public recensant les cas dans lesquels un parlementaire a estimé devoir ne pas participer aux travaux du Parlement en raison d'une situation de conflit d'intérêts ».

Ces dispositions, qui relèvent du statut des parlementaires, sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie par l'effet de l'article LO. 6-2 de la loi organique. Mais, curieusement, cette disposition n'a pas été transposée pour les autorités publiques de la Nouvelle-Calédonie par l'introduction d'un article de la loi organique. L'aphorisme prêté au président Pompidou, « *quand les bornes sont franchies, il n'y a plus de limites* », trouve ici sa propre borne. Sans doute était-il inconcevable d'obliger le Congrès de la Nouvelle-Calédonie et les assemblées de province à prendre des obligations vis-à-vis de leurs membres sans même les avoir consultés.

La dernière disposition introduite par nos lois de 2017 pour la confiance dans la vie politique n'est pas la moins sensible, car elle procède directement du traumatisme de la campagne présidentielle et de l'emploi de l'épouse et des deux enfants de François Fillon, à divers titres, comme ayant collaboré à son activité politique. C'est la disposition « anti-népotisme ».

L'article 11 de la loi du 15 septembre 2017 interdit à un membre du Gouvernement de compter parmi les membres de son cabinet son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin ; ses parents ou les parents de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin ; ses enfants ou les enfants de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin. La méconnaissance de cette obligation est réprimée de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Les frères, sœurs, cousins, neveux, nièces, anciens conjoints, sont autorisés, mais ils doivent être déclarés. Le paragraphe II de ce même article prévoit ainsi qu'un membre du Gouvernement doit alors informer sans délai la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. Ce même article 11 habitait la Haute autorité à adresser une injonction tendant à ce qu'il soit mis fin à une situation de conflit d'intérêts découlant de l'existence d'un lien familial. Pour le Conseil constitutionnel¹⁴⁹,

149. Cons. const., Décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, Loi pour la confiance dans la vie politique, consid. 32.

« dès lors que le conflit d'intérêts naît de l'existence d'un lien familial, le destinataire de l'injonction ne pourra mettre fin à la situation dénoncée qu'en démissionnant de ses fonctions ou, le cas échéant, en mettant fin à l'emploi de son collaborateur. Dès lors, en confiant un tel pouvoir à une autorité administrative indépendante, le législateur a méconnu les exigences constitutionnelles ». Exit l'injonction. Pour le Conseil constitutionnel également, « l'interdiction d'emploi pénallement sanctionnée prévue par les dispositions du paragraphe I de l'article 11 ne porte que sur un nombre limité de personnes. Ces dispositions ne privent ainsi pas le ministre de son autonomie dans le choix de ses collaborateurs. Dès lors, elles ne méconnaissent ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni l'article 20 de la Constitution ».

Le paragraphe III de l'article 11 impose également au membre du cabinet ministériel ayant un lien familial avec un autre membre du Gouvernement d'en informer sans délai le membre du Gouvernement dont il est le collaborateur et la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. En imposant une obligation déclarative au membre de cabinet ministériel ayant un lien familial avec un membre du Gouvernement autre que celui dont il est le collaborateur, le législateur a entendu prendre en compte les risques de conflit d'intérêts résultant « d'emplois croisés ».

L'article 14 de la loi du 15 septembre 2017 reprend cette longue liste d'interdictions d'emploi comme collaborateur politique des députés ou sénateurs, y compris pour les « emplois croisés ». L'article 14 prévoit cependant, à la différence du régime prévu par l'article 11, que le député ou le sénateur employant comme collaborateur un membre de sa famille mentionné au paragraphe 21 de la présente décision informe non la Haute autorité, mais le bureau et l'organe chargé de la déontologie parlementaire de l'assemblée à laquelle il appartient. De la même manière, le collaborateur parlementaire ayant un lien familial avec un autre député ou sénateur est tenu d'en informer sans délai le député ou le sénateur dont il est le collaborateur, le bureau et l'organe chargé de la déontologie parlementaire. Par ailleurs, ce dernier dispose d'un pouvoir d'injonction pour faire cesser une situation irrégulière, ce qui a été admis par le Conseil constitutionnel. La loi précise aussi que « la violation de cette interdiction emporte la rupture de plein droit du contrat. Cette rupture ne donne lieu à aucune restitution entre les parties ». Toutefois, l'élu est susceptible de reverser à l'assemblée les sommes en cause et il est soumis pénallement aux mêmes peines.

Le problème avec les listes et les énumérations, plutôt que des règles plus générales de déontologie, est qu'il s'agit de barrages de papier. Si l'épouse ou l'époux ne peut travailler à l'Assemblée, la maîtresse ou l'amant n'a pas de limitation particulière... Les couloirs du Parlement comme les cabinets ministériels fourmillent de couples illégitimes.

Les députés Les Républicains, à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel sur la loi simple, considéraient que l'interdiction de recruter un membre de leur famille contreviendrait à la « *liberté contractuelle* ». De même, l'obligation désormais faite aux assistants parlementaires, par l'article 13 de la loi simple pour la confiance, de déclarer toute activité parallèle au sein d'un parti politique serait une atteinte au « *libre exercice de l'activité des partis* », voire une « *obligation à dévoiler une appartenance politique*¹⁵⁰ ». Pour le Conseil constitutionnel, il s'agit simplement d'éviter les conflits d'intérêts, voire implicitement les détournements de fonds publics avec

150. Libération, 14 juin 2017, « La loi sur la moralisation repatouillée ».

le phénomène bien connu des collaborateurs fantômes et ces règles « *ne méconnaissent ni le principe d'égalité, ni le principe de la séparation des pouvoirs, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, la liberté contractuelle, la liberté du mariage, le droit au respect de la vie privée, ni aucune autre exigence constitutionnelle*¹⁵¹ ».

Ces dispositions ont été étendues aux autorités territoriales pour leurs cabinets.

Le Parlement a entendu aussi étendre ces dispositions aux mairies de la Nouvelle-Calédonie et aux présidents des groupements de communes, par l'article 16 de la loi simple de 2017, modifiant le Code des communes, l'article 25 de la loi organique de 2017 étendant l'obligation au président du Congrès, au président et aux autres membres du gouvernement, aux présidents des assemblées de province, y compris pour les « emplois croisés ». Les déclarations sont faites auprès de la HATVP, y compris pour le Congrès de la Nouvelle-Calédonie. Ceux qui pensaient naïvement que le Congrès était le Parlement du pays, puisqu'il vote les lois du pays, voient la désinvolture avec laquelle il est traité à Paris, relégué au simple rôle d'assemblée d'une collectivité territoriale.

L'article 18 de la loi précise que ces dispositions s'appliquent pour les parlementaires et autorités territoriales aux contrats en cours, « *la rupture du contrat constitue un licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse* ». S'agissant de la Nouvelle-Calédonie, la loi simple pour les communes (article 16) et la loi organique pour les autres cas (article 25) précisent systématiquement que « *la violation de cette interdiction emporte de plein droit la cessation du contrat* ». Il convient donc d'y mettre fin sans délai.

On note toutefois que la disposition, spécifique aux assistants parlementaires d'aviser le bureau de leur assemblée des fonctions exercées au sein d'un parti ou d'un groupement politique et au profit de représentants d'intérêts, n'a pas été plus largement étendue. Il serait pourtant intéressant de recenser, en Nouvelle-Calédonie, les collaborateurs de cabinets qui n'y siègent guère... Cela ne leur crée pas une impunité pour autant dans la mesure où il s'agit globalement d'un détournement de fonds publics, qui pourrait potentiellement être sanctionné.

La dimension du pays et la vie politique de la Nouvelle-Calédonie étant ce qu'elles sont, il faudra examiner à la loupe ces dispositions dans leur application. On peut raisonnablement penser que certains élus trop désinvoltes finiront par en être inquiétés. Francis Bacon disait en 1597, « *le soupçon est fils de l'ignorance : le vrai remède à cette infirmité, c'est de s'instruire* ». Il est encore temps de sortir de la démocratie de basse intensité.

151. Cons. const. Décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, Loi pour la confiance dans la vie politique, consid. 41 et 45.

DROIT DE L'ACHAT PUBLIC¹⁵²

VEILLE ET ÉCLAIRAGE JURIDIQUES - NOUVEAUX TEXTES APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE :

Commentaire de la Délibération n° 267 du 11 octobre 2017 modifiant la délibération modifiée n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics et excluant les chantiers d'insertion de son champ d'application

<http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdwebe.nsf/joncentry?openpage&ap=2017&page=13327>

L'année 2017 fut une année charnière pour le *corpus* normatif régissant les marchés publics de Nouvelle-Calédonie. Celui-ci franchit le cap symbolique du cinquantenaire. La réglementation des marchés publics calédoniens constitue l'un des édifices juridiques les plus anciens, *in situ*, en tant qu'il est directement dévolu aux institutions calédoniennes et directement adopté par celles-ci. La délibération n° 136/CP portant réglementation des marchés publics fut, en effet, adoptée le 1^{er} mars 1967. Depuis son origine, ce dispositif se distingue par sa singularité organique puisqu'il fut l'œuvre directe de la commission permanente de l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie, lointain ancêtre de l'actuel congrès de la Nouvelle-Calédonie. A cette époque, le concept de « décentralisation administrative » était à l'état embryonnaire tandis que les territoires ultramarins évoluaient lentement mais sûrement vers une autonomie de plus en plus formalisée¹⁵³. Aujourd'hui, la délibération n° 267 du 11 octobre 2017 constitue la 22^e modification apportée à ce cadre réglementaire. Elle autorise, dorénavant et suivant les dispositions d'un nouvel article 2-2 de la délibération n° 136/CP précitée, les conventions directes par lesquelles une collectivité ou un établissement public calédonien confie à une structure d'insertion par le travail un chantier d'insertion sans recourir à une mise en concurrence préalable. Ce régime d'achat dérogatoire s'applique exclusivement aux structures d'insertion par le travail (SIT). Erigées en association sans but lucratif, celles-ci acquièrent le statut de SIT par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie par application du titre VIII du livre IV du Code du travail de la Nouvelle-Calédonie. Le régime de l'insertion par le travail a été, quant à lui, instauré en 2014. Une loi du pays n° 2014-10 du 12 mars a ainsi créé un titre VIII dédié à

152. Zohra Baccouchi, attachée d'administration en exercice, doctorante en droit public à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, membre du Laboratoire de recherches juridique et économique.

153. Lafin des années 1960 propulsait alors les promesses nées en 1946 d'accompagner les aspirations panafricaine et océanienne vers une émancipation administrative de plus en plus réclamée. Pierre-Henri Teitgen, ministre au sein du cabinet d'Edgar Faure en 1955, reprend ainsi les conclusions d'un groupe d'études sur les territoires d'outre-mer (TOM): « *pendant trop longtemps, nous avons promis des réformes et éludé leurs réalisations* ». Selon lui, le projet de réécriture territoriale doit pouvoir « *donner aux TOM une autonomie administrative permettant aux assemblées représentatives de se prononcer avec pouvoir de décision sur toutes les questions locales* ». Jean Marc Regnault dans son analyse de la loi cadre Gaston Defferre relative à la mise en œuvre des réformes sur l'évolution des territoires d'outre-mer indique : « Après les élections, G. Defferre, devenu ministre, souhaite une réforme apportant le suffrage universel intégral et davantage d'autonomie aux Territoires. Se posait alors la question : Jusqu'où ira la loi-cadre dans l'évolution statutaire ? P-H. Teitgen estimait alors : « *Dans le domaine circonscrit de leurs compétences, les assemblées territoriales doivent avoir, en principe le dernier mot, sans appel, à l'exception du contrôle de légalité du Conseil d'État* » in *La préparation de la loi-cadre de Gaston Defferre (1956-1957 : Une réforme statutaire souhaitée)* ».

l'insertion par le travail au sein du livre IV du code du travail. Une délibération n° 121/CP du 12 mars 2014 en a précisé les conditions de mise en œuvre : (a) l'insertion par le travail vise un public très éloigné de l'emploi, rencontrant des difficultés importantes d'intégration sociale et professionnelle ; (b) un conventionnement entre une SIT et une institution publique fixe les conditions sur une durée maximum de trois ans et s'accompagne par une aide financière concourant au parcours pédagogique et au soutien des bénéficiaires. Actuellement, la Nouvelle-Calédonie compte une quinzaine de structures éligibles au statut de SIT, dont par exemple : l'association calédonienne pour le travail et l'insertion (ACTIVE située à Nouméa), la mission d'insertion des jeunes (MIJ située à Nouméa) émanant de la province Sud, la mission locale d'insertion des jeunes émanant de la province Nord (établie à Poindimié). Peuvent également être cités : la Case Départ et CAP emploi. La délibération n° 267 du 11 octobre 2017 va donc permettre à ces structures, ainsi qu'aux foyers agréés en matière d'insertion, de bénéficier d'un accès direct à la commande publique. Cet assouplissement est limité par un seuil : le coût global du chantier d'insertion doit rester inférieur à 40 millions de francs CFP. La mission sociale des SIT, éminemment proche d'une mission de service public, justifie sans doute un achat public dérogatoire. Comme proposé par le gouvernement, le congrès de la Nouvelle-Calédonie a, malgré tout, voulu que ce dispositif demeure circonscrit. En effet, au-delà d'un coût de 40 millions, le régime dérogatoire cesse. L'envergure du projet peut, raisonnablement, justifier des moyens très importants et une mise en concurrence.

La commande publique auprès des SIT n'en répond pas moins à plusieurs particularités. (a) La dévolution des prestations d'insertion sociale ne relève d'aucune catégorie de marchés ; en particulier, les chantiers d'insertion par le travail ne constituent pas des marchés de gré à gré au sens des dispositions des articles 34¹⁵⁴ et 35¹⁵⁵ de la délibération n° 136/CP. (b) Ici, la dévolution n'implique aucune mise en concurrence formalisée. (c) Les chantiers d'insertion ne sont pas soumis au matérialisme de l'achat public (acte d'engagement, cahier des clauses

154. « Les marchés sont dits de "gré à gré" lorsque l'autorité compétente [...] engage sans formalité, les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite librement le marché au candidat qu'elle a retenu. L'autorité compétente est tenue de mettre en compétition, par une consultation écrite ou dématérialisée au moins sommaire, les candidats susceptibles d'exécuter un tel marché. »

155. « Il ne peut être passé de marché de gré à gré que dans les cas suivants :
 1°) - Pour les fournitures dont la fabrication est exclusivement réservée, [...] ou pour des prestations qui ne peuvent être obtenues que d'un entrepreneur ou fournisseur unique ;
 2°) - Pour les travaux, fournitures ou services dont l'exécution ne peut, en raison de nécessités techniques ou d'investissements préalables importants, être confiée qu'à un entrepreneur ou fournisseur déterminé ;
 3°) - Pour les objets, fournitures ou denrées qu'en raison de leur nature particulière, et de la spécialité de l'emploi auquel ils sont destinés, il y a intérêt à choisir et à acheter aux lieux de production ou de stockage ;
 4°) - Pour les travaux, fournitures ou services qui ne sont exécutés qu'à titre de recherches, [...] ;
 5°) - Pour les travaux, fournitures ou services qui, ayant donné lieu à un appel à la concurrence, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou à l'égard desquels il n'a été proposé que des offres inacceptables ;
 6°) - Dans les cas d'urgence, [...] ;
 7°) - Pour les travaux, fournitures ou services qui, dans les cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles, ne peuvent pas subir les délais d'une procédure d'appel à la concurrence ;
 8°) - Pour les transports de fonds publics.
 9°) - Pour les travaux, fournitures ou services dont la valeur pour le montant total de l'opération, s'établit entre 20.000.000 F CFP et 40.000.000 F CFP, [...].

Pour des prestations dont le montant n'atteint pas le seuil fixé à l'article 1^{er}, l'administration peut, si elle l'estime préférable, passer, sans mise en concurrence, un marché de gré à gré.

La passation d'un marché de gré à gré de travaux d'un montant supérieur à 60 millions ou d'un marché de gré à gré de fournitures ou de services d'un montant supérieur à 40 millions est subordonné à l'avis préalable de la commission prévue à l'article 13-1. »

administratives particulières, cahier des clauses techniques particulières, bordereau de prix). Ils ne se réfèrent pas davantage à un cahier des charges réglementaire. Pour autant, si l'utilité du dispositif d'insertion peut être noté, il n'en demeure pas moins que, s'agissant d'un achat dérogatoire, il n'est pas certain que celui-ci fasse l'objet d'un recensement général. En l'état actuel, la plateforme de l'observatoire des marchés publics mise en place par la Nouvelle-Calédonie n'est obligatoirement alimentée que par les données issues de marchés publics formalisés. Il serait donc possible que l'achat public en matière d'insertion sociale ne soit pas porté à la connaissance du public. La mise en œuvre progressive de la délibération n° 267 du 11 octobre 2017 permettra, peut-être, de contribuer à répondre à cette question.

On note, accessoirement, que la délibération n° 267 du 11 octobre 2017 a apporté d'autres modifications au droit des marchés publics calédoniens¹⁵⁶. En effet, elle permet désormais de distinguer, au sein des marchés publics passés pour le compte de la Nouvelle-Calédonie, ceux passés pour le compte du congrès. Jusqu'à cette date, le seuil de passation, soit 20 millions de francs CFP, s'entendait en cumulant les marchés conclus par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avec ceux, notamment, conclus par le congrès de la Nouvelle-Calédonie. Cette globalisation historique tient à l'existence d'un budget unique pour les quatre institutions qui composent la Nouvelle-Calédonie, lesquelles constituent un seul visage organique¹⁵⁷. La souplesse juridique apportée par cette nouvelle écriture de la délibération n° 136/CP n'interfère pas sur le principe d'unicité budgétaire de la Nouvelle-Calédonie. Elle facilite, incontestablement, la commande publique en dissociant le seuil de référence financier inhérent au congrès de celui qui reste globalisé pour les trois autres institutions composant la Nouvelle-Calédonie. Dans la foulée, la délibération n° 267 du 11 octobre 2017 a remplacé le concept de « territoire de la Nouvelle-Calédonie » en tant que maître d'ouvrage par celui, historiquement et constitutionnellement plus juste, de « Nouvelle-Calédonie ».

ECLAIRAGE JURISPRUDENTIEL – COMMENTAIRE DE DÉCISION : LA PROCÉDURE D'ATTRIBUTION DES MARCHÉS PUBLICS ET LE POUVOIR D'APPRÉCIATION DU JUGE ADMINISTRATIF

Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 20 juillet 2017, aff. N° 1700122 : offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables ; rôle de la commission d'appel d'offres.

Par un déféré enregistré le 29 mars 2017 et un mémoire complémentaire enregistré le 9 juin 2017, le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie demande au tribunal d'annuller les marchés publics conclus le 8 novembre 2017 par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie avec les sociétés (...) au titre, respectivement, des lots 5 et 14 de la consultation ayant pour objet les fournitures générales et les produits d'entretien pour l'année 2017. Le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie soutient que : - il est recevable à introduire le présent recours nonobstant la qualification d'offres inappropriées ou d'offres anormalement basses que pourraient recevoir les offres arrivées en première position des classements établis par le centre hospitalier ; - ces deux marchés sont irréguliers en ce que le

156. Article 1^{er} alinéa 2 de la délibération n° 136/CP : « Pour l'application du seuil de 20 000 000 F CFP mentionné à l'alinéa précédent, les marchés passés pour le compte du congrès de la Nouvelle-Calédonie sont distincts des autres marchés passés au nom de la Nouvelle-Calédonie. »

157. La Nouvelle-Calédonie se compose organiquement du gouvernement, du congrès, du sénat coutumier et du conseil économique, social et environnemental.

centre hospitalier ne les a pas attribués à l'opérateur économique ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse ; - l'acheteur public doit attribuer le marché à l'offre arrivée en première position du classement ; si les offres ainsi classées pour les deux lots en litige étaient inappropriées ou anormalement basses, il appartenait au centre hospitalier de les éliminer selon les procédures prévues ; la méconnaissance de ces procédures vient vicier la régularité des marchés conclus. [...].

Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie soutient que :

- on peut douter de l'intérêt à agir du représentant de l'Etat dès lors qu'il lui reproche de ne pas avoir attribué le marché à un candidat dont l'offre était destinée au rejet ; - il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions dirigées contre le marché attribué au titre du lot 5 car ce marché a été déclaré sans suite ; - le grief soulevé par l'Etat sera rejeté pour ce qui concerne le lot 14 car l'offre la mieux classée était inappropriée et relevait de la catégorie des offres anormalement basses ; - il ne sera pas fait droit aux conclusions tendant à l'annulation du marché eu égard à l'intérêt général s'attachant à la continuité de l'approvisionnement de l'établissement en alèse absorbante.

Vu les autres pièces du dossier.

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 de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience. [...].

Considérant ce qui suit :

1. Le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie demande l'annulation des marchés publics conclus le 8 novembre 2017 par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie avec les sociétés (...) au titre des lots 5 et 14 de la consultation ayant pour objet les fournitures générales et les produits d'entretien pour l'année 2017.

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir [...].

3. Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, 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'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales 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.

Sur le non-lieu à statuer et la recevabilité :

4. Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie soutient qu'il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions tendant à l'annulation du marché conclu au titre du lot 5 « sacs plastiques » au motif que nonobstant l'envoi d'un acte d'engagement signé au service chargé du contrôle de légalité le 24 novembre 2016, la procédure d'attribution de ce lot aurait été déclarée sans suite.

5. Il résulte de l'instruction, et notamment du procès-verbal de la séance de la commission d'appel d'offres du 4 novembre 2017, lequel ne comporte que peu de mentions utiles, que cette commission a proposé la passation des marchés objet de la procédure, sans indiquer les lots concernés ni leurs attributaires, sauf pour lot 5 pour lequel elle déclare la procédure d'attribution sans suite.

6. L'acte d'engagement de la société (...) transmis au service chargé du contrôle de légalité indiquait le montant total des marchés attribués, soit 25 309 292 francs CFP, sans préciser les lots correspondants. Toutefois, il n'est pas contesté que ce montant de commande correspond à l'attribution des seuls lots 6 et 8. Aucun marché n'a donc été signé pour le lot 5.

7. Il résulte de ce qui précède que les conclusions précitées du haut-commissaire de la République contre le marché signé au titre du lot 5 sont irrecevables en tant qu'elles sont dirigées contre un marché qui n'existe pas.

Sur le fond :

8. Aux termes de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP susvisée dans sa rédaction applicable au litige dont s'agit : « La commission d'appel d'offres arrête la liste des soumissionnaires admis à concourir, élimine les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, procède au classement des offres par ordre décroissant et propose d'attribuer le marché au candidat dont l'offre correspond le mieux aux besoins exprimés. / Elle se fonde sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché. / Ces critères peuvent porter notamment sur le prix des prestations, le coût d'utilisation, la valeur technique ou le délai d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché. / Chacun des critères retenus fait l'objet d'une pondération. / Les critères ainsi que leur pondération sont indiqués dans le règlement particulier d'appel d'offres. / Les enveloppes des soumissionnaires éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes et, dans le cas d'une transmission par voie électronique, supprimées. / La commission peut également éliminer toute offre considérée comme anormalement basse selon les critères suivants. / Une offre est considérée comme telle si cumulativement elle est : - inférieure à la moyenne arithmétique de l'ensemble des offres des candidats agréés à concourir dans le cadre d'une consultation, après application d'un abattement à cette moyenne d'un coefficient de 25%, - inférieure à l'estimation retenue par le maître d'ouvrage après abattement par application du même coefficient fixé ci-dessus. / Toutefois, la commission doit, avant d'éliminer cette offre, interroger par écrit le candidat afin de lui faire préciser le contenu de sa proposition, justifier son prix, dans le respect de la confidentialité. L'intéressé dispose d'un délai de quinze jours pour y répondre. / Si à la suite de sa réponse, la commission propose de lui attribuer le marché, sa proposition devra expliciter les raisons de son choix qui seront consignées au procès-verbal. / Les opérations de la commission font l'objet d'un procès-verbal qui ne peut être rendu public, ni communiqué à aucun concurrent. Ce procès-verbal est [...] transmis à l'autorité visée à l'article 4 ».

9. Le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie soutient que le marché correspondant au lot 14 'alèse absorbante' est irrégulier en tant qu'il a été attribué à la société (...) alors que selon les documents transmis au service chargé du contrôle de la légalité, la société (...) avait déposé l'offre économiquement la plus avantageuse.

10. Le centre hospitalier soutient tout d'abord que le représentant de l'Etat ne peut utilement soutenir que le marché aurait dû être attribué à la société (...) car l'offre de cette dernière était inappropriée et anormalement basse. Il soutient que seule la société (...) aurait présenté un intérêt à lui reprocher de ne pas avoir mis en œuvre les procédures concernant les offres inappropriées et les offres anormalement basses prévues par les dispositions précitées de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967. Toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 2 du présent jugement, le haut-commissaire de la République, compte tenu des intérêts dont il a la charge, peut invoquer tout moyen à l'appui des présentes conclusions.

12. Selon les documents de la consultation, l'attribution des lots du marché de fournitures générales et les produits d'entretien pour l'année 2017 devait s'effectuer selon deux critères, la valeur économique et la valeur technique, respectivement pondérés à 60 % et 40 %.

13. Selon le rapport d'analyse des offres, pour ce qui concerne le lot 14, l'offre déposée par la société (...) était effectivement la moins-disante, et s'est donc vue attribuer la note maximale sur le critère de la valeur économique équivalent à 60 points, pour une note finale de 60. La société (...) a reçu une note finale de 51, dont 19 points au titre de la valeur économique et 32 points au titre de la valeur technique¹⁵⁸.

14. Le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie soutient que l'offre de la société (...) était inappropriée, caractère illustré par la note de zéro qui lui a été attribuée au titre du critère lié à la valeur technique, et notamment au titre du sous-critère lié au respect du cahier des charges. Il soutient également que cette offre était anormalement basse.

15. Tout d'abord, le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie ne peut utilement soutenir que l'offre de la société (...) était irrégulièrement basse dès lors qu'il n'a pas mis en œuvre la procédure contradictoire prévue par les dispositions précitées de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 et ignore si cette société pouvait justifier de la différence de prix existant entre son offre financière et celles de ses concurrents.

16. Ensuite, le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie est fondé à soutenir que le centre hospitalier territorial devait éliminer les offres qu'il estimait inappropriées préalablement à l'établissement du classement des offres.

17. Il résulte de ce qui précède que l'attribution du marché en litige est intervenue à l'issue d'une procédure irrégulière. Le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie demande en conséquence que le marché concerné soit annulé.

18. Il résulte de l'instruction, et en dépit de l'indigence des documents établis par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, que cet acheteur public a estimé, sans jamais le mentionner, que compte tenu de la note obtenue par les offres déposées par les sociétés (...) et (...) au titre du lot 14, soit 0 sur 60 notamment sur le critère 'Respect du cahier des charges', ces offres étaient inappropriées.

19. Et alors que les dispositions précitées de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 rappelées au point 8 prévoient que ces offres inappropriées doivent être éliminées avant leur classement, il a procédé à un classement desdites offres où, compte tenu de la pondération prévue, l'offre de la société (...), dont le prix proposé est inférieur de plus de 60 % à celui proposé par la moins-disante des offres appropriées, s'est retrouvée, en apparence, la mieux-disante malgré la note de zéro obtenue sur le critère de la valeur technique.

20. Dans ces circonstances, après correction des erreurs commises par l'acheteur dans le calcul des notes attribuées au titre de la valeur technique, et alors que le caractère inapproprié des offres déposées par les sociétés (...) et (...) pour le lot 14 n'est pas réellement contesté, les

158. L'une de ces deux notes est la note technique. L'erreur de plume figure dans le jugement.

sociétés (...) Equipement, (...) et (...) auraient dû se voir attribuer respectivement les notes de 84 (soit 24 sur 40 points de valeur technique et 60 points au titre de la valeur économique), 81 (soit 24 points et 57 points) et 89 (soit 40 points et 49 points) sur 100. La société (...), à qui le marché a été attribué, était donc bien la mieux-disante.

21. Il résulte de tout ce qui précède que nonobstant les irrégularités précédemment soulevées, le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie n'est pas fondé à demander l'annulation du marché conclu au titre du lot 14 des fournitures générales du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie pour 2017. [...].

DECIDE

Article 1^{er} : Le déféré du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie est rejeté.

Article 2 : Les conclusions du centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie sont rejetées.

Commentaire :

La présente espèce apporte un nouvel éclairage sur le contentieux de la passation des marchés publics calédoniens et la procédure d'attribution. Pour mémoire, l'applicabilité du cadre réglementaire prévu par la délibération modifiée n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 implique au moins deux conditions cumulatives : (a) un achat par ou pour le compte d'une personne publique calédonienne : la Nouvelle-Calédonie, les provinces, les communes et les établissements publics ; (b) une dépense d'au moins 20 millions de francs CFP.

Ici, la procédure d'attribution d'un des lots en lisce fut déclarée sans suite par le maître d'ouvrage. Pour un autre lot, l'offre la mieux classée sur l'un des deux critères d'analyse fut jugée inappropriée et anormalement basse conformément à la proposition de la commission ayant examiné les offres. Le déféré s'est alors prévalu des dispositions prévues par l'article 27-2¹⁵⁹ de la délibération n° 136/CP régissant le rôle de la commission d'appel d'offres et, plus précisément, les modalités d'analyse des offres et de proposition d'attribution. Dans les deux cas, les soumissionnaires respectifs auraient été irrégulièrement écartés de la dévolution, laquelle s'en trouverait viciée pour tous les lots mis en concurrence.

Le juge du fond admet que toutes les étapes prévues par l'article 27-2 n'avaient pas été respectées, ce qui constitue une cause objective d'irrégularité. Néanmoins, l'imprécision du procès-verbal de la commission d'appel d'offres – pour regrettable qu'elle soit – n'a pas réellement pesé dans l'appréciation souveraine du juge administratif. Pour le premier lot litigieux, le maître d'ouvrage fut admis dans toute sa latitude à déclarer le marché sans suite, même si le procès-verbal ne précisait pas les motifs du rejet de l'offre présentée. Pour le second lot litigieux, la procédure contradictoire prévue par l'article 27-2 n'a certes pas été mise en œuvre par la commission d'appel d'offres. Celle-ci s'était anormalement abstenu de solliciter des précisions écrites auprès du soumissionnaire sur ses éléments d'offre ne répondant pas exactement au cahier des charges. Sur le fond, même si l'offre de ce second concurrent devait être réintégrée dans le décompte des points d'analyse – ce qui n'avait pas été le cas – la pondération du

159. « La commission d'appel d'offres arrête la liste des soumissionnaires admis à concourir, élimine les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, procède au classement des offres par ordre décroissant et propose d'attribuer le marché au candidat dont l'offre correspond le mieux aux besoins exprimés. [...] Toutefois, la commission doit, avant d'éliminer cette offre, interroger par écrit le candidat afin de lui faire préciser le contenu de sa proposition, justifier son prix, dans le respect de la confidentialité. L'intéressé dispose d'un délai de quinze jours pour y répondre. »

Pour mémoire : le contentieux afférent à l'article 27-2 de la délibération modifiée n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 représente, environ, une trentaine de décisions juridictionnelles depuis 2005 (première décision sur ce sujet), soit 14% de l'ensemble du contentieux calédonien en matière de marchés publics.

quantum global ne l'aurait pas mieux positionné par rapport aux autres concurrents restés en lisse. En effet, le soumissionnaire en cause était pénalisé de fait en raison de sa notation à zéro sur l'un des sous-critères d'évaluation. En définitive, l'offre qui avait été retenue par le maître d'ouvrage était bien « économiquement la plus avantageuse ».

A titre accessoire et dans le prolongement de cette jurisprudence, on pourra relever que ce même maître d'ouvrage avait déjà obtenu gain de cause dans le cadre d'un contentieux similaire en 2006.

Au-delà de l'achat public, la présente espèce illustre l'une des facettes du pouvoir d'appréciation du juge du fond. Dans le jugement du 20 juillet 2017, le juge administratif admet que toutes les procédures réglementaires n'avaient pas été clairement appliquées. Les carences concernent, à la fois, la commission d'appel d'offres et le maître d'ouvrage, décideur final. Néanmoins, le juge s'en tient au résultat escompté par la mise en concurrence, à savoir identifier et retenir une offre qui soit la plus économiquement acceptable. Dans la présente affaire, cet objectif qualitatif s'avère bien atteint pour le lot n° 14 en cause. Il était donc inutile de remettre en cause l'ensemble de l'achat opéré, en dépit de la faiblesse du mode opératoire et des conditions d'examen des offres. Plus généralement, le bon exercice de la justice a conduit le juge du fond à usé de son pouvoir d'appréciation souverain. Il a, ainsi, distingué les aspects procéduraux substantiels des aspects qui le seraient un peu moins et appréciables au cas par cas. En d'autres termes et à l'instar des techniques juridictionnelles du juge européen ou du juge pénal, le juge administratif a effectué une interprétation téléologique du droit de l'achat public, c'est-à-dire fondé sur la finalité.

TABLE DE MATIÈRES

3	AVANT-PROPOS
4	LES AUTEURS DU CAHIER
6	DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE
16	DROIT CIVIL - DROIT DE LA NATIONALITÉ - DROIT COUTUMIER - CONFLITS INTERNES DE NORMES
27	DROIT PÉNAL - APPLICATION DES PEINES
32	DROIT DU TRAVAIL
40	DROIT DES AFFAIRES
48	DROIT DU NUMÉRIQUE ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS
54	DROIT PUBLIC - SCIENCES POLITIQUES
71	DROIT DE L'ACHAT PUBLIC

PRÉSENTATION DU LARJE

Situé sur le campus de l'UNC à Nouméa, le Laboratoire de Recherches Juridique et Économique (LARJE, équipe d'accueil n° 3329) est une composante de l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

Conformément au rôle qui lui a été reconnu dans l'accord de Nouméa, l'université répond aux besoins de formation et de recherche propres à la Nouvelle-Calédonie et veille à accompagner efficacement les évolutions du pays en répondant à ses besoins. Le LARJE est un outil essentiel de cet accompagnement dans les domaines juridique et économique. Une recherche assidue s'impose dans ces domaines en raison du transfert progressif et massif des compétences habituellement dévolues à l'État français (à la seule exception des compétences régaliennes, soumises à consultation référendaire).

L'accès au droit ainsi que sa connaissance demeurent des éléments clés d'une citoyenneté calédonienne encore à construire. L'inventaire du droit de l'outre-mer, c'est-à-dire la recherche du fondement juridique des actions publiques et privées en Nouvelle-Calédonie, recouvre à la fois l'identification du droit applicable suivant le « principe dit de spécialité », et les modèles de transferts des normes juridiques suivant le « principe dit d'assimilation » ou d'appropriation de la norme extérieure.

L'émancipation prévue par l'accord de Nouméa pose la question des ressources propres que la Nouvelle-Calédonie devra générer. Il s'agit d'étudier les moyens de sortir d'un système d'économie de dépendance. La Nouvelle-Calédonie demeure une petite économie riche et fragile dont les principales sources de richesse sont l'exploitation d'une ressource naturelle non renouvelable (le nickel) et les transferts en provenance de la Métropole. L'optique de l'équipe est ici d'évaluer et d'accompagner les politiques publiques au sein d'une réflexion croisée juridique, financière, fiscale et économique.

Le laboratoire fonde ainsi sa recherche sur deux axes principaux : *Diversité naturelle, culturelle et pluralisme juridique* d'une part ; *Émancipation juridique et économique* d'autre part.

La recherche développée par le LARJE est axée sur les problématiques calédoniennes liées au pluralisme juridique et humain et à l'émancipation du pays. Ces thèmes entendent favoriser une recherche non seulement fondamentale, mais aussi appliquée, sur les aspects économiques et juridiques de l'évolution des populations et des politiques locales liées aux activités humaines et industrielles en Nouvelle-Calédonie.

Les champs de recherche du LARJE s'inscrivent également dans l'axe 3 – l'accompagnement de l'évolution sociale et institutionnelle – du projet partagé du Consortium pour la recherche, l'enseignement supérieur et l'innovation en Nouvelle-Calédonie (CRESICA), à la définition et aux objectifs desquels les membres du LARJE ont activement contribué.

L'équipe est attentive au besoin sociétal qui s'exprime et de nombreuses manifestations, telles que les colloques et les journées d'études, donnant lieu à publications, fédèrent les membres du laboratoire et sont toujours le résultat d'un travail collectif.

Son site web <http://larje.unc.nc/fr/accueil/> 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'Outremer.

De par la spécificité de ses travaux, le LARJE constitue désormais un centre de réflexion incontournable dans le débat public et ses travaux participent pleinement à l'analyse et à la compréhension de l'évolution institutionnelle du pays et des enjeux de son développement humain et économique.



LES DERNIERS CAHIERS DU LARJE

<HTTP://LARJE.UNIV-NC.NC/INDEX.PHP/CAHIERS-DU-LARJE>

Cahier n° 2018-5 : Vous ne dormirez pas chez moi ! Tester la discrimination dans l'hébergement touristique, Mathieu Bunel, Yannick L'Horty, Souleymane Mbaye, Loïc du Parquet et Pascale Petit

Cahier n° 2018-4 : Mines, émergence et indépendance : le cas des petites économies insulaires, Vincent Geronimi, Armand Taranco, Séverine Blaise et Jean Cartier-Bresson

Cahier n° 2018-3 : Décomposition du différentiel des indices de ségrégation : une application sur données calédoniennes, Mathieu Bunel

Cahier n° 2018-2 : Quelle est l'évolution de la productivité sectorielle du travail et de la compétitivité de l'économie calédonienne depuis 30 ans ? Serge Rey, Catherine Ris

Cahier n° 2018-1 : Décomposition du PIB par habitant, formation supérieure et capital humain en Nouvelle-Calédonie, Mathieu Bunel

Cahier n° 2017-2 : Veille et éclairage juridiques, Christine Bidaud-Garon

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

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

© 2018 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